

מדינת ישראל

משרדי הממשלה

משרד רפואה

לשכת רפואה - ג.מ.ל.ו.
חלואים שונים במשפחה
10.1960 - 9.1971

תיק מס' קל"ח 110/8

מחלקה א

מדינת ישראל
ארכיון המדינה

שם תיק: לשכת ראש-הממשלה גולדה מאיר - חוזרים
ממשרד המשפטים
מזהה פיו: **110 / 110-17-א**
מזהה פריט: 000w3fn
כתובת: 2-111-1-1-9
תאריך הדפסה: 21/06/2016

ב ע נ י ן :

1. חוגים לאומיים, אגודה רשומה,
2. נאמני הר הבית, אגודה בלתי רשומה,
3. אביאור יוסף,
4. ד"ר אלדד ישראלי,
5. בן-ישר מנחם,
6. גלזמן זכריה,
7. דמבינסקי אורי,
8. הרב הוכמן שלמה זלמן,
9. חרותי יעקב,
10. ישורון נחשון,
11. ד"ר ישורון שרגא,
12. סעד אליהו,
13. פוטולסקי משה,
14. רוזנצווייג דוד,
15. רופא יוסף,

כולם ע"י ב"כ עוה"ד שמואל מ. חמיר (כצנלסון), ד"ר משה עליאש,
יעקב חרותי, וישראל פיקל, שכתובתם למסירת כתבי בית דין היא:
רחוב הסורג 2, ירושלים.

ה ע ו ת ר י ם

- נ ג ד -

שר המשטרה
ע"י פרקליטות המדינה.

ה מ ש י ב

ס י כ ו מ י ם ב כ ת ב מ ס ע ם ה ע ו ת ר י ם

תוכן הענינים

<u>עמ'</u>	<u>סעיפים</u>	
1	1	1. חשיבות הנושא לעומת פשטותו המשפטית
1	2	2. הריבונות, הקדושה, זכות התפילה ומדינת-חוק
2-4	3-4	3. מסכת העובדות כפשוטה
5	5	4. הראיות בדבר שיקולי המשיב ופעולתו
5-6	6	5. ה"סטאטוס-קוו" שאינו קיים
7	7	6. תפילת יהודים בהר-הבית במהלך הדורות
8	8	7. חובת השלטון לקיומה של זכות
8	9	8. הנחות על השלכות מדיניות
8-19	10-15	9. דוקטרינת השפיטות
20-23	16-20	10. דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (מקומות קדושים) 1924 ובג"צ
23	21	11. הפירוש הנכון לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (מקומות קדושים) 1924
25-30	22-27	12. העדר חוקף לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (מקומות קדושים) 1924
30-31	28	13. דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (מקומות קדושים) 1924 ודבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (הכותל המערבי או כותל הבכות) 1931
31-37	29-39	14. דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (מקומות קדושים) 1924 לעומת חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967
37	40	15. זכות התפילה בהר-הבית וזכות השבות לישראל
37-42	41-49	16. העימות בין זכות התפילה לבין שיקולי המשיב ופעולתו
42-43	50	17. צדקה של העתירה
43-45	51-52	18. זכות יסוד של האזרח וטובת הכלל
45-46	53	19. איסורים שבדת
46	54-55	20. זכויות העותרים ודרך השלטון

ב ע נ י ן :

1. חוגים לאומיים, אגודה רשומה מרחוב הלפרין 5 תל-אביב.
 2. נאמני הר הבית, אגודה בלתי רשומה, באמצעות יוזמיה מנחם בן ישר והרב שלמה ז. הוכמן מרחוב מזא"ה 45 תל-אביב.
 3. אביאור יוסף, מנהל בית-ספר ומחנך.
 4. ד"ר אלדד ישראל, מרצה ומחנך.
 5. מנחם בן ישר, חבר מושב.
 6. גלזמן זכריה, טכנאי שניים.
 7. דמבינסקי אורי, סטודנט להנדסת בנין.
 8. הרב הוכמן שלמה זלמן, מורה ומחנך.
 9. חרותי יעקב, משפטן.
 10. ד"ר ישורון שרגא, מרצה למתימטיקה.
 11. ישורון נחשון, סטודנט לפיסיקה מחימטיקה.
 12. סעד אליהו, אסיסטנט למתימטיקה.
 13. פוטולסקי משה, סטודנט ומגיה.
 14. רוזנצווייג דוד, מוסמך לכימיה.
 15. רופא יוסף, ספרן.
- כולם על-ידי ב"כ עוה"ד שמואל מ. חמיר (כצנלסון), ד"ר משה עליאש, יעקב חרותי וישראל פיקל שכתובתם למסירת כתבי בית דין היא: רחוב הסורג 2, ירושלים.

ה ע ו ת ר י ם

- נ ג ד -

שר המשטרה, על-ידי פרקליטות המדינה.

ה מ ש י ב

ס י כ ו מ י ם ב כ ת ב מ ט ע ם ה ע ו ת ר י ם

סיכומים בכתב מטעם העותרים

1. נושא העתירה הוא רב-משמעות וכבד-ערך מבחינה הסטורית ולאומית, דתית ומדינית כאחת, כפי שהדגישו פרקליט-המדינה וסגנו המלומדים. אך חשיבותו הרבה והעמוקה של הנושא אין בה כדי להאפיל על פשטותו מבחינה משפטית, ושום סבך עיוני מלאכותי אינו יכול לערפל את בהירות הנחונים העובדתיים והמשפטיים, ואת המסקנות ההגיוניות החד-משמעיות העולות מהם.

2. פרקליטות המדינה מודה כי :

- א. ה-הבית מצוי בתחום הריבונות הישראלית .
- ב. ה-הבית הוא המקום המקודש ביותר ליהודים.
- ג. ליהודים בכלל, ולעותרים בתור שכאלה, זכות הגישה והתפילה על ה-הבית, (סגן פרקליט המדינה ניסח זאת "כזכות לאומית והסטורית", ופרקליט המדינה, בטיעונו בעל-פה, חזר והשיב, כמענה לשאלות שופטי בית-המשפט, כי אין כופר בזכות זו של העותרים, ושל היהודים בכלל).

עמדת המשיב, על כל שלוחותיה, מצטמצמת אפוא בטענה אחת: זכות זו של העותרים, אם לתפילה על ה-הבית, אם למניעת הפרעות לתפילתם, ואם לשמירה עליהם בשעת תפילתם בפני מפריעים, אינה ניתנת לאכיפה על ידי בית-המשפט. לעומתם טוענים העותרים כי זכותם להתפלל לאלוהים באין מפריע במקום הקדוש להם מכל, המצוי בעיבורה של מדינת ישראל ובתחום ריבונותה המוחלטת, היא זכות-יסוד שאין ש-המשטרה, או הממשלה, או הבאים מכוחם. רשאים לשלול מהם, וכי בית-המשפט, ובמיוחד בית-הדין הגבוה לצדק, זכאים, ובכל הכבוד חייבים, להבטיח את מימושה.

כל טיעון הבא לנסות לשלול מאופיה הממשי והאכיף של זכות-יסוד זו - בהכרח שתוצאתו תפגע אם בהחלטיותה של הריבונות הישראלית בה-הבית, אם בעוצמת קדושתו, אם בזכות-התפילה של היהודים ובחוק-המדינה שהבטיחה, ואם בעקרונות-היסוד של מדינת-החוק, חריות אזרחיה וזכויותיהם. כאשר אם מאז יוני 1967 ה-הבית הוא אמנם בתחום הריבונות הישראלית ואינו בבחינת שטח-מוחזק בעל דרגת עדיפות גרידא; ואם קדושתו אינה קדושה סטרילית של זכרונות-עבר וחלומות-עתיד אלא קדושה-אמת; ואם יש כנות בדברים על זכות התפילה ליהודים בקודש זה אליו נשאו עיניהם אלפי שנים; ואם אכן מדינת-חוק דמוקרטית ומתקדמת היא ישראל, ורמז שלטוני אינו מועדף בה על זכויות-היסוד של אזרחיה - אם אכן כאלה הם פני הדברים, כי אז מן הדין ומן הצדק הוא שהצו האמור אשר ניתן על הנאי, ייעשה עתה החלטי, וכי משטרת ישראל תאסוף ידיה מלהפריע ליהודים להתפלל בה-הבית.

3. לשם הבהרת המחלוקת ופישוטה מן הראוי לחזור אל העובדות הצריכות לענין.

במוצג א' - המצורף לעתירה - פנה עורך-דין יעקב חרותי, בשם העותרים, אל שר הדתות, אשר לו אף הוקנו כל סמכויות הנציב העליון עפ"י דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, במידה שהן בחוקף, וביקשו להחקין תקנות מכח חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז שיאפשרו תפילת יהודים על הר הבית באין מפריע. בתשובה לפניה זו השיב שר הדתות ביום 20 במאי 1968 ואמר :

"הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 ברורות, כי לכל בן-דת חופש הגישה לתפילה ולביקור במקומות הקדושים שלו, תקנות אינן יכולות להוסיף או לגרוע בנקודה ברורה זו.

בתשובה לשאילתה בכנסת, שהעתק ממנה מצורף בזה, הבהרתי עמדתי בשאלה הנדונה, ואין לי מה להוסיף עליה. " (מוצג ד'). (ההדגשה של בא"כ העותרים).

השר צרף העתק מתשובתו לשאילתה שהוגשה בכנסת וזו לשון השאילתה והתשובה :

"שאילתה 3546: לאור ריבוי הפרסומים הסותרים אלה את אלה בענין ההוראות שניתנו על-ידי הרשות המוסמכת לגבי אפשרות ליהודים לבקר בהר הבית ולהתפלל במנין באותו מקום קדוש, כב' השר מחבקש להשיבני:

1. המותר למנין יהודים להתפלל על הר הבית שלא בשעות תפילת המוסלמים?
2. האם המשרד שכב' עומד בראשו נחן הוראות לגבי הסוגיה המוזכרת בשאילתה זו? (מוצג ה').

תשובת שר הדתות לשאילתה מס. 3546 של הח"כ ש. כהן-צידון :

"לשאלות 1 ו-2: "אין כל אסור בחוק למנין יהודים לבקר ולהתפלל בהר הבית. הענין הוא בגדר של שמירת שלום הצבור ונמצא בטפולו של משרד המשטרה ושר המשטרה ענה מה שענה בתשובה לשאילתה מס. 3226 של הח"כ שוסטק" (מוצג ו').

בכך מתמצית העמדה הממשלתית הרשמית, מפי השר המוסמך, בנוגע לזכותם החוקית של העותרים, ושל היהודים בכלל, להתפלל בהר הבית. כל נסיון להעמיס על גבי עמדה חד-משמעית זו את דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, הוא, שפוא לא רק מלאכותי, אלא מנוגד באופן קוטבי לדברים המפורשים ולעמדה החד-משמעית של שר הדתות, הן בדברי תשובתו לב"כ העותרים והן בעמדה הרשמית לה נחן ביטוי בכנסת. כפי שציין שר הדתות

בכנסת, התעוררה בעיה שניה והיא בעית הסדר הצבורי, אשר הועברה לטפולו של שר המשטרה, אך אין בין בעיה זו לבין הזכות החוקית לתפילה ולא כלום.

כאן יש לציין שכל העובדות הללו אינן שנויות במחלוקת, והמשיב, או בא=כוחו המלומדים, אף לא ביקשו להביא כל ראיה הנוגדת או סותרת את מערכת הראיות והעמדות האמורות.

4. על עמדת המשיב, ניתן לעמוד מן השאילתה והתשובה בכנסת, מספר 3226 המאזכרת בחשובתו הנ"ל של שר הדתות, חבר הכנסת אליעזר שוסטק שאל את השר את השאילתה הבאה:

"ביום ג' דחווה"מ סוכות עלתה קבוצת צעירים דתיים להר הבית וקיימה שם תפילה, עוד הם מתפללים הופרעה תפילתם ע"י שוטר ישראלי שהורה להם להסתלק מן המקום, אבקש את כבוד שר המשטרה להשיבני:

א. האם קבלו שוטרי ישראל הוראות המחייבות אותם למנוע תפילת יהודים על הר הבית?

ב. אם קיבלו השוטרים הוראות כאלה, על פי איזה חוק?

ג. אם לא קבלו השוטרים הוראות כאלה, מהם האמצעים בהם ינקוט משרד המשטרה כדי למנוע הישנות מקרה כמו זה המתואר לעיל?" (מוצג ז').

תשובת השר (מוצג ח') היתה כדלהלן :

"ביום 24.10.67, בשעה 11.45 נכנסו דרך שער המוגרבים אחד-עשר אנשים, עטופים טליתות, לרחבת המסגדים והחלו בתפילה.

באותה שעה היתה הרחבה מלאה בערבים שנתכנסו, כנראה, לתפילה. איש המשטרה שהיה באותו זמן אחראי במקום (רס"ל מזרחי) ניגש לקבוצת המתפללים, ביקשם להפסיק את התפילה. המתפללים נשארו עוד מספר דקות ועזבו לאחר מכן. אגב, הרב-סמל רשם זהותם של שניים מהם.

עלי לציין, על-פי בדיקת המקרה, כי הופעתם של קבוצת המתפללים היהודים ברחבת המסגדים עוררה את רוגזם של הנאספים במקום ורק התערבותו המהירה והשקולה של רס"ל מזרחי מנעה הפרת סדר רצינית, שעלולה היתה להיגרם בקטטה בין יהודים וערבים.

וזו תשובתי לבעל השאילתה הנכבד:-

א. לאחראי על נקודת המשטרה ב"הר הבית" הוראות מפורשות לא לאפשר ליהודים תפילה הרחבת "הר הבית", בכדי לא להביא להתנגשות ולהפרת הסדר הצבורי.

ב. הוראות אלו ניתנו על פי הוראות החוק הבאות:

סעיף 4 של פקודת המשטרה בו נאמר, בין השאר, כי המשטרה תהיה "אחראית על קיום סדר בצבור ובטחונם של בני אדם ורכוש".

סעיף 37 של אותה הפקודה בו נאמר, בין השאר, כי יהיה זה "מתפקידו של כל שוטרי לשמור על הסדר..." בין השאר... "בסביבת מקומות של תפילה..."

סעיף 79 של פקודת החוק הפלילי 1936 בו נאמר, בין השאר, כי מקום שנקהלו בו שלושה אנשים או יותר ויש יסוד סביר להניח, כי על ידי התקהלות כזאת יסיתו אנשים אחרים להפר את השלום, מבלי שיהיה צורך בכך ומבלי עילה סבירה, הרי תהיה התקהלות של אנשים אלה התקהלות בלתי חוקית."

משפנה ב"כ העותרים והצביע על הפרעות בתפילה, בעיקר מצד שוטרים ערבים, השיב השר:

"הנני לאשר קבלת מכתבך הרשום, מספר ת/913(1), מיום 7.6.1968, ולהביא לידיעתך כי אין זה מענינה או מסמכותה של המשטרה לאסור, או להתיר, תפילות במקום קדוש זה או אחר. המשטרה - האמונה על בטחון הציבור - חייבת ונדרשת למנוע, במסגרת החוק, כל הפרעה של הסדר הציבורי, ויהיו גורמי ההפרעה הזאת כאשר יהיו, ולהבטיח החיים התקינים של האוכלוסיה".

אם תואיל להגיש למשטרה תלונה רשמית עם כל הפרטים - היא חייבך בכל תשומת הלב לגופה. (מוצג י').

מן הראוי לציין שבתשובה זו מגדיר השר את תפקידה של המשטרה ומדגיש כי אין זה אף מסמכותה לאסור ולהתיר תפילות במקום קדוש". למרות עמדה זו נמשך התהליך השיטתי של מניעת תפילות על-ידי המשטרה בהר הבית כפי שציין ב"כ העותרים במכתבו אל המשיב (מוצג י"א).

העובדות הבאות, המועלות במכתב מוצג י"א, והמאומחות בתצהיר, לא הוכחו, והמצהיר אף לא נחבקש להחקר עליהן. ואלו הן:

"לעצם הענין בדקתי את העובדות אישית ונוכחתי לדעת, ביום 5.6.1968, כי שוטרים ערבים הוצבו ע"י שער המוגרבים ומנעו תפילתם של מספר צעירים יהודים על הר הבית".

בעקבות פניה זו פנה ב"כ העותרים אל כבוד בית המשפט, וניתן הצו על תנאי האמור לשר המשטרה.

5. כל הפרטים האמורים, הבאתם והדגשתם, לא באו אלא כדי לבסס את טענת העותרים כי אין לה לטענת פרקליטות המדינה - הבאה להרחיב את היריעה מעבר לתחומי המחלוקת נשוא הדיון הזה - על מה שתסמוך. פרקליט המדינה המלומד, בטיעונו בעל-פה, ובמידה מסוימת אף סגנו בסיכומיו בכתב, ניסו לטעון, או לרמוז, כי עמדת השלטונות מושתתת בין היתר על שיקולים של בטחון המדינה ויחסי חוץ. בין אם שיקול כזה מבוסס ובין אם הינו מופרך, לא הובאה כל ראיה בפני כבוד בית המשפט כי אכן כזה היה השיקול של הרשות המוסמכת. אין בפני בית המשפט אלא מערכת השיקולים של המשיב כפי שנוסחה ברורות במוצג ח' הנ"ל. עוד במהלך הדיון התנגד ב"כ העותרים להשמעת רמזים אחרים מפי פרקליט המדינה וכבוד נשיא בית המשפט אף העיר על כך לפרקליט המדינה בשלב מסוים, וציין כי ענין זה של העדר הוכחה לדברי פרקליט המדינה ניתן לבא כוח העותרים להטעו בו בסיכומים.

הצהרות מפי פרקליט המדינה המלומד אינן יכולות לבוא תחת תצהיר או ראייה אחרת מטעם השר המוסמך. אם בחרו שר החוץ ושר הבטחון שלא ליתן כל תצהיר או תעודה בדיון, והמשיב לא ביקש להוסיף דבר מטעמו, שוב אין בפני בית המשפט אלא חומר הראיות האמור שהוגש על-ידי העותרים ומטעמם, ואשר לא הושם במחלוקת, ובית המשפט, כדרכו, לא ישים עצמו תחת רשויות שלטוניות אשר בנקל יכולות היו להביע את דעתן בנושא חשוב זה ולא עשו כן.

כמו כן לא ימיר כב' בית המשפט עמדות מוגדרות ומוצהרות, כפי שהובעו מפי שר הדתות והמשיב, איש איש בתחומו, בהשערות, רמזים או סברות שהועלו בטיעון במהלך הדיון.

6. בהמשך הדיון עוד נשוב למסגרת העובדתית האמורה הצריכה לענין, אך בעקבות הטיעון של בא"כ המשיב, מן הראוי להתייחס, בשלב זה, לטענתה של הפרקליטות המדגישה חזור והדגש כי בפנינו בעיה סבוכה הכרוכה בכלל המקומות הקדושים וכי יש לטפל בה שלא באמצעות בית המשפט ועל יסוד ה"סטאטוס קוו".

בא"כ המשיב משתיתם חלק לא מבוטל מטיעונם על החוברת של Cust : "סטאטוס קוו במקומות הקדושים". המעיין בחוברת זו, שנכתבה על ידי פקיד מנדטורי שעסק באדמיניסטרציה הירושלמית במשך חמש שנים, למד כי ה"סטאטוס קוו" האמור היה חל על המקומות הקדושים לנצרות, וזאת לגבי המחלוקות בין העדות הנוצריות השונות. כפי ש-Cust מציין בהקדמתו, קיבל ה"סטאטוס קוו" לגבי מקומות אלה משמעות מוצהרת על-ידי השלטון הטורקי במחצית המאה ה-19, והוא נקבע באופן ישיר כתוצאה מלחץ של מדינות נוצריות שונות על "האדם החולה" של

אירופה. "סטאטוס קוו" זה כלול בהוראות סעיף 62 לחוזה ברלין האומר:

"Les droits acquis a la France sont expressement reserves et il est bien entendu qu'aucune atteinte ne saurait etre portee au status quo dans les Lieux Saints."

אכן, א= אפשר שלא להתרשם מדבריו של קסט כי יחסי הכתות הנוצריות השונות בינן לבין עצמן, ובינן לבין השלטון הטורקי, התבססו במידה לא מבוטלת על תככים, שוחד ותלות בשלטון בלתי יציב ובלתי תרבותי. (ראה הקדמה, קטע שני, ע' 3, ע' 8, הערה 2 וקטעים שני ושלישי, ע' 10, ע' 11. כן ראה את רשימת המקומות להם נוגע הסטאטוס קוו בע' 12).

אשר למקומות הקדושים ליהודים מזכיר קסט רק שנים: הכותל המערבי וקבר רחל. הר הבית, ומערת המכפלה, ומקומות קדושים אחרים ליהודים, אינם מוזכרים כל עיקר. במידה שמדובר בכותל המערבי יווכח כל המעיין בעמ' 45-46 לחוברת באיזו מידה השחנו, מפעם לפעם, ההוראות של השלטון המנדטורי, בהתאם לנסיבות, ועד כמה לא שיקולים של "סטאטוס קוו" אלא זוויית-ראייה פוליטית קבעה את ההוראות הנוגעות למקום.

הרשויות אשר שלטו בירושלים, עד להקמת מדינת ישראל, לא היו רשויות הפועלות מכח שלטון החוק במשטר דמוקרטי במשמעותם המודרנית. מטבע הדברים אפוא שכל הכרעה היתה שלטונית פוליטית גרידא. רק עם קומה של מדינת ישראל הוצבו, בהכרח העצמאות, העקרונות של חופש הפולחן, שויון, מניעת אפלייה, והוקם משטר בו קיימת זיקת גומלין בין האזרח לבין השלטון הנבחר על ידו, החייב להבטיח את חרויותיו וזכויותיו מכח החוק היונק מן העם, ולא מתכתיב מלכותי, שולטני, קולוניאלי או מנדטורי.

האומר "סטאטוס קוו" לגבי הר-הבית, לאחר ששוחרר במלחמת ששת הימים, לאחר שהוחלה עליו הרבונות הישראלית מכח החוק לחקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשכ"ז 1967, והצו שהוצא על-פיו; ולאחר שהכנסת חקקה את חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967; האומר בנסבות אלו "סטאטוס קוו" - או שהוא מתעלם מהמציאות המהפכנית החדשה אשר החזירה את ישראל אל מוקד קדשיה, והשיבה את קדש=האומה לישראל, או שהוא בא, אם גם שלא ברצון, להחזיר אחורנית את מחוגי השעון ההיסטורי והמדיני, החברתי והמשפטי. אין "סטאטוס קוו" על הר הבית משעה שדרכה בו רגל יהודים, לאחר הפסקה של תקופה ארוכה, כשם שאין "סטאטוס קוו" במערת המכפלה, ואין "סטאטוס קוו" ליד הכותל המערבי ואין "סטאטוס קוו" בקבר-רחל. "סטאטוס קוו" המוסלמי-נוצרי שהיה קיים, במידה שהיה קיים, לא הושבת אלא על חורבנה של ירושלים העברית ועל הרחקתם של ישראל מקדשיה. הוא נתאפשר כתוצאה מחורבן הממלכתיות העברית ומגלותם של בני יהודה לנכר, כל משמעות התחיה העברית בארץ ישראל היא הפרת "סטאטוס קוו" הזה מעיקרו וחידוש ימי האומה בקדם.

7. בהקשר זה יש משמעות גם למציאות כפי שהיתה קיימת מאז החורבן ועד להקמת המדינה.

רבן גמליאל, לאחר חורבן בית המקדש, קבע את מושבו על הר הבית ומשם יצאה תורה לישראל (סנהדרין דף י"א ע"ד).

רבן שמעון בן גמליאל קבע את ישיבתו, לאחר חורבן הבית, "על גב מעלה על הר הבית".

התייר מבורדו, במאה הרביעית, מספר כי היהודים יבואו להר הבית, פעם בשנה, ביום חשעה באב, ויבכו ויקוננו אצל אבן אחת שנשארה שם מבית מקדשם.

רבי בנימין מטודלה שהה כשנתיים בירושלים במאה השתיים עשרה והוא מתאר את תפילת היהודים לפני הכיפה אצל אבן השתיה.

רבי אברהם בן רבי חייא הנשיא, שוב במאה השתיים עשרה, מתאר את בית התפילה והמדרש שהיה קיים עבור היהודים על הר הבית, בתקופה בה גילו המוסלמים סובלנות הראויה לציון: "וכמו כן היו מלכי ישמעאל נוהגים עמם מנהג טוב והרשו לישראל לבוא אל הר הבית ולבנות בו בית תפילה ומדרש, והיו כל גלויות ישראל הקרובים אל הר הבית עולים אליו בחגים ובמועדים ומתפללים בחוכו".

מסתבר גם כי הרמב"ם התפלל על הר הבית. בעלותו לירושלים בשנת תתק"ו (1165) התפלל הרמב"ם בבית התפילה על הר הבית, כפי שעולה ממכתבו המובא בספר חרדים, שער התשובה, פרק ד'.

אף במאה ה-13 וה-14 נכנסו יהודים להר הבית כפי שמספר בר סמכא, הוא רבי מנחם בן רבי שלמה לבית מאיר, המכונה המאירי (נולד 1249, מת ב-1300) בחיבורו "ספר בית הבחירה על מסכת שבועות". בדף ט"ז ע"א מספר המאירי, שלא היה אז בארץ, כי: "המנהג פשוט להכנס שם לפי מה שמענו" (הוצאת קרית ספר בע"מ, ירושלים תשכ"א).

במאה ה-16 כותב הרדב"ז (רבי דוד בן זמרה) בחיבורו "שאלות ותשובות", חלק א' סימן תרצ"א: "נהגו כל העולים לעלות באותן עליות (על הר הבית) לראות משם את הבית כולו ולא שמענו ולא ראינו מי שמוחה בידם".

ראה את מאמרו של פרופ' דינור "בית תפילה ומדרש ליהודים על הר הבית בימי הערבים", חוברת "ציון" ספר ג', שנת תרפ"ט, בעמ' 54 ואילך; וכן את מאמרו של יהודה יצחק יחזקאל באותה חוברת בעמ' 111 ואילך.

8. יודגש כאן, כי לא העותרים, ולמיטב ידיעתם אף לא איש זולתם, אינם מבקשים לדחוק את רגלם של מאמינים אחרים, בני דתות אחרות, מההבית או מכל מקום אחר המקודש להם, וניתן אף ניתן להסדיר, כדין, וברוח של סובלנות ליברלית, את זכות התפילה של כל המאמינים על פני ההר.

(מאמר שפורסם על ידי אחד העותרים, והוגש ע"י הפרקליטות, לגבי משאלות הנפש לעתיד לבוא בדבר הקומת בית המקדש אינו שייך לנושא העתירה והדיון).

אין גם חולק על כך כי מקום בו לא הוסדרה מאליה זכות התפילה לכל המבקשים לעבוד את האלוהים במקום הקדוש להם, הרשות השלטונית היא החייבת להתערב ולקבוע הסדרים נאותים. אך משלא עשתה כן, ובמיוחד כאשר זרוע שלטונית בולמת את מימוש הזכות, זכאי האזרח לתבוע שבית המשפט המוסמך יורה כי לא תקופח זכותו זו, היסודית.

ראה בהקשר זה גם את פסק דינו של השופט המנוח חשין בבג"צ 1/49 בז'רנו ואח' נ. שר המשטרה, פסקים א' בעמ' 1/24: "מקום שמבקש מתאונן על כך, שפקיד ציבורי אוסר עליו לעשות פעולות מסויימות, אין על המבקש להוכיח, כי קיים חוק אשר לפיו חלה על הפקיד הציבורי החובה להרשות לו לעשות את הפעולה, אלא להיפך, על הפקיד הציבורי להוכיח כי יש צידוק לאיסור אשר הוא אוסר."

9. עוד ראו באי-כח המשיב להזכיר כי סכסוך בקשר למקומות הקדושים חרם בשעתו את תרומתו ל"מלחמת קרים".

לא ברור להם לב"כ העותרים על מה ולמה הועלתה "מלחמת קרים" בדיון המשפטי שבין יהודים ובין שר משרי ממשלתם בדבר זכותם להתפלל על ההבית. יש להניח שהדבר לא נעשה כדי להלך אימים בדבר המוראות העלולים להתרחש אם ייעתר כב' בית המשפט לעתירה. שהרי כלום יש מי שיחלוק על כך שעצם הנוכחות הישראלית וקיום השלטון הישראלי במזרח ירושלים ועל ההבית ובמרחבי מדינת ישראל וארץ ישראל, הם שסביבם מתלקחת האש בה נתונים המדינה ואזרחיה, ומשמעותם כגורם מסעיר גדולה לאין שעור מכל הסדר סביר של מקום וזמן לתפילה לבני-בית הדתות במרחבו של ההר, כפי שכבר נעשה, למשל, במערת המכפלה?

10. נעבור, איפוא, לסעיפים 9 ו-10 בסיכומיו של ב"כ המשיב, בהם הוא מעלה את הטענה כי בית המשפט לא ייעתר לעתירה, באשר המדובר בסוגיה שאינה שפיטה.

כיוון שאין מחלוקת בדבר קיום זכות התפילה של יהודים בהגבית, וכיוון שהמשיב פרט את שיקוליו כאמור לעיל, ברור בעליל כי שיקולי המשיב אינם אלא שיקולים הקשורים בשמירת הסדר הציבורי ותו לא. כפי שכבר הודגש, לא הובאה בפני בית משפט זה כל הוכחה לגבי קיום שיקולים אחרים כלשהם, שלא לדבר על כך שגם שיקולי שמירת הסדר הציבורי כלל לא הוכחו. בנסיבות אלו קשה להבין מה ענין שאלת השפיטות לכאן. גם לגבי ענין זה יפים הדברים שנאמרו על ידי כבוד השופט הד"ר ויתקון בבג"צ 321/60, לחם חי בע"מ נגד שר המסחר והתעשייה ואח', ט"ו מד"י 197, בעמ' 209-208;

"בבואנו לקבוע את תחומי סמכותנו במקרה כגון זה שלפנינו רגילים אנו להבדיל בין מה ששייך לתחום המדיניות הכלכלית בכללותה לבין הפעולה המיוחדת המגשימה - או המחיימת להגשים - את המדיניות הכלכלית במקרה המוחש הנדון. אין אני גורס ש"מדיניות כלכלית" כעין מילת קסם היא, שדי להזכירה ומיד יינעלו שערי בית המשפט לפני האזרח המבקש בו את תרופתו (ראה מרכז רהיטי "לכל" נגד שר המסחר והתעשייה, פד"י כרך ו' ע' 795, מ"מ י"א ע' 237, בעמ' 245), אף נראה לי שאין זה אלא גבול מטושטש למדי המפריד בין קביעת המדיניות הכלכלית כשלעצמה ובין פעולה של ביצוע ומכל מקום כשבא אזרח ומצביע על מעשה שרירות או הפליה, לא נשיב פניו ריקם בשל כך בלבד, שבפסלנו את המעשה הנפסד, יהיה בכך משום מתן הוראה לשלטון להשיג את מטרותו בדרכים אחרות, סבירות ונקיות מהפגם עליו קבל האזרח. התערבות מעין זו אין בה, לדעתי, משום כניסה לתחום הרשות המבצעת. למשל, אילו טען השלטון שאין לספק מצרך פלוני ליצרן אלמוני, מפני שבאיזור בו הוא נמצא, קשה למנוע הברחות, ודאי שלא היינו סוגרים בזה את הדיון מתוך חשש, שמא תאלץ בקרתנו את השלטון להעסיק יותר פקחים מאשר העסיק עד כה. שאלת חוסר הפקחים יכולה להיות חשובה ולהשפיע על החלטתנו, אך אין היא חורגת מן הדברים שמסמכותו של בית המשפט היא לתת דעתו עליהם".

(ההדגשה של בא"כ העותרים).

גם בעניינו בו מדובר בשאלה של שמירת הסדר הציבורי, אין זו אלא שאלת העסקתם של שוטרים או פקחים רבים יותר, ואין בין שאלה זו לבין שפיטות ולא כלום.

11. אולם גם לגופו של ענין לא נראה, בכל הכבוד, כי טענת השפיטות טענה היא. האסמכתא היחידה בארץ הנסענת לחמיכה בטענה זו היא בג"צ 65/51 ז' בוטינסקי נ. נשיא המדינה ישראל ה(1) פד"י 801.

בולט לעין כי אין כל דמיון בין עובדות המקרה בבג"צ הנ"ל לבין עובדות המקרה דנן. כדברי כב' הנשיא שם, בע' 814:

"יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוטי, הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוטיביות והפרלמנטריות. כשמתעוררת שאלה של פגיעה בהוראות סעיף 9 הנ"ל, יש למצוא את התרופה באמצעים פרלמנטריים, היינו בחגובת הכנסת כלפי ממשלה, אשר לפי דעת הכנסת, אינה עומדת לפנייה אפילו בזכות קיום של מעבר לפי סעיף 11(ה) של חוק המעבר".

הבעיה הנדונה בבקשה דנן אינה עניין ליחסים בין הרשות האקסקוטיבית והפרלמנטרית, ואין כל דמיון בינה לבין הבעיה שנדונה בבג"צ 65/51 הנ"ל. גם לגבי נימוקיו של בית המשפט העליון בבג"צ הנ"ל מעיר בצדק רב, בכל הכבוד, כב' השופט הד"ר ויחקון במאמר פוליטיקה ומשפט (חשכ"ה), ע' 7 :

"מיד מתעוררים מספר ספיקות והרהורים. לא אעמוד כאן על השאלה אם בדין הסיק בית המשפט את המסקנה הסופית, כי יש לדחות את הבקשה "מחוסר סמכות", במקום לדחות אותה מהטעם, שבענין כגון דא, הנתון בשיקול דעתו, לא ישחמש בית המשפט בסמכותו להושיט סעד. (הערך המהיר, שם: נראה שכך היינו מחליטים היום, כשסבורים אנו שהענין אינו ענין אשר בו רואה בית המשפט צורך לתת בהם סעד למען הצדק...) כמו כן, אין זה חשוב, לצורך עניננו, אם לא מוטב היה להיכנס בעובי הקורה ולדחות את הבקשה להיותה מופרכת מעיקרה. נדמה לי שקל היה לעשות כן, ולא היה בכך, בהכרח, משום יצירת תקדים..."

אין פלא איפוא כי אסמכתא זו נשארה יחידה במינה, ואמנם גם ב"כ המשיב לא הצליח למצוא ולהביא בפני בית-משפט זה תקדים נוסף בארץ בו נמנע בית המשפט העליון מלדון בבעיה עקב שיקול השפיטות.

יש לציין כי בבג"צ 98/69 ברגמן נ. שר האוצר, כ"ג פד"י, כרך ראשון, בע" 693, אומר בית המשפט, בע" 696:

"בדיון זה היו עשויות להתעורר שאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד, בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפיטותה בפני בית משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה, בדרך "שריון" של הוראות חוק, כגון הסעיף 4 של חוק היסוד הנדון לפנינו. היועץ המשפטי פטר אותנו מלהיכנס לעובי הקורה הזאת, בהודיעו בהודעתו מטעם המשיבים כי "אין המשיבים נוקטים עמדה בשאלה אם כשרותו המשפטית של דבר חקיקה הוא ענין שפיט בפני בית משפט זה, באשר הם סבורים כי לגופו של ענין אין לעתירה על מה שחטמו"ן... על כן חלוי הדבר בבית משפט זה עצמו, אם ירצה להיכנס על פי יזמתו לבירור שאלה השפיטות. החלטנו שלא לעשות כן, מפני שמטעמים טובנים חובעות הבעיות המהותיות אשר הועמדו לפנינו בדיון זה פתרון דחוף, ובירור השאלות החוקתיות המוקדמות היה מצריך דיון ממושך בפני עצמו. נשאר איפוא את ענין השפיטות בצריך עיון..."

עינינו הרואות, איפוא, כי גם כאשר קיימת שאלה של שפיטות, אין בית המשפט נמנע מלדון בבעיה עצמה כאשר הבעיה המהותית דורשת פתרון דחוף. שאלת השפיטות עצמה לא היה בה כדי למנוע מבית המשפט מלהכנס, לדון ולהכריע לגופו של ענין.

בכיוון דומה אמר השופט הד"ר ויתקון דברים מפורשים בבג"צ 58/68, שליט נגד שר הפנים, כ"ג פד"י כרך שני, ע' 477, בע' 532:

"לפעמים חייב בית המשפט לנקוט עמדה בשאלות אידיאולוגיות, ואל יחשוד שאינו מסוגל לכך או שהדבר יפגע ביוקרתו. הראיתי במקום אחר ("פוליטיקה ומשפט", הרצאה לזכר ד"ר משה זמורה ז"ל, 1965) שהן מבחינה המצוי והן מבחינת הרצוי כמעט שאין עוד ממש בטענה השגורה כי שאלות אלו חורגות מן התחום השיפוטי".

ואמנם כב"מ הנשיא, השופט זילברג וכב" השופט קיסטר, לא היססו להכנס לגופו של ענין ולבדוק לעמקן ולרחבן את הסוגיות האידאולוגיות הקשורות בשאלה "מי הוא יהודי" אף שזו שאלה המעוררת חילוקי דעות עמוקים ביותר בקרב הציבור הישראלי. בשל חילוקי דעות אלה כבר, לעומתם, כב" הנשיא וכב" השופט לנדוי כי "אין השאלה ניתנת לפתרון משפטי, כי אם לפתרון שכולו מונח בתחום האידאולוגי. כיון שבתחום זה קיימים, לדעתי, חילוקי דעות עמוקים בקרב הציבור הישראלי, הריני סבור, שאין לנו להתערב בהחלטת המשיב השני כי הפרט הנדון חייב להשאר ריק" (כדברי כבוד הנשיא שם בע' 574). מאידך, אין כל יסוד לטענה כי בהעדר חילוקי דעות כאמור, יימנע בית המשפט מלדון בענין, משיקולים של שפיטות, רק עקב העובדה שהשאלה היא אידיאולוגית, ולא כל שכן מסיבות אחרות פחות כבדות משקל.

כאמור, פסקי הדין שניתנו על ידי בית המשפט העליון אינם תומכים בטענה זו של ב"כ המשיב. נהפוך הוא, כפי שהראה כב" השופט הד"ר ויתקון במאמרו הנ"ל, "פוליטיקה ומשפט", הרי אף במובן המצומצם ביותר של "שפיטות" - במובן של המנעות מבדיקת המדיניות עצמה, להבדיל מאופן ביצועה - סויגה ההלכה במידה רבה (ראה שם, ע' 23 עד 43). ויש להדגיש כי ענין ההתערבות בשיקולי מדיניות אינו זהה כלל ועיקר לשאלה של שפיטות, ואין להקיש מן התחום האחד למשנהו.

בסעיף 39 לסיכומיו חוזר ב"כ המשיב לטענת השפיטות וטוען:

"הנחת יסוד היא בכל סוגיה בה מועלית טענת אי שפיטות - שבהתעלם משאלת השפיטות אפשר שיש זכות ויש חובה הניתנת לאכיפה על-ידי בתי המשפט... טענת הפרקליטות היא... שהזכות לה טוענים העותרים על יסוד חוק השמירה, מצויה בתחום הסוגיות הבלתי שפיטות... משאין לעותרים זכות בת אכיפה בבתי המשפט... שוב אין טענותיהם לענין".

ב"כ המשיב מביא כאסמכתא לטיעון זה את בג"צ 29/62, ט"ז(2) פד"י 1023, עמ' 1027.

נראה לב"כ העותרים כי דווקא פסק דין זה אינו תומך בטענת הפרקליט המלומד. בית המשפט שם - מפי כב' השופט ויתקון - ביסס את דחיית העתירה על ההלכה כי "כדי שיקום בית המשפט ויושיט לו (לאזרה - ב"כ העותרים) את עזרתו, עליו להראות לו שהוא מקופח בזכות מן הזכויות שהמשפט מכיר בהן".

"תנאי ראשוני להתערבותנו הוא, במקרה זה כבכול המקרים, שהמבקש יכול להצביע על "זכות" שנפגעה... אין אני גורס כי הזכות צריכה להיות זכות סטטוטורית, הכחובה בחוק. לא פעם הכיר בית משפט נכבד זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו בזכויות מוכרות בדין... זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצידה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה, סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט." (שם עמ' 1027). (ההדגשות של ב"כ העותרים).

הלכה זו מחייבת, על כן, כי משהוכרה זכות העותרים - וכפי שעוד יוסבר גם על פי חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז - יבוא בית משפט נכבד זה ויושיט להם סעד, ולא ימנע מהם את מבוקשם.

אין החוק מכיר במונח "זכויות שאינן ניתנות לאכיפה על ידי בתי המשפט". עצם קיומה של זכות כלשהי משמעותה היא זכות המוכרת על ידי המשפט ופירושה זכות הניתנת לאכיפה על ידי בתי המשפט: UBI IUS IBI REMEDIUM - אין זכות אלא אם כן יש בצידה תרומה משפטית לאכיפתה.

הרעיון המוצע על ידי ב"כ המשיב כאילו קיימות זכויות, אשר המשפט מכיר בהן אך אינן ניתנות לאכיפה הוא רעיון בלתי משפטי, שאין לו כל אסמכתא או בסיס בחוק. אין זכות חוקית אלא אם כן יש חובה בצידה. משקיימת זכות חוקית, דהיינו זכות המוכרת על ידי בית המשפט, יאכוף אותה בית המשפט, ולא מצינו כל מקרה בו פסק בית המשפט כי קיימת אמנם זכות מן הזכויות שהמשפט מכיר בהן, אך אין היא ניתנת לאכיפה.

במקרים בהם סירב בית המשפט להתערב בהסתמך על טענת השפיטות, שימש נימוק זה לשלילת קיום זכות העותרים שהצדיק התערבות בית המשפט. למיטב ידיעת ב"כ העותרים מעולם לא פסק בית המשפט כי אמנם יש לעותרים זכות מן הזכויות המוכרות על-ידי בית המשפט, אך בית המשפט לא יעניק אותה בהסתמכו על עקרון השפיטות. הקביעה כי שאלה אינה שפיטה משמעותה כי אין לעותרים זכות להתערבות בית המשפט, כי אין להם זכות המוכרת על-ידי החוק, זכות מן הזכויות שהמשפט מכיר בהן. אך משנקבעה זכות העותרים - ועל כך אין מחלוקת במשפט זה - לא יסרב בית המשפט, על סמך טענת שפיטות, לתת להם את הסעד המבוקש.

12. שאלה זו של שפיטות, ודומחה, שאלת חובת המשיבים ומהות זכותם של העותרים עלו זה לא מכבר בפני בית משפט זה בבג"צ 295/65, כ' פד"י חלק ראשון ע' 309. שם, כמו כאן, העלו המשיבים הן את שאלת השפיטות והן את השאלה כי זכויותיהם של העותרים אינן ניתנות למימוש, שם טענו כי לעותרים יש זכות שבמדיניות, ואילו כאן הם טוענים כי זכותם היא הסטורית או ערטילאית גרידא, לא נוכל להיטיב מאשר לצטט את חשבתו של כב' מ"מ הנשיא, השופט זילברג, בע' 327 לפסק הדין ההוא:

"טענתו השניה של בא-כח המשיב היא, כי שולחו אינו חייב כל חובה שבדין, להבדיל מחובה שבמדיניות - להתקין את התקנות שפורשו בסעיף 5 של החוק. ומיד לאחר מכן, בשינוי נוסח קצת, הוא חזר על אותה טענה באמרו כי אם אפילו קיימת חובה כלשהי, הרי היא כלפי הציבור בכללו, ולא כלפי העותרים. אין אני מסכים להשקפה בלתי משפטית ובלתי מציאותית זו, הביטוי "חובה שבמדיניות" הוא ערך שאינו מצוי בשום לכסיקון משפטי. מדיניות אינה נוצרת על ידי חובה. היא נוצרת מרצון, מרצונו המפלגתי, או הקואליציוני, של מי שניצח במלחמת הבחירות. הלה טוען אמנם כרגיל, בצדק או שלא בצדק, כי הרגשת החובה שבו היא היא הממריצה אותו לפעול למען המדיניות שהובטחה על ידו במצע הבחירות. אבל לאחר שהבחירות עברו, והמנצח ניצח, והוא חקק את החוק שחפץ ביקרו, וכתב בו כי "השרים פלוני ופלוני יעשו מעשים אלה ואלה", הוא יצר בזה חובה משפטית ממש, המחייבת את השרים למלא - ולא רק לרצות למלא - את החובה שהוטלה עליהם. השאלה מיהו ה"בעל-חוב" אשר לו חבים את החובה - הציבור כולו או יחידיו - היא מעתה שאלה סמנטית גרידא, כי בכל חובה שנוצרה לטובת הציבור, יכול יחיד הציבור לתבוע את מילויה בדרך שנקבעה לכך, אך אם נפגע באינטרסים שלו עקב אי-מילוי החובה".

ובע' 328 :

"שאלה אחרת שתפסה מקום נכבד בטיעונם של שני הפרקליטים המלומדים, היא שאלת ה"שפיטות" (justiciability). בא כח העותרים טוען כי השאלה שנתעוררה על-ידו "שפיטה" היא, ובא כוח המשיב עונה לעומתו וטוען: לא כי, אלא איננה "שפיטה". חמה אני אם ימצא אי פעם חכם בעולם, שיוכל להגדיר בדיוק את משמעותו של ביטוי זה. ד"ר ויתקון שהקדיש לנושא מחקר מקיף וממצה בשם "פוליטיקה ומשפט", כותב בסוף דבריו (שם, ע' 69):

"הגעתי לסוף מחקרי. יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני שעדיין נמצאים אנו תוהים ובוהים."

"אודה ולא אבוש, כי גם אני לא תפסתי מעולם מה טיבו של עובד מונסטרואוזי זה. עצם הפניה אל "חוש המומחיות של המשפטן" - אליו פנו בבג"צ 65/51, ז'בוטינסקי נגד וייצמן (2) - עוטפת את המושג בהילה של ערפל ומסתורין, ומראה כי "בתורת הנגלה" אין למצוא ניתוח מדויק, משפטי, להשגת תכנו. חקרתי ודרשתי וקראתי וחשבתי הרבה על המונח הנ"ל, והדבר היחיד שהשכנעתי בו הוא, כי כאשר הקונטרברסה שבין המבקש והרשות האדמיניסטרטיבית סובבת סביב ענינים של מדיניות, אין הסכסוך כשר להבאתה לפני בית המשפט הגבוה לצדק.

"והנה בהסתכלנו דרך אספקלריא זו אל הסכסוך שלפנינו, ניווכח לדעת כי השאלה הנדונה אין בה אף שמץ של מדיניות ממשלתית. יש מדיניות חוץ ויש מדיניות פנים, מדיניות כלכלית ומדיניות חרבותית. יכולה מדיניותה של ממשלה אחת להיות כי חייבים לשמור מכל משמר על גובה המטבע הישראלי, ושלא להפחיתו בשום פנים ואופן; ויכולה ממשלה אחרת לשנות ממדיניות קודמתה ולהוריד את ערך המטבע עד לשוויו הריאלי כדי לאפשר במדיניות חוץ תחרות תוצרתנו בתוצרת המקומית. יכולות להיות שיטות מדיניות שונות כמעט בכל אחד ואחד מענפי הממשל, אם בענינים חמריים ואם בענינים רוחניים. אבל לא ייתכן למצוא שיטה ומדיניות בכך, שחוק אשר נחקל בכנסת (למעשה על דעת כל המפלגות) בשנת 1961, וחוייבו בו שני שרים להתקין לו תקנות ידועות כדי להצמיח לו ידיים ורגליים שיאפשרו את הילוכו ומימושו בעולם המעשה - חוק כזה יוחזק במקרה קרוב לחמש שנים, בחינת "ירעה עד שיסתאב", עד שימות מיתת נשיקה. ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדימורליזציה ביחסי השלטון והאזרח; וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה." (ההדגשה של ב"כ העותרים).

ואם זכויות שטרם נולדו ובאו לעולם כך, זכויות המוכרות בפה מלא על ידי ממשלת ישראל, ולא מתמול שלשום, אלא כזכות "היסטורית ומוסרית", על אחת כמה וכמה. אין בחוק יצור כזה המתקרא זכויות אשר אינן ניתנות למימוש, כטענת ב"כ המשיב. ההימנעות מהגשמתן אינה ראויה להקרא מדיניות, ולא מאחורי איצטלא זו של אי-שפיטות ימצא המשיב מסחור.

13. סיכומו של השופט ויתקון, במאמרו הנ"ל בע' 69, הוא כי:

"נראה לי כי הסלידה מן הדיון השיפוטי בשאלות פוליטיות מקורה, במידה רבה מסעמים אי רציונאליים, מבחינת ההגיון הצרוף... אף על פי כן אותה רתיעה

מהתעסקות השופטים בעניינים פוליטיים רגישים, מצאה לה מהלכים בחודעה המשפטית וגם בדעת הקהל... אך נראה לי שגם אם ברצוננו להמשיך במסורת זו, מוטב שלא נפריז בה, ושנזכור שהיום יש עוררים עליה. ראינו שבארצות הברית עלתה המחלוקת בכל חריפותה, ומחייבי "השפיטות" ידם על העליונה. גם באנגליה, ארץ מכורתה של תורת Judicial self-restraint מצויים שופטים "אמיצים" המרחיבים פה ושם את גבולות השפיטה ומעבירים אפילו מעשי חקיקה תחת שבט ביקורתם לפחות באופן קולאטראלי".

רבות התיאוריות שהוצעו, כדברי ב"כ המשיב, לבדיקת טיבן של שאלות שאינן שיפוטיות. ב"כ המשיב מביא את טיב הנושא, חלוקת הסמכויות בין הרשויות, תורת ה-self-restraint. תיאורית היעילות והאחריות המדינית, "חוש המומחיות", ועוד, באופן גורף ובלי בדיקה נוספת, כקני-מידה מוצעים למטרה זו. המשותף שבכולם הוא שאין באף אחד מהם כדי ללמד על הנושא עצמו. כולם כאחד לא באו אלא להסביר, ex post facto, את הימנעות בית המשפט מלדון בנושא מסוים, ואין בהם כדי לשמש מורה נבוכים שיהיה בו במידה כלשהי של וודאות לקבוע כי נושא מסוים אמנם אינו שפיט.

כל קני המידה שהועלו, ורק חלקם הובא על ידי ב"כ המשיב, כטעמים לאי שפיטות, נבדקו ונמצאו חסרים. אין בהם, כשלעצמם, או אף בצירוף של אחדים מהם, כדי לבסס כלל של אי התערבות בית המשפט בעניין זה או אחר, על אף כל הכללים הנדונים. הנסיה היא, מצד בתי המשפט, להתערב בשטחים רחבים יותר ויותר. Geoffrey Marshall במאמרו: Justiciability ב-Oxford Essays on Jurisprudence בע' 265, מגיע לידי המסקנה, לאחר בדיקות כל קני-המידה, כי אין להסתמך על אף אחד מהם, וכי המחוקק הוא שצריך לקבוע בכל מקרה ומקרה אם אמנם תהיה סמכות לבתי המשפט אם לאו (ראה ע' 278 ואילך). ראה, כמו כן, דברי הבקורת על מאמר זה מאת Robert S. Summers ב-1963 M. L. R. 530.

למסקנות דומות, לפיהן אין למעשה כמעט לקבוע כי נושא אינו שפיט, בהתחשב בקני מידה נוקשים כלשהם, מגיע Robert Stevens במאמרו Justiciability: The Restrictive Practices Court Re-examined, 1964 Public Law, 221 לאחר הבאת הדעות השונות והמגוונות אשר הובאו בוויכוח הפרלמנטרי והציבורי לגבי השאלה אם אמנם שאלת ההגבלים העסקיים היא שאלה שפיטה, הניתנת לפסיקה על ידי בית המשפט, או שמא הינה שאלה פוליטית טהורה, שאינה שפיטה, מגיע המחבר המלומד למסקנה כי:

Only if matters in issue are so blatantly political that to attempt to solve them by the adversary procedure, which characterizes a court, would be meaningless, can it be said that something is non-justiciable. (Author's note: In this category might be included budget discussions) - ibid at p. 238.

גם S. A. de Smith בספרו Judicial Review of Administrative Action הוצאה שניה, אינו מבסס מסקנות מרחיקות לכת על שאלת השפיטות. בע' 273 הוא אומר:

This is not to say that English court will decline jurisdiction over all "political questions". There are simply categories of questions, some but not all of which have a strongly political flavour, which they have decided, for historical or policy reasons, to treat as non-justiciable.

note 47: "... among the "political" questions in respect of which English courts will decline jurisdiction are matters falling within the ambit of parliamentary privilege... but the Courts reserve the right (as with the royal prerogative) to determine the existence and extent of an alleged privilege..."

ולמטה מן העניין:

Nevertheless in the first edition of this work it was observed that "judicial review of wide discretions vested in responsible Ministers, and even of some of the powers vested in local authorities under housing and town planning legislation, has been almost non-existent". Today one would be obliged to say that this was too sweeping a remark. The court are still wary from reviewing the exercise of executive powers in emergency situations, or in relation to aliens, or in contexts where the "policy" element in a decision looms far larger than the merits of an individual case. But... judicial apprehensions about the consequences of appearing to encroach on the private domain of politicians had diminished." (ibid at p. 273).

בעניינו מעניין לציין כי בתי המשפט האנגלים לא הססו להחזיר לא מכבר בבעיה הקרובה לבג"צ 65/51 הנ"ל, דהיינו בשאלת חוק מינויו של ראש הממשלה.

ב- Adegebenre v. Akintolat & Anr. (1963) AC 614 (1963) 3 All E.R. 544

בדקה מועצת המלך אח השאלה האם פיסורי ראש ממשלת ניגריה על ידי הרוב בפרלמנט נעשה כחוק, ואם מינויו של ממלא מקומו של ראש הממשלה על ידי המושל נעשה כחוק. לא נחזרה כלל השאלה של שפיטות הבעיה, אם כי אין ספק שהבעיה הינה בעלת אופי פוליטי מובהק.

14. הנטיה בבית המשפט האמריקאי להתעלם משאלת השפיטות בולטת לא פחות מהנטיה הדומה בבית המשפט באנגליה.

קשה להתייחס ברצינות יתרה למאמרו של פינקלשטיין המובא על ידי בא כח המשיב. מאמר זה, שנכתב ב-1924, מתעלם מפסקי הדין שאינם תומכים בדעתו, ודי לקרוא את מאמרו של ווסטון, המובא אף הוא על ידי בא כח המשיב כדי להשתכנע עד כמה אינו מדויק. יתר על כן, מאז אותו מאמר הרחיקו בתי המשפט בארצות הברית לכת, וקשה יהיה להכניס את הכרעותיהם בד' אמות המוצעות על ידי כותב במאמר. גם ווסטון במאמרו, מגיע, למעשה, למסקנה אחת והיא כי

the line between judicial and political questions in a given constitutional situation is the line drawn by constitutional delegation and none other.

- ibid at p. 331

קשה להסיק מסקנות ממשיות כלשהן על אפיון של שאלות אלו מעצם ההגדרה. מאידך Scharpf במאמרו הממצה, המובא על ידי ב"כ המשיב, לאחר שהוא בודק את כל קני המידה המוצעים, והמובאים גם על ידי המשיב, ומוכיח כי אין באף אחד מהם, או בצירופם, משום אמת-מידה בטוחה לאי התערבותו של בית המשפט, מסיק את המסקנה, בע' 596, כי :

The emphasis of the political question is on the "foreign relations law", and within this field on questions of international and domestic law which immediately concern the political or military interactions of the United States with foreign states ...

Beyond this, the doctrine has been restricted to a few, narrowly circumscribed issues of constitutional law... the doctrine has not been permitted to gain a permanent foothold at the core of the Court's constitutional responsibility for the protection of individual rights and for the determination of conflicts of competence.

הדברים הנ"ל נכתבו אחרי פסק הדין בעניין Baker v. Carr, 82 S. Ct. 691 פסק דין שהיה צעד נכבד קדימה בכיוון של התערבות בתי המשפט בשאלות שעד כה נחשבו לבלתי שפיטות.

די לקרוא את דברי השופט ברנן, עבור הרוב בפסק הדין הנ"ל (ע' 706 ואילך), בו הוא מראה כי אין לך כלל כלשהו לגבי השפיטות שאין לו יוצאים מן הכלל, כדי להשתכנע כי גם מלכתחילה לא היה בו בכלל זה משום קנה מידה בטוח כלשהו לקבוע אמות מידה של התערבות בית המשפט.

אין כאן המקום לצטט בהרחבה מפסק דין זה, אך מן הראוי להדגיש כי גם לדעת המיעוט באותו פסק דין, מיעוט המורכב מהשופטים פרנקפורטר והרלן, סירובם לדון בבעיה לא נבע מאי שפיטות הבעיה עצמה - מעצם טיבה של הבעיה, אלא מכך כי לא הוכח ששיטת הבחירות בקנטוקי היא לגמרי בלתי סבירה. אף שופטים אלה אינם מניחים מקום לכל ספק כי אם אמנם היו משוכנעים שהשיטה היא בלתי סבירה, היו גם הם מתערבים, ואפיה של השאלה לא היה מעכב בעדם.

כלשון השופט פרנקפורטר:

What renders cases of this kind non justiciable is not necessarily the nature of the parties to them for the Court has resolved other issues between similar parties; nor is it the nature of the legal question involved, for the same type of question has been adjudicated when presented in other forms of controversy. The crux of the matter is that Courts are not fit instruments of decision where what is essentially at stake is the composition of those large contests of policy traditionally fought out in non-judicial forums, by which governments and the actions of governments are made and unmade.

(82 S. Ct., at p. 748).

או כדברי אותו שופט דגול למעלה מכן:

The doctrine of political questions, like any other, is not to be applied beyond the limits of its own logic, with all the quiddities and abstract disharmonies it may manifest.

(ibid at p. 746).

עיקר טיעונו של השופט פרנקפורטר הוא כי שיטות בחירה שאינן שונות בהרבה מזו שנדונה באותו משפט היו קיימות במדינות רבות, ומכאן ששינוי שיטת הבחירות בחוץ קשת השיטות המקובלות הינו ענין לבית המחוקקים.

ובלשון השופט הרלן:

The function of the federal judiciary ends in matters of this kind once it appears, as I think it does here on the undisputed facts, that the state action complained of could have rested on some rational basis.

(dissenting, ibid, at p. 775).

(לפי דברי הנ"ל השאלה היא רק שאלה של דרגה - וכך גם עולה מדברי השופט פרנקפורטר - כי אם היו משוכנעים שאמנם אין בסיס רציונלי לא היו מהססים להערב).

any possible justification in
rationality

השוה דעת הרוב עם 732, 736 המחפשה:

יש לציין כי מאז פסק הדין הנ"ל הוסיף בית המשפט העליון בארצות הברית והערב במספר רב של שאלות שהיו מוגדרות עד כה כשאלות פוליטיות. עיון בכרכים של פסקי הדין האחרונים של בית המשפט העליון יראה כי במקרים רבים הערב בית המשפט בשאלה של חלוקת אזורי בחירה ושל חוקיות שיטת הבחירות:

Fortson v. Morris 87 S. Ct. 446
Swaa v. Adams 87 S. Ct. 569
Kilgalin v. Hill 87 S. Ct. 820
Avery v. Midland County, Texas, 38 S. Ct. 1114
Kilpatrick v. Presler 89 S. Ct. 1225
Wells v. Rockefeller 89 S. Ct. 1234
Moore v. Ogilvie 89 S. Ct. 1493
William v. Rhodes 89 S. Ct. 5

Flant v. Cohen 88 S. Ct. 1942

ענין מיוחד יש בפסק הדין ב-

לפיו הוחלט, בניגוד לפסקי דין קודמים, כי למשלם המס יש מעמד להגיש תביעה בקשר להוצאה לצרכי חינוך, אם נטען כי היא בלתי חוקית, ובהקשר זה נאמר (כמצוטט בחחילת פסה"ד):

"justiciability" is a concept of uncertain meaning and scope and the many subtle pressures that cause policy considerations to blend into the limitations of the judicial article of the Federal Constitution make justiciability doctrine one of the uncertain and shifting contours.

(and see p. 1950).

Powell v. McCormak 89 S. Ct. 1944 עוד צעד הלך בית המשפט העליון ב-

כאשר פסק כי יש לו סמכות להעביר חחה שבט ביקורתו את החלטת הקונגרס להוציא את פאוול מבית הנבחרים, וזאת למרות הטענה של חוסר שפיטות, עינינו הרואות, איפוא, כי גם בארצות הברית, שם מקורה של סוגיה זו בהוראות החוקה, בהפרדת הרשויות ובהגבלות המוטלות על ידי החוקה על שימוש בתי המשפט בסמכותם, אין בה בתורה זו של שפיטות כדי לכבול את ידי בית המשפט בבואו לפסוק בבעיה כלשהי, והיקפה צומצם לאחרונה עד לבלי הכר.

15. העולה מהמובאות לעיל הוא כי אין בדוקטרינת השפיטות כדי למנוע את התערבותו של בית משפט זה. גם באנגליה אין כל הסתמכות על תורה זו כדי להגביל את התערבותם של בתי המשפט. בארץ מעולם לא קנתה ההשקפה האמדה שביתה, ואין כל מקרה, הקרוב למקרה דנן, בו נמנעו בתי המשפט מלפסוק בהסתמך על טענה זו, גם במקרה דנן על בית המשפט, בכל הכבוד, לפסוק לגופן של זכויות העותרים.

16. מכאן עבר ב"כ המשיב לטענה כי הענין הנדון אינו שפיט לאור הוראות דבר המלך במועצה על ארץ ישראל (מקומות קדושים) 1924, המונעות את הדיון בנושא בבית המשפט. טענה מרכזית זו של המשיבים - גוונים שונים לה: האחד פרוצדורלי יותר, דהיינו כי בית הדין הגבוה לצדק נעדר סמכות בנדון לאור דבר המלך האמור. ואילו השני מהותי יותר, דהיינו כי אף שהודו המשיבים בזכות התפילה של היהודים בהר הבית, זכות חוקית היא אמנם, אלא שדבר המלך במועצתו מציב לה סייגים וקבע דרך אחרת להכריע בה.

נפתח בטענה הפרוצדוראלית. מן הראוי תחלה לציין כי גם בהתאם להוראות דבר המלך עצמו, שעה שעוד היה בחוקף, לא הוצאה מכל וכל סמכותו של בג"צ. סעיף 3 מעביר אמנם לנציב העליון (עתה שר הדתות) את סמכות ההחלטה לקבוע אלו הם המקרים בהם נכלל העניין הנדון במסגרת סעיף 2, וקובע כי החלטתו של הנציב העליון בשאלה זו תהיה סופית ותחייב את כל הצדדים. אולם כבר נפסק פעמים רבות על ידי בתי המשפט, הן באנגליה והן בארץ, כי אין במלים אלו "החלטתו תהיה סופית", כדי למנוע מבג"צ להעביר את ההחלטה תחת שבט בקרתו.

ראה: בג"צ 21/32 1 פלר 683

בג"צ 176/57 ט' פד"י 617, 633, 634

בג"צ 79/63 י"ז פד"י 2503, 2512

בג"צ 302/63 י"ח פד"י כרך רביעי, 252

בג"צ 285/64, י"ט פד"י כרך שני 44

בג"צ 181/65, י"ט פד"י כרך שני 565.

לפיכך אין בסעיף 3 הנ"ל כדי לשלול מבג"צ את סמכותו להעביר תחת שבט בקורתו את ההחלטה הנדונה.

17. יתרה מזו; מכח סמכותו הנגררת לפי סעיף 35 לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957, ודאי וודאי שבג"צ מוסמך לדון ולפסוק בשאלת הנוגעת לזכויות במקומות הקדושים, שעה שהחלטה כזו דרושה כדי להכריע בענין הנתון בסמכותו. סמכות זו נתונה לא רק לבג"צ אלא גם לבית המשפט הדן בפלילים.

אדם הגונב איקונין מכנסית הקבר, וטענת התגוננותו היא כי איקונין זה הוצמד אל עמוד מסויים שלא כדת ועל כן דינו חרם לכל מוצאו, ברור שבית המשפט אשר בפניו יובא הנאשם לדין יהיה חייב להכריע בשאלה זו, שאלת זכות הצמדת האיקונין לאותו עמוד. בית המשפט לא יעביר את המשפט של הנאשם להכרעת שר הדתות.

נאשם שהתפרע במקום קדוש, אין כל ספק שיובא לדין, ולא תעמוד לו ההגנה כי רק שר הדתות זכאי לשפוט.

יתר על כן: העותרים דנן, אם אמנם יבואו ויחפלו בהר-הבית, וייעצרו על ידי המשטרה, האמנם יובאו לדין בפני שר הדתות? האם הוא ישפטם? ועל-פי איזה דין? או שמא בכל זאת בפני בית-המשפט הרגיל יובאו והוא אשר ישפוט אם אשמים הם אם לאו?

מאחר שאין ספק כי בנסיבות כאלה אמנם כך יהיה דינם, מהו, איפוא, ההבדל בין מקרה זה למקרה נשוא העתירה? מהי הסיבה לפיה רק עתירתם של העותרים כי שר המשטרה ימלא את תפקידו על פי דין, ויימנע מלפגוע בזכויותיהם שאינן שנויות במחלוקת, והנוגעות למקום קדוש, פסולה מלהיות נדונה בפני בית המשפט, ואילו העמדה לדין בפני בית משפט מוסמך באותו נושא עצמו חהא מוצדקת? ברור הוא כי לא מיניה ולא מקצתיה.

18. סמכות זו של בג"צ להתערב הובהרה והורחבה בחוק בתי-המשפט תשי"ז-1957, באופן שאפילו היה דבר המלך במועצה (מקומות קדושים) 1924 בתוקף - צומצמה תחולתו. הסעיף החל על המקרה דנן הוא סעיף 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957, האומר:

"7. (ב) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (א) מוסמך בית המשפט העליון בשבחו כבית משפט גבוה לצדק:

(1) ...

(2) להת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופין ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להמנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין - להימנע מלפעול."

כזכור היה בית המשפט הגבוה לצדק, בהתאם להוראות המקבילות בדבר המלך במועצה 1922, מוגבל

to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other court and necessary to be decided for the administration of justice.

הדרישות המצטברות היו איפוא, שלוש:

- א. ענין שאינו חובענה או משפט, אלא תחינה או בקשה.
- ב. שאינו בסמכותו של כל בית משפט אחר.
- ג. ושיהיה צורך להכריע בו למען עשיית צדק.

סעיף 7(ב) לחוק בתי המשפט תשי"ז-1957 ויתר על שתי דרישות אחרונות אלו, כאשר מדובר בצווים הפרוגטיבים. שוב אין זה תנאי כי הבקשות לצווים אלה לא תהיינה בסמכותו של בית משפט אחר, וכי יהיה צורך להכריע בהן למען עשיית צדק.

בבג"צ 262/62 ט"ז פד"י 2101, אומר כב' השופט כהן בעמוד 2112:

"בענין בו ממלאת הרשות תפקיד ציבורי על פי דין, יתערב בית משפט זה להבטיח שתמלא תפקידה כדין, בין אם ההתערבות דרושה למען עשיית צדק ובין אם לאו, ובלבד שנתמלאו התנאים אשר בהם מושיט בית המשפט של יושר את סעדו."

דברים דומים אומר השופט כהן בבג"צ 322/61, ט"ז טד"י 2117, בע' 2126:

"העובדה שהעיריה הוסמכה להסדיר ענין פיטוריהם והתפטרותם של פקידים בתקנות, אין בה כדי למנוע בעדה כדי להסדיר ענינים אלה בחוזה, והעובדה שהעיריה בחרה להסדירם בחוזה, אין בה כדי לגרוע מסמכות השיפוט של בית משפט זה. אין זאת אומרת שלא יתכן כי עומדת לו למבקש עילה חובענה בשל הפרת חוזה בבית משפט אחר; אבל הסמכות של בית משפט זה הנובעת מהוראות סעיף 7(ב)(2) לחוק בתי המשפט חשי"ז-1957 (להבדילה מן הסמכות הנובעת מהוראות סעיף 7(א) לחוק ההוא) שרירה וקיימת כל עוד המדובר הוא בענין הנוגע למלוי תפקידיה של העיריה כדין; ...הלכה פסוקה היא, ואין מהרהרין עוד אחריה, שבית המשפט הגבוה לצדק לא יסגור שעריו לפני מבקש אך בשל כך בלבד שפתוחה לפניו הדרך לבקשת סעד בבית משפט אחר, אם אותו סעד אינו מהיר ויעילה דרכו..."

19. בנדון זה, ראה, כמו כן את מאמרו של ד"ר י. זמיר על סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, במחקרי משפט לזכר ד"ר א. רוזנטל ז"ל, ע' 225, בעמ' 255. שם מביע המחבר את הדעה כי גם מכח סעיף 7(א) הורחבה סמכותו של בית המשפט על ענינים אשר אינם בקשות או חתינות, במשמעותם בסעיף 43 לדבר המלך למועצה (וראה האסמכתאות המקובצות שם).

בהקשר זה יש לציין כי הדברים המובאים בפסקי הדין אשר צוטטו על-ידי ב"כ המשיב, לפיהם אין הפרש בין הוראות חוק בתי המשפט לבין הוראות דבר המלך למועצה, לחיוב נאמרו ולא לשלילה; לשון אחר: כוונת השופטים הייתה כי אין לשמוע טענה שחוק בתי המשפט בא לצמצם את סמכותו של בג"צ, ולמיטב ידיעת ב"כ העותרים מעולם לא דחו בתי המשפט טענה כי חוק בתי המשפט בא להרחיב את סמכות הבג"צ.

כפי שכבר צוין לעיל, עולה בעליל כי גם בתי המשפט פירשו את הוראות חוק בתי המשפט חשי"ז-1957 כמעניקות סמכויות רחבות יותר מאלו אשר היו נתונות לבג"צ על פי דבר המלך למועצתו (מקומות קדושים) 1924 (ראה בהקשר זה גם בג"צ 19/64, י"ח פד"י, חלק ו' 506 בע' 518).

20. משגילה המחוקק דעתו בחוק מיוחד הדן בבג"צ כי יש להרחיב את סמכות הבג"צ - ולאור הוראות סעיף 49(2) אשר אינו כולל שמירת הוראות דבר המלך במועצה, מאחר והוא שומר רק הוראות "חוק אחר", והדבור "חוק" אינו כולל דבר מלך, - אין ספק כי לבג"צ סמכות ברורה לדון בכל ענין הכלול בהוראות סעיף 2 לדבר המלך במועצה (מקומות קדושים) 1924, (וזאת בנוסף לסענה כי אין כל מניעה לדין בנושא הבג"צ דנן, אף לאור ההוראות האמורות). מסקנה זו של ביטול, או צמצום, הוראות דבר המלך הנ"ל, עד כמה שהדבר נוגע לבג"צ, היא בלתי נמנעת איפוא הן מפירוש הסעיף, והן ממהות סמכותו של בג"צ. אין להעלות על הדעת כי בג"צ יהא מוסמך להחליט בכל נושא, לרבות נושאים הנוגעים ליסודות המדינה, למהותה ולאפיה, ואילו אנכרוניזם מאובן זה, שריד וסמל לשרירות קלוניאלית שדגלה בעקרון "הפרד ומשול", המנוגד לכל עקרון שלטון החוק, הוא לבדו ישאר שליט בכיפה ויאמר אני ואפסי עוד. לא יתכן כי רק דבר המלך במועצה (מקומות קדושים) 1924 ישאר חפשי מכל ביקורת של בית המשפט הגבוה לצדק. קשה לתאום הנחה כזאת לאשיות-היסוד ולהלכי המחשבה הבסיסיים של מדינת ישראל, למערכת חוקית ולפסיקה של בתי-המשפט.

סיכומו של דבר: לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות לדון בנושא, על אף הוראות דבר המלך במועצה (מקומות קדושים) 1924, ואין בהוראות סעיף 49(ב) כדי למנוע חוצאה זו מאחר ולא מצינו מקום כלשהו בו חל לשון "חוק" אף על דבר מלך, בניגוד להגדרה בפקודת הפרשנות. אפילו נשארה משמעות כלשהי לדבר המלך (המקומות הקדושים) 1924 - וכפי שיוסבר להלן לא יתכן שכך הוא - אין הדבר נוגע לסמכויות בג"צ. על כן - גם מכח בתי המשפט, תשי"ז-1957, וההגדרות הכלולות בו לגבי סמכויות הבג"צ, מוסמך בית משפט זה להתערב בגדר סעיף 7(ב)(2) לחוק.

21. ומכאן למשמעותו של דבר המלך במועצה (מקומות קדושים) 1924, ולתקפו. ב"כ העותרים חולק גם על פירושו של המשיב לדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, אשר על פיו כל cause or matter, כמוגדר בסעיף 2, יוכרע אוטומטית לגופו של ענין, על ידי הנציב העליון. סעיף 3 קובע למעשה רק דבר אחד, כי הנציב העליון יכריע בשאלה:

"whether any cause or matter comes within the terms of the preceding Article hereof."

השאלה הזאת היא שתובא להכרעתו, לאחר שיקבל הוראות משר של ממשלת בריטניה יחליט הנציב העליון בשאלה זאת, והחלטתו זאת תחייב את הצדדים. לא מדובר כל עיקר בהכרעה לגופו של ענין. כך אמנם מפרש גם Cust את הסעיף האמור. ראה ההערה מתחת לקו בעמוד 11 לחוברתו זו לשונה:

The Palestine (Holy Places) Order-in-Council, 1924, ousts all matters connected with the Holy Places and religious buildings and sites or with the rights and claims of the different religious communities from the jurisdiction of the Civil Courts, and provides furthermore, that the High Commissioner is to decide finally if a question arises whether any cause or matter comes within this prescription. (See Appendix B).

למעשה הקנה דבר המלך במועצתו סמכות לנציב העליון לקבוע איזה נושא נכלל בחחום ההגדרה של סעיף 2, ולפיכך אין להביאו בפני בתי המשפט האזרחיים, ואיזה נושא יכול שיובא בפניהם. זאת וחו לא.

שאכן זהו נפירוש הנכון נקבע גם בערעור אזרחי 55/40 קרן קיימת נ. הממונה על טרה סנטה נצרת P.L.R.1940 כרך 7 ע' 291. גם על-פי דעת הרוב באותו משפט, מפי השופט רוס, גם לפי דעת המיעוט, השופט פרומקין, כזהו הפירוש.

ואלו דברי השופט רוס בע' 294:

"In these circumstances I think that the question whether the cause is connected with this Holy Place is one which the legislature has seen fit to reserve for the decision of the High Commissioner."

(ההדגשה של ב"כ העותרים).

והשופט פרומקין אומר בע' 297:

"With regard to the jurisdiction of the Civil Courts of Palestine in causes or matters in connection with the Holy Places or religious buildings or sites, two possibilities are contemplated in this Order. The first possibility is when there is no doubt whatsoever that the cause or matter is in connection with the Holy Places or religious buildings or sites, in which case a Court will, as soon as the point is brought to its notice, refuse jurisdiction. There will be no need to refer the matter first to the High Commissioner.

The second possibility is when it is not a clear and undoubted case of the dispute being a cause or matter in connection with the Holy Places, for instance when one party suggests it is so and the other denies it. When such a question arises, it is to be referred to the High Commissioner who will decide, not the dispute, but the question whether or not the dispute is one contemplated in Article 2, namely, a cause or matter in connection with Holy Places. If the answer is in the affirmative, Article 2 will be invoked, with the result that the jurisdiction of the Court will be ousted.

A difficulty which presented itself to our minds in the course of argument was - who is in first instance to decide whether or not such a question arises? Does the question automatically arise the moment one of the parties raises it, even if it sounds most unreasonable or even impossible, or is it open for the Court to weigh the pros and cons and come to its own conclusions, refer the question to the High Commissioner, if in its mind such a question exists, and refuse to refer it for decision and go on with the case if it thinks the matter so clear as to leave no question that the dispute has any connection with Holy Places.

I have no doubt that the second proposition must be the correct one."

(ההדגשות של ב"כ העותרים).

על כן אפילו היה דבר המלך האמור תקף, הרי משפנה בא כת העותרים לשר הדתות, הבא בנעליו של הנציב העליון, מחייבת תשובתו של שר הדתות אשר לא ראה להודיע כי הנושא אינו שפיט, אלא התייחס לחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז, אשר גם לדעתו מקנה את זכות התפילה ליהודים על הר-הבית.

אולם אף לפי פירוש המשיב, הנראה לב"כ העותרים כמוטעה על פניו, משפנה ב"כ העותרים אל שר הדתות ונענה כפי שנענה, מהווה תשובתו את ההחלטה אליה נושאים ב"כ המשיב את עיניהם בכל מהלך סיעונם.

מסקנה זו עולה גם מכך שלא ייתכן כי אף לאחר הפנייה אל שר הדתות יישאר חלל ריק ללא הכרעה כלשהי בנושא כל כך חשוב.

22. זאת ועוד. אפילו היה דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924 בחוקף, גם אז טוען ב"כ העותרים כי אין מקום לפירוש כאילו חלות הוראותיו במקום שאזרח מבקש לאכוף זכות חוקית שלו בקשר למקומות הקדושים. ב"כ העותר סבור שעל פי הפירוש הנכון לדבר המלך הנ"ל חלות הוראותיו רק כאשר המדובר בסכסוכים הנוגעים למקומות הקדושים עצמם, למבנים דתיים וכו', או לזכויות או תביעות של עדות דתיות שונות בקשר ל- cause או matter המתייחס למקומות הקדושים.

סימוכין לפירוש זה ניתן למצוא לא רק בלשון הסעיף האמור אלא גם במבוא לדבר המלך הנ"ל, המסתמך על המנדט וחבר הלאומים:

"And whereas by treaty, capitulation, grant usage, sufferance, and other lawful means..."

חוק השוואה למבוא בדבר המלך במועצתו 1922, האומר:

"... it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country."

מטרת הוראות דבר המלך במועצה 1924 בענין המקומות הקדושים היתה לשמור על זכויות העדות הלא-יהודיות ולמצוא הסדר שלטוני בעניני המקומות הקדושים כאשר הצדדים הם עדות דתיות. אך לא היתה כוונה לשלול את סמכות בתי המשפט כאשר מדובר בזכותו החוקית של יחיד, אפילו היא מתייחסת למקומות הקדושים.

כדאי גם לאזכר כאן את פסק הדין בע.א. 229/45 מודיר אל ווקף אל עם נגד פקיד הסדר הקרקעות בו צימצם בית המשפט העליון בימי המנדט את ההגדרה המקומות הקדושים, בהבחינו בין a holy place בארץ-ישראל לבין the Holy Places בארץ-ישראל, ומציין למשל ש-Moslem Shrines קדושים לכל המוסלמים אך אין זאת אומרת שבעת ובעונה אחת הם גם מקומות קדושים כמשמעות ההגדרה בדבר המלך במועצתו. סביר, אולי, להניח כי מכיוון שבעבר המקומות הקדושים למוסלמים היו בין כך ובין כך, בשלטון מוסלמי, חל דבר המלך האמור רק על אותם מקומות קדושים לנוצרים

המוזכרים אצל Cust הנ"ל בעמוד 12 לחוברתו, ואולי גם של שני מקומות קדושים ליהודים, שהוכרו בחור שכאלה, כאמור באותה חוברת. הר-הבית אינו נכלל בכל אלה. (וראה גם המרצה 440/64 ט"ו פד"י, פרק 3, ע' 1926, אשר בה לא הועלו הטענות הנסענות בזה.)

23. אלא שלטענת העותרים בטל דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924 מכל וכל, אם מכח עקרונות כלליים ואם מכוחה של חקיקה ישראלית מאוחרת יותר. צדק ב"כ המשיב באמרו כי דבר המלך האמור הלך בעקבות המנדט של חבר-הלאומים של ארץ-ישראל. אין ספק, ומן הראוי להדגיש זאת, כי דבר מלך זה הוא חוק של שלטון מנדטורי-קולוניאלי, אשר מטרתו היא להוציא את מקומות קדושים מסויימים ועדות דתיות - ואת הזכויות הנובעות מהם - מחחום סמכותם של בתי-המשפט. הנימוקים, המגמות והמטרות ברורים. דבר המלך האמור הופעל לא כחוק של עם רבוני, אלא כצו מגבוה של שליט זר הקובע את מעמדן של עדות שונות. הוא לא היה הביטוי המשפטי, המגובש בחוק, של רצון האזרחים, אלא תכתיב של גורם חיצוני המופעל על גבי נחינים שאין בין רצונם ומאוייהם לבין החוק ולא כלום.

דרכו של בא-כח העותרים נפרדת מדרך פרקליטות המדינה משהם מגיעים לפרשת הדרך בדבר תוקפו או העדר תוקף לדבר המלך במועצתו (המקומות הקדושים) 1924 מאז קום המדינה. בא-כח העותרים טוען כי תוקפו של דין זה פג ונמוג בעת ובעונה אחת עם סיום המנדט הבריטי. כי דין זה, המושחת כל כולו, ולא באופן טכני גרידא, על חבר לאומים, מנדט, מלך, מועצת המלך, שר המושבות ונציב עליון - מקומו לא יכירנו במדינת ישראל העצמאית והדמוקרטית. עצמאותה של ישראל כלפי חוץ מזה, ושלטון החוק היונק מבית מחוקקים נבחר מאידך, עומדים בניגוד קוטבי לרוחו ולהוראתו של דבר המלך, כאשר אין הדעת סובלת כי במדינת חוק מודרנית ונאורה, שהוקמה במאה ה-20, תיעקר מסכת זו של זכויות האזרח, וזיקתו למקומות הקדושים, ממערכת החוק הנתונה לבקרתו ולאכיפתו של בית המשפט המוסמך. לפיכך דינו של דבר מלך זה הוא דינה של הלכה ואין מורין על פיה.

בסעיף 14 לסכומיו מסתמך ב"כ המשיב על דברי המבוא לדבר המלך במועצה משנת 1924:

"... whereas it is expedient that certain matters shall not be cognizable by the said courts."

נכון הוא כי בכך מתגלית כוונתו של מחוקק דבר המלך הנ"ל - דהיינו שהדבר יהיה expedient עבור השלטון המנדטורי; לאפשר לשלטון המנדטורי לשלוט ללא בעיות מיותרות, וללא "בלבול הראש" של פניה לבתי-משפט. היה בו, בדין זה, משום הקניית סמכות לשלטון להעדיף, למטרותיו השלטוניות, ועל פי שיקול דעתו השרירותי, דת על רעותה, בניגוד משווע לעקרון השוויון ושלילת-האפליה המונחים כאבני-יסוד במערכת חוקיה של מדינת ישראל. אולם במדינת-חוק אין השלטון יכול להפעיל את שיקולי ה-expediency אלא במסגרת חוק המבטיח, בצורה זו או אחרת, את זכות האזרח ואת כפיפותו לבתי המשפט.

עוד טוען ב"כ המשיב כי "כפנינו חוק שניתן לומר עליו כי נלמד הוא מעניינו ועיקרו במעמד המיוחד שיש לרשות המבצעת - יהא השלטון אשר יהא - כלפי המקומות הקדושים."

אכן, השלטון המנדטורי, בחור שכזה, ינק את סמכויותיו מן המנדט החיצוני שהטיל עליו חובות מסוימות - חובות שמירה, חובות הסדר וחובות כלפי העדות הדתיות השונות. לא כן ממשלת ישראל, היונקת את כוחה וסמכויותיה מן הכנסת, הנבחרת מפקידה לפקידה, וזוהי מפיה, ושהתחייבותה הראשונית היא כלפי אזרחיה וכלפי חוקי המדינה.

24. ב"כ המשיב מוסיף וטוען, "שעיקר הדברים הוא בהסדר שאלות - בדרכי השלטון - ולא בחיתוך סכסוכים ובהכרעה בהם - כדרך בית המשפט".

אם תחקבל טענה זו של ב"כ המשיב, ניתן יהא לטעון אותה, או בדומה לה, בכל מקרה בו מתעוררת זכותו של אזרח אשר בית המשפט נדרש לאכפה מזה, והיא מחייבת הסדר על-ידי השלטון מאידך. אם אכיפת זכותו של אזרח, המוקנית לו על פי החוק, דורשת הסדר שלטוני - זה תפקידו וזו חובתו של השלטון, ואין בית המשפט צריך, בכל הכבוד, להרתע מאכיפת הזכות רק משום שהנושא כלו צריך למצוא את הסדרו על-ידי השלטון, והשלטון אינו מסדירו בהיותו בעייתי או רגיש. אם ברצון השלטון למנוע סיבוכים עליו לעשות אחת משתי אלה: או להסדיר את הנושא, ככל שהוא בעייתי וסבוך; או להניע את המחוקק לחוקק חוק שיסדיר את הנושא או יגביל את הזכות הנדונה.

ראה בהקשר זה את פסק הדין בבג"צ 225/65, אופנהיימר ואח' נגד שר הפנים והבריאות (כ"פד"י (1) 309).

כבר אמרנו, ועוד יצויין שאין מחלוקת כי מקום שיש צורך בהסדר, השלטון הוא המוסמך והחייב לבצעו. ואכן גם חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967, שעוד ידובר בו, קבע מסגרת משפטית ונוהלית לשם כך. אולם אין בכל אלה כדי לנחק את החוט המשולש שבין האזרח, בית-המשפט והרשות-המבצעת, באשר לקיום הזכות, מימושה ואכיפתה. משיקבע בית המשפט כי זכות התפילה על הר-הבית זכות חוקית ואכיפה היא - אין ספק כי הרשות המוסמכת, שר הדתות בהסכמת שר המשפטים, עפ"י חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967 - תקבע את ההסדרים הנאותים בכל הנוגע לזמן, מקום, סדר, צורה, תיאום, וכיוצא באלה.

אך לא יתכן לבקש מבית המשפט לקבוע כי זכות התפילה במקום הקדוש מכל נופלת מכל זכות אחרת העומדת לאזרח. שכן רשאי העותר בצדק לחוש ולטעון כי זכות זו מוקנית לו לא פחות מן הזכות לגור בביתו או להלך בדרכי הארץ, באשר צמודה היא להיותו אזרח המדינה ויהודי.

25. ב"כ המשיב אף מנסה להדגיש מה עלול לקרות אם ייעתר בית המשפט לעתירת העותרים, ובאילו נושאים ונושאי-משנה ייאלץ להכריע. בכל הכבוד, כל הדוגמאות אותן מביא בא-כח המשיב אינן מסוג העניין הנדון ואין להסיק מהן דבר. אין העותרים

מבקשים מבית המשפט כי ידון בשאלת זכותם להתפלל ביום מסויים, או בשעות מסויימות, או באגף מסויים שבבית כנסת פלוני וכו', מסוג הדוגמאות אותן מעלה ב"כ המשיב.

כל שמבקשים העותרים הוא כי חוכר ולא תקופה זכותם החוקית והיסודית להתפלל במקום הקדוש להם מכל. עצם הדוגמאות שמביא ב"כ המשיב בסיכומיו הן הנותנות: קיום הזכות ואכיפתה מסורות לסמכותו של בית המשפט, ואילו ההסדרים, מסוג הדוגמות שתעלה ב"כ המשיב, מסורים כאמור לממשלה, קרי: שר הדתות, מכח חוק השמירה, אם יבחר לעשות כן.

26. מוסיף ב"כ המשיב וסועך כי "ענייננו במכלול נורמות שאינו מתאים, מעיקרו, למערכת בחי המשפט..."

טענה זו - אילו נתקבלה - טומנת בחובה סכנה לשלטון החוק במדינה. החיים בחברה המודרנית מסובכים ביותר, ומסתבכים והולכים מדי יום ביומו. בחלקם הגדול כרוכים הם בנושאים מורכבים שאין בית-המשפט מצוי אצלם. לפיכך קביעה פשטנית כי ענין מסוים כרוך במכלול נורמות שאינו מתאים למערכת בחי-המשפט - נוסחתה, אולי, זהירה, אך כשמחילים אותה על זכויות-יסוד עלולים להגיע, אם גם ללא רצון, לחפישה אוטו-קראטית מסוכנת אשר תצמצם את סמכות בחי-המשפט, אף מעבר לצמצום המופעל בהדרגה על-ידי המחוקק.

27. אולם לא רק מכח העקרונות הכלליים צריכה להידחות הטענה כי הוראות דבר המלך הנ"ל מונעות את הדיון בבית משפט נכבד זה. טענה זו צריכה להדחות גם מבחינות משפטיות ספציפיות יותר:

המציאות המהפכנית החדשה של הקמת המדינה, על כל הנובע ממנה, וללא כל ספק, זו שנת-חוללה ביוני 1967 עם שחרור מזרח-ירושלים והר הבית, מבטלות מעיקרו את דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924.

בבג"צ 73/53 פד"י ז' (2) קול העם ואח' נגד שר הפנים בעמ' 884, קבע כב' השופט אגרנט את המשמעות המשפטית שיש ליתן להכרזת העצמאות. ואלו דבריו:

"מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות - ובפרט בדבר השתתת המדינה "על יסודות החירות" והבטחת חופש המצפון - פירושם כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה "אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם" (בג"צ 10/48, "פסקים" כרך א' ע' 33 בעמ' 36 (11)), אך במדינה שהיא "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו" (שם), מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי-המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על-ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון, והמשפט, חש"ח-1948, הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת

החיים הלאומיים שלו, כאן, איפא, סימן ראשון המצביע בכיוון של מתן פירוש למונח "עלול", בהדבר יתר הדברים הכתובים בסעיף 19(2) (א) לפי המושג של "וודאות קרובה" (probability) (במקום ברוח הדוגלת בתורה של "סטיה רעה" ו"סיבתיות אמצעית". (ההדגשות של ב"כ העותרים).

ואכן ההכרזה על הקמת מדינת ישראל מיום ה' אייר תש"ח, קובעת כי:

"מדינת ישראל ... תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות..." (ההדגשות של ב"כ העותרים).

החלתן של דבר המלך במועצתו (המקומות הקדושים) 1924 על המציאות הנוכחית, בצירוף הפעלת שיטת ה"סטטוס קוו" אשר קדמה להקמת המדינה ולשחרור ירושלים - לאמתו של דבר STATUS QUO ANTE - עומדת בניגוד גמור לרוח מגילת העצמאות, ולעקרונותיה המוצהרים, באשר היא מנציחה אפלייה כלפי יהודים לעומת מוסלמים בכל הנוגע לתפילה בהר-הבית, ומביאה לתוצאה בלתי סבירה, בלתי צודקת, ולטענת העותרים - אף בלתי חוקית, במנעה את התפלה במקום הקדוש ביותר ליהודים.

בחי המשפט אינם מתעלמים מהשפעת מערכת עובדות חדשות על משמעות החוק, כפי שנקבע גם בע.א. 150/50, קאופמן ואח' נגד מרגינס, פד"י כרך ו' (2) עמ' 1034, שוב מפי השופט אגרנט:

"במקום שמגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise) עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם בדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה וכן במטרה - כאשר אין מוצא אחר - לזנוח כליל אותה הנחה הגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשחמש, במקומה, בנורמה משפטית אחרת - ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידעו קודם לכן. אשתדל להבהיר דברי אלה על פי דוגמאות אחדות השאובות מתיודיקטורה האנגלית והמקומית".

ואלה דברי השופט כהן בבג"צ 262/62 פרץ ואח' נגד המועצה המקומית כפר שמריהו, פד"י ט"ז (3) עמ' 2107:

"חופש הדת והפולחן הובטח לכל אזרח בישראל עוד באכרזה על הקמת המדינה; ואם כי אין אכרזה זו בגדר חוק אשר אפשר לבסס עליו עילת חובענה (בג"צ 10/48, (3) ועוד), הרי חופש זה אינו אלא "אחת מחירויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דימוקרטי נאור" (כלשון השופט לנדוי ב-ע.פ. 112/50, פד"י כרך ה' ע' 481 (4) בע' 486). בעצם קיומו והבטחתו של חופש זה כרוכה

סכנת הפילוג בין זרמים וחנועות דתיים שונים; אבל אין בסכנה זו כדי לגרוע במאומה מחופש הדת והפולחן, שאם לא תאמר כן, ביטלה כל תורת חפש הדת כולה." (ההדגשות של ב"כ העותרים).

והשופט ויתקון קובע באותו פסק-דין בעמוד 2113:

"בנקוט המועצה עמדה בתחום לא לה ובהיות עמדה זו נוגדת אחד מעיקרי היסוד שמדינתנו מושחתת עליהם, נפגעה זכות מזכויות האזרח שבית משפט זה מוסמך להגן עליהן. רכוש ציבורי המיועד בדרך כלל לשימוש ולהנאתו של האזרח, זכותו היא זכות, שלא יימנעו ממנו אותו שימוש ואותה הנאה מטעמים פסולים. אכן, אף אני סבור כי אמנם נפגעה כאן "זכות" כמשמעה בענין שלום כהן נגד שר הבטחון בג"צ 29/62 פסקי דין כרך ט"ז ע' 1023 שם (8) בע' 1028, ומכאן סמכותנו להתערב לטובת המבקשים."

ולקביעותיהם האמורות של השופטים כהן וויתקון מוסיף השופט זוסמן בעמוד 2115:

"עינינו הרואות: בעוד שאזרח פרטי רשאי "להפלות" בין פלוני לבין אלמוני ולבור לו את אלה שאתם יעסוק אפילו יהיו נימוקיו ומניעיו בלתי-סבירים, אסורה אפליה מטעם רשות ציבורית. הטעם הוא, כי בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובחור שכזה, חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אזרח שלא כדין, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה; ואין נפקא מינה בכך אם השימוש גופו או הפעולה גופה משתייכים למשפט הציבורי או למשפט האזרחי. תפקיד הנאמנות כלפי האזרח והחובות הנובעות ממנו נובעות מן הדין, וממילא ניתנות הן לפיקוח ולביקורת בבית משפט זה."

"מכאן מחקבלת המסקנה, כי הפלייה, היינו הפליה פסולה או יחס לא שווה כלפי שווים, משמשים לכאורה עילה לפסול את מעשה הרשות."

28. מופה מובהק לכך כי דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, מן הדין שיראה כבטל וחסר חוק, ולוא מאז שחרור מזרח-ירושלים והר-הבית, ניתן למצוא מדבר המלך במועצתו (הכותל המערבי או כותל הבכות) 1931, על שני הנספחים המהווים חלק בלתי נפרד ממנו.

דבר מלך זה הוא דבר החקיקה היחיד הקובע את זיקתם של היהודים לאזור הר-הבית. למותר לציין כי על פי דבר-מלך זה לא מובטחת ליהודים אף זכות הגישה להר-הבית פנימה, והזכויות המוגבלות הכלולות בו נוגעות לכותל-המערבי בלבד. אך מן הראוי לתת את הדעת על פרטים נוספים שבחקיקה זו, אשר לכל הדעות מעמדה אינו פחות מדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924.

בדין זה נקבע, בסעיף 3, כי כל העובר על ההוראות האמורות בנספחים 1 ו-2 וכו' יהיה צפוי לעונש של ששה חודשי מאסר. ואילו ההוראות - מה טיבן? בנספח הראשון נקבע כי הבעלות על הכותל המערבי, על המדרכה שלפניו, ועל רובע המגורים שממולו - היא של הווקף המוסלמי; כי הסדרי פולחן מוסכמים או אחרים לא יעניקו ליהודים כל זכות בעלות על הכותל או על המדרכה הסמוכה; כי פרט למועדים יוצאים מן הכלל אין להניח כל כלי קדושה ופולחן ליד הכותל; וכי יש איסור מוחלט להביא למקום ספסלים, כסאות וכיו"ב. ניקוי המדרכה שלפני הכותל ושיפוצה - היא בזכותם ובחובתם הבלעדית של המוסלמים, וסעיף 5 של הנספח קובע איסור מוחלט לחקוע בשופר ליד הכותל המערבי -

הנספח השני מקנה זכות ליהודים להביא, בכל יום מחדש, אל הכותל, דוכן אחד ואגן - רחצה אחד; אוסר באיסור מוחלט להציב מחיצות בין הגברים והנשים; הוא אף מואיל לקבוע בדייקנות כי המעבר לבהמות לפני הכותל אסור בין השעות 1-8 בשבתות ובחגים, ובין השעות 5-8 בערבי שבתות וחגים, וכן במשך כל יום הכיפורים...

הוראות אלו, והחוק הקובע אותן, אשר בשנת 1970 אינם יכולים אלא להעלות חיוך, כלום יעלה על דעתו של מישהו לטעון כי עודם בחוק, אף שמעולם לא בוטלו מפורשות? המציאות החדשה היא שכיטלה מכללא את דבר המלך במועצתו משנת 1931. מבחינה מהותית וקונסטיתו-ציונית אין כל הבדל בינו לבין דבר המלך, במועצתו משנת 1924. הקמתה של מדינת ישראל, שחרור הר הבית וקיום השלטון הישראלי הרבוני בהר, מבטלים מכללא, מכל וכל, את דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, כשם שהם מבטלים את דבר המלך במועצתו (הכותל המערבי או כותל הבכות) 1931.

29. אלא שדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924 בטל לא רק מכח עקרונות-יסוד כלליים ולא רק מכח חוק בתי המשפט חשי"ז-1957, אלא אף מכוחם של שלושה חוקים שחוקקו על-ידי הכנסת ביום אחד, ושפורסמו ביום 28.6.1967, הלא הם החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט תשכ"ו-1967 סעיף 11ב" הקובע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו" וצו סדרי השלטון והמשפט (מס. 1) תשכ"ז; החוק לתיקון פקודת העיריות (תיקון מס. 6) תשכ"ז-1967, אשר נחקק לצורך הרחבת שטחה של ירושלים (והצו אשר הוצא על פיו); וחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967.

מכא התיקון לחוק סדרי השלטון והמשפט קבעה הממשלה בצו סדרי השלטון והמשפט (מס. 1) תשכ"ז, את "השטח של ארץ ישראל המתואר בחוספת כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". שטח זה הוא, בעיקר, מזרח ירושלים, הכולל את הר-הבית (ראה בעניין זה את פסק הדין בבג"צ 171/68 האנזאליס נגד בית הדין של הכנסיה הפטריארכית ואח' פד"י כרך כ"ג, חלק ראשון עמוד 269).

וזו לשונו של חוק השמירה על המקומות הקדושים:

1. המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודים להם או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות.

2(א) המחלל מקום קדוש או הפוגע בו בכל דרך אחרת, דינו - מאסר שבע שנים.

(ב) העושה דבר העלול לפגוע בחפש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם, או ברגשותיהם כלפי אותם המקומות, דינו - מאסר חמש שנים.

3. חוק זה בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו.

4. שר הדתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי, לאחר התייעצות עם נציגים של בני הדתות הנוגעות בדבר או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להחקין חקנות בכל הנוגע לביצועו".

שלוש החוקים האמורים חוקקו ביום אחד, מחוץ כוונה מיוחדת (שלוש הקריאות נעשו, בזו אחר זו, בו ביום), ואין ספק כי יש לראות בהם מן הנכבדים שבחוקי-היסוד של מדינת ישראל.

30. תולה היו דברי שר המשפטים, שעה שהביא את החוק בפני הכנסת: (דברי הכנסת הששית עמ' 2420):

"אדוני היושב-ראש, כנסת נכבדה, שלוש הצעות החוקים אשר הממשלה מביאה היום לפני הבית, מהווה שלושה נדבכים של בנין חוקי אחד. הצעת החוק לתיקון פקודת העיריות, שחובא לכנסת על-ידי שר הפנים, נובעת מפועל ממש מהצעת החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, כפי שיש לראות מעצם נוסח אותה הצעת החוק, וכפי שיוסבר הדבר על ידי סגן שר הפנים. הצעת חוק השמירה על המקומות הקדושים - שחובא לכנסת על-ידי שר הדתות - מקבלת את ממדיה הנכונים אם תקבל הכנסת את הצעת החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט - - -

הסעון קביעה - לצורך הצעת החוק שאני מביא עתה לפני הכנסת,

החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט - הוא שצבא הגנה לישראל שחרר מעול זרים חלקים ניכרים מארץ-ישראל, לאו דווקא רצופים, והנמצאים זה למעלה משבועיים בשליטת צה"ל.

התפיסה המשפטית של מדינת ישראל, שהייתה מאז ומתמיד תפיסה אורגנית המותאמת לעובדות המדיניות הממשיות, היתה מושחתת על העקרון, שהמשפט, השיפוט והמינהל של המדינה חלים על חלקי ארץ ישראל המצויים בריבונותה של המדינה הלכה למעשה.

דעת הממשלה היא - ובזאת עולה השקפתה בקנה אחד עם החוק הבין לאומי - שבנוסף על שליטת צה"ל נחוק מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי סיהא המשפט הישראלי חל על שטח כזה. מבחינה מעשית ומדינית כאחד, אין מעשה ריבונות כזה יכול להיעשות בלי מספר חנאים מוקדמים, אם רואים לשקוד על שלמות המעשה ויעילותו.

אי לזאת ראתה הממשלה צורך להציע לכנסת שחוקק את החוק שאני מביא, הקובע כי המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח מארץ ישראל אשר הממשלה תקבע בצו, - - -

כפי שאמרתי, חוק השמירה על המקומות הקדושים בא כמובן להבטיח שמירה עוד יותר יעילה עליהם מכפי שהייתה נזוגה במדינת ישראל מאז הקמתה עד היום. אולם בנושא זה

כפי שאמרתי, יגיד את דברו שר הדתות."

(ההדגשות של בא-כח העותרים).

מן הראוי לציין כאן - כפי שהודגש - כי חוק השמירה צמוד לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, דהיינו חוק במיוחד לאור שלטונה המחודש של ישראל במזרח-ירושלים.

ושר הדתות זרח ורהפטיג אמר: (שם עמ' 2421-2):

"ארץ ישראל היא ארץ הקודש וארץ בה נמצאים מקומות קדושים לכל הדתות המונותאיסטיות בעולם. בארץ אבותינו המקומות הקדושים לדת ישראל. לישראל, כל הארץ קדושה היא, אכן יש דרגות בקדושה וישנם מקומות קדושים ביותר. עשר קדושות, אומרת המשנה, ירדו על ארץ ישראל, שמונה מהן קיבלה ירושלים. - - - בארץ ישראל גם מקומות קדושים לנצרות, לכל הכנסיות הנוצריות, בארץ ישראל גם מקומות קדושים לאיסלם. וכה אמר הנביא מיכה: "כי כל העמים ילכו איש בשם אלוהיו, ואנחנו נלך בשם אדוני אלוהינו לעולם ועד". כבוד ושמירה על המקומות הקדושים הם נחלת כל עם תרבותי. כבוד ושמירה על המקומות הקדושים הם במסורת הטובה המפוארת של עם ישראל ומדינת ישראל. - - - במשך תשע עשרה שנות חידושה של מדינת ישראל הוכיחה מדינת ישראל חרדתה ודאגתה העמוקה לשלומם של המקומות הקדושים לכל הדתות. רק לפני שבועיים הודיע ראש הממשלה בפגישה עם ראשי כל הדתות כי המדינה תמשיך ותשכלל האמצעים לשמירה על המקומות הקדושים. מדיניותה של ממשלת ישראל לגבי המקומות הקדושים מושחתת על שלושה העקרונות הבאים: (א) תובטח למקומות הקדושים של כל הדתות שמירה מעולה מכל חלול ומכל פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות שהמקומות האלה מקודשים עליהם. (ב) תובטח לכל בני הדתות בכל מקום שהם גישה חפשית למקומות המקודשים להם. לה' הארץ ומלואה ואין גבולות צריכים לעמוד בהפרעה לקיום מצוות דת בתום-לב. (ג) ניהול פנימי של המקומות הקדושים על-ידי הרשות האחראית של אותה דת, לה קדוש המקום. כדי לתת תוקף חוקי ביתר שאת וביתר עוז למדיניות האמורה לגבי המקומות הקדושים מציעה הממשלה הצעת החוק המונחת לפניכם, ואני מבקש להעבירה לוועדת החוקה, חוק ומשפט. ויקיימו בנו דברי הנביא ישעיהו: "והביאותים אל הר קדשי ושימחתים בבית תפילתי, עולותיהם וזבחייהם לרצון על מזבחי, כי ביתי בית תפילה ויקרא לכל העמים". (ההדגשות של ב"כ העותרים).

31. העותרים טוענים כי חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז סותר את דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, אינו יכול לדור בכפיפה אחת עמו, ובא תחתיו, עפ"י רצונו המודע והחד-משמעי של המחוקק הישראלי. כל פירוש אחר עושה לסרק את כוונתה המוצהרת של הכנסת ואת לשון החוק.

אשר לסעיף 3 הקובע כי חוק זה בא להוסיף על כל דיון אחר פירושו הנכון הוא - להוסיף על כל דין פלילי אחר, באשר כפי שכבר הוסבר, ועוד יוסבר להלן, העקרון אשר בחוק השמירה על המקומות הקדושים מנוגד באופן קטבי לעקרון המונח ביסודו של דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, ההוראות שונות ואף הביצוע.

טענתו של סגן פרקליט המדינה כי לא יחכן "שבאורח חותך ופסקני ובסעיף חוק מצומצם וקצר מילים תיעשה תפנית כה חדה" חמוהה ביותר. שהרי נסיבות הזמן, קצב החקיקה, דברי ההסבר והניסוח החד-משמעי, אינם מותירים ספק כי אכן התכוון המחוקק לחתוך ולקבוע כי מעתה לא רצון שרירותי של נציב עליון שאיננו, מכוחו של שר חסר-סמכות, בשם מנדט שעבר ובטל, הנשען על חבר-לאומים שחלף מן העולם, לא רצון זה יקבע את גורל המקומות הקדושים ואח זכויות האזרח כלפיהם, אלא חוקי מדינת ישראל הריבונית, היונקים מתחושת העם, חוויותיו ועקרונותיו, כפי שבאו לידי ביטוי במגילת העצמאות, ובכל מערכת החקיקה והפסיקה שבאה בעקבותיה.

32. טעות נוספת בידי באי-כח המשיב, בכך שהם סבורים כי אם תינתן לחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז משמעות אופרטיבית יימסר מכלול הבעיות הקשורות למקומות הקדושים להכרעה ולהסדר על-ידי בתי המשפט, וכך תושמט מידי הרשות המבצעת השליטה על מקומות אלה. נהפוך הוא. החוק, בסעיף 4, הסמיך את שר הדתות בממונה על הביצוע. מדוע, איפוא, הגיונית בעיני המשיבים סמכותו של שר הדתות שעה שהוא בא בנעליו של הנציב העליון אשר סמכותו שלו יונקת מן החוק הקולוניאלי של דבר המלך במועצתו משנת 1924, ופגומה סמכותו של אותו שר דתות עצמו שעה שהוא יונק אותה מחוק ישראלי מפורש שחוקקה הכנסת ב-1967 בהתאם למציאות החדשה!?

יתר על כן, חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז קבע שיטה זהירה ומעשית לביצועו התקין והשוטף, על-ידי זרועות השלטון המתאימות לכך. סעיף 4 הנ"ל קובע כי שר הדתות רשאי, לאחר התייעצות עם נציגי הדתות הנוגעות בדבר, או לפי הצעתם, ובהסכמת שר המשפטים, להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו של החוק. כיצד ניתן, איפוא, לבוא ולטעון, כפי שטוען סגן פרקליט המדינה כי: "חוק השמירה הוא בבחינת קביעת נורמה לממשל ולפרט וכי כך מהווה הוא המשך ישיר להכרזה על הקמת מדינת ישראל", וזאת שעה שהחוק הוא אופרטיבי לחלוטין הן בסעיף 2' ו-ב', אשר בו נקבעו העונשים הפליליים על הפרתו, והן בסעיף 4, המסדיר את הטיפול בשמירה על המקומות הקדושים, זאת ועוד. מה טעם ראתה הכנסת לחוקק את החוק כל עיקר וזאת מיד אחרי שחרור ירושלים והמקומות הקדושים? אם בנורמה מדובר - הרי זו נקבעה כבר במגילת העצמאות. אם בעקרונות כלליים מדובר - מדוע ראתה הכנסת לפתע להחמיר, בחוק חדש, בעונש על פגיעה במקומות הקדושים?

33. אכן, על פי הפירוש של בא-כח המשיב לדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, היתה הסמכות הבלעדית לפסוק באופן עצמאי, בכל הנושאים האמורים, לנציב העליון או לשר הדתות הבא תחתיו. ואילו עפ"י סעיף 4 לחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז, נקבעות התקנות על-ידי שר הדתות, לאחר התייעצות עם נציגי בני הדתות, ובהסכמת שר המשפטים. ומובן שכל אשר יעשו שר הדתות ושר המשפטים בעניין זה יהיה נתון לפיקוחה של הכנסת מחד, ולביקורתם של בתי המשפט, שעה שיתבקשו לעשות כן, מאידך.

34. ואמנם לא בנורמות תיאורטיות עסקינן. שר הדתות, בהסכמת שר המשפטים, התקין תקנות מכח חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז ובהן נקבעו הוראות ברורות ביחס למקומות קדושים, הלא הן תקנות השמירה על המקומות הקדושים (קבר רבי שמעון בר-יוחאי במירון) תשכ"ח-1968 מיום 4.1.1968, ותקנות השמירה על מקומות קדושים ליהודים תשכ"ט - 1969 מיום 8.5.1969.

בתקנות אלה נקבע המותר והאסור במקומות קדושים במירון, חיפה וטבריה; וכן בירושלים במקומות הבאים: במערת שמעון הצדיק, במערת הסנהדרין הקטנה בקבר הרב עובדיה מברטנורה, בקבר זכריה וביד אבשלום. נקבע אף ממונה לצורך התקנות ונקבעו סמכויותיו. הווי אומר: חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז, גם בעיני הרשות המבצעת, לא בבחינת קביעת נורמה הוא אלא חוק אופרטיבי אשר מכוחו, ועל פיו, נקבעות והולכות תקנות, להסדר השמירה, הגישה והתפילה.

מכח אותו חוק עצמו ניתן גם ניתן לקבוע הסדרים לתפילה בהר-הבית על פי החלטת הרשות המבצעת ובלבד שיובטחו בהם זכויות האזרח הטבעיות והחרותות בחוק.*

אכן, אם נלך בעקיבות לפי השקפת ב"כ המשיב - הרי גם כל ענין הקבוע בתקנות שהוצאו עפ"י חוק זה לא יהא ניתן לשיפוטם של בתי המשפט. לשון אחרת: בתי המשפט לא ידונו בכל ענין המוסדר על-ידי תקנות השמירה על המקומות הקדושים (קבר רבי שמעון בר-יוחאי במירון) תשכ"ח-1968, ועפ"י תקנות השמירה על המקומות הקדושים ליהודים תשכ"ט-1969. נראה לב"כ העותרים, בכל הכבוד, כי זהו אבסורד גמור.

35. ברור, איפוא, שלאחר חקיקת חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967 לא יכול היה להשאר מדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924 ולא כלום, שהרי גם השוני במצב השלטוני, גם ההוראות החדשות בדבר הענישה הפלילית, וגם השינויים היסודיים בדרכי הביצוע, נוסף להבדלים המהותיים והעקרוניים, אינם יכולים לעמוד על כנם זה בצד זה.

בע.פ. 95,99/51 ש. פודמסקי ואח' נגד היועץ המשפטי, פד"י ו' (1) עמ' 341, בעמוד 350, אומר כב' הנשיא אגרנט:

"החשובה הברורה והפשוטה לטענתו הנ"ל של מר קוקיה, היא, איפוא, זאת: בשעה שהחליט בית משפט זה - בע.פ. 117/50 - כי חוק כלי היריה מבטל מכללא את הסעיף 60א' לפקודה משנת 1936, לא עשה יותר מאשר פירש את לשון החוק הראשון והסיק ממנה שהכנסת הראשונה הביעה בה מכללא את רצונה לבטל את העבירה שהוגדרה בסעיף 66א' הנ"ל, כפי שאומר Allen (שם, עמ' 393): "ביטול של חוק מכללא הוא ענין של מתן פירוש" (Repeal by implication is a matter of construction). אין המדובר, איפוא, במעשה חקיקה מטעם בית המשפט, כי אם במעשה חקיקה מטעם הרשות המחוקקת; וחקפו מהיום שבו נתפרסם החוק משנת תש"ט-1949 ואשר חל לפני תאריך המקרה המשמש נשוא החיוב הנדון".

* מסתבר שעד כה העדיף שר הדתות לא להתקין תקנות מיוחדות מכח החוק להר-הבית, משנתבקש על-ידי בא כח העותרים לעשות כן (מוצג א') השיב כי הוראות החוק ברורות "כי לכל בן-דת חופש הגישה לתפילה ולביקור במקומות הקדושים שלו. תקנות אינן יכולות להוסיף או לגרוע בנקודה ברורה זו". (מוצג ד').

והרי אם במקרה הנדון בע.פ. 99/51, 95 ביטל חוק כלי היריה מכללא את הסעיף 66א' לפקודה משנת 1936, ואם מתוך לשון החוק הראשון הסיק בית המשפט כי הכנסת הראשונה הביעה בו מכללא את רצונה לבטל את העבירה שהוגדרה בסעיף 66א' הנ"ל - הרי על אחת כמה וכמה שחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967 ביטל מכללא את דבר המלך במועצה הנ"ל, ושהכנסת הביעה בחוק הנדון את רצונה המפורש שהוראות דבר המלך הנ"ל יבוטלו.

36. להלכה ששינוי בפרוצדורה בחוק מאוחר יותר עשוי ללמד על כוונת החוק לבטל באמצעותו חוק קודם, ראה גם ע.פ. 117/50 אליהו חרד נגד היועץ המשפטי פד"י (ה) ב' עמוד 1413; בעמוד 1421 קובע השופט לויין:

"...כן נקבע, שכאשר חוק מאוחר יותר מתאר מחדש עבירה שנוצרה על-ידי חוק קודם וקובע לע עונש שונה, ובו בזמן הוא גם מביא שינוי בסדרי הדיון, כגון שהוא נותן זכות ערעור שלא היתה קימת קודם לכן, החוק המאוחר מבטל מכללא את החוק הקודם לו בזמן".
(ההדגשות של ב"כ העותרים.)

37. בהקשר זה, חשובים ביותר, בכל הכבוד, דבריו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אגרנט, בבג"צ 223/67 שבחי בן-דב נ. שר הדתות פד"י ב"ב(1) עמ' 442, אשר ראה להסעים כדלהלן:

"בקשר לחקיקת החוק הזה כדאי להזכיר את הדברים שהדגישם פרקליט המדינה המלומד בתחילת טיעונו, והם: אם גם הרקע של בעיית המקומות הקדושים איננו חדש; זוהי הפעם הראשונה אחרי כל גלגולי הכיבוש ושינויי המשטר הרבים, שעברו על ארץ ישראל מאז חורבן בית שני, כי בעקבות נצחון צבאי נחקק על-ידי השלטון האזרחי חוק המכיר בזכויותיהם של בני כל הדתות, ללא העדפת דת אחת על אחרת, למקומות המקודים להם, ולא עוד, אלא המבטיח את שיחוף הנציגים של כל הדתות הללו לענין התקנת חקנות לצורך ביצוע החוק". (ההדגשה של ב"כ העותרים.)

בפני כל הקורא את חוק השמירה על המקומות הקדושים כפשוטו לא מתעוררת, איפוא, כל בעיה של טיפול במקומות קדושים בדרך שלטונית לעומת טיפול בדרך משפטית. חוק השמירה על המקומות הקדושים מפקיד את הטיפול במקומות הקדושים בידי הממשל, אולם, בניגוד קוטבי לדבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924, הוא משעין אותו על עקרונות יסוד של שוויון, של חופש הגישה, של התייעצות בבני הדתות, של פיקוח פרלמנטרי וכפיפות המתחייבת מאליה לבחי המשפט.

ואכן אם עוד יכול היה בא-כח המשיב להצביע על איזכור דבר המלך במועצתו (מקומות קדושים) 1924 במספר חוקים שקדמו לחוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז, (איזכור שנעשה לצורך הגדרה ושספק אם היתה לו משמעות כלשהי כי אין בדבר המלך האמור כל הגדרה למקומות הקדושים) שוב אין אזכור כלשהו לדבר המלך האמור לאחר מכן.

38. כך הם עומדים, זה לעומת זה. החוק המוקדם משנת 1924 לעומת החוק שנחקק 46 שנה לאחר מכן; החוק הזר, המנדטורי-קוליניאלי, לעומת חוק-יסוד ישראלי של הכנסת הנבחרת; חוק שתכנון שרירותי לעומת חוק דימוקרטי; חוק הבא לצמצם באופן חמור את סמכויות בית-המשפט לעומת חוק המשובץ בשלטון-החוק הכללי; חוק אפלייה לעומת חוק-של-שוויון; חוק שולל זכויות-יסוד לעומת חוק המבטיח זכויות לכל; חוק העוסק רק בעדות הדתיות לעומת חוק המתייחס גם לבני הדתות השונות; חוק שהוראתו היחידה היא שלילה, ובפועל כמעט ולא פתח נושא כלשהו, לעומת חוק אשר כבר עתה מופעלת מציאות חדשה מכוחו, ומכח התקנות אשר הותקנו על פיו; חוק הרואה במקומות הקדושים נושא אשר יש לחמוק מפניו לעומת חוק הבא להקפיד הקפדת-יחיד על שמירת המקומות הקדושים, ולהעניק ביטוי טבעי וחפשי לאזרחים המבקשים להתפלל באין מפריע; חוק היוצר חלק ריק לעומת חוק המסדיר בעיות; ובאחת - חוק אנכרוניסטי מת לעומת חוק אופרטיבי רב-צדדי המתחייב מן המציאות החדשה. כל הבא להעדיף את הראשון על משנהו, או לדחוק אותו למטת סדום משותפת, מציע לבית המשפט דרך הנוגדת את ההגיון ואת ההלכה כאחת.

39. עוד הועלתה הגירסה כי חוק השמירה על המקומות הקדושים קובע אמנם הוראות בפלילים, אך אין בו הקניית זכות ליחיד. העותרים טוענים כי החיוב בפליליים אינו אלא צידה השני של מטבע הזכות, וכי הא בתא תליא. מכל מקום סעיף 4 לחוק, על כל הנובע ממנו, מסדיר ברורות את המסגרת בה יופעלו הזכויות הנובעות מן החוק האמור. שכן כל מקום בו קיימת זכות, חייבת המדינה להבטיח את אפשרות מימושה. והזכות הנדונה בחוק השמירה אינה זכות גישה טכנית גרידא אלא זכותו של אדם להתפלל לאלוהיו באופן חפשי, וללא הפרעות ומכשולים. כך ולא אחרת, גם הבין אותו שר הדתות כשקבע במוצג ד', כי:

"הוראות חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 ברורות, כי לכל בן-דת חפש הגישה לתפילה ולביקור במקומות הקדושים שלו. תקנות אינן יכולות להוסיף או לגרוע בנקודה ברורה זו". (ההדגשה של בא-כח העותרים).

40. במובנים מסויימים ניתן להשוות את זכות התפילה בהר-הבית לזכותם של יהודים לשוב אל ארץ-ישראל. כל ימות המנדט הוסדרה זכות זו באופן שלטוני מובהק גרידא, וספק רב אם ניתן היה לאכפה באמצעות בתי המשפט. משקמה המדינה, והכנסת חוקה את חוק-השבות וחוק-הכניסה לישראל - הפכה הזכות הטבעית גם לזכות חוקית אכיפה ששוב אין עליה עוררין.

אכן, באין איסור מפורש בחוק זכאי בן כל דת להתפלל במקום הקדוש לו, וכל הפרעה לזכות זו, אשר מעמדה אינו נופל מחרות הביטוי ומחופש התנועה, היא בלתי חוקית. אלא שב ישראל, מאז חקקה הכנסת את חוק המקומות הקדושים תשכ"ד, (המשתתת גם על עקרונותיה של הכרזת-העצמאות), נחוספה לזכות החוקית הטבעית גם זכות נוספת שנקבעה בחוק החרות.

41. לאחר שהצבענו כי אכן המדובר הוא בזכות חוקית אכיפה, ולאחר שלעניות דעתם של ב"כ העותרים, כפי שהוסבר לעיל, אין בסיס משפטי, מכל בחינה שהיא, לסענת ב"כ המשיב על אי שפיטות הנושא, מן הראוי לחזור אל העימות הישיר בין הזכות החוקית האכיפה לתפילה בהר-הבית לבין המחסום שהועמד בפני מימושה של זכות זו על ידי שר המשטרה.

המוצגים הרלבנטיים לענין הס: מוצג ח' (חשובת שר המשטרה א. ששון לשאילתה מס. 3226 של ח"כ א. שוסטק); מוצג ט' (פנייתו של ב"כ העותרים, עו"ד חרותי, אל שר המשטרה, המשיב); מוצג י' (חשובת שר המשטרה); ומוצג י"א (מכתבו הנוסף של ב"כ העותרים אל כב' השר). מוצגים אלה כוללים גם את הראיות היחידות, הבלעדיות והבלתי מעוררות אשר בפני כב' בית המשפט בענין זה.

במוצג ה' מוסר המשיב כי הופעתם של קבוצת המתפללים היהודים ברחבת המסגדים (אגב: שטחו של הר הבית מקיף שטחים נרחבים מעבר לתחום שבין שני המסגדים) עוררה את רוגזם של הנאספים ורק התערבותו המהירה והשקולה של רס"ל מזרחי מנעה הפרת סדר רצינית שעלולה הייתה להיגרם בקטטה בין יהודים וערבים.

אותה התערבות עליה מוסר המשיב באה לידי ביטוי בכך שאיש המשטרה ניגש אל קבוצת המתפללים ובקשם להפסיק את התפילה. הם נשארו עוד מספר דקות ועזבו לאחר מכן.

להלן, באותו מוצג ח', משיב שר המשטרה לבעל השאילתה ומסביר כי:

"לאחראי על נקודת המשטרה ב"הר הבית" הוראות מפורשות לא לאפשר ליהודים תפילה ברחבת "הר-הבית", בכדי לא להביא להתנגשות ולהפרת הסדר הציבורי".

המשיב מוסיף ומסביר מפורשות את המקור החוקי אשר, לדעתו, הסמיך את המשטרה לעשות כן ואומר:

"...ב) הוראות אלו ניתנו על פי הוראות החוק הבאות:

סעיף 4 של פקודת המשטרה בו נאמר, בין השאר, כי המשטרה תהיה אחראית על קיום סדר בצבור ובטחונם של בני אדם ורכוש".

סעיף 37 של אותה הפקודה בו נאמר, בין השאר, כי יהיה זה "מתפקידו של כל שוטרי לשמור על הסדר..." בין השאר..." בסביבת מקומות של תפילה..."

סעיף 79 של פקודת החוק הפלילי 1936 בו נאמר, בין השאר, כי מקום שנקהלו בו שלושה אנשים או יותר ויש יסוד סביר לחנייה, כי על-ידי התקהלות בזאת יסיתו אנשים אחרים להפר את השלום, מבלי שיהיה צורך בכך ומבלי עילה סבירה, הרי תהיה התקהלות של אנשים אלה התקהלות בלתי חוקית".

42. העותרים טוענים כי סעיפי החוק אשר מכוחם פעל לא הסמיכו את שר המשטרה, המשיב, ליתן את ההוראות הנ"ל שניתנו; כי סעיפי החוקים האמורים פורשו על-ידי המשיב פירוש מוטעה מעיקרו ואף מנוגד לאמור בהם; כי המשטרה פעלה מחוץ לתחום סמכויותיה, באופן שרירותי ומפלה, מחוץ פגיעה בזכויות יסוד של האזרח; וכי הוראותיו של שר המשטרה היו Ultra Vires לחוק בכלל, ולחוק השמירה על המקומות הקדושים חשכ"ז בפרט.

43. כיוון שבענין דנן יכול כב' בית המשפט גם יכול לבדוק בדיקה משפטית מדוייקת את שיקולי הרשות המוסמכת, אשר פורטו בדייקנות על-ידי המשיב בחשובתו האמורה, נתייחס אחד לאחד, לסעיפים האמורים אשר עליהם השתית המשיב את החלטתו.

נפתח בקטע האמור מתוך סעיף 79 לפקודת החוק הפלילי שזו לשונו:

"79. (1) מקום ששלושה אנשים או יותר נקהלו בכוונה לבצע עבירה, או; לאחר שנקהלו בכוונה להוציא לפועל איזו מטרה משותפת, מתנהגים באופן הנותן לאנשים שבסביבה יסוד סביר לחשוש שאנשים שהתקהלו כך יפרו את השלום או שעל-ידי התקהלות כזאת יסיתו אנשים אחרים להפר את השלום, מבלי שיהיה צורך בכך ומבלי עילה סבירה, הרי תהיה התקהלותם של אנשים אלה התקהלות בלתי חוקית".

משמעות הקטע עליו מתבסס המשיב היא פשוטה ומנוגדת לפירושו של המשיב. על פי הסעיף האמור אם בהתקהלותם של 3 אנשים, או יותר, למטרה משותפת, הם ינהגו בדרך שעלולה לגרום כי אנשים בסמוך להם יחששו באופן סביר כי המתקהלים יפרו את השלום, או בהתקהלותם ללא צורך וללא נחוננים סבירים יגרו אחרים להפר את השלום, אז תהא התקהלותם בלתי חוקית.

מן הראוי לצטט את המקור האנגלי של הסעיף האמור:

"Where three or more persons assembled with intent to commit an offence, or, being assembled with intent to carry out some common purpose, conduct themselves in such a manner as to cause persons in the neighbourhood reasonably to fear that the persons so assembled will commit a breach of the peace, or will by such assembly needlessly and without any reasonable occasion provoke other persons to commit a breach of the peace, the persons so assembled are an unlawful assembly."

משנקבע כי זכאים היהודים להחפלה בהר-הבית - כיצד יכול המשיב להעלות על דל שפתיו את הטענה כי בואם של היהודים להחפלה יש בו כדי לגרום לכך כי באופן סביר יחששו אנשים שכוונתם של המתפללים היא להפר את השלום, או כי בהתקהלות זו "needlessly and without any reasonable occasion" הם מגרים אחרים להפר את השלום? תפילה רגילה על הר-הבית - "ללא צורך ובהזדמנות בלתי סבירה"!!

ייתכן והוטעה כב' השר על-ידי תרגום פגום המשבש את משמעות הסעיף, אך גם עפ"י תרגום זה הפירוש האמור הוא, בכל הכבוד, חסר שחר ובלתי נסבל.

44. מסעיף 4 של פקודת המשטרה מצטט המשיב את הקטע כי המשטרה תהיה "אחראית על קיום סדר הצבור ובטחונם של בני אדם ורכוש".

קיום סדר בציבור ובטחונם של בני אדם משמעותם היא, לדעת ב"כ העותרים, כי המשטרה אחראית לקיום סדרים תקינים בציבור הכוללים הבטחת שלומם של מתפללים בחום לב במקום הקדושים להם, לפחות כמו הבטחת שלומה של כל קבוצת אנשים הנקהלת למטרה אזרחית כלשהי. קיום סדר תקין בציבור אין משמעותו כניעה - לאמיתו של דבר כניעה מראש - לכל מתפרע פוטנציאלי, ויהיו מניעיו אשר יהיו. ובטחונם של בני אדם - משמעותו בטחונם של אזרחים ותושבים העושים את מעשיהם כדין, ולא שלילת זכויותיהם, במגמה זו או אחרת, או פגיעה שרירותית בזכויות אלה.

המשיב דילג משום מה על הרישא של אותו סעיף 4 לפקודת המשטרה המתחיל במלים כי: "משטרת ישראל תשמש לצורך מניעת פשעים וכו'". אכן אם היה תפקיד לשוטרים באותו מעמד הרי זה התפקיד להבטיח סדר ציבורי תקין, לדאוג לבטחונם של המתפללים, מכל הדתות, ולמנוע כל פשע אפשרי.

כל פירוש אחר לסעיף האמור הוא פירוש מוטעה מיסודו, ומנוגד למושגים אלמנטריים של תפקידי המשטרה במדינת חוק.

שאם לא כן, קובע המשיב שבכל מקרה בו עשוי פלוני לעשות מעשה חוקי אשר עלול להרגיז אלמוני - תונחת יד המשטרה על הראשון, או במילים פשוטות: כל דאליס גבר. לאלו מסקנות חייב אזרח להגיע אם זהו הפירוש ששר המשטרה נותן לסעיף בחוק המגדיר את תפקידי המשטרה? הרי זהו פירוש הנוגד ניגוד קוטבי את המסקנות שעל אזרחים להסיק מעצם קיומם של החוק ושל המשטרה כשומרת-החוק כאחד.

45. מסעיף 37 של פקודת המשטרה הסתמך המשיב על הקטע הבא: "מתפקידו של כל שוטר לשמור על הסדר... בין השאר... בסביבת מקומות של תפילה...".

שמירת הסדר בסביבת מקומות של תפילה אין משמעותה, בכל הכבוד, הפסקת התפילה. נהפוך הוא; המחוקק דאג במיוחד למניעת הפרת הסדר סביב מקומות של תפילה שעה שהמתפללים יהיו נחונים בתפילתם.

יתר על כן. המשיב הוציא את המובאות האמורות מסעיף 37(2) מתוך הקשת. שהרי זו לשון הסעיף:

"(2) ובפרט, ומבלי לפגוע בכללותן של הסמכויות הנזכרות לעיל, יהא זה מתפקידו של כל שוטר:

(א) לשמור על הסדר בדרכי הציבור וברחובות הציבור, במקומות מעבר, בריציפים ובמקום מעגן האניות ובכלל אותם המקומות שהציבור מצוי בהם, במרצפות של תחנת מסילת הברזל, בנמלים ועל נהרות, תעלות ואגמים בפנים הארץ; ולמנוע כל מעצור בשעות של התקהלויות ותהלוכות בדרכי הציבור וברחובות הציבור או בסביבת מקומות של תפילה בציבור, ובכל שעה שאנשים מצטופפים בכל דרך, רחוב, מקום, מעבר, רציף, או מקום מעגן אניות ויש לחשוש למחסום המעבר במקומות אלה;

(ההדגשות של ב"כ העותרים).

הקטע הרלבנטי באנגלית הוא:

"and to prevent obstruction on the occasions of assemblies and processions on the public roads and the public streets, or in the neighbourhood of places of worship during the time of public worship"

רוצה לומר: המחוקק הבחין בין שמירת הסדר גרידא בסוג אחר של מקומות, לבין מניעת מעצורים במקומות מסוג שני, הכוללים סביבת מקומות של תפילה בציבור, כלומר אף כאן, על-פי הוראה חוקית זו, תפקיד המשטרה היה הפוך מכפי שהמשיב הנכבד פירש אותה, שלא כהלכה.

אכן זוהי כל כולה של העתירה: למנוע הפרעות ומעצורים בשעת התפילה בסביבות מקום של תפילה בציבור, ועל כל פנים שהמשטרה עצמה לא תהפוך לגורם המעכב והמפריע.

46. שעה שבסעיף 37 הנ"ל אנו עומדים, מן הראוי לתת את הדעה גם על סעיף 37(2)ב' הקובע כי תפקידו של שוטר הוא -

"לשים לב לכל עבירה מן העבירות המנויות בפקודת החוק הפלילי, 1936, בפקודות, בחוקית, או בתקנות שיצאו על-ידי השלטונות המוסמכים, שנעשה כאחת הדרכים, בדרך המלך, או באיזה רחוב צבורי, ולשים עין על הסרת ההוראות שבחוקים אלה".

ההוראה הנוגעת לענין בפקודת החוק הפלילי אינה זו שצוטטה על-ידי המשיב, אלא היא זו שנקבעה בסעיף 147 לפקודת החוק הפלילי, וזו לשונה:

"כל המפריע, בזדון ומבלי צידוק או הצטדקות חוקיים - שהוכחתם עליו - אסיפת אנשים שהתקהלו יחד כחוק לצרכי עבודה אלהים, או המתקיף אדם המכהן בתפקיד דתי כחוק בכל אסיפה כזאת, או התקיף כל אחד מן המתקהלים שם, דינו - מאסר שנה".

דומה שאין להוסיף מילת-הסבר להוראה ברורה וחד משמעית זו.

47. כפי שעולה מן המוצגים ט' י' ו-י"א מסתבר כי אכן נצמד המשיב לפירושים מוטעים אלה של החוק הברור, וזאת על אף הראיה הכלולה במוצג י"א כי תפילתם של יהודים נמנעת אפילו במקרים שהתכוונו לקיימה עוד לפני שהתאסף קהל כלשהו, כאשר שטח הר-הבית היה ריק מזולתם.

48. אפילו היה קורטוב של ממש בשיקולים ובפרושים הנ"ל של המשיב - גם אז לא היה בכך כדי לשריין את המשיב בפני הטענות של חריגה מסמכות, אפלייה ושיקול מופרך, באשר גם אם יכולה המשטרה למנוע, מתוך הערכת-מצב זו או אחרת, התקהלות מסוימת, חד-פעמית, ופועד נתון, כדי לא להביא להפרת שלום הציבור - ודאי וודאי שהיא חורגת מסמכותה שעה שהיא מנשלת אזרחים דרך-קבע, זה כשלוש שנים, מזכותם היסודית. נישול כזה, כאמור, כמוהו

כותר מראש על השלטת החוק והסדר הציבורי, מתוך הפניית עוצמתה של המשטרה, המופקדת על קיום חיים תקינים, כלפי שומרי-החוק הבאים לממש את זכותם הטבעית והמשפטית.

49. ואם לא הועלו כל נימוקיו אלה של המשיב אלא לצורך הסוואתן של מגמות אחרות, אשר לגביהן לא הובאה כל ראיה, לא כל שכן שבית המשפט לא יתיר זאת, באשר כוונות כאלה, אם הן קיימות - זרות לתפקידו ולסמכותו של שר המשטרה, ואם פעל כפי שפעל למענן אין ספק כי שוב חרג מסמכותו, ולפיכך פעולתו זו אינה חוקית ומן הדין שתופסק על פי צו של בית המשפט.

50. מסתבר כי ב"כ המשיב ער לעובדה שלעותרים זכות חוקית אכיפה להתפלל בהר-הבית והריהו מבקש, בסיפא של סיכומיו, להסתייע במספר טענות כלליות אשר, בכל הכבוד, משמעותן לשלטון החוק במדינה חמורה לא פחות, ואולי אף יותר, מן הטענה בדבר אי שפיטות ושליטת זכות יסודית מזכויות האזרח.

אמת נכון הדבר כי העותרים משתייכים עתירתם על החוק ועל הצדק כאחד, אף כי הלכה פסוקה היא עתה, כפי שכבר צוטט לעיל, כי בג"צ יתערב לא רק למען הצדק, ואפילו זכותו החוקית של אדם אינה כרוכה בצדק; אלא שתמוהה ביותר אמירת בא-כח המשיב כי: "לא מצאנו מהן אותו צדק שהעותרים טוענים לו". כלום קיימת תביעה לצדק נעלה יותר מן התביעה לשים קץ לאפליה? והרי במקרה זה מאפשר המשיב על פני אותו הר-הבית, ובצדק, תפילה למוסלמים, באין מפריע, אך שולל אותה זכות עצמה מן העותרים, ומכלל ישראל, שעה שזיקתם להר-הבית היא, לכל הדעות, קדומה יותר, ושעה שליהודים הר-הבית הוא המקום הקדוש מכל.

בג"צ התערב כדי למנוע אפליה שעה שנשללה מקהילה דתית יהודית אחת, רפורמית, הזכות לשמוש בנכס ציבורי, בראותו בכך אפליה ואי-צדק. כך אומר השופט זוסמן בבג"צ 262/62, פרץ ואח' נגד המועצה המקומית כפר שמריהו, אשר כבר אוזכר לעיל:

"חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסודי זה והפלחה אזרח שלא כדין, הרי עילה להתערבותו של בית משפט זה";

השופט זוסמן מוסיף ומדגיש כי אין הבדל אם מדובר בפעולה המשתייכת למשפט הציבורי או האזרחי, וקובע:

"יחס לא שווה כלפי שווים משמש לכאורה עילה לפסול את מעשה הרשות".

עוד נקבע באותו משפט כי אפילו אין המדובר בתפקיד ציבורי של הרשות על פי דין מפורש בכל זאת יתערב בג"צ על יסוד אינטרס לגטימי של האזרח. על אחת כמה וכמה במקרה דנן.

היש לו ליהודי מאמין אינטרס לגטימי יותר וצודק יותר ממתן ביטוי חופשי למשאלה שהשמיעו בתפילתם יהודים, דורות על דורות, בקראם את דברי הנביא: "והיה ביום ההוא יחקע בשופר גדול ובאו האובדים בארץ אשור והנדחים בארץ מצרים והשתחוו לה" בהר הקודש בירושלים!" (ישעיהו כ"ז).

יכול שבעיני פלוני אין תחושה זו מפעמת באותה עוצמה המפעימה את לבו של משנהו; אך הרי זהו כל כולו של עקרון חופש הדת.

במשפט האמור, בג"צ 262/62, נטען כי בקיומו של חופש כמחואר שם כרוכה סכנת פילוג בין זרמים ותנועות דתיות שונות. למרות זאת פסק בית המשפט מפי השופט כהן: "אין בסכנה זו כדי לגרוע במאומה מחופש הדת והפולחן, שאם לא תאמר כן - ביטלה את תורת חופש הדת כולה".

בהמשך אותו פסק דין מביא השופט כהן את דבריו של השופט ויתקון בפסקי דין אחרים:

"ברם דעתו של חברי הנכבד, השופט ויתקון, כפי שהובעה בבג"צ 29/62 (8) הנ"ל, וכן בבג"צ 321/60 פד"י כרך טו' ע' 197 (9) בע' 208, היא שבית משפט זה מוסמך להתערב גם כשהרשות אינה ממלאה תפקיד ציבורי על פי דין מפורש דוקא, וזאת גם דעתו של השופט ברנזון (בג"צ 292/61 (6) הנ"ל). בלשונו של השופט ויתקון:-

"... אין בית משפט זה מקמץ ידו בחיתו הכרה לזכות שנפגעה; גישתו... ליברלית למדי; והייתי אומר - בלי לקבוע מסמרות - שכאשר התערבותנו דרושה למען עשיית הצדק, די לו לאזרח בהסתמכו על אינטרס לגיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או מאי עשייתה כדי להקנות לו זכות ומעמד לבוא ולשפוך לפנינו את תחינתו (שם 8), בעמ' 1028".

בשנות השלושים נאבקו יהודים על זכויות תפילה מסוימות ליד הכותל המערבי. זכות התפילה עצמה לא היתה שנויה במחלוקת, והדיון נסב על נושאים משניים הכרוכים בה. עם זאת לא הוטל אפילו ספק כי המדובר היה בתביעה שכל כולה מן הצדק. כיצד ניתן, איפוא, שעה שאנו ניצבים במערכת המשפט שלנו, לבוא ולהטיל ספק ביסוד הצדק שבתביעת יהודים להתפלל באין מפריע בהר הבית לאחר שנגאל?

51. עוד טוען, בסיום דבריו, ב"כ המשיב, כי על בית המשפט "להעדיף את טובת הכלל כפי שבאה לידי ביטוי במעשי המשיב", ומוסיף: "עשיית צדק עם המדינה עדיפה על מאווים פרטיקולריים של העותרים, המבקשים לכפות על המדינה דרך פעולה בחחום השלטוני-מדיני."

כבר ניתחנו את שיקוליו של המשיב, והצבענו על דבר היותם מופרכים מכל וכל. אלא שב"כ המשיב, במלים כלליות וברמזים סתומים, מייחס למשיב כוונות ונימוקים שהוא עצמו לא השמיעה, ואשר, כאמור, לא הובאה כל ראיה כי הם שהדריכו אותו בפעולתו. ואלו דברי ב"כ המשיב:

"כל דבר מקומו, שעתו, ודרכו. נלמד מהנסיון ההיסטורי - וארוך וייגע הוא - ששאלות מסוג השאלה שבכאן, הן מורכבות, מסובכות, עדינות. הצו המבוקש על-ידי העותרים, לא זו בלבד שהוא סתמי וכללי - וגם מטעם זה, כך טוענת הפרקליטות, לא יינתן להם - אלא

שבשים לב לטיב הבעיה, יותר משיפתור עלול הוא לסבך: "זכות התפילה" אינה אלא שריג אחד בבעיות הכוללות, וכל יכול שיעשה צדק בענין הנדון אלא אם ייפתר מיכלול השאלות. מיכלול זה לא הועמד בפני בית המשפט - אכן, עומד הוא בפני הרשות המבצעת, הממשלה - ועל כן יימנע בית המשפט מהכריע בעתירה".

טענתו זו של ב"כ המשיב מזכירה את דבריו של פרקליט המדינה, בטיעונו בע"פ, באמרו כי לעותרים זכות חוקית אבל מסוייגת.

צויין כבר שהסמכות לצמצם או להגביל את זכויות האזרח לטובת מטרות כלליות מסורה בישראל לכנסת, ולה בלבד. אילו בחרה הכנסת לסייג את הזכות, יכולה הייתה לעשות כן מפורשות. חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967 מצביע על כוונה הפוכה מזו. בחוקה חוק זה הוסיפה הכנסת לזכות הטבעית את הזכות המפורשת והמוגדרת. אמור מעתה: משעומדת להם לעותרים הזכות החוקית, שוב אין היא מסוייגת, ואין היא נתונה לסיוג מכח משאלה סתמית או מפורשת של זרוע שלטונית. ואם לסיוג אינה נתונה - ודאי וודאי שאין זו זכות ריקה ואין סמכות לשלטון לרוקנה מתוכנה.

טענה כללית של טובת הכלל, אשר לא גובשה בחוק, לביטול זכות-אזרח-חוקית ויסודית כזכות הגישה והתפילה במקום הקדוש לו מכל - מקומה לא יכירנה במשטר חוק דימוקרטי וצליליה זרים לאורחותיו.

חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967 הסמיך את שר הדתות (ושר המשפטים) להסדיר את הזכויות בתקנות. המשמעות של מסקנתו שאין צורך לעשות כן, כפי שקבע ברורות בתשובתו לב"כ העותרים, במוצג ד' הנ"ל, היא כי הרשות המוסמכת השאירה את הזכות הכוללת על כנה במלואה. בהעדר כל חוק הבא לסייג את זכותו של היחיד, או להסדירה, לא ייעתר בג"צ לטענה סתמית וכללית על "טובת הכלל" העדיפה לכאורה על זכויות הפרט.

מן הראוי להזכיר בנדון את בג"צ 98/54 ובג"צ 105/54, ליזרוביץ ואח' נגד המפקח על המזונות, פד"י י' עמ' 40, וכן את בג"צ 122/54, אקסל ואח' נגד ראש העיר נתניה, בהם נקבע, מפי הנשיא דאז אןלשן, וכן מפי השופט ברנזון:

"הבעיה היא בעיה ארצית ולא מקומית ופחרונה בידי בית המחוקקים, שבכוחו - אם הוא רואה צורך בכך - להגביל את חופש הפרט אם על-ידי חקיקה ישירה משלו, ואם על-ידי הסמכת אחרים לכך. במקרה האחרון "על בית המחוקקים להעניק את הכוח הזה במפורש ובדברים שאינם משחמעים לשתי פנים; ובעיקר כאשר הענין נוגע בבעיה שהיא ארצית הרבה יותר מאשר מקומית. במקרה האחרון אין ללמוד על הענקת כוח כזה מכללא, אלא אם כן הכוונה להעניק כוח כזה בולטת ומשתקפת באופן ברור בנוסח החוק או במסרתו המפורשת". דברים אלה נכונים לא פחות כאשר הענין נוגע בבעיה מדינית ולאומית חשובה.
(ההדגשה של ב"כ העותרים).

אפילו לא פתרה המדינה את מכלול הבעיות הכרוכות בנושא, והעותרים כופרים בכך, גם אז אין זו הצדקה לשלול את זכויות היחיד בניגוד לחוק, ובית המשפט לא יתן את הגושפנקא שלו לכך.

בפסק-הדין האמור נקבע גם מפורשות כי כאשר יוצא צו - או ניתנת הוראה - מנימוקים מסוג אחר (כגון נימוקים דתיים-לאומיים בענין ההוא) ולא מנימוקים המסורים לסמכות המשיב (נימוקים כלכליים-משקיים באותו נושא), יהיו צו או הוראה כאלה פסולים ומבוטלים.

כך אף כאן. אפילו היו נימוקים מן הסוג עליו מרמז-ולא מרמז ב"כ המשיב, הרי אין אלה הנימוקים שהשמיע המשיב, ואשר פעל על פיהם כמוצהר על-ידו, ואפילו יש השקה מסוימת בין סמכויותיו ובין סמכויות אחרות, חורגים שיקוליו ומעשיו האמורים לחלוטין מתחום סמכותו.

52. העותרים משוכנעים אמנם כי היענות לעתירתם משרתת את טובת הכלל. חששות עמוקים בלבם של העותרים כי התוצאה מן השלילה הנוכחית של זכותם עלולה להיות כרוכה במעין הפקעה-מרצון של חלק מהסמכויות הריבוניות של המדינה בהר-הבית, וזאת, לאחר השחרור, בניגוד לחוק, ושלא על דעת הכנסת; כיהודים וכציונים הם חשים פגיעה עמוקה כאשר ליבה של ציון, המקודש להם, חסום בפניהם לתפילה; העותרים משוכנעים כי סובלנות אמיתית דוחה גילויים של חוסר-סובלנות ומסרבת להכנע להם; בעיניהם מעוות המצב בו מתפללים יהודים ליד הכותל המערבי שבהר ואילו ההר עצמו, הנתון לריבוניות ישראלית, אסור בתפילה; הם חשים כי זכות עמידתם בפני בית משפט נכבד זה נובעת לא רק מפגיעה בזכותם החוקית, לא רק מפגיעה באינטרס אישי לגטימי, ולא רק מפגיעה בציבור מסוים שהם נמנים עליו (בג"צ 160/58); מאמינים הם שהאינטרס הלאומי של מדינת ישראל ושל העם היהודי עולים בקנה אחד עם עתירתם וכי עמדת המשיב מנוגדת לאינטרס הכללי האמיתי. אלא שגלוי וידוע לעותרים כי חשושם זו, הסוביקטיבית, לא היא הקובעת בפני בית משפט נכבד זה, ואין הם מבקשים להשחית את עתירתם, ואת ממצאי בית המשפט ומסקנותיו, על זווית-ראייתם שלהם. אך משעומדות להם הזכויות הטבעיות, החוקיות והמשפטיות הרי הם מבקשים את מימושן מכח עצמן מבלי להסתמך כל-עיקר על השקפותיהם האישיות; באותה עת עצמה זכאים העותרים לחבוע כי לא יועלו לעומתם השקפות כלליות אשר לא באו לידי ביטוי מגובש בחוק מכח רצון המחוקק, וכי זכויותיהם המוחלטות לא ייפגעו על-ידי רמזים שלטוניים.

53. העותרים רואים לציין כאן - כמעט במאמר מוסגר - כי אף שלא נטענה הטענה, יכול שנתכוון ב"כ המשיב בדברו על טובת הכלל לאותה שיטה בדת היהודית האוסרת, בנתונים הנוכחיים, תפילה בהר הבית.

רחבה מאד הסוגיה ואין בכוונת העותרים לדון בה. די אם יצויין כי שתי שיטות קיימות אצל הפוסקים: שיטתו של הרמב"ם, הנמנה על המחמירים, והשיטה השנייה, המקלה, שיטתו של הראב"ד.

ארוכים הדברים והם נסובים על אזורים שונים בהר-הבית, על הטבילה המוקדמת, ועוד כיו"ב. לצורך עניננו נסתפק בציון העובדה שלא מתוך כפירה אלא מחוך אמונה עמוקה,

בדחילו ורחימו, מבקשים העותרים להתפלל בהר-הבית, וכי בית המשפט לא יחסום את דרכם מטעמים של הלכה, השנויה אף היא במחלוקת גם בקרב הפוסקים הדתיים, ולא יכפה שיטה דתית אחת על רעותה. אף המחמיר ביותר, מטעמי דת, באיסור הכניסה להר-הבית, מנימוקי סומאה, לא יבקש כי איסור זה יוכרע וייקבע מתוך כניעה להתפרעות-בפוטנציה של מאמיני דת אחרת. הכרעה כזאת כמוה כחילול הקודש.

54. ועוד תשובה אחת לסענת ב"כ המשיב, כי לא יותן ל"מאויים פרטיקולרים של העותרים לכפות על המדינה דרך פעולה בתחום השלטוני-המדיני."

אין הדברים נסובים על תחום מדיני-שלטוני ואין העותרים מבקשים לכפות את דרכם על המדינה. אם תתקבל עתירת העותרים תישאר הדרך פתוחה לממשלה, באמצעות חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז, ותקנות שיוחקנו על פיו כחוק על ידי שר הדתות, לאחר התיעצות בנציגיהם של בני הדתות הנוגעים בדבר, ובהסכמת שר המשפטים, לקבוע הסדרים סבירים שיקיימו את כל הזכויות מבלי לפגוע באיש ומחוך הבטחה נאותה של הסדר הציבורי.

הטלת הביטוי "תחום מדיני-שלטוני" לחלל בית המשפט, אינה משנה דבר ממערכת העובדות האמתית שהוצגה בפניו, וכל כולו של בג"צ לא נועד אלא להבטיח, אל מול עצמת השלטון, אותם "מאויים פרטיקולריים" שהגיעו לדרגת זכות חוקית. אין העותרים מבקשים אלא כי יותן להם לממש את זכותם הטבעית, אשר המדינה, על יסוד ערכיה הדגולים, באמצעות הכנסת, הוסיפה עליה נדבך נוסף של זכות משפטית אכיפה. העותרים זכאים למימושה של זכות נעלה זו מכח החוק ומן הצדק כאחד, ואין לשלול אותה מהם על-ידי נוסחאות סתמיות של אינטרס כללי ואי-שפיטות.

"ציון במשפט חיפדה, ושביה בצדקה" (ישעיהו א').

55. אשר על כן מתבקש בית משפט נכבד זה להעתר לעתירה ולעשות את הצו על תנאי החלטי.

עו"ד שמואל מ. חמיר (כצנלסון) עו"ד ד"ר משה עליאש
באי-כח העותרים

ירושלים, כ"ה בניסן תש"ל
1 במאי 1970

בג"צ 222/68

בבית המשפט העליון

היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק

בירושלים

תיקון מזכירות הממשלה

פתיחת המחזור - ינואר 1968

חסימת המחזור - דצמבר 1975

8 החזר לאלנו

חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח'

העותרים

נגד

המשיב

שר המשטרה

סיכומים בכתב מטעם

פרקליטות המדינה

חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח'

העותרים

נגד

המשיב

שר המשטרה

סיכומים בכתב מטעם

פרקליטות המדינה

תוכן העניינים

סעיפים

5 - 1	הקדמה והצגת הבעייתיות
8 - 6	דרכי הטיפול בהיסטוריה
10 - 9	טענת אי-שפיטות הסוגיה
18 - 11	ניתוח דבר המלך במועצה על א"י (מקומות קדושים), 1924
19	שאלת תוקפו של דבר המלך כיום
22 - 20	דבר המלך והשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה
30 - 23	דבר המלך וחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957
31	חוק בתי המשפט ודוקטרינת אי-השפיטות
38 - 32	דבר המלך וחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967
39	חוק השמירה ודוקטרינת השפיטות
41 - 40	מדיניות ואי-התערבות מן הצדק
42	סיכום

THE HISTORY OF THE
CITY OF BOSTON

FROM THE FIRST SETTLEMENT
TO THE PRESENT TIME

BY
JOHN B. BOWEN

IN TWO VOLUMES.
VOL. I.

BOSTON: PUBLISHED BY
J. B. BOWEN, 1850.

NEW-YORK: J. B. BOWEN, 1850.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME.

BY JOHN B. BOWEN.

IN TWO VOLUMES. VOL. I.

BOSTON: PUBLISHED BY
J. B. BOWEN, 1850.

NEW-YORK: J. B. BOWEN, 1850.

THE HISTORY OF THE CITY OF BOSTON, FROM THE FIRST SETTLEMENT TO THE PRESENT TIME.

1850.

חוגים לאומיים אגודה רשומה
רחוב הלפרין 5, תל-אביב ואח'

העותרים

נגד

שר המטרה

המשיב

סיכומים בכתב מטעם פרקליטות המדינה

בהתאם להחלטת כב' נשיא בית-המשפט העליון מתכבדת פרקליטות
המדינה להגיש את סיכומי טיעוניה בתיק הנדון.

1. הצו על-תנאי שיצא מלפני בית-המשפט הנכבד דורש משר המטרה
". . . . להתייב וליתן טעם מדוע לא ידאג למתן שמירה נאותה
מטעם משטרת ישראל על מנת למנוע הפרעות לתפילת יהודים על הר הבית.
וכן לבוא וליתן טעם מדוע לא תינתן הוראה מטעמו לאנשי משטרת ישראל
להימנע מלהפריע לתפילת יהודים על הר הבית".

הצו על-תנאי כפי שחוקן על פי בקשת העותרים, הוסיף שתי

עחירות חלופיות אלו:

"לבוא וליתן טעם מדוע לא ידאג (שר המטרה) למתן שמירה
נאותה מטעם משטרת ישראל על מנת למנוע הפרעות לתפילת
העותרים ולכל אחד מהם על הר הבית; וכן ולחלופין: לבוא
וליתן טעם מדוע לא תינתן הוראה מטעמו לאנשי משטרת ישראל
להימנע מלהפריע לתפילת העותרים וכל אחד מהם על הר הבית."

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
SCHOOL OF THE DIVINITY

1914

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
SCHOOL OF THE DIVINITY

1914

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1914

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

2. נושא העיקרי של העתירה היא זכות היהודים להתפלל על הר הבית (הצו על-תנאי המקורי), ולחלופין - זכותם של העותרים להתפלל על הר הבית (התיקון לצו על-תנאי). אכן, הצו על-תנאי המקורי והצו על-תנאי כפי שתוקן מדברים בשמירה מטעם משרת ישראל, אולם קריאת העתירה (נא לעיין, למשל, בסע' 1 לעתירה) מעלה בבירור שאותה שמירה אינה מטרה בפני עצמה אלא, לכל היותר, כלי עזר למימוש הזכות נושא הדיון. ביטוי מלא לנושא העתירה ימצא בכתב העת שהעותרת הראשונה מוציאה לאור ואשר העותר הרביעי הוא עורכו (גליון ט"ז של "החזית", בטאון רעיוני-מדיני). כתב העת צורף להודעה שהוגשה לבית-המשפט ע"י פרקליטות המדינה.

3. ייזכר שפרקליטות המדינה לא התנגדה לתיקון הצו על-תנאי ולתיקון העתירה (כמבוקש ע"י העותרים בהמרצה 15/69). ואמנם, הצו על-תנאי כפי שתוקן מעמיד את העותרים על מקומם, ומכל מקום לא על הצגת הנושא בדרך זו או אחרת יתבקש בית-המשפט להכריע בשאלות שהתעוררו.

4. במהלך הטיעון להלן נפליג להיסטוריה של הר הבית, נסתמך על דוקטרינות במספט, על דברי הלכה ועוד, אך למניעת ספק באשר למגמת הטיעון ראוי להקדים ולהביא מספר הנחות-יסוד, וכל חייאמר להלן ייקרא בכפוף להנחות אלו:

(א) קדושת הר הבית לעם ישראל, על כל המסתמע מכך (וכל המוסיף גורע), אינה עומדת לדיון. קדושת הר הבית היא מן עולם ועד עולם, אין היא חלויה בשלחון ומקומה מעבר לכל דיון, מספטי או אחר.

(ב) הר הבית מצוי בתחומי מדינת ישראל הריבונית.

(ג) אין חולק על זכותם הלאומית וזכותם ההיסטורית של

היהודים להחפיל על הר הבית (כמובן לא ניכנס לשאלות איסור והיתר בדת).

5. שבעי הדבר שבארצנו זו - בה מצויים מקומות קדושים לבני שלוש הדתות המונותאיסטיות, ואשר כל-כולה היא ארץ הקודש לעם היהודי - התעוררה כבר בעבר סוגיית המקומות הקדושים; אם כך ככלל, לא-כל-שכן עם חילופי השלטון הפוליטי-האזרחי. הסוגיה עוררה בעיות וקשיים, ודומה שאלו ואלה לא היו מקריים או צדדיים ועיקרם בנושא היחיד והמיוחד של דת וקדושה.

לא נאמרו הדברים רק כדי להצביע על חומרת הנושא וסביכותו, אלא להורותנו את דרכי הטיפול הראויים לו. ואמנם, מטבע הדברים אין למדוד שאלות הכרוכות בדת ובקדושה באותן אמות מידה היפות לסיכסוך אזרחי בין אדם לאדם או למחלוקת בין אזרח לבין השלטון.

על בעייתיות זו - שמתוך הסוגיה ובה - עמד כבוד השופט קיסטר בבג"צ 223/67, בן דב נגד שר הדתות (כ"ב פד"י, (1), 440). וכך אמר כבוד השופט (בעמ' 448 לפסה"ד):

"לית מאן דפליג כי הר-הבית הוא מקום קדוש לעם ישראל

מאז ומקדם כפי שטוען זאת העותר, ושם מקום המקדש וקודש-הקדשים, אבל אין להתעלם מכך כי מאז צמיחת האסלאם לפני למעלה מ-1300 שנה רואים המושלמים את הר-הבית או חלקים ממנו כמקומות המקודשים גם להם.

אכן, בשטח הנתון בידי מדינת ישראל ישנם מקומות נוספים המקודשים ליותר מאשר לבני דת אחת, והמחוקק רצה להתייחס בסוויון לכל הדתות ולדאוג לסמירת המקומות המקודשים לכל דת ודת. מצד אחד קבע המחוקק את חובת השמירה כדי לא

... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני נקבעה חובת שמירה מפני חילול וכל פגיעה אחרת וכן חובה למנוע פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם המקומות. לכל דת ישנם דינים ומנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף הנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומות המקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת - מצד אחד, וכיבוד ואי-פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת - מצד שני."

6. סוגיית המקומות הקדושים בא"י עברה גילגולים מגילגולים שונים במהלך ההיסטוריה של ארץ ישראל, והשלכותיה היו תמיג אל מעל ומעבר לגבולות הארץ. סקירה תמציתית על האירועים העיקריים תימצא בחיבורו של Cust, "The Status Quo in the Holy Places" שיצא לאור בשנת 1929 (להלן ייקרא הספר בסם "קסט"). ניתן, כמובן, להוסיף עוד ועוד על הנאמר באותו חיבור, וכל סיעמיק חקר ילמד עד מה סבוכה הפרסה, בה היו מעורבים שליטים ומעצמות; אולם דומה שדי בנאמר על-ידי קסט כדי ללמד אותנו, ולו על קצה המזלג, מה עדין הנושא העומד לדיון.

גם שהדברים ארוכים וסבוכים, וגם שחלו עוד ועוד שינויים בהסדרים שנעשו, בולטת לעין - וכברית התיכון בכל מהלך ההיסטוריה - עובדת-יסוד אחת: בעיית המקומות הקדושים היתה מאז ומתמיד נושא להסדרים שילטוניים-מדיניים, ואכיפתם של אלה לא נעשתה על-ידי בתי-המשפט. ניתן ליעון, אמנם, שהדבר נבע, ולו בחלקו, מאופיים של המוסטרים חסררו בארץ, אך נראה שטיבה של הסוגיה דווקא הוא שהכתיב אח דרכי הטיפול בה. תהא אשר תהא דעתנו על גופי ההסדרים שנקבעו בעבר, נראה שהגישה והדרך לקביעת ההסדרים שנעשו חייבת שתתבלט בין הסיקולים הקובעים במספח זה, מקום שבית המספח הנכבד מתבקט לפסוק ולהכריע בעניין, כמו המדובר בסוגיה מספטית מן המניין. לשון אחר:

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

מהלכי ההיסטוריה - ביתר דיוק: הכלים בהם נעשה שימוש בהסתלסלות האירועים בהיסטוריה - חייבים להדריך אותנו לגבי העיסוק בשאלה העומדת לדיון.

7. סיפרו של קסט מונח בפני בית-המשפט הנכבד, ואין טעם להרבות בציטוטים. תשומת לב בית-המשפט מופנית, בעיקר, להערת ההקדמה לספר, להקדמה ולעמודים 1 - 12. המעיין בדברים שנאמרו ילמד מעט על ההיסטוריה של המקומות הקדושים ועל המקום שתפסה הבעיה ביחסים הבינלאומיים וביחסים בין הדתות. לדוגמה ייאמר, שקסט מצביע על הסיכסוך בקשר למקומות הקדושים כעל אחת הסיבות שהביאו למלחמת קרים (עמ' 9 - 10). לא זה המקום לדיון ולניתוח אם אמנם היתה בעיה המקומות הקדושים אחת הסיבות האמיתיות למלחמה, או אם שימשה מניע ואמתלה בלבד. אם כך ואם אחרת, לא יהיו בודאי חילוקי דעות על העובדה ההיסטורית שבעיית המקומות הקדושים (לנצרות) היתה בין הגורמים שמשקלם המצטבר הביא לפריצת מלחמת קרים (סלא להיכנס למחקר היסטורי נבקש אך להסב את תשומת לב בית-המשפט לאמור על הסוגיה ב- Columbia Encyclopedia מהד' 3, עמ' 511, תחת הכותרת "Crimean War").

8. הר הבית ומקומות קדושים אחרים מצויים כיום בריבונות מדינת ישראל, ומדינת ישראל היא שתקבע את דרכי ההסדר בהם; על כך אין חולק. סיעוננו הוא, שבדרכי הטיפול נשמור על הכלי בו עשו שימוש מאז ומתמיד לפתרון הבעיות. בלשון טכנית ייאמר, שהסוגיה חייבת למצוא את פתרונה בהכרעות מדיניות, ע"י הרשות המבצעת, ולא בדרכים שיפוטיות ע"י הרשות השופטת. הנושא סבוך והשלכותיו רבות מכדי שיהיה נחון להכרעה בכלים העומדים לרשות בית-המשפט.

9. סיעונה הראשון של פרקליטות המדינה הוא, איפוא, שעל פי הילכות משפט כלליות מן הראוי שבית-המשפט לא ייעתר לעתירה, באשר המדובר בסוגיה שלא נועדה להכרעות שיפוטיות, סוגיה שאינה "שפיטה".

תיאוריות רבות הוצעו להנחיה ולבחינה אם סוגיה פלונית היא שפיטה, אם לאו. הלומד והקורא אינו יכול אלא להסכים לדברי הסיכום של כבוד השופט ויתקון בחיבורו "פוליטיקה ומספט" (הרצאה לזכרו של הד"ר זמורה ז"ל, ירוסלים, תשכ"ה) שאין פתרון חד-משמעי וברור לסאלה:

"יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני, **שעריין נמצאים אנו חוהים גבוה** סאלה ה'שפיטות' בעניינים פוליטיים, גנים לה לכאן ולכאן, ומן הסאלות היא שאין להן הכרע" (שם, בעמ' 69).

דומה עם זאת, שבחינת העניין העומד לדיון כאן, לאור כל אחת ואחת מן התיאוריות שהוצעו - טיב הנושא, חלוקת הסמכויות בין הרשויות, תורת ה- self-restraint, תיאורית היעילות והאחריות המדינית, "חוס המומחיות", ועוד - חייבת להוליך למסקנה האחת, שבית המשפט הנכבד לא יראה לפסוק בטאלה שהועלתה. לעניין זה נבקש להטב את חשומה לב בית-המשפט הנכבד למראי המקומות הבאים:

בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ. נשיא מדינת ישראל, ה(1) פד"י 801;

Finkelstein, "Judicial Self-Limitation", 37 (1923-24) Harv. L.R. 338 ff.;

Weston, "Political Questions", 38 (1924-25) Harv. L.R. 296 ff.;

Jaffe, "Standing to Secure Judicial Review: Public Actions", 74 (1960-61) Harv. L.R. 1265, 1302 ff., 1306-1307;

Scharpf, "Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis", 75 (1965-66) Yale L.J. 517 ff.

1890-1891

1891-1892

1892-1893

1893-1894

1894-1895

1895-1896

1896-1897

1897-1898

1898-1899

1899-1900

1900-1901

1901-1902

1902-1903

1903-1904

1904-1905

1905-1906

1906-1907

1907-1908

1908-1909

1909-1910

1910-1911

1911-1912

1912-1913

1913-1914

1914-1915

1915-1916

1916-1917

1917-1918

1918-1919

1919-1920

1920-1921

1921-1922

1922-1923

1923-1924

להארת דעותיהם של אחדים מהמחברים נצביע על כמה קטעים

מדבריהם: פינקלשטיין, בעמ' 339, 344-345, 346 ו-363 למאמרו
הנזכר (נספח א' לכתב היעוץ זה); ויסטון, בעמ' 326-328 (נספח ב');
ג'פה, בעמ' 1302-1304 (נספח ג'), ונא להשוות בעמ' 1306-1307.

10. יקרא הקורא את הדברים שנאמרו וישווה נגד עיניו כל העת
את בעייתנו-אנו. דומה שהמסקנה אחת היא: ראוי ונכון שבית-המשפט
הנכבד יראה את הסוגיה כבלתי שפיטה.

כפי שנאמר לא אחת, יחסי החוץ של מדינה משמשים דוגמה
קלאסית לסוגיה טאינה שפיטה, ונראה שאין להבחין בין יחסי חוץ
במשמעותם המקובלת והמוגבלת לבין הסוגיה הנדונה כאן. לא זו בלבד
שהשאלה קטורה בקשר אינטימי ליחסים בין מדינת ישראל לבין מדינות
העולם, ולא זו בלבד שגזירה שווה מיחסים בין אומות ליחסים בין
דתות - אפשר לא גזירה שווה אלא קל וחומר - אלא שהבעייתיות
השלכותיה חורגות הרבה אל-מעבר ליחסים בין העותרים לבין המשיב
והמדינה, ונפקותה במישרין על פעילותן של רשויות המדינה, והכל
בתחומים אקטורה-משפטיים. נאמר, איפוא - לאור המיבחנים שהובאו
ע"י המלומדים ובתי המשפט - שאופי החיוב אותו מבקשים העותרים
להטיל על רשויות המדינה, על כל המשתמע ממנו, מצדיק אי התערבות
בית-המשפט. אכן, צו כי יצא מלפני בית-המשפט בענין פרטיקולרי
זה, יטיל על הרשות המבצעת חיובים העלולים להיות הרי-גורל.

הטענה היא, איפוא, שבית-המשפט יימנע מהכריע בסאלה -
מהיותה בלתי שפיטה - ודרכי הטיפול בה בעבר יורונו את הנתיבים
המתאימים לעיסוק בה כיום.

11. גם הטענה השנייה (מבחינה כרונולוגית) עניינה באי-שפיטוח הסוגיה, אך זו הפעם אין המדובר בהלכה אלא בדבר-חוק מפורס: דבר המלך במועצה על א"י (מקומות קדושים), 1924 (דרייסון, כרך 3, עמ' 2625).

טענת הפרקליטות היא, שהוראות דבר המלך הנזכר מונעות את הדיון בבית המשפט הנכבד, וסדר הדיון בטענה יהיה זה: בתחילה תובאנה הוראות דבר המלך ויינתן פירושן - מתוך דבר המלך ובו ולאור מיסמכים אחרים - ולאחר מכן תידון השאלה בדבר חוקפו של דבר המלך כיום.

12. הוראותיו העיקריות של דבר המלך באות בסימנים 2 ו-3 בו, הקובעים וזה לשונם:

"2. Notwithstanding anything to the contrary in the Palestine Order in Council, 1922, or in any Ordinance or law in Palestine, no cause or matter in connection with the Holy Places or religious buildings or sites in Palestine or the rights or claims relating to the different religious communities in Palestine shall be heard or determined by any Court in Palestine.

Provided that nothing herein contained shall affect or limit the exercise by the Religious Courts of the jurisdiction conferred upon them by, or pursuant to, the said Palestine Order in Council.

3. If any question arises whether any cause or matter comes within the terms of the preceding Article hereof, such question shall, pending the constitution of a Commission charged with jurisdiction over the matters set out in the said Article,

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

DEPARTMENT OF THE HISTORY OF ARTS

OFFICE OF THE DEAN

CHICAGO, ILLINOIS

TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

AND TO THE HONORABLE CHAIRMAN OF THE BOARD OF TRUSTEES

OF THE UNIVERSITY OF CHICAGO

be referred to the High Commissioner, who shall decide the question after making due enquiry into the matter in accordance with such instructions as he may receive from one of His Majesty's Principal Secretaries of State.

The decision of the High Commissioner shall be final and binding on all parties."

לשון המחוקק ברורה ומפורשת, שעניינים מסויימים לא יועמדו

להכרעה, לא יישמעו ולא יידונו לפני בתי המשפט. שלושה הם סוגי

העניינים שבתי המשפט לא יזקקו להם:

1. cause or matter in connection with the Holy Places;
2. cause or matter in connection with. . . religious buildings or sites;
3. cause or matter in connection with. . . the rights or claims relating to the different religious communities.

לענין העתירה הנדונה אין צורך לעמוד על היקפם המדויק של

כל אחד ואחד מן העניינים אותם ביקש דבר המלך להוציא מתחומי בתי המשפט,

או על היחסים המדויקים בין אותם עניינים, באשר נעלה מספק שהעתירה

הנדונה נופלת בגדרי דבר המלך; אם לא לסוגיה כגון הסוגיה הנדונה

כאן כיוון המחוקק את דברו, למה כיוון את דברו לא ידענו. עשויות

אולי להתעורר סוגיות המצויות בשוליים, אך סוגייתנו-אנו בודאי

נמצאת בלב העניין.

ראוי להעיר שלא מצאנו בחקופת המנדט אף מקרה אחד, בו נזקקו בתי המשפט לסוגיה שיש בה, ולו סמך דמיון, לעניין הנדון כאן. נא לעיין ולהשוות, למשל: ע"ק 2/33, 2 פל"ר 53; ע"א 28/40, 7 פל"ר 242; ע"א 229/45, 13 פל"ר 175.

13. בסאלת פירושו של דבר המלך ונפקותו המשפטית ראוי להצביע על הדברים הבאים:

(א) סימן 2 לדבר המלך קובע ה -

"... no cause or matter in connection etc."

ייטמע או יוכרע

"... by any Court. . . ."

(בכפיפות לאמור בסיפה, לעניין סמכות בתי הדין של העדות).

המונחים "cause" ו-"matter" זכורים לכל, בוודאי, מסימנים 38 ו-43 סיפה לדבר המלך במועצה, 1922. סימן 38 קבע:

"38. Subject to the provisions of this part of this Order and any Ordinance or rules, the civil courts hereinafter described, and any other courts or tribunals constituted by or under any of the provisions of any Ordinance, shall exercise jurisdiction in all matters and over all persons in Palestine".

ואילו סימן 43 סיפה אמר:

"The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice."

(ונא לעיין גם בסימנים 40(1)(א), 40(1)(ב), 47, 51 וכו' לדבה"מ).

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

לימוד דברי החוק הנזכרים והשוואתם זה לזה הלמדנו שהדיבור

"cause or matter" מיועד להכיל ולהקיף כל ענין שהוא העשוי

לבוא בפני בתי המשפט (ונא לעיין אף בדברי כבוד השופט אגרנט,

כתוארו אז, במשפט "דבר": בג"צ 14/51, ה' (2) פד"י 1017, 1047 ואילך,

ובדברי הנשיא זמורה ז"ל במשפט ז' בוטינסקי: ה' (1) פד"י 801, 811

ואילך).

דבר המלך משנת 1922 נתן נושאים מסויימים לסמכות בתי המשפט,

ואילו דבר המלך משנת 1924 ביקש ליסול חלק מאותם נושאים מתחום

הסמכות. אין פלא, איפוא, שהמחוקק עשה שימוש באותם מונחים עצמם בשני

דברי החוק (זאת ועוד; מחוקק דבר המלך משנת 1924 היה זהיר מאד

בלשונו ודיבר גם על "cause" וגם על "matter", אף שאפשר

ויכול היה להסתפק במונח השני).

כוונת מחוקק דבר המלך משנת 1924 גלויה אף מן האקדמה הראשונה

לדבר המלך, בה מוזכר שלפי דבר המלך משנת 1922 ניתנה סמכות לבתהמ"ש

האזרחיים - "in all matters and over all persons".

המשך הרעיון בא באקדמה השנייה, המדברת על "certain matters".

ב. דבר המלך משנת 1924 לא נעשה בחלל הריק, ועוקב הוא את

דברי כתב המנדט (סקירת כתב המנדט ודבה"מ חימצא בסיפרו של פרופ'

בנטוויץ "The Mandates System", 1930, בעמ' 37 ואילך).

סע' 13 ו-14 לכתב המנדט קבעו לאמור:

"13. All responsibility in connection with the Holy Places and religious buildings or sites in Palestine, including that of preserving existing rights and of securing free access to the Holy Places, religious buildings and sites and the free exercise of worship, while ensuring the requirements of public

order and decorum, is assumed by the Mandatory, who shall be responsible solely to the League of Nations in all matters connected herewith, provided that nothing in this article shall prevent the Mandatory from entering into such arrangements as he may deem reasonable with the Administration for the purpose of carrying the provisions of this article into effect; and provided also that nothing in this mandate shall be construed as conferring upon the Mandatory authority to interfere with the fabric or the management of purely Moslem sacred shrines, the immunities of which are guaranteed.

14. A special Commission shall be appointed by the Mandatory to study, define and determine the rights and claims in connection with the Holy Places and the rights and claims relating to the different religious communities in Palestine. The method of nomination, the composition and the functions of this Commission shall be submitted to the Council of the League for its approval, and the Commission shall not be appointed or enter upon its functions without the approval of the Council."

אין צורך לעמוד על גווניס מגווניס שוניס בניסוח כתב המנדט מזה ובניסוח דבר המלך מזה, באשר גלוי לעין הקשר בין השניים, קשר המחבטא באימוץ מילולי כמעט של הוראות כתב המנדט בדבר המלך (בהמשך לאותה סוגיה נא לעיין עוד בסע' 28 לכתב המנדט ובסיפרו הנזכר של בנטוויץ, בעמ' 41-42).

בהמשך הטיעון נדבר עוד בכתב המנדט, ובקשר בינו לבין דבר המלך משנת 1924, אך להסרת כל ספק ייאמר כבר מעתה: כתב המנדט היה

אביו הרוחני של דבר המלך 1924, אך מאז נעשה דבר המלך היה הוא לחי הנושא את עצמו והניזון מעצמו; קיומו של דבר המלך כדבר-חוק מחייב במשפט הפוזיטיבי לא עוד קשור היה לכתב המנדט. ואולם עיקר הדברים הוא זה, שהקשר בין דבר המלך לבין כתב המנדט מבליט בבירור את אופי הבעיה בה מדובר, את ייחודיותו של הנושא, את רגישות הסוגיה, את הרציפות ההיסטורית בשאלת דרכי הטיפול בסוגיית המקומות הקדושים.

ג. המחוקק היה זהיר עד-למאד בקביעת תחום חלותו של הוראות דבר המלך. הנה זה הוצאו עניינים מסויימים מתחומי סמכותם של בתי המשפט, אך הרי מקובלנו שבתי המשפט עצמם הם המפרשים את דבר המלך ואת היקף חלותו; ומה יהיה אם בתי המשפט יפסקו שענין מסויים אינו נכלל בדבר המלך - ומכאן ירשאים הם להיזקק לו - שעה שלא זו היתה "כוונת המחוקק"? עמד וקבע בסימן 3 לדבר המלך, שגם בשאלה המוקדמת - אם ענין מסויים נופל בגדרי דבר המלך, אם לאו - לא בתי המשפט יכריעו אלא הנציב העליון. לא זו בלבד, אלא שמחוקק דבר המלך שמר מפורשות על כוחו לתת הוראות לנציב העליון, ובדרך זו הבטיח לעצמו - ולעצמו בלבד - את תחימת גבולי העניינים, נושא דבר המלך, גם הם. אין צריך לומר שכל הסמכויות כולן הנזכרות בסימן 3 לדבר המלך, מצויות כיום בידי הממשלה.

לרקע הבעייתיות עליה הצבענו, ייקל לפרש ולהבין את הדברים.
כוונת המחוקק הייתה לייחד את הטיפול במקומות הקדושים לרשות המבצעת בלבד; לא עוד - אלא לדרג העליון ביותר בה בלבד, גם לא לנציב העליון שלענין הנדון ניתנו לו סמכויות מזעריות בלבד.

14. לסיכום פירושו והגיונו של דבר המלך ייאמר כך:

מאות בשנים נקבעו ההסדרים שחלו על המקומות הקדושים בדרכים שלטוניות בלבד, להבדיל מהסדרים שיטודם בזכויות הנחונות לאכיפה ע"י בתי-המשפט. משבאה הארץ תחת שילטונה של בריטניה, דאגו מדינות העולם לקבוע שהממשלה הבריטית, היא עצמה - כרשות השלטון העליונה - תהיה אחראית לאשר ייעשה בקשר למקומות הקדושים. כך נעשה דבר המלך בסנת 1924, ובו נקבע שבענייני המקומות הקדושים, להבדיל מעניינים אחרים, לא יטפלו בתי-המשפט. כתב המנדט ודבר המלך לא חידשו, למעשה, דבר בטוגיית הדרך לטיפול במקומות הקדושים, ואין הם אלא חוליה נוספת בשלשלת היסטורית ארוכה ובקיום עקרונות שנתקבלו מאות בשנים.

היסטוריה זו הייתה מוצדקת ומובנת מצד עצמה, בחים לב לסוג
המאסריה בה מדובר: נושא המקומות הקדושים ראוי לו טיפול שילטוני
ראוי למקומות הקדושים. טיפול משפטי - וע"י בית המשפט - מטבע
ברייתו הוא חד, ברור, חורץ, החלטי, חותך, ומטעם זה אינו מתאים
לנושא. רעיון זה מצא את ביטויו אף באקדמה הסניה לדבה"מ משנת 1924,
בה אומר המחוקק כי:

"... whereas it is expedient that certain matters shall not be cognizable by the said Courts."

15. פירוש דבר המלך כך - בשים לב לטיב המאסריה ולהסתלשלות ההיסטורית שקדמה לו - ממלא אותו תוכן רציונאלי וענייני. אין המדובר בדבר חקיקה אוטורי שנטל סמכויות מבתי המשפט על דרך הסתם, מתוך שרירות ליבו של הריבון או מטעמים היפיים לשעתם ולמקומם; אין המדובר בדבר-מחוקק חד-פעמי הקסור בהגורו למיסמך בינלאומי מיוחד - כתב המנדט. בפנינו חוק שניתן לומר עליו כי נלמד הוא מעניינו, ועיקרו במעמד המיוחד שיש לרשות המבצעת - יהא השלטון אשר יהא - כלפי המקומות הקדושים. ניתן לומר שדבר המלך, בעיקרו, אינו אלא אקט דקלרטיבי שיצא מלפני הריבון, לאמור: הסדר שהיה מתקבל בהלכה גם לולא נכתב על ספר החוקים. למומנט זה תהיה נודעת חשיבות ממעלה ראשונה בהמשך הטיעון.

צידו השני של המטבע ברור וגלוי, וגם בו דובר: כאשר התעוררנה שאלות בנוגע לאותם עניינים המשמשים נושא לדבר המלך, הוסדרנה הן ע"י השלטון ובדרכים שלטוניות. הכלים הנתונים לשילטון אחרים הם מהכלים הנתונים לבית המשפט, ובכלים מהסוג הראשון ישתמשו. במלה אחת נאמר, שעיקר הדבריה הוא בהסדר יאלות - דרכי השילטון - ולא בחיתוך סיכסוכים ובהכרעה בהם - כדרך בית המשפט.

16. ואמנם, עיון בהסדרים הנוגעים למקומות הקדושים (קסט, עמ' 12 ואילך) מעלה מערכת כה מורכבת, כה מסובכת, כה מבוזנת וכה מיוחדת במינה, שאין להעלות על הדעת - על פי המקובלות עלינו - שבתי-המשפט יעסקו בה וינסו לאכוף אותה. לא זו בלבד שיש ועסויים להתגלע חילוקי דיעות (אמיתיים או מדומים) באשר לשאלת ההסדרים הראויים או ההסדרים שנתקבלו, אלא שהמנגנונים המיוחדים הפועלים אינם מתאימים, מעצם טיבם, להפעלתם ע"י בחהמ"ס (כל זאת, לבד משאלת האימפליקציות האחרות, בהן דובר לעיל).

17. ניתן לשעון שהעתירה הנדונה היא "פשוטה" - זכות התפילה -

וכי אין ולא כלום בינה לבין כל אותם הסדרים מסובכים ומורכבים עליהם מדבר קסט; אלא ששענה זו פסטיית ואינה נכונה.

ראשית, אין לדבר בזכות תפילה על דרך הסתם אלא בהסדר זכות תפילה; הסדר - קרי, כתיב ועשה - הסדר ולא הכרעה, וממילא אין לחתוך בו ע"י צו שיינתן ע"י בתהמ"ט (על דרך הגזירה השווה ניתן להזכיר את דברי כב' הנשיא בבג"צ בן דב, שס, בעמ' 445-446, ואת דברי כב' מ"מ הנשיא, בעמ' 447 לפסה"ד).

שנית, משהוצאו עניינים מסויימים מתחום שיפוטם של בתי המשפט,

שוב חייב העניין קובע - בין עפ"י דוקטרינת הספיטות ובין עפ"י פירוסו הנכון של דבר המלך - והשאלה אם במקרה מסויים ההכרעה "פשוטה", ולו לכאורה, אינה עוד לעניין.

חליטית, אם יכריע בית-המשפט בשאלה, שוב לא יהיה מקום

להבחין בין עניינים-אנו לבין שאר ההסדרים, אולם קשה להניח שבתי המשפט - ובהכרח: בתי המשפט לערכאותיהם השונות - יפסקו, אמנם, בשאלת זכותה של עדה נוצרית פלונית להתפלל ביום מסויים, בסעות מסויימות ובמקום מסויים שבכנסייה פלונית; בשאלת זכות הסרת האבק מדלת הקבועה בשער מסויים; בשאלת צביעה של קיר - או חלק של קיר - במקום פלוני; בשאלת תיקונים של מערכת מסויימת, בכלל או במועד מסויים דווקא; ומהתם להכא. אכן, עולם מיוחד הוא זה, ואין הוא עולמנו-אנו, עולם המשפטנים. אין המדובר באיזה אינטרס שלא התגבש עדיין להיותו זכות משפטית, גם שאפשר ויבשל בהלכה, עם חלוף השנים, וייעשה בר-אכיפה ע"י בתהמ"ט (בג"צ 29/62 כהן נ. שר הבטחון, ט"ז (2) פד"י 1023, 1027); ענייננו במיכלול נורמות שאינן מתאים, מעיקרו, למערכת בתי המשפט, וגם אם הגורמים הפועלים בזמננו ובמקומנו שונים במובנים מסויימים מהגורמים שפעלו בעבר, טיב המאסריה לא השתנה.

18. טענתנו היא, איפוא, שבהסתמך על הוראות דבר המלך משנת 1924 יבטל בית המשפט את הצו על-תנאי.

נחזור על טעמנו לעיל: פירושו של ביטול הצו על-תנאי אינו אלא זה, שביהמ"ס מכיר בכך כי המדובר בענין שהמחוקק הוציא ממסגרת ההכרעות השיפוטיות, ובנוסף לכך - או לחלופין: המדובר במאטריה שמעצם טיבה ראוי לה שהממשלה תטפל בה, ובאמצעות הכלים הגמישים העומדים לרשותה.

19. אין ספק שדבר המלך עמד בחוקו עם קום המדינה, הואיל ולא בוטל (העותרים גם אינם טוענים אחרת), אך עשויה להתעורר שאלה אם עומד הוא כיום בחוק. שלושה מכסולים עשויים לעמוד בדרך, ואלה הם:

א. הסינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה;

ב. חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957;

ג. חוק הסמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967.

נעמוד על השאלות אחת לאחת, ובצד הדיון על נפקותו של דבר המלך כיום, נשאל את עצמנו אם אותם שלושה גורמים שמנינו לעיל, עשויים לגרום מחוקקה של אי-שפיטות הסוגיה - כמניעה עצמאית לדיון בבית-המשפט, לבד מדבר המלך.

20. הלכה פטוקה ומקובלת היא, שהדיבור "... ובסינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" שבסעי' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, עניינו בסינויים טכניים גרידא, וכי לא נתכוון המחוקק לסינויים מהותיים במשפט, ובהם ביטול חוקים. כך פסק כב' הנשיא זמורה ז"ל בבג"צ 5/48 ליון נ. גוברניק (א' פד"י 58, 69-70), ובעקבותיו הלך בית המשפט העליון מאז ועד היום הזה (נא לעיין, למשל, באסמכתאות שמביא ד"ר א. רובינשטיין בספרו "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל", תשכ"ט, בעמ' 29 ואילך). המסקנה העולה מכאן היא, איפוא, שדבר המלך משנת 1924, כוחו עמו גם לאחר קום המדינה.

1. The first part of the report deals with the general situation of the country and the progress of the work during the year. It is divided into two main sections: the first section deals with the general situation of the country and the progress of the work during the year, and the second section deals with the specific work done during the year.

2. The second part of the report deals with the specific work done during the year. It is divided into three main sections: the first section deals with the work done in the field, the second section deals with the work done in the laboratory, and the third section deals with the work done in the office.

3. The third part of the report deals with the results of the work done during the year. It is divided into three main sections: the first section deals with the results of the field work, the second section deals with the results of the laboratory work, and the third section deals with the results of the office work.

4. The fourth part of the report deals with the conclusions drawn from the work done during the year. It is divided into three main sections: the first section deals with the conclusions drawn from the field work, the second section deals with the conclusions drawn from the laboratory work, and the third section deals with the conclusions drawn from the office work.

5. The fifth part of the report deals with the recommendations made for the future work. It is divided into three main sections: the first section deals with the recommendations made for the field work, the second section deals with the recommendations made for the laboratory work, and the third section deals with the recommendations made for the office work.

21. יסען הסוען שכך נפסקה הלכה בתיאוריה, אך למעשה הכירו בתהמ"ס בשינויים מהותיים שנחוללו במשפט עם קום המדינה. כך, למשל, יצביע הוא על ההלכה הידועה שנפסקה במשפט שטמפר (ע"פ 174/54, י" (1) פד"י 5, 15), ואשר תסתיתה היא ריבונות ישראל, וכן על סידרת ההלכות המגוונת שקבעה את ניתוק הזיקה למשפט האנגלי (למשל: ע"א 81/55 כוכבי נ. בקר, י"א (1) פד"י 225, 238).

ויאמר הסוען: דבר המלך מסנת 1924 מכוון להוצאת עניינים מסויימים מתחום סמכויותיהם של בתהמ"ס, ומעשה וכוונה אלה אינם עולים בקנה אחד עם אוטיות המסטר הדימוקרטי בישראל. מסקנה – עם קום המדינה בטל ואבד דבר המלך מן העולם.

22. טענה זו אינה טענה, וחשובותיה בצידה.

ראשית דבר: בתחילת טיעוננו עמדנו באריכות על סוגיית הספיטות בכלל ועל רוחו וליבו של דבר המלך משנת 1924. הגיון הדברים חייב ללמד אותנו שאין כל סתירה בין רוח הדימוקרטיה לבין הקביעה, במערכת המשפט, שעניינים מסויימים בחיים הציבוריים מן הראוי להם שיוסדרו על-ידי הרשות השילטונית ולא על-ידי הרשות השופטת. דבר המלך, כפי שראינו, אינו ביטוי לדבר חקיקה קולוניאלי – במובן הסלילי של המונח – המצמצם את ריבונות המדינה ומקצץ בסמכויות הרשות השופטת. קביעה מדבר המלך על תילו עומד אין בה אלא כדי להבטיח המטח המצב הקודם, לפיו נשמרה לרשות המבצעת שליטה מלאה על הנושא הרגיש של המקומות הקדושים. כך ראוי וכך רצוי – כאז כן עתה – ובלשון דבר המלך – "expedient". אדרבא; הפקדת ענייני המקומות הקדושים בידי הרשות המבצעת, הממשלה, דווקא היא מדגישה בצורה המירבית את ריבונות מדינת ישראל, ורק כך יכול שיובטח טיפול בסוגיה עדינה זו ע"י כלי השילטון הגמישים. נשווה נגד עינינו את האנלוגיה מיחסי החוץ של המדינה והפרטה תתיצב ותחבהר.

The first thing I noticed when I stepped
out of the car was the cold air. It was a
sharp contrast to the warm blanket of the car.
I shivered slightly, but then I remembered
that this was just the beginning. The real
test would come when I stepped out of the car.

I took a deep breath and stepped out. The
cold air hit me like a wall. I closed my
eyes for a moment, trying to block out the
cold. When I opened my eyes, I saw a
familiar face. It was the same person I
had seen in the car.

I looked at him for a moment, then I
looked away. I didn't want to see him.
I didn't want to see the person who had
been with me in the car. I didn't want
to see the person who had been with me
in the car. I didn't want to see the
person who had been with me in the car.

I took a deep breath and stepped out. The
cold air hit me like a wall. I closed my
eyes for a moment, trying to block out the
cold. When I opened my eyes, I saw a
familiar face. It was the same person I
had seen in the car. I looked at him for
a moment, then I looked away. I didn't
want to see him. I didn't want to see
the person who had been with me in the car.

שניה, בכל הפסיקה העניפה לא מצאנו שבתי-המשפט קבעו כי פקודה - ולא-כל-שכן דבר המלך - נתבטלו מאליהם עם קום המדינה. עם כל ההצהרות הפרוגרמטיות שנעשו בהלכה - והמסקנות המעטיות שהסיקו בתי המשפט מאותן הצהרות - לא הרחיקו בתי המשפט לכת כדי הקביעה שבדבר-חוק חרות נתבטל עם קום המדינה. ההלכה אינה, איפוא, רק הלכה אלא גם מעשה. ואמנם, לא זו בלבד שבתי המשפט לא הצהירו על היבטלות דבר חקיקה מנדטורי מהדרגה הגבוהה (דבר מלך, פקודה) כמסקנה המתחייבת מקום המדינה, אלא שעשו הם רבות שלא להביא לתוצאה זו. כך היה כאשר נטען שתקנות ההגנה נמחקו מאליהן מעל ספר החוקים (למשל: בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ. שר הבטחון, ב' פד"י 5, 12; בג"צ 39/64 אל-ארד נ. הממונה על מחוז הצפון, י"ח (2) פד"י 340, 342), וכך דחה בית המשפט את הטענה שסעיף 42 לפקודה הפרטנות אינו עוד בין החיים.

במשפט קליר נ. היועץ המשפטי (ע"א 152/52, ח(1) פד"י 338)

אמר בית-המשפט העליון (בעמ' 340 לפסק הדין):

"כאן יש לדון בטענתו השניה של מר אברמובסקי, והיא, כי לאור הכתוב בסיפא של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אין מקום היום להתחלתה של ההוראה המצויה בסעיף 42 לפקודת הפרטנות, הואיל וישראל היא מדינה דמוקרטית, ואילו אותה הוראה מבוססת על עקרון שמקורו בפררוגטיבה של המלך האנגלי. אנו דוחים טענה זו, ובנדון זה אין לנו אלא לחזור על התשובה שהשיב לטענה זו כב' השופט ב. כהן, אחד השופטים שישב בדין בבית-המשפט המחוזי, וכך אמר:-

"אין ספק שמבחינה היסטורית נובע סעיף 45 (היום ס' 42 של הנוסח החדש) מן הפררוגטיבה של המלך, ולו היו מבקשים להסתמך על עקרון הפררוגטיבה, הייתה מסכים עם חברי: משנעלם המלך נעלמה הפררוגטיבה עמו. אולם היום יש לנו חוק חרות והחוק מפורש. מה שמשתמע מדברי חברי השופט לס הוא: שקביעה כקביעת סעיף 45 אינה מתיישבת עם דמוקרטיה. בכל הכבוד מוכרח אני לחלוק על השקפה זו. לכל אחד מאתנו השקפות מסלו על דמוקרטיה, אולם הכנסת היא מקובעת את התוכן המדויק של הדמוקרטיה הישראלית, וכל עוד שהכנסת סובלת את הסעיף 45 בספר החוקים, חייב אני כשופט להוציא את המסקנות מקיומו, אף שמסקנות אלו אינן נראות לי כאדם פרטי."

לשון דומה נקט כב' הנשיא זמורה ז"ל במשפט זיו הנזכר (א' פד"י, בעמ' 70). דברים אלה יפים היו לעניינם, ומהתם להכא.

23. הטענה הבאה נגד החיזה המועלית כאן היא זו, שדבר המלך נתבטל מכללא על-ידי חוק בתי המשפט, חסי"ז-1957. מהלך הטענה עשוי שיהיה כך: סע' 7(א) לחוק בתי המשפט קובע את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, ולא מצינו בו הגבלת סמכות כזו האמורה בדבר המלך, 1924. מכאן שדבר המלך נתבטל מכללא על-ידי חוק בתי המשפט. ואם לא די בכך - זה המסך הטענה - הנה כי כן קבע המחוקק בסע' 49(2) לחוק בתי המשפט:

"חוק זה אינו גורע מכל חוק אחר -

(1)

(2) המוציא עניינים מסויימים מסמכותם של בתי המשפט שחוק זה דן בהם, או מוסר לסמכותם עניינים נוספים;".

פירוש הדיבור "חוק", הוא (סע' 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)): "דבר חקיקה של הכנסת ולרבות כל פקודה". הדיבור "חוק" בסע' 49 אינו כולל, איפוא, דבר מלך, ומכאן ראיה שלאחרי חוק בתי המשפט נעלמה מכללא המיגבלה שהוצבה על סמכות בתי המשפט בדבר המלך, 1924, וזאת מכוח המשקל המצטבר של הוראות סע' 7(א) וסע' 49(2) לחוק בתי המשפט. טענה זו אינה טענה ובסמוך יבואו הנימוקים לכך.

24. ראשית, כל הטענה כולה סומכת על ביטול מכללא, להבדילו מביטול מפורש, והלכה היא שבית המשפט לא יפרש דבר חקיקה כנסוג מכללא מפניו של דבר חקיקה מאוחר, אלא אם אין כל אפשרות שסני דברי החוק יעלו בקנה אחד. לענין זה מוסבת תשומת ליבו של בית המשפט הנכבד למובאות ולאסמכתאות בסיפרו של כב' השופט צ.ע. בקר, "ניסוח ופרשנות", 1969, בעמ' 120 ואילך, וכן לדברי קרייס על פרשנות, מהד' 6, עמ' 365, ולמקסוול, מהד' 12, עמ' 191 ואילך. הדברים

... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..

... ..

... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..

... ..

... ..

ידועים ואין להאריך. אם כך דרך כלל, לא-כל-סכן מקום שהמדובר - וכך בענייננו - בחוק העוסק בנושא זה מורכב, מסובך ועדין, וביחוד בשים לב להיסטוריה של החוק ולמעמדו המיוחד במערכת המשפט. אין לקבל סכך, מכללא ובהיסת הדעה, "התכוון" המחוקק להכניס שינויים במערכת המשפט ולסנות מדעתו באשר לדרכי הטיפול הנאותות במאסריה: מבלי שנתן כלל דעתו על הנושא לגופו ועל ההשלכות הרבות והעצומות שעשויות לנבוע מהביטול מכללא, השלכות שהן מעל ומעבר לנושא החוק המבטל מכללא. "כוונת המחוקק", קרי: פירוש ראוי ונאות שיתן בית המשפט לכוונה "מכללא".

25. שנית, בצד העקרונות הכלליים החלים על ביטול מכללא, יחולו גם עקרונות הפרטנות לענין היחס בין חוק כללי לבין חוק מיוחד (למסל: ע"א 421/61 המדינה נ. האז, ס"ו (3) פד"י 2193 וע"פ 402/63 רונן נ. היועץ המשפטי, י"ח (3) פד"י 172, 182, 187; ע"פ 69/63 היועץ המשפטי נ. וייגל, י"ז (2) פד"י 712 ו-ד"נ 5/63 היועץ המשפטי נגד וייגל, י"ז (4) פד"י 2358; מקסוול, שם, עמ' 196 ואילך; קרייס, שם, עמ' 376 ואילך). החוק הכללי בענייננו - אין צריך לומר - הוא חוק בתי המשפט, ואילו החוק המיוחד - דבר המלך במועצה: הראשון דן בסמכויות בכלל ואילו האחרון בסמכויות שעניינן במאסריה יחידה ומיוחדת. ואמנם, כשסדבר המלך מסנת 1924 יכול היה להתקיים, ואכן התקיים, בצידו של דבר המלך מסנת 1922, על סימן 43 שבו, כך יתקיימו זה בצד זה חוק בתהמ"ט ודבר המלך מסנת 1924.

26. שלישית, בית המשפט העליון פסק לא אחת (נא לעיין, למסל, בבג"צ 10/59 ויקי לוי נ. ביה"ד הרבני האזורי, י"ג (2) פד"י 1182, 1193, ובבג"צ 79/63, טרודלר נ. פקידי הבחירות, י"ז (4) פד"י 2503, 2513), שסע' 7 לחוק בתי המשפט לא נתכוון לסנות מסמכויות הבג"צ כפי שבאו לידי ביטוי בסימן 43 לדבר המלך מסנת 1922 ובסע' 7 לפקודת

• The first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

• The first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

• The first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

• The first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the

בתי המשפט. סמכויות - לענייננו - מיגבלות על הסמכויות בכלל.
סענה זו מתקשרת ליחסי השפעות הראשונות שהעלינו, ומשתלבת בהן.

27. רביעית, העובדה שהמחוקק לא נחכוון לפגוע בדבר המלך נלמדת
מכך שבדבר המלך נזכר - ולא אחת - בדברי חקיקה של הכנסת כדבר-חוק
סריר וקיים, וזאת לאחר היות חוק בתי המשפט. כך, למשל, בטע' 22
לחוק הניקוז וההגנה מפני טפונות, תשי"ח-1958 (סה"ח, תשי"ח,
עמ' 4), בטע' 4 לחוק גנים לאומיים ושמורות טבע, תשכ"ג-1963
(סה"ח, תשכ"ג, עמ' 149) ובטע' 51 לחוק בינוי ופינוי של אזורי
טיקום, תשכ"ה-1965 (סה"ח, תשכ"ה, עמ' 279).

סע' 22(א) לחוק הניקוז וכו' קובע לאמור:

22 (א) היה ביצועה של חוכנית פוגע במקום קדוש קדושים והיסטוריים כמשמעותו בדבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים), 1924, לא יאשר אותה שר החקלאות אלא בהסכמת שר הדתות."	"מקומות קדושים והיסטוריים
---	--

סע' 4(1) לחוק גנים לאומיים וכו' אומר:

4. לא יכריז שר הפנים על שטח כגן לאומי אלא אחרי שנתקיימו אלה בתנאי המפורט בצידו: (1) מקום קדוש כמשמעותו בדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924 - אחרי שהובטח מילוי דרישותיו של שר הדתות להגנת המקום מפני פגיעה בו; . . ."	"תנאים מוקדמים לגבי שטחים מסויימים
---	---

THE SECRETARY OF THE ARMY
WASHINGTON, D. C.

TO THE SECRETARY OF THE ARMY
FROM THE SECRETARY OF THE ARMY
SUBJECT: [Illegible]

RE: [Illegible]

1. [Illegible]
2. [Illegible]
3. [Illegible]

4. [Illegible]
5. [Illegible]

6. [Illegible]
7. [Illegible]

8. [Illegible]
9. [Illegible]

סע' 51(א) לחוק בינוי ופינוי וכו' קובע:

"סייג
להריסת
אחרים
היסטוריים

51. (א) לא יפונה ולא ייהרס תוך ביצוע הבינוי
והפינוי מקום קדוש כמשמעותו בדבר המלך
במועצה על א"י (המקומות הקדושים) 1924,
אלא באיסור שר הדתות... .".

נכון הדבר, שדבר המלך אינו נזכר בחוקים הנ"ל אלא ככלי עזר
ולא כבן-פועל ותוקף אופרטיביים יחידים, אך לא מצינו בחקיקה טכניקה
מעין זו, שמחוקק יראה להיזקק כך, ולו על דרך האזכור, לדבר חקיקה
שבטל ועבר מן העולם. המסקנה היא, איפוא, שהמחוקק העליון במדינה
ראה את דבר המלך משנת 1924 כדבר חקיקה סרירי, קיים ומחייב גם לאחר
שנעשה חוק בתי המשפט. איזכור דבר המלך הוא בחינת הצהרה מפי המחוקק
על קיומו של דבר המלך, ושקול כנגד "פירוש אוטנטי" שאכן בין החיים
הוא (ונא להשוות: ע"פ 81/56 אסריג נ. היועץ המשפטי, י' (2) פד"י
945, 946(ה)).

28. לחיזוק ולביסוס הטענות נביא מספר טעמים וסימנים:

(א) סעיפי החוקים שהבאנו לעיל תולים ביצוע פעולות
מסוימות בהסכמתו של שר הדתות, לאמור: המחוקק ראה את שאלת
המקומות הקדושים כבאה בתחומי פעילותו של שר הדתות. קביעות אלו
מתקשרות להחלטה הממשלה משנת 1952, לפיה הועברו לשר הדתות סמכויות
הנציב העליון האמורות בדבר המלך משנת 1924 (ילקוט הפרסומים לסנת
חסי"ב, עמ' 715). דבר המלך על תילו עומד, נושא הסמכויות הוא
שר הדתות, ומכאן הפניית העניינים הנזכרים לשיקולו ולהכרעתו של
שר הדתות.

1. The first part of the report

describes the general situation of the country

and the results of the survey. It also contains a list of the names of the persons who took part in the survey.

The second part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The third part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The fourth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The fifth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The sixth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The seventh part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The eighth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The ninth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

The tenth part of the report describes the results of the survey in detail. It contains a list of the names of the persons who took part in the survey, and a list of the names of the places where the survey was conducted.

(ב) בכל אחד מסעיפי החוק עליהם הצבענו, בא בצד הסייג שנוטאו הם המקומות הקדושים, גם סייג לענין אתר הסטורי "כמסמעותו בפקודת העתיקות", וכאן חולים החוקים ביצוע פעולות מסויימות בהסכמתו של שר החינוך והתרבות (סע' 22(ב) לחוק הניקוז וכו'; סע' 4(2) לחוק גנים לאומיים וכו'; סע' 51(ב) לחוק בינוי ופינוי וכו'). פקודה העתיקות קיימת לכל הדעות, הממונה על ביצועה הוא שר החינוך והתרבות (ילקוט הפרסומים לשנת תש"ס, עמ' 576), ומהאחרונות לראשון.

(ג) קביעות המחוקק בחוקים שהבאנו משלימה ומחזקת את הרעיון המונח ביסוד דבר המלך משנת 1924. דבר המלך מבקש להפקיד עניינים מסויימים בידי הרשות המבצעת - על הטעמים לכך עמדנו בהרחבה - ומאותם טעמים עצמם ביקש המחוקק להבטיח שהכרעה באשר לפעולות שתבוצענה במקומות הקדושים גם על-ידי הרשות המבצעת, תיעשה על-ידי רשות השלטון העליונה במדינה, קרי: הממשלה על-ידי שר הדתות. על-ידי קביעותיו הראה המחוקק בעליל שתחום הגרביטציה של סוגיית המקומות הקדושים הוא בפעילות רשויות השלטון, השלטון הגבוה דווקא, אשר בידיו נמצאים גם כלי-עזר האופייניים לו כשלטון.

29. טעם חמישי לטיעון מדבר המלך לא נפגע על-ידי חוק בתי המשפט: בחוק בתי המשפט לא נעלמו דברי המלך מעיני המחוקק, ובסע' 48(8) בו ביטל מפורשות מיספר הוראות מדבר המלך 1922-1947. דבר המלך המיוחד משנת 1924 לא נזכר בחוק בתי המשפט, ולא ראוי יהיה לומר מדבר מלך זה נתבטל מכללא, כביכול, בצד הוראות אחרות מדברי מלך שהמחוקק ראה לבטלן במפורש. אם ביטול מפורש - כיצד ביטול מכללא (ולהיפך)? לא זו בלבד, אלא שהאמור מלמד כי המחוקק לא ראה סתירה בין הוראות חוק בתי המשפט לבין הוראות דבר המלך משנת 1924.

30. ששית: לענין הסענה שהוראת סע' 49(2) לחוק בתי המשפט עוסקת ב"חוק" בלבד (סע' 23 לעיל) - יש להשיב זאת:

(א) בהתאם לסע' 9(א) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש):
"מלים וניבים שהוגדרו בחיקוק, ובפקודה זו בכלל,
משמעותם כהגדרתם כל עוד אין בגוף הענין, או בהקשר,
דבר הסותר אותה משמעות או שאינו מתיישב עמה. . .".

מכאן שהכל תלוי בהקשר הדברים. והנה, אם נייחס לדיבור "חוק" את משמעותו המצומצמת, כנמען, תחבול תוצאה זרה ומוזרה שחוק בתי המשפט ביקש לשמור על מיגבלות שהוצבו לסמכויות בתי המשפט בפקודות דווקא, אך לא על מיגבלות שנקבעו בדבר מלך; היאך כיצד, והרי ידוע לכל שפקודות נחותות מדבר מלך ומחוקק הפקודות היה בחינת עושה דבר של עושה דבר המלך? לשון אחר: אין לקבל פירוש לפיו התכוון מחוקקנו לסמור על כל דבר-חוק סערה הנציב העליון ואשר הוציא "עניינים מסויימים מטמכותם של בתי המשפט שחוק זה דן בהם. . .", ובעת ובעונה אחת לא סמר על תוקפה של חקיקה בדרגה נעלה יותר - אותה עשה "המלך במועצה" - והכל כלאחר יד ובהיסח הדעת, כביכול. מסקנה: פירוש הדיבור "חוק" לענייננו - גם דבר המלך במשמע.

(ב) אכן, נמצא בהלכה שבתי המשפט פירשו את הדיבור "חוק" כמשמעותו הצרה דווקא (ע"א 331/63 עירית נהריה נ. רוזנפלד, י"ז (4) פד"י 2984, 2988(ו); על"ע 1/64 מרגלית נ. היועץ המשפטי, י"ח(2) פד"י 601, 604(ב)), אך באותם המקרים המדובר היה כלפי מטה ולא כלפי מעלה, קרי: נקבע ש"חוק" אינו כולל תקנה ולא נקבע ש"חוק" אינו כולל דבר מלך. העניינים מובחנים, איפוא, זה מזה, והסעם לדבר ברור.

(ג) ניתן לתעון שהוראות סע' 49(2) אינן מתפרשות כלל, מעיקרן, על המאסריה בה עוסק דבר המלך משנת 1924, וממילא לא היה מקום או צורך להזכירו או לדבר בו. סע' 49(2) מדבר, כזכור, ב"חוק... המוציא עניינים מסויימים מסמכותם של בתי המשפט שחוק זה דן בהם", והדגש הוא על "בתי המשפט שחוק זה דן בהם". לשון אחר: המדובר בבתי משפט מסויימים להבדילם מבתי משפט אחרים, מבתי דין אחרים, מטריבונלים משפטיים או מעין-משפטיים למיניהם, וכיו"ב. עניינו של המחוקק הוא, איפוא, בחלוקת סמכויות ותפקידים בין גופים שונים מעולם המשפט, ומגביל הוא עצמו לעיסוק בתחום זה. לשיטה זו, הנפקות המצטברת של סמכויות בתי המשפט (כפי שנקבעו בסע' 6 ואילך לחוק בתי המשפט) ושל הוראות סע' 49(2), היא זאת: בהתאם לקביעות הכלליות שנעשו בתחילת החוק, הוצבו גבולי סמכויותיהם של בתי המשפט "הכלליים", לאמור: ניתנו סמכויות ונקבעו גבוליהן. בא סע' 49(2) ושמר מפורשות על קביעות מסויימות שנעשו בחוקים, ואשר לולא שמירת תוקף מפורשת זו, אפשר שהיו רואים אותן כבחלות מכללא על-ידי הקביעות הכלליות של החוק. ואולם כל המערכת הזו לא נוצרה אלא בתחום השיפוט, ואין ולא כלום בינה לבין מאסריה שהוצאה מלכתחילה, מעיקרה, מהתחום השיפוטי, והופקדה בידי רשויות הטילטון. כשם שלא יעלה על הדעת לומר - ואכן לא נאמר - סע' 7(א) לחוק בתהמ"ס העביר מן העולם את דוקטרינת השפיטות, כך בעניינו.

31. עד כאן - לענין היחס בין דבר המלך 1924 לבין חוק בתי המשפט. אם כך ואם אחרת, לא יסען איש, כאמור, שדוקטרינת השפיטות נעלמה עוד ואיננה, ומכוח דוקטרינה זו - כפי שנסען בתחילת הדברים - לא ייזקק בית המשפט לעתירה.

32. נשאלת השאלה בדבר היחס בין חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967, מזה, לבין דבר המלך 1924 ודוקטרינת השפיטות מזה. בנושאים אלה נדון עתה.

33. לטענת הפרקליטות, נשאר דבר המלך משנת 1924 בתוקפו גם לאחר היות חוק השמירה, וטעם הדבר הוא שאין בחוק השמירה דבר הסותר את דבר המלך (ולהיפך). לענין זה ראוי להצביע על כמה וכמה גורמים.

ראשית: הנחת היסוד היא, שדבר המלך נחקקים ונשתמר עד לחוק השמירה, ומוסכם שחוק השמירה לא ביטלו מפורסחה. פירוש טענת העותרים הוא, איפוא, שחוק השמירה ביטל מכללא את דבר המלך. אם כך פני הדברים, שוב דומה ש"כוונת" הביטול מכללא נסתרת מיניה-וביה ע"י קביעתו המפורשת של המחוקק, בסעיף 3 לחוק השמירה, ש"חוק זה בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו". ניתן לבנו שכאן (להבדיל מאשר בחוק בתי המשפט - סעיף 23 ו-30 לעיל), היה המחוקק זהיר בניסוחו, וב"דין" דיבר, לאמור, הכניס אף דבר מלך בכלל (כהגדרת "דין" בסעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)). פירוש הדיבור "בא להוסיף. . . ולא לגרוע..." אינה אלא זו, שקביעות החוק לא נתכוונו לבטל מכללא דין שקדם לחוק השמירה, ודבר המלך 1924 בכלל. מכאן שדבר המלך על תילו עומד - בחומו - בצד חוק השמירה.

34. שנית, ואם אין די בנאמר, נזכור את כללי הפרשנות החלים על ביטול מכללא, ונראה שאותם טעמים עצמם שהבאנו באשר ליחס בין חוק בתי המשפט לבין דבר המלך (סעיף 24 ו-25 לעיל) יחולו גם על ענייננו כאן (אם גם בשינויי חוק מסויימים, מעלה ומטה).

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

35. עמדנו בהרחבה על ההיסטוריה של המקומות הקדושים וראינו את ה"מורכבות" של הבעיה. עוד ביקשנו להוכיח שלא מקרה עיוור היה זה שכל המערכת הנורמטיבית הקשורה למקומות הקדושים, על גווניה וגווני-גווניה הדקים והעדינים, היתה נתונה מאז ומתמיד לטיפול של הרשות המבצעת. הנושא הוא נושא לעיסוקה של רשות מבצעת, וכלי הפעולה של הרשות המבצעת נועדו והותאמו לה. האמנם נקבל שחוק השמירה נתכוון, כך, מכללא, באורח חותך ופססני ובסעיף-חוק מצומצם וקצר מלים, לעטות תפנית כה חדה ולהעביר את מיכלול הבעיות הקשורות למקומות הקדושים והנובעות מהם, להכרעה ולהסדרה חד-וחלק ע"י בתי-המשפט? האמנם נפרס את דברי המחוקק כמו נתכוון להשמיט מידי הרשות המבצעת את הסליטה - באמצעות כלי המימשל היעילים והמתואמים לנושא - על מערכת הבעיות וההסדרים שנערמו עוד ועוד מסך הדורות, על כל הרגישות שבהם ועל כל השלכותיהם המרחיקות-לכת מעל ומעבר לתחומי הדת? איפכא מסתברא; אם בגילגולי ההיסטוריה עד היום נמצא שהרשות המבצעת היתה הרשות המתאימה לעסוק בענייני המקומות הקדושים, חסיבות כפולה ומכופלת שכך יהיה בימינו אלה, ואין להניח שהמחוקק נתכוון להשמיט מידיה מכשיר כה חשוב וכה חזק, שעל ידו ובאמצעותו תמצא ריבונותנו על המקומות הקדושים את הביסוס העז ביותר.

כמובן שהבעייתיות חריפה במיוחד - וכך בענייננו - שעה שהמדובר במקום המקודש על דתות שונות (או על בני עדות שונות באותה דת). פירוש הדבר הוא, שיש לעשות הסדר, שילוב, איזון, ואלה הן עשיות של הרשות המבצעת דווקא. הרשות המבצעת, על-פי עצם טיבה ומהותה, עשויה שלא להכריע בנושא הנופל בתחום שיפולה אגב נתינת הדעת לענין הספציפי שבפניה בלבד, אלא בהתחשבה במיכלול היחסים הרחב והמגוון, מיכלול שהענין הנדון אינו אלא אחד מביסוייו.

36. חוק השמירה הוא בחינת קביעת נורמה למימשל ולפרס. כך מהווה הוא המשך ישיר להכרזה על הקמת מדינת ישראל, בה התחייבה המדינה כי "תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות". נזכור,

שלא חוק השמירה קובע מקום קדוש - מהו, או למי קדוש מקום מסויים.
קביעות אלו תיעשנה לבר חוק השמירה.

לאחר כל שעבר עלינו, אותו עם מפורד ומפורד בין העמים בכל

המדינות, וביודענו את זכויותינו, ההיה מעלה מי בדעתו שכאן -
במדינת ישראל - יש צורך בחוק מפורש שיתן זכויות ליהודים על
המקומות הקדושים להם? זכויות היהודים על המקומות הקדושים לנו,
כאן ועתה, ניוונות ממקורות עמוקים ועתיקים, וחוק השמירה אינו
אלא הצהרה על זכויות הקיימות ממילא, זכויות טבעיות והיסטוריות
שאינן עליהן עורר.

לולא נחקבל חוק השמירה, לא היה עורר, איפוא, על זכותנו
למקומות הקדושים לנו, אך האט משתמע מכאן בהכרח שזכות זו היתה
לובשת מחלצות של זכות משפטית מן-המניין, כזכותו של נושא כלפי
חייב? האמנם כזו כן זו? וכשם שלולא החוק יכולה היתה זכות
היהודים להחזיקים, ובצידה של אותה זכות - ההלכה שלא בתי המשפט
יספלו בה, כן לאחר היות החוק.

אין בנאמר כדי לגרוע כהוא-זה מזכות כלשהי של היהודים -
והעותרים בכללם - למקומות הקדושים לנו, והכרה בתוקפו של דבר
המלך משנת 1924 - בצידו של חוק השמירה - אין בה כדי לשנות מחוק
השמירה, או לצמצמו. השאלה האחת היא: מי יהיה הגורם שיסדיר (וגנוז
בשאלה - כיצד יסדיר ומתי יסדיר). בנושא זה קובע דבר המלך ולא
חוק השמירה; דבר המלך - ולא חוק השמירה - עוסק בשאלת הגוף שידון
בנושא המקומות הקדושים. ראוי להוסיף, שגם אלמלא דבר המלך היה
העניין מצוי בחחום סיפולה של הרשות המבצעת, הממשלה, כעולה מסע' 29
לחוק יסוד: הממשלה (ספר החוקים, תשכ"ח, עמ' 226: "הממשלה מוסמכת
לעשות בשם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה טענייתה אינה מוטלת
בדין על רשות אחרת"). גם הוראת חוק זו, מצידה, לא באה אלא להצהיר
על מצב קיים (למשל: בג"צ 282/61, אל סרוג"י נ. שר הדתות,
י"ז (1) פד"י, 188, 191).

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
500 FIFTH AVENUE
NEW YORK, N. Y.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
500 FIFTH AVENUE
NEW YORK, N. Y.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
500 FIFTH AVENUE
NEW YORK, N. Y.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
500 FIFTH AVENUE
NEW YORK, N. Y.

37. חוק השמירה קובע, איפוא, נורמות לגבי המקומות הקדושים אך אינו מצביע על הגוף שיחיל אותן נורמות. בשאלה זו – שאלת זהותו של הגוף המסדיר – קובע דבר המלך. שני דברי החוק עוסקים, כל אחד בתחומו, בעניינים שונים, זה במהות זה ב"מיהות". טוענים העותרים שפירוש זה כי יינתן לחוק השמירה, יעשה את כוונת המחוקק פלסטר.

הדבר אינו כך, ואל ייקל בעינינו נושא השמירה מפני חילול וכו'. עצם שמירה זו – החיוב שנחלה המדינה על עצמה קבל עם, עולם, דת ועדה – מעשה גדול הוא. מאות בשנים היו המקומות הקדושים נושא להסדרים בידי זרים, כאשר הזכויות ההיסטוריות והלאומיות של היהודים לא שימשו גורם בהם. גם עצם הגישה לכותל המערבי נמנעה מאתנו או הוגבלה והוצרה בסרירות לב. באה ישראל והכריזה בפומבי שלא כימים ההם ימים אלה, ולא הרי שלטון יהודים וישראל כהרי שלטונם של אחרים. חיוב נחלה המדינה על עצמה והצהירה על כך באורח חגיגי ובעשיית חוק חרות וגלוי לעין כל. מעשה והצהרה אלה גדולים הם, אך לא הרי אלה כהרי פירוש חוק השמירה כמו ביטל בהיעלם את דבר המלך 1924, כאילו ביקש לקבוע מכללא, כביכול – ביחוד בשים לב לסיב הבעייתיות – שהגורם הקובע יהיו בתי-המשפט דווקא ולא הרשות המבצעת. האמור כפוף, כמובן, לקביעות מפורשות בחוק השמירה, ומכאן שיהיו אלה בתי המשפט שידונו ויכריעו בעבירות הפליליות הנזכרות בסעיף 2 לחוק השמירה.

38. המסקנה העולה היא, מדבר המלך קיים גם לאחר היות חוק השמירה, ומשעם זה לא ייזקק בית המשפט לעחירה.

39. אם כך ואם אחרת, לא ייזקק בית המשפט לעחירה בייסדו עצמו על דוקטרינת השפיטות, בה דובר לעיל. דוקטרינה זו בוודאי חיה, והגיונה מחייב את החלטה על הענין הנדון. אפילו הידחנה כל הטענות שלעיל כולן (והפרקליטות עומדת על טענותיה); אפילו יקבל בית-המשפט את טענותיהם של העותרים לענין פירושו של חוק השמירה, גם אז לא ייזקק בית המשפט

לעתירה מהיות הסוגיה בלתי ספיטה. טענה כי יעלו העותרים שאין
 לטעון "אי ספיטות" הואיל ו- *ex hypothesi* הוקנתה להם
 זכות בחוק הסמירה כלפי המדינה, חחטיא את המטרה. הנחת-יסוד היא -
 בכל סוגיה בה מועלית טענת אי-ספיטות - שבהתעלם משאלת הספיטות
 אפשר שיש זכות ויש חובה הניתנת לאכיפה ע"י בתי-המשפט; מסאין
 זכות ומסאין חובה, מה נפקות לשאלת הספיטות או אי הספיטות?
 אף אתה אמור: שאלת הספיטות היא שאלה מוקדמת וקודמת לכל שאלה
 אחרת, ומשמוכרעת היא ונקבע שהסוגיה אינה ספיטה, שוב אין נפקות
 לכל שאר השאלות - ובהן שאלות של זכויות וחובות. אחרת: החלטה
 ססוגיה היא בלתי ספיטה פירושה הוא שאין זכות הניתנת לאכיפה ע"י
 בתי-המשפט. טענת הפרקליטות היא, איפוא, שהזכות לה טוענים
 העותרים, על יסוד חוק הסמירה, מצויה בתחום הסוגיות הבלתי
 ספיטות. בחים לב לאמור, שוב אין נפקות לכל טענות העותרים כולן,
 כגון טענת האפליה. מסאין לעותרים זכות בת-אכיפה בבתי המשפט
 (בין על יסוד דבר המלך ובין על יסוד דוקטרינת הספיטות), שוב
 אין טענותיהם לענין (ונא להשוות: בג"צ 29/62 שלום כהן נ. שר
 הבטחון, ט"ז (2) פד"י 1023, 1027).

40. דבר אחרון: בית-המשפט הנכבד הוא בית-המשפט הגבוה לצדק,

והעותרים מבקשים שלמען הצדק יתערב בית-המשפט באטר נעשה או לא
 נעשה. עטיה זן - מן הצדק - אינה נעשית רק למען עותר-לבית-משפט;
 היא נעשית גם למען משיב ולמען הכלל. לא מצאנו מהו אותו צדק
 שהעותרים טוענים לו והמחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

מאידך גיסא, דומה כי למען הצדק סביבת-משפט זה עושה ויעשה עם המשיב,
 עם הממשלה, עם המדינה, ראוי שלא ייעתר לעותרים. במדינה דימוקרטית
 בה סורר שלטון החוק, קשה לעתים להשיב על השאלה אם "טובת הכלל" ואם
 "טובת הפרט" תכריע את הכף, מחוס מקרוב לגלוש משאלה זו לשאלה אחרת,
 והיא - מהי טובה זו או טובה זו, והאם "טובת הכלל" אינה אלא צירוף של

ה"טוב" לפרטים השונים. יחד עם זאת, לא היסס בית המשפט הנכבד לקבוע - ולא אחת - שבהתנגדות זו, אם התנגדות אמיתית היא, טובת הכלל עדיפה. ההכרעה בשאלת העדיפות היא נגזרת מהנושא בו מדובר, ודומה שבתיבתנו דעתנו לנושא הנדון כאן, יעדיף בית המשפט את טובת הכלל, כפי שבאה לידי ביטוי במעשי המשיב. לכל דבר מקומו, שעתו ודרכו. נלמד מהנסיון ההיסטורי - וארוך וייגע הוא - ששאלות מסוג השאלה שבכאן, הן מורכבות, מטובכות, עדינות. הצו המבוקש על-ידי העותרים, לא זו בלבד שהוא סתמי וכללי - וגם מטעם זה, כך מוענת הפרקליטות, לא יינתן להם - אלא שבשים לב לסיב הבעיה, יותר מטיפתור עלול הוא לסבך; "זכות התפילה" אינה אלא שריג אחד בבעייתיות הכוללת, ולא יכול שיעשה צדק בענין הנדון אלא אם ייפתר מיכלול השאלות. מיכלול זה לא הועמד בפני בית המשפט - אכן, עומד הוא בפני הרשות המבצעת, הממשלה - ועל כן יימנע בית המשפט מהכריע בעתירה.

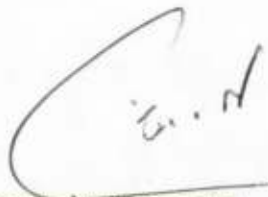
41. בטיעון אחרון זה - סעד מן הצדק - משתלבים גם דבריהם של שר הדתות ושר המסורה, שהעותרים מדברים עליהם בסעי' 5 לעיקרי הטיעון. בהצהרותיהם של שר הדתות ושל שר המסורה (ושר הדתות היה ער לדברי שר המסורה - נספח ו' לעתירה) באה לידי ביטוי מדיניות הממשלה הנוהגת כיום; מדיניות זו, כנ"ע, יש לראותה במסגרת הוראות דבר המלך, ומכאן שהיא מחוץ לתחומי בית-המשפט. ואולם אפילו תאמר שהנושא נתון להכרעה לגופי הדברים ע"י בית-המשפט, גם אז לא יתערב בית המשפט - מן הצדק - באשר נעשה. המדיניות - ביתר דיוק: מעשה המדינה - שמקורה בסמכויות המימשל הכלליות, אינה מגלה פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד, ביחוד בשים לב לסיב הנושא. עשיית צדק עם המדינה עדיפה על מאוויים פרטיקולריים של העותרים, המבקשים לכפות על המדינה דרך פעולה בתחום השלטוני-המדיני.

The first of these is the fact that the
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...

The second of these is the fact that the
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...
... of the ... of the ... of the ...

טובת המדינה והכלל, כפי שהיא נראית בעיני המופקדים על
המדיניות - הממשלה הנהנית מאימון הכנסת - מצדיקה סבית המספס
הנכבד לבטל את הצו על-חנאי וידחה את העתירה.

42. סיכום: בית המספס הנכבד מתבקש לבטל את הצו על-חנאי ולדחות
את העתירה על יסוד עקרון הספיות, בין על-פי הדוקטרינה
בהלכה ובין על-פי הוראות דבר המלך במועצה 1924; מן הצדק;
אי מציאת פגם במדיניות שיצדיק התערבות.


ד"ר מישאל חשין
סגן פרקליט המדינה
בא-כוח המשיב

בא-כוח המשיב
26.7.20

1874
The first of the year, 1874, was a very dry one, and the crops were much injured. The weather was very hot, and the ground was very dry. The crops were much injured, and the yield was very small.

The second of the year, 1874, was a very wet one, and the crops were much injured. The weather was very cold, and the ground was very wet. The crops were much injured, and the yield was very small.

1875
The first of the year, 1875, was a very dry one, and the crops were much injured. The weather was very hot, and the ground was very dry. The crops were much injured, and the yield was very small.

Finkelstein, "Judicial Self-Limitation",
37 (1923-24) Harv. L. R. 338

"We are tempted to generalize from these instances, but we dare not. We only offer as working hypotheses what we hope to prove in the following pages, namely, that when a tribunal approaches a question, where on one horn of the dilemma is the trained moral sentiment of the judge, and on the other the "hypersensitive nerve of public opinion," it will "shy off" and throw the burden of the decision on other shoulders. We hope to show that this is, on the whole, a wholesome instinct among judges. We also expect to trace the development of the tendency in the history of English law to mark out its boundaries in American constitutional law." (at 339)

"The proposition might be stated in this way. There are certain cases which are completely without the sphere of judicial interference. They are called, for historical reasons, "political questions." What are these political questions? To what matters does the term apply? It applies to all those matters of which the court, at a given time, will be of the opinion that it is impolitic or inexpedient to take jurisdiction. Sometimes this idea of inexpediency will result from the fear of the vastness of the consequences that a decision on the merits might entail.

Sometimes it will result from the feeling that the court is incompetent to deal with the particular type of question involved. Sometimes it will be induced by the feeling that the matter is "too high" for the courts. But always there will be a weighing of considerations in the scale of political wisdom." (at 344-345)

"Three categories have been suggested above with which the definition of the sphere of the application of the standard of "political questions" may be attempted by the courts. The first of these arises when the court fears that a decision on the merits of the case might involve consequences so vast that the part of judicial wisdom requires non-interference by the courts." (at 346)

"The decided cases which we have here reviewed contain implicitly the bases upon which the courts have limited their jurisdiction of contentious questions. No matter in what terms the opinions of jurists have been couched, it is apparent that it is the fear of consequences or the lack of adequate data that has impelled the courts

to refrain from entering upon the discussion of the merits of prickly issues.

. The line between judicial and legislative functions in government cannot be drawn with exact precision. But certainly to each department ought to be given a sphere of activity for which it is best fitted, both by its history and traditions and by the nature of its organization." (at 363)

Weston, "Political Questions", 38 (1924-25) Harv.

L. R. 296

"This analysis shows the decisions falling into three classes: (1) . . . those where the primary object of the litigation was the enforcement of an alleged constitutional right which related not to person or property, even in a broad sense, but to political existence and integrity; (2) . . . where the litigation was to secure private rights but where the sole issue presented by the writ of error was similar or analogous in its nature to those involved in the preceding class of cases; (3) those where the litigation concerned private rights, but where a significant issue was of this other sort. In the first type of case the courts have no jurisdiction of the subject-matter at all. In the second type of case there is a lack of the jurisdictional element required for the technically separate case, the writ of error. In the third type of case there is jurisdiction of the cause for decision and for review, but not for determination of the particular issue, upon which the Court accepts instead the decision of the other branches of government." (at 326-327)

"When these variations have been noted, the basic similarities will be seen to remain unimpeached thereby. They are, though present in varying degrees in the different cases, as follows. (a) The fundamental powers and duties in question have distinctly not been delegated to the courts by the Constitution, but rather to the other departments. (b) These fundamental powers and duties are of the sort ordinarily performed by what we understand as political rather than judicial action. The process of legislation is assertion, not decision; foreign affairs are conducted by negotiations, not by pleading and proof; political integrity is maintained by diplomacy or arms, not by injunctions. (c) From another aspect, these powers and duties relate, not to the ordinary matters of law which form the main bulk of controversy between private persons, not to the incidence of the police power upon the workaday world, but to the maintenance, furtherance, and functioning of government, to the exigencies of the state's existence, external and internal. (d) In every instance where a question of fact is to be decided, it is one which the persons executing the power or performing the duty must decide as the very basis of their own not merely ministerial conduct. (e) In those matters which relate to foreign affairs and to military action abroad and at home, the circumstances will often be such as to leave no chance to await the result of test litigation, while the consequences of the action may be so farreaching that any uncertainty as to its validity becomes intolerable. (f) Other practical considerations come to the fore, which we cannot assume were not adverted to by the framers of the Constitution and which are indicated upon the face of that instrument itself. Unity; certainty; respect and orderliness; efficiency; all are desiderata." (at 327-328)

7-201

This alternative principle of limitation might be found in the logical structure of the issue, the possibility of formulating it as one of "law" as contrasted with one of "discretion," "policy," or "politics." This suggests the category of "political question," a doctrine of judicial abstention which applies even to private actions and which would seem particularly applicable to public actions.

We might begin by examining a conceded area of political questions,¹¹⁰ such as the conduct of foreign affairs. Is China "entitled" to be "recognized"? If, for example, the Chinese government has confiscated the plaintiff's automobile and sold it to the defendant, and if the court accepts the usual rule that it will not give effect to the expropriation decrees of an unrecognized government, the court will not decide (even though the question arises in a purely "private" action of trover) whether under the rules of international law the Chinese government is entitled to be recognized. It is the President alone who is competent — that is, has jurisdiction — to make this decision. The Constitution itself is construed to assign this jurisdiction. The grant to the President of powers to make treaties and appoint ambassadors is taken to imply that the President's authority in the administration of foreign affairs is exclusive. But this formula is really not

¹¹⁰ See Frank, *Political Questions*, in *SUPREME COURT AND SUPREME LAW* 36-43 (Cahn ed. 1954).

so simple as it sounds. There must be a point at which the "law" as made by Congress and applied by the courts sets limits to the President's power. The tariffs may have an important impact on the conduct of foreign affairs, but the courts nevertheless do not invariably defer to the President in matters of their administration; sometimes they do, and sometimes they do not.¹¹¹ This means, obviously, that whether a question is "political" is itself a question of law to be decided by the courts.

What is there about questions concerning foreign affairs that leads to a presumption that they are "political"? We have seen that the Constitution grants to the President certain powers which imply certain further auxiliary powers. But there may be something about the nature of these powers which, in addition to their constitutional assignment, marks them as "political." Many of the questions that arise are of the sort for which we do not choose, or have not been able as yet to establish, strongly guiding rules. We may believe that the job is better done without rules, or that even though there are applicable rules, these rules should be only among the numerous relevant considerations.

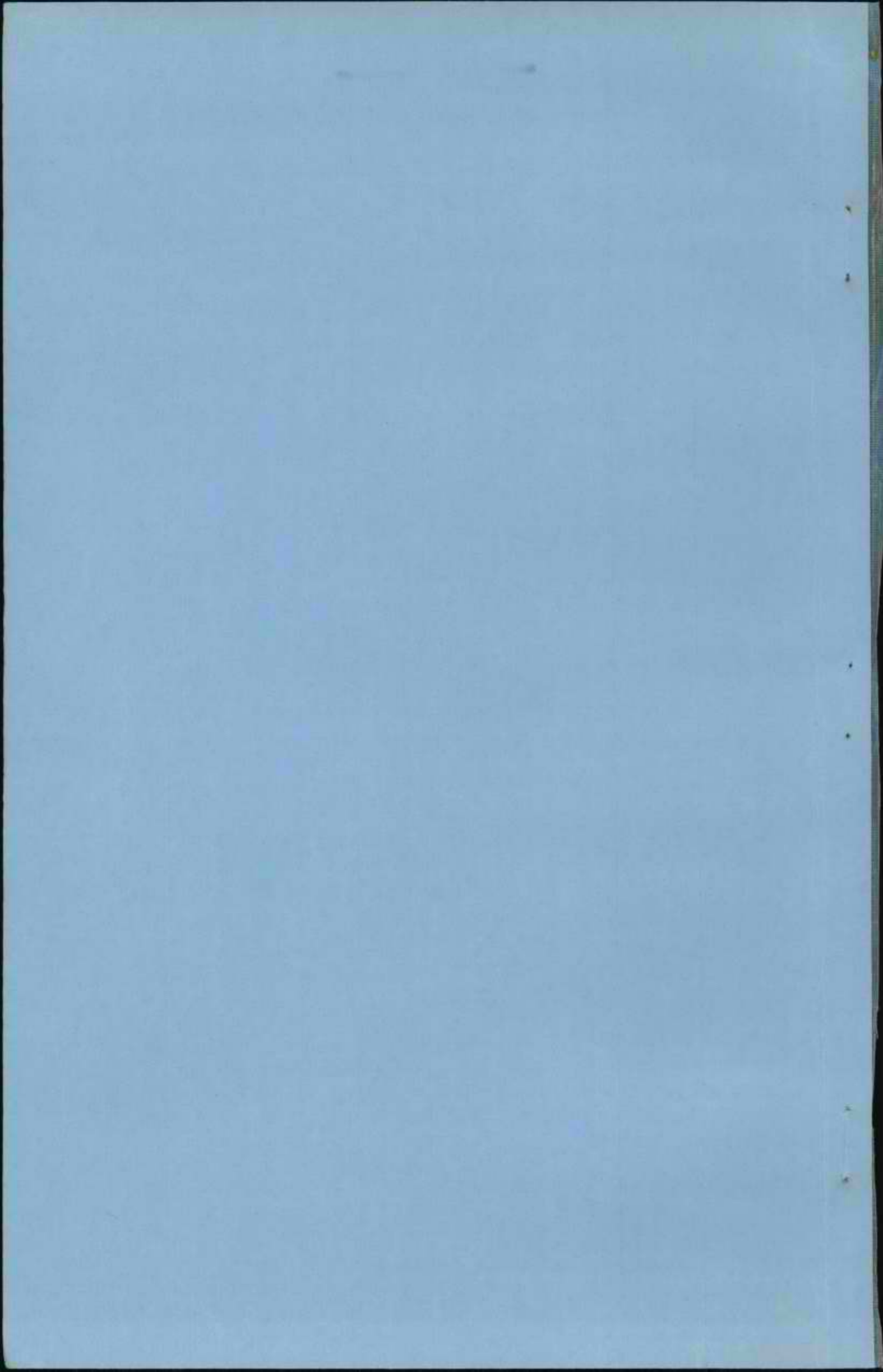
It would be logically possible for the courts to hold that the law of a *de facto* but unrecognized government will be given effect in private actions.¹¹² The general refusal of our courts to do so rests on a judgment that the decision of this question is closely related to the conduct of our relations with the unrecognized country. It ought as well to rest on a judgment that it is proper that the decision should be made not merely in terms of the question itself but of a larger whole. Stern lawyers may reject the notion that it can ever be right to refuse to frame or apply a rule otherwise sound because of "reasons of state." If the intervention of a court embarrasses the President, they would say, so be it: The law has prevailed as it should prevail. A court which is "right" should not fear to be ineffective; if the President will not accept the court's decision, it is not the court but the President whose lack of principle stands exposed to judgment. If this view is rejected — and at least in foreign affairs it often is — it may be, as the critics imply, because we choose "ex-

¹¹¹ See Jaffe, *The Right to Judicial Review*, 71 HARV. L. REV. 769, 778-79 (1958).

¹¹² Some years ago I argued for such a rule. JAFFE, *JUDICIAL ASPECTS OF FOREIGN RELATIONS* (1933), especially pp. 176-99.

pediency" when it serves our purpose. But even under a regime of law, the courts are not its only interpreters. If interpretation by legislature and executive means that the law may suffer modification or nullification, this is anticipated. The separation of powers is itself a part of the law. Even to this, however, there must be some limit. Our courts would not refuse to entertain habeas corpus to test the constitutionality of the imprisonment of an alleged Chinese agent even if it were clear that his imprisonment was closely bound up with our relations to the Chinese government.¹¹³

Our analysis of the area of foreign affairs may give us a "model" of the elements which lead to a conclusion that a question is "political" and will be left for decision to the legislature or the executive. We might conclude that it is not the subject matter as such which is political (though foreign affairs might appear to suggest the contrary). It is rather that the question is one for the decision of which there are no well-developed principles, or the issue is felt to be so closely related to a complex of decisions not within the court's jurisdiction that its resolution by the court would either be poor in itself or would jeopardize sound decisions in the larger complex.¹¹⁴



בנימין שליט

נגד

שר הפנים ואח'

טיעון היועץ המשפטי לממשלה

בבית המשפט העליון
היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק
בירושלים

העותר

בעתירת: בנימין שליט

נגד

1. שר הפנים

המשיבים

2. פקיד רישום מחוז חיפה

העותר טען לעצמו

בשם המשיבים: מאיר שמגר, היועץ המשפטי לממשלה,
צבי טרלו, המנהל הכללי למשרד המשפטים
יורם בר-סלע, סגן פרקליט המדינה

סיעונו של היועץ המשפטי לממשלה

מבוא

1. השאלה העומדת בפני בית משפט נכבד זה היא, בפשטותה העובדתית: האם לרשום במרשם האוכלוסין כבני הלאום היהודי את שני ילדיו של העותר, אשר נולדו מנשואיו עם גב' אן שליט, שהיא ממוצא סקוטי-צרפתי ולא עברה תהליכי גיור.
2. מבחינת המשפטית חורגת העתירה מן התחומים הצרים שהותוו לעיל, כי משמעותה המשפטית של הבעיה הניצבת בפני ערכאה גבוהה זו היא מה משמעות המונח "לאום יהודי" לצרכי חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, או במלים אחרות, מה משמעותו של המונח "יהודי" בתחיקה החילונית הישראלית.
3. בסרם אפתח סיעוני לעצם העניין אקדים - ברשות בית המשפט - מספר מלות הקדמה: למותר להדגיש כי בעיני המשיב אינה עומדת להכרעה רק בעיתו האישית של העותר. אני מבקש גם שבית משפט נכבד זה לא ילמד מעמדת המשיב כלפי פניותיו של העותר כוונה להצר זכויותיהם של העותר ורעיתו. המשיב לא יכול היה להתעלם מכך שהיענות לבקשת העותר היא בעלת משמעות כללית, אשר תוצאותיה חורגות בהרבה מעבר לפתרון בעיתו האישית של העותר. יתר על כן: בו בזמן שהסירוב של המשיב לפניית העותר אין בו, לכאורה, כדי להשאיר את בני משפחת העותר ואחרים במצבם ללא פתרון חלופי, הרי היענות לעהירת העותר לאור משמעותה הכללית, בנושא העומד לדיון בבית משפט נכבד זה, היינו בנושא של משמעות המונח "לאום יהודי", הביא לתוצאות חמורות ומרחיקות לכת מבלי שתהיה בידי המשיב יכולת למנען, תוצאות אשר ההשלכות שלהן חלות על הציבור היהודי כולו, הן במדינת ישראל והן מחוצה לה, ולא על העותר ומשפחתו בלבד.

ה ע ו ב ד ו ת

4. ואלה העובדות הצריכות לענין:

(א) (1) העותר הוא בן להורים יהודיים, יליד הארץ. ביום 8.11.48 בסופס מרשם האוכלוסין (מש/1)* הצהיר על עצמו כעל "בלתי דתי" ובעמודה "לאום" העביר קו מחיקה. (עיי' טבלה מצורפת בנספח א').

(2) בבקשה לחעודת זהות ביום 7.12.66 (מש/3), הצהיר על "לאום עברי".

(3) בסופס רישום הולדת הבן (מש/7) רשם העותר ביום 17.3.64 את הלאום של עצמו כ"יהודי"; ביום 13.2.67 בסופס רישום הולדת הבת (מש/11) רשם את הלאום שלו כ"ישראלי".

(4) במכתב למשרד הפנים מיום 4.3.67 (מוצג ג') הצהיר על עצמו כעל "יהודי מחינוכי וזיקתי הלאומית".

אעיר כאן כי אין כוונתי לגלות מומים בעותר אלא רק להצביע על דרך המבוכה והתהיה וחוסר העקביות בה הוא מציע להוליך אותנו.

(ב) (1) ביום 29.12.58 נשא העותר בבריסניה את גב' אן מגלי גדס. כאמור במכתבו נספח ג', הרי אשתו היא "ילידת בריסניה, בת לאב סקוטי ולאם צרפתייה".

(2) ביום 29.2.60 נכנסה אשת העותר לישראל על-פי אשרה לישיבת קבע ובסופס מרשם החושבים (מש/4) בעמודה דת נרשם "לא דתי", ובעמודה לאום - "בריטי". במכתב מיום 18.4.67 (נספח ה') מציין העותר כי בעת בואה ארצה היתה אשתו שייכת ללאום הבריטי. היא עצמה לא הגישה מעולם בקשה לשנוי רשום הלאום.

* הערה: הסימון "מש" מתייחס למסמכים שהוגשו ע"י המשיבים, המלה "נספח" - למסמכים שהוגשו ע"י המבקש.

(3) לפי מכתבו של העותר מיום 18.4.67 (נספח ה') הרי

לאומיות אשתו היא היום - לסענחו -

"יהודית או עברית או ישראלית".

(4) בשנת 1964, בסופס הודעה על לידת הבן (מש/7) רשם העותר את

לאום האשה כ"בריטי". בשנת 1967, בסופס הודעה של לידת הבת,

רשם את לאום האשה כ"ישראלי".

(ג) בנו של העותר נולד ביום 14.3.64. בשאלון הרישום (הודעת לידת

חי) (מש/7), רשם את הלאום של בנו כ"יהודי". בלשכת מרשם החושבים

תוקן הרישום; רישום הלאום נמחק, ובמשבצת הדת נרשם "אב יהודי",

אם נכריה". לא היו שום פניות בכתב בנושא זה עד לשנת 1967.

(ד) (1) בתו של העותר נולדה ביום 11.2.67 ופקידי המרשם רשמו

(במש/11) במשבצת לאום "אב יהודי", אם נכריה; ובמשבצת "דת"

כתבו "לא רשום". מסתבר שבשעת מילוי הסופס השאיר העותר משבצות

אלה ריקות.

(2) במכתבו מיום 1.3.67 (מש/12) ביקש העותר לרשום את לאום הבת

כ"עברי או יהודי".

(3) במכתבו מיום 4.3.67 (נספח ג') ביקש העותר לרשום את לאום

ילדיו כ"יהודי".

(4) במכתבו מיום 21.5.67 (נספח ו') ביקש לרשום ילדיו כ"יהודים

או עברים".

5. בסיכום: לפי טענותיו של העוהר, הוא עצמו בתקופות שונות היה "חסר לאום",

"עברי", "יהודי", "ישראלי", רעייתו בת הלאום ה"בריטי", "היהודי", "העברי" או

ה"ישראלי", והילדים בני הלאום ה"עברי" או ה"יהודי". בעחירה ביקש (במבוא לעחירה)

כי ילדיו יירשמו כבני הלאום היהודי.

מ"מ האוכלוסין ומרשם התושבים שקדם לו

6. פעולות הרישום נשוא העתירה בוצעו על ידי פקידי הרישום בהתאם להנחיות שזורפו כמוצגים מש/8, מש/9, ו-מש/10. אולם לפני שאתייחס לתוקף שיש להנחיות אלה, ארשה לעצמי להתעכב על הוראותיו של החוק אשר מכוחו נעשו פעולות הרישום חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה - 1965, (ס"ח תשכ"ה, עמ' 270; ס"ח תשכ"ז, עמ' 145; ס"ח תשכ"ח, עמ' 28; ח' גדעון עמ' 3972), שנכנס לתוקף ביום 1.8.66. אומר בסעיף 2:

2" (א) במרשם האוכלוסין יירשמו הפרטים הבאים הנוגעים לחושב וכל שינוי

בהם:

- (1) שם המשפחה, השם הפרטי והשמות הקודמים;
- (2) שמות ההורים;
- (3) תאריך הלידה ומקומה;
- (4) המין;
- (5) הלאום;
- (6) הדת;
- (7) המצב האישי (רווק, נשוי, גרוש או אלמן);
- (8) שם בן-הזוג;
- (9) שמות הילדים, תאריכי לידתם ומינם;
- (10) אזרחות או אזרחויות, של עכשיו ושקדמו;
- (11) המען;
- (12) תאריך הכניסה לישראל;
- (13) התאריך שבו נהיה לחושב כאמור בסעיף 1 (א).

(ב) חושב שנרשם לראשונה ייקבע לרישומו מספר זהות.

נרשמים במרשם האוכלוסין בין היתר, הלאום והדת (פיסקאות 2(א) (5) ו-2(א) (6)). גם לפי סעיף 4(ו) לפקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949 (ע"ר תש"ט, חוס' א", עמ' 164) היו הלאום והדת כלולים בין פרטי הרישום. הנני מזכיר הוראה זאת כי היא שהיתה בתוקף בעת הולדת הבן.

7. לענין תחולת הפקודה מתש"ט על רישום הבן, אני מפנה את שימת הלב לסעיף 44

לחוק מתשכ"ה, הקובע כי רישום התושבים שהתנהל לפי הפקודה מתש"ט יהיה חלק מהמרשם

לפי החוק מתשכ"ה וכי כל תעודה שניתנה לפי הפקודה מתש"ט יראו אותה כאילו ניתנה

לפי החוק מתשכ"ה.

סעיף 6 לחוק מחשב"ה אומר:-

"6. הודעה על לידה שאירעה בישראל תימסר לפקיד רישום חוך עשרה ימים; ההודעה תימסר על ידי האחראי על המוסד שבו ארעה הלידה, או - על ידי הורי הילוד, הרופא והמיילדת שטיפלו בלידה - אם אירעה במקום אחר; ההודעה תכלול את פרטי הרישום של הילוד ופרטים אחרים שייקבעו בהקנות, באישור ועדת הפנים של הכנסת."

לפי סעיף 19 לחוק מחשב"ה, ראוי פקיד הרישום לדרוש ממי שמסר הודעה לפי סעיף

6 ומכל אדם אחר שהיה חייב במסירתה, למסור לו בין היתר, כל ידיעה או מסמך שברשותו

הנוגעים לפרטי הרישום שאליו מתייחסת ההודעה. יצויין כאן שגם לפי החוק מחשב"ס היה

פקיד הרישום ראוי לדרוש "ראיה לכאורה" ממבקש הרישום.

לענין זה אביא את האמור מפי כב" השופט זוסמן:

בבג"צ 143/62 שלזינגר נ. שר הפנים - י"ז פד"י 225, בעמ' 252;

"מן האמור יוצא, כי בשום פנים ואופן אין תושב-מבקש-רישום חייב להביא לפני פקיד הרישום אלא ראיה לכאורה. המבקשת דנא המציאה למשרד הרישום את תעודת הנישואין; היא הצטיידה באישור השגרירות הבלגית שרשמה את נישואיה בפנקס המעמד האישי של השגרירות, וגם בדרכונה נרשמו. מה עוד יכלה לעשות כדי לצאת חובה הבאת ראיה? כל עוד לא נפסלו הנישואין בהליך שיפוטי, דין המבקשת לענין מרשם-התושבים כדין אשה נשואה."

כן הנני מפנה אל דברי כב" השופט לנדוי על מהות "הראיה לכאורה".

בבג"צ 80/63 - גורפינקל-חקלאי נ. שר הפנים - י"ז פד"י 2048, בעמ' 2071,

האומר:

"בא-כוח המבקשים מסתמך במידה רבה על דברי השופט זוסמן בענין פונק-שלזינגר, בבג"צ 143/62, פד"י, כרך י"ז, ע' 225, 252:

"די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי אם הובאה לפניו ראיה שהתושב ערך סכס נישואין".

אולם אין לקרוע דברים אלה מחוך הדבק האמור שם, אלא יש לראותם במסגרת העובדות שנדונו. על מהותה של הראיה לכאורה שהובאה שם אנו למדים ממה שנאמר להלן באותו עמוד:

"המבקשת דנא המציאה למשרד הרישום את תעודת הנישואין, היא הצטיידה באישור השגרירות הבלגית שרשמה את נישואיה בפנקס המעמד האישי של השגרירות, וגם בדרכונה נרשמו. מה עוד יכלה לעשות כדי לצאת חובה הבאת ראיה?"

סכס רשמי במלוא מובן המלה היה איפוא לנגד עיני בית-המשפט באותו ענין, בעוד שכאן "הסכס" אינו ביסודו אלא פעולת קניין פרטית. לעומת זאת דוקה חוסר סמכותו ואי יכולתו של פקיד הרישום לפסוק על כשרות הנישואין, שהודגשו ב-בג"צ 143/62, הם הפועלים הפעם נגד בקשת המבקשים. כאשר מובאת לפני הפקיד תעודת נישואין מאושרת על ידי רשות ציבורית, שתפקיד האישור הוטל עליה, חזקה על אותה רשות שהיא בדקה בעצמה, אם קיימים ההנאים הקודמים של כשרות הצדדים והעדים, עד כמה שקיום תנאים כאלה דרוש על-פי החוק, ועל כן אין עוד צורך בבדיקה נוספת על-ידי פקיד המרשם. אך כש"הסכס" היה כולו פרטי, אין כל בדיקה מוקדמת כזאת, וחובו של פקיד הרישום לרשום כל מה שאומרים לו לרשום רק על דיברת הנוגעים בדבר ועדיהם, היה פותח פתח רחב למעשי חרמית ולעקיפת דיני הנישואין."

הלכת הרוב במשפט שלזינגר כפי שפורשה על ידי הרוב במשפט גורפינקל מצאה ביטוייה הברור בסעיף 19"ב של חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה, שהוסף בתשכ"ז, בחוקף מיום 16.8.67 ובסעיפים הבאים אחריו.

8. לצורכי בדיקת תהליכי הרישום בלבד אני מזכיר כאן כי בעת לידתו של הבן (14.3.64) לא רק שלא הומצאה לפקיד הרישום ראייה לכאורה כי ילדו של העותר נולד מאם יהודיה, כאמור בהנחיות, אלא נהפוך הוא, הרישום היה שהאם בת הלאום הבריטי. הראייה לכאורה הצביעה בכוון ההפוך. לצורך השנוי - צריך היה ראיות.

זוהי משמעות מכתבה של מנהלת מחלקת המירשם אל העותר מיום 3.4.67 (מוצג ד' לעתירה), בו נאמר:

משרד הפנים

מח' לרישום תושבים, אגף עליה ומרשם

3 באפריל 1967
מס' 32411

מר בנימין שליט
רחוב הנשיא 54
חיפה
א"נ,

בחשובה על מכתבך מיום 4.3.67 עלי להבהיר לך - לפי בקשתך את הנקודות הבאות:

(1) בהחלטת הממשלה נקבעו בזמנו סדרי רישום של דת ולאום. שר הפנים קבע בהוראותיו ביום 1.1.1960 כי כיהודי ירשם כל מי שנולד לאם יהודיה ואיננו בן דת אחרת. אשתך נרשמה בעת כניסתה לארץ כגלי דת וכמשתייכת ללאום הבריטי. מכאן שהתנאי הראשון לרישום ילדך כיהודים איננו קיים.

(2) רישומה של רעיתך כמשתייכת אל הלאום הבריטי נעשה על פי הצהרתה האישית בעת רישומה בספר התושבים לרגל כניסתה לארץ בשנת 1960.

אנו בטוחים ומקווים שמשפחתך כבר השתלבה וגם חשתלב בעתיד בתרבות הארץ וברוחה. כיתר תושביה להם זיקה חיובית למדינה, אולם ודאי תבין שבמרשם תושבים אנו חייבים לרשום עובדות, ואין אנו יכולים לסטות מן הנוהל שנקבע ולרשום את ילדיך בניגוד לעובדות כפי שצוינו לעיל, כל עוד לא הוכח לנו על ידי תעודה ציבורית או על ידי פסק הדין של בית משפט או בית דין מוסמך, שהעובדות שנמסרו לא היו נכונות מלכתחילה או שנשתנו לאחר מכן.

בכבוד רב,

(-)

י. היבנר
מנהלת המחלקה

9. כל האמור לעיל לגבי השיקולים בעת רישום הבן, חל כמובן גם על רישום הבת, ובעת ההיא כבר היו בחוק סעיף 19 לחוק משנת תשכ"ה, וכן סעיף 6 שנאמר בו כי הודעה על לידה חייבת להיות על האחראי על המוסד שבו אירעה הלידה או ע"י הורי הילוד, והודעה זאת כוללת את פרטי הרישום של הילוד.

10. סעיף 3 לחוק קובע כי רישום במרשם וכל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי החוק יהיו ראיה-לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפסקאות (1) - (4) ו-(9)-(13). במלים אחרות, אין הם ראיה-לכאורה לנכונות פרטי הלאום, הדת, המצב האישי (המשפחתי) ושם בן-הזוג. לדעתי אין להסיק מנוסח הרישום כי פקיד הרישום רשאי לרשום פרטי רישום אלו בידעו שאינם נכונים, או כשלא הובאו בפניו ראיות המצדיקות את הרישום. במלים אחרות, סעיף 3 איננו מתייחס לאופן ניהול המרשם, אלא למשמעויות שתנבענה מרשום זה או אחר. גירסה זאת מוצאת עתה חידוק בסעיף 19ב(ב), האומר שאם נתבקש פקיד רישום לרשום פרט רישום כלשהוא על פי הודעה בלבד, ואחרי שהפעיל סמכויותיו לפי סעיף 19 היה לו יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה - יסרב לרשום על פיה. אולם לגבי המצב האישי, דהיינו פסקה (א)(7) בלבד, לא יסרב כאמור אלא אם עמדה ההודעה בסתירה לרישום אחר שבמרשם, או לתעודה ציבורית המעידה על הפרס הנדון. הגבלה זאת על שיקול הדעת שניתן כאן לפקיד הרישום אינה חלה, איפוא, על פרטי הרישום הנוגעים ללאום ולדת.

יש לראות לענין זה גם את ההוראות הבאות המצביעות על כך שהמחוקק היה מעוניין שברישום יהיו פרטים נכונים ומדויקים:

הודעות מסוימות חייבת הרשות המוסמכת - ולא האדם הנוגע בדבר - ליתן לפקיד הרישום וזאת לפי סעיף 15, כגון: שינוי שם (לפי חוק השמות), נישואין (לפי פקודת הנישואין והגירושין (רישום)), המרה דת (לפי פקודת העדה הדתית (המרה)).

לפי סעיף 16 לחוק הרי אם נתן בית המשפט החלטה בדבר שינוי בפרטי הרישום יודיע כל כך בית המשפט לפקיד הרישום (חובה על בית המשפט).

בבג"צ 143/62 - פונק שלזינגר - י"ז פד"י 225, בעמ' 243 נאמר שאין פקיד ציבור חייב לרשום כאשר אי נכונות הפרטים גלויה לעין (כגון צעיר המבקש לרשום עצמו כזקן בגיל).

11. אעיר כאן כי כלל הוא בפסיקה כי גם כאשר הוצאת תעודה מינהלית היא אקט מיניסטרילי גרידא, לא יצווה בית המשפט על עובד הציבור להוציא תעודה אשר נכונותה מוטלת בספק, כאשר מחן התעודה עשוי לגרום לכך שיוטעו הבריות שיתנו בה אמון.

בבג"צ 237/61 - "פאר הדר" נ. ראש אגף רישום והסדר קרקעות - ט"ז פד"י

1422, אומר כב' השופט זוסמן בעמ' 1427-1428 (פסקה 4):

"אין בית-משפט זה נותן סעד אלא מקום שהוא רואה צורך לעשות כן למען הצדק. אין אני סבור כי הצדק דורש לכפות על עובד ציבור, להוציא מחחת ידיו מסמך רשמי - כוונתי לתעודת הרישום שתינתן למבקשת לאחר שתירשם העיסקה - אשר נכונותו מוטלה בספק. על יסוד מסמך כזה עלולה המבקשת לעשות פעולות מפעולות שונות לגבי הנכס, והבריות עלולים ליתן אמונם בו וייפגעו. גם אם המדינה אינה מקבלת על עצמה אחריות לזכות הקניין עליה מעיד המסמך, תרעומת על המשיב הראשון תהא למי שעלול להיפגע על-ידי מסמך מוטעה, והפצת מסמך (קושאן) כזה נוגדת את הסדר הציבורי."

לנימוק אחרון זה הצטרף גם כב' השופט לנדוי (בעמ' 1426 מול האות ג"):

"מתן תעודת הקניין לחלקה כולה בידי המבקשת עלול לסבך את המצב נוספות, עקב עיסקאות חדשות בחלקה, שהמבקשת תרצה לעשותן לאחר מכן."

וכב' השופט ברנצ'ון הסכים עמו (בעמ' 1428, מול ג'):

"אני מסכים לפסק דינו של חברי הנכבד, השופט לנדוי."

הנחיות שר הפנים

12. אין בפני בית המשפט הנכבד טענה כי שר הפנים לא היה מוסמך לקבוע הנחיות כלליות בענייני הרישום, וכבר פסק בית משפט נכבד זה כי בכגון דא לא ידון בטענה כאשר לא נטענה:

בבג"צ 143/62 - פונק שלזינגר נ. שר הפנים - י"ש פד"י 225, אומר כב' השופט

זוסמן בעמ' 245:

"כאן רואה אני מקום עמי להעיר, כי לפנינו לא חלקו על סמכותו של שר הפנים להורות לפקידיו הרישום, אימתי יבצעו רישום ואימתי יסרבו. בפקודה הנ"ל גופה לא בא זכרה של סמכות כזו והמשיב לא הסתמך לפנינו על חקנות שהחקין מכוח סעיף 10 לפקודה, אך נוכח העמדה שהיתה נקוטה בידי בא-כוח המבקשת, אניח כי רשאי היה המשיב ליחן את "ההנחיות" שנתן."

ת ו כ ן ה ה נ ח י ר ת

13. מוצג מש/8 קובע כי לענין רישום פרטי דת ולאום יירשם כיהודי:

1. מי שנולד לאם יהודיה ואינו בן דת אחרת, או

2. מי שנחגייר כהלכה."

לפי נוסחו של המכתב, מתייחסים כללי רישום אלה לשלושה חוקים:

פקודת מרשם התושבים, תש"ט - 1949 (ע"ר תש"ט, תוס' א', עמ' 164);

חוק השבות, תש"י - 1950 (ס"ח תש"י, עמ' 159; ס"ח תשי"ד, עמ' 174;

ח' גדעון 2464);

חוק האזרחות, תשי"ב - 1952 (ס"ח תשי"ב, עמ' 146; ס"ח תשי"ח, עמ' 84;

ס"ח תשכ"ח, עמ' 212; א' גדעון 84).

יצויין כאן שהמונח "יהודי" מופיע רק באחד משלושת החוקים, דהיינו - בחוק השבות,

פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949 ובעקבותיה חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה - 1965

כוללים הוראות בדבר רישום דת ולאום, והאמור בהנחיה מתיחס איפוא, למקרים בהם יש

למלא את המשבצת "לאום" בהליכי הרישום השונים האמורים באותו חוק.

14. בחוק מרשם האוכלוסין (ובפקודה שקדמה לו) סתם המחוקק ולא פירש "לאום"

מהו, ובחוק השבות לא הגדיר "יהודי" מיהו. נצטרך, איפוא, לבקש פשרם של מונחים

אלה במקורות אחרים.

15. ההגדרות למונח "לאום" אותן בקשו לתת חכמי מדע המדינה והמשפט רבות ומגוונות

הן, ותכונתן המשותפת היא בכך שהן שונות אחת מרעותה. בכוונתי להציע לבית המשפט

לא לחפש הגדרה מילולית למונח "לאום". דומה הדבר לחיפוש בהגדרות מילוניות אחרי

משמעותו של מונח כל שהוא בחוק. על כך אמר כב' השופט לנדוי בע"פ 45/57 - י.מ.ג. מוריט -

י"א פד"י 1218, בעמ' 1222:

"באי כוח הצדדים צטטו הגדרות מתוך המילונים המקובלים אולם מטבען של הגדרות כאלה הוא שהן כוללות מאד, וככל שההגדרה כוללת יותר, פוחתת החועלת שאפשר להפיק ממנה לפתרון בעיה כזו שלפנינו..."

כב' השופט ברנזון בטסק דינו בענין רופאייזן הביא הגדרה מילונית של אומה (בג"צ

72/62 - ט"ז פד"י בעמ' 2452 ליד "א"):

"בן יהודה מגדיר את המלה 'אומה' - קיבוץ אנשים בעלי מוצא אחד, בעלי לשון אחת ודברי הימים משותפים להם ויושבים על פי רוב בארץ אחת. אין זכר לדת הפימן-היכר משותף לבני אומה אחת, ואין להניח שהמחבר לא שיווה לנגד עיניו בהגדרה הנ"ל גם את האומה היהודית."

אולם בסופו של דבר לא נתנה אותה הגדרה חשובה לענין שעמד שם לבירור וכב"ה השופט ברנזון הכריע בענין מנימוקים אחרים לגמרי. (שם, 2454 ליד "ג").

בספרו "גולה ונכר", כרך א', עמ' 108, מציע פרופ' יחזקאל קויפמן את

ההגדרה הבאה:

"האומה היא קיבוץ המאוחד על ידי שותפות של דם (או מוצא, גזע), לשון ארץ, רוח או אופי, נימוסים, משפט, דת, עבר היסטורי, הכרת אחדות ורצון מכוון כלפי אחדות בעתיד."

אולם גם פרופ' קויפמן ממחר להוסיף כי במציאות קיימות קבוצות אתניות - "אומות" בלשוננו - שתנאים אלה אינם מתקיימים בהן. (בעמ' 108-110).

פרופ' אקצין בספרו STATES AND NATIONS, עמ' 11, עומד על הקושי

בהגדרת המונח nation, מצביע על ערבוב התחומים הנוצר עקב השימושים השונים בו,

ובעמ' 12 (הערה 2) הוא מוסיף כי גם המונח "קבוצה אתנית" אינו ברור במידה רבה מן

המונח nation

"Still greater difficulties are presented by the term 'nation'."

"We speak commonly of a British, an American, a French, a Spanish nation, when what we have in mind is the circle of persons bound to Britain, the United States, France or Spain by bounds of 'allegiance' as determined by the laws of these countries - a circle which coincides fairly closely, though not completely, with the sum total of these countries permanent inhabitants."...

"nationality" is the quality of citizenship or subjection to a State, imputed to an individual; the adjective 'national' as in 'national interest' is an attribute assumed to be that of the State and its population taken as a whole 'nationalization' is the turning over of ownership to State authorities." (p. 11)

"And yet all these terms, with the single exception of 'nationalization' are used simultaneously in English and in Romance languages, overwhelmingly in German and in the Slavic languages, in the sense of an ethnic group or a relationship based on it. This is particularly true of the very modern and very controversial term of 'nationalism'. The basic difference between the usages is not, as in the case of the term 'State', a difference of degree or shade; it is rather a difference of essential meaning."... (p. 12)

"Precisely what constitutes an ethnic group is not much clearer than what constitutes a nation. The usefulness of the term ethnic lies in its being more neutral and free from emotional overtones of approval and disapproval than the term nation and its derivatives."⁶
(p. 12)

"For this reason social categories in general and ethnic groups in particular do not lend themselves to precise definitions."
(p. 35)

16. הואיל והבעיה העומדת לפנינו היא מהו "הלאום היהודי", או "מיהו יהודי" - מבחינת הלאום, אציע לבית המשפט הנכבד לדון רק בסוגיה זו ולא להכנס לדיון האקדמי רב-המידות בדבר משמעות "לאום" בדרך כלל. זאת ועוד: הבעיות הכרוכות ברישום הלאום בדרך כלל, דהיינו לאו דווקא בקשר הלאום היהודי, הן כה סבוכות עד שגם לגבי לאומים אחרים תתחייב לא אחת בדיקה ספציפית לצורך העניין המיוחד, מבלי שההגדרות הכלליות יהיו לעזר. מה תועיל הגדרה כוללת כל שהיא להשיב על השאלה: אם אשת העותר למשל, היא בת הלאום הבריטי או הסקוטי.

לעניין זה הנני מפנה בהקשר זה גם ל- Oppenheim's International Law (7th ed.) Vol. 1, p. 588.

האם בן יוגוסלביה, צ'כוסלובקיה או בלגיה, הוא בן לאחד משלושה לאומים אלה, או בן ללאום אחר (סרבים, קרואטים, סלובנים, מקדונים או בוסנים - ביוגוסלביה בלבד) צ'כים וסלובקים, פלמים או וולונים)? אין אני מתכוון לקבוע עמדה בשאלה זאת, אלא רק להדגיש את הפרובלמטיקה.

17. מאלפים בהקשר זה הם דבריו של דוד בן גוריון בספרו "נצח ישראל", הפרק

"ישראל בעמים", בעמ' 125.

"שום בר-דעת אינו יכול למקפק עוד עכשיו שהיינו עם גם במשך כל תקופת הגלות, אכן עם *sui generis* - לא היינו דומים לעמים אחרים, ואף עכשיו אין אנו דומים, ולא נהיה דומים גם בעתיד. עמדנו ביחודנו - ונעמוד בו. אבל אולי רק היהודים היו סבורים שכל שאר העמים דומים זה לזה. ומשום כך חילקו העולם בפשטות נאיבית לשנים: היהודים והגויים. אך ספק הוא אם יש עם אחד בעולם שאינו רואה עצמו שונה מכל שאר העמים, ובצדק. השוני הוא עובדה אוניברסלית ועולמית; ההבדל הוא רק בטיב השוני, בחשיבותו ובאיתנותו."

ה ל א ו ם ה י ה ו ד י

18. בית משפט נכבד זה כבר פסק בשאלה מה אמת המידה על פיה תיקבע ההשתייכות

ללאום היהודי, לצורך התחיקה החילונית הישראלית;

בבג"צ 72/62 - רופאייזן נ. שר הפנים - פד"י ט"ז עמ' 2428, בעמ' 2438

(פסקה ראשונה) אומר כב' השופט זילברג:

"לא כן הוא הדבר בחוק השבות. חוק זה, עם כל חשיבותו ההיסטורית העצומה, הוא חוק חילוני אשר - מאין הגדרה למונחיו לא בחוק ולא בפסיקה - חייבים אנו לפרש מונחים אלה לפי משמעותם הרגילה, בהתחשב, לצורך ססיה מן השגור, עם המטרה הלגיסלטיבית שהולידה את הוראות המחוקק. ומכיוון שחוק השבות הוא חוק ישראלי מקורי ולא מתורגם, הרי הדעת נותנת כי יש לפרש את המונח "יהודי" כפי שאנו, היהודים מבינים אותו. כי אנחנו "הקרובים אל החלל", ומי כמונו יודע, מה תכנו ומהותו של המושג "יהודי"..."

ובעמ' 2440 בין "ו" ו-"ז" אומר כב' השופט כהן:

"ואני מסכים שאין לפרש את חוק השבות (ואת פקודת מרשם התושבים) לפי דין התורה, אלא יש לפרש אותו ואת כל המונחים המצויים בו לפי כללי הפרשנות הנהוגים בבתי המשפט בישראל לגבי כל מעשי החקיקה של הכנסת."

19. הרעיון כי המטרה הלגיסלטיבית היא, כלשון כב' השופט זילברג, אחד הנתונים

שצריך להביאם בחשבון לצורך הפירוש, עולה מדברי כב' השופט לנדוי - בבג"צ 80/63 -

גורפינקל-וחקלאי נ. שר הפנים - (י"ז פד"י עמ' 2048, בעמ' 2071). (שם גם נבדקה

שאלה זו בהקשר לתעודה עליה נסב הדיון בפני בימ"ש נכבד זה, היינו תעודת הזהות):

"אמנם נאמר שם (אבו רס נ. מושל צבאי גליל, פד"י ה' 1476, 1478) על פקודת מרשם התושבים כי כל עיקרה לא בא אלא למטרות של סטטיסטיקה וכיוצא בזה ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות, פרט - כמובן - לעצם הזכות לקבלת תעודת זהות. אך להלן בעמ' 1479 הכיר בית המשפט בחשיבותה המעשית של תעודת הזהות בתור סימן ההיכר המובהק לישיבתו הקבועה של אדם במדינה. בדומה לכך משמשת תעודת זהות, בה רשום אדם כנשוי כסימן ההיכר המובהק לעובדה זו, לצורך משאו ומתנו אם בפני פקיד שומה ואם בפני שוער במלון ועוד כהנה וכהנה, אם כי עצם הרישום אינו מקנה, כמובן, לנרשם, עכויות על פי החוק. על כן אין לבטל כליל את ערך הרישום כאילו היתה בו רק תוספת עוד סיפורה "לחשבון הסטטיסטי" הכולל של המרשם."

אם עולה השאלה של הבחנה בין חוק השבות וחוק המרשם לענין "יהודי": -

הרי מדברי כבוד השופט ברנזון במשפט רופאייזן נובע שאין להבדיל בין החוקים

(שם, ט"ז פד"י בעמ' 2452):

"כל זה היה צריך, לפי מיטב הכרתי, להספיק כדי לפתוח לפני המבקש את שערי הארץ כעולה ולרשמו במרשם התושבים כבן הלאום היהודי."

אוחה מסקנה נובעת גם מדברי כבוד השופט זילברג (שם, בעמוד 2440):

"עם סיום סיכומי של פרקליט המדינה, נחשורה לפתע השאלה: מה היא, אם כן, לאומיותו של המבקש? יהודי - לא; פולני - גם כן לא, כי הוא ויתר על כך לפני עזבו את פולין, ואם כן, כבן איזה לאום יירשם בתעודת הזהות?"

החשובה לכך היא: אין-הכי-נמי! האח דניאל הוא בן-בלי-לאום, והמשבצת שעליה מתנוססת הכותרת "לאום", על פי סעיף 4 (ו) של פקודת מרשם התושבים, חס"ט-1949, תישאר ריקה ובלתי ממולאת. ואין כל אנומליות בדבר, כי לא כל מבקש תעודה יכול למלא את כל המשבצות שבה. למשל בן-בלי-דת."

20. לסיכום נקודה זאת: לצורך בדיקת המשמעות אותה יש לתת למונח "לאום יהודי"

בעת רישום לפי חוק מרשם האוכלוסין הופנינו על ידי הפסיקה למשמעותו של המונח כפי שאנו, היהודים, מבינים אותו, ולא ניושע מהגדרות מדעיות ערסילאיות של המונח "לאום".

21. בהציעי לבית משפט נכבד זה להשאיר בצדי הדרך את ההגדרה הכללית של המונח

"לאום" ולהתקדם לעבר הגדרת המונח "לאום יהודי", שחיים הן הסיבות המניעות אותי לכך: ראשית, כפי שכבר ציינתי, יש ממילא הכרח, בכל מקרה, לבדוק את השיוך ללאום מסויים, תוך התחשבות בבעיות הספציפיות של לאום זה או אחר. שנית, מישנה התוקף שיש לכלל האמור כאשר מדובר על הלאום היהודי.

22. העם היהודי נולד והתקיים תוך שילוב ושיזור - יחידים במינם - של האלמנטים

הדתיים ושל האלמנטים הלאומיים והתרבותיים האחרים המהווים ביחד את מרכיבי יישותו. שילוב ושיזור אלה מצאו ביסודי בולט בשילוב כללים של המשפט העברי, בחחומים מסוימים ומוגדרים, כנורמות לאומיות-חילוניות מחייבות. למותר להדגיש שהביסויים לקיומו של שילוב זה משתרעים מעל ומעבר לנושאי המשפט בלבד.

23. ההשקפה המחוארת תוארה בדבריו של כב' הנשיא בפסק דינו בענין ע"א 191/51 -

סקורניק נ. סקורניק - ח" פד"י 141, בעמ' 175-178, וכן 177 עד סוף העמוד, וחלילה

עמ' 178:

"במקום הזה יכולתי לחתום את דברי אילולא ראיתי עצמי חייב לחזור ולדון בשאלה יסודית אחת שהציגה בא-כוח המערער בנסותו למנוע בעדנו מלהחליט, כי לגבי ענין כשרות הנישואין של בעלי-הדין מכריע החוק הזר שהיה להם בעת שנתקשרו בצורה אזרחית בחוץ-לארץ. הגע בעצמך, אמר מר שפט, אם תחקבל הלכה זו, אזי צדדים שערכו את נישואים על-פי דין תורה בחוץ-לארץ, בעת שהיו אזרחי מדינה המחייבת עריכת נישואין אך בצורה אזרחית, לא ייראו כאנשים נשואים בעיני בית-משפט אזרחי במדינת ישראל. והנה, אין להטיל ספק בכך, הוסיף והדגיש הוא, שקיימים מקרים במספר שאין ערוך לו, של יהודים אשר לפני עלותם ארצה ערכו את נישואיהם על-פי דין תורה בלבד; וכלום יתכן הדבר כי נישואיהם של יהודים כאלה לא ייראו כתופסים.

קיצורו של דבר: אותו עקרון של "מדיניות בריאה", בה דגל השופט המלומד בקבעו כי נישואיהם האזרחיים של הצדדים תקפים הם, מחייב שנפסוק הלכה אחרת מההלכה שנתקבלה על דעתנו, באשר זו האחרונה עשויה לגרום תקלה רצינית ליהודים השייכים לסוג האמור ושמשפרם רב מזה של אלה אשר, בטרם יעלו לישראל, ערכו את נישואיהם בצורה אזרחית בלבד.

שאלה זו שעוררה בא כוח המערער היא בלי ספק שאלה רצינית, התובעת תשובה רצינית. משום כך, אין בדעתי לפטור את עצמי בנימוק המקובל, שבבוא הזמן בו תתעורר אותה שאלה לפנינו במישרין, כי אז נדון בה ונשיב עליה; הרי התשובה שיש להיתח לה, לשאלה זו, עשויה לשמש שיקול שמן הראוי להביאו בחשבון, גם בשעה שעומדים לקבוע את ההלכה לפיה תידון כשרותם או פסלותם של נישואין כגון אלה שנערכו בין בעלי-הדין בעניננו. מאידך גיסא, גם אין בכוונתי - מאחר שהשאלה האמורה אמנם נחעוררה אצלנו אך בעקיפין - להרחיב את הדיבור בשטח זה, כי אם אסתפק בציון הקווים הכלליים של המחשבה שהביאתני אל המסקנה אליה באתי.

מסקנה זו היא: נוסה אני לחשוב כי אפילו בית-משפט אזרחי בישראל, לכשתבוא לפניו השאלה, אם תקפים הם נישואין שנערכו בין יהודים בחוץ-לארץ על פי דין תורה בלבד, יהיה חייב להכיר בהם, בנישואין אלה, אף אם החוק של אותה מדינה, אשר הצדדים בעת הינשואם זה לזה, היו מאזרחיה, מכיר אך בנישואין הנערכים בצורה אזרחית.

כבר עמדתי, בחלק אחר מפסק-דיני, על ההלכה - והיא נקבעה עוד בתקופת המנדט - כי החוק האישי של יהודים חסרי נתינות הוא החוק העברי. אמנם בדבר המלך המועצה גופו אין לגלות כל זכר להלכה זו, ואכן אפשר היה לגרוס גם אחרת, דהיינו, כי יש לראות כחוקם של אותם היהודים את חוק לאומיותם האחרונה (ראה, בדבר גישה אפשרית כזאת, את דברי וולף, ע' 103, הערה 1). אמנם אין בדעתי - ואף זאת אמרתי לעיל - לסטות מההלכה הנזכרת, ומה גם אני חושב אותה כנכונה. ואולם אומר אני לחלוק כאן על הגישה ששימשה בזמנה יסוד לקבלת אותה הלכה, היא הגישה, כי החוק העברי הנהו החוק הדתי של יהודים כנ"ל, ורק משום כך יש לראותו כחוקם האישי (עיי' לגבי השקפה זו, ב-ע"א 195/43, שהוזכר לעיל). תפיסה זו של הדברים נראית בעיני כמוטעיה מעיקרה באשר היא מתעלמת מהתפתחות ההיסטורית של העם היהודי במשך הדורות, וגם מענף שזוהי תפיסה מלאכותית, בלתי מציאותית, הואיל ולפיה יוצא שכופים על יהודים שאינם "מאמינים" - וישנם כאלה - ציות לחוק העברי אך ורק משום שזהו, כביכול, חוקם "הדתי", והלא זה לא יתכן, אכן, סבור אני, כי היסוד האמיתי להלכה הנזכרת הוא כי החוק העברי הנהו חוקם הלאומי של יהודים חסרי נתינות, לא פחות מהיותו חוקם הלאומי, בשטח עניני המעמד האישי, של יהודים, אזרחי מדינת ישראל. אולם מרחיק אני לכת ואומר: לכשתבוא לפני בית-משפט בישראל שאלה כמו זאת שהזכירה בא-כוח המערער, מותר ומותר יהיה לו, לאותו בית-משפט - לשם המטרה המצומצמת של מתן חוקף לנישואין שנערכו בחוץ-לארץ רק על-פי דין תורה - לראות את החוק העברי כחוקם הלאומי של הצדדים - דהיינו, במובן סימן 64 (||) הנ"ל - ואפילו היו הם, בשעת הינשואם, אזרחי מדינה זרה שאינה מכירה בנישואין כאלה. אבהיר את דברי.

בימים אלה כמעט למוחר להסביר - מה שצריך להיות גלוי עתה לעיני כל - כי היהודים, גם לאחר שהוגלו מארצם, מעולם לא הפכו להיות, בעיני עצמם, כת דתית, ומעולם לא חדלו להיות, לפי תפיסתם הם, אומה אשר מקומה בין שאר אומות העולם; אשר העדרה מארצה, לה המשיכו בניה לשמור אמונים, הוא זמני, ואשר נשאה עמה, בכל תפוצותיה ובכל תקופות גלותה, את נכסי צאת הברזל של חרבותה - את הקנינים הלאומיים שלה, והמשפט העברי בכלל קנינים אלה.

אמנם במשך הזמן הארוך, בו נאלצו היהודים, בארצות פזוריהם להסתגר מאחורי חומת הגיטו, לבש המשפט העברי יותר ויותר צורה דתית מובהקת. ואולם, הוא לא פסק אי פעם, בשל כך, לשמש חוקם הלאומי של היהודים גם אחרי שנפרצה אותה חומה והם יצאו לעולם הרחב; ודין זה חל גם לגבי אלה היהודים אשר - לאחר שטעמו טעם "ההשכלה" ואף רכשו זכויות אזרחיות ומדיניות במדינות בהן ישבו - התחילו לראות כמה מדיניות של המשפט האמור, ואולי אף רבים מהם, כזרים לרוחם. בדברו על מקומו של ה"שולחן ערוך" בחיי העם היהודי, כתב אחד-העם במאמרו "נחלת אבות" (כתבים, הוצאת "דביר", בעמוד רע"ב), כי היה זה:-

"...הספר המתאים ביותר לרוח עמנו לפי מצבו וצרכיו באותם הדורות שקיבלוהו עליהם ועל זרעה. ואם נכריז עליו "שאין זו תורתנו", תהיה הכרזתו מחנגדת אל האמת, כי אמנם זו היא תורתנו בצורה שקיבלה בהכרח בסוף ימי הביניים, כמו שהתלמוד הוא תורתנו בצורה שקיבלה בסוף ימי קדם, וכמו שהמקרא הוא תורתנו בצורה שקיבלה בהיות העם עוד חי חיים לאומיים בארצו; שלוש אלה יחד אינן אלא שלוש נקודות שונות בדרך התפתחותו של עם אחד - של רוח האומה הישראלית - בהסכם למצבו וצרכיו בתקופות שונות."

ובמאמר אחר ("תורה מציון", שם בע"ת"ח) כתב:-

"...רק אטרופיא מוחלטת של הרגש הלאומי תוכל להביא את היהודי לידי שחרור מזה, שכל קדשי האומה מימות עולם יהיו בעיניו כדברים זרים לו בהחלט, אין לו ולהם כלום, והוא מקרבם או מרחקם, מתייחס להם בכבוד או בבוז, בהסכם למשפטו האובייקטיבי, שהעלה ב"מצודת שכלו". מי שלא הגיע עדיין לאטרופיא כזו אינו יכול לעקור מלבו את הקשר עם העבר הלאומי וכל קדשיו, אף אם הגיע בעיניו הדת עד הגבול האחרון של הכפירה, ואין הבדל בינו ובין היהודי הדתי אלא שזה אומר: "אני מאמין", והוא אומר: "אני מרגיש"."

"...כאמור, איני מייחס חשיבות יתירה - מבחינת הבעיה המעסיקה אותנו כאן - לשאלת מידת תחולתו של המשפט העברי, כחלק מהמשפט המונציפלי של מדינות זרות, על תושביהן היהודים. איני עושה כן הואיל ובו ברגע שאנו מודים כפי שאנו חייבים להודות - בהמשך קיומם של היהודים, בכל הדורות ובכל ארצות פזוריהם, כאומה נפרדת, שוב עלינו לבחון את אפיו של המשפט העברי על-פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחדת, כחלק מנכסי צאן ברזל של חרבותה. פירוש של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם."

אם מסקנה זו, שיסודה בגישה היסטורית הנזכרת, נכונה היא, הרי נוכל עתה להשתחרר בנקל מאותה השקפה מלאכותית - וכבר עמדנו עליה - הכופה ציות לחוק "דתי" על אנשים שאינם רואים עצמם כדתיים כלל וכלל. אולם יתרה מזו: אותה מסקנה יש בה כדי להובילנו אל פתרון משביע רצון של הבעיה שהועלתה על-ידי בא-כוח המערער."

עד כאן דברי כב' הנשיא המדברים בעד עצמם.

נראה גם את דברי השופטים במשפט רופאייזן:

בבג"צ 72/62 - ט"ז פד"י בעמ' 2438 - אומר כב' מ"מ הנשיא השופט זילברג:

"לא באתי להסיף פה דתיות, ואין אני מייצג כאן שום השקפה ספציפית בנוגע להתפתחותו העתידה הרצויה של העם היהודי. יודע אני כי הדעות על הרצוי והמצוי חלוקות מאד בישראל, לפי כל גווני הגוונים של הקשת הרוחנית הרחבה - מחרדים קיצוניים עד אפיקורסים גמורים. אבל דבר אחד משותף לכל העם היושב בציון (חוץ ממעטים מועטים), והוא: אין אנו מנתקים את עצמנו מן העבר ההיסטורי."

ואין אנו מתכחשים למורשת אבות. ממשיכים אנו לשתות ממקורות ראשוניים. שונה הצורה, שונים הצינורות, שונות המסקנות, אך אין אנו סותמים את הבארות, כי בלעדיהן נהיה עניים מרודים. רק פתי יאמין או יחשוב, כי אנו יוצרים כאן תרבות חדשה, כי-מאוחר מדי! עם שגילו (כמעט) כגיל האנושות, אינו מתחיל ab ovo, ותרבותנו החדשה בארץ תהיה, אף במקרה הקיצוני רק מהדורה חדשה של תרבות העבר.

כזה וכזה הוא מטענו הלאומי של יהודי בישראל - בין אם הוא דתי, בין אם הוא לא דתי, ובין אם הוא אנטי-דתי. אם יאבה ואם ימאן, קשור הוא בטבורו אל היהדות ההיסטורית: ממנה הוא שואב את שפתו וניביה, על פיה חוגג הוא את חגיו, וענקי המחשבה עם גבורי הרוח שלה - ביניהם: שרופי ספרד והרובי תתנ"ו (1096) - מפרנסים את גאוותו הלאומית."

בעמ" 2441 (תחילת העמוד) אומר כב" השופט כהן:

"ועוד אני מסכים לדברי כבוד אב-בית הדין, כי "אין אנחנו מנתקים את עצמנו מן העבר ההיסטורי, ואין אנו מתכחשים למורשת אבות". ומצדי אוסיף ואומר כי חוק-יסוד כחוק השבות, המחרגם ללשון הלכה-למעשה את האנטי-מאמין של המדינה, סעון פירוש - והוא זכאי לפירוש - אשר לא יתכחש לרקע ולרעיון של הקמת מדינת ישראל, אלא יביא לידי הגשמת חזונה ומטרותיה."

בעמ" 2454 אומר כב" השופט ברנזון:

"בהודיעו על קבלת חוק השבות בכנסת פה אחד, אמר היושב-ראש שהחוק "מסמל את שאיפות עמנו במשך אלפיים שנה". שאיפתו המרכזית של העם בכל הדורות היתה להחזיר עשרת קוממיות העם היהודי לישנה על-ידי קיבוץ גלויות וחידוש החיים הלאומיים העצמאיים שלנו בארץ האבות, ערש הלאומיות היהודית והדת היהודית."

בעמ" 2447 אומר כב" השופט לנדוי:

"היש צורך להזכיר את ההכרזה על הקמת מדינת ישראל הפותחת בתיאור "הקשר ההיסטורי והמסורתי" של העם היהודי עם ארץ-ישראל, "בה עוצבה דמותו הרוחנית, הדתית והמדינית" של העם ש"לא חדל מחפלה ומתקווה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חירותו המדינית"? ברוח זו הוחק חוק השבות, הוא החוק על בנים שבים לגבולס. אין לנתק את משמעות החוק הזה ממקורות העבר, שמהם נשאב תכנו, ובמקורות אלה שלובות לאומיות ודת יחדיו ללא הפרד."

ובעמ" 2448 הוא מוסיף:

"ועוד זאת ברצוני להעיר: הציונות הדגישת ומדגישה את האספקט הלאומי של היהדות, כנגד יריביה הרואים ביהדות אמונה דתית בלבד. אך עובדה היא שגם בימינו מוסיפה ההשתייכות הדתית, ויהא זה רק בדרך שמירה רופפת של כמה ממנהגי הדת, להיות החוליה המקשרת העיקרית בין יהודי הגולה. המרת הדת היא בשביל יהודי בגולה הצעד הראשון לסמיעה לאומית, ולשם כך הוא ממיר את דתו. חוק השבות נכתב בשביל יהודים העולים אל המדינה מן הגולה. זה מבליט ביתר חריפות את החולשה היסודית של פירוש הדיבור "יהודי" בחוק השבות, המוצע על-ידי המבקש."

24. אותו קשר ושילוב בין יסודות ההלכה ויסודות הלאום בתחומים מסוימים מצא את

ביטוי לא רק בפסיקה אלא גם בדעותיהם וכתביהם של גדולי הציונות, אשר הם שהניחו

את היסודות הרעיוניים עליהם מושתת קיומה של מדינת ישראל, והם שימשו עזר לבית

המשפט גם בענין סקורניק וגם בענין רופאייזן.

בכג"צ 72/62 - ס"ז פד"י בעמ" 2439 - אומר כב" השופט זילברג;

"השקפת היסוד, כי היהודי ו"נוצרי" הם שני תארים שאינן מתאפין בנושא אחד, היא נחלת הכל, הן של פשוטי עם והן של מלומדים, כפי שעולה מן הספרים שצוטטו לפנינו על-ידי פרקליט המדינה. למעשה הדבר הוא כל כך פשוט בעיניהם, עד שאין טורחין אפילו להסבירו."

בעמ" 2445 אומר כב" השופט לנדוי:

"מדינת ישראל הוקמה על-ידי ציונים על יסודות התורה הציונית, וחוק השבות עצמו נותן ביטוי להגשמת אחד מעיקרי הציונות. מן הדין איפוא שלשם פירושו נשאל לא רק את פי "היהודי מכל ימות השנה" את שאלתנו בדבר יהודי שהמיר את דתו, אלא נחזקה על דרכי מחשבתם של אבות הציונות..."

ובעמ" 2454 אומר כב" השופט ברנזון:

"כשהופיע מר משה שרתוק (שרת) מסעם הסוכנות היהודית בפני הוועדה המיוחדת לארץ-ישראל של האו"ם ונשאל על-ידי אחד מחבריה מי נחשב על-ידי הסוכנות היהודית כיהודי, ענה מר שרתוק לאמור:

"הייתי אומר באופן סכני ובמונחים של התחיקה הארץ-ישראלית, כי הדת היהודית היא הכרחית. מה שהכרחי הוא שהאיש לא יעבור לדת אחרת. הוא אינו חייב להיות יהודי פעיל ושומר מצוות. הוא עדיין נחשב כיהודי, אבל אם הוא נכנס בברית דת אחרת, שוב אינו יכול לדרוש שיוכר כיהודי. המבחן הדתי מכריע."

נפנה עתה לאבות הציונות ונראה מה דבריהם בנושא שבפנינו: -

הרצל / מדינת היהודים, בעמ" 57:

"לכל חבורה רב ההולך עם עדתו. החבורות מתחברות באין אונס. חבורות בני המקום מתרכזות מסביב לרב. כמספר הרבנים יהיה מספר החבורות. הרבנים יהיו הראשונים אשר יבינו לרענו, המה יתלהבו ראשונה לרעיוננו ומעל הבמות ילהיבו את האחרים. אין צורך לקרוא לאספות מיוחדות להרבות שם להג. בין תפלה לתפלה יעשו זאת. וכן יאה. רק באמונת אבותינו נכיר את אחדותנו ההיסטורית, כי במרוצת למדנו את לשוננו לדבר בשפת על עם ועם."

ידיעות "האגודה" ו"החברה" תשלחנה כסדרן אל הרבנים. והן ישמיעון ויבארו לקהל עדתם. ישראל יתפלל בעדנו, בעד נפשו."

הרצל / מדינת היהודים, כמצוטט בענין רופאייזן - ס"ז פד"י בעמ" 2445:

"השפה המועילה ביותר למשא-ומתן בין הבריות תוכר מאליה כשפה ראשית. הרי שותפותנו הלאומית היא מיוחדת ויחידה במינה. בעצם אנו עוד מכירים זה בזה כשייכים לאותו ציבור רק על - פ י א מ ו נ ת א ב ו ת י נ ו."

אחד העם/על פרשת דרכים - כמצוטט בענין רופאייזן - ס"ז פד"י בעמ" 2446:

"לאומיות יהודית שאין בה שום רושם מכל אותם הדברים שהיו נשמת חייה של האומה במשך אלפי שנה ושעל-ידם קנתה לה מקומה המיוחד בהתפתחות הקולטורא של כל המין האנושי - בריה משונה כזו אין אדם יכול לצייר לו במוחו, אלא אם כן רחוק הוא מרוח עמנו מהלך ת"ק פרטא."

א.ד. גורדון/האדם והטבע, במאמר הנושא שם זה, בעמ" 123:

"אולם מאחר שחיי כל אדם, בכל מקום שהוא חי אותם בכל שלמותם, הם יצירה משותפת של כל בני אומתו, יצירת האישיות הקיבוצית של האומה, נמצא, כי עבודת הדת היא עבודת החיים הלאומיים מצדס הקוסמי, היצירה שבחיים הלאומיים."

מצד זה היא מקיפה את כל החיים. אף אמנם כך הן הדתות הפרימיטיביות כן היא גם דת ישראל. עבודת הדת היא התגלות הנפש הקיבוצית, הלאומית, העצמות הקיבוצית, הלאומית לעצמה, התבטאות ה"אני הקבוצי" הלאומי ב"אני הפרטי" של כל אחד מבני האומה. את זה אתה רואה ביחוד בחגים הלאומיים, שהנם רגעים שבהם מרגישה האומה את עצמה כעין נפש קיבוצית אחת הקשורה בנפש העולם כולו, שהינם כעין רגעים של עליית נשמה לאומית. כל אחד מבני האומה, במידה שהוא קשור לאומתו, מרגיש את זה בכל חוקף, בכל כוח החיים שבו. פה מזדווג המומנט ההיסטורי, שהנו התפשטות החיים הלאומיים בזמן, כמו שחיי האומה בהווה הם התפשטות החיים הלאומיים במקום. "חייב אדם לראות את עצמו כאילו הוא יצא ממצרים"... בשעה שאדם מישראל אומר את הדברים האלה, הוא באמת מרגיש את עצמו - כמובן, במידה שהוא בעל הרגשה, - כאילו הוא יצא ממצרים."

שלמה שילר/כחבים, במאמר "הציונות והדת" בעמ' ו' :

"ואם נאמר לסמן את חכניתם העתידה של החיים הדתיים בישראל, בהשתנוותם לעומת מאות השנים שעברו, עלינו לנסח את תוצאות חקירתנו במשפט קצר: רוח היהדות בדורות העבר היתה דתית בעיקרה, ולאומית שלא-במחכוון; לעתיד תהיינה המניפסטציות של אותה הרוח כולן לאומיות, אבל פריה של הרוח הזאת, הגרעין שבחוכה, וכחה הפועל שלא-מדעת תהיה הדת. לפנים היתה הדת פונה מן הסבע, ותהי תקוה בלי מעשה; אבל לעתיד תהיה הדת שמחת החיים והתעוררות המעשה. ועל הציוניות, שהיא האורגן של תחיתנו הלאומית, לישר את ההדורים שבין שתי השקפות-החיים הללו."

יחזקאל קאופמן/כמצוטט בענין רופאייזן - ס"ז פד"י בעמ' 2439 "ה":

"גם הרעיון הלאומי, אף-על-פי שהביא עמו לעולם את המושג הלאומיות היהודית החילונית, לא יכול היה להפקיע בבח-אחת את הקשר העתיק בין "ישראל" ו"אורייתא", בין העם ובין חורתו. אדרבה, המחשבה הלאומית ניסתה היא גופה להעמיד את הקשר הזה (ההדגשה שלי) על בסיס חדש-לאומי, ולא עוד אלא שאף בשעה שהגיעה לידי הסעמת מהותה החילונית של האומה... ביקשה בכל זאת להעמיד את הלאומיות היהודית על "יהדות" כמובן תורה, השקפת עולם או "אידיאה" מסוימת."

דוד בן-גוריון/נצח ישראל, במאמר הנושא שם זה, בעמ' 154-155, 184:

"הויכוח הדתי בישראל מסתבך לרגל אפיה המיוחד של הדת היהודית. בעיית הדת היהודית שונה ביסודה מהדת הנוצרית. היא אינה מסתפקת בעקרונות אמונה מופשטים, אלא מושחתת על מצוות עשה ולא תעשה, המקיפות כל חיי האדם מרגע היולדו (עוד קודם לכך) ועד פטירתו וקבורתו, מבלי להשאיר כל שטח נייטרלי מחוץ לזיקת הדת. מאידך גיסא הדת היהודית היא דת לאומית, ובה נספגו כל התכנים ההיסטוריים של עם ישראל מאז היותו ועד היום. ולא קל להפריד בין הצד הלאומי ובין הצד הדתי."

מיזוג היסוד הדתי והלאומי אינו חדש בתולדותינו, וימיו כימי ישראל. בספרותינו הקדומה ביותר מסומנים שני מקורות להתהוותו של עמנו: - מקור אחד - מ צ ו א ה מ ש ו ת ף מזרע אברהם ומבני ישראל (או בני יעקב). המקור השני - הברית שנכרתה בין אלהים ועבדו משה ובין העם: "ה' אלהינו כרת עמנו ברית בחורב, לא את אבותינו כרת ה' את הברית הזאת כי אתנו אנחנו אלה פה היום כלנו חיים" (דברים ה', 2-3).

הפתרון הנוח של הפרדת הכנסיה מהמדינה, שנחקבל באמריקה לא מתוך נימוקים אנטי דתיים, אלא, להפך, מתוך זיקה עמוקה לדת ומתוך רצון להבטיח לכל אזרח חופש דתי מלא, פתרון זה גם אילו היה מתקבל בישראל, לא היה פותר את הבעיה. חגי ישראל יש להם משמעות כפולה: גם רליגיוזית-קוסמית וגם היסטורית-לאומית. למנוחת שבת ניתנו בתורה שני נימוקים: נימוק סוציאלי: "למען ינוח שורך וחמורך וינפש בן אמתך והגר" (שמות כג, 12) ושוב: "ויום השביעי שבת לה' אלהיך לא תעשה כל מלאכה אתה ובנך ובתך ועבדך ואמתך ושורך וחמורך וכל בהמתך וגרך אשר בשעריך למען ינוח עבדך ואמתך כמוך" (דברים ה', 14).

וגם נימוק רליגיוזי-קוסמוגוני. "ויום השביעי שבת לה" אלהיך לא תעשה כל מלאכה כי ששת ימים עשה ה' את השמים ואת הארץ את הים ואת כל אשר בו וינח ביום השביעי, על כן ברך ה' את יום השבת ויקדשהו" (שמות כ" 22). ואין יהודי מחויב להיות דווקא אדוק - למען יראה הערך הרב שיש בקיום השבת מועדי ישראל - כימי מנוחה וחגים היסטוריים המנחילים צביון יהודי ורציפות היסטורית לחיינו הציבוריים, וחגי פסח, השבועות והסוכות אף הם יש להם משמעות היסטורית ומשמעות טבעית-רליגיוזית, פסח הוא חג האביב וחג יציאת מצרים; שבועות הוא חג מתן התורה וחג הביכורים, ונוסף לו גם נימוק סוציאלי: "ועשית חג שבועות - ושמחת לפני ה' אלהיך, - אתה ובנך ובחך ועבדך ואמתך והלוי אשר בשעריך והגר והיתום והאלמנה אשר בקרבך - וזכרת כי עבד היית במצרים" (דברים טז. 11-12). וסוכות הוא חג האסיף - וזכר לנדודי המדבר אחרי יציאת מצרים; "למען ידעו דורותיכם כי בסכות הושבתי את בני ישראל בהוציא אותם מארץ מצרים" (ויקרא כג, 43). ואין זה רק ענין החגים. היצירה היהודית מימי משה רבנו ועד תקופת ספרד הייתה לבושה כולה לבוש דתי; וגם מי שאינו מקדש לבוש זה - אינו יכול לוחר על יצירה נצחית זו; הספרים שנוצרו ונתקדשו בישראל הורישו לעם היהודי ולאנושות כולה ערכים רליגיוזיים ומוסריים שאין ערוך להם, בישרו חזון לאומי ואוניברסלי לאחרית הימים, שיש בו כדי להאיר מחשבי חיי אנוש ולהדריך האדם והאנושות במעגלי צדק ושלום, חדש ואמת.

"רק האפיקורסות השטחית מזלזלת בחפיקי העצום שמילאה בגולה ועדיין ממלאה דת ישראל גם עכשיו בקיום העם היהודי ובליכודו, וברור שכל יהודי בגולה קרוב ונאמן יותר לעם, וגם קשריו עם ישראל הדוקים יותר, במידה שאינו רחוק מאמונת הוריו..."

25. גם הוגי דעות לא ציוניים, כשמעון דובנוב, יעקב לשצ'ינסקי ופרופ' ישעיהו

ברלין מגיעים לאותה תוצאה עצמה.

קופל פינסון, המהדיר של מסות דובנוב בהוצאה האנגלית, מעיר עליו את הדברים הבאים

אגב הבאה קטע מדברי דובנוב עצמו:

NATIONALISM AND HISTORY

Essays on old and new Judaism by SIMON DUBNOW

"This accounts for the positive attitude that Dubnow has toward religion in Judaism. Dubnow rejects the factor of religion as the supreme criterion of Jewish nationalism. Judaism, for him, is not merely a religion but a "system of culture". But he insists just as strongly that a Jew cannot abandon the religion of Judaism and still remain a Jew."

כך אומר דובנוב:

"By aspiring to secularism, by separating the national idea from religion, we aim only to negate the supremacy of religion but not to eliminate it from the storehouse of national cultural treasures. If we wish to preserve Judaism as a cultural-historical type of nation we must realize that the religion of Judaism is one of the integral foundations of national culture and that any one who seeks to destroy it undermines the very basis of national existence. Between us and the orthodox Jews there is only this difference: they recognize a traditional Judaism, the forms of which were set from the beginning for all eternity, while we believe in an evolutionary Judaism in which new and old forms are always being assumed or discarded and which adjusts itself ... to new cultural conditions."

"That is why, according to Dubnow, it is impossible for a Jew converted to Christianity to remain a Jew by nationality and become a Christian by religion. 'The exit from Judaism by acceptance of the Christian religion,' he says definitely and incisively, 'means exit from the Jewish nation.'"

דבריו של לשצ'ינסקי צוטטו בבג"צ 72/62 - רופאייזן נ. שר הפנים - ט"ז פד"י בעמ'

:2439

"הדת עודנה הסימן המובהק החיצוני המבדיל את האוכלוסיה היהודית מזו שאינה יהודית. גם האוכלוסיה היהודית וגם הלא יהודית יודעות היטב, כי דת יהודית פירושה גם לאומיות יהודית, ויכול אדם להיות חפשי ביותר ואף אפיקורס, ולראות את עצמו יהודי מבחינת דתו, ולהיראות כך גם בעיני הסביבה הלא-יהודית."

מענין גם האמור בעמ' 89 של ספרו "הפזורה היהודית":

"יודע אני, כי אפשר ללעוג לכל אותן מצוות שעליהן שומר כאילו הדור הנוכחי של יהודי אמריקה, אולם יש להביא בחשבון כי במקרה דידן, מעניינת אותנו לא הצדיקות, אלא אורח החיים היהודי, זכר המנהג היהודי, דבר היות היהודי שונה מהרוב. אם מביאים בחשבון כי עניין לנו עם יהודים של הדור השלישי באמריקה, ואפשר שבחלקו גם עם הדור הרביעי, ועם אנשים בעלי השכלה תיכונית וגבוהה - הרי יש לקבל ברצון את העובדה, שאחוז ניכר למדי של האוכלוסיה היהודית רוצה להיות שונה מעם הרוב, רוצה לקיים סימנים של "יידישקייט", לא כדי להנות את הריבוננו של עולם, אלא כדי להפגין את נאמנותו לעם היהודי."

האמור לעיל מופגן ביתר הדגשה על-ידי המנהג שעליו שומרים במיוחד - להדליק נרות בליל שבת ולקיים סעודה של שבת. ושוב, לפנינו כאן לא אדיקות דתית, אלא הפגנת ההשתייכות אל היהדות. השכנים הלא יהודים יודעים היטב, כי זהו בית יהודי. שבת במובן של הפסקת עבודה, הפסקת המסחר ובכלל מנוחה מלאה - אינה קיימת אף אצל 5% של האוכלוסיה היהודית. אולם הפגנת שבת על-ידי הדלקת נרות קיימת אצל יהודים רבים."

מכאן לדבריו של פרופ' ברלין, שהובאו בקובץ התשובות של חכמי ישראל שניתנו לראש

הממשלה בשנת 1958:

"It appears to me, and I am sure you will agree, that the status of the Jews is unique and anomalous, composed of national, cultural, religious strands, inextricably intertwined."

26. כסיכום לרעיון השילוב בין ערכי הדת והלאום אפשר להביא קטע אחד מדברי בעל

הערך "יהדות" בכרך י"ט של האנציקלופדיה העברית, עמ' 159, בעמ' 161:

"תפיסה מתונה יותר רואה אף היא ביהדות בעיקר את המהות האתנית לאומית, אולם מקבלת כיסודות של מהות זו - נוסף על הארץ והלשון - גם את הדת, את המסורת ההיסטורית, את יצירות החרבות, את קשר-הגורל וכל חופעה מן התופעות המאחרות ומלכדות את הקיבוץ ההיסטורי היהודי ותוחמת תחום בינו ובין העולם הנכרי. זוהי התפיסה המקובלת - במפורש, או רווחת שלא מדעת - ברובה של התנועה הלאומית ציונית. ניסוח רעיוני שיטתי ניתן לה במשנתו של אחד - העם, הרואה ביהודים אומה מבחינת התודעה והזכרונות ההיסטוריים, התקוות לעתיד והתכנים הרוחניים

המיוחדים לה; הי' היא מכלול התכנים המעצבים מהות לאומית זו, בראש וראשונה: היסוד המוסרי שבתרבותה. - לפי דובנוב הי' היא מכלול כל היסודות הדתיים, המוסריים, הפילוסופיים, והתרבותיים והחברתיים-מדיניים, שמהם התרכבה במהלך ההיסטוריה של הקיבוץ היהודי השקפת-העולם הרווחת בקיבוץ זה והתייחסותו המיוחדת למציאות. - מ. בובר רואה את הי' כהליך היסטורי-רוחני, שמגמתו - הגשמת עיקרי האחדות, המעש והעתיד, ושהתגלם בחולדות העם היהודי ובמפעליהם של יהודים גדולים."

לאחרונה ראו אור דברי הגות של חוקר צעיר, ממורי האוניברסיטה העברית בירושלים.

דברים אלה הם ביטוי חריש לחיוניות השילוב בין ערכים לאומיים ודתיים, לישראל ובשראל של היום: אליעזר שביד/מהו להיות יהודי, "מולד", חוברת 5-6, ניסן-אייר תשכ"ח, עמ' 553-564 (מופיע בנספח שהוגש בעת הסיעון והכולל גם קטעי הגות אחרים).

27. מן הנכון עתה שאפנה את שימת לבו של בית המשפט הנכבד לכללי ההלכה הדתית

היהודית הקובעים מה מעמדם של ילדים הנולדים מאם שאינה יהודיה, לא בתור כללים החלים מכוח מעמדם ההלכתי אלא לצורך חיפוש הנורמה היהודית הלאומית החילונית להשתייכות ללאום היהודי. פרטי הדברים מצויים בחוות הדעת הכלולות בקובץ של התשובות לשאלות ראש הממשלה משנת 1958.

בעמוד 109 לקובץ התשובות לראש הממשלה מובאת חוות דעתו של הרב ש. גורן האומר בין

היתר:

"(א) מעמדם של הילדים הנולדים מנשואי תערובת לפי ההלכה וההיסטוריה היהודית.

הגדרת מעמדם של הילדים מנשואי תערובת, כשהאב יהודי והאם לא-יהודיה, אנו מוצאים במשנה במסכת קדושין (פרק ג', דף ס"ו ב). שם נאמר "וכל מי שאין לה עליו ולא על אחרים קדושין הולד כמותה, ואיזה זה ולד שפחה ונכרית" רש"י פירש שם הולד כמותה - ולד נכרית נכרי, ואם גיירוהו הדי' גר כשר. בתלמוד שם (ס"ח ב') למדו את ההלכה הזאת מהמקרא "לא תתחתן בס' (דברים ז'). ושואלת הגמרא: אשכחנא דלא תפסי בה קדושין, ולד כמותה מנלן? אמר ר' יוחנן משום ר' שמעון בן יוחאי, דאמר קרא "כי יסיר את בנך מאחרי" - בנך הבא מישראלית קרוי בנך ואין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך אלא בנה.

כן אנו מוצאים הלכה מעין זו במשנה במסכת יבמות (פרק ב' כ"א א'): "ובנו לכל דבר חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העובדת כוכבים". וכן פוסק הרמב"ם ב"יד חזקה" פרק ט"ו מהלכות איסורי ביאה הלכה ד' (לפי ההוצאה הראשונה של דפוס רומי משנת ר"מ): "זה הכלל בן הבא מן העבד או מן הגוי, או מן השפחה או מן בת הגויה הרי הוא כאמו ואין משגיחין על האב. ופרק א' מהלכות יבום וחליצה הלכה ד' כותב הרמב"ם: "... שזרע הבא מן השפחה-עבדים והבא מן הגויה-גויים, וכאילו אינם... ובגויים הוא אומר "כי יסיר את בנך מאחרי - מסיר אותו מליחשב בקה"ל וכו'". כן מפורש גם בשלחן ערוך אבן העזר סימן ח' סעיף ה': "ולד שפחה ונכרית כמותה, בין שנתערבו מכשר בין שנתערבו מפוסל."

גם מפרשת המקלל (ויקרא כ"ד י"א) נראה שבמקרה של נשואי תערובת מתייחס הבן אחר האם. כי מהלשון "מתוך בני ישראל" משמע כי בן הישראלית נחשב לישראל. אלא "שבתורת כהנים" על הפרשה, (וכן ברש"י) נאמר על זה "מלמד שנתגייר" ונחלקו המפרשים בבאור הדבר (ראה רמב"ן על התורה, הראב"ד והר"ש בפירושם של ה"תורת כהנים").

מקור מפורש ביותר בתנ"ך לביטול הלכה זו שבתורה שבעל פה, שיש ליחס את ילדי תערובת אחר האם, וכל שהאם גויה נחשבים גם הילדים לגויים, אנו מוצאים בספר עזרא פרק י' פסוקים ב-ג: "ויען שכניה בן יחיאל מבני ע"לם ויאמר לעזרא, אנחנו מעלנו באלקינו ונשבענו נשים נכריות מעמי הארץ ועתה יש מקוה לישראל על זאת. ועתה נכרת בריה לאלקינו להוציא כל נשים והנולד מהם בעצת ה' והה' די' במצות אלקינו וכתורה יעשה".

פרוט ההלכה מובא גם בסקירה שהכין ד"ר נחום רקובר, ניועץ למשפט עברי במשרד

המשפטים (נספח ב' לטיעון זה) המוגשת לבית המשפט הנכבד.

דנתי במהות קנה ה מ י ד ה שעל פיו נבחון את השאלה מיהו יהודי,

ראינו מה קובעת ההלכה בנושא זה. עתה עלינו להשיב לשאלה מהי אמת המידה של "היהודי מכל ימות השנה", של היהודים עצמם, "הקרובים אל החלל", כדברי כב" מ"מ הנשיא. כאשר הם באים לקבוע מי נמנה על העם היהודי הבסיס הוא לאומי - חילוני. והמסקנה אותה אציע לבית משפט נכבד זה לקבל היא כי לאור שלובם של היסודות הלאומיים והיסודות הדתיים ביהדות, בפנינו אחד מאותם תחומים בהם אימצה לעצמה התפיסה הלאומית - החילונית נורמה ש מ ק ו ר ה בהלכה. במלים אחרות, לאור העובדה ההיסטורית שקיום המסגרת הלאומית, נכון יותר - המשך קיומה של המסגרת הלאומית, היו מיסודות ההווה הלאומית היהודית בכל הדורות, הרי בפנינו אחד מן התחומים בהם שליש כלל אחד ויחיד ולא תפיסות שונות ונפרדות.

ראשית, יש להדגיש, כי אין כיום כלל אחר כלשהו - קנה מידה אחר כלשהו - המקובל על העם, בתור שכזה, על פיו מודדים את ההשתייכות ללאום. לענין זה יש לזכור כי בית המשפט איננו יוצר דרכים חדשות, יש מאין, אלא נותן בסווי למצב הקיים. יכולות להיות דעות, השקפות ושאיפות חדשות, אולם אין להם מעמד של נורמה כללית חילונית.

שנית, בנקודה זו, זוהי גם התפיסה הציונית בדבר שלמות העם, בדבר הקשר של עם ולאום, התפיסה שדחתה ראיית היהודים כלאום בלבד או כדת בלבד, כפי שצטטתי לעיל.

שלישית, זוהי תפיסת יהדות העולם, לכל זרמיו וגוניו, כפי שאוביח עוד מעט

באסמכתאום שאביא בפני בית משפט נכבד זה.

28. אמת המידה ההלכתית בדבר דרך התקבלותו של אדם ללאום היהודי ובדבר מעמדם של ילדים בני אם שאיננה יהודיה, היא גם אמת המידה הלאומית. היא משולבת בחודעה ובהיסטוריה הלאומית מאז ומתמיד; שרשיה הם כאמור דתיים אולם משמעותה כיום היא לאומית.

אין ספק בכך שגם לאום, כמו כל מסגרת אחרת, יכול לקבוע לעצמו אמות מידה לקבלת אנשים מהחוץ לחוכו. מבחינת מי ששוקד על שלמות המסגרת חשוב כי אמות מידה כאלה, התקבלנה על דעת כלל חברי המסגרת בזמן הרלבנטי כי אחרת פירוש הדבר שחלק מבני הלאום יכירו בהשתייכותו של מי שבא מן החוץ, וחלק לאו. למותר להדגיש כי במסגרת המורכבת מאנשים בעלי דעות והשקפות חופשיות יכולות להיות גירסאות שונות בנושא שלפנינו, אולם אם מבקשים למנוע את התוצאה שאדם המבקש להתקבל למסגרת לא ייחשב ע"י חלק מהחברים בה לאחד מהם, הרי צריכים להפעיל נורמה שיש בה מ כ נ ה מ ש ו ח ך , גם אם זה לפעמים המכנה הנמוך ביותר. Lowest Common Denominator. אין בכך בסוי להשתלטות דת או כפיה דתית, אלא אפיו של העם היהודי ומרכיבי זהותו הם שגרמו לתוצאה זו בנקודה המסוימת שבפנינו. אם זוכרים שהיהודים הם עם שיש לו דת או דת אשר יש לה עם - זו התוצאה.

29. פרופ' משה דייוויס, ראש המכון ליהדות בת זמננו באוניברסיטה העברית, העומק עתה בכתובת מחקר על נישואי תערובת בעולם היהודי, אשר חלקו הראשון הופיע ב-Jewish Journal of Sociology. חודש דצמבר 1968, הואיל להעמיד לרשותנו חומר רב חשיבות המוכיח כי הציבור היהודי הגדול ביותר בעולם - יהדות ארצות הברית לכל זרמיה, הן קונסרבטיביים, הן רפורמיים והן רקונסטרוקציוניסטים (ולא רק האורתודוקסים) - מאוחד בנושא זה ומקבל את דין ההלכה כמבחן בלעדי בשאלה אם ילדי אם נכריה ואב יהודי הם יהודים, או לאו, והשובת כל הזרמים היא שלילית באורח חד-משמעי.

אפנה תחילה לשני מסמכים של רבני הציבור הקונסרבטיביים. הראשון מצוי בספרו של -

אלברט גורדון INTERMARRIAGE עמ' 184-185. מובאת שם דעתה הרשמית של The Committee on Jewish Law and Standards of the Rabbinical Assembly of America

"The official views of the Committee on Jewish Law and Standards of the Rabbinical Assembly of America (Conservative) as expressed in their answers to questions put to them by their rabbinical colleagues on the subject of intermarriage are of interest:

1. A Jew who has intermarried does not cease to be a Jew. He may continue to attend synagogue services and perform other commandments of Judaism although he has violated one of the most important of all Jewish prohibitions (Exodus 34:16; Deuteronomy 7:3).
2. It should be clearly understood that in frowning upon intermarriage and in voicing opposition to the choice of a non-Jewish mate, neither Judaism at large, nor Conservative Judaism in particular, expresses any judgment about the morality or character of these non-Jewish men and women.
3. These individuals may be fine, exceptional people. However, unless they are converted to Judaism they cannot wholeheartedly and sincerely help to preserve the Jewish religion, foster its development, and raise their children to be Jews. Children of a non-Jewish mother are not Jews.
4. Judaism is not alone in objecting to intermarriage; so does Catholicism and Protestantism. It should be noted that we feel sympathy for those Christian families whose members have intermarried with Jews and whose family unity has, consequently, been disrupted and, often, destroyed.
5. A person who has married outside of the Jewish community should not be considered a candidate for membership in a Conservative Congregation that is affiliated with the United Synagogue of America even though he applies for membership without his non-Jewish partner.
6. A congregation constitutes a community of Jews who band together to promote their interests and loyalties as Jews. The purposes of the Congregation and these interests and loyalties are stated in its constitution, and must always be kept in mind.
7. By the very act of joining a congregation, a Jew agrees to live up to the purposes of the synagogue. He either tacitly, or publicly declares his desire to follow the laws and regulations of the Jewish religion. Even if he does not adhere to all of the rules and traditions of our religion, by becoming a member, he at least, recognizes their worthwhileness and importance, and wants them passed on to his children.
8. By joining a congregation he expresses a desire to strengthen Jewish family life and to raise his children in accordance with teaching. His congregation membership helps to enrich his family life as the head of a Jewish household.
9. In Judaism, the synagogue always leads back to the home, the central institution of Judaism. Husband and wife strive to create the conditions for a beautiful and harmonious relationship based upon the time-honored principles of Jewish practise which they must try to live out together to the best of their ability.
10. Unless both husband and wife are Jewish the purposes of the synagogue, and the reasons for the existence of a congregation, are defeated and destroyed from the outset.
11. Therefore, a person who has intermarried should not be admitted to membership in a congregation, even if he applies for membership singly without his non-Jewish mate. Husband and wife, since the very beginning of time, are considered "one flesh" and, therefore, "one member".

12. In refusing to accept such a person for membership, the synagogue can help him resolve the problem of his intermarriage by facing the issue squarely, and not avoiding it.
13. If the matter of affiliation is so urgent and important, the non-Jewish partner can convert to Judaism and, become an active and honoured member of the congregation. The Rabbi is prepared to spend time with the non-Jewish person and convert him in accordance with the procedure laid down by the Conservative movement's Committee on Law."

המסמך השני כלול בנספח IIA למחקרו של פרופ' דיווידס והוא מהדורה מחוקנת של

הדברים אשר צוטטו לעיל, וחאריכו הוא 7.2.68. (הנוסח המלא מופיע כמסמך מס' 33

בחומר המצולם שהוגש במהלך הטיעון בעל-פה).

INTERMARRIAGE AND MEMBERSHIP IN A CONGREGATION AS INTERPRETED BY THE LAW
COMMITTEE OF THE RABBINICAL ASSEMBLY OF AMERICA

1. A Jew who has intermarried does not cease to be a Jew. He may continue to attend synagogue services and perform other commandments of Judaism although he has violated one of the most important of all Jewish prohibitions. (Exodus 34:16; Deuteronomy 7:3.)
2. He does not cease to be a Jew, and, if his non-Jewish marriage is brought to an end he does not require a Jewish divorce.
3. It should be clearly understood that in frowning upon intermarriage and in voicing opposition to the choice of a non-Jewish mate, neither Judaism at large, nor Conservative Judaism in particular, expresses any judgment about the morality or character of these non-Jewish men and women.
4. These individuals may be fine, exceptional people. However, unless they are converted to Judaism they cannot wholeheartedly and sincerely help to preserve the Jewish religion, foster its development, and raise their children to be Jews.
Children of a non-Jewish mother are not Jews.
5. Judaism is not alone in objecting to intermarriage; so does Catholicism and Protestantism. It should be noted that we feel sympathy for those Christian families whose members have intermarried with Jews and whose family unity has, consequently, been disrupted and, often, destroyed.
6. A person who has married outside of the Jewish community should not be considered a candidate for membership in a Conservative Congregation that is affiliated with the United Synagogue of America even though he applies for membership without his non-Jewish partner."

"c. Children of such intermarriages (a, or, b above) -

6. who are not Jewish (if the mother remains a non-Jew) may be admitted to instruction in the congregational school, with the understanding that they will undergo the ceremony of conversion later.
7. Such children, before conversion, may not be admitted to Bar Mitzvah, or, Bat Mizvah, or, confirmation.
8. Such children, before conversion, may participate in other religious functions and ceremonies with the understanding that they will undergo the ceremony of conversion later.
9. Such children may not be married in the Jewish faith without formal conversion to Judaism."

יוצא איפוא שכיום ההנחיות חמורות מקודמותיהן. כאן המקום להעיר כי

החשיבות של "מסמכי-מדיניות" כגון אלה נובעת מכך שהן אצל הקונסרבטיבים והן אצל הרפורמים והרקונסטרקציוניסטים אין רב יחיד, הפוסק הלכה, אלא ההחלטות של הרבנים מוכרות רק כשהן מבטאות את הקונסנסוס של ציבור הרבנים מאותה חשיבה.

לא ייפלא איפוא כי זהו העקרון גם לדעת הוגה הדעות הבולט של התנועה

הקונסרבטיבית, פרופ' לואיס פינקלשטיין, הצ'נסלור של הג'ואיש האולוג'יקל סמינרי.

בקובץ הגדול שהוציא - The Jews, their History, Culture and Religion.

כלול מאמר שלו "The Jewish Religion, its Belief and Practices"

בו הוא אומר בעמ' 1787:

"Every person born of Jewish parents is considered bound to observe the covenant of Sinai, and therefore subject to the observance of Jewish ceremonial. Although mixed marriages are prohibited, the child of a Jewish mother is regarded as a Jew and need undergo no ceremony of conversion to be admitted to the Jewish faith. A member of another faith who desires to be converted to Judaism must (according to traditional ritual) appear before a rabbi and state his desire to be converted. The rabbi will then provide for his instruction in the elements of Jewish law, belief, and practice. Before admitting him to the Jewish fold, the rabbi must warn him of the severe discipline of Judaism and the difficulties involved in adherence to the Jewish faith. If the applicant persists in his desire to enter the Jewish faith, the rabbi will arrange for the ceremony of proselytization. A male applicant must be circumcised. According to the traditional ritual followed by Orthodox and Conservative Jews, both male and female applicants become proselytes by immersion in a pool of running water, declaring that they are performing the ceremony in order to be admitted into the Jewish faith, and reciting as they emerge from the water the benediction, "Blessed art Thou, O Lord, our God, King of the Universe, Who didst sanctify us with Thy commandments, and hast commanded us regarding the ceremonial immersion of the proselyte". Reform rabbis do not include this ritual immersion in their ceremony of proselytization."

כשפרופסור פינקלשטיין מציין הבדלים בין הרפורמים ואחרים, אין הוא מצביע על הבדל

בשאלה העקרונית המעניינת אותנו, ולא בכדי - כפי שנראה מיד.

30. ה- Commission on Synagogue Activities של התנועה הרפורמית הוציאה

בשנת 1954 מדריך של חוות דעת עקרוניות המשתרעות על הקופה של למעלה מששים שנה.

מהות החשובות הללו מוסברה בהקדמה לקובץ Responsa of the Central Conference of American Rabbis

"Thirteen years ago the Commission on Synagogue Activities issued a Summarization of the Responsa of the Central Conference of American Rabbis contained in the Yearbooks of that organization from 1890, to 1940. This was welcomed by the Rabbis because, these Responsa being scattered through the yearbooks, many of which are not in the possession of the individual Rabbis, a compendium of some kind seemed necessary for ready reference. Subsequently the suggestion was made to the C.C.A.R. that, since many of its members would from time to time need to refer to the full text of some of these Responsa, all the Responsa issued to date be printed in a single volume. The Executive Board of the C.C.A.R. to which the request was referred, found that it did not have the funds available to print the suggested volume and, instead, granted permission to the Commission on Synagogue Activities to issue all the Responsa to date (1890-1953) in a mimeographed pamphlet to be made available to the Rabbis and any other interested persons. The present pamphlet is the result of that action.

To achieve historical continuity where there is more than the Responsum on a particular subject, the Responsa have been classified according to subject and arranged alphabetically, rather than chronologically. Where there are several responsa under the same classification these appear together in chronological order. At the end of each Responsum the full reference to the yearbook is given, together with the name of the chairman or member of the Committee on Responsa who formulated it.

An index is included for ready reference.

Though the title of this volume indicates the inclusion of Responsa only through 1950, significant Responsa issued in 1952 and 1953 are included at the end of the booklet as a supplement. In the future, should further supplementation to this volume be indicated, supplements will be issued.

It is to be hoped that this pamphlet will be widely circulated and will prove to be another useful service to our Rabbis in the performance of their consecrated duties."

מסחר מחוך ההקדמה כי הנהגת הרוחנית של התנועה רואה חוות דעה אלה כמנחות אה

הרבנים הנמנים עמה. ביניהן מצויה חוות דעה בשאלה המעניינת אותנו, שנכתבה בשנת

1919 ע"י הרב קוהר, המחור ב- Standard Jewish Encyclopaedia, p. 1143

בהוצאת מסדה (עורך פרופ" סטיל רות), כך: "Kohler"

guided the development of Reform Judaism in the U.S. for many years and was its foremost "scholar".

קוהר, אשר נשאל מה דין ילד אם אמו נוצריה, התייחס בחיובו למובאות הידועות

ממסכת קידושין ומשולחן ערוך אבן העזר, שהוזכרו באותה שאלה, וקבע מפורשות:

"הוראות החלמוד מחייבות אותנו". הוא מוסיף ואומר שאם לא תתגבר, יוכל הילד

להתקבל ליהדות לכשיגדל, Through Confirmation, כלומר: בטקס דתי. ואלה דברי

קוהר במלואם:

RESPONSA OF THE CENTRAL CONFERENCE OF AMERICAN RABBIS

Contained in its Yearbook, Vols. I - LX, 1890 - 1950

CHILDREN OF MIXED MARRIAGES (Vol. xxix, 1919, pp. 76-77)

"On January 1, 1919, I received the following שאלה חכם A member of my congregation approached me with the following difficulty. His wife was a Christian (Methodist), and a New York rabbi married them. The woman is now pregnant, and the man wanted me to advise him in what faith the expected child is to be raised. His wife never accepted Judaism, though she attends services more regularly than many of my Jewish women, but she goes to her Methodist Church frequently also. Her mother is a strict Methodist; his mother is a Jewess, and each wants the child in her respective faith. I have made inquiry of the New York rabbi who married them, and he assures me that he never married a couple under such circumstances without getting of the alien party to raise the children in the Jewish faith, and to study (by himself or herself) some guide of Jewish instruction. He also tells me that they abjure their old faith in his presence and promise to cast their lot in with our people. He remembers marrying this couple and is certain that he exacted such a promise from the woman. I have not spoken to this couple since I saw the rabbi in question. I will, when I am ready to give my answer even if she denies or forgot the promise under those circumstances. (This rabbi does not go through the formality of issuing a paper of conversion in the presence of witnesses.)

I feel that I would not be justified in saying that the child should be raised a Jew, if the mother is and intends to remain a Christian. It would be dividing the home and the child would hardly be Jewish. It would be mockery and hypocrisy. On the other hand, how could I, a Jewish teacher, tell the parents to raise the child a Christian? If the child is to be raised in the Christian faith, the father cannot remain a Jew without — in later years — taking the consequence of having children who would mock and scoff and deride him. If this is not a certainty, it is, to say the least, a possibility and a probability. Again then, how can I, or how dare I, advise this man who wants to remain a Jew (or he would not belong to a congregation and be a frequent attendant at services) to become something else? I will of course, urge the mother to become a Jewess. But if she refuses what shall my advice be? This is my שאלה I remember the passage in Kiddushin: בן הבא מן הישראלית קרוי בן ואין בן הבא מן הנכרית קרוי בן אלא בנה.

Likewise the passage in שולחן ערוך, אבן העזר respectively ולד השפחה ועכו"ם כמותן. and ישראל שבא אל אחת מאלו הולד כמותה
Do the passages have their force with us?

To this I reply:

The Talmud (Kid. 68b; Yev. 23) and the (ch. 44) שולחן ערוך you correctly refer to are certainly in force, and consequently the child of a non-Jew has its character determined by the mother. The Christian wife of your member should, therefore, be persuaded as far as possible, especially for the sake of the husband who wants to have a Jewish home, to become a Jewess in order to have her expected child born as a Jew — The mode of her conversion and adoption into Judaism might in this case be facilitated. Of course, when raised as a Jew, the child could afterwards through Confirmation be adopted into the Jewish fold like any proselyte. On the other hand it must be stated

that the rabbi who solemnized the marriage of a Jew to a non-Jewess did not act in conformity with the Jewish law, no matter whether she promised to raise her children as Jews or not. Mixed marriages belong before the civil magistrate who is to give them legal sanction. The Jewish religion cannot consecrate a home divided by two different creeds, as you well state."

האם מאז 1919 השתנתה דעתם של הרפורמים? התשובה היא: כנראה שכן - אולם לחומרא.

הרב פריהוף, מגדולי בני הסמכא, נשיא לשעבר של ארגון הרבנים הרפורמים (שהיה אחד

מחכמי ישראל שהשיבו לשאלות ראש הממשלה) הוציא בשנת 1963 קובץ חוות דעה של :

RECENT REFORM RESPONSA

Circumcising Son of Gentile Wife

ומביא שם את השאלה הבאה:

"A Jew married a Christian woman who was converted to Judaism. The woman is pregnant. If she gives birth to a son, the father wants the child circumcised, and the mother consents to it. Should the rabbi arrange for this circumcision and participate in the ceremony? (From Rabbi Max Selinger, Cumberland, Maryland)."

The above question has been discussed at considerable length in the Jewish legal literature of the last century, inasmuch as quite a number of Jewish men have married Christian women who remained unconverted to Judaism. In a mixed marriage the child follows the status of the mother. Hence, the boy that may be born will be a Gentile boy. Of course, nowadays almost all boys of whatever affiliation are likely to be circumcised by an obstetrician. This would not be a ritual circumcision, but merely a medical circumcision. There is some question, for example, in this regard, whether an Orthodox physician may perform a purely medical circumcision for a Gentile (see Isserles, Yore Deah 263:5, and Schach, ad loc.) But this question does not concern us. You are asking whether the child may receive Jewish religious circumcision (for the sake of performing the commandment of circumcision, *m'shum mitzvas mila*) which, of course, involves reciting the blessings provided for the performance of this mitzvah. In other words, this is to be a religious circumcision, not merely a medical one. If it were merely a medical one, the father would not need to ask the rabbi about it. Furthermore, the implications go further than the desire to perform the mitzvah of circumcision, i.e., Jewish religious circumcision. The implication is that this religious circumcision will make the child a Jew; in other words, it is intended, in effect, to be a ceremony of conversion. This is the full meaning of the question."

יצויין כי הרב פריהוף היה אותה עת נשיא האיגוד העולמי ליהדות מחקדמה. המחבר רואה, איפוא, כדבר המובן מאליו שהילד הנולד מאם נכריה אינו יהודי, אלא מתווכח עם הרבנים האורתודוקסים אם מותר להכניסו בבריתו של אברהם אבינו, למרות שאמו אינה מתגיירת. כדאי גם להדגיש שהרפורמים עומדים על מתן "חינוך יהודי" כתנאי בל-יעבר לקבלה ליהדות.

31. מלבד שתי החטיבות שהזכרנו קיימה גם חטיבה שלישית, של הרקונסטרוקציוניסטים,

מבית מדרשו של מרדכי קפלן (גם הוא מחכמי ישראל שהשיבו לשאלות ראש הממשלה).

למהותה של התנועה אסחמך על ה"סטנדרד ג' ואיש אנציקלופדיה" בעמ' 1583.

"RECONSTRUCTIONISM: A trend of thought in American-Jewish life, originated by Mordecai M. Kaplan in 1934, with adherents among the Conservative and Reform Jews as well as among some so-called secularists. It teaches that Judaism is not only a religion, but a dynamic religious civilization, now entering upon its fourth stage in the history of the Jewish people as a result of Emancipation and Enlightenment. It calls for: (a) the reclamation of the Land of Israel as the home of the historic Jewish civilization, and the formation of organic Jewish communities in the Diaspora; (b) the revitalization of Jewish religion, through the study of it in the spirit of free inquiry, and through the separation of its institutions from all political authority; (c) the acceptance of diversity in Jewish religious thought and action, as well as respect for traditional ceremonies and way of life as aspects of Jewish civilization; (d) the expansion of the concept of Torah to include ethical culture, ritual enrichment, and esthetic creativity. The Jewish Reconstructionist Foundation in New York publishes the Reconstructionist magazine, and sponsors the Reconstructionist Press. A Hagadah, Sabbath Prayerbook, High Holiday Prayerbook, and Festival Prayerbook have been issued bearing a strong resemblance to the Conservative liturgy, but embodying additional medieval and modern devotional material"

והנה דבר מעניין: בשנת 1958 העלה מרדכי קפלן בחשובתו לראש הממשלה את לבסוף בפרשה

זאה של בן הנכריה מיהודי, אם כי גם הוא הגיע למסקנה ש**כיום** אי אפשר להפעיל גזרמה

השונה מן ההלכה. כנראה שבנתיים פגו ספקותיו, או לפחות התגבר עליהם. אני מתכבד

להגיש לכם את תצלום וחלטות הפרציה של הקהילות הרקונסטרוקציוניסטיות מיום 5 במאי

1968 שנתפרסמה בבטאון התנועה. החלטות אלה מחייבות את הנמנים עם התנועה.

RESOLUTION REGARDING CHILDREN OF MIXED MARRIAGES

"For several years now the Federation of Reconstructionist Congregations and Fellowships has studied the problem of children of mixed marriages, where the mother has not converted to Judaism before the child's birth. A survey on the subject published in 'Reconstructionist' this year revealed a wide variety of attitudes and practices in respect to the status of these children. In order, therefore, to guide the members of our congregations and those affiliated with our Movement, we hereby recommend the following procedures:

The parents of such children should be informed that in many parts of the Jewish world, their children would not be recognized as Jews without undergoing the traditional forms of conversion.

We should further inform the parents that the Reconstructionist Movement and its affiliated institutions will consider these children Jews if the parents have committed themselves to rear their children as Jews by providing circumcision for boys, Jewish education for boys and girls and if the children fulfil the requirements of bar and bat mitzvah or confirmation."

32. אין צריך לומר מה דעת היהודים האורתודוקסים באמריקה הרב סולובייצ'יק - בקובץ החשובות של חכמי ישראל - עמ' 97 - אומר:

"הלכה אומרת: 'ולד הבא מן הנכרית הרי הוא כמותה'. הלכה שניה פוסקת 'נכרי שמל ולא טבל או טבל ולא מל אינו גר עד שימול ויטבול'. במלים אחרות, האם קובעת את קדושת הולד ואת השתייכותו לכנסת ישראל, וגירות כשרה ויעילה מתבטאת במילה וטבילה בזכר וטבילה לבדה בנקבה. לפיכך אי אפשר לקטן או לגדול להחשב או להרשם כיהודי אם אמו נכריה היא, והוא לא נתגייר כדת משה וישראל. הצהרת ההורים או המבוגר עצמו לא מעלה ולא מורידה."

33. לסיכום: נעלה מכל ספק כי גם התנועות היהודיות של הרפורמים והרקונסטרוקציוניסטים, המבליטות השכם והערב את השוגי הדתי שביניהן לבין יהדות ההלכה, האורתודוקסית והקונסרבטיבית, מאוחדות עם יהדות ההלכה בשלילת שיוכם היהודי של ילדים מאב יהודי ומאם נכריה, כאשר לא נעשה אקט דתי ליצירת השיוך.

הוה אומר: בענין הנוגע לשורש קיומו ואחדותו של העם מצאו עצמם גם גדולי ההלכה וגם ראשי הרפורמה - בקרב הציבור היהודי הגדול ביותר בעולם - חרדים חרדה אחת לעתיד העם ועומדים בחזית אחת על אותו עקרון החיוני לשמירה על קיום היהדות.

34. מענתי, איפוא, כי הנורמה המתוארת נחקבלה על דעת הלאום, והצגתי מדוע נחקבלה. לכן מובן מדוע אנשים כפרופ' ברלין אומרים (קובץ החשובות של חכמי ישראל עמ' 91):

"If it is felt that public opinion in Israel is not yet ripe for such a solution, and may indeed be outraged by it, that it may lead to a ferocious Kulturkampf within Israel, and indeed to a schism between Israel and the Jewish community beyond its borders, then, if it is desired to avoid an early head-on crash with painful consequences, I think that some kind of interim

status could be created for these problematical cases. The children of unconverted non-Jewesses, the unconverted wives of Jews in Israel (who desire to play their full part in the Jewish community) and similar persons, could be registered not as 'Jews' politically, but as 'of Jewish origin: father a Jew' or 'wife of a Jew'; 'paternal grandfather and maternal grandfather Jew', or the like, simply recording the facts; and a special status would then have to be created for such cases in anticipation that this will itself lead to crystallization of the issue, that the persons placed in this no-man's land would either ultimately become assimilated wholly into the Jewish community, or drop out of it; or at worst continue indefinitely as borderline cases until such time as a more liberal legislation is politically feasible and they can be freely absorbed into the Jewish texture without too much protest by anyone. This is not a satisfactory solution, but in the circumstances assumed above, the most painless that I can think of. This situation must on no account be allowed to be more than temporary; nothing would be more iniquitous or ruinous than to permit the emergence of a permanent category of citizens of inferior status-half-Jews, with incomplete civil and political rights; an abominable inverted caricature of antisemitic persecution in other countries. If religious resistance to the free integration of such persons is really too slow to be overcome by the authority of the State at present, it would be better not to allow such persons to immigrate, than to expose them to the horrors of minority status.

I must admit that I find it hard to believe that the acceptance into the Jewish community of persons who would normally be regarded as Jews (at any rate by those who, for whatever reason, are interested in such matters - persons conscious of what it is to be a Jew) even if they do not fully qualify under the rules of rigorously applied Halacha, would cause a deep rift either within Israel or between Israel and the Jews of the outside world. But about this I may well be mistaken; on this issue I should not like to volunteer a view. Historically, the Jewish religion, the Jewish race, and all the factors which combine into Jewish culture, have combined into a single, persistent entity, incapable of being neatly fitted into the political pattern of a modern state of a Western type. The rise of the State of Israel can 'normalize' the Jewish population only by allowing - not necessarily encouraging each of these factors to pursue a separate career. This seems to be neither avoidable or necessarily undesirable; one must hope that it will upset as few Jewish convictions and loyalties as possible; but I doubt whether it is realistic to hope that it will offend against none. I feel this the more strongly, since I am not happy about this 'solution' myself."

אומר הרב מרדכי קפלן (עמ' 8 של קובץ החשובות לראש הממשלה):

"אמנם, אם איני טועה, מסקנה זו, למרות היותה לפי דעתי כולה עקבית ומבוססת על הנחות עובדתיות, עלולה היא להזיק יותר מלהועיל, אם יעשה נסיון כעת להרגמה למעשיות. ימים אלו ימי מעבר הם. כמעט שאין יום שאינו מביא הפתעות וסכנות חדשות. לכן עלינו להיות זהירים ככל האפשר מלדרוש מהקהל היהודי ההולך ומתחשל בארץ שיסכים לחקנות שמפקפק בחזקתן ושמתחשם אליהן בחשדנות. הייתי מציע, איפוא, כעין פשרה, היינו, להבדיל בין "יהודי" ובין "תושב יהודי". אותו הילד של הלא-יהודי יירשם כ"תושב יהודי", ואם לאחר שיתבגר יחליט לקבל עליו באופן פורמלי לשמור את סקסי הדת יורשם כ"יהודי" ללא כל תואר. על דרך זו תמלא הממשלה את החתיבותה ללא געת בנימוסי או בבעיות הדת המסורתיים."

במלים אחרות, שני אישים אלה אינם מוכנים להצהיר שכיום אפשר להפעיל נורמה אחרת.

35. עקרון אי ההפרדה בין הלכה ולאום בשאלה מסויימת זו של השיוך הלאומי עובר

כחוס השני מנושא-דברה של יהדות הגולה אל דוברי העם הנאבק על תקומתו ואל הובי

הדעות בקרב העם היושב במדינת ישראל. משה שרת היה לנו לפה כשאמר דברו בנושא זה

בפני ועדת האו"ם המיוחדת לארץ ישראל בשנת 1947.

UNITED NATIONS SPECIAL COMMITTEE ON PALESTINE

REPORT TO THE GENERAL ASSEMBLY, Volume III, Annex A:

Oral Evidence Presented at Public Meetings

(Lake Success, New York, 1947)

"Mr. BLOM (Netherlands): I have one more question on the same line. It is a legal question. Who is considered by the Jewish Agency as legally a Jew? Is it religion, or race, or what is the criterion? For instance, is the non-Jewish wife of a Jew, a Jewess or is she not?

Mr. SHERTOK: I would say technically and in terms of Palestine legislation the Jewish religion is essential. What is essential is that a person should not go over to other religions. He need not necessarily be actively an observant Jew. He is still considered a Jew, but if he becomes converted to another religion he can no longer claim to be considered as a Jew. The religious test is decisive.

Mr. BLOM (Netherlands): What about the non-Jewish wife of a Jew?

Mr. SHERTOK: A non-Jewish wife, unless she becomes a Jewess - and there is a certain formula for her to go through in that case - is considered a non-Jewess.

Sir ABDUR RAHMAN (India): It is not a question of a woman. How can a non-Jew become a Jew?

Mr. SHERTOK: In the case of a man there is a certain rite which is usually performed soon after his birth, which is essential. But I should like to point out that Jewish religious authorities discourage conversion to Judaism, and when a person comes and says 'I was to become a Jew,' he is first of all preached a very discouraging sermon to warn him against that step, and only those who insist and show great seriousness of purpose are accepted into the fold.

CHAIRMAN: On the same line I should like to put a question. What do you intend to do with regard to future immigration?

Mr. SHERTOK: Generally we accept as Jews all who say they are Jews. All who come and say they are conscious of being Jews are accepted. The technical question may arise in the case of one appearing before the Rabbinical Court and having to produce certain papers, or when it comes to light that one is not actually a Jew. Then the problem may arise. Otherwise, anyone who appears and says he is a Jew is accepted as a Jew.

CHAIRMAN: You mean it is not a question of practical importance?

Mr. SHERTOK: No, in actual practice we have had no difficulty of that sort.

Sir ABDUR RAHMAN (India): May I know how many conversions there have been in fact in the last ten years to Judaism?

Mr. SHERTOK: I will undertake to supply the figures. I cannot give the reply, offhand, but it is negligible.

Sir ABDUR RAHMAN (India): Consisting of Hundreds-thousands-tens?

Mr. SHERTOK: I think tens. I will check up."

בקשר לדברי שרת בפורום ההוא, שצוטטו רק חלקית במשפט רופאייזן, אמר כב' השופט ברנזון דברים אלה במשפט ההוא (בג"צ 72/62 - ט"ז פד"י בעמ' 1454):

"דברים אלה, שנאמרו מפי הנציג הרשמי של העם היהודי בפני ועדה של אומות העולם, שיקפו ללא ספק את הדעה השוררת בעם, ואין כל סימן לכך כי מאז שנאמרו לפני כחמש עשרה שנה בלבד, חלה תמורה בהשקפת הציבוריות היהודית בענין זה. החלטת הממשלה מיום 20.7.58, החוזרת על אותו הרעיון, תוכיח; ובל נשכח כי הממשלה היא בבואה של הרוב בכנסת המייצג את דעת העם בארץ."

36. האם מבחינת ההווה הלאומית של ישראל בארצו יש משהו יוצא דופן בשימוש

בכללים שמקורם בהלכה לצורך קביעת נורמות לאומיות?

החשובה היא בשלילה, ונראה דוגמה אחת: בחתיקה של מדינת ישראל נמצא ביסווי לשילוב ולמזיגה האמורים של תכנים לאומיים ודהיים בשבת ובמועדי ישראל, הלכה למעשה, כפי שהצביעו עליהם א.ד. גורדון, לשצ"ינסקי ובן גוריון: שבת ומועדי ישראל קבלו מעמד לאומי-ממלכתי. בפקודת ימי מנוחה, חש"ח-1948, כפי ששולבה בחוק סעיף 18א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, חש"ח-1948 (תוקנה בשנת חשי"ב - ע"ר חש"ח, חוס"א עמ' 12, ס"ח חשי"ב עמ' 10, ס"ג גדעון עמ' 4508א - 4509) נאמר:

18א. (א) שבת ומועדי ישראל - שני ימי ראש השנה, יום הכפורים, ראשון ושמיני עצרת של סוכות, ושביעי של פסח וחג השבועות הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל. לשאינם יהודים הזכות לקיים ימי מנוחה בשבתם וחגיהם. חגים אלה ייקבעו לגבי כל עדה על פי החלטת הממשלה שתפורסם ברשומות.

(ב) הוראות חוק שעות עבודה ומנוחה, חשי"א-1951 החלות על המנוחה השבועית יחולו -

- (1) לגבי יהודי - על מועדי ישראל;
- (2) לגבי מי שאינו יהודי - על מועדי ישראל או על חגי עדתו, הכל לפי המקובל עליו.

רצוני להדגיש כי הוראות החוק בדבר מועדי ישראל וימי מנוחה חלות לא רק על בן הלאום היהודי שהוא דתי, אלא גם על בן הלאום היהודי אשר הודיע כי אין לו דת. גם כאן אין משום כפיית הלכה על אדם בלתי דתי ע"י כך שקובעים שיום המנוחה של היהודים הוא שבת. למרות שקביעת יום מנוחה זה, מקורה בדת. הוא הדין בנורמה הלאומית של התקבלות לתוך מסגרת העם.

37. תקומת המדינה, אשר יצרה מסגרת יהודית מדינית עצמאית, שהכריזה על עצמה

מפורשות כמדינת היהודים, ואשר בה הפכו התרבות והלשון העברית לשולטים, אפשרה היווצרותה של חופעה שאין אנו יכולים להחלים ממנה. אדם כלשהו - שאיננו בן הלאום היהודי - ואשר נולד בארץ הזאת, או אשר בא אליה מהחוץ כתושב קבוע, יכול לרכוש את

התרבות ואת הלשון העברית ולהיות אזרח שווה זכויות וחובות, לרבות שירות בצה"ל, הכל כתוצאה טבעית של שהותו כאן, ומבלי שבכלל ירצה להפוך לבן הלאום היהודי. אין ספק שתהליך זה ילך ויגבר במשך השנים שיבואו. למותר להביא דוגמאות שישנן כבר כיום בארץ, כגון בני מיעוטים המיטיבים לדבר עברית מרבים מן מהעולים החדשים. יוצא, איפוא, כי השתלבות תרבותית, כשלעצמה, אין בה עדיין כדי להוות כניסה ללאום.

מצד שני, ישנם בעולם יהודים, ששפתם איננה השפה העברית ותרבותם איננה התרבות העברית, אולם אליבא דכולי עלמא הם יהודים. כיצד מחקבל אדם לאותו רוב של הלאום היהודי השוכן מחוץ לישראל? רק בדרך אחת - בדרך הגיור. לא יתכן לפתח שתי אמות-מידה שונות להצטרפות לעם היהודי. האם יכירו יהודי הגולה באמת-מידה חדשה זאת? האם על-ידי כך לא יווצרו בישראל ומחוצה לה שני עמים? בכיוון זה מצביע גם חוות הדעת של המשורר ש. שלום - (קובץ החשובות, בעמ' 4):

"מדינת ישראל קמה מחוץ האפר של שריפת יהדות הגולה. העם היהודי נשא יסורים איומים במשך דורות על נאמנותו ליהדותו. בזכות נאמנות זו נשתמרה הזיקה לארץ-האבות, ארץ-הקודש וזכתה סו"ס שארית הפליטה להגיע בה לידי עצמאות. היסטוריה רבת-סבל והדורת-גבורה זו מחייבת את החפץ להסתפח, או לספח את ילדיו לאומה זו, שיסול עליו לפחות באופן סמלי את "עול היהדות" בטקס המסורתי. טקס מסורתי זה איננו מקודש קדושה דתית בלבד, אלא הוא נעשה גם סמל לאומי מקובל על כל דורות ישראל, שמסרו את נפשם על "קידוש השם". קיומו מקשר את יהדות מדינת ישראל עם יהדות העולם וביסולו מנתק קשר גורלי זה, לפחות עם חלק גדול של היהדות העולמית."

ודברי המחנך שכטר (באותו הקובץ בעמ' 6):

"שאלות היסוד של עמנו נדונו על ידי דורות של חכמים שלבנו אותן ובדקו אותן לפרטי פרטיהן על מסקנותיהן הרחוקות ביותר תוך מאמץ אינטלקטואלי שאולי אין לו דוגמה. בולט ביותר ההבדל בין גישה זו לבין השטח בה החליטה הממשלה ללמוד את הבעיה הנדונה. ואמנם לא גישתם של חכמינו בלבד מעוררת הערצה בלב כל איש היודע להעריך נאמנות ורגש אחריות של מנהיגי עם, אלא גם התוצאה המופלאה היא מופלאה ויחידה במינה: קיום עם דל ונרדף במשך מאות דורות ושמירת כוחו ובריאותו עד כדי כושר תחיה מתוך הריסות. ואם בחרו חכמינו בדרך כה ממושכת ומיגעת הרי מסתבר שבדרך אחרת לא היו מגיעים לאותה תוצאה והחלטה חוץ פזיזות עלולה לסכן את קיום העם עצמו."

אומר פרופ' השל, (הקובץ בעמ' 43):

"ידוע ומקובל בחיינו שעם ישראל וחורת ישראל (אשתמש במלה "דת") דבק'ם זה בזה. החלטת הממשלה מפרידה בין הדברים ועושה שתי רשויות: עם לחוד, ודת לחוד. בשיטה זו, הקובעת שיש עם יהודי בלי דת, תקועה גם המסקנה שיש דת יהודית בלי עם. ההפרדה הזאת עלולה להביא לידי קרע בין חלקי האומה, וגם לידי תמורה יסודית באופיה של מהות העם ומהות התורה. העם יהיה ככל הגויים, התורה ככל הדתות. התמורה הראשונה תביא לידי כפירה במציאות האומה היהודית, והתמורה השנייה תהפוך את דת ישראל לכנסיה ולכחה. קרע כזה יפתח גם פתח בפני האפשרות שגם יהודי המקבל על עצמו את דת הנוצרים נשאר יהודי."

38. המסקנה המבקשה היא, איפוא, כי מי שנמצא מחוץ למסגרת העם היהודי איננו יכול לצרף עצמו או להיות מצורף לכלל האומה, אלא אם נתקיימו בו ההוראות המקובלות בעם היהודי כתנאי מוקדם להצטרפות אליו.

39. עד כאן - על הסכנה של פיצול ופילוג בישראל עצמה ובין ישראל ליהדות התפוצות. אולם יש בקביעת נורמה שונה מהמקובלת לפי ההלכה גם נזק לפרט, המיועד ליהנות-כביכול, מן החידוש. הוא אמנם יזכה ברישום של "יהודי" אולם להפתעתו יווכח כי בכל הנוגע לדיני האישות, המסורים לסמכות של רשויות דתיות, אין הוא נחשב ליהודי. רישום כזה בתעודת הזהות עשוי במועד מאוחר יותר לחולל סרגדיות אישיות, הן על רקע אכזבתו של מי שנרשם והן עקב הסעייתו של בן-זוגו. בעיקרו של דבר, משמש הרישום בתעודת הזהות כ"סימן היכר מובהק" לגבי הנחון הרישום בה, כלשונו של כב' השופט לנדוי בבג"צ 80/63 - גורפינקל-חקלאי נ. שר הפנים - יז' פד"י בעמ' 2071;

"אמנם נאמר שם, (פד"י, כרך ה', ע' 1476 1478) על פקודת מרשם החושבים כי "כל עיקרה לא בא אלא למטרות של סטטיסטיקה וכיוצא בזה, ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות, פרט - כמובן - לעצם הזכות לקבלת תעודת זהות". אך להלן בע' 1479, הכיר בית המשפט בחשיבותה המעשית של תעודת הזהות בתור "סימן ההיכר המובהק" לשיבתו הקבועה של אדם במדינה."

וכבר הזכרתי את ההלכה שבית המשפט הנכבד הזה לא יצווה על רישומים העשויים להסעות או לסנך - בג"צ 237/61 - פאר-הדר נ. ראש אגף רישום והסדר הקרקעות - פד"י ט"ז עמ' 1422 בעמ' 1427 - 1428.

40. אשר על כן מבקש אני כי בית משפט נכבד זה יסיק כי אמה-המידה שנקט בה שר הפנים עומדת במבחן הסבירות והולמת את מטרות החוק.

41. העותר ביקש מהמשיב להראות סעם - כדבריו בפתח העתירה - "מדוע לא ירשמו בתעודת רישום לידה את לאוסילדיו בהתאם להצהרתו ורצונו שהיא: "בני הלאום היהודי וחסרי דת". בנספח ג' סוען העותר כי "זהות לאומית זה ענין שבתרבות והזדהות". גם בצו על תנאי נצטוו המשיבים לנמק מדוע לא ירשמו בתעודת רישום לידה את לאוס ילדי המבקש בהתאם להצהרתו ורצונו - שהיא: בני הלאום היהודי וחסרי דת.

42. אמות-המידה האובייקטיביות לקביעת זהותו הלאומית של אדם, כפי שהן מקובלות

על המשיבים, הוצגו לבית המשפט הנכבד בדברי הקודמים, בהם הצבעתי על כך שבהתאם לאמות-מידה אלה, אין העותר זכאי לרישום המבוקש. נותר על כן לבחון אם יש בסיס לטענת העותר, אשר אשיוחיה הן בהרגשתו הסובייקטיבית, או כלשונו, "הצהרתו ורצונו".

בבג"צ 72/62 - רופאייזן נ. שר הפנים - ט"ז פד"י בעמ' 2443, אמר כב' השופט כהן,

בדעת מעוט:

"בהעדר קנה מידה אובייקטיבי הקבוע בחוק עצמו, אין לדעתי מנוס מן ההכרח לייחס למחוקק את הכוונה להסתפק בקנה המידה הסובייקטיבי - לאמור, הזכות לשוב לישראל נתונה לכל אדם המצהיר שהוא יהודי השב למולדתו ורוצה להשתקע בה."

בפסק דינו בבג"צ 359/66 - גיתיה נ. הרבנות הראשית - כ"ב (1) פד"י 290, בעמ'

294 אמר כב' השופט לנדוי בקשר לכך:

"מסיעונו של בא-כוח העותר משתמעת גם הדעה שדי לו לאדם להכריז על עצמו כיהודי, כדי שבתי המשפט יכירו בו בחור כזה. בהשקפה זו דגל השופט כהן בענין רופאייזן (בג"צ 72/62, ט"ז פד"י בע' 2443), אך דעת הרוב לא היחה כדעתו, אם כי שם נדון חוק השבות, שהוא חוק חילוני, ולא דין תורה. אף אינני יכול לקבל את טענתו החלופית של העותר שהצהרתו כי הוא יהודי מעבירה מאליה את חובת ההוכחה על מי שאינו מוכן להכיר ביהדותו."

43. הגישה הסובייקטיבית לא נתקבלה, איפוא, ואני מבקש להסתמך גם על הנימוקים

שהועלו כנגדה במשפט רופאייזן - בג"צ 72/62 - ט"ז פד"י בעמ' 2448 (חחילת העמוד).

מפי כב' השופט לנדוי:

"חברי השופט כהן מציע להעמיד את פתרון השאלה רק על הרגשתו הסובייקטיבית של המבקש, ועל הצהרתו בתוס-לב לפקיד הרושם. בזה מרחיק חברי לכת מעבר לטענות המבקש ובא-כוחו. המבקש טוען שהוא "נולד כיהודי", גדל כיהודי, סבל כיהודי, ומרגיש עצמו יהודי מבחינה לאומית" (פיסקה 39 של בקשתו) כלומר הרגשתו הסובייקטיבית משמשת לו רק כאחד היסודות לחביעתו להכרה כיהודי. מכל מקום, המבחן הבלעדי של חברי השופט כהן אינו נראה לי כלל ועיקר. בוודאי לא זאת היחה כוונת המחוקק, שכל אדם יוכל להכריז על עצמו כיהודי במובן חוק השבות, ברצונו הוא יהודי וברצונו הוא חדל להיות כזה, לפי הלכי רוחו העשויים להשתנות מדי פעם. כנות הצהרתו של המבקש ורצונו לעזור בבנין מדינת-ישראל - כבודם במקומו מונח, ונחזיק לו טובה מרובה על מעשי גבורתו בעבר, אך עדיין קיים גורם אובייקטיבי גלוי לעין המונע את קבלת בקשתו."

44. המחשה מלאה לדבריו של כב' השופט לנדוי על חוסר האמינות של המבחן הסובייקטיבי ("ברצותו הוא יהודי, וברצותו הוא חדל להיות כזה"), וראיה למבוכה ולבלבול שאנשים, דוגמת העותר, זורעים סביבם בסיעוניהם הסובייקטיביים, ניתן למצוא בעובדות מקרה זה (כמפורט בסבלה (נספח א')). יש כאן לא רק שינויי גירסה מפעם לפעם, אלא גם חידושים "סמאנטיים" אשר איש איננו יודע פירשם. לדוגמא: מהו "לאום ישראלי"? מה תהיה חובת פקיד הרישום, לדעת העותר, אם בעוד חצי שנה יבקש העותר לרשום את בנו כ"כנעני" או כ"ארץ ישראלי"? מהי צורת הראיות וכמות הראיות וכמות הראיות אותן יצטרך פקיד הרישום לבדוק, כדי לעמוד על כך שאכן יש לאשת העותר ולילדיו זיקה חברתית ותרבותית יהודית-ישראלית (כאמור בסעיף 5 לעתירה)?

45. זאת ועוד, איך ניתן בכלל לבדוק זיקה תרבותית וחברתית של חינוך בן ארבע ושל חינוך בח שנה וחצי? אם מסתמך העותר על זיקה בעתיד - אימתי יהיה המועד בו תבשיל זיקה זאת כדי הוכחת רכישת הלאומיות? ומי לידינו יתקע - על יסוד המבחן הסובייקטיבי בלבד - כי אכן תבשיל? הרי אצל העותר עצמו ראינו כי בגיל 13 לא ידע לאיזה לאום הוא שייך, וגם היום אחת היא לו אם הלאום שלו הוא ישראלי או יהודי. כפי שיוצא מדבריו של כב' השופט לנדוי הרי לגבי בעלי המבחן הסובייקטיבי אי אפשר לסמוך על חזקת המשכיות כל שהיא.

46. אם ההרגשה הסובייקטיבית מספיקה - כסענת העותר - מדוע לא לרשום גם את אשתו, כפי שהוא עצמו דרש במכתבו מיום 21.5.67 - (נספח ו' לעתירה) דרישה אשר עליה לא חזר בעתירה זאת?

47. בסענותיו של העותר סמונות שתי סתירות פנימיות: אם אין חשיבות כלשהי למורשת האתנית כפי שהוא טוען, הרי אין חשיבות למעמדו הוא כאבי הילדים, ויוצא איפוא כי הוא מבקש לרשום את הילדים בני ארבע ושנה וחצי אך ורק בהתייחס לזיקה תרבותית וחינוכית. ראינו כבר כי במדינת ישראל, אין שתי אלה יכולות לשמש קריטריונים מאפיינים בלעדיים. שנית, איך ניתן להתבסס על מבחן סובייקטיבי אשר בו הסובייקט עצמו אינו נקרא - ואינו מוכשר או כשיר להיקרא - להביע דעתו?

48. פרשת עובדות זו הובאה לא מתוך רצון כל שהוא לפגוע אישית בעוחר. היא הובאה רק כהדגמה קונקרטית לחוסר ההגיון הפנימי ולחוסר המעשיות הסבועים במבחן הסובייקטיבי מטיבו ומטבעו.
49. יתר על כן: אם אמנם מהווה המבחן הסובייקטיבי את המבחן הנכון, הרי עלה הכורח על יהדות הגולה, ובודאי על כל אלה אשר אינם יכולים או אינם רוצים - וישנם מליונים בכל סוג - להתחנך על ברכי התרבות היהודים החילונית והלשון העברית. האם אנו נהיה האומרים ליהודי הגולה כי מעמדם המשפטי כיהודים נבחן רק בשני אלה?
50. אשר על כן מחבקש בית משפט נכבד זה לבטל את הצו על-תנאי ולדחות את העתירה.

היום בתשרי תש"ל

(באוקטובר 1969)

מאיר שמגר

היועץ המשפטי לממשלה
בא-כוח המשיבים

הטיועון של העונות בקשר ללאום של בני המשפחה

נספח א.

ה	ד				ג				ב				א		המספר וחוכנו בן המשפחה
המספר	חוכן	המספר	חוכן	המספר	חוכן	המספר	חוכן	המספר	חוכן	המספר	חוכן	חוכן	חוכן	חוכן	ה ע ר ה ע ר
מכתב למסדר הפנים 4.3.67 (נספח ג')	יהודי	סופס רישום לירת הבת 13.2.67 (מס/11)	ישראלי	סופס רישום לירת הבן 17.3.64 (מס/7)	יהודי	בקשה למענות זרות 7.12.66 (מס/3)	עברי	מספר אובלסין 8.11.48 (מס/1)	ללא לאום (ק) מחיקה						
מכתב העונות למסדר/הפנים 18.4.67 (נספח ה')	יהודי או עברי או ישראלי	סופס רישום לירת הבת 13.2.67 (מס/11)	ישראלי	סופס רישום לירת בן 17.3.64 (מס/7)	בריטי			סאלון רישום 18.2.60	בריטי						אשת העונה (א')
עתיקה	יהודי	מכתב למסדר הפנים 21.5.67 (נספח ו')	יהודי או עברי	מכתב למסדר הפנים 4.3.67 (נספח ג')	יהודי			סופס רישום לירת הבן 17.3.64 (מס/7)	יהודי						הבן (אורג)
עתיקה	יהודי	מכתב למסדר הפנים 21.5.67 (נספח ו')	יהודי או עברי	מכתב למסדר הפנים 4.3.67 (נספח ג')	יהודי	מכתב למסדר הפנים 1.3.67 (מס/12)	עברי או יהודי	סופס רישום לירת הבת 13.2.67 (מס/11)	הוטאר ריי						הבת (גליה)

ירושלים, י"ח בחשירי תשכ"ט
10.10.68

אל: היועץ המשפטי לממשלה

מאת: ד"ר נחום רקובר, היועץ למשפט העברי

הנדון: "מיהו יהודי" - מקורות הלכה

בעית היחס בישראל, דנו בה הרבה: חוקרי ההלכה, ההיסטוריה והסוציולוגיה. במקרה זה לא באתי אלא להבהיר כמה נקודות מבחינת יסודות ההלכה הנוגעים לענין.

על עם ישראל נמנים: (1) אלה שנולדו יהודים
(2) נכרים שנתייירו.

(1) מיהו יהודי בלידתו? ראשית, הנולד להורים יהודיים. ברם, אף הנולד לאם יהודיה ואב שאינו יהודי - הריהו יהודי, מאחר וב"נישואי תערובת" הולכים אחר האם. ומכאן: בנה של אם יהודיה - הריהו יהודי, ואילו בנה של אם שאיננה יהודיה - אינו יהודי.

הלכה זו מצויה במשנה (א), והיא נידונית, בין היתר, בתלמוד בבלי, מסכת קידושין ס"ה, ב. ביטוי בהיר להלכה זו כלול בדברי רבי יוחנן שאמרס בשמו של רבי שמעון בן יוחי: "בנך הבא מישראלית קרוי 'בנך', ואין בנך הבא מן הגויה קרוי 'בנך' אלא 'בנה'".

בהלמוד הירושלמי (2) מסופר על יעקב איש כפר נובורייא (3), שסבר להתיר למול בשבת את בן-הנכרית (כשם שמלין בשבת את בן-הישראלית), בהסתמכו על המקרא: "ויחילדו על משפחותם לבית אבותם" (במדבר, א, 18). יעקב זה חזר בו לאחר שהוכיחוהו על טעותו.

העובדה כי לדעה זו אין אח ורע בקרב חכמי התלמוד (4); עשויה לאלפנו בנושא זה (5).

(1) אין הכוונה ב"נישואי-תערובת" לתיאור מצב משפטי, אלא לתיאור מצב עובדתי. (א) משנה, קידושין ג, י"ב: "...וכל מי שאין לה לא עליו ולא על אחרים קידושין הולד כמותה. ואיזה זה? זה וולד שפחה ונכרית"; ועיין גם משנה יבמות ב, ה: "...מי שיש לו בן מכל מקום... - בנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו מן השפחה ומן הנכרית".

(2) תלמוד ירושלמי, מסכת יבמות, פרק ב, הלכה ו.

(3) נמנה כנראה עם כת ה"מינים" (עיין מדרש קהלת רבה ז, מ"ז). נבורייא - ישוב בגליל העליון; היום א-נבריתין.

(4) וראה תשובתו של רב אלחנן ב"ר חושיאל (נחפרסמה ע"י פרופ. ש. אברמסון, סיני, כרך ס', אמ"קנ"א): "...דהא משנה שלמה שנינו: '...חוץ ממה שיש לו בן השפחה ומן הנכרית', ומשנה זו סתמא ואין מי שחולק עליה... ורבותינו ז"ל עשו בו מעשה. ודומה שהמעשה שעשו רבותינו שהורו לאיסור וקרוב לזה המעשה המפורש בשאלה...: 'יעקב איש כפר נבורייא...'; הנה נתברר בפירוש כי בן ישראל הנולד מן הנכרית ילדה כמותה... ולעולם אינו מחייס לבית אבותיו ישראל, שהרי בפירוש חייב ר' חגיגי למי שהורה כי בן ישראל הנולד מן הנכרית ישראל הוא מלקוח, מפני שהורה שלא כתורה...".

(5) עיין פירוש רש"י ליבמות ט"ז, ב, ד"ה מעשרת, שישנה דעה לפיה "עובדת כוכבים שילדה מישראל הולד ממזר"; אלא שתמהו על פירוש זה (עיין בחוספות ליבמות, דס, ד"ה עובד כוכבים), ולהלכה לא נפסק כאותה שיטה.

ההלכה שב"נישואי תרבות" הולכים אחר האם, מובאת אצל הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה, ט"ו, ד: "זה הכלל: בן הבא מן העבר או מן הגוי או מן השפחה או מן הגויה - הרי הוא כאמו ואין משגיחין על האב".⁶

(2) כאמור תחנך הצטרפותו של הנכרי לעם ישראל על ידי גיור.

הליכי הגיור מהמץ על כך בדברי הרמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק י"ג, א, ד: "בשלושה דברים נכנסו ישראל לברית: במילה וטבילה וקרבן... וכן לדורות... צריך מילה וטבילה...".

(8) גר שכל אך לא טבל - נפסק להלכה שאינו גר עד שימול ויטבול.⁷ ; ובשון הרמב"ם: "גר שכל ולא טבל, או טבל ולא מל - אינו גר עד שימול ויטבול".⁸

ד"ר נחום רקובר
היועץ למשפט העברי

(6) וכן ראה שלחן ערוך, אבן-העזר, סימן ח, ה: "ולד שפחה ועכו"ם כמותן...". אמנם ישנה דעה שמדרבנן, להבדיל מדין-תורה, רואים את הבן כזרעו של האב לענין איסורי עריות הנוהגים בקרובים טבעיים: "יש מסתפקים לומר דדוקא מדאורייתא הולד הולך אחר השפחה ואחר העכו"ם, אבל מדרבנן הוי זרעו, לכן יש להחמיר לכתחילה" (הגהת הרמ"א לשו"ע אבן העזר, סימן ט"ו, י). גם חומרה זו אינה מוסכמת על ידי הפוסקים המאוחרים (עיין בנושאי כלים של השו"ע, שם).

(7) עיין יבמות, מ"ו, ב.

(8) רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, י"ג, ו.

(9) אמנם ישנה דעה לפיה נכרי שכל לשם גירות יצא מכלל "בן נח" (לענין מצוות בני נח), אלא שלא נכנס לכלל ישראל, "דאף שעדיין לא נכנס לכלל ישראל גמור עד שטבל, מכל מקום משעה שנכנס לברית מילה נבדל מכלל בני נח" (שו"ת בנין ציון, לרבי יעקב עטלינגר, סימן צ"א; ועיין ציץ הקדש, לרבי יהושע צבי מיכל שפירא, סימן ל"ד).

יצויין כי אקט המילה כשלעצמו - שלא לשם מצוה - אין רואים בו מילה הנדרשת לשם גירות: "גר שנכנס לקהל ישראל - חייב מילה תחילה. ואם מל כשהיה גוי - צריך להסיף ממנו דם ברית ביום שנתגייר" (רמב"ם, הלכות מילה, א, ז).

לענין טבילה - עיין שלחן ערוך יורה דעה, סימן רס"ח, ג: "...אפילו לא טבל לשם גרות, אלא איש שטבל לקריו ואשה שטבלה לנדחה - הוי גר ומותר בישראלית".

מדינת ישראל
משרד המשפטים

1

ירושלים, כ' אדר א' תש"ל
26 בפברואר 1970

היועץ המשפטי לממשלה

אל: מנכ"ל משרד ראש הממשלה

הנדון: בג"צ 222/68 -
תפילת יהודים על הר-הבית

...הנני מצרף לוטה העתק מן הסיעון בכתב שהוגש
על ידינו לביהמ"ש הגבוה לצדק בבג"צ 222/68
המתייחס לתפילת יהודים על הר-הבית.
כזכור, החליט ביהמ"ש לדרוש מן הצדדים סיעון
בכתב במקום סיעון בעפ"ה.

בב"ר כה,

שמגר

מאיר

היועץ המשפטי לממשלה

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
DIVISION OF THE PHYSICAL SCIENCES
DEPARTMENT OF CHEMISTRY

RECEIVED
JAN 10 1962
FROM THE
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF CHICAGO

...the first of these is the
fact that the reaction is
exothermic, and the second
is that the reaction is
spontaneous at room temperature.
The third of these is that the
reaction is reversible, and the
fourth is that the reaction is
catalyzed by certain substances.

It is interesting to note that
the reaction is reversible, and
that the reaction is catalyzed
by certain substances. This
fact is of great importance
in the study of the reaction.

בג"צ 222/68

בבית המשפט העליון

היושב לדין כבית משפט גבוה לצדק

בירושלים

חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח'

העותרים

נגד

המשיב

שר המשטרה

סיכומים בכתב מטעם

פרקליטות המדינה

חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח'

העותרים

נגד

המשיב

שר המשטרה

סיכומים בכתב מטעם

פרקליטות המדינה

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF THE HOUSE OF THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF THE HOUSE OF THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF

THE HOUSE OF THE HOUSE OF THE HOUSE OF

THE HOUSE OF THE HOUSE OF THE HOUSE OF

ת ו כ ן ה ע נ י נ י ם

=====

סעיפים

5 - 1	הקדמה והצגת הבעייתיות
8 - 6	דרכי הטיפול בהיסטוריה
10 - 9	טענת אי-שפיטות הסוגיה
18 - 11	ניתוח דבר המלך במועצה על א"י (מקומות קדושים), 1924
19	שאלת תוקפו של דבר המלך כיום
22 - 20	דבר המלך והשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשלנותה
30 - 23	דבר המלך וחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957
31	חוק בתי המשפט ודוקטרינת אי-השפיטות
38 - 32	דבר המלך וחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967
39	חוק השמירה ודוקטרינת השפיטות
41 - 40	מדיניות ואי-התערבות מן הצדק
42	סיכום

חוגים לאומיים אגודה רשומה
רחוב הלפרין 5, תל-אביב ואח'

העותרים

נ ג ד

שר המשטרה

המשיב

סיכומים בכתב מטעם פרקליטות המדינה

בהתאם להחלטת כב' נשיא בית-המשפט העליון מתכבדת פרקליטות
המדינה להגיש את סיכומי טיעוניה בתיק הנדון.

1. הצו על-תנאי שיצא מלפני בית-המשפט הנכבד דורש משר המשטרה
". . . . להתייצב וליתן טעם מדוע לא ידאג למתן שמירה נאותה
מטעם משטרת ישראל על מנת למנוע הפרעות לתפילת יהודים על הר הבית.
וכן לבוא וליתן טעם מדוע לא תינתן הוראה מטעמו לאנשי משטרת ישראל
להימנע מלהפריע לתפילת יהודים על הר הבית".

הצו על-תנאי כפי שחוקן על פי בקשת העותרים, הוסיף שתי
עתירות חלופיות אלו:

"לבוא וליתן טעם מדוע לא ידאג (שר המשטרה) למתן שמירה
נאותה מטעם משטרת ישראל על מנת למנוע הפרעות לתפילת
העותרים ולכל אחד מהם על הר הבית; וכן ולחלופין: לבוא
וליתן טעם מדוע לא תינתן הוראה מטעמו לאנשי משטרת ישראל
להימנע מלהפריע לתפילת העותרים וכל אחד מהם על הר הבית."

2. נושא העיקרי של העתירה היא זכות היהודים להתפלל על הר הבית (הצו על-תנאי המקורי), ולחלופין - זכותם של העותרים להתפלל על הר הבית (התיקון לצו על-תנאי). אכן, הצו על-תנאי המקורי והצו על-תנאי כפי שתוקן מדברים בשמירה מטעם משרת ישראל, אולם קריאת העתירה (נא לעיין, למשל, בסע' 1 לעתירה) מעלה בבירור שאותה שמירה אינה מטרה בפני עצמה אלא, לכל היותר, כלי עזר למימוש הזכות נושא הדיון. ביטוי מלא לנושא העתירה ימצא בכתב העת שהעותרת הראשונה מוציאה לאור ואשר העותר הרביעי הוא עורכו (גליון ס"ז של "החזית", בטאון רעיוני-מדיני). כתב העת צורף להודעה שהוגשה לבית-המשפט ע"י פרקליטות המדינה.

3. ייזכר שפרקליטות המדינה לא התנגדה לתיקון הצו על-תנאי ולתיקון העתירה (כמבוקש ע"י העותרים בהמרצה 15/69). ואמנם, הצו על-תנאי כפי שתוקן מעמיד את העותרים על מקומם, ומכל מקום לא על הצגת הנושא בדרך זו או אחרת יתבקש בית-המשפט להכריע בשאלות שהתעוררו.

4. במהלך הטיעון להלן נפליג להיסטוריה של הר הבית, נסתמך על דוקטרינות במשפט, על דברי הלכה ועוד, אך למניעת ספק באשר למגמת הטיעון ראוי להקדים ולהביא מספר הנחות-יסוד, וכל שייאמר להלן ייקרא בכפוף להנחות אלו:

(א) קדושת הר הבית לעם ישראל, על כל המשתמע מכך (וכל המוסיף גורע), אינה עומדת לדיון. קדושת הר הבית היא מן עולם ועד עולם, אין היא תלויה בשלטון ומקומה מעבר לכל דיון, משפטי או אחר.

(ב) הר הבית מצוי בתחומי מדינת ישראל הריבונית.

(ג) אין חולק על זכותם הלאומית וזכותם ההיסטורית של

1. The first part of the paper is devoted to a discussion of the general principles of the theory of the structure of the atom. It is shown that the structure of the atom is determined by the laws of quantum mechanics, and that the laws of quantum mechanics are in agreement with the experimental facts.

2. In the second part of the paper, the author discusses the application of the theory of the structure of the atom to the study of the properties of the elements of the periodic table. It is shown that the theory of the structure of the atom can be used to explain the periodicity of the properties of the elements, and that it can be used to predict the properties of the elements which have not yet been discovered.

3. The third part of the paper is devoted to a discussion of the application of the theory of the structure of the atom to the study of the properties of the compounds of the elements. It is shown that the theory of the structure of the atom can be used to explain the properties of the compounds of the elements, and that it can be used to predict the properties of the compounds which have not yet been discovered.

4. The fourth part of the paper is devoted to a discussion of the application of the theory of the structure of the atom to the study of the properties of the alloys of the elements. It is shown that the theory of the structure of the atom can be used to explain the properties of the alloys of the elements, and that it can be used to predict the properties of the alloys which have not yet been discovered.

5. The fifth part of the paper is devoted to a discussion of the application of the theory of the structure of the atom to the study of the properties of the polymers of the elements. It is shown that the theory of the structure of the atom can be used to explain the properties of the polymers of the elements, and that it can be used to predict the properties of the polymers which have not yet been discovered.

היהודים להחפיל על הר הבית (כמובן לא ניכנס לשאלות איסור
והיתר בדת).

5. מבעי הדבר שבארצנו זו - בה מצויים מקומות קדושים לבני שלוש
הדתות המונותאיסטיות, ואשר כל-כולה היא ארץ הקודש לעם היהודי -
התעוררה כבר בעבר סוגיית המקומות הקדושים; אם כך ככלל, לא-כל-שכן
עם חילופי השלטון הפוליטי-האזרחי. הסוגיה עוררה בעיות וקשיים,
ודומה שאלו ואלה לא היו מקריים או צדדיים ועיקרם בנושא היחיד
והמיוחד של דת וקדושה.

לא נאמרו הדברים רק כדי להצביע על חומרת הנושא וסביכותו,
אלא להורותנו את דרכי הטיפול הראויים לו. ואמנם, מטבע הדברים
אין למדוד שאלות הכרוכות בדת ובקדושה באותן אמות מידה היפות
לסיכסוך אזרחי בין אדם לאדם או למחלוקת בין אזרח לבין השלטון.

על בעייתיות זו - שמתוך הסוגיה ובה - עמד כבוד השופט
קיסטר בבג"צ 223/67, בן דב נגד שר הדתות (כ"ב פד"י, (1), 440).
וכך אמר כבוד השופט (בעמ' 448 לפסה"ד):

"לית מאן דפליג כי הר-הבית הוא מקום קדוש לעם ישראל

מאז ומקדם כפי שטוען זאת העותר, ושם מקום המקדש וקודש-
הקדשים, אבל אין להתעלם מכך כי מאז צמיחת האסלאם לפני
למעלה מ-1300 שנה רואים המושלמים את הר-הבית או חלקים
ממנו כמקומות המקודשים גם להם.

אכן, בשטח הנתון בידי מדינת ישראל ישנם מקומות
נוספים המקודשים ליותר מאשר לבני דת אחת, והמחוקק רצה
להתייחס בשוויון לכל הדתות ולדאוג לשמירת המקומות המקודשים
לכל דת ודת. מצד אחד קבע המחוקק את חובת השמירה כדי לא

1875

The first part of the collection is devoted to the study of the life of the author, and the second part to the study of his works. The first part is divided into two sections: the first section contains the author's biography, and the second section contains the author's works. The second part is divided into two sections: the first section contains the author's works, and the second section contains the author's works.

The first part of the collection is devoted to the study of the life of the author, and the second part to the study of his works. The first part is divided into two sections: the first section contains the author's biography, and the second section contains the author's works. The second part is divided into two sections: the first section contains the author's works, and the second section contains the author's works.

The first part of the collection is devoted to the study of the life of the author, and the second part to the study of his works. The first part is divided into two sections: the first section contains the author's biography, and the second section contains the author's works. The second part is divided into two sections: the first section contains the author's works, and the second section contains the author's works.

The first part of the collection is devoted to the study of the life of the author, and the second part to the study of his works. The first part is divided into two sections: the first section contains the author's biography, and the second section contains the author's works. The second part is divided into two sections: the first section contains the author's works, and the second section contains the author's works.

The first part of the collection is devoted to the study of the life of the author, and the second part to the study of his works. The first part is divided into two sections: the first section contains the author's biography, and the second section contains the author's works. The second part is divided into two sections: the first section contains the author's works, and the second section contains the author's works.

לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות השונות אל המקומות המקודשים להם, ומצד שני נקבעה חובת שמירה מפני חילול וכל פגיעה אחרת וכן חובה להנוע פגיעה ברגשותיהם של בני הדתות כלפי אותם המקומות. לכל דת ישנם דינים ומנהגים שונים ביחס לדרך כיבוד, התנהגות ואף תנאי כניסה וסייגים לגבי כניסה למקומות המקודשים להם, ולא קל לצאת ידי חובת כולם ולהבטיח חופש גישה לבני דת אחת - מצד אחד, וכיבוד ואי-פגיעה ברגשות בני דת זו או אחרת - מצד שני."

6. סוגיית המקומות הקדושים בא"י עברה גילגולים מגילגולים שונים במהלך ההיסטוריה של ארץ ישראל, והשלכותיה היו תמיג אל מעל ומעבר לגבולות הארץ. סקירה תמציתית על האירועים העיקריים תימצא בחיבורו של Cust, "The Status Quo in the Holy Places" לאור בשנת 1929 (להלן ייקרא הספר בשם "קסט"). ניתן, כמובן, להוסיף עוד ועוד על הנאמר באותו חיבור, וכל שיעמיק חקר ילמד עד מה סבוכה הפרשה, בה היו מעורבים שליטים ומעצמות; אולם דומה שדי בנאמר על-ידי קסט כדי ללמד אותנו, ולו על קצה המזלג, מה עדין הנושא העומד לדיון.

גם שהדברים ארוכים וסבוכים, וגם שחלו עוד ועוד שינויים בהסדרים שנעשו, בולטת לעין - וכברית התיכון בכל מהלך ההיסטוריה - עובדת-יסוד אחת: בעיית המקומות הקדושים היתה מאז ומתמיד נושא להסדרים סילטוניים-מדיניים, ואכיפתם של אלה לא נעשתה על-ידי בתי-המשפט. ניתן לזעזע, אמנם, שהדבר נבע, ולו בחלקו, מאופיים של המשטרים ששררו בארץ, אך נראה שטיבת של הסוגיה דווקא הוא שהכתיב את דרכי הטיפול בה. תהא אשר תהא דעתנו על גופי ההסדרים שנקבעו בעבר, נראה שהגישה והדרך לקביעת ההסדרים שנעשו חייבת שתחבלט בין השיקולים הקובעים במשפט זה, מקום שבית המשפט הנכבד מתבקש לפסוק ולהכריע בעניין, כמו המדובר בסוגיה משפטית מן המניין. לשון אחר:

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

מהלכי ההיסטוריה - ביתר דיוק: הכלים בהם נעשה שימוש בהסתלסלות האירועים בהיסטוריה - חייבים להדריך אותנו לגבי העיסוק בשאלה העומדת לדיון.

7. סיפרו של קסט מונח בפני בית-המשפט הנכבד, ואין טעם להרבות בציטוטים. חשומת לב בית-המשפט מופנית, בעיקר, להערת ההקדמה לספר, להקדמה ולעמודים 1 - 12. המעיין בדברים שנאמרו ילמד מעט על ההיסטוריה של המקומות הקדושים ועל המקום שתפסה הבעיה ביחסים הבינלאומיים וביחסים בין הדתות. לדוגמה ייאמר, שקסט מצביע על הסיכסוך בקטר למקומות הקדושים כעל אחת הסיבות שהביאו למלחמת קרים (עמ' 9 - 10). לא זה המקום לדיון ולניתוח אם אמנם היתה בעית המקומות הקדושים אחת הסיבות האמיתיות למלחמה, או אם שימשה מניע ואמתלה בלבד. אם כך ואם אחרת, לא יהיו בודאי חילוקי דעות על העובדה ההיסטורית שבעיית המקומות הקדושים (לנצרות) היתה בין הגורמים שמסקלם המצטבר הביא לפריצת מלחמת קרים (טלא להיכנס למחקר היסטורי נבקש אך להסב את חשומת לב בית-המשפט לאמור על הסוגיה ב- Columbia Encyclopedia מהד' 3, עמ' 511, תחת הכותרת "Crimean War").

8. הר הבית ומקומות קדושים אחרים מצויים כיום בריבונות מדינת ישראל, ומדינת ישראל היא שתקבע את דרכי ההסדר בהם; על כך אין חולק. סיעוננו הוא, שבדרכי הטיפול נשמור על הכלי בו עשו שימוש מאז ומתמיד לפתרון הבעיות. בלשון טכנית ייאמר, שהסוגיה חייבת למצוא את פתרונה בהכרעות מדיניות, ע"י הרשות המבצעת, ולא בדרכים שיפוטיות ע"י הרשות השופטת. הנושא סבוך והשלכותיו רבות מכדי שיהיה נתון להכרעה בכלים העומדים לרשות בית-המשפט.

9. סיעונה הראשון של פרקליטות המדינה הוא, איפוא, שעל פי הילכות משפט כלליות מן הראוי שבית-המשפט לא ייעתר לעתירה, באשר המדובר בסוגיה שלא נועדה להכרעות שיפוטיות, סוגיה שאינה "שפיטה".

תיאוריות רבות הוצעו להנחיה ולבחינה אם סוגיה פלונית היא שפיטה, אם לאו. הלומד והקורא אינו יכול אלא להסכים לדברי הסיכום של כבוד השופט ויתקון בחיבורו "פוליטיקה ומשפט" (הרצאה לזכרו של הד"ר זמורה ז"ל, ירוסלים, תשכ"ה) שאין פתרון חד-משמעי וברור לשאלה:

"יצאנו לחפש מורה נבוכים, וחוששני, שעדיין נמצאים אנו חוהים ובוה
שאלת ה'שפיטות' בעניינים פוליטיים, מנים לה לכאן ולכאן,
ומן השאלות היא שאין להן הכרע" (שם, בעמ' 69).

דומה עם זאת, שבחינת העניין העומד לדיון כאן, לאור כל אחת
ואחת מן התיאוריות שהוצעו - טיב הנושא, חלוקת הסמכויות בין
הרשויות, תורת ה- self-restraint, תיאורית היעילות
והאחריות המדינית, "חוס המומחיות", ועוד - חייבת להוליך למסקנה
האחת, שבית המשפט הנכבד לא יראה לפסוק בשאלה שהועלתה. לעניין זה
נבקש להטב את השומח לב בית-המשפט הנכבד למראי המקומות הבאים:

בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ. נשיא מדינת ישראל, ה(1) פד"י 801;

Finkelstein, "Judicial Self-Limitation", 37 (1923-24) Harv.
L.R. 338 ff.;

Weston, "Political Questions", 38 (1924-25) Harv. L.R. 296 ff.;

Jaffe, "Standing to Secure Judicial Review: Public Actions",
74 (1960-61) Harv. L.R. 1265, 1302 ff., 1306-1307;

Scharpe, "Judicial Review and the Political Question: A
Functional Analysis", 75 (1965-66) Yale L.J. 517 ff.

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

להארת דעותיהם של אחדים מהמחברים נצביע על כמה קטעים

מדבריהם: פינקלשטיין, בעמ' 339, 344-345, 346 ו-363 למאמרו
הנזכר (נספח א' לכתב היעון זה); וויססון, בעמ' 326-328 (נספח ב');
ג'פה, בעמ' 1302-1304 (נספח ג'), ונא להשוות בעמ' 1306-1307.

10. יקרא הקורא את הדברים שנאמרו וישווה נגד עיניו כל העת
את בעייתנו-אנו. דומה שהמסקנה אחת היא: ראוי ונכון שבית-המשפט
הנכבד יראה את הסוגיה כבלתי שפיטה.

כפי שנאמר לא אחת, יחסי החוץ של מדינה משמשים דוגמה
קלאסית לסוגיה שאינה שפיטה, ונראה שאין להבחין בין יחסי חוץ
במשמעותם המקובלת והמוגבלת לבין הסוגיה הנדונה כאן. לא זו בלבד
שהשאלה קטורה בקשר אינטימי ליחסים בין מדינת ישראל לבין מדינות
העולם, ולא זו בלבד שגזירה שווה מיחסים בין אומות ליחסים בין
דתות - אפשר לא גזירה שווה אלא קל וחומר - אלא שהבעייתיות
השלכותיה חורגות הרבה אל-מעבר ליחסים בין העותרים לבין המשיב
והמדינה, ונפקותה במיטרין על פעילותן של רשויות המדינה, והכל
בתחומים אקטטרה-משפטיים. נאמר, איפוא - לאור המיבחנים שהובאו
ע"י המלומדים ובתי המשפט - שאופי החיוב אותו מבקשים העותרים
להטיל על רשויות המדינה, על כל המשתמע ממנו, מצדיק אי התערבות
בית-המשפט. אכן, צו כי יצא מלפני בית-המשפט בענין פרטיקולרי
זה, יטיל על הרשות המבצעת חיובים העלולים להיות הרי-גורל.

הטענה היא, איפוא, שבית-המשפט יימנע מהכריע בסאלה -
מהיותה בלתי שפיטה - ודרכי הטיפול בה בעבר יורונו את הנתיבים
המתאימים לעיסוק בה כיום.

17. The first of these is the fact that the
 number of cases of the disease is not
 the same in all parts of the country.
 It is more prevalent in some than in others.

The second is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.

The third is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The fourth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The fifth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The sixth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The seventh is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The eighth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The ninth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.
 The tenth is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.

The eleventh is the fact that the disease is
 more prevalent in some than in others.
 It is more prevalent in some than in others.

11. גם הטענה השניה (מבחינה כרונולוגית) עניינה באי-שפיטות הסוגיה, אך זו הפעם אין המדובר בהלכה אלא בדבר-חוק מפורס: דבר המלך במועצה על א"י (מקומות קדושים), 1924 (דרייסון, כרך 3, עמ' 2625).

טענת הפרקליטות היא, שהוראות דבר המלך הנזכר מונעות את הדיון בבית המשפט הנכבד, וסדר הדיון בטענה יהיה זה: בתחילה תובאנה הוראות דבר המלך ויינתן פירושן - מתוך דבר המלך ובו ולאור מיסמכים אחרים - ולאחר מכן תידון השאלה בדבר תוקפו של דבר המלך כיום.

12. הוראותיו העיקריות של דבר המלך באות בסימנים 2 ו-3 בו, הקובעים וזה לשונם:

"2. Notwithstanding anything to the contrary in the Palestine Order in Council, 1922, or in any Ordinance or law in Palestine, no cause or matter in connection with the Holy Places or religious buildings or sites in Palestine or the rights or claims relating to the different religious communities in Palestine shall be heard or determined by any Court in Palestine.

Provided that nothing herein contained shall affect or limit the exercise by the Religious Courts of the jurisdiction conferred upon them by, or pursuant to, the said Palestine Order in Council.

3. If any question arises whether any cause or matter comes within the terms of the preceding Article hereof, such question shall, pending the constitution of a Commission charged with jurisdiction over the matters set out in the said Article,

The Commission on the Status of Women
has the honor to acknowledge the receipt of your letter
of the 10th inst. and to inform you that the same
has been forwarded to the appropriate authorities.

The Commission is also pleased to inform you
that the same has been forwarded to the appropriate
authorities for their consideration and that the
Commission is awaiting their decision.

Very respectfully,
The Secretary

The Commission on the Status of Women
has the honor to acknowledge the receipt of your letter
of the 10th inst. and to inform you that the same
has been forwarded to the appropriate authorities.

The Commission is also pleased to inform you
that the same has been forwarded to the appropriate
authorities for their consideration and that the
Commission is awaiting their decision.

Very respectfully,
The Secretary

The Commission on the Status of Women
has the honor to acknowledge the receipt of your letter
of the 10th inst. and to inform you that the same
has been forwarded to the appropriate authorities.

The Commission is also pleased to inform you
that the same has been forwarded to the appropriate
authorities for their consideration and that the
Commission is awaiting their decision.

Very respectfully,
The Secretary

The Commission on the Status of Women
has the honor to acknowledge the receipt of your letter
of the 10th inst. and to inform you that the same
has been forwarded to the appropriate authorities.

be referred to the High Commissioner, who shall decide the question after making due enquiry into the matter in accordance with such instructions as he may receive from one of His Majesty's Principal Secretaries of State.

The decision of the High Commissioner shall be final and binding on all parties."

לסון המחוקק ברורה ומפורשת, שעניינים מסויימים לא יועמדו

להכרעה, לא יישמעו ולא יידונו לפני בתי המשפט. שלושה הם סוגי

העניינים שבתי המשפט לא ייזקקו להם:

1. cause or matter in connection with the Holy Places;
2. cause or matter in connection with. . . religious buildings or sites;
3. cause or matter in connection with. . . the rights or claims relating to the different religious communities.

לענין העתירה הנדונה אין צורך לעמוד על היקפם המדוייק של

כל אחד ואחד מן העניינים אותם ביקש דבר המלך להוציא מתחומי בתי המשפט,

או על היחסים המדוייקים בין אותם עניינים, באשר נעלה מספק שהעתירה

הנדונה נופלת בגדרי דבר המלך; אם לא לסוגיה כגון הסוגיה הנדונה

כאן כיוון המחוקק את דברו, למה כיוון את דברו לא ידענו. עשויות

אולי להתעורר סוגיות המצויות בשוליים, אך סוגייתנו-אנו בודאי

נמצאת בלב העניין.

THE FIRST PART OF THE
BOOK IS A HISTORY OF THE
CITY OF NEW YORK FROM
THE FIRST SETTLEMENT
IN 1624 TO THE PRESENT
TIME.

THE SECOND PART OF THE
BOOK IS A HISTORY OF THE
CITY OF NEW YORK FROM
THE FIRST SETTLEMENT
IN 1624 TO THE PRESENT
TIME.

THE THIRD PART OF THE
BOOK IS A HISTORY OF THE
CITY OF NEW YORK FROM
THE FIRST SETTLEMENT
IN 1624 TO THE PRESENT
TIME.

THE FOURTH PART OF THE
BOOK IS A HISTORY OF THE
CITY OF NEW YORK FROM
THE FIRST SETTLEMENT
IN 1624 TO THE PRESENT
TIME.

ראוי להעיר שלא מצאנו בחקופת המנדט אף מקרה אחד, בו נזקקו בתי המשפט לסוגיה שיש בה, ולו סמך דמיון, לעניין הנדון כאן. נא לעיין ולהשוות, למשל: ע"ק 2/33, 2 פל"ר 53; ע"א 28/40, 7 פל"ר 242; ע"א 229/45, 13 פל"ר 175.

13. בטאלת פירושו של דבר המלך ונפקותו המשפטית ראוי להצביע על הדברים הבאים:

(א) סימן 2 לדבר המלך קובע ה -

"... no cause or matter in connection etc."

יישמע או יוכרע

"... by any Court. . . ."

(בכפיפות לאמור בסיפה, לעניין סמכות בתי הדין של העדות).

המונחים "cause" ו-"matter" זכורים לכל, בוודאי, מסימנים 38 ו-43 סיפה לדבר המלך במועצה, 1922. סימן 38 קבע:

"38. Subject to the provisions of this part of this Order and any Ordinance or rules, the civil courts hereinafter described, and any other courts or tribunals constituted by or under any of the provisions of any Ordinance, shall exercise jurisdiction in all matters and over all persons in Palestine".

ואילו סימן 43 סיפה אמר:

"The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice."

(ונא לעיין גם בסימנים 40(1)(א), 40(1)(ב), 47, 51 וכו' לדבה"מ).

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

...the ... of ...
...the ... of ...
...the ... of ...

לימוד דברי החוק הנזכרים והשוואתם זה לזה תלמדנו שהדיבור

"cause or matter" מיועד להכיל ולהקיף כל ענין שהוא העשוי

לבוא בפני בתי המשפט (ונא לעיין אף בדברי כבוד השופט אגרנט,

כתוארו אז, במשפט "דבר": בג"צ 14/51, ה' (2) פד"י 1017, 1047 ואילך,

ובדברי הנשיא זמורה ז"ל במשפט ז' בוטינסקי: ה' (1) פד"י 801, 811 ואילך).

דבר המלך משנת 1922 נתן נושאים מסויימים לסמכות בתי המשפט,

ואילו דבר המלך משנת 1924 ביקש ליסול חלק מאותם נושאים מתחום

הסמכות. אין פלא, איפוא, שהמחוקק עשה שימוש באותם מונחים עצמם בשני

דברי החוק (זאת ועוד; מחוקק דבר המלך משנת 1924 היה זהיר מאד

בלשונו ודיבר גם על "cause" וגם על "matter", אף שאפשר

ויכול היה להסתפק במונח השני).

כוונת מחוקק דבר המלך משנת 1924 גלויה אף מן האקדמה הראשונה

לדבר המלך, בה מוזכר שלפי דבר המלך משנת 1922 ניתנה סמכות לבתהמ"ש

האזרחיים - "in all matters and over all persons".

המשך הרעיון בא באקדמה השנייה, המדברת על "certain matters".

ב. דבר המלך משנת 1924 לא נעשה בחלל הריק, ועוקב הוא אח

דברי כתב המנדט (סקירת כתב המנדט ודבה"מ חימצא בסיפרו של פרופ'

בנטוויץ "The Mandates System", 1930, בעמ' 37 ואילך).

סע' 13 ו-14 לכתב המנדט קבעו לאמור:

"13. All responsibility in connection with the Holy Places and religious buildings or sites in Palestine, including that of preserving existing rights and of securing free access to the Holy Places, religious buildings and sites and the free exercise of worship, while ensuring the requirements of public

order and decorum, is assumed by the Mandatory, who shall be responsible solely to the League of Nations in all matters connected herewith, provided that nothing in this article shall prevent the Mandatory from entering into such arrangements as he may deem reasonable with the Administration for the purpose of carrying the provisions of this article into effect; and provided also that nothing in this mandate shall be construed as conferring upon the Mandatory authority to interfere with the fabric or the management of purely Moslem sacred shrines, the immunities of which are guaranteed.

14. A special Commission shall be appointed by the Mandatory to study, define and determine the rights and claims in connection with the Holy Places and the rights and claims relating to the different religious communities in Palestine. The method of nomination, the composition and the functions of this Commission shall be submitted to the Council of the League for its approval, and the Commission shall not be appointed or enter upon its functions without the approval of the Council."

אין צורך לעמוד על גווניו מגוונים שונים בניסוח כתב המנדט
מזה ובניסוח דבר המלך מזה, באשר גלוי לעין הקשר בין השניים, קשר
המחבטא באימוץ מילולי כמעט של הוראות כתב המנדט בדבר המלך (בהמשך
לאותה סוגיה נא לעיין עוד בסע' 28 לכתב המנדט ובסיפרו הנזכר של
בנטוויץ, בעמ' 41-42).

בהמשך הטיעון נדבר עוד בכתב המנדט, ובקצר בינו לבין דבר
המלך משנת 1924, אך להסרת כל ספק ייאמר כבר מעתה: כתב המנדט היה

אביו הרוחני של דבר המלך 1924, אך מאז נעשה דבר המלך היה הוא לחי הנושא את עצמו והניזון מעצמו; קיומו של דבר המלך כדבר-חוק מחייב במשפט הפוזיטיבי לא עוד קשור היה לכתב המנדט. ואולם עיקר הדברים הוא זה, שהקשר בין דבר המלך לבין כתב המנדט מבליט בבירור את אופי הבעיה בה מדובר, את ייחודיותו של הנושא, את רגישות הסוגיה, את הרציפות ההיסטורית בחאלת דרכי הטיפול בסוגיית המקומות הקדושים.

ג. המחוקק היה זהיר עד-למאד בקביעת תחום חלותו של הוראות דבר המלך. הנה זה הוצאו עניינים מסויימים מחחומי סמכותם של בתי המשפט, אך הרי מקובלנו שבתי המשפט עצמם הם המפרשים את דבר המלך ואת היקף חלותו; ומה יהיה אם בתי המשפט יפסקו שענין מסויים אינו נכלל בדבר המלך - ומכאן שרשאים הם להיזקק לו - שעה שלא זו היתה "כוונת המחוקק"? עמד וקבע בסימן 3 לדבר המלך, שגם בשאלה המוקדמת - אם ענין מסויים נופל בגדרי דבר המלך, אם לאו - לא בתי המשפט יכריעו אלא הנציב העליון. לא זו בלבד, אלא שמחוקק דבר המלך שמר מפורשות על כוחו לתת הוראות לנציב העליון, ובדרך זו הבטיח לעצמו - ולעצמו בלבד - את תחימת גבולי העניינים, נושא דבר המלך, גם הם. אין צריך לומר שכל הסמכויות כולן הנזכרות בסימן 3 לדבר המלך, מצויות כיום בידי הממשלה.

לרקע הבעייתיות עליה הצבענו, ייקל לפרש ולהבין את הדברים.
כוונת המחוקק היתה לייחד את הטיפול במקומות הקדושים לרשות המבצעת
בלבד; לא עוד - אלא לדרג העליון ביותר בה בלבד, גם לא לנציב העליון
שלענין הנדון ניתנו לו סמכויות מזעריות בלבד.

14. לסיכום פירושו והגיונו של דבר המלך ייאמר כך:

מאות בשנים נקבעו ההסדרים שחלו על המקומות הקדושים בדרכים
שלטוניות בלבד, להבדילם מהסדרים שיטודם בזכויות הנתונות לאכיפה ע"י
בתי-המשפט. מטבאה הארץ תחת שילטונה של בריטניה, דאגו מדינות העולם
לקבוע שהממשלה הבריטית, היא עצמה - כרשות השלטון העליונה - תהיה
אחראית לאשר ייעשה בקשר למקומות הקדושים. כך נעשה דבר המלך בסנת
1924, ובו נקבע שבענייני המקומות הקדושים, להבדילם מעניינים אחרים,
לא יטפלו בתי-המשפט. כתב המנדט ודבר המלך לא חידשו, למעשה, דבר
בסוגיית הדרך לטיפול במקומות הקדושים, ואין הם אלא חוליה נוספת
בשלשלת היסטורית ארוכה ובקיום עקרונות שנתקבלו מאות בשנים.

היסטוריה זו היתה מוצדקת ומובנת מצד עצמה, בהים לב לסוג
המאסריה בה מדובר: נושא המקומות הקדושים ראוי לו טיפול שילטוני
ראוי למקומות הקדושים. טיפול משפטי - וע"י בית המשפט - מטבע
בריותו הוא חד, ברור, חורץ, החלטי, חותך, ומטעם זה אינו מתאים
לנושא. רעיון זה מצא את ביטויו אף באקדמה הסניה לדבה"מ משנת 1924,
בה אומר המחוקק כי:

"... whereas it is expedient that certain matters
shall not be cognizable by the said Courts."

15. פירוש דבר המלך כך - בשים לב לטיב המאסריה ולהסתלשלות ההיסטורית שקדמה לו - ממלא אותו תוכן רציונאלי וענייני. אין המדובר בדבר חקיקה אוטורי שנטל סמכויות מבתי המשפט על דרך הסתם, מחוץ שרירות ליבו של הריבון או מטעמים היפים לשעתם ולמקומם; אין המדובר בדבר-מחוקק חד-פעמי הקטור באורו למיסמך בינלאומי מיוחד - כתב המנדט. בפנינו חוק שניתן לומר עליו כי נלמד הוא מעניינו, ועיקרו במעמד המיוחד שיש לרשות המבצעת - יהא השלטון אשר יהא - כלפי המקומות הקדושים. ניתן לומר שדבר המלך, בעיקרו, אינו אלא אקט דקלרטיבי שיצא מלפני הריבון, לאמור: הסדר שהיה מתקבל בהלכה גם לולא נכתב על ספר החוקים. למומנט זה תהיה נודעת חשיבות ממעלה ראשונה בהמשך הטיעון.

צידו השני של המסבע ברור וגלוי, וגם בו דובר: כאשר התעוררה שאלות בנוגע לאותם עניינים המשמשים נושא לדבר המלך, הוסדרנה הן ע"י השלטון ובדרכים שלטוניות. הכלים הנתונים לשילטון אחרים הם מהכלים הנתונים לבית המשפט, ובכלים מהסוג הראשון ישתמשו. במלה אחת נאמר, ועיקר הדברים הוא בהסדר יאלות - דרכי השילטון - ולא בחיתוך סיכסוכים ובהכרעה בהם - כדרך בית המשפט.

16. ואמנם, עיון בהסדרים הנוגעים למקומות הקדושים (קסט, עמ' 12 ואילך) מעלה מערכת כה מורכבת, כה מסובכת, כה מבוזנת וכה מיוחדת במינה, שאין להעלות על הדעת - על פי המקובלות עלינו - שבתי-המשפט יעסקו בה וינסו לאכוף אותה. לא זו בלבד שיש ועסויים להתגלע חילוקי דיעות (אמיתיים או מדומים) באשר לשאלת ההסדרים הראויים או ההסדרים שנתקבלו, אלא שהמנגנונים המיוחדים הפועלים אינם מחאימים, מעצם טיבם, להפעלתם ע"י בתהמ"ט (כל זאת, לבד משאלת האימפליקציות האחרות, בהן דובר לעיל).

11. The first of these is the fact that the
theoretical model of the atom is based on the
assumption that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.
The second is the fact that the theoretical
model of the atom is based on the assumption
that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.
The third is the fact that the theoretical
model of the atom is based on the assumption
that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.

12. The first of these is the fact that the
theoretical model of the atom is based on the
assumption that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.
The second is the fact that the theoretical
model of the atom is based on the assumption
that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.
The third is the fact that the theoretical
model of the atom is based on the assumption
that the electron is a point particle.
This is in contradiction with the experimental
evidence that the electron has a finite size.

17. ניתן לשעון שהעתירה הנדונה היא "פשוטה" - זכות תפילה - וכי אין ולא כלום בינה לבין כל אותם הסדרים מסובכים ומורכבים עליהם מדבר קסט; אלא שמענה זו פסטיה ואינה נכונה.

ראשית, אין לדבר בזכות תפילה על דרך הסתם אלא בהסדר זכות תפילה; הסדר - קרי, כתיב ועשה - הסדר ולא הכרעה, וממילא אין לחתוך בו ע"י צו שיינתן ע"י בתהמ"ש (על דרך הגזירה השווה ניתן להזכיר את דברי כב' הנשיא בבג"צ בן דב, שס, בעמ' 445-446, ואת דברי כב' מ"מ הנשיא, בעמ' 447 לפסה"ד).

שנית, משהוצאו עניינים מסויימים מתחום שיפוטם של בתי המשפט, שוב סיב העניין קובע - בין עפ"י דוקטרינת הספיטות ובין עפ"י פירוסו הנכון של דבר המלך - והשאלה אם במקרה מסויים ההכרעה "פשוטה", ולו לכאורה, אינה עוד לעניין.

חליטית, אם יכריע בית-המשפט בשאלה, שוב לא יהיה מקום להבחין בין עניינים-אנו לבין שאר ההסדרים, אולם קשה להניח שבתי המשפט - ובהכרח: בתי המשפט לערכאותיהם השונות - יפסקו, אמנם, בשאלת זכותה של עדה נוצרית פלונית להתפלל ביום מסויים, בסעות מסויימות ובמקום מסויים שבכנסייה פלונית; בשאלת זכות הסרת האבק מדלת הקבועה בסער מסויים; בשאלת צביעה של קיר - או חלק של קיר - במקום פלוני; בשאלת תיקונים של מערכת מסויימת, בכלל או במועד מסויים דווקא; ומהתט להכא. אכן, עולם מיוחד הוא זה, ואין הוא עולמנו-אנו, עולם המשפטים. אין המדובר באיזה אינטרס שלא התגבש עדיין להיותו זכות משפטית, גם שאפשר ויבשל בהלכה, עם חלוף השנים, וייעשה בר-אכיפה ע"י בתהמ"ש (בג"צ 29/62 כהן נ. שר הבטחון, ט"ז (2) פד"י 1023, 1027); ענייננו במיכלול נורמות שאינן מתאים, מעיקרו, למערכת בתי המשפט, וגם אם הגורמים הפועלים בזמננו ובמקומנו שונים במובנים מסויימים מהגורמים שפעלו בעבר, סיב המאסריה לא השתנה.

18. טענתנו היא, איפוא, שבהסתמך על הוראות דבר המלך משנת 1924 יבטל בית המשפט את הצו על-תנאי.

נחזור על טעמנו לעיל: פירושו של ביטול הצו על-תנאי אינו אלא זה, שביהמ"ס מכיר בכך כי המדובר בענין שהמחוקק הוציא ממסגרת ההכרעות השיפוטיות, ובנוסף לכך - או לחלופין: המדובר במאסריה שמעצם טיבה ראוי לה שהממשלה תטפל בה, ובאמצעות הכלים הגמישים העומדים לרשותה.

19. אין ספק שדבר המלך עמד בתוקפו עם קום המדינה, הואיל ולא בוטל (העותרים גם אינם טוענים אחרת), אך עשויה להתעורר שאלה אם עומד הוא כיום בתוקף. שלושה מכסולים עשויים לעמוד בדרך, ואלה הם:

א. הסינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה;

ב. חוק בתי המשפט, חסי"ז-1957;

ג. חוק הסמירה על המקומות הקדושים, חסכ"ז-1967.

נעמוד על השאלות אחת לאחת, ובצד הדיון על נפקותו של דבר המלך כיום, נשאל את עצמנו אם אותם שלושה גורמים שמנינו לעיל, עשויים לגרוע מחוקפה של אי-שפיטות הסוגיה - כמניעה עצמאית לדיון בבית-המשפט, לבד מדבר המלך.

20. הלכה פסוקה ומקובלת היא, שהדיבור "... ובסינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" שבסעי' 11 לפקודת סדרי הסלטון והמשפט, חס"ח-1948, עניינו בסינויים טכניים גרידא, וכי לא נתכוון המחוקק לסינויים מהותיים במשפט, ובהם ביטול חוקים. כך פסק כב' הנשיא זמורה ז"ל בבג"צ 5/48 ליון נ. גוברניק (א' פד"י 58, 69-70), ובעקבותיו הלך בית המשפט העליון מאז ועד היום הזה (נא לעיין, למשל, באסמכתאות שמביא ד"ר א. רובינשטיין בספרו "המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל", חסכ"ט, בעמ' 29 ואילך). המסקנה העולה מכאן היא, איפוא, שדבר המלך משנת 1924, כוחו עמו גם לאחר קום המדינה.

of the
...

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..

21. יטען הטוען שכך נפסקה הלכה בתיאוריה, אך למעשה הכירו בתהמ"ס בשינויים מהותיים שנחוללו במשפט עם קום המדינה. כך, למשל, יצביע הוא על ההלכה הידועה שנפסקה במשפט שטמפר (ע"פ 174/54, י"א (1) פד"י 5, 15), ואשר תשתיתה היא ריבונות ישראל, וכן על סידרת ההלכות המגוונת שקבעה את ניתוק הזיקה למשפט האנגלי (למשל: ע"א 81/55 כוכבי נ. בקר, י"א (1) פד"י 225, 238).

ויאמר הטוען: דבר המלך מסנת 1924 מכוון להוצאת עניינים מסויימים מתחום סמכויותיהם של בתהמ"ס, ומעשה וכוונה אלה אינם עולים בקנה אחד עם אוטיות המסטר הדימוקרטי בישראל. מסקנה - עם קום המדינה בטל ואבד דבר המלך מן העולם.

22. טענה זו אינה טענה, וחשובותיה בצידה.

ראשית דבר: בתחילת טיעוננו עמדנו באריכות על סוגיית הספיטות בכלל ועל רוחו וליבו של דבר המלך מסנת 1924. הגיון הדברים חייב ללמד אותנו שאין כל סתירה בין רוח הדימוקרטיה לבין הקביעה, במערכת המשפט, שעניינים מסויימים בחיים הציבוריים מן הראוי להם שיוסדרו על-ידי הרשות השילטונית ולא על-ידי הרשות השופטת. דבר המלך, כפי שראינו, אינו ביטוי לדבר חקיקה קולוניאלי - במובן הטלילי של המונח - המצמצם את ריבונות המדינה ומקצץ בסמכויות הרשות השופטת. קביעה שדבר המלך על תילו עומד אין בה אלא כדי להבטיח המסך המצב הקודם, לפיו נשמרה לרשות המבצעת שליטה מלאה על הנושא הרגיש של המקומות הקדושים. כך דאוי וכך רצוי - כאז כן עתה - ובלשון דבר המלך - "expedient". אדרבא; הפקדת ענייני המקומות הקדושים בידי הרשות המבצעת, הממשלה, דווקא היא מדגישה בצורה המירבית את ריבונות מדינת ישראל, ורק כך יכול שיובטח סיפול בסוגיה עדינה זו ע"י כלי השילטון הגמישים. נשווה נגד עינינו את האנלוגיה מיחסי החוץ של המדינה והפרטה תתיצב ותתבהר.

שנית, בכל הפסיקה העניפה לא מצאנו שבתי-המשפט קבעו כי פקודה - ולא-כל-שכן דבר המלך - נתבטלו מאליהם עם קום המדינה. עם כל ההצהרות הפרוגרמטיות שנעשו בהלכה - והמסקנות המעשיות שהסיקו בתי המשפט מאותן הצהרות - לא הרחיקו בתי המשפט לכת כדי הקביעה שבדבר-חוק חרות נתבטל עם קום המדינה. ההלכה אינה, איפוא, רק הלכה אלא גם מעשה. ואמנם, לא זו בלבד שבתי המשפט לא הצהירו על היבטלות דבר חקיקה מנדטורי מהדרגה הגבוהה (דבר מלך, פקודה) כמסקנה המתחייבת מקום המדינה, אלא שעשו הם רבות שלא להביא לתוצאה זו. כך היה כאשר נטען שתקנות ההגנה נמחקו מאליהן מעל ספר החוקים (למשל: בג"צ 7/48 אל-כרבוטלי נ. סר הבטחון, ב' פד"י 5, 12; בג"צ 39/64 אל-ארד נ. הממונה על מחוז הצפון, י"ח (2) פד"י 340, 342), וכך דחה בית המשפט את הטענה שסעיף 42 לפקודת הפרסנות אינו עוד בין החיים.

במשפט קליר נ. היועץ המשפטי (ע"א 152/52, ח(1) פד"י 338)

אמר בית-המשפט העליון (בעמ' 340 לפסק הדין):

"כאן יש לדון בטענתו השניה של מר אברמובסקי, והיא, כי לאור הכתוב בסיפא של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, אין מקום היום להחולתה של ההוראה המצויה בסעיף 42 לפקודת הפרסנות, הואיל וישראל היא מדינה דמוקרטית, ואילו אותה הוראה מבוססת על עקרון שמקורו בפררוגטיבה של המלך האנגלי. אנו דוחים טענה זו, ובנדון זה אין לנו אלא לחזור על החשובה שהשיב לטענה זו כב' השופט ב. כהן, אחד השופטים שישב בדין בבית-המשפט המחוזי, וכך אמר:-

"אין ספק שמבחינה היסטורית נובע סעיף 45 (היום ס' 42 של הנוסח החדש) מן הפררוגטיבה של המלך, ולו היו מבקשים להסתמך על עקרון הפררוגטיבה, הייתה מסכים עם חברי: משנעלם המלך נעלמה הפררוגטיבה עמו. אולם היום יש לנו חוק חרות והחוק מפורש. מה שמשתמע מדברי חברי השופט לס הוא: שקביעה כקביעת סעיף 45 אינה מתיישבת עם דמוקרטיה. בכל הכבוד מוכרח אני לחלוק על השקפה זו. לכל אחד מאתנו השקפות מסלו על דמוקרטיה, אולם הכנסת היא שקובעת את התוכן המדויק של הדמוקרטיה הישראלית, וכל עוד שהכנסת סובלת את הסעיף 45 בספר החוקים, חייב אני כשופט להוציא את המסקנות מקיומו, אף שמסקנות אלו אינן נראות לי כאדם פרטי."

לשון דומה נקט כב' הנשיא זמורה ז"ל במשפט זיו הנזכר (א' פד"י, בעמ' 70). דברים אלה יפים היו לעניינם, ומהתם להכא.

23. הטענה הבאה נגד החיזה המועלית כאן היא זו, שדבר המלך נתבטל מכללא על-ידי חוק בתי המשפט, חסי"ז-1957. מהלך הטענה עשוי שיהיה כך: סע' 7(א) לחוק בתי המשפט קובע את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק, ולא מצינו בו הגבלת סמכות כזו האמורה בדבר המלך, 1924. מכאן שדבר המלך נתבטל מכללא על-ידי חוק בתי המשפט. ואם לא די בכך - זה המסך הטענה - הנה כי כן קבע המחוקק בסע' 49(2) לחוק בתי המשפט:

"חוק זה אינו גורע מכל חוק אחר -

(1)

(2) המוציא עניינים מסויימים מסמכותם של בתי המשפט שחוק

זה דן בהם, או מוסר לסמכותם עניינים נוספים;"

פירוש הדיבור "חוק", הוא (סע' 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)): "דבר חקיקה של הכנסת ולרבות כל פקודה". הדיבור "חוק" בסע' 49 אינו כולל, איפוא, דבר מלך, ומכאן ראיה שלאחרי חוק בתי המשפט נעלמה מכללא המיגבלה שהוצבה על סמכות בתי המשפט בדבר המלך 1924, וזאת מכוח המשקל המצטבר של הוראות סע' 7(א) וסע' 49(2) לחוק בתי המשפט. טענה זו אינה טענה ובסמוך יבואו הנימוקים לכך.

24. ראשית, כל הטענה כולה סומכת על ביטול מכללא, להבדילו מביטול מפורש, והלכה היא שבית המשפט לא יפרש דבר חקיקה כנסוג מכללא מפניו של דבר חקיקה מאוחר, אלא אם אין כל אפשרות ששני דברי החוק יעלו בקנה אחד. לענין זה מוסבת חשומת ליבו של בית המשפט הנכבד למובאות ולאסמכתאות בסיפרו של כב' השופט צ.ע. בקר, "ניסוח ופרשנות", 1969, בעמ' 120 ואילך, וכן לדברי קרייס על פרשנות, מהד' 6, עמ' 365, ולמקסוול, מהד' 12, עמ' 191 ואילך. הדברים

ידועים ואין להאריך. אם כך דרך כלל, לא-כל-סכן מקום שהמדובר - וכך בענייננו - בחוק העוסק בנושא זה מורכב, מסובך ועדין, וביחוד בשים לב להיסטוריה של החוק ולמעמדו המיוחד במערכת המשפט. אין לקבל סכך, מכללא ובהיסח הדעת, "התכוון" המחוקק להכניס שינויים במערכת המשפט ולשנות מדעתו באשר לדרכי הטיפול הנאותות במאסריה: מבלי שנתן כלל דעתו על הנושא לגופו ועל ההשלכות הרבות והעצומות שעשויות לנבוע מהביטול מכללא, השלכות שהן מעל ומעבר לנושא החוק המבטל מכללא. "כוונת המחוקק", קרי: פירוש ראוי ונאות שיתן בית המשפט לכוונה "מכללא".

25. שנית, בצד העקרונות הכלליים החלים על ביטול מכללא, יחולו גם עקרונות הפרטנות לענין היחס בין חוק כללי לבין חוק מיוחד (למשל: ע"א 421/61 המדינה נ. האז, ס"ו (3) פד"י 2193 וע"פ 402/63 רונן נ. היועץ המשפטי, י"ח (3) פד"י 172, 182, 187; ע"פ 69/63 היועץ המשפטי נ. וייגל, י"ז (2) פד"י 712 ו-ד"נ 5/63 היועץ המשפטי נגד וייגל, י"ז (4) פד"י 2358; מקטוול, חם, עמ' 196 ואילך; קרייס, חם, עמ' 376 ואילך). החוק הכללי בענייננו - אין צריך לומר - הוא חוק בתי המשפט, ואילו החוק המיוחד - דבר המלך במועצה: הראשון דן בסמכויות בכלל ואילו האחרון בסמכויות שעניינן במאסריה יחידה ומיוחדת. ואמנם, כשסדבר המלך מסנת 1924 יכול היה להתקיים, ואכן התקיים, בצידו של דבר המלך מסנת 1922, על סימן 43 שבו, כך יתקיימו זה בצד זה חוק בתהמ"ט ודבר המלך מסנת 1924.

26. שלישית, בית המשפט העליון פסק לא אחת (נא לעיין, למשל, בבג"צ 10/59 ויקי לוי נ. ביה"ד הרבני האזורי, י"ג (2) פד"י 1182, 1193, ובבג"צ 79/63, סרודלר נ. פקידי הבחירות, י"ז (4) פד"י 2503, 2513), שסע' 7 לחוק בתי המשפט לא נתכוון לשנות מסמכויות הבג"צ כפי שבאו לידי ביטוי בסימן 43 לדבר המלך מסנת 1922 ובסע' 7 לפקודת

בתי המספט. סמכויות - לענייננו - מיגבלות על הסמכויות בכלל.
סענה זו מתקשרת ליחסי הטענות הראשונות שהעלינו, ומתלבת בהן.

27. רביעית, העובדה שהמחוקק לא נתכוון לפגוע בדבר המלך נלמדת מכך שבדבר המלך נזכר - ולא אחת - בדברי חקיקה של הכנסת כדבר-חוק סריר וקיים, וזאת לאחר היות חוק בתי המספט. כך, למשל, בטע' 22 לחוק הניקוז וההגנה מפני שטפונות, חסי"ח-1958 (סה"ח, חסי"ח, עמ' 4), בטע' 4 לחוק גנים לאומיים ושמורות טבע, חסכ"ג-1963 (סה"ח, חסכ"ג, עמ' 149) ובסע' 51 לחוק בינוי ופינוי של אזורי טיקום, חסכ"ה-1965 (סה"ח, חסכ"ה, עמ' 279).

סע' 22(א) לחוק הניקוז וכו' קובע לאמור:

22 (א) היה ביצועה של חוכנית פוגע במקום קדוש כמסמעותו בדבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים), 1924, לא יאשר אותה שר החקלאות אלא בהסכמת שר הדתות."	"מקומות קדושים והיסטוריים
--	--

סע' 4(1) לחוק גנים לאומיים וכו' אומר:

4. לא יכריז שר הפנים על שטח כגן לאומי אלא אחרי שנתקיימו אלה בתנאי המפורט בצידו: (1) מקום קדוש כמסמעותו בדבר המלך במועצה על ארץ ישראל (המקומות הקדושים), 1924 - אחרי שהובטח מילוי דרישותיו של שר הדתות להגנת המקום מפני פגיעה בו; . . .	"תנאים מוקדמים לגבי שטחים מסויימים
---	---

סע' 51(א) לחוק בינוי ופינוי וכו' קובע:

51. (א) לא יפונה ולא ייהרס תוך ביצוע הבינוי והפינוי מקום קדוש כמשמעותו בדבר המלך במועצה על א"י (המקומות הקדושים) 1924, אלא באישור שר הדתות. . . . "	"סייג להריסת אתרים היסטוריים
--	-------------------------------------

נכון הדבר, שדבר המלך אינו נזכר בחוקים הנ"ל אלא ככלי עזר ולא כבן-פועל וחוקף או פרטיביים יחידים, אך לא מצינו בחקיקה טכניקה מעין זו, שמחוקק יראה להיזקק כך, ולו על דרך האיוזכור, לדבר חקיקה שבטל ועבר מן העולם. המסקנה היא, איפוא, שהמחוקק העליון במדינה ראה את דבר המלך משנת 1924 כדבר חקיקה שריר, קיים ומחייב גם לאחר שנעשה חוק בתי המשפט. איוזכור דבר המלך הוא בחינת הצהרה מפי המחוקק על קיומו של דבר המלך, ושקול כנגד "פירוש אוטנטי" שאכן בין החיים הוא (ונא להשוות: ע"פ 81/56 אסריג נ. היועץ המחפטי, י' (2) פד"י 945, 946(ה)).

28. לחיזוק ולביסוס הטענות נביא מספר טעמים וסימנים:

(א) סעיפי החוקים שהבאנו לעיל תולים ביצוע פעולות מסוימות בהסכמתו של שר הדתות, לאמור: המחוקק ראה את שאלת המקומות הקדושים כבאה בתחומי פעילותו של שר הדתות. קביעות אלו מתקשרות להחלטת הממשלה משנת 1952, לפיה הועברו לשר הדתות סמכויות הנציב העליון האמורות בדבר המלך משנת 1924 (ילקוט הפרסומים לשנת תשי"ב, עמ' 715). דבר המלך על תילו עומד, נושא הסמכויות הוא שר הדתות, ומכאן הפניית העניינים הנזכרים לשיקולו ולהכרעתו של שר הדתות.

1. The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem.

2. The second part is devoted to a detailed analysis of the various cases.

3. The third part is devoted to a discussion of the results.

4. The fourth part is devoted to a discussion of the conclusions.

5. The fifth part is devoted to a discussion of the future work.

6. The sixth part is devoted to a discussion of the bibliography.

7. The seventh part is devoted to a discussion of the appendix.

8. The eighth part is devoted to a discussion of the references.

9. The ninth part is devoted to a discussion of the notes.

10. The tenth part is devoted to a discussion of the figures.

11. The eleventh part is devoted to a discussion of the tables.

12. The twelfth part is devoted to a discussion of the formulas.

13. The thirteenth part is devoted to a discussion of the equations.

14. The fourteenth part is devoted to a discussion of the results.

15. The fifteenth part is devoted to a discussion of the conclusions.

16. The sixteenth part is devoted to a discussion of the future work.

17. The seventeenth part is devoted to a discussion of the bibliography.

18. The eighteenth part is devoted to a discussion of the appendix.

19. The nineteenth part is devoted to a discussion of the references.

20. The twentieth part is devoted to a discussion of the notes.

21. The twenty-first part is devoted to a discussion of the figures.

22. The twenty-second part is devoted to a discussion of the tables.

23. The twenty-third part is devoted to a discussion of the formulas.

24. The twenty-fourth part is devoted to a discussion of the equations.

25. The twenty-fifth part is devoted to a discussion of the results.

(ב) בכל אחד מסעיפי החוק עליהם הצבענו, בא בצד הסייג שנוטאו הם המקומות הקדושים, גם סייג לענין אתר הסטורי "כמשמעותו בפקודת העתיקות", וכאן חולים החוקים ביצוע פעולות מסויימות בהסכמתו של שר החינוך והתרבות (סע' 22(ב) לחוק הניקוז וכו'; סע' 4(2) לחוק גנים לאומיים וכו'; סע' 51(ב) לחוק בינוי ופינוי וכו'). פקודת העתיקות קיימת לכל הדעות, הממונה על ביצועה הוא שר החינוך והתרבות (ילקוט הפרסומים לשנת תש"ס, עמ' 576), ומהאחרונות לראשון.

(ג) קביעות המחוקק בחוקים שהבאנו משלימה ומחזקת את הרעיון המונח ביסוד דבר המלך משנת 1924. דבר המלך מבקש להפקיד עניינים מסויימים בידי הרשות המבצעת - על הסעמים לכך עמדנו בהרחבה - ומאותם סעמים עצמם ביקש המחוקק להבטיח שהכרעה באשר לפעולות שחבוצענה במקומות הקדושים גם על-ידי הרשות המבצעת, תיעשה על-ידי רשות השלטון העליונה במדינה, קרי: הממשלה על-ידי שר הדתות. על-ידי קביעותיו הראה המחוקק בעליל שתחום הגרביטציה של סוגיית המקומות הקדושים הוא בפעילות רשויות השלטון, השלטון הגבוה דווקא, אשר בידיה נמצאים גם כלי-עזר האופייניים לו כשלטון.

29. טעם חמישי לטיעון שדבר המלך לא נפגע על-ידי חוק בתי המשפט: בחוק בתי המשפט לא נעלמו דברי המלך מעיני המחוקק, ובסע' 48(8) בו ביטל מפורשות מיספר הוראות מדבר המלך 1922-1947. דבר המלך המיוחד משנת 1924 לא נזכר בחוק בתי המשפט, ולא ראוי יהיה לומר שדבר מלך זה נתבטל מכללא, כביכול, בצד הוראות אחרות מדברי מלך שהמחוקק ראה לבטלן במפורש. אם ביטול מפורש - כיצד ביטול מכללא (ולהיפך)? לא זו בלבד, אלא שהאמור מלמד כי המחוקק לא ראה סתירה בין הוראות חוק בתי המשפט לבין הוראות דבר המלך משנת 1924.

1. The first part of the paper discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions. It emphasizes that this is essential for the proper management of the company's finances and for ensuring that all parties involved are kept informed of the current status of the accounts.

2. The second part of the paper deals with the various methods of accounting and the advantages and disadvantages of each. It compares the different systems and discusses how they can be adapted to suit the needs of different types of businesses. It also touches upon the importance of choosing the right system for the company and the role of the accountant in this process.

3. The third part of the paper discusses the various methods of raising capital for a business. It covers the different sources of finance, such as bank loans, overdrafts, and the issue of shares. It also discusses the various factors that a company should consider when deciding which method to use and the importance of maintaining good relationships with the various sources of finance.

30. ששית: לענין הסענה שהוראת סע' 49(2) לחוק בתי המשפט עוסקת ב"חוק" בלבד (סע' 23 לעיל) - יש להשיב זאת:

(א) בהתאם לסע' 9(א) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש):

"מליט וניבים שהוגדרו בחיקוק, ובפקודה זו בכלל,

משמעותם כהגדרתם כל עוד אין בגוף הענין, או בהקשר,

דבר הסותר אותה משמעות או שאינו מתיישב עמה. . . ."

מכאן שהכל תלוי בהקשר הדברים. והנה, אם נייחס לדיבור "חוק" את משמעותו המצומצמת, כנטען, תתקבל תוצאה זרה ומוזרה שחוק בתי המשפט ביקש לשמור על מיגבלות שהוצבו לסמכויות בתי המשפט בפקודות דווקא, אך לא על מיגבלות שנקבעו בדבר מלך; היאך כיצד, והרי ידוע לכל שפקודות נחותות מדבר מלך ומחוקק הפקודות היה בחינת עושה דבר של עושה דבר המלך? לשון אחר: אין לקבל פירוש לפיו התכוון מחוקקנו לסמור על כל דבר-חוק סעשה הנציב העליון ואשר הוציא "עניינים מסויימים מטמכותם של בתי המשפט שחוק זה דן בהם. . . .", ובעת ובעונה אחת לא טמר על חוקפה של חקיקה בדרגה נעלה יותר - אותה עשה "המלך במועצה" - והכל כלאחר יד ובהיסח הדעת, כביכול. מסקנה: פירוש הדיבור "חוק" לענייננו - גם דבר המלך במשמע.

(ב) אכן, נמצא בהלכה שבתי המשפט פירשו את הדיבור "חוק"

כמשמעותו הצרה דווקא (ע"א 331/63 עיריית נהריה נ. רוזנפלד, י"ז (4)

פד"י 2984, 2988(ו); על"ע 1/64 מרגלית נ. היועץ המשפטי, י"ח(2)

פד"י 601, 604(ב), אך באותם המקרים המדובר היה כלפי מטה ולא

כלפי מעלה, קרי: נקבע ש"חוק" אינו כולל תקנה ולא נקבע ש"חוק"

אינו כולל דבר מלך. העניינים מובחנים, איפוא, זה מזה, והסעם

לדבר ברור.

(ג) ניתן לתעון שהוראות סע' 49(2) אינן מתפרשות כלל, מעיקרן, על המאסריה בה עוסק דבר המלך משנת 1924, וממילא לא היה מקום או צורך להזכירו או לדבר בו. סע' 49(2) מדבר, כזכור, ב"חוק... המוציא עניינים מסויימים מסמכותם של בתי המשפט שחוק זה דן בהם", והדגש הוא על "בתי המשפט שחוק זה דן בהם". לשון אחר: המדובר בבתי משפט מסויימים להבדילם מבתי משפט אחרים, מבתי דין אחרים, מטריבונלים משפטיים או מעין-משפטיים למיניהם, וכיו"ב. עניינו של המחוקק הוא, איפוא, בחלוקת סמכויות ותפקידים בין גופים שונים מעולם המשפט, ומגביל הוא עצמו לעיסוק בתחום זה. לשיטה זו, הנפקות המצטברת של סמכויות בתי המשפט (כפי שנקבעו בסע' 6 ואילך לחוק בתי המשפט) ושל הוראות סע' 49(2), היא זאת: בהתאם לקביעות הכלליות שנעשו בתחילת החוק, הוצבו גבולי סמכויותיהם של בתי המשפט "הכלליים", לאמור: ניתנו סמכויות ונקבעו גבוליהן. בא סע' 49(2) ושמר מפורשות על קביעות מסויימות שנעשו בחוקים, ואשר לולא שמירת תוקף מפורשת זו, אפשר שהיו רואים אותן כבטלות מכללא על-ידי הקביעות הכלליות של החוק. ואולם כל המערכת הזו לא נוצרה אלא בתחום השיפוט, ואין ולא כלום בינה לבין מאסריה שהוצאה מלכתחילה, מעיקרה, מהתחום השיפוט, והופקדה בידי רשויות הטילטון. כטס שלא יעלה על הדעת לומר - ואכן לא נאמר - ססע' 7(א) לחוק בתהמ"ס העביר מן העולם את דוקטרינת השפיטות, כך בעניינו.

31. עד כאן - לענין היחס בין דבר המלך 1924 לבין חוק בתי המשפט. אם כך ואם אחרת, לא יסען איש, כאמור, שדוקטרינת השפיטות נעלמה עוד ואיננה, ומכוח דוקטרינה זו - כפי שנטען בתחילת הדברים - לא ייזקק בית המשפט לעתירה.

(1) The first thing I noticed when I stepped out of the car was the cold. It was a sharp contrast to the warm blanket of the car. I looked around, trying to get my bearings. The street was empty, the only sound being the distant hum of traffic. I took a deep breath, feeling the crisp air fill my lungs. The sun was low in the sky, casting long shadows across the pavement. I walked slowly, my feet sinking into the soft ground. The world felt quiet, almost surreal. I was alone, yet I felt a sense of peace. The cold was not unpleasant, it was refreshing. I continued to walk, my mind racing with thoughts of the journey ahead. The road stretched out before me, leading to who knew where. I was curious, I was excited. I was free.

The second thing I noticed was the smell. It was a mix of earth and decay, of old wood and fresh air. It was a scent that I had never before, one that made me feel like I had discovered a hidden world. I stopped for a moment, my head tilted back, my eyes closed. I wanted to soak it all in, to let it wash over me like a warm blanket. The smell was comforting, it was familiar. It was home.

The third thing I noticed was the sound. It was a low, steady hum, a sound that was everywhere and nowhere at the same time. It was a sound that I had never before, one that made me feel like I was part of something bigger. I closed my eyes, listening intently. The sound was soothing, it was calming. It was the sound of life.

32. נסאלת השאלה בדבר היחס בין חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967, מזה, לבין דבר המלך 1924 ודוקטרינת השפיטות מזה. בנושאים אלה נדון עתה.

33. לטענת הפרקליטות, נשאר דבר המלך משנת 1924 בחוקפו גם לאחר היות חוק השמירה, וטעם הדבר הוא שאין בחוק השמירה דבר הסותר את דבר המלך (ולהיפך). לענין זה ראוי להצביע על כמה וכמה גורמים.

ראשית: הנחת היסוד היא, שדבר המלך נתקיים ונשתמר עד לחוק השמירה, ומוסכם שחוק השמירה לא ביטלו מפורשות. פירוש טענת העותרים הוא, איפוא, שחוק השמירה ביטל מכללא את דבר המלך. אם כך פני הדברים, שוב דומה ש"כוונת" הביטול מכללא נסתרת מיניה-וביה ע"י קביעתו המפורשת של המחוקק, בטע' 3 לחוק השמירה, ש"חוק זה בא להוסיף על כל דין אחר ולא לגרוע ממנו". ניתן לבנו שכאן (להבדיל מאשר בחוק בתי המשפט - טע' 23 ו-30 לעיל), היה המחוקק זהיר בניסוחו, וב"דין" דיבר, לאמור, הכניס אף דבר מלך בכלל (כהגדרת "דין" בסעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)). פירוש הדיבור "בא להוסיף. . . ולא לגרוע..." אינה אלא זו, שקביעות החוק לא נתכוונו לבטל מכללא דין שקדם לחוק השמירה, ודבר המלך 1924 בכלל. מכאן שדבר המלך על תילו עומד - בתחומו - בצד חוק השמירה.

34. שנית, ואם אין די בנאמר, נזכור את כללי הפרשנות החלים על ביטול מכללא, ונראה שאותם טעמים עצמם שהבאנו באשר ליחס בין חוק בתי המשפט לבין דבר המלך (טע' 24 ו-25 לעיל) יחולו גם על ענייננו כאן (אם גם בשינויי חוזק מסויימים, מעלה ומטה).

1. The first part of the paper is devoted to a general discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

2. The second part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

3. The third part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

4. The fourth part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

5. The fifth part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

6. The sixth part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

7. The seventh part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

8. The eighth part of the paper is devoted to a detailed discussion of the problem of the origin of life. It is shown that the problem is one of the most important and interesting in the history of science.

35. עמדנו בהרחבה על ההיסטוריה של המקומות הקדושים וראינו את ה"מורכבות" של הבעיה. עוד ביקשנו להוכיח שלא מקרה עיוור היה זה שכל המערכת הנורמטיבית הקשורה למקומות הקדושים, על גווניה וגווני-גווניה הדקים והעדינים, הייתה נתונה מאז ומתמיד לטיפולה של הרשות המבצעת. הנושא הוא נושא לעיסוקה של רשות מבצעת, וכלי הפעולה של הרשות המבצעת נועדו והותאמו לה. האמנם נקבל שחוק השמירה נתכוון, כך, מכללא, באורח חותך ופשטני ובסעיף-חוק מצומצם וקצר מלים, לעשות תפנית כה חדה ולהעביר את מיכלול הבעיות הקשורות למקומות הקדושים והנובעות מהם, להכרעה ולהסדרה חד-וחלק ע"י בחי-המספט? האמנם נפרש את דברי המחוקק כמו נתכוון להשמיט מידי הרשות המבצעת את השליטה - באמצעות כלי המימשל היעיליים והמתואמים לנושא - על מערכת הבעיות וההסדרים שנערמו עוד ועוד מסך הדורות, על כל הרגישות שבהם ועל כל הטלכותיהם המרחיקות-לכת מעל ומעבר לתחומי הדת? איפכא מסתברא; אם בגילגולי ההיסטוריה עד היום נמצא שהרשות המבצעת היתה הרשות המתאימה לעסוק בענייני המקומות הקדושים, חשיבות כפולה ומכופלת שכך יהיה בימינו אלה, ואין להניח שהמחוקק נתכוון להשמיט מידיה מכשיר כה חשוב וכה חזק, שעל ידו ובאמצעותו תמצא ריבונותנו על המקומות הקדושים את הביטוי העז ביותר.

כמובן שהבעייתיות חריפה במיוחד - וכך בענייננו - שעה שהמדובר במקום המקודש על דתות שונות (או על בני עדות שונות באותה דת). פירוש הדבר הוא, שיט לעשות הסדר, שילוב, איזון, ואלה הן עשיות של הרשות המבצעת דווקא. הרשות המבצעת, על-פי עצם טיבה ומהותה, עשויה שלא להכריע בנושא הנופל בתחום חיפולה אגב נתינת הדעת לענין הספציפי שבפניה בלבד, אלא בהתחשבה במיכלול היחסים הרחב והמגוון, מיכלול שהענין הנדון אינו אלא אחד מביטוייו.

36. חוק השמירה הוא בחינת קביעת נורמה למימשל ולפרט. כך מהווה הוא המשך ישיר להכרזה על הקמת מדינת ישראל, בה התחייבה המדינה כי "תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות". נזכור,

שלא חוק השמירה קובע מקום קדוש - מהו, או למי קדוש מקום מסויים.
קביעות אלו תיעשנה לבר חוק השמירה.

לאחר כל שעבר עלינו, אותו עם מפורד ומפורד בין העמים בכל

המדינות, וביודענו את זכויותינו, ההיה מעלה מי בדעתו שכאן -
במדינת ישראל - יש צורך בחוק מפורש שיתן זכויות ליהודים על
המקומות הקדושים להם? זכויות היהודים על המקומות הקדושים לנו,
כאן ועתה, ניוזנות ממקורות עמוקים ועתיקים, וחוק השמירה אינו
אלא הצהרה על זכויות הקיימות ממילא, זכויות טבעיות והיסטוריות
שאינן עליהן עורר.

לולא נתקבל חוק השמירה, לא היה עורר, איפוא, על זכותנו
למקומות הקדושים לנו, אך האט משתמע מכאן בהכרח שזכות זו היתה
לובשת מחלצות של זכות משפטית מן-המניין, כזכותו של נושא כלפי
חייב? האמנם כזו כן זו? וכשם שלולא החוק יכולה היתה זכות
היהודים להתקיים, ובצידה של אותה זכות - ההלכה שלא בתי המשפט
יספלו בה, כן לאחר היות החוק.

אין בנאמר כדי לגרוע כהוא-זה מזכות כלשהי של היהודים -
והעותרים בכללם - למקומות הקדושים לנו, והכרה בתוקפו של דבר
המלך משנת 1924 - בצידו של חוק השמירה - אין בה כדי לשנות מחוק
השמירה, או לצמצמו. השאלה האחת היא: מי יהיה הגורם שיסדיר (וגנוז
בשאלה - כיצד יסדיר ומתי יסדיר). בנושא זה קובע דבר המלך ולא
חוק השמירה; דבר המלך - ולא חוק השמירה - עוסק בשאלת הגוף שידון
בנושא המקומות הקדושים. ראוי להוסיף, שגם אלמלא דבר המלך היה
העניין מצוי בתחום טיפולה של הרשות המבצעת, הממשלה, כעולה מסע' 29
לחוק יסוד: הממשלה (ספר החוקים, חסכ"ח, עמ' 226: "הממשלה מוסמכת
לעשות בסם המדינה, בכפוף לכל דין, כל פעולה טענייתה אינה מוטלת
בדין על רשות אחרת"). גם הוראת חוק זו, מצידה, לא באה אלא להצהיר
על מצב קיים (למשל: בג"צ 282/61, אל סרוב"י נ. שר הדתות,
י"ז (1) פד"י, 188, 191).

37. חוק השמירה קובע, איפוא, נורמות לגבי המקומות הקדושים אך אינו מצביע על הגוף שיחיל אותן נורמות. בשאלה זו - שאלת זהותו של הגוף המסדיר - קובע דבר המלך. שני דברי החוק עוסקים, כל אחד בתחמו, בעניינים שונים, זה במהות זה ב"מיהות". תוענים העותרים שפירוש זה כי יינתן לחוק השמירה, יעשה את כוונת המחוקק פלסתר.

הדבר אינו כך, ואל ייקל בעינינו נוסא השמירה מפני חילול וכו'. עצם שמירה זו - החיוב שנחלה המדינה על עצמה קבל עם, עולם, דת ועדה - מעשה גדול הוא. מאות בשנים היו המקומות הקדושים נושא להסדרים בידי זרים, כאשר הזכויות ההיסטוריות והלאומיות של היהודים לא שימשו גורם בהם. גם עצם הגישה לכותל המערבי נמנעה מאתנו או הוגבלה והוצרה בסרירות לב, באה ישראל והכריזה בפומבי שלא כימים ההם ימים אלה, ולא הרי שלטון יהודים וישראל כהרי שלטונם של אחרים. חיוב נחלה המדינה על עצמה והצהירה על כך באורח חגיגי ובעשיית חוק חרות וגלוי לעין כל. מעשה והצהרה אלה גדולים הם, אך לא הרי אלה כהרי פירוש חוק השמירה כמו ביטל בהיעלם את דבר המלך 1924, כאילו ביקש לקבוע מכללא, כביכול - ביחוד בשים לב לטיב הבעייתיות - שהגורם הקובע יהיו בתי-המשפט דווקא ולא הרשות המבצעת. האמור כפוף, כמובן, לקביעות מפורשות בחוק השמירה, ומכאן שיהיו אלה בתי המשפט שידונו ויכריעו בעבירות הפליליות הנזכרות בסעי' 2 לחוק השמירה.

38. המסקנה העולה היא, שדבר המלך קיים גם לאחר היות חוק השמירה, ומשעם זה לא ייזקק בית המשפט לעתירה.

39. אם כך ואם אחרת, לא ייזקק בית המשפט לעתירה בייסדו עצמו על דוקטרינת השפיטות, בה דובר לעיל. דוקטרינה זו בוודאי חיה, והגיונה מחייב את החלטה על הענין הנדון. אפילו הידחנה כל הטענות שלעיל כולן (והפרקליטות עומדת על טענותיה); אפילו יקבל בית-המשפט את טענותיהם של העותרים לענין פירושו של חוק השמירה, גם אז לא ייזקק בית המשפט

14. The first of these is the fact that the system of taxation is not uniform. The rate of tax varies from 10% to 20% and the amount of tax varies from 10% to 20% of the value of the property. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular.

The second defect is that the system of taxation is not progressive. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular. The third defect is that the system of taxation is not equitable. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular. The fourth defect is that the system of taxation is not efficient. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular.

The fifth defect is that the system of taxation is not simple. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular.

The sixth defect is that the system of taxation is not fair. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular. The seventh defect is that the system of taxation is not just. The rate of tax is the same for all classes of property and for all classes of persons. This is a very serious defect in the system of taxation and it is one of the main reasons why the system is not popular.

לעתירה מהיות הסוגיה בלתי ספיטה. טענה כי יעלו העותרים שאין
 לסעון "אי ספיטות" הואיל ו- *ex hypothesi* הוקנתה להם
 זכות בחוק הסמירה כלפי המדינה, תחטיא את המסרה. הנחת-יסוד היא -
 בכל סוגיה בה מועלית טענת אי-ספיטות - סבהתעלם משאלת הספיטות
 אפשר שיש זכות ויש חובה הניתנת לאכיפה ע"י בתי-המשפט; מסאין
 זכות ומסאין חובה, מה נפקות לשאלת הספיטות או אי הספיטות?
 אף אתה אמור: שאלת הספיטות היא שאלה מוקדמת וקודמת לכל שאלה
 אחרת, ומשמוכרעת היא ונקבע שהסוגיה אינה ספיטה, שוב אין נפקות
 לכל שאר השאלות - ובהן שאלות של זכויות וחובות. אחרת: החלטה
 סטוגיה היא בלתי ספיטה פירושה הוא שאין זכות הניתנת לאכיפה ע"י
 בתי-המשפט. טענת הפרקליטות היא, איפוא, שהזכות לה טוענים
 העותרים, על יסוד חוק הסמירה, מצויה בתחום הסוגיות הבלתי
 ספיטות. בשים לב לאמור, שוב אין נפקות לכל טענות העותרים כולן,
 כגון טענת האפליה. מסאין לעותרים זכות בת-אכיפה בבתי המשפט
 (בין על יסוד דבר המלך ובין על יסוד דוקטרינת הספיטות), שוב
 אין טענותיהם לענין (ונא להשוות: בג"צ 29/62 שלום כהן נ. שר
 הבטחון, ט"ז (2) פד"י 1023, 1027).

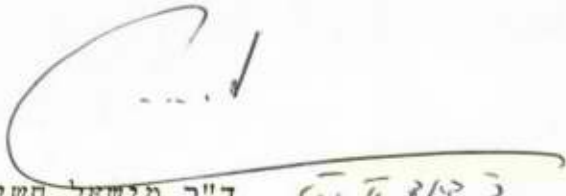
40. דבר אחרון: בית-המשפט הנכבד הוא בית-המשפט הגבוה לצדק,
 והעותרים מבקשים שלמען הצדק יתערב בית-המשפט באשר נעשה או לא
 נעשה. עמיה זן - מן הצדק - אינה נעשית רק למען עותר-לבית-משפט;
 היא נעשית גם למען משיב ולמען הכלל. לא מצאנו מהו אותו צדק
 שהעותרים טוענים לו והמחייב את התערבותו של בית המשפט הנכבד.
 מאידך גיסא, דומה כי למען הצדק שבית-משפט זה עושה ויעשה עם המשיב,
 עם הממשלה, עם המדינה, ראוי שלא ייעתר לעותרים. במדינה דימוקרטית
 בה סורר שלטון החוק, קשה לעתים להשיב על השאלה אם "טובת הכלל" ואם
 "טובת הפרט" תכריע את הכף, מסוס שקרוב לגלוש משאלה זו לשאלה אחרת,
 והיא - מהי טובה זו או חובה זו, והאם "טובת הכלל" אינה אלא צירוף של

ה"טוב" לפרטים השונים. יחד עם זאת, לא היסס בית המשפט הנכבד לקבוע - ולא אחת - שבהתנגדות זו, אם התנגדות אמיתית היא, טובת הכלל עדיפה. ההכרעה בשאלת העדיפות היא נגזרת מהנושא בו מדובר, ודומה שבתיבתנו דעתנו לנושא הנדון כאן, יעדיף בית המשפט את טובת הכלל, כפי שבאה לידי ביטוי במעשי המשיב. לכל דבר מקומו, שעתו ודרכו. נלמד מהנסיון ההיסטורי - וארוך וייגע הוא - ששאלות מסוג השאלה שבכאן, הן מורכבות, מטובכות, עדינות. הצו המבוקש על-ידי העותרים, לא זו בלבד שהוא סתמי וכללי - וגם מטעם זה, כך מוענת הפרקליטות, לא יינתן להם - אלא שבשים לב לסיב הבעיה, יותר מטיפחור עלול הוא לסבך; "זכות התפילה" אינה אלא שריג אחד בבעייתיות הכוללת, ולא יכול שיעשה צדק בענין הנדון אלא אם יפתר מיכלול השאלות. מיכלול זה לא הועמד בפני בית המשפט - אכן, עומד הוא בפני הרשות המבצעת, הממשלה - ועל כן יימנע בית המסכת מהכריע בעתירה.

41. בטיעון אחרון זה - סעד מן הצדק - מסתלבים גם דבריהם של שר הדתות ושר המשטרה, שהעותרים מדברים עליהם בסע' 5 לעיקרי הטיעון. בהצהרותיהם של שר הדתות ושל שר המשטרה (ושר הדתות היה ער לדברי שר המשטרה - נספח ו' לעתירה) באה לידי ביטוי מדיניות הממשלה הנוהגת כיום; מדיניות זו, כנ"ע, יש לראותה במסגרת הוראות דבר המלך, ומכאן שהיא מחוץ לתחומי בית-המשפט. ואולם אפילו האמר שהנושא נתון להכרעה לגופי הדברים ע"י בית-המשפט, גם אז לא יתערב בית המשפט - מן הצדק - באשר נעשה. המדיניות - ביתר דיוק: מעשה המדינה - שמקורה בסמכויות המימשל הכלליות, אינה מגלה פגם המצדיק התערבותו של בית המשפט הנכבד, ביחוד בשים לב לסיב הנושא. עשיית צדק עם המדינה עדיפה על מאוויים פרטיקולריים של העותרים, המבקשים לכפות על המדינה דרך פעולה בתחום השלטוני-המדיני.

טובת המדינה והכלל, כפי שהיא נראית בעיני המופקדים על
המדיניות - הממשלה הנהנית מאימון הכנסת - מצדיקה הבית המספס
הנכבד לבטל את הצו על-תנאי וידחה את העתירה.

42. סיכום: בית המספס הנכבד מתבקש לבטל את הצו על-תנאי ולדחות
את העתירה על יסוד עקרון היסודות, בין על-פי הדוקטרינה
בהלכה ובין על-פי הוראות דבר המלך במועצה 1924; מן הצדק;
אי מציאת פגם במדיניות שיצדיק התערבות.


ד"ר מישאל חשין
סגן פרקליט המדינה
בא-כוח המשיב
כ' סיון תש"ו
26.7.20

1. The first part of the report, which is the most important, is the description of the object of the study. This is followed by a brief history of the object, and then a description of the methods used in the study.

2. The second part of the report is the results of the study. This is followed by a discussion of the results, and then a conclusion. The conclusion is the most important part of the report, as it is the only part that is read by the majority of the audience.

3. The third part of the report is the bibliography. This is followed by a list of references, and then a list of sources. The bibliography is the most important part of the report, as it is the only part that is read by the majority of the audience.

Finkelstein, "Judicial Self-Limitation",
37 (1923-24) Harv. L. R. 338

"We are tempted to generalize from these instances, but we dare not. We only offer as working hypotheses what we hope to prove in the following pages, namely, that when a tribunal approaches a question, where on one horn of the dilemma is the trained moral sentiment of the judge, and on the other the "hypersensitive nerve of public opinion," it will "shy off" and throw the burden of the decision on other shoulders. We hope to show that this is, on the whole, a wholesome instinct among judges. We also expect to trace the development of the tendency in the history of English law to mark out its boundaries in American constitutional law." (at 339)

"The proposition might be stated in this way. There are certain cases which are completely without the sphere of judicial interference. They are called, for historical reasons, "political questions." What are these political questions? To what matters does the term apply? It applies to all those matters of which the court, at a given time, will be of the opinion that it is impolitic or inexpedient to take jurisdiction. Sometimes this idea of inexpediency will result from the fear of the vastness of the consequences that a decision on the merits might entail.

Sometimes it will result from the feeling that the court is incompetent to deal with the particular type of question involved. Sometimes it will be induced by the feeling that the matter is "too high" for the courts. But always there will be a weighing of considerations in the scale of political wisdom." (at 344-345)

"Three categories have been suggested above with which the definition of the sphere of the application of the standard of "political questions" may be attempted by the courts. The first of these arises when the court fears that a decision on the merits of the case might involve consequences so vast that the part of judicial wisdom requires non-interference by the courts." (at 346)

"The decided cases which we have here reviewed contain implicitly the bases upon which the courts have limited their jurisdiction of contentious questions. No matter in what terms the opinions of jurists have been couched, it is apparent that it is the fear of consequences or the lack of adequate data that has impelled the courts

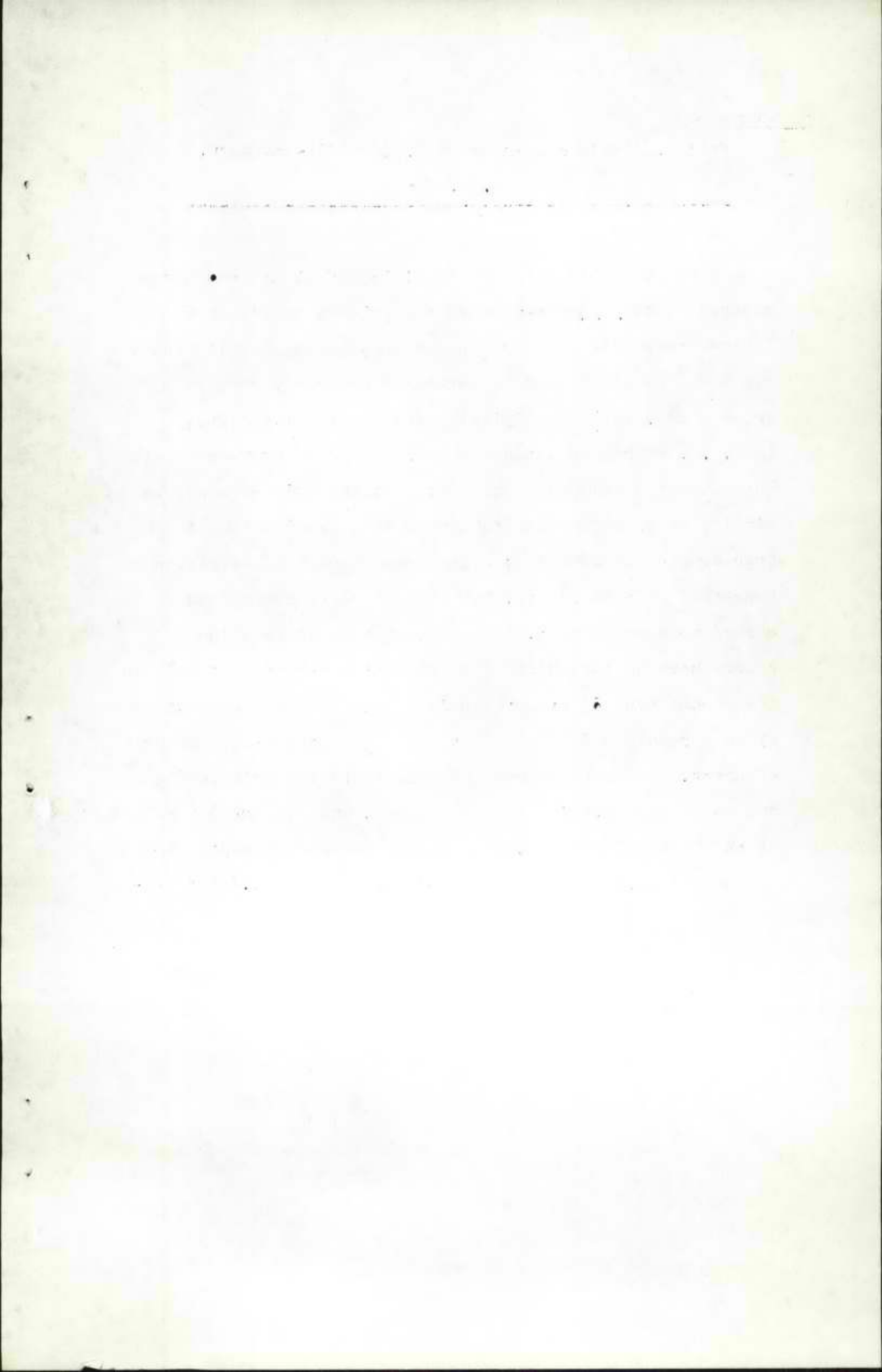
to refrain from entering upon the discussion of the merits of prickly issues.

. The line between judicial and legislative functions in government cannot be drawn with exact precision. But certainly to each department ought to be given a sphere of activity for which it is best fitted, both by its history and traditions and by the nature of its organization." (at 363)

Weston, "Political Questions", 38 (1924-25) Harv.

L. R. 296

"This analysis shows the decisions falling into three classes: (1) . . . those where the primary object of the litigation was the enforcement of an alleged constitutional right which related not to person or property, even in a broad sense, but to political existence and integrity; (2) . . . where the litigation was to secure private rights but where the sole issue presented by the writ of error was similar or analogous in its nature to those involved in the preceding class of cases; (3) those where the litigation concerned private rights, but where a significant issue was of this other sort. In the first type of case the courts have no jurisdiction of the subject-matter at all. In the second type of case there is a lack of the jurisdictional element required for the technically separate case, the writ of error. In the third type of case there is jurisdiction of the cause for decision and for review, but not for determination of the particular issue, upon which the Court accepts instead the decision of the other branches of government." (at 326-327)



"When these variations have been noted, the basic similarities will be seen to remain unimpeached thereby. They are, though present in varying degrees in the different cases, as follows. (a) The fundamental powers and duties in question have distinctly not been delegated to the courts by the Constitution, but rather to the other departments. (b) These fundamental powers and duties are of the sort ordinarily performed by what we understand as political rather than judicial action. The process of legislation is assertion, not decision; foreign affairs are conducted by negotiations, not by pleading and proof; political integrity is maintained by diplomacy or arms, not by injunctions. (c) From another aspect, these powers and duties relate, not to the ordinary matters of law which form the main bulk of controversy between private persons, not to the incidence of the police power upon the workaday world, but to the maintenance, furtherance, and functioning of government, to the exigencies of the state's existence, external and internal. (d) In every instance where a question of fact is to be decided, it is one which the persons executing the power or performing the duty must decide as the very basis of their own not merely ministerial conduct. (e) In those matters which relate to foreign affairs and to military action abroad and at home, the circumstances will often be such as to leave no chance to await the result of test litigation, while the consequences of the action may be so farreaching that any uncertainty as to its validity becomes intolerable. (f) Other practical considerations come to the fore, which we cannot assume were not adverted to by the framers of the Constitution and which are indicated upon the face of that instrument itself. Unity; certainty; respect and orderliness; efficiency; all are desiderata." (at 327-328)

(X-20)

This alternative principle of limitation might be found in the logical structure of the issue, the possibility of formulating it as one of "law" as contrasted with one of "discretion," "policy," or "politics." This suggests the category of "political question," a doctrine of judicial abstention which applies even to private actions and which would seem particularly applicable to public actions.

We might begin by examining a conceded area of political questions,¹¹⁰ such as the conduct of foreign affairs. Is China "entitled" to be "recognized"? If, for example, the Chinese government has confiscated the plaintiff's automobile and sold it to the defendant, and if the court accepts the usual rule that it will not give effect to the expropriation decrees of an unrecognized government, the court will not decide (even though the question arises in a purely "private" action of trover) whether under the rules of international law the Chinese government is entitled to be recognized. It is the President alone who is competent — that is, has jurisdiction — to make this decision. The Constitution itself is construed to assign this jurisdiction. The grant to the President of powers to make treaties and appoint ambassadors is taken to imply that the President's authority in the administration of foreign affairs is exclusive. But this formula is really not

¹¹⁰ See Frank, *Political Questions*, in *SUPREME COURT AND SUPREME LAW* 36-43 (Cahn ed. 1954).

so simple as it sounds. There must be a point at which the "law" as made by Congress and applied by the courts sets limits to the President's power. The tariffs may have an important impact on the conduct of foreign affairs, but the courts nevertheless do not invariably defer to the President in matters of their administration; sometimes they do, and sometimes they do not.¹¹¹ This means, obviously, that whether a question is "political" is itself a question of law to be decided by the courts.

What is there about questions concerning foreign affairs that leads to a presumption that they are "political"? We have seen that the Constitution grants to the President certain powers which imply certain further auxiliary powers. But there may be something about the nature of these powers which, in addition to their constitutional assignment, marks them as "political." Many of the questions that arise are of the sort for which we do not choose, or have not been able as yet to establish, strongly guiding rules. We may believe that the job is better done without rules, or that even though there are applicable rules, these rules should be only among the numerous relevant considerations.

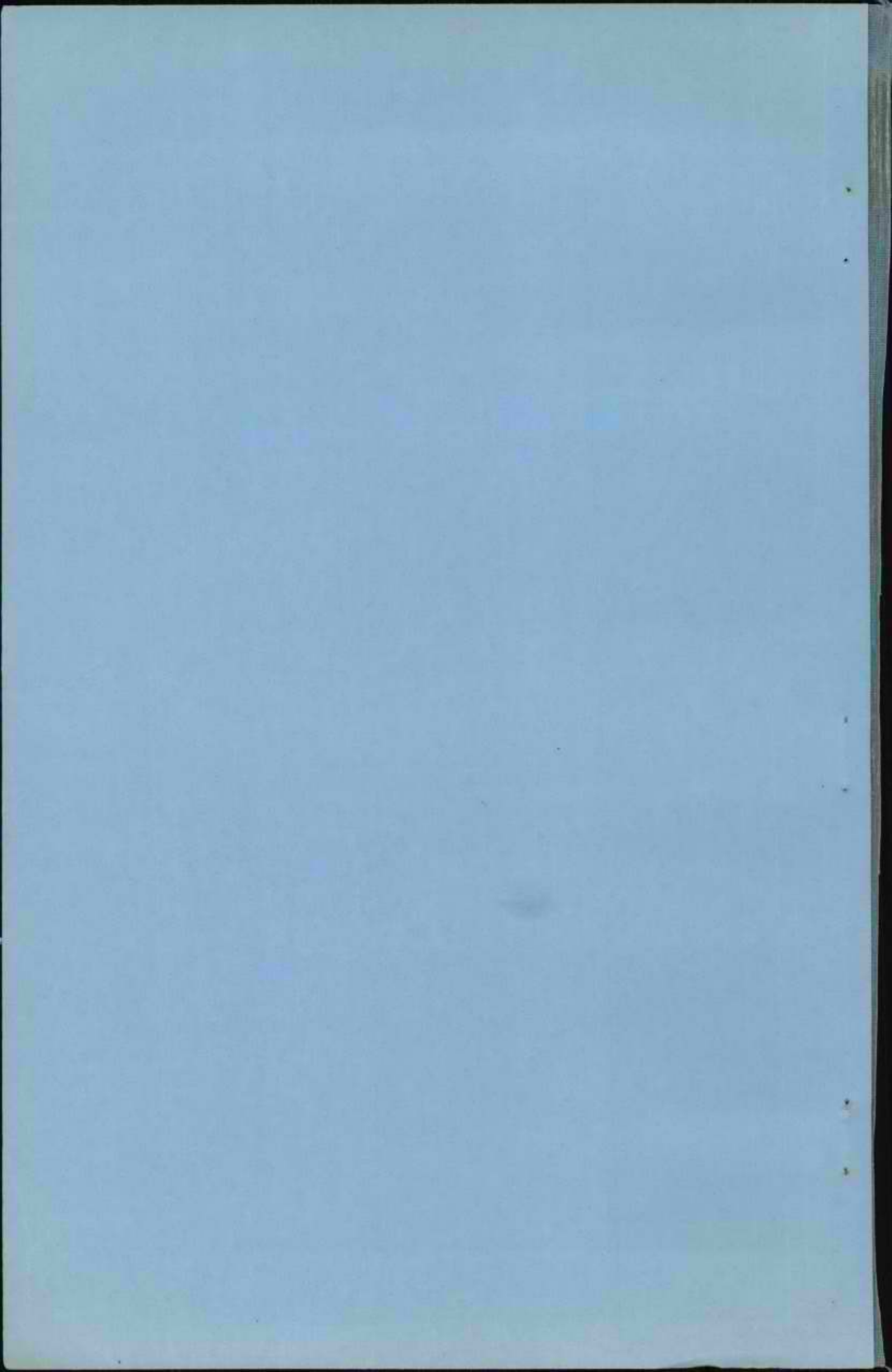
It would be logically possible for the courts to hold that the law of a *de facto* but unrecognized government will be given effect in private actions.¹¹² The general refusal of our courts to do so rests on a judgment that the decision of this question is closely related to the conduct of our relations with the unrecognized country. It ought as well to rest on a judgment that it is proper that the decision should be made not merely in terms of the question itself but of a larger whole. Stern lawyers may reject the notion that it can ever be right to refuse to frame or apply a rule otherwise sound because of "reasons of state." If the intervention of a court embarrasses the President, they would say, so be it: The law has prevailed as it should prevail. A court which is "right" should not fear to be ineffective; if the President will not accept the court's decision, it is not the court but the President whose lack of principle stands exposed to judgment. If this view is rejected — and at least in foreign affairs it often is — it may be, as the critics imply, because we choose "ex-

¹¹¹ See Jaffe, *The Right to Judicial Review*, 71 HARV. L. REV. 769, 778-79 (1958).

¹¹² Some years ago I argued for such a rule. JAFFE, *JUDICIAL ASPECTS OF FOREIGN RELATIONS* (1933), especially pp. 176-99.

pediency" when it serves our purpose. But even under a regime of law, the courts are not its only interpreters. If interpretation by legislature and executive means that the law may suffer modification or nullification, this is anticipated. The separation of powers is itself a part of the law. Even to this, however, there must be some limit. Our courts would not refuse to entertain habeas corpus to test the constitutionality of the imprisonment of an alleged Chinese agent even if it were clear that his imprisonment was closely bound up with our relations to the Chinese government.¹¹³

Our analysis of the area of foreign affairs may give us a "model" of the elements which lead to a conclusion that a question is "political" and will be left for decision to the legislature or the executive. We might conclude that it is not the subject matter as such which is political (though foreign affairs might appear to suggest the contrary). It is rather that the question is one for the decision of which there are no well-developed principles, or the issue is felt to be so closely related to a complex of decisions not within the court's jurisdiction that its resolution by the court would either be poor in itself or would jeopardize sound decisions in the larger complex.¹¹⁴



מדינת ישראל
משרד המשפטים

דו"ח

היועץ המשפטי לממשלה
בקשר לכתבות על הפשע המאורגן

אלול תשל"א
ספטמבר 1971

ירושלים, באלול חשל"א
בספט' 1971

אל: שר המשפטים

אדוני השר,

הנדון: כתבות על "הפטע המאורגן"

א. הקדמה

1. לפני מספר חודשים פורסמה בעתון "הארץ" סידרת כתבות בת י"ג מאמרים, אשר נשאה את הכותרת "פטע מאורגן בישראל", ואשר בכתבה ע"י מר רן כסלו. בעקבות פרסומם של סידרת כתבות זו, ביקשת אותי לאסוף את כל המידע הקטור לנושאים שנידונו בכתבה, לבדוק חומר זה ולעביר בפניך מסקנותי.
2. במסגרת בדיקותי קיימתי דיונים ובירורים שונים. נתגשתי, בין היתר, גם עם מר רן כסלו ואספתי חומר הנוגע לענין ועתה הנני רואה להציג בפניך את מסקנותי.
3. לפני שאגש לבחינתו של הנושא, מן הנכון, עם זאת, כי אקדים ואביא דברי הבהרה הנוגעים למשמעותה ומטרתה של הבדיקה אותה קיימתי:
א. הטיפול של משרד המשפטים במניעת הפגיעה ובהבאתם לדין של עבריינים לסוגיהם הוא מיוחד ורצוף והוא הדין בקטר לשחוף הפעולה עם משטרת ישראל. לא יהיה זה לכן נכון, אם סיכומי יראו רק כתוצר של בדיקה יוצאת דופן. חלק ניכר מן הנושאים אשר נדונו בכתבות היו בטיפול של הפרקליטות, וחלקם אף נמצא בטיפול בשמים אלה ועינינו פקוחות דרך קבע על ההתפתחויות בפגיעה ובהפעלת להסלט החוק, של זרועות הרשות המבצעת. לטון אחרת, אנו עוקבים דרך קבע אחרי המתהווה והקורה בתחום העבריינות, ובדיקה כגון זו שבפנינו מבוססת על כן בהכרח על הידע הכולל שנצטבר בידינו בנושאים אלה.
זאת ועוד, מן הסיבות שפורטו לעיל אינני רואה דין וחשבון זה כמלאכת סיכום סופית, אלא כבדיקה חקופתית.
יש נושאים שהם עדיין תוך כדי טיפול ואשר על כן לא אחיחם אליהם כאן.
כן נמצאים אנו זה זמן מה, בשלב של בדיקה מחדש של סדרי הדין הפליליים, של דרכי הפעולה של הרשויות הפועלות להסלט החוק ובעיקר/יעילות אמצעי

הענישה. מכאן שאין לחפש בטקירותי זו את חכניותינו ומסקנותינו בתחום העבריינות בדרך כלל.

ב. לדעתי, יש לראות בעין טובה את ההתמקדות של התענינות הציבור בבעיות העולות בתחומי הפשיעה. הציבור מודאג לא אחת בחוסר תשומת לב או אף בהתחמקות באשור לאירועי הפשיעה שמסביבו ומענה זו עלתה בעצמה מיוחדת בעקבות המקרה הידוע. של רצה קיטי ג' נבוצה בניו-יורק, שזכה לתשומת לב בינלאומית. אם הציבור הישראלי יתגלה כשונה בגיחתו - יש לברך על כך.

אשר לרשויות הציבור, הרי טוב שיקבלו בקורות ושאלות ברוח טובה. כפי שאמר בהמשך דברי, לא מעטים הנוטאים בהם נתפס כותב הסידרה לשעויות ולמחשבות, אין איך בכך כדי לשחרר אותנו מן החובה להציג בריבוי את גירסתנו בקשר לנושא הנדון ולהשיב כדבעי על בקורת, מואדקת או בלתי מואדקת. גוף ציבורי איננו חסין בפני שאלות וביקורת, ומבחנו לא רק בכך שהוא יודע לבצע את חתמידיו כנאות, אלא גם בכך שהוא יודע להשיב כיאות על השאלות המוצגות לו ומטוגל לחזור ולבחון, מעת לעת, את דרכי פעולתו. מבחינה זו גם אין נפקא מינה אם יש חוס לב בטענה העולה בהרצאה או בכחבה עתונאית זו או אחרת. הציבור בכללותו בודאי יאזאל מחוך חוס לב והוא הזכאי לתשובה.

ב. הניסח המאורגן

3. א. סידרת המאמרים, אשר פורסמה ע"י מר רן כטלו, מחייבת בדיקה כפולה:

(1) הכתבות מביאות תיאור של תופעות פשיעה לסוגיהן ושל חורה של אירועים, מהם עולים, לדעת הכותב, פגמים או ליקויים בפעולותיהן של רשויות ציבוריות אותם מונה המחבר אחד לאחד. כל אחת מתופעות ועובדות אלה, כשלעצמה, מחייבת בדיקה ותשובה; אך בכך לא סגי.

(2) סידרת המאמרים לא ביקשה להוכיח קיומם של עבריינים ועבירות ושל פגם בפעולה זו או אחרת של הרשות המבצעת, אלא מגמחה היתה בראש וראשונה להוכיח תיזה כללית, והיא כי קיום בישראל "פגע מאורגן". דבר זה עולה בבירור מכל הכתבות על כותרותיהן ובא לידי ביטוי הבולט בכחבה י"ג ("המעגל נסגר").

4. אין ספק, כי הנושא **היחיד** יותר, מבין השניים, העומד בפנינו הוא המענה לשאלה, אם אכן פועל בישראל פגע מאורגן.

אט נכונה גירסת הכותב שאכן פועל בישראל פגע מאורגן כדוגמת המאפיה הקיימת באיטליה ובארה"ב, או הסינדיקט בארה"ב, הרי עומדים אנו בפני התפתחות חמורה ביותר, אשר השלכותיה ומחמעותה מעל ומעבר לכל גל גואה של פשיעה רגילה. על כן אקדים ואבחון את השאלה המרכזית האמורה, היא האלת קיומו של פגע מאורגן בישראל. עט זאת, לא אפטור עצמי בהמשך בדיקה זו מן ההתייחסות לעובדות השונות, הכלולות בכחבה.

5. בטרם ניגשים לבחינת הטאלה אם יט בישראל "פסע מאורגן" - יט לבחון מ ס מ ע ו ת ו של מונח זה. המונח עליו מדובר, שהוא תרגום של השם "organized crime" המקובל בעולם ככינוי לצורת התארגנות מיוחדת של הפסע, הוא בעל משמעות מקצועית-טכנית מדויקת. יצוין כי לאור המונחים בהם נקט והתחלתי אותם הביא, לא נתכוון גם מר כסלו לפסע המאורגן במשמעותו הלשונית הרגילה, אלא לתופעה זו במשמעותה המיוחדת המקצועית, כמקובל לגבי עולט הפסע בארה"ב. לטון אחרת, יכולה להיות מחלוקת בטאלה אם יט או אין במקום פלוני "פסע מאורגן", אך לא צריכה להיות מחלוקת בדבר משמעות מונח זה, כי בעיה סמנטית זו מצאה הבהרה במחקרים קרימינולוגיים למכביר.

6. ההתארגנות בין עבריינים לובשת צורות מצורות שונות, החל מן ההתארגנות הבלתי פורמלית עד לרמה הגבוהה של הארגון הפורמלי העל המסגרת המוצקה. ההתארגנות הבלתי פורמלית, ביטוייה גם ביצוע משותף של עבירות או סיוע הדדי בין עבריינים הנובע מזהות אינטרסים; דוגמה של התארגנות זו הם אנשים המבצעים פריצה משותפת או קבוצות-רחוב אשר קשורות יחד ע"י טלילת המרות לחוק וריכוז מאמציהן לביצוע עבירות מזדמנות או מוגדרות. מול התארגנות בלתי פורמלית זו עומדות כאמור דוגמאות של מסגרות פורמליות של פוסעים. התארגנות פורמלית מביאה עמה חלוקת תפקידים, צינור פיקוד ונורמות התנהגותיות. דוגמאות של מסגרות פסיעה פורמליות מוכרות היטב בהיסטוריה, והן למשל שבטים עברייניים בהודו, בנדיסים בסין אשר לפני מאו, קבוצות הסינדיקטים ועוד. בתקופתנו דבק המונח "פסע מאורגן" בסינדיקטים של פסע, הפועלים לפי הדוגמא של המאפיה הסיציליאנית בהתפתחותה האמריקאית. הביטוי "פסע מאורגן" מיוחס למסגרת כדוגמת הגנגסטריזם האמריקאי, היינו ה- "Cosa Nostra" או "הסינדיקט". גוף זה הוא בעל מבנה הירארכי ופעולותיו מבוצעות ע"י מערכת ובה חלוקת תפקידים רציונאלית. הפסע המאורגן בארה"ב צמח כידוע, בתקופה של האיסור שחל על הייצור, ההפצה והמכירה של המסקאות החריפים והפרת האיסור יכלה להתבצע רק ע"י קבוצות מאורגנות. בדומה להתפתחות בעולם העסקים החוקי, הולידה התחרות את התחברותן של מסגרות פסיעה קטנות למסגרות גדולות יותר, הן הסינדיקטים. מלחמת הכנופיות של הסינדיקטים נעשתה כמובן באמצעים אלימים, באיום וברצח. כאשר נגברה תקופת Prohibition גלטו ה"קוזה נוסטרה"/לחזומים חדשים, היינו למתן שירותים שהם מחוץ לגדר המותר על פי החוק, כגון ההימורים הבלתי חוקיים, מלוות רבית קצוצה, יבוא ומכירה סיונית של סמים וזנות. הם התפשטו גם לחחומי עיסוק לגטימיים, בהם יצאו לעצמם מעמד מונופוליסטי ע"י הפעלת אמצעי סחיטה ואיומים. כך הסתננו לתוך איגודים מקצועיים בהם עסקו בסחיטה מעובדים ומעבידים גם יחד, השתלטו על העסקים של מכוונות-מכירה של סיגריות, מכוונות נגינה,

מכירת אספקה למסעדות ובתי-מלון ועוד. לאור אופי זה של העיסוקים של ארגוני הפשע
יש קרימינולוגים המסווגים את הפשע הלוכס צורת ארגון כלשהי, לשנים אלה:

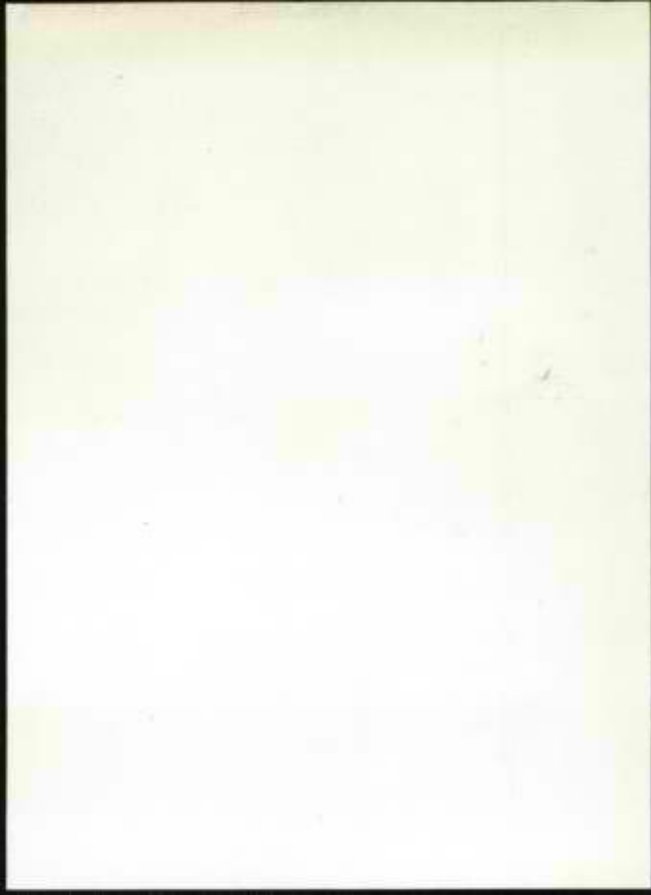
(1) predatory crimes - היינו גזל ושוד כפשוטם. כגון: שוד, כייסות, גניבת
מכוניות, התפרצויות, זיופים;

(2) service crimes או racketeering בסוג זה כלול הפשע המאורגן באמצעותו
מסופקים לציבור הרחב מצרכים ושירותים בלתי חוקיים, כגון: הימורים, זנות,
סמים. בארה"ב כלול במסגרת זו גם ענין ההפלות המלאכותיות ומכר ילדים
לאימוץ.

הפשע המאורגן צומח בעקבות הווצרותם של איסורים חוקיים, אשר הופכים מצרכים
אשר להם ביקוש ציבורי רחב, לדברים שהסגתם אסורה על-פי חוק; כוונת הקרימינולוגים
לקשח הרחבה של מעשים הצומחים על רקע התרבות הכללית בה אנו חיים, כאמור,
ההימור, הזנות או אפילו העיסוק במסחר ללא רשיון. לגבי שני הסוגים הראשונים
של עבריינות, בא הפשע המאורגן ומספק לציבור מצרך שהסגתו אסורה. בתחום מן הסוג
הסלישי הנזכר לעיל, מעניק הסינדיקט את החסות. במקביל גם צומח
ה-racketeering בגווניו האחרים, היינו החסות הכפויה, היינו גביית
השלומים באיומים מחברי איגודים מקצועיים, סוחרים או רוכלים תמורת הבטחה של
הגנה מפני פגיעתם הרעה של אחרים או במישרין, כמס כפוי בלתי מוטוה.
הסינדיקטים של הפשע פועלים כמעין שלטון בלתי חוקי אך גם בלתי נראה. מטרותם
הפוליטיות איננה תחרות עם מוסדות השלטון הקיימים, אלא אחת בלבד: ביטול
יעילות פעולתו של השלטון בתחומים הנוגעים לסינדיקט. מטרה זו מושגת ע"י סיחוד
של רשויות המסירה והמשפט, היינו ע"י ניטרול פעולתן של הרשויות הפועלות
להטלת החוק; כחו המסחית של הסינדיקט מגיע גם עדי הנציגים הנבחרים בגופים
המחוקקים וברשויות המקומיות. מכאן פעולתם של הסינדיקטים בתחום הפוליטי
למען בחירתם של אלה שהסינדיקט חפץ ביוקרתם. לאור תופעה זו נבין את מסקנתה
של לשכת עורכי הדין האמריקאית אשר ציינה בדו"ח שלה על הפשע המאורגן מסנת
- 1952

"The largest single factor in the breakdown of law
enforcement dealing with organized crime is the
corruption and connivance of many public officials."

(Report on Organized Crime, New-York, American Bar Association, 1952 p. 16)



מסקנה דומה היתה גם לוועדה טמונתה ע"י הנשיא של ארה"ב באותו נוסח:

"All available data indicate that organized crime flourishes only where it has corrupted local officials."
(Task Force Report, Organized Crime p. 6)

עם זאת, יוער כאן כי הטענות הענפה על הפסע המאורגן בארה"ב - עלולה לדעת מומחים לדבר לעוות את התמונה לגבי המהווה לאסורו בתחומי הפשיעה בארה"ב.

כן מעיר רמזי קרק, היועץ המשפטי לסגבר של ממשלת ארה"ב בחקופת הנשיא ג'ונסון:

"There is organized crime and it is a serious problem. But it is a minor part of our total Crime ... we must not deceive ourselves - organized crime is a very small part of America's crime." (Crime in America, pp. 52, 66)

לסיכום דברי אלה - "הפסע המאורגן" פירושו מסגרת פורמלית מאורגנת של פושעים במתכונת המאפיה האמריקאית המקיימת מבנה הירארכי מוגדר, מערכת נורמות מיוחדות והעוסקת בחסות כפויה ובמתן שירותים בלתי חוקיים, תוך כדי קשרי רווחה עם חברי המוסדות הנבחרים של המדינה ושל הרשות המקומית ועם הרשויות הממונות על השלטת המשפט ובסיועם של אלה.

7. מכאן נעבור ליישום של הפרטים שתוארו לעיל לנסיבות הקיימות בארץ. כפי שהנני מבין טוען מר כסלו כי בארץ פועל סינדיקט כל-יכול אשר בראשו ניצב מר מרדכי צרפתי (מנטס) (מכאן גם הביטוי "הסנדק" אותו הוא מעניק לו בדומה ל-Godfather בטפרו הידוע של פוצ'י בו מתוארים ראשי המאפיה האמריקאית). ארגון זה של הפסע חובק, לדעתו של מר כסלו, את תחומי החסות על הזנות, ההימורים, גביית החובות, והשלטת על תחומים אחרים כגון: סדרנות במסחרי ספורט ועוד. גוף זה, כך משמע מן הכתובות, הוא בעל קשרים טובים עם רשויות השלטון, כי הוא מסוגל להביא לסגירת חקיקה, בין ע"י היועצים המשפטיים לממשלה לחקופותיהם ובין ע"י המטרה. יש תחומי פשיעה בהם לא יוכל עבריין לפעול אלא עפ"י מצווחה או בחסותה של הרשת וכל המפר כלליה והוראותיה ננקטים נגדו צעדי ענישה. הרצח של עזרא שם-חוב מזרחי, המשמש כנקודת הפתיחה לסדרת המאמרים ואשר מניעיו לא נודעו, קשור, כפי שעולה מן הכתובות, לפעילותו של הפסע המאורגן על-פי ההסברים בע"פ

שנחלו לגירסה זו כפי ששמעתי בעת הבדיקה של הנושא מפי אחד מן האנשים
אותם ראיינתי. הכוונה היא לכך שבמקרה דנן הוצא סמ-טוב מזרחי להורג בטל כך
שהעז לאיים על מרדכי ארפתי.

8. דעתי היא, כי אין יסוד לגירסה של מר כסלו כפי שהציגה
ב' כתב ו' ה' י' . מוכרים לנו סוגי וחומי הפטיעה בארץ ועוד אתיחס
לנושא זה בהמשך דברי. הוספתי ונועצתי ברשויות המטפסיות והמזטרות ואספתי
את המידע הדרוש ובהתאם למיטב הידיעות חבדינו אין עתה בישראל ארגון נשע
כדוגמת המ'פיה או הסינדיקט.

אגב, מסקנה זו אין בה כדי להפחית, כי לסרות התפתחות הפטיעה בארצות המערב,
אין עד היום ארגונים כדוגמת הפסע המאורגן האמריקאי, ברוב ארצות המערב ובין
היחר בבריטניה הגדולה.

9. א. אין פירושו של דבר כי ממדיה של הפטיעה בישראל מצומצמים או כי
הפטיעה איננה לובטת, במקרים אלה או אחרים, צורת ה' ת' א' ר' ג' נ' ו' ת'
של מספר עבריינים, שחברו יחד כדי לבצע עבירה מסוימת או כדי לפעול יחד
ד' ר' ק' ב' ע' ; יש חברות רחוב ויש מעסי איום וסחיטה ואלימות.
לאחרונה ג' ו' א' ה' בישראל הפטיעה האלימה, דבר המוצא ביטוי בריבוי
מעסי חוד מזוינים מלווי יריות, ובמעסי איום וסחיטה מבעלי עסקים,
בפגיעה בעדים ועוד. אולם, מכאן אין עדיין ראיה לקיומו של פסע מאורגן,
שהוא בעל מטעויות מוגדרות, כפי שהוצגו לעיל.

זאת ועוד, כאשר אעבור לבחינת העובדות לפרטיהן, יחברר כי אירועים, אשר
יש בהם כדי להוכיח כוחו הכל-יכול של אדם זה או אחר, לא אירעו או לא
אירעו בצורה המחוארת, או כי אירוע זה או אחר נתפרש בצורה בלתי נכונה;
אולם ממדיה וטורסיה של הפטיעה בישראל רציניים במידה מספקת כדי לחייב
תשומת לב הראויה של זרועות השלטון ושל הציבור בכללותו, מבלי שהיה
צורך לדרבן את מישהו לעירנות מיוחדת ע"י תיאור התמונה הקודרת של
"מאפיה יהודאליה". המאצמים הנדרסים יום-יום ושעה-שעה הט רביט ומגוונים,
וטוב שיכונו למסלולים הנכונים כדי שיטמחו לפגיעה במוקדים ממטיים
ולא במוקדים מדומים.

ב. החייחסתי לעיל ל צ ו ר ת ההתארגנות של הפסע בישראל; אין להבין מכך כי בין האנשים אשר שמט הוזכר בכתבות, אין, בין היתר, גם עבריינים. לא אופי ה ה ת א ר ג נ ו ת קובע את משמעות מעשהו של מלוני, אלא מ ה ו ת ס של מעשיו. אך יש לציין כי אין בידינו ראיה שמרדכי צרפתי (מנטס) אכן ס ו ל ס על חתומי הפטיעה, כפי שיוחס לו בכתבות או על חלק מהט. ידוע לנו, כי ניסה לא אחת לנצל קשרים חברתיים אותם קשר עם עובדי ציבור, כדי להשיג הקלות או טובות הנאה וכי מאידך קשרים לו עם אנשים החסודים כעבריינים, אך נאור זה של עסקיו והתחברויותיו עדיין לא גופך אותו למולך בכיפה בעולם הפסע או בחלקו.

10. כפי שציינתי, לא אצא ידי חובה ע"י כך שאעמיד מסקנותי מול הגירסה העולה מן הכתבות, כי מר כסלו הרי טרח וניסה לבסס טענתו על טורה של עובדות אשר יש בהן, לפי סברתו, כדי לתמוך בחיזה אותה העלה וכאמור לעיל גם לזוהחתי עמו ושמעתי דעתו בפרוטרוט. אחיחס על כן בהמך הבדיקה לרצח של סם-טוב מזרחי, לנוסאים של מועדוני ההימורים ושל החסות ועוד.

ג. הרצח של עזרא סם-טוב מזרחי

11. א. נקודת המוצא לכחבות בענין הפסע המאורגן היא הרצח של עזרא סם-טוב מזרחי, רצח זה בוצע ביום 7.4.70, בתל-אביב, במינת הרחובות הירקון-אלנבי. עזרא סם-טוב מזרחי נורה למוות כאשר עמד באותו מקום עם מכרו, נהג ממונית, אחרון בן יוסף מליח, אשר אף הוא נפצע ומת כעבור מספר ימים מפצעיו. היורה, סלומון בן ד"ק אבו, נעצר אחרי מירדף של אזרחים שהזדמנו למקום והורשע.

בבית המטפס המהודי בתל-אביב באשמת רצח. ערעורו לבית המטפס העליון נדחה.

הנרצח עזרא שם-טוב מזרחי היה עבריין לשעבר שנידון על חוד, התפרצויות וגניבות ושודרר לאחרונה ממאסרו ב-25.2.56. לפני מותו היה שותף לחנות מיטונאית של ירקות בשם "יבול השרון" בשוק חשמונאי בתל-אביב, אותה ניהל תחת השם זרובבל מזרחי בסותפות עם דוד דסה ויחזקאל יעקב. יחד עם זאת היה שותף במועדוני קלפים ולפי המידע טבידינו עסק בעצמו במטחקי קלפים וקוביות.

ב. בכחבה מובא תיאור מפורט של הרצח ושל החקירות שנערכו בעקבותיו, וסענתו של מר כסלו היא, כי הגירסה הקיימת בדבר המניע לרצח, איננה טבירה, כי יש לראות ברצח פעולת היטול, כמקובל בארגוני פשע בעולם, וכי יש לראות ברצח זה אחת מן ההוכחות לקיום פשע מאורגן. מר כסלו מספר כי בעקבות רצח שם-טוב מזרחי ניהל עשרות סיוות כדי לאסוף חומר על פשע זה והחמונה הסופית שנוקבלה בחקירתו "הפחידה גם אותו", כדבריו, הוא אומר:

"... המדהים ביותר הוא, כי למרות הבדלים בה ניכרים ברקע ובחנאים הזכירה לי החמונה את המאפיה האמריקאית המפורסמת. גם אצלנו מבוסס הארגון על קטר רופף בין "המטפחות" - או ליתר דיוק "אולות". מרחב הפעולה: "פרוטקטיין (הגנה), סחיטה, הימורים, הברחות". הבטיס לכח: "מספר חחילים" אותם מסוגלים להפעיל כל אחד מראשי המטפחות מצד אחד - ואנשיות ההטפה על אנשים בצמרת מצד שני".

(ההדגשות של רן כסלו)

12. כאשר המטפחה עסקה בחקירת הרצח חיפשה כמובן, כמו בכל מקרה כגון זה, את המניע למעשה. מספר עדות ראו את המניע לרצח באיבה, שהתפתחה בין הרוצח לבין קרבנו, בסכסוך בקור לנערה מחוימת מספר: החבר כי סלומון אבו הביא עפו, מספר חודשים לפני הרצח, נערה אותה הכיר בטפוד ואסר עמה קטר קטרי אהבה וניסה לאחר מכן להעסיקה בעסקי זנות. בעקבות מעשה אלימות כלפיה ע"י אבו ובהזדמנות אחרת גם ע"י אסחו של אבו, התלוננה הנערה במטפחה על מעשה האלימות והאיומים ופנתה לטס-טוב מזרחי וביקשה עזרתו. הוסמעה הגירסה כי התלונה למטפחה הוגשה בעצת טס-טוב מזרחי. לאחר דיונים וסיחות בין הנוגעים בדבר, היינו אבו וחבריו ומזרחי, נרכס ע"י אבו וחבריו כרטים נסיעה מן הארץ עבור הנערה, אשר הייתה אותה עת תחת חסותו של מזרחי, והיא חזרה לספורד; אך לשענה עדות שמר אבו סינה למזרחי

על כי גדל ממנו את הנערה. אחר לעובדה טסייע בעצמו לחזרתה ע"י חטולם הוצאות הדרך, הרי אמרה הגירסה הזאת שלאחר תלוונה של הנערה במטרה, בה האטימה את אבו בכך יזניסה להעסיקה בזנות, היה לאבוק בליה בריה, ענין לסלקה מן הארץ. מכתבתו של מר כסלו ומחיות עם בני מזפחת מזרחי עלתה הסענה כי א י נ לראות בענין הנערה את המניע לרצח וכי יט מניע אחר. בין היתר, נרמז כי המניע הוא ביחסים המעורערים בין מזרחי לבין מרדכי צרפתי (מנחם). כראיה לכך שיה מניע אחר הוזכרו מספר עובדות: דובר על נסיון קודם לפגוע במזרחי בזמן נסיעתו במכונית וכן על נסיון קודם להתנקש בחייו, בו הצליח מזרחי להוציא את האקדה מידיה של המתנקשת. סענה זו בדבר אירוע התנקשות קודמת התבססה כאילו על דברים שנאמרו ע"י י"ל לה בתו של מזרחי. סופר כי פועל של מזרחי בטם יחזקאל עג"חי טמע מפי מזרחי כי רוצים לרצוח אותו. הוזכר כי זמן קצר לפני מותו שודל ע"י מנחם לבטוח את חייו. בכתבה של רן כסלו מדובר על כך כי יתכן ותחרות בין בעלי מועדוני קלפים היתה מונחת ביסוד הרצח. בקשר לכך גם הזכיר מר כסלו כאילו ניתן היה להבין מן הדברים אותם השמיע אהרון מליה לפני מותו, כאילו ידע מראש שיהיה התנקשות, אולם אבו לא קיים את ההסכם בכך שירה גם במליה.

13. במשפט של סלומון אבו לא היה המניע לרצח כמובן במסגרת האלמנטים אותם צריך היה להוכיח לצורך הרשעה ועל כן גם לא הוותה האלת המניע נקודה שבמחלוקת ומה גם שהמשפט נוהל מבחינתו של אבו, במסך כל שלביו, בקו של הכחשה כללית של כל האשמה. בית המשפט המחוזי ציין בסוף פסק דינו בקצרה כי - "מניעי הרצח לא הובררו הגם שהועלו חשדות שונים. אך נוכחות מניע אינו חלק הכרחי של הוכחת רצח". גירסתה של המשטרה באשר למניע באה, בין היתר, לידי ביטוי בדו"ח של ראש לשכת החקירות של מרחב ירקון בו הוא אומר: "בסיכום, לאור האמור לעיל:

א. המיטור הראשון הדין בבחורה הספרדיה הוא מאד סביר ואפשרי כמניע לרצח.

ב. אין להוציא מכלל אפשרות כי המניע לסילוק של עזרא סט-טוב המנוח משטח מועדוני הקלפים הוא אשר גרם לרצח אבל מניע זה לא אושר ע"י עדים או עובדות אחרות שמהם נוכל לעשות קביעה ברורה."

הפרקליט. אשר טיפל בחיק, מטעם פרקליטות המחוז, הניח כי המניע הוא במאבק בין כ. ופניות של העולם החתונות לגבי שליטה על מועדוני קלפים וגביית דמי חסות. בכונן זה גם נחקר בנאמס ע"י הפרקליט בחקירה חנגדית במספס. בקה החקירה במסגרה. היה קשר שוטף ומלא בין המטסדה ופרקליט המחוז והנוסא הובא גם בפני, והנחתנו היתה כי יחסי הגירסאות הנ"ל אמטריות ויחכן מסתיהן נכונות ויט לראותן כמצטברות.

הנני מייחס חטיבות למחלוקת סביב המניע רק אם יהיה בראיות סיעלו כדי להצביע על קיום פסע מאורגן; לחון אחרת, מבחינת הבדיקה שלנו אין נפקא מינה אם מזרחי נרצח בשל ענין הבחורה הספרדיה או בשל סכסוך סביב מועדון קלפים. מה שמעניין אותנו הוא האם יח במקרה זה כדי לספק לנו ראיות בקשר לשאלה של קיום "פסע מאורגן". אין לנו שמץ ספק שקיימות חבורות המפעילות מועדוני קלפים בהם מבוצע עבירות על החוק לחיקון דיני העונסין (מסחקים אסורים, הגרלות והימורים), תחב"ד-1964, וכי יח עבריינים המנסים לגבות באמצעות איומים ושליטה דמי חסות. השאלה היא אם אכן קיים סינדיקט של פסע מאורגן במתכונת כפי שהוגדרה בפרק ב' לעיל, אליה מתכוון מר כסלו.

14. א. בדחתי את הטענות הסוגות הבאות להצביע על נקודות שלא נחקרו: מסתבר כי ההתנקסות במכונית לא היתה אלא התנגסות - היינו חאונת דרכים רגילה בכביש פ"ת וכי הבח ויולה מכחישה כל ידיעה בדבר התנקסות קודמת במזרחי. אמנם הסתבר לי כאשר החל מזרחי לספל בבחורה הספרדיה ארבו לו ערב אחד סלומון אבו וחבריו והתפתחה קטטה, אך קטטה זו היתה לכל הדעות קטורה בפרטת הבחורה. גם ענין הביטוח נבדק ומסתבר כי בפוליסת הביטוח נקבעה אסחו של המנוח כנהנית. מכל מקום לא מחזור לי מה הפסול בכך שאדם מציע לרעהו לבטח את חייו.

ב. הוצגה השאלה מדוע שהה מזרחי במקום בו נרצח והחשובה לכך היא כי המועדון בפיתת הירקון-אלנבי היה בבעלותו והוא נהג לבקר שם כמעט מדי ערב. אמנם מזרחי היה חולה אותו ערב ונקרא מביתו לפגישה ע"י אחד מידחיד, יוסקאי מזרחי, אך גם סיבת פגישה זו הובררה: לפי עדויות חנגבו, לפי דריסחי, התברר כי הם-טוב מזרחי תכנן באותו ערב עם חני בעלי מועדון קלפים בנחניה כי יקיים מסחקי קוביה במועדון בעירס. יש יסוד להניח כי המדובר היה על חכנון מסחקים המבוססים על תרמית.

עדוהו של יחזקאל מחלב, המכונה עג'חי, העלתה כי אמנם הכיר את סיפור הבחורה הספרדיה על כל סלביה; הוא אף שמע מפני מזרחי על הקטטה הלילית עם חני אנסיס; כן ראה כי מזרחי מחזיק עמו, דרך קבע, אקדה. אך עד זה מטר

זאין יסוד לסענה כאילו אמר לו שם-טוב מזרחי כי מישהו רוצה לרצוח אותו.

ג. **בין הסענות** - אותן מעלה מר כסלו, כדי לסתור את גירסת הבחורה הספרדיה ולתמוך בגירסת הפזע המאורגן, מזכיר מר כסלו גם את מעצרו הממושך של חנינים מחבריו של סלומון אבו, היינו ז"ק כהן וג'ורג' ביטמוס, אשר נראו בעת הרצח בקרבת מקום ונעצרו אחרי הרצח לחקירה. החנינים מוחררו בסופו של דבר לאחר שהצליחו להביא ראיות על אליבין; יס להבין מכתבתו כי הוא רואה במעצר זה הוכחה לכך שלא היה מדובר על ריב אישי בין מזרחי ואבו. ענין הארכת המעצר של החנינים נעשה בטעתו לפי אישורי והיה קשור במאמינו להתחקות אחרי טרשי העבירה ופעילות חבורות הפזעים. אם בכלל ניתן ללמוד משהו על המניע, מן המעצר של חני החברים, כפי שמבקש לעשות זאת מר כסלו, הרי ניתן לדעת^ר ללמוד זאת שהמטרה^{לכדוק} ניסתה לחקור כל זווית אפשרית, ולא התפקה בקבלת הגירסה של ענין הבחורה.

15. מר כסלו מקשה וחואל, מדוע בחר אבו כמקום הרצח במקום הזקק בפינת הרחובות אלנבי והירקון. גם בכך רואה הוא נקודה בלתי ברורה, המערערת **כאילו את גירסת** הבחורה הספרדיה. לא ירדתי בנקודה זו לסוף דעתו של מר כסלו: אם מבחינתו של העבריין פינת הרחובות אלנבי והירקון, כמקום הזקק חנוכה, הוא אכן מקום גרוע לביצוע הרצח, הרי אין המקום מונח אופיו זה אם המניע לרצח הוא טונה. העוברים ונבים אשר מזדמנים למקום ותפסו את הרוצח - היו עושים כן, יהיה המניע לרצח אשר יהיה, ומה גם שלא ידעו ממילא את המניע משוב ועד רע. בדקתי גם את הטענה, כאילו הומיע מליח הערות מהן השתמע שהיריות של אבו היו מוסכמות מראש, ולא מצאתי סימוכין לגירסה זו. משמעות דבריו של מליח היתה שיש טונה מן התאור והובא בכתבה והשתבשה כאשר דבריו של מליח עברו לכלי שני או שלישי.

16. בנושא זה שבפנינו משתמע מדבריו של מר כסלו כי הצעדים הנמרצים שננקטו ע"י המטרה נגד בעלי עבר פלילי שבאו ארצה מצרפת אין לראותם אלא כשילוק מתוזרים אפסריים של הסינדיקט הישראלי. לשון אחרת, מר כסלו חמה על עוצמת פעולתה של המטרה נגד אנשי העולם החתהון אשר באו הנה מצרפת, לעומת מחדליה של המטרה בכל הנוגע לפחיעה הוותיקה יותר.

בדקתי גם חומר זה ומסתבר שאכן הגישו בעלי מועדון "טיפנים", תלונה למשטרה, על איומים ונתיחה מבר מספר אנשים שבאו זה מקרוב מארפת. כן הסתבר לי, כי אין יסוד לגירסתו של מר כסלו, כאילו בעלי העבר הפלילי הידוע מצרפת, מחבריו של אבו, "באו ארצה לאחר שיצאו מהעסקים כדי לנוח ולהשקיע את כסמם" (כתבה ג'). גירסת המיטה זו אינה מתאימה עם אופי פעילותם של האנשים עליהם מדובר, מחוץ לישראל ובישראל, ועל כן יש לראות פעולותיהם של המשטרה כמוזדקות. יצויין שמספר מחבריו של אבו עזבו בינתיים את הארץ.

17. אין באמור לעיל כדי למנע אותי שאנו יודעים אל-נכון את המניע לרצח. מזרחי היה אדם אשר עסק בעיסוקים בלתי חוקיים והיה קטור בעסקים ובעיסוקים לאנשים אחרים אשר גם פעולותיהם בלתי חוקיות, ואין זה מן הנמנע כי הוא קרבן של סכסוך אשר נפל בין עבריינים. מעמי רצח בין עבריינים, כגון אלה שאירעו לאחורונה בפרשיות הנעמי, אורפלי וקפליצקי, חוזרים ומוכיחים את הידוע ממילא, היינו כי עבריינים פועלים בקבוצות וכי אלימותם מוצאת ביטוייה לא רק כלפי האזרחים שהם קרבותיהם אלא גם ביחסיהם בינם לבין עצמם. אך כפי שצינתי בראשית דברי לא חיפסנו התארגנות בין פושעים אלא פשע מאורגן כפי שמציג אותו מר כסלו בקטע יצוטט בסעיף 11 לקיל; אם ביקש מר כסלו להוכיח שאין וודאות בכך מה היה המניע לרצח מזרחי, הרי מתערך לדלת פחוה. אם ביקש להוכיח באמצעות פרשה זו קיום סינדיקט פשע - הרי לא הוכיח זאת. לא מצאתי הוכחות בדבר קיום ראש סינדיקט או ראשי סינדיקט אשר במצוותו או במצוותם, בעומדים בראש ההיררכיה הפלילית, בוצעה רציחתו של מזרחי או כי רציחתו בכלל בוצעה במקרה מישהו מסלומון אבו סימח רק כחליחו.

ד. מתן חסות

18. בכתבה ג' עומד מר כסלו על מהותו של הפשע המאורגן ואומר: "ארגון הפשע צמח מעצמו, ממטרת החמולות והראיטיות של אגן היט התיכון. מי חיפשו אירגון פשע בישראל המארגן את הסוד המזויק, פריצות ומעמי פשע אחרים מוכרים היטב - לא ימצאו. המפכ"ל של משטרת ישראל מי פנתם קופל הכחיס את קיומו של אירגון כזה, ונראה לי כי היתה זאת מצידו פריצה לדלת פחוה. אך מי חיפשו אירגון אחר, הקטור עם הפשע הרגיל, החולס בטחנים אליהם נכנס רוב הכסף מהפשע הרגיל - יחכן ויעלה על עקבותיו".

ארגון זה מטפל לדבריו של מר כסלו במתן חסות, הסדרת חובות כספיים ומועדוני הימורים.

כאחר מר כסלו מתייחס למתן החסות, אין הוא מתכוון כמובן להסדרים בדבר סמירה על מקומות בידור. נגד מהפרעים, הנערכים בין בעל מקום בידור לבין אנשים אחר מחוגלים לקיים במקום את הסדר ואת שלום הציבור, בהסכמת שני הצדדים ומרצונם החפזי; כוונתו לחסות ה נ כ פ י ת על בעל המקום, בין אם הוא רוצה בכך ובין אם אינו רוצה בכך, ואשר אם לא ייאזר לקבלה - חביא לאלימות שתמנע ממנו את ניהול עסקו. לזון אחרת, כוונתו למעשה סחיטה באיומים, אשר בעקבותיו מקלט בעל מקום פלוני או בעל עסק פלוני דמי סמירה קבועים לסחטנים. לסענתו של מר כסלו בא הדבר לידי ביטוי בעיקר במקומות בידור, והוא מייחס את ריכוז הכוח, בחחום זה של מתן חסות, לישראל דנוך, העובד כפקח בעיריית תל-אביב.

19. א. מבדיקות עם מסטרה ישראל עולה כי לא קבלה אי פעם תלונה על לחץ המופעל על מועדון לילה, או מקום בדור אחר, לקבלת סמירה פרט למקרה אחד, סיפורם להלן.

לדברי המסטרה העתונות נתנה פומבי לסברה שאמנם קיימים ארגונים כאלה לאחר כמה דליקות סקרו במועדוני-לילה. במסך 1970 היו שני מקרים של הצתות במועדונים, ואלה הן:

(1) דיסקוסק "עינבר" ברח' אבן-גבירול 30, תל-אביב;

(2) מועדון "מורים בר", ברח' הירקון 43, תל-אביב.

במסך 1971 היו בחודש אחד - ינואר, שתי הצתות במועדונים. באף אחד מהמקרים לא היה חשד שהמקום הוצת בגלל סרוב להסכים לסמירה, וזאת למרות שבכל אחד מהמקרים לחצה המסטרה לדבריה. מאד כדי לקבל ידיעה כל-שהיא, העשויה להעיד על מצב דברים כזה.

ב. לדברי המסטרה הסיבות האפשריות להצתות הן אלה:

"(1) מעטה נקמה של קליינס לא מרוצה שלא ניהן לו להכנס למועדון או "להשתעשע" בו, או שנזרק ממנו לאחר שסתה יותר מדי;

(2) מעטה-נקמה של סכנים נרגזים, המתלוננים על רעט בלילות, פוכחותן של זונות בקרבת המועדון, מריבות בן נהגי-מוניות וכו'.

(3) "הצתה עצמית" כדי לזכור בדמי בטוח, לפחות במקרה אחד - היה חשד כי זאת סיבה הדליקה.

(4) יריבות על רקע אישי."

ג. המסמך הודיעה לי כי:-

"קיימת חברה שמירה וסדרנות במסגרת "מעוז" בפעילותו של ישראל דנוך, אשר עובדיה שומרים על מספר דיסקוטקים. תפקיד העובדים הוא כפול: למנוע מאנשים בלתי מהוגנים, או הידועים כאלמים או המתנהגים כשכורים, מלהכנס למועדון; להרחיק ממנו אנשים המזדווגים. במועדון ומפריעים את הסדר בו

היוצא מהכלל האחד הידוע לנו, הוא מקרה מועדון "היפנים", בתחילת 1970. התלוננו הבעלים של "היפנים" על לחץ המופעל עליהם ע"י "חבורה צרפתית" - חבורתו של איזו מיזל. אלה היו כמה יהודים, רובם עולים חדשים מצרפת, אשר עפ"י הידיעות שהגיעו אלינו, אמנם בראייתם התכוונו להשתלט על השמירה ב"היפנים" ובמקומות מהודרים אחרים. על רקע זה הוציאו אלה מספר התנגדויות בין אנשי דנוך, השומרים על "היפנים", לבין אנשי ה"קבוצה הצרפתית". מיד לאחר קבלת התלונה הראשונה מהבעלים נקטנו בפעולה מהירה וממוסכת שכתוצאה ממנה הופסק הלחץ והקבוצה התפזרה כעבור מספר ימים.

20. ישראל דנוך עובד כפקח בעיריית תל-אביב והתנהגותו ואופיו כנראה סמנו יסוד לחלק מן הטענות אשר אותן מעלה מר כסלו. אין למסמך תלונות בקשר לצורת בצו השמירה ע"י דנוך או בקשר להתנהגותו כלפי בעלי המועדונים. מאידך, היה פסול בעצם עיסוקו במלאכת השמירה נוסף על תפקידו כפקח עירוני וזאת הן בהתאם לכללים הכתובים החלים על עובדי עירייה, שאינם רשאים לעסוק בעבודה נוספת ללא אישור, והן לאור אופי העבודה הנוטפת אותה נטל על עצמו. בעקבות עיסוקו זה כשומר הסתבך ישראל דנוך גם בפלילים ומצויים בידי פרטים על שני מופטים בהם היה מעורב לאחרונה:

א. במקרה אחד התלוננו שניים, שלום בן אהרון רוזני יליד 1950 ואליהו בן סימון טבאח יליד 1951 מתל-אביב על גרימת חבלה חמורה שבוצעה לגביהם ב- 26.8.69 במועדון "הרי דה הורט" ביפו רח' קדומים מס' 14 (תיק מרחב יפו פ.א. 6824/69). התלונה הוגשה נגד יעקב סחה וישראל דנוך והללו הובאו לדין עפ"י כתב אישום שהוגש ע"י פרקליטות מחוז תל-אביב בביהמ"ס המחוזי (תיק 73/70). במסגרת חזרו בהם /ני המתלוננים מהודעות במסמך ומענו שהחוקר רשם את דבריהם ללא במדויק. ביום 27.4.71 זוכו שני הנאשמים. הפרקליטות החליטה להעמיד את שני המתלוננים לדין באשמת עדות סותרת.

ב. המקרה השני ארע ביום 1.3.70 ב"מוריס בר" בתל-אביב רח' הירקון. החקירה נוהלה ע"י מרחב הירקון (תיק פ.א. 2665/70). המתלונן, יעקב בן יוסף פרננד יליד 1931 מרמלה התלונן אף הוא על חבלה חמורה נגד

ישראל דנוך וישראל בן זכריה חזאי. במסמך של שני הנ"ל בביהמ"ט המחוזי בתל-אביב (תיק 468/70) סינה המחלונן את עדותו. ישראל חזאי שוכח וישראל דנוך הורשע בסעיף אישום קל יותר, היינו בחקירה רגילה ונידון לקנס 500 ל"י או שנה שבעות מאסר תמורתו. יעקב פרנגד הואשם ע"י פרקליטות מחוז תל-אביב במתן עדות מוחדת ומטפשו נקבע להוכחות ביום 6.9.71. עניינו של דנוך הועבר גם לבי"ד ממעמתי של עיריית תל-אביב והוא הואשם הן בשל הרשעה בחקירה והן בשל עבודה ללא רשות. הוא הורשע בדינו בפני ביה"ד הממועתי ובשים לב לעדות אופי חיובית של הממועית עליו, קבל נזיפה. כן צויין בפסק הדין שאסור לו לעבוד בעבודת חוץ ללא אישור העירייה. הוא גם נחקר ע"י מבקר העירייה בקטר למענה כי הוא עובד בגביית חובות אולם לכן עוד אתיחס בהמשך.

21. היעדר תלונה על איומים מכביד, ללא ספק, על יכולתה של המטורה לעצור את העבויין. אמצעי מעקב ופיקוח מופעלים עם זאת ע"י המטורה, גם ללא תלונות, ולא אכנס כאן לפרטים.

עם זאת, יש לדעתי גם בדרך בנקיטת צעדי חקירה נוספים: כיום מספיק להסוות עבירות הסחיטה, להסתכן יציג עצמו בפני צד שלישי והמטורה בכלל זה כסומר-בתום-לב; בעל המקום חושש לעתים להתלונן, כי סכנה הפגיעה היא מידית והוא מבכר המחקר פרנסה בלתי מופרעת על סכון התלונה. יש איפוא לנסות ולשלול מן הסחטן את האפשרות להתכסות באצטלה של סומר וזאת ע"י קביעת הסדרי פקוח חוקיים על ענף השמירה. בפני הכנסת נמצאת עתה הצעת חוק חוקרים פרטיים וטירותי שמירה, תשכ"ט-1969 (חוברת הצעות חוק 827, תשכ"ט, עמ' 181), המחייבת באחד מפרקיה גם לשמירה ואומרת:

12. לא יפתח אדם משרד לטירותי שמירה ולא ינהלו אלא אם יק בידו רשיון מאת הועדה.

13. (א) לא יהא אדם כסיר לפתוח משרד לטירותי שמירה או לניהולו אלא אם איטרה המטורה שאין לו התנגדות לכך מחעמי עברו, אפיו או התנהגותו, או מטעם אחר של בטחון הציבור.
(ב) בעל משרד לטירותי שמירה לא יעסיק אדם כסומר אלא אם איטרה המטורה שאין לה לגבי אותו אדם התנגדות מהטעמים האמורים בסעיף קטן (א).

ההצעה מחייבת איפוא רק למשרד לטירותי שמירה ולא לשמירה בדרך כלל.

לדעתי, יש לנו ענה הזדמנות נאותה להרחיב את הצעת החוק ולקבוע בו כי לא יעסוק אדם בממירה, בענפים היוגורו באו אשר יהיה מעון איסור ועדת החוקה חוק ומשפט, אלא אם יש בידיו רשיון. רשיון כזה לא יוענק, כך יש להניח, לאנשים בעלי עבר פלילי או לאנשים אשר עקב התנהגותם ואורח חייהם אינם ראויים למידת האיומן הדיוטה לצורך ביצוע תפקיד ממירה. ע"י כך ניתן יהיה לסנן מקצוע זה ולמנוע מראש כניסתו לתוכו של אלמנטים פליליים. לשון אחרת, הפתרון לסירוס תופעה איננו או מחיסות איננו רק בכך שיינקטו הליכים משפטיים כאלו תתגלה עבירה בעקבות הלונתו של הנפגע או כאשר יגיעו ידיעות למקורות מטרתיים, אלא ע"י כך שייעשה נסיון, באמצעות הריסוי, למנוע מראש את העיסוק במקצוע מאלמנטים עבריינים. הודעתי לוועדת החוקה, חוק ומשפט, כי בכוונתי לבקש הרחבת הוראותיה של הצעת החוק אשר בפניה, ואני תקווה כי כאשר יתחדשו בקרוב זיוני הוועדה יתקבלו הצעותי אלה בחיוב.

ה. מועדוני קלפים

22. א. במחוז חל-אביב - ולא רק בו, פועלים מספר עשרות של מועדונים בהם מתנהלים משחקי קלפים. מועדונים אלה מתנהלים בחוף דירות באזורים שונים של העיר על שכונותיה, החל מתיבה נידחת בסכנות עב'מי ביפו וכלה ברחובות הראשיים של צפון חל-אביב^{ומרכז} מועדונו של שח-טוב מזרחי, אשר התנהל בדירה בפינת רחובות הירקון-אלנבי; בהתאם למצב המצפתי כפי שטרר עד לאחרונה - לא היה צורך ברשיון כדי לנהל מועדון כאמור. במועדון מן הסוג הנ"ל מוצבים בדרך כלל מספר טולחנות וסביבת מתנהלים משחקי קלפים או קוביה מן הסוג אשר אסור על פי החוק לחיזוק דיני העונשין (משחקים אסורים, הגרלות והימורים), חסכ"ד-1964. מסתרה ישראל יודעת על רובם של מועדונים אלה ונוהגת לערוך בהם בקורי תתע הן כדי לנסות ולעצור עבריינים העוברים על החוק הנ"ל מחסכ"ד והן כדי לחפש במקום אנשי עולם תחתון הנוהגים להזדמן למועדונים אלה. כשל הסדרי הממירה הקבועים במועדונים אין מקרים רבים בהם ניתן לתפוס את האנשים חוץ כדי המטחק; עם זאת, אין ספק שמועדונים אלה הם מוקדי מסיכה לעבריינים ומקום דגירה לכל השליטה שהיא תוצאת לואי של מועדוני הימורים. כאשר הממטרה מבקרת במועדונים וחוקרת את הנמצאים בהם גורם הדבר, לא אחת, לטגירת הוועדון כי חלק מן הבאים בו אינו שם לבקורי הממטרה ומדיר לאחר מכן רגליו ממקום זה בו נחנה עליו הרעות את עינה.

ב. הכתבה י"ג נכתב מר כסלו כי - "לפני שבוע (היינו כשבוע לפני מועד פרטום הכתבה שהיא 4.6.71 - מ.ש.) -

"לראשונה מזה כמה שנים - פלגה המטחנה לכמה מועדוני הימורים וחקירי בחל-אביב."

קביעתו זו של מר כסלו איננה תואמת את העובדות לאמיתן. כן אין כל יסוד למענה שהועלתה ע"י מר כסלו בכתבה ג' כאילו מזלימה המטחנה עם קיומה של המועדונים האיל והללו משמשים לה מקור לאיבת ידיעות על העולם החתונ. כאמור נערכו ע"י המטחנה בקורי פיקוח לא מעטים ובהתאם לנתונים שבידי קוימו 149 בקורים ב- 47 מועדונים בחקופה שבין 1.1.70 עד ליום 30.4.71. הבקורים אלה נערכו בקורות, מעצרים וחיתופסים ספרטיהם נבדקו על ידי. כדוגמה לחוצאות בקורת כאמור אביא בקור במועדון ברח' הירקון 52 (מועדון "סלע" הוא מועדונו של מזרחי):

1.	19.1.70	בקור, נרשמו שמות נוכחים.
2.	5.2.70	בקור, אין הערות.
3.	26.3.70	נרשמו שמות נוכחים נתפסו קלפים וז'מונים.
4.	23.3.70	נרשמו שמות נוכחים נתפסו קלפים וז'מונים.
5.	18.3.70	נערך בקור, נעצרו 6 איש נתפסו קלפים.
6.	10.3.70	נערך בקור, נעצרו 6 איש נתפסו קלפים.
7.	17.5.70	נערך בקור בלבד.
8.	22.4.70	נרשמו שמות נוכחים נתפסו קלפים וז'מונים.
9.	16.7.70	נרשמו שמות נוכחים נתפסו קלפים וז'מונים.
10.	14.9.70	נרשמו שמות נוכחים לא נעצר איש.
11.	8.9.70	נרשמו שמות נוכחים לא נעצר איש.
12.	17.1.71	נרשמו פורטים נוכחים - נתפסו קלפים.
13.	25.2.71	נעצרו 10 איש נחקרו בקלפים.
14.	1.3.71	נערך בקור, נרשמו שמות הנוכחים.
15.	6.4.71	נערך בקור, נרשמו שמות נוכחים.

ג. בעקבות דיונים שנערכו ביוזמת מטרת ישראל פניתי לטר הפנים ובקשתי להוסיף את מועדוני הקלפים לרשימת העסקיה מעוני הריטוי. לאחר התייעצות עם טרי הבריאות והמטרה פרט טר הפנים את צו ריטוי עסקים (קביעת עסקים מעוני ריטוי) (חיקון מס' 4), חסל"א-1971 המוסיף לעסקים מעוני הריטוי מקומות לעריכתם של משחקים באמצעות מכונות המופעלות

מיכניה או חשמלית, בקלפים, בקוביות וכיוצא באלה (ק"ח 2741, חס"א, עמ' 1612). לאחר פרסום הצו חל עתה על מועדוני הקלפים חוק רישוי עסקים, חסכ"ח-1968. אדם איננו רשאי לעסוק בניהול מועדון כאמור אלא על-פי רשיון. הרשיון מוענק ע"י ראש הרשות המקומית לאחר התייעצות עם נציג המטרה והבריאות. מי שמקיים מועדון ללא רשיון דינו קנס 5,000 ל"י או מאסר שנה חדשה. ואם ניהל מועדון אחרי שקבל אתראה מאת הממונה על המחוז או מפקד מטרת המחוז או ראש הרשות המקומית, דינו קנס גוסף של 100 ל"י לכל יום שבו נמשכת העבירה אחרי מתן האזהרה. לענין הרשעה בעבירה על החוק הנ"ל אין נפקא מינה אם אדם עסק בניהול המקום בעצמו או ע"י עובדו או מורטו, אם עסק בעסק של עצמו או של זולתו. בימ"ס שהרשיע נאסם בעבירה רשאי לצוות על סגירת החצרים ומי שאינו מקיים צו של ביהמ"ס בדבר סגירת החצרים, דינו קנס 10,000 ל"י או מאסר 18 חדשים. אם היה לממונה על המחוז, לרופא מחוזי או לראש רשות מקומית יסוד סביר להניח שנעברה עבירה של עיסוק בעסק ללא רשיון, רשאי הוא לצוות בכתב על הפסקה ארעית של העיסוק בעסק (צו כאמור נקרא "צו הפסקה מינהלית"). תקפו של צו זה 30 יום מיום נתינתו אם לא בוטל לפני כן ע"י מי שהוציא אותו או ע"י ביהמ"ס.

למותר להדגיש כי קבעתי עם המפכ"ל גם הסדרים מעטיים לפעולה לגבי המועדונים. המגמה תהיה שלא להעניק רשיונות למועדונים לגביהם יש יסוד להניח שיקויימו בהם מחזקים שהם בגדר עבירה על החוק הנ"ל מתכ"ד. הנני בדעה כי הצו הנ"ל של נציג הפנים יקל על המטרה במידה רבה את הפעולה נגד מועדונים מן הסוג המחואר.

1. גביית חובות

23. בכתבה ג' כותב מר כסלו:

"סמך אחר בו פועל אירגונה של מועצת דנוך: הסדרת חובות כספיים או בעיות אחרות. יש חובות שלא נוח לגבותם דרך בתי המשפט. אז פונים לדנוך, ודנוך - או אנשיו - פועלים בהתאם. באחת הליחות אחי הכחיש ישראל דנוך, כי היטח פעולתו מבוססת על האלימות. "אני עובד בצורה פסיכולוגית - אמר - אני בא לבן-אדם ומסביר לו מדבר אחד בהגיון. ואנשים מומעים בקולי".

לענינו של דנוך התייחסתי גם בפרק ד' לעיל. מבקר העיריה חקר בטעמו בקשר לטענה כי דנוך עוסק בגביית חובות אך הלה הכחיש זאת ולא נגיעו לידינו ראיות נוספות בנושא זה.

24. למותר להדגיש כי יש להתייחס לנושא זה שבפנינו לא רק מן הבחינה האיסית של קיום או העדר קיום ראיות לגבי פעילותו של ישראל דנוך, אלא יש להתייחס לתופעה הכללית של גביית חובות, אם היא ^{אכן} קיימת. מחיקי המטרה ידוע לנו כי היו לנו בעבר פעולות בודדות של גביית חובות שהגיעו לביהמ"ס (פרטות יונגסטיין ורומק). הנני יוצא לכן מתוך הנחה שתופעה כזאת עלולה להיות קיימת גם כיום במקרה זה או אחר. אין מניחך ראיות על קיום א ר ג ו נ או ר י ס ה של הוצאה לפועל כפי שעלול להשתמע מן הכתבה.

25. גביית חובות ע"י אנשים פרטיים המפעילים אמצעי לחץ ואיום, קורית בחני סוגים של מקרים:

א. כאשר אין אימון בהסגת הוצאות משיעור רצון אם חסר ההוצאה לפועל לגורמי ההוצאה לפועל הממלכתיים;

ב. כאשר החוב הוא מסוג כזה, שאין נכונות להתדיין בקטר אליו בבית המשפט, היינו חובות בקטר לפעולות שהן בלתי-חוקיות.

אטר לטוב הראשון של המקרים, הרי במידה ונמשיך ונייעל את הליכי ההוצאה לפועל הרגילים, גם נביא לחיסולה של תופעת הגביה הפרטית. הגביה הפרטית בזרז כלל יקרה יותר מן הגביה באמצעות לשכות ההוצאה לפועל, וזאת בשל כך שמי הגובה בספיט ע"י סחיטה ואיומים גם נוטל לעצמו נחת הגון בסכום הניגבה. יוצא איפוא, כי כדאי לאזרח לפנות לרשויות ההוצאה לפועל הממלכתיות, אם הללו יעמידו לרשותו שירות יעיל.

אחר לסוג השני של חובות, הרי הוא חלק מעיסוקי עבריינות ועבריינים, וכפי שאין להניח שמחלוקת בין גנבים על חלוקת הטלל חוכרע בבית משפט (הדבר גם לא ניתן מבחינה כללי המשפט) - כך אין להניח שייעלמו בין עבריינים פעולות של גביית חובות או אף מעשי נקמה חמורים יותר בשל מחלוקת על הטלל. הפתרון כאן הוא לכן רק בחינם הכללי של פעולות המזמרה לגילוי עבריינים.

ז. אבנר עקביה

26. בכחבה המזית, בה מתאר מר כסלו את חוכן שיחתו עם מרדכי צרפתי (מנטט), מובאת התייחסות למטפטו של בעל המוטז אבנר עקביה, שהובא למשפט בעקבות מעצר חבורה של גונבי רכב. מר כסלו כותב:

"עקביה היה קונה מכוניות הרוסות מחברות ביטוח, שולח את שותפיו לגנוב מכוניות זהה להרוסה, מעביר את השלטים ומזייף מספרי זיהוי, אחר-כך מוכר את המכוניות הגנובות כמכונות שרכש מחברות ביטוח. הוגש כתב אישום. שותפיו לפשע של עקביה נשפטו לחקירות מאסר ארוכות. סגן-ניצב יהודה וולפסון ביקש מהשופט למחוק מאותו כתב אישום את עקביה. אחר-כך הוגש כתב אישום נפרד נגד עקביה בו לא נכלל כל סיפור המעשה. עקביה נאסח בקבלה רכוש גנוב בלבד. לדברי המטטרה נעשה הסדר זה אחרי שעקביה הוליך את הנוקרים לעשרות מכוניות גנובות. המשפט נגדו סרם נחתח.

מנטש: באו לכאן. כאן זה בית-דין. באה אשה, האמא שלו. שאלתי אותה מה עם הבן שלך. זאת הייתה האמא של עקביה. באה ובכתה. ראיתי שמדובר בכנוניה שעמדה 20 אלף ל"י. גירשתי אותה."

כפי שעולה מן הכתוב, מובא קטע זה כדי להצביע על האפשרות של קטר בין פעולותיו של מרדכי ארפתי לבין החלחת המטטרה בדבר דרך הטיפול בחיק של מר עקביה.

בדקתי את שלבי הטיפול בחיקו של עקביה ומסתבר כי בנושא זה טופל ע"י המטטרה, בעקבות דיונים ועל פי טיקוליות הקטורית למהותו של הענין שבפנינו ואין למנטש ענין לכאן.

27. סיפור המעשה הוא בקצרה כדלהלן: בתאריך 9.9.70 נתקבלה במטטרה הודעה על גניבת מכונית "סוסיחא". ביום 13.9.70 נערך חיפוש במוסך של אבנר עקביה אשר ברח' המסגר 27 בתל-אביב ונט נמצאה מכונית הסוסיחא ללא לוחות זיהוי. הסתבר כי מסחר המנוע והשילדה של המכונית הגנובה הוחלפו במספרי מנוע ושילדה של מכונית נפגעה קשות בתאונה, אותה קנה אבנר עקביה במחיר מועט. למענתו של עקביה, בעת החקירה, קנה את המכונית הגנובה מאלמוני, כשהיה מוזנחת וללא לוחיות זיהוי ולא ידע שהיא גנובה. פועל של עקביה בטם יוחננוף, אשר נחקר ע"י המטטרה, הודה שגנב את המכונית והביא אותה למוסך, בידיעתו של עקביה, אולם זה האחרון המעיך בהכחשותיו.

ב- 22.2.71 פנה פרקליטו של עקביה למטטרה בהצעה בדבר שינוי הקו ונטונותו למטור מידן, בתנאי שיואמט רק בקבלה רכוש ואוטג במרמה, בניגוד לחעיף 310 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ובתנאי הנוסף שלא יידרש עונש מאסר כמול ע"י התביעה הסמטרתית. המטטרה סברה, כי לאור מצב הראיות ובהתחשב עם המידע המבוקט, מן הרצוי לקבל את ההצעה של עקביה.

בעקבות זאת תפסה המשטרה ע"י חקירותיה הנוספות 31 כלי-רכב גנובים. חלקם מאלה
הגנובו ע"י עקביה וחלקם ע"י עבריינים נוספים. בסיכומו של דבר קיבל עקביה
שבגדור על
במספר עונש קל בהרבה מזה/שני הפועלים העבדו במוטכו וביצעו את הגניבות.

28. בדעתי כאמור את חומר הראיות ונחתי דעתי לטיקוליה של המשטרה, ואין לי כל
ספק בכך שהמשטרה פעלה בנושא זה -
- (א) בתום לב ותוך אמונה כי תשרת את האינטרס הציבורי בצורה הטובה ביותר
אם תערוך את ההסדר כפי שהוצע לה; וכן
- (ב) במטרה שמכירותיה על פי דין: בהתאם להסדרים החוקיים הקיימים יש חלוקה
בין תחומי התביעה בהם מטפלת המשטרה, לבין תחומי התביעה בהם מטפלת
פרקליטות המדינה. חוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965, לא יצר תביעה
כללית מונוליתית, אלא יצר מערכת מורכבת אשר איננה מפרידה דף בין
הגורם החוקר לבין הגורם המגיש את כתב האישום ומנהל את המשפט, אלא
יצר כאמור גם את הבסיס לקיום מערכות תביעה נפרדות. אכן נכון הוא,
כי סמכות ההחלטה לגבי תיקי פשע יוחדה לפרקליטים של פרקליטות המדינה
בלבד וכי בקשר לאותם עוונות אשר לגביהם אין אפשרות להגיש קובלנה
ירשית, נחונה לאזרח הנפגע זכות ערר אל היועץ המשפטי לממשלה נגד
סגירת התיק ע"י המשטרה. אולם בעבירות שאינן פשע, בהן מופיע תובע
מסחרי, רשאי הוא לחזור בו מן האישום או להחליף את סעיף האישום,
מכלי לקבל לכך אישור של היועץ המשפטי לממשלה או מישהו מנציגיו.
יש לי ספקות אם מבנה חוקי זה של מערכת התביעה - יעיל ורצוי - אך
נושא זה אין ענינו לכאן וכידוע לך נבחנת שאלה זו בנפרד.

29. א. דעתי היא כי המשטרה שגתה בטיקוליה כאשר הסכימה להפריז במספרו של אבנר
עקביה ממספרם של שותפיו והנחתה את התובע כפי שהנחתה. הנני סבור כי
צריך היה להמשיך בחקירה וכן בהליכים, ללא סייג מבחינת הגדרת מהות
המעשה ומבחינת הדרישה לענישה נאותה - וזאת גם במחיר אבדן מידע.
אפרט נימוקי בהמשך.
- ב. (1) האינטרס הציבורי דורש העבריינין יועמד למשפט ויבוא על ענינו.
(2) בהתאם לחיטת המשפט שלנו, מסורה בידי התביעה הכללית הסמכות להמנע
מהגשת אישום; העילות העיקריות אשר בהסתמך עליהן ניתן להמנע מהגשת
אישום הן:
- (א) העבירה היא קלה והעמדת הנאשם לדין עלולה לגרום נזק חמור ביותר
לנאשם (כגון: מקרה בו נאשם ילד, לראשונה, בגניבה פעוטה);
- (ב) לאור האינטרס הציבורי עדיפה הסתרת אמצעי מגן חלטוניים חיוניים,
על פני הבאת הנאשם לדין (כגון במקרה בו נעברה עבירה של ריגול,
אך המדינה אינה מוכנה לגלות סוכניה);

(ג) חובת הציבור מחייבת הבאתו לדין של עברייני עיקרי ואין
אפשרות להביאו לדין אלא אם כן עברייני אחר, טעבירתו
פחותה בחומרתה, יעיד נגדו ואין דרך אחרת להביא לכך אלא
ע"י הפיכת העברייני האחר, לעד המדינה.
למותר להדגיש כי המובא לעיל איננו בגדר רשימה ממצה.

ג. קו עקרוני מנחה אותנו בפעולותינו בתחום ההליכים ועכבות:
ה מ נ ע ו ת מנקיטת צעדים משפטיים נגד עברייני, אשר לגבי העבירה
שנעברה על ידו יש ראיות לכאורה, היא מעטה י ו צ א ד ו פ נ .
חובת ראוי לנקוט בדרך זו רק במקרים קיצוניים בהם ברור, בין היתר,
בעליל, כי עקב ההמנעות מנקיטת הליכים לא ייגרם נזק לאינטרס הציבורי.
יודגש כאן, כי נזק לאינטרס הציבורי אין ביסויו דוקא בכך שעברייני
פלוני, שלא יעמוד לדין, יעבור עבירה נוספת. פרושו גם פגיעה באימון
של הציבור שאכן נעטה צדק וכי הטלטלות אינם נוקטים באמת-מידה של
אימה ואימה. הכלל לפיו צדק לא רק צריך להעשות אלא גם צריך להראות
כי נעשה, הוא מורה דרך אשר מקומו לא רק בעצמת המקצועית של המשפטים
אלא הוא קנה מידה מעמי וחיוני לשליחי ציבור העוסקים בהטלת משפט.
הטלת משפט ^{באה} לא רק למען הענישת עברייניה אלא גם לשם מניעת עבירות
נוספות; ואין מניעת עבירות, כאשר הציבור מאבד אמונו בדרכי פעולתן של
הרשויות הממליכות את המשפט. כל שנאמר לעיל באופן כללי לגבי המנעות
מנקיטת הליכים חל, כמובן, גם על עכוב ההליכים או על הסכת בין
התביעה הכללית לבין נאשם.

ד. מן הכלל אל הפרט: קבענו לעצמנו את העקרון, כי אין הופכים עברייני
ע י ק ר י לעד מדינה; היינו, אין להביא לתוצאה לפיה הגורם המרכזי
לעבירה יצא פטור ללא כלום ודגי הרקע יטאו בעונש. כאמור, חל עקרון זה
לא רק בסוגיות עד המדינה, אלא גם על תהליך המטא ומתן בין התביעה
לבין נאשם: אין להעלות על הדעת שהתביעה הכללית הערוך הסכם אשר מכוחו
יווצר מצב של הפיכת היוצרות והעברייני העיקרי ייחשב למסייע בלבד.

הנני מיהס מלוא המשקל למגמתה של המאמרה להטיג אינפורמציה לגלוי
עבריינים והליחיהם. אך אינפורמציה זו אין להטיגה

על-ידי כך שעברייני ע י ק ר י יצא
נזכר, מבחינה ניסוח האיסור ועמדת התביעה לגבי העונש, רק בשל כך
שהוא יטור מי היו ח ו ת פ י ו ו ס ל י ח י ו ומי עוד עשה
מעמי עבירה כמוהו.

הודעתי על כך למטכ"ל כי אינני יכול לטמון ידי על הקו שבנקט ואני בסוח
כי הופק חלק הנכון מהשכללות העניינים במקרה דנא.

ח. ריווי ופיקוח

30. במסגרת תיאורו מתייחס מר כסלו גם לבעיות הרישוי והפיקוח בתל-אביב. בתארו את
המצב בשווקים העירוניים טוען מר כסלו לקיומה של רשת חסות המבוססת על אנשי
אגרון, גובה זמי חסות מן הסוחרים והרוכלים ומעניקה דוכנים (בססוח) לאותם
רוכלים שהם חסרי רשיון מסעם העירוני. הוא מזכיר חוק חקירה שנפתח בקשר לנושא
זה ומזכיר כי לא הוגש כתב אישום בעקבות חקירה זו. באותו הקשר של פסע מאורגן
כותב מר כסלו, כי בניגוד לחוק ולאישורם הציבורי נפתחו בשנים האחרונות מסעדות,
בתי קפה וסטייקיות, כאשר חלק קיבל רשיונות דרך הפעלת קשרים של מדרכי צרפת
וחלק אחר פועל ללא רשיונות, אך בלי הפרעות רציניות, בחסותו של הנ"ל.

31. כמובן שבמסגרת בדיקה לא ראיתי אפשרות ומקום לקיום חקירה כוללת על טדרי רישוי
ופיקוח ברשויות המקומיות בדרך כלל או בתל-אביב בפרט. ערכתי בדיקה מטורגט של
חלק מן המקרים שהוזכרו בכתבות וכמובן הגם קיימתי בירורים ושיחות עם חלק מן
המטפלים בנושא. לאור המידע שבידי, לאו דווקא מן הכתבות, הרי אין טעם כי השלמת
החוק בתחום הפיקוח על הרישוי היא לקויה. יש בניה ללא רשיון ומתנהלים עסקים
ללא רשיון. צווי הריסה אינם מתבצעים במקרים לא מועטים ולגורמים הפועלים בתחום
הפיקוח יש לא אחת הרגשה כי הם בגדר מבצעי עבודה סיוזיפית. הרוכלות בתל-אביב
היא רעה הולדת ועל כך מונחת עוד לפני כשנה, ועדה לבדיקת הצורך בשנויים בחוק
בנושא הרוכלות, ואני מקווה כי מסקנותיה היוגשו לי בימים אלה, יהיה בהן כדי
להצביע על דרכים לייעל שליטתנו בנושא.

32. בדיקת המקרים הקונקרטיים כצביעה על כך שבידי הכותב לא היו עובדות מלאות בחלק
מהמקרים אליהם התייחס, בהם טען נגד חוסר פעילות של גורמי הפקוח: נטען כמילוי
נחזור קטיט בקשר לרשיון לסטייקיה ברח' לה-גרזיה 76, מתברר כי יש לה, ^{רשיון} ^{שעה}
נפתחה (1968); נגד יעקב רונן אשר פתח סטייקיה בשד' ח"ן 52 הוגשו כתבי אישום
רבים על ניהול עסק ללא רשיון בשל כך ילדו מילא אחרי הונאות של מסרד הבריאות
למזן הרשיון, אך בית המשפט סירב לתת צו סגירה; רק כאשר מולאו הדרישות ניתן,
ביום 19.11.70, הרשיון. יצוין במקרה זה, כי ועד הבית הוא שהסכים במשפט בחוק
45675/68 לפטור לפיה יסכים הוועד לבקשת הרשיון, אם בעל המסעדה יתחייב
לפעולות חברואתיות שהוגדרו, בענין הפיצויה - המקום היה סיין בחזילה למר
גזבר אבוהין.

הוא הגיש בקשה לאחר לו שני בגוניה לצד החזית. הועדה המקומית לא אישרה את הבקשה.
הוגש מסמך ב-ח.פ. 1582/65 וניתן לו הריטה שהוטל על הנאסח תוך 18 חדש מיום גזר
הדין דהיינו מיום 28.1.66.

לאחר מכן נמסר המקום להראל אליהם וזוהי.

ביום 24.11.68 החליטה הועדה המקומית לא לאשר להם להסמיע מוזיקה במקום.
בדצמבר 1970, בנו קיר דקורטיבי מלבנים שרופות וקירות מבלוקים וזאת על סמך המדריכה.
הוגש כתב אישום ב-ח.פ. 1603/70 והוצא צו שפועל להפסקת עבודות הבניה.
ב-27.11.70 החליטה הועדה המקומית לדון בענין רק לאחר שהבעלים יסדירו את המדריכה
עד לקו הבנין בחזית וילציאו את הסכמת החזק לגבול על הגבול.
בינתיים צרמו את החצי השני של הבית למסעדה, סגרו את החצי השני של המרפסת והוסיפו
בניה.

ביום 10.5.71 ניתן צו שפועל ב-ח.פ. 457/71 להפסקת כל עבודות הבניה, בבקורת במקום.
ביום 11.5.71 נמצא כי כל מה שנבנה במסגרת המדריכה נהרס.
ביום 14.5.71 החליטה הועדה המקומית לבקר במקום.
ביום 27.6.71 הוגשה תכנית לשנויים.
לבעלי העסק רשיון לניהול מסעדה ובית קפה.

התכנית התלוננו שהעסק מנהל גם מאוניה לפיצות. התלונה נבדקה והרשיון הוגבל לאפיית
פיצות בבית הקפה בלבד ולא עבור בתי מסחר בעיר.
בתיק תלונות של התכנים על מטרד. הענין נבדק והוחלט הע"י אפיית פיצות במספר
מצומצם אין מטרד.

בענין מפגש וייצמן - אכן הוענק הרשיון רק לאחר שנציגי הבית חתמו על הסכמה, אשר
העתקה נמצא בידיו; נראה זה נמצא עדיין בטיפול. אלי רונן הסתייע בבקשותיו לרשיון
בהמלצות של מהקדיו לשעבר בצבא, של אגף התיקום ושל ארגון הנכים, כי מסתבר שהוג
נכה צה"ל. הוגשו ע"י העיריה כתבי אישום רבים על ניהול עסק ללא רשיון ומול
טענותיו של מר כסלו עומדת טענתו של אלי רונן במכתביו לעיריה, בהם הוא מלין
על כך שהעיריה מרבה בהגשת מסמכים נגדו, לדעתו ללא הצדקה ולמרות שמסעדהו נמצאת
במקום המיועד למסעדות. טרונתו היא על עורכי-הדין של העיריה, אשר מונעים את
מתן הרשיון המגיע לו, לדעתו, הנסיבות. למט הסרת ספק, אוסיף כי הצדק היה,
לדעתי, עם רשויות הלככה המועטות בעיריה לעמוד על קיום הליכים על הפרת החוק.

הזכרתי את הדוגמאות הנ"ל כדי להצביע על כך שמערכת העובדות הקשורות לכל
מקרה מסועפת יותר מן התיאור החד-משמעי שניתן בכתבות. התופעה של בניה ללא
רשיון או ללא קיום חנאי רשיון ושל קיום עסקים ללא רשיון היא רעה חולה
אשר מרעיה בראשונה באי-נכונות של רבים בצבור - לאו דוקא בין הרוכלים -

להטלים עם אסורים "טכניים" של רטוי הנקבעו בחוק. ולכפוף עצמם לתכניות והיתרים על תנאיהם. קיומה של חומצה כללית זו, לאדם כסוים וסתולנויותיו מצביעה לדעתי על אי-הבנה של הנושא.

לעצם העניין הנני סבור כי דרושה פעולה החלטית ומקיפה יותר מן הקיימת היום כדי למנוע את ניהול העסקים ללא רטיון ואת הבניה ללא רטיון וכדי לוודא שתנאיהם של הרטיונות אכן יקוימו.

כאמור, יש מקום לבחינה יסודית של האמצעים ונוהלי הפעולה, כי הבעיה איננה ביצירת כלים מתמטיים אלא ביצירת כלים מינהליים המטובלים לפקח על ביצוע החוק כנאות ולתאם בין רטויות העיריה החונות. לאחרונה הפעלתי בנושא זה גם את היועצים המטמטיים של העירייה כדי לידקו את דרך הטיפול בדו"חות תיקנו את דיני הרטויות המקומיות ע"י יצירת אפשרות להעביר מקרים חמורים - שהם בגדר עבירות קנס - לדיון בפני בימ"ט (b"6, תשל"א, עמ' 36) ואנו בודקים כאמור את ענין הרוכלות ובפרט את הטאלה אם להסמיך את גורמי הפיקוח ל ה ח ר י ם את מרכולתו של רובל ללא רטיון.

לדעתי, דרושה פעולה מקיפה ויסודית של בדיקת ההליכים שהינה בתחומם של משרד הפנים ושל עיריית ה"א. פעולה נמראה של רטויות הפיקוח וכסובן גם כע"ל: נמראה יותר של בתי המסמט המספלים בעבירות אלה.

33. כל האוכל לומר בשלב זה של עניין חוק הכרמל הוא שהענין איננו סגור.

ט. עיכובי הליכים ובקשות אחרות

34. בכחבה ה' כותב מר רן כסלו על סגירת התיקים עקב התערבותו של מרדכי צרפתי (מנטס).

יוזכר כאן, כי עיכוב הליכים הוא בסמכותו הבלעדית של היועץ המטמטי לממשלה וחזרה מאיטות היא במסגרת סמכויותיו של החובע, בכפיפות לנוהלי הפרקליטות או המטטרה, לפי המקרה. לפי דבריו מר כסלו, אותם אצטט במלואם, אכן הצליח מרדכי צרפתי בהתערבותו, ורוב התיקים נסגרו. לטון אחרת, מי שקורא את הכחבה מקבל את הרושם כי גם היועצים המטמטיים לממשלה לתקופותיהם, לא היו אלא עוטי דבריו של אדם בעל השפעה וקשרים וכחוצאה מכך זכו עבריינים ותיקים נסגרו או נהנו מזכויות אחרות שלא הגיעו להם. ואלה דבריו של מר כסלו:

"מנטס מאמר כי חלק גדול מהבקשות זכה בהמלצה מתאימה של מוסדות המטטרה ונענה בחיוב. הכל נעשה באופן חוקי וכסדר. איש לא הסתכן ולא סגר חיק באופן לא חוקי, אך תיקים נסגרו."

בדקתי את כל התיקים המוזכרים ע"י מר כסלו ומסחר, כי המציאות טובה מן המהומות
בכתבות וכי פרט למקרה אחד בו מופיעה המלצה של מר צרפתי לבקשה להעדרת יוטר
לכל לא היה קיום וזכר למר צרפתי כאמור דנו בכך הרשויות המוסמכות לכך עפ"י
דין.

35. עיכובי הליכים

א. יוסף קונסטנטיין: הלה הואטם בגניבת רכב והחזקת כלי פריצה ובנסיון להריצתו.
הוגשה על ידו בקשה לעיכוב הליכים וזו הועברה ביום 28.3.68 ע"י מסחרת
ישראל לפרקליט המדינה, מ ב ל י. חמשת ימינו לאחר המליצה על היענות לבקשה.
ביום 17.5.68 הועברה ליוסף קונסטנטיין החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה
לפיה א י נ הוא רואה סיבה לעכב את ההליכים והוא דוחה את הבקשה.
ב. עובדיה כהן: הלה הואטם בזמן 1954 בגניבה. מסחרת כי הנאטם עבד כסבל בנמל
ח"א והואטם בגניבת חתיכת בד באורך של מטרוטטים, נערכה 6 ל"י, אותה מצא
לדבריו בנמל. הוא פנה ב-30.8.54 ליועץ המשפטי לממשלה, טען שאין יסוד
לאטמה המיוחסת לו ע"י המטרה וביקש את ביטול החביעה. היועץ המשפטי לממשלה
החליט ביום 29.10.54 כי הערך הפעוט של חתיכת הבד אמנם אינו מעלה ואינו
מוריד בכגון דא. אילו נמצאה בחיק הוכחה לכאורה על גניבת הבד לא היה
היועץ המשפטי נזקק לבקשה, אולם נראה לו שאין בחיק ראיה כלשהי, ועל אהת
כמה וכמה אין בו ראיה מספקת, ללקיחת הבד בכוונה לשללו מבעליו עולמית.
לכל היותר יש כאן נסיון לגנוב, אך גם לגבי הנסיון קיימות ראיות קלוטות
בלבד. מסיבה זו, ומסיבה זו בלבד, כדברי ההחלטה, הוחלט ביום 29.10.54
על עיכוב הליכים.

ג. מבורר פלורנטיין: הלה פנה ביום 30.1.57 ליועץ המשפטי לממשלה בבקשה כי
ייסגר החיק נגד בנו, בן חמט-עטרה וחצי, שהואטם בגניבה ובהחזקת רכוש
גנוב (חלקי אוטוביוס). האב הכחיש את האטמה וביקש כי החיק ייסגר. מסחרת
ישראל הודיעה ליועץ המשפטי כי לדעתה יש ראיות מספיקות להוכחה העבירה
סבוצה יחד עם נעמי חני, בן טט-עטרה, וכי יש לדעתה ענין ציבורי בהבאת
הנאחמים לדין. לאור גילו של הנאטם ביקשה פרקליטות המדינה ביום 24.5.57
את חוות דעת וזירות המבחן וזירות המבחן הפליץ על סגירת החיק, אך לאחרי
עיון בחוות הדעת החליט היועץ המשפטי לממשלה כי אין עילה מספקת להחזרתו.
עם זאת החליט כי חוכן חסכיר קצין המבחן יובא לידיעת הטועט סידון בחיק.

ד. חלמה לוי: הלה פנה ליועץ המזפטי לממשלה ביום 7.4.60 בבקשה לעיכוב הליכים לאחר שהואשם בגרימת נזק לרכוש תוך קטטה בבית קפה בחיפה. העילה המיוחסת לבקשתו היתה טאט יורטע יופעלו גם שלושה ווידעי מאטר על-חנאי מבית המטבח הסיל עליו בחיק קודם. לבקשתו צירף איטור זול בעל הקפה, כי הלה קיבל פיצוי מלא עבור כל הנזק. טר המזפטים, מר פנחס רוזן, אשר נטל לעצמו באותה עת את סמכויות היועץ המזפטי לממשלה, החליט כי אין מקום להיעתר לבקשה, בזמן לב להרעעותיו של המבקש.

ה. שמעון רוט: רוטר ביקש ביום 19.11.68 מן היועץ המזפטי לממשלה עיכוב הליכים. הוא הואשם בגניבה זול שלוש חפצות סבון ומיכלית ספריי. ראש ענף החקירות החליט לחזור בו מן האישום מחוסר ענין ציבורי מבלי להעביר את הבקשה ליועץ המזפטי לממשלה. יצויין כאן, כי לפני שנתיים טרנו לפי דרישת פקודות המטה הארצי של משרד ישראלי, ומאז קיימת חובה להעביר הודעה ליועץ המזפטי לממשלה אם בעקבות בקשה ליועץ המזפטי לממשלה מחליטה המשרה לחזור בה מן האישום בחיק טל עוון, דבר שהוא בתחום סמכויות המזפטים, לאור האמור בסעיף 83 לחוק סדר הדין הפלילי, חסכ"ה-1965.

ו. אברהם פחל: הלה הואשם בהתפרצות ושלח כנראה במרץ 1968 בקשה ליועץ המזפטי לממשלה. ל א הגיעה לידינו כלל בקשה לעיכוב הליכים וממילא גם לא עוכבו ההליכים, ופטרל נידון בביהמ"ט המחוזי בח"א ב-ה.מ. 9249/67 על עבירתו הנ"ל למאטר על-חנאי.

36. בקשות לזנות

א. יעקב טהרני: פנה אל טר המשרה בבקשה להתיר לו עבודת חוץ במטח תקופת מאטר, אחרי שמפקד המחוז סירב להיענות לבקשתו. טר המשרה דחה את הבקשה, ביום 18.10.66.

ב. שמעון מזרחי: ביקש תעודת יוטר לצורך קבלת רשיון למונית. לשמעון מזרחי היו הרשעות קודמות שכללו חטיפות ובלגיות, התפרצויות, גניבות ועוד. עבירתו האחרונה בוצעה ביולי 1959. ב-3.7.66 כתב במכתבו, ^{כי} מזה זמן רב לא עבר עבירה כל שהיא, כי התחתן והפך לאב לילד וכדי לדאוג לפרנסת משפחתו ביקש רשיון למונית.

מכתב הבקשה: אכן נוסח המלצה מודפסת בזו הלשון:

"אני מדרכי ארפתי (מנטט) מאשר בזה את נכונות דבריו של מזרחי המעון וממליץ על מתן הרשיון המבוקש למטרתו לאפשר לו להתפרנס מיגיע כפו וזיעת אפו.
מדרכי ארפתי (מנטט)"

בקשתו להעזות יושר נענתה בחיוב כדי לעודד טיקומו ונמסר לי כי מאז מתן תעודת היושר לא עבר עבירות נוספות.

ג. מס-טוב יוסף: בניהו מס טוב ביקש בינואר 68 כי תוענק לבנו יוסף הגר הוול"ל

תעודת יושר. במכתבו מען האב כי:

"בני יוסף מס טוב הנ"ל ידוע למטרתו ישראל יפה יפה, מאחר שהוא הדריך את מנוחתה ע"י מעטיו הפליליים, ואנו מרוב יאוש ומאחר שהוא גם אותנו הדריך מנוחתנו, לכך לא היה לנו ברירה אלא לסלוח אותו לגרמניה ולעבוד עם אחיו הנמצא שם.

הודה לאל שטח בני הנ"ל החזיק מעמד, והוא מסודר יפה, חזר למושב ושב לחברה טובה, ככל אדם ישר ובעל מוסר.
כדי לחוננו הנ"ל יוכל להמשיך את הגרמניה לצמיחות, ו/או לזמן קצר של ארבע חמש שנים, דורשים ממנו השלטונות הגרמניים תעודת יושר על מנת לאפשר לו זאת. בני הנ"ל נמצא בחדר עם אחיו וילדתו, וברצונו לחזור לכאן לאחר תקופה מסוימת."

גם בקשה זו נענתה בחיוב וגם לבני יוסף מס-טוב בניהו איך ידיעות על עבירות נוספות.

ד. נמיס קרקו: נידון לשטח חודשי מאסר, מהם 5 חודשים על תנאי וחודש בפועל, באשמת הכחלת שוטר הנועה במילוי תפקידו. בחודש מרץ 67 ביקש המפקד המחוז הדרומי להחזירו לעבודה תוך עקב היות אשתו בהריון והיותו תומך בהוריו הזקנים.
ביום 30.3.67 החליט מפקד המחוז ל ד ח ו ת את הבקשה. הוא כתב בהחלטתו כי המבקש הוא בעל עובי פלילי וגזר הדין נובע בחלקו מהפעלת מאסר על-תנאי בחיק קודם, סאבו הכלכלי אינן ואין הוריו נזקקים להמיכתו. מכאן הדחייה של הבקשה.

י. ט ו נ ו ת

37. למותר להדגיש כי לא ניתן להקיף את כל פרטי הפרטים של העובדות המועלות בקשר לנושא, הנדון, וגם אינני מתכוון לבוא בסרוניה עם מי זכותה סדרה רק בגל כך שהיא נכחל באי-דיוק זה או אחר. תוך כדי בדיקת הנושא הועלו עם זאת מספר טענות אשר מן הנכון להעמידן על דיוקן.

א. כך נטען, בין היתר, במסגרת הרצון להוכיח כוחו הכל-יכול של מרדכי ארפתי, כי הלה הביא לידי כך שרחוב בו נמצאת מסעדה של אחד מאלה שהוא רוצה בחובותם יוכרז כרחוב סגור לתנועה. בדקתי טענה זו, המתייחסת למסעדתו של "אבו סמיר", ברח' המבשר שבטכונת החקוקה, ומסחבר כי אין לטענה יסוד כלשהו. אין כל חמורים האוטרים כניסה לתוך הרחוב האמור.

ב. עובדה אחרת קטורה ליעקב כהן, לגבי סופר שהיה עד-מלך במשפט רצח פינקלשטיין (חיק ביהמ"ט המחוזי ח"א 13/53) ולא הוא. אמנם היה בחיק עד מדינה, הוא המואל צמרי, ויעקב כהן הופיע בחיק כעד, אך לא כעד מדינה.

ג. נטען כאילו מאיר מזרחי, אחיה של אשת שם-טוב מזרחי, נתפס בעקבות פריצה לסופרמרקט ברחוב אבן גבירול 30 בתל-אביב/ הפריצה אירעה ביום 29.3.71. הסתבר כי ולא נתפס כל נשק אצל מזרחי או אצל שני השותפים שלו לעבירה שנעצרו יחד עמו. חיק החקירה הוא בידי פרקליטות מחוז ח"א וכתב האישום הוגש ביום 25.7.71 והטיעון נשמע ביום 17.8.71.

יא. מ י כ ו ם

37. כפי חצייתני בראשית דברי, שניים המיטורים אליהם המתייחסתי בסקירתי זו: החילה פניתי לבחינת השאלה אם צודק מר רן כסלו כאשר הוא מעלה את החיזה שלו בדבר קיום פסע מאורגן, הפועל, כפי שהוא חוזר ומדגיש פעמים אין ספור וביחוד בכתבה י"ג, ב י ד י ע ת המטרה ו ב ה ס כ מ ת ה האילמת; שניה, האם נכונות העובדות הטונות שהובאו על-ידו והפרטנות שנחלוותה להן. חשובתי במיטור הראשון הינה ל ל י ל י ת ; אשר למיטור השני הרי המתייחסתי לחלק גדול מן הטענות בפרקים ג'-י' לעיל. כמובן שלא ניתן היה להתייחס במסגרת בדיקה זו לכל פרט ופרט. כן יש נושאים שהם עדיין תוך כדי טיפול. בבואי עתה לסיים סקירתי רואה אני צורך להביא מספר מסקנות לואי...

38. חלילת קיומו של הפסע המאורגן ל א צריך להיות בה כדי להרגיע אותנו באשר לממדיה ואופיה של הפטיעה בישראל. לו הייתי מבקש להצביע על סממן בולט בעבריינות הישראלית בשנת 1971, לא הייתי שם את הדגש על סינויים כמותיים, בהשוואה לסניט קודמות, אלא התופעה הבולטת בעיני היא התגברות אלמנט ה א ל י מ ו ת בעבירות לסוגיהן. חוד והתפרצות חוך פתיחה באט בלתי מרוסנת, תופעה שהייתה

נדירה לפני מחבר שנים, הם היום תופעה חדירה. הולכות ומתרחבות תקיפות ובלביות במקומות ציבוריים שמסרתן עובר אורח, החולף ועובר/בקרב חבורת רחוב. צעירים המחפשים פרנסתם ע"י סחיטת כספים מבעל בית קפה או בעל עסקים אחר, הופיעו על מפת הפשיעה שלנו.

התקיפות

תופעות אלה מחייבות לא רק את פעילותיה/של המשטרה אלא אמצעים משפטיים מקיפים ומרחיקים, ובראש וראשונה קיום המשפט הןך זמן סביר אחרי גמר החקירה והחמרה בעונשים. תגובה עונשית נאותה על פושעים מן הסוג המתואר הנה בעלת השפעה ישירה על בסחון רחובותינו וטלום האזרחים.

סיכומי של דבר, הפשיעה ה ק י מ ת דיה כדי להדאיג אותנו וחשוב לנו לכונן מאמצינו לתחומים הנכונים ולחפש פתרונות לבעיות האמיתיות הקיימות אצלנו.

39. א. במסגרת שיחותי עם גורמים רונים היתה לי הזדמנות ללמוד מניין נטאבה המסקנה

המוטעית בדבר כוחו הבלתי-מוגבל, כביכול, של מר צרפתי: נוכחתי לדעת כי אכן יש אנשים בחוגי המאמינים ביכולתו להפיע על רשויות השלטון; דומני שהדוגמה הקלטית לכך הוא הסיפור על כך שמר צרפתי הניע את רשויות התמרון בחל-אביב לסגור רחוב לתעבורה, כדי להיטיב עם ידיה, בעל מסעדה באזור רחוב. סיפור זה, כזכור, חסר יסוד. גם העובדות המובאות במסך הדן בעיכובי הליכיט הן דוגמה המוכיחה בעליל עד כמה רב המרחק בין הדמיון, כפי

שחאר בכחבה של מר כסלו, לבין המציאות. בהתאם למידע מבידי שואבת האמונה הנ"ל במידה לא מעטה מן הצורה בה הציג מר צרפתי עצמו את קשריו. זאת כוח השחדלות שלו.

האמור כאן מחייבנו להפיק לקח מסוים: איננו רוצים לעוברי הציבור יראו

עצמם הייבים בניחוק מן הציבור. חשוב הוא כי בתוך עמם ישבו; אולם טוב

נעשה אם נחן דעה גם לטאלה איך מוצגת השחלנות זו מן הסוג עליה מדובר

כאן בעיני הצד השלישי, המעוניין בדבר; מן הראוי שרשויות הציבור יתנו

דעתם לכך, כי אינם יוצאים ידי חובתם אם הם גזהרים מחקולים פסולים עובר

למסן החלטת זו או אחרת, אלא כי חובתם גם לוודא שפעולותיהם והחלטותיהם

י י ר א ו בעיני הרבים כהחלטות עניניות הנטלו רק אחרי טקילת היקולים

לגיטימיים. קיומו של השחדלן-המתווך הוא אחת מן התופעות אשר פוגעות

האימון של הציבור, בקיומו של שלטון חוק ומן הנכון שרשויות העוסקות בהחלטת

משפט חיצהרנה מן הפח הנטמן להם ולטמם הסוב על ידי פניות אל אנשים

המציגים עצמם, כלפי הצד המעוניין, כבעלי יכולת להטות החלטת השלטונות

לכוון הרצוי להם.

לסוף אחרת, בנסיבות המתוארות עלולה להיווצר בעיני האזרח מן החזרה תמונה הפוגעת באמון אותו הוא רוחש לטיב ואופי סיקוליהן של הרשויות ולכן ייטיבו הללו לעשות את יסודיגו ויזהרו מקטרים, המעוותים ללא הצדק את תדמיתן.

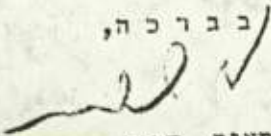
40. בסעיף 21 לעיל פרטתי הצעתי להרחבתה של הצעת חוק חוקרים פרטיים וסירותי סמירה, תשכ"ט-1969 ואביא נוסח זה בפני ועדת החוקה חוק ומשפט עם התכנסותו הקרובה.

41. בסעיף 22 לעיל עמדתי על הצעדים החוקתיים שננקטו כדי שניתן יהיה להתנות ניהול מועדון קלפים ברשיון ולסגור כל מועדון המתנהל ללא רשיון. הפעלת הוראת חוק זו תואמה עם המטרה.

42. א. בכחבות של מר כסלו חוזרת ועולה השענה, כי המטרה יודעת על "הרשתות" הקיימות לפי גירסתו ואיננה פועלת נגדן.
ב. כן משמע מכתבותיו, כי בפעולתה של המטרה נגד עבריינים מסוימים שבאו ארצה מצרפת עשתה המטרה שירות לעבריינים ישראלים.
ב. האשמות אלה נגד המטרה הן זמירות יסוד ובחזרות הרבות עליהן בכחבות הסוגיות וביחוד בכתבה י"ג, אין כדי להוסיף להן משקל.
יש לחמוה על גישתו של מר כסלו שראה להטיל דופי בפעולה חוקית ומקובלת נגד עבריינים.

אין גם חזר לשענה כאילו נמנעת המטרה מפעילות נגד תחומי פגיעה שונים, אלא נהפוך הוא; היא פועלת ללא הרף ובמאמץ בלתי נלאה נגד חופעות העבריינות לסוגיה, וסוקדת בהחמדה על סיכול כליה וחילופי דרכים חדשות לפעולתה.
יש על כן להצטרף אל כך שהאשמות אלו נגד המטרה בכלל ראו אור.

ב ב ר כ ה,



מאיר שלמה

היועץ המזפטי לממשלה