

של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני*

מאת

ברק מילאל ואביתר קפטן**

מבוא. א. רקע עובדתי ופסק דינו של בג"ץ בפרשת גיני. ב. ביקורת על פסק דינו של השופט סולברג – אימתי תכריע התכלית הסובייקטיבית את התכלית האובייקטיבית; 1. פרשנות חקיקה והיסטוריה חקיקתית בתמצית; 2. הכלל המוצע על ידי השופט סולברג בנוגע לדין המצוי והרצוי; 3. ביקורת על יישומו של הכלל המוצע על ידי השופט סולברג. ג. עניין גיני והפגיעה בזרמים השונים ביהדות; 1. תפיסות שונות ביהדות, ובפרט בנוגע לכשרות; 2. הפגיעה בחופש העיסוק; 3. הפגיעה בזכות לכבוד. ד. פרשנות חלופית לחוק איסור הונאה בכשרות. סיכום.

מבוא

סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות (להלן גם: החוק) נוקט לשון זו: "בעל בית אוכל לא יציג בכתב את בית האוכל ככשר, אלא אם כן ניתנה לו תעודת הכשר"¹. פרשנותו של סעיף זה הייתה לסלע המחלוקת בבג"ץ 6494/14 שי גיני נ' הרבנות הראשית (להלן: עניין גיני) שנדון בבג"ץ ביוני 2016.² באותו עניין נבחנה הצגת תעודת "ברית מהימנות" מטעם ארגון "השגחה פרטית" על ידי בעל בית עסק, שיצרה למעשה מצג לעניין כשרות המזון בבית העסק, וזאת אף על פי שלא ניתנה תעודת כשרות על ידי מי שהחוק הסמיכו לכך.³

* לאחר כתיבת שורות ניתן פסק הדין בדנג"ץ 5026/16 שי גיני נ' הרבנות הראשית לישראל (פורסם בנבו, 12.9.2017). דעת הרוב בדיון הנוסף אימצה למעשה את הפרשנות שהוצעה על ידי השופט שהם בדעת המיעוט בבג"ץ 6494/14 שי גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם בנבו, 6.6.2016). לפי דעת הרוב בדיון הנוסף, החוק אוסר כל מצג כשרות ובכללו שימוש במילה "כשר" לכל הטיותיה, לרבות הצגת "כשרות אלטרנטיבית" או "מצג כשרותי" ולרבות ביטויים של "לפי כללי ההלכה" ו"משגיח כשרות". עם זאת, החוק אינו אוסר הצגת מצג אמת בכתב, המפרט את הסטנדרטים שעליהם מקפיד בית האוכל ואת אופן הפיקוח על שמירתם. מצג זה יבהיר באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי אין בידי בית האוכל תעודת הכשר (ראו דנג"ץ גיני, בפסי' 26–27 לחוות דעתה של הנשיאה נאור). יודגש שאמנם פסק הדין דחה את הפרשנות שאימצה דעת הרוב בדיון הראשון בבג"ץ בעניין גיני, אך אין בו כדי ליתר את הארה זו, שכן בדיון הנוסף לא נדונה הפרשנות המוצעת על ידיו בהארה, ואשר לטעמנו מגשימה הן את התכלית הסובייקטיבית הן את התכלית האובייקטיבית של החוק.

** ברק מילאל הוא בוגר תואר ראשון במשפטים (LL.B.) ותואר שני במשפט עסקי-מסחרי (LL.M.) של הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. חבר מערכת הארת דין לשנת תשע"ז.

אביתר קפטן הוא בוגר תואר במשפטים בשילוב תכנית המצטיינים "אופקים".

1 חוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג-1983.

2 בג"ץ 6494/14 שי גיני נ' הרבנות הראשית (פורסם בנבו, 6.6.2016)

3 ס' 2 לחוק קובע כי המוסמכים להעניק תעודת כשרות על פי החוק הם:

(1) מועצת הרבנות הראשית לישראל או רב שהיא הסמיכה לכך;

(2) רב מקומי המכהן במקום שבו נמצא בית האוכל.

(3) לעניין תעודת הכשר בצה"ל — הרב הראשי של צבא ההגנה לישראל.

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ דין** יב 38 (תשע"ח)

בגי"ץ קבע כי כל מצג כשרות הוא אסור, אלא אם כן ניתנה לעסק תעודת כשרות על ידי גוף שהוא מן הגופים המנויים בסעיף 2 לחוק איסור הונאה בכשרות. במקביל לכך תלויות ועומדות הצעות שונות לרפורמה רחבה בשירותי הכשרות – הן הצעות מטעמה של הרבנות הראשית,⁴ הן של גורמים שונים ברשות המחוקקת.⁵

בהארה זו נבקר את דעת הרוב של השופט סולברג בעניין גיני. בפרט נבקר את הכלל שהציע השופט סולברג להכרעה במצב שבו תכלית סובייקטיבית של חוק סותרת את תכליתו האובייקטיבית, וכן את יישומו של הכלל האמור בנסיבות המקרה דנן. על פי הכלל שהציע השופט סולברג, "ככל שיש בידי של הפרשן יותר נתונים ברורים ואמינים על אודות כוונת המחוקק מחד גיסא, וככל שהפגיעה בערכי היסוד של השיטה מצומצמת יותר מאידך גיסא – כי אז תגבר נטייתו להעדיף את התכלית הסובייקטיבית".

ראשית, נטען כי הכלל שקבע השופט סולברג אינו עולה בקנה אחד עם פסיקה קודמת ועם הדין הרצוי, שכן הכלל מכיר באפשרות להעדיף תכלית סובייקטיבית שאין לה ביטוי מפורש בלשון החוק על פני התכלית האובייקטיבית של החוק. **שנית**, נטען כי גם לפי הכלל לעיל שקבע השופט סולברג, היה מקום להעדיף את התכלית האובייקטיבית וזאת מטעם כפול: (א) שלא כקביעת השופט סולברג, ההיסטוריה החקיקתית של חוק איסור הונאה בכשרות אינה מצביעה בבירור על תכלית סובייקטיבית של מתן מונופול לרבנות הראשית בנוגע לכל מצג כשרות, יהיו נוסחו ותוכנו אשר יהיו; (ב) הפרשנות שאומצה בפסק הדין כרוכה בפגיעה לא מעטה בזרמים שונים ביהדות ולפיכך אין לומר כי הפגיעה בערכי היסוד של השיטה היא מצומצמת. **שלישית**, נטען כי גם אם נקבל את הטענה כי יש להעדיף במקרה זה את התכלית הסובייקטיבית, כפי שהוגדרה על ידי השופט סולברג, הרי ניתן לפרש את החוק בדרך שונה מזו שהציעו הצדדים – דרך אשר מקיימת את התכלית הסובייקטיבית שייחס השופט סולברג לחוק, אך תוך פגיעה פחותה בזכויות יסוד.

סדר הדיון יהיה כדלהלן: בחלק הראשון נציג את הרקע העובדתי ואת עיקרי פסק הדין של בית המשפט עליון. לאחר מכן, בחלק השני, נבקר את הכלל שקבע השופט סולברג להכרעה בין תכלית סובייקטיבית של חוק ובין תכליתו האובייקטיבית הסותרת. בחלק השלישי נבקר את יישומו של הכלל. נעמוד על כך שההיסטוריה החקיקתית אינה מספקת נתונים ברורים התומכים בתכלית הסובייקטיבית שמיוחסת לחוק על ידי השופט סולברג. כמו כן, נבקש להדגיש את הפגיעה בחברי הזרמים השונים ביהדות שהפרשנות שאומצה לחוק מסבה. בפרט נדגים כיצד הפסיקה מביאה לפגיעה בתנועה המסורתית ובעדה הקראית. לבסוף, לא נצא ידי חובתנו ללא הצגת דרך פרשנות חלופית לחוק איסור הונאה בכשרות, שלטעמנו מגשימה את התכלית הסובייקטיבית כפי שנוסחה על ידי השופט סולברג ומביאה לפגיעה פחותה במי שהיהדות נתפסת אצלם בדרך שונה מזו של הזרם האורתודוקסי.

רקע עובדתי ופסק דינו של בג"ץ בעניין גיני א.

בצהרי אחד הימים בחודש אוקטובר 2013 נכנסו למסעדה בירושלים פקחי היחידה להונאה בכשרות. במסעדה הייתה תעודה שציינה כי המקום מוכר מזון שנתון לפיקוחו של ארגון "השגחה פרטית". נוסח התעודה הבהיר כי האוכל במקום כשר, מבלי להשתמש במושג כשר, וזאת אף שאין למקום תעודת כשרות של הרבנות. פקחי היחידה להונאה בכשרות ראו בתעודה זו הפרה של סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות ולכן קנסו את בעל המסעדה. העבירה שבגינה ניתן הקנס הייתה

4 הוועדה לבחינת מערך הכשרות בישראל מטעם הרבנות הראשית, **דו"ח הוועדה** (2017), זמין ב: <https://www.chamber.org.il/media/156330/%D7%93%D7%95%D7%97-%D7%94%D7%A6%D7%95%D7%95%D7%AA-%D7%9C%D7%91%D7%97%D7%99%D7%A0%D7%AA-%D7%9E%D7%A2%D7%A8%D7%9A-%D7%94%D7%9B%D7%A9%D7%A8%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C.pdf>

5 ראו לדוגמה: הצעתם של סגן השר, אלי בן דהן, והשר נתפלי בנט שפורסמה ב-3.2.2014: www.mishmar.org.il/page.php?p=8561

הצגת בית מאכל ככשר, ללא תעודה מטעם הרבנות. בעל המסעדה ובעל מסעדה נוספת, שעליו הוטל קנס בנסיבות דומות, עתרו לבג"ץ. בעתירה נדרש בג"ץ לקבוע אם הצגת תעודה היוצרת מצג של כשרות, במקום שאין לו תעודת כשרות של הרבנות, יש בה משום עבירה על סעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות.

בבית המשפט העליון הוצגו שלוש פרשנויות: (1) **העותרים** טענו כי יש לפרש את החוק באופן שכל בית מאכל המציג את עצמו ככשר, מקפיד על דיני הכשרות שעליהם הוא מצהיר, ואינו מטעה את הלקוחות באשר לטיב התעודה שברשותו, אינו מפר את הוראת החוק. (2) **היועמ"ש**, שפרשנותו הייתה לפי גישת ביניים מתוך שלוש הגישות, טען כי יש לפרש את האיסור שבחוק כאיסור שימוש במילה "כשר" להטיותיה. הנימוק העיקרי שהוצג לפרשנות היועמ"ש היה פגיעתו של חוק איסור הונאה בכשרות בחופש העיסוק. לפיכך סבר היועמ"ש כי יש לפרש את סעיף 3(א) לחוק בצמצום. (3) **הרבנות הראשית** הציגה עמדה שלפיה האיסור בסעיף 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות הוא מוחלט. לשיטתה של הרבנות הראשית, בית מאכל אינו רשאי להציג בכתב כל מצג של כשרות, אלא אם כן ניתנה לו תעודה מטעם אחד הגורמים המוסמכים על פי החוק, שהם הרבנות הראשית, הרב המקומי או הרב הראשי לצה"ל בעניינים השייכים לכשרות בצבא. יש לציין שהרבנות הראשית, שהתנגדה לגישת היועמ"ש, זכתה לייצוג נפרד בעתירה זו.

בית המשפט קיבל את העמדה הפרשנית שהציגה הרבנות. חוות הדעת העיקרית בדעת הרוב הייתה של השופט סולברג, אשר קבע כי על פי הפרשנות התכליתית של החוק, יש לבכר את עמדת הרבנות. לגישת השופט סולברג, תכליתו הסובייקטיבית של החוק שונה מתכליתו האובייקטיבית. בעוד התכלית הסובייקטיבית של חוק איסור הונאה בכשרות איננה תכלית צרכנית גרידא, אלא נועדה גם להעניק לרבנות הראשית מונופול בנוגע למצג כשרות לשם הגשמת התכלית הצרכנית האמורה,⁶ הרי התכלית האובייקטיבית היא צרכנית בלבד – למנוע הכשלת צרכנים שחפצים לרכוש מזון כשר, לבל יצרכו מוצרים שאינם כשרים **לפי השקפתם**. במענה לשאלה איזו מן התכליות יש לבכר במצב דברים מעין זה, קבע השופט סולברג את הכלל הבא:⁷

"ככלל, ככל שיש בידיו של הפרשן יותר נתונים ברורים ואמינים על אודות כוונת המחוקק מחד גיסא, וככל שהפגיעה בערכי היסוד של השיטה מצומצמת יותר מאידך גיסא – כי אז תגבר נטייתו להעדיף את התכלית הסובייקטיבית".

לאור הכלל האמור קבע השופט סולברג כי במקרה דנן יש להעדיף את התכלית הסובייקטיבית על פני התכלית האובייקטיבית, וזאת לאחר שמצא כי הפגיעה בחופש העיסוק היא מזערית. לפיכך ביכר השופט סולברג את פרשנות הרבנות הראשית שלתפיסתו מגשימה את רצון המחוקק.

אל פסק דינו של השופט סולברג הצטרף בעיקרי עמדתו השופט רובינשטיין, בקבעו כי כוונת המחוקק ברורה ולפיה רק הרבנות תעניק תעודת כשרות. לדבריו, כל שינוי בהסדר זה צריך להתבטא בחקיקה. עם זאת, בשים לב לכשלי מערך הכשרות, הורה השופט רובינשטיין כי פסק הדין יעמוד בתוקף לשנתיים בלבד, ואז יידרש אליו בג"ץ שוב. כנגד דעתם של אלו עמד השופט שהם, שביכר את עמדת היועמ"ש. לטעמו, גישה זו היא שמגשימה הן את התכלית הסובייקטיבית של החוק, שהיא צרכנית בלבד, הן את התכלית האובייקטיבית של החוק, אשר מתחשבת בחופש העיסוק של הפרט ובאוטונומיית הרצון שלו.

6 עניין גיני, לעיל ה"ש 2, פס' 54 לפסק דינו של השופט סולברג.
7 שם.

ב. ביקורת על פסק דינו של השופט סולברג – אימתי תכריע התכלית הסובייקטיבית את התכלית האובייקטיבית?

כאמור לעיל, השופט סולברג קבע כי יש להעדיף את התכלית הסובייקטיבית, אשר לדעתו צידדה בפרשנות הרבנות הראשית לחוק, על פני התכלית האובייקטיבית של החוק. למסקנה זו הגיע השופט סולברג על יסוד האיזון שערך בין כוונת המחוקק, שהייתה נהירה לתפיסתו, ובין הפגיעה הפחותה בזכויות יסוד.⁸

לטעמנו, הכלל שקבע השופט סולברג בשאלה אימתי יש להעדיף את התכלית הסובייקטיבית של חוק על פני תכליתו האובייקטיבית סוטה מההלכה הקיימת, והוא אף אינו בגדר דין רצוי. אך קודם שנצביע על האופן שבו הכלל המוצע על ידי השופט סולברג סוטה מהדין הקיים, נסקור בקצרה את כללי הפרשנות התכליתית כפי שהתקבלו בפסיקה.

1. פרשנות חקיקה והיסטוריה חקיקתית בתמצית

הפרשנות התכליתית מהווה את כללי הפרשנות של כל חוק.⁹ בהתאם, בשלב הראשון ייבחנו לשון החוק והאופציות הלשוניות העולות מתוכו. בשלב השני יש לחקור ולחשוף את תכלית החקיקה ומטרתה, כדי לבחור במשמעות הלשונית שמגשימה בצורה המיטיבית את תכלית החוק. תכלית החקיקה מורכבת משתיים: תכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית.

התכלית הסובייקטיבית היא התכלית אשר מחוקק החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו, הרצון שעמד לנגד עיניו של המחוקק בפועל בעת יצירת הטקסט. ודוק, התכלית הסובייקטיבית היא התכלית הקולקטיבית המשותפת שיוחסה לחוק על ידי המחוקקים, להבדיל מכוונותיו הסובייקטיביות של אחד מן המחוקקים או חלקם.¹⁰ התכלית האובייקטיבית של החוק היא התכלית העולה מן הטקסט על רקע עקרונות שיטת המשפט. השופט מבקש להבין את הנרטיב הכללי שהחוק מצוי בו, את ההקשר החקיקתי הקרוב לו.¹¹

אם ישנן תכליות סותרות, תכלית אובייקטיבית ותכלית סובייקטיבית הנבדלות זו מזו, יש להפעיל שיקול דעת בנוגע להעדפתה של אחת מן התכליות.¹² כללי הפרשנות התכליתית מורים כי יש לאזן בין התכליות מתוך חיפוש סינתזה ואינטגרציה, אולם אם ישנה התנגשות בין התכליות, על השופט להכריע ביניהן כדי לגבש תכלית סופית לחקיקה. נראה כי העמדה המקובלת כיום היא כי אין לקבוע עיקרון כללי בדבר העדפה של התכלית הסובייקטיבית על פני התכלית האובייקטיבית כאשר אלה אינן ניתנות ליישוב.¹³ אך אפילו לפי העמדה שיש להעדיף את התכלית הסובייקטיבית, לעיקרון זה היו כמה חריגים מקובלים. הנה הרלוונטיים שבהם:

8 ש.ם.

9 אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 165 (2003) (להלן: ברק **פרשנות תכליתית במשפט**). כמו כן ראו ע"מ 4105/09 **עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה**, פסי' 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 2.2.2012).

10 ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 165.

11 דני"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, פסי' 18 לפסק דינו של הנשיא ברק (2000); פרשת **עיריית חיפה**, לעיל ה"ש 9, פסי' 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.

12 ע"א 4525/08 **בתי זיקוק לנפט בע"מ נ' New Hampshire Insurance Co.**, פסי' 24 לפסק דינו של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 15.12.2010); אהרן ברק **פרשנות במשפט**, כרך ב – פרשנות החקיקה 92 (1992).

13 ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 433.

- תכלית אובייקטיבית, שנקבעה על ידי ערכי השיטה ועקרונותיה בעניין מסוים, גוברת על תכלית סובייקטיבית המעוגנת בצורה שאינה מפורשת, ברורה וחד־משמעית בלשון החוק. ההיגיון שביסוד כלל זה נשען על עקרונות חוקתיים: רק אם המחוקק התכוון במפורש לפגוע בזכות מסוימת, אזי היא תגבר על התכלית האובייקטיבית.¹⁴
- מתן משקל מיוחד לזכויות האדם, לעקרון החוקיות בפלילים ולשיקולים חוקתיים נוספים.¹⁵ במצב שבו כפות המאזניים שהתכליות הסותרות ניצבות עליהן, מעוינות, יש לתת עדיפות לפירוש המקל עם מי שעשוי לשאת באחריות פלילית.¹⁶ בעניין **כהנא**, שבו לא היה ניתן לדלות את כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק, קבע בית המשפט כי מקרה מסוג זה צריך להביא להעדפתה של התכלית האובייקטיבית, וזאת בשל כובד משקלן של תפיסות היסוד שבבסיסה של התכלית, לעומת המשקל הפחות שיש לתכלית הסובייקטיבית, שהייתה לא אמינה.¹⁷

חשיפת התכלית הסובייקטיבית

כפי שנראה להלן, הכלל שקבע השופט סולברג בעניין ההעדפה של התכלית הסובייקטיבית סוטה הן מן הדין המצוי הן מן הדין הרצוי.¹⁸

כדי לחשוף את התכלית הסובייקטיבית, עלינו להתחקות אחר משמעות הטקסט כפי שנחקק בעת יצירתו. אולם לא לכל אירוע יש משמעות אחת המשתמעת ממנו. ייתכן שנוסח הטקסט כפי שהתגבש, אינו מבוסס על הסכמה באשר לתכליות מסוימות. על כן בעת ההתחקות אחר תכלית סובייקטיבית, ייתכן שיתגלו לעינינו כמה תכליות סובייקטיביות, ללא מסקנה חד־משמעית באשר לרצונו של הגוף שיצר את הטקסט.¹⁹

ניתן ללמוד על התכלית הסובייקטיבית משני מקורות: לשון החוק ונסיבות היצונית. לשון החוק היא המקור המרכזי שמשמש את השופט בעת התחקות אחר כוונתו הספציפית של המחוקק.²⁰ נסיבות היצונית הן מקור מחוץ לחוק, ובמרכזן של אלה נמצאת ההיסטוריה החקיקתית.²¹ ההיסטוריה החקיקתית משמשת כלי עזר, שממנו אפשר ללמוד ולגבש את תכליתו הסובייקטיבית של חוק. ההיסטוריה החקיקתית נחלקת לשני סוגים: ההיסטוריה הטרנס־חקיקתית – הנסיבות שעמדו ביסוד הליך החקיקה, טרם הגשת הצעת החוק,²² וההיסטוריה הפרלמנטרית, דהיינו ההיסטוריה ממועד הגשת הצעת החוק ועד קבלת החוק.²³ זאת כוללת בעיקרה הצעות חוק ודברי ח"כים ושרים בעת הקריאות השונות ובדיוני הוועדות שהתכנסו לקראת קבלת החוק. ההיסטוריה הפרלמנטרית היא הדומיננטית משני סוגים אלה, שכן היא מהווה מקור מעמיק ואמין לתכלית הסובייקטיבית יותר מאשר נסיבות החיקוק, שנתונות לעמימות פרשנית גדולה יותר.²⁴

14 פרשת **עיריית חיפה**, לעיל ה"ש 9, פס' 24 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור; אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347, 351 (2002).

15 שם, בעמ' 351.

16 שם.

17 שם, בעמ' 352.

18 ברק, **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 165, 193.

19 ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 171.

20 שם, בעמ' 402–403.

21 שם, בעמ' 403.

22 לדוגמה, דוחות של ועדות ציבורית.

23 עת"מ (מנהלי ת"א) 2485/04 **אליעזר אופיר נ' שר פנים**, פס' 18 (פורסם בנבו, 2.8.2005); ברק **פרשנות תכליתית במשפט**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 408–407.

24 השו"ב ברק **פרשנות החקיקה**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 381.

2. הכלל המוצע על ידי השופט סולברג בנוגע לדין המצוי והרצוי

הכלל, לפי השופט סולברג בפסק דינו, קובע כי בית המשפט ייטה להעדיף את התכלית הסובייקטיבית על תכלית אובייקטיבית במצבים שבהם יש סתירה בין התכליות ויש נתונים ברורים על התכלית הסובייקטיבית. עם זאת, עיון מדוקדק בדין הקיים יראה כי הכלל המוצע על ידי סולברג סוטה ממנו.²⁵

גם לפי הגישה כי יש בדרך כלל עדיפות לתכלית הסובייקטיבית, נדרש כי תכלית זאת תהיה מעוגנת בלשון ברורה וחד-משמעית של החוק, כדי שתגבר על תכלית אובייקטיבית הנובעת מערכי היסוד של השיטה. לעומת זאת הכלל המוצע על ידי סולברג אינו מוגבל אך ורק לתכלית סובייקטיבית הנלמדת מלשון החוק, אלא מתייחס ל"נתונים ברורים ואמינים על אודות כוונת המחוקק". ריכוכה של הדרישה להוכחת תכלית סובייקטיבית סותרת, עולה בבירור גם מאופן יישומו של הכלל על ידי סולברג. כוונתנו לעובדה שהשופט סולברג מעדיף במקרה זה תכלית סובייקטיבית סותרת על סמך ההיסטוריה החקיקתית בלבד.

ראינו כי הכלל המוצע על ידי השופט סולברג סוטה מהדין המצוי. נבחן עתה אם סטייה זו יוצרת דין רצוי. לדעתנו התשובה על כך שלילית וזאת בגלל אמינותה הנמוכה של ההיסטוריה החקיקתית ככלי לבירור התכלית הסובייקטיבית של דבר חקיקה. ההיסטוריה החקיקתית לוקה בשני פגמים עיקריים שאינם מאפשרים לראות בה מקור בעל אמינות גבוהה:²⁶

1. **הרצף של ההיסטוריה החקיקתית.** היסטוריה חקיקתית אינה מתועדת כדבר שלם. היא מובאת במקוטע, מנותקת מן הקונטקסט המקורי שלה, ואינה מתועדת במלואה. בזמן "התבוננותו" של השופט בהיסטוריה החקיקתית, אין לו המשאבים להתבונן באופן מעמיק ושלם בהיסטוריה זו. לדוגמה, קשה להבדיל בין דברים ספונטניים של הדובר שהובעו במהלך הדיונים, אגב תהליך החקיקה, ובין אמירות המעידות על רצונו של המחוקק. כמו כן, כל המידע – מעת הנחת ההצעה על שולחן הכנסת ועד קבלת החוק – לא בהכרח מצוי לנגד עיניו של השופט. זאת כאמור בגין חוסר נגישות וקוצר משאבים.²⁷

2. **חשש לחוסר אובייקטיביות.** ישנו חשש למניפולציה ולחוסר אובייקטיביות של הדברים המוצגים בגדר ההיסטוריה החקיקתית. עמדתו של חבר כנסת מסוים לא בהכרח משקפת את עמדתו של המחוקק. המחוקק הוא גוף המורכב מחברים רבים המייצגים מגוון של דעות. השופט עלול לייחס לכלל המחוקקים תפיסה פרשנית אישית, המונעת לעתים מאינטרס מסוים, של חבר כנסת מסוים, ולקבעה כתכלית הסובייקטיבית. השופט כפרשן אמון על ניתוח דברי חקיקה ולא על ניתוח דבריו הסובייקטיביים של דובר מסוים.²⁸ בית המשפט ביטא בעבר חשש זה, כאשר בעניין **אורי אבנרי** הובאו דבריו של חבר כנסת שהובעו בוועדת חוקה חוק ומשפט. בית המשפט פקפק בדברים אלה, שמא דעותיו של חבר הכנסת, בהקשר זה, משקפות את האינטרס הסובייקטיבי של חבר הכנסת במהלך חקיקת החוק נושא המחלוקת. על כן קבע כי אין ערובה לכך שדבריו של דובר זה מבטאים את רצון המחוקק.²⁹

לנוכח שני פגמים אלה, לא מפתיע כי הגישה שנוקט המשפט הישראלי היא שמשקל ההיסטוריה החקיקתית הוא מוגבל. ההיסטוריה החקיקתית משמשת "כלי עזר משני", תוספת למקורות אחרים, ולא "כלי עזר ראשי" בעת ההתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית של החקיקה.³⁰ גישה זו נוהגת גם בשיטות משפט נוספות, שבהן אמינותה, ולפיכך מעמדה, של ההיסטוריה החקיקתית שנויים במחלוקת באיתור תכלית החוק.³¹ גישה זאת היא לטעמנו גישה רצויה ויש לדבוק בה. לאור

25 פרשת גיני, לעיל ה"ש 2, פסי 54 לפסק דינו של השופט סולברג.

26 ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 410.

27 בג"ץ 5239/11 אורי אבנרי נ' הכנסת, פסי 47 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 15.4.2015).

28 בג"ץ 3262/95 פורז נ' ממשלת ישראל, פסי 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אור (פורסם בנבו, 25.6.1995).

29 פרשת אורי אבנרי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 112-113; ברק פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 12, בעמ' 402.

30 עניין אליעזר אופיר, לעיל ה"ש 23, פסי 18.

31 ברק פרשנות תכליתית במשפט, לעיל ה"ש 9, בעמ' 404-406.

כל האמור לעיל, יש לקבוע כי ככלל, מקורות שאינם אמינים, כגון היסטוריה חקיקתית, צריכים לקבל משקל נמוך בעת איתור התכלית הסובייקטיבית. אמינותה הנמוכה מצדיקה לטעמנו הימנעות מהסתמכות על ההיסטוריה החקיקתית בהיעדר לשון מפורשת, ברורה וחד-משמעית. דרישה זו תמנע מצב שבו השופט יתחשב בתכלית שאינה משקפת את רצון המחוקק בקבעו את הנורמה.³²

3. ביקורת על יישומו של הכלל המוצע על ידי השופט סולברג

כפי שטענו לעיל, בכלל המוצע על ידי השופט סולברג יש משום סטייה בלתי רצויה מן הדין המצוי ומן הדין הרצוי כאחת. בפרק זה נסיף ונטען כי גם אם יאומץ הכלל המוצע על ידי השופט סולברג, הרי יישומו במקרה זה היה שגוי. זאת הן מהטעם שההיסטוריה החקיקתית אינה מעידה בבירור על התכלית הסובייקטיבית שהשופט סולברג מייחס לחוק, הן מהטעם שהפגיעה בערכי השיטה במקרה זה אינה מצומצמת כלל וכלל.

ההיסטוריה החקיקתית בעניין גיני – מן הכלל אל הפרט

האם אכן עולה מההיסטוריה החקיקתית תכלית סובייקטיבית בהירה וברורה התומכת בפרשנותה של הרבנות הראשית? לדעת השופט סולברג התשובה על כך היא חיובית וזאת משום ש"כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת היטב מן ההיסטוריה החקיקתית, בהירה וברורה. כוונתו היתה להעניק לגורמים המוסמכים 'מונופול' על תחום הכשרות".³³

ראשית, נציין כי לעניות דעתנו הנמקה זאת מתמיהה. גם אם ההיסטוריה החקיקתית מלמדת על תכלית סובייקטיבית כאמור, אין בה כדי לתמוך בפרשנות הרבנות דווקא. נקודת המוצא לפנינו של השופט סולברג להיסטוריה החקיקתית הייתה כי קיימות רק שתי פרשנויות ההולמות את לשון החוק: פרשנות היועמ"ש ופרשנותה של הרבנות. שתי הפרשנויות הללו מעניקות לגורמים המוסמכים על פי החוק מונופול להענקת תעודות כשרות. ההבדל בין שתי הפרשנויות הוא לעניין השאלה מה ייחשב למצג של כשרות המחייב תעודת כשרות. כלומר, המחלוקת בין הפרשנויות אינה בשאלה אם יש לרבנות מונופול בתחום הכשרות, אלא מהו "תחום הכשרות".

מובן גם מההיסטוריה החקיקתית כי חברי הכנסת סברו שאפיון האוכל כ"כשר" ללא כל ציון ספציפי של התקן שלאורו הוא מסווג כך, ולחלופין ללא ציון הגורם המשגיח (להלן: מצגי כשרות סתם) היו בגדר מצגי כשרות שבעניינם יינתן מונופול לגורמים המוסמכים. ודוק, גם בשאלה זו לא הייתה כל מחלוקת בין גישת הרבנות הראשית לגישת היועמ"ש.

השאלה היא אפוא אם בכל זאת ניתן לדלות מההיסטוריה החקיקתית תכלית סובייקטיבית ספציפית יותר התומכת בפרשנות של הרבנות הראשית דווקא, כלומר אם אפשר לאתר תכלית סובייקטיבית הנותנת לגורמים המוסמכים מונופול גם בנוגע למצגים שאינם נופלים בגדר "מצגי כשרות סתם", כגון מצגים שאינם משתמשים בשורש כש"ר (כפי שעמדת היועמ"ש הציעה) או בפרט מצגי כשרות המציינים במפורש כי סטנדרט הכשרות הוא סטנדרט כשרות לא אורתודוקסי.

עיון מדוקדק בהיסטוריה החקיקתית, המובאת על ידי השופט סולברג בפסק דינו, אינו מלמד באופן נחרץ על התייחסות ממשית לשאלה זו בדיוני מליאת הכנסת או בדיוני הוועדות השונות. כדי לאתר את התכלית הסובייקטיבית של חוק איסור הונאה בכשרות, פנה השופט סולברג לסקור את ההיסטוריה החקיקתית של החוק והתייחס למקורות אלה: (1) דברי ההסבר להצעת החוק; (2) הדברים שנשא השר לענייני דתות, ד"ר יוסף בורג, במליאת הכנסת; (3) דבריו של יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט; (4) פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה חוק ומשפט בישיבה מיום 27.6.1983 ודיון נוסף שהתקיים על ידי ועדה זו במועד אחר. ואולם בכל המקורות הללו מודגשת תכליתו הכללית של החוק. אין בהם הבעת רצון מפורשת של

32 פרשת עיריית חיפה, לעיל ה"ש 9, פס' 24, 42-45 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור.

33 פרשת גיני, לעיל ה"ש 2, פס' 54 לפסק דינו של השופט סולברג.

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ** דין יב 38 (תשע"ח)

המחוקק בנוגע לסמכותה הבלעדית של הרבנות הראשית בשאלה הספציפית העומדת לדיון: מונופול גם בנוגע למצגי כשרות החורגים מגדר "מצגי כשרות סתם" (דהיינו לא רק מצגי כשרות המשתמשים במושג "כשר" ומציגים את האוכל ככשר "סתם" מבלי לסייג זאת על ידי התייחסות לסטנדרט כשרות לא אורתודוקסי).³⁴ אדרבה, לדעתנו המקום היחיד בהיסטוריה החקיקתית המתקרב לכדי התייחסות לשאלה זו תומך בפרשנות היועמ"ש דווקא. זאת כפי שציין אחד מתומכי החוק, סגן השר יהודה בן מאיר, במהלך דיון בוועדת חוקה חוק ומשפט מיום 27.6.1983:

"אני מציע לקבל הצעת הממשלה לסעיף 2 כמות שהיא בחוברת הכחולה. מי שמכיר את הרב, לא כל כך זקוק לחוק הזה. אבל יש הרבה אנשים שאינם מכירים את הרב. אדם נכנס לבית-אוכל ומסתמך על השלט 'כשר'. יש מקומות שלא כתוב שם: כשר בשם הרב... התייר חושב: אם במדינת ישראל כתוב 'כשר', אפשר לסמוך על זה. מדינת ישראל היא לא הגולה. גם בחוק הרבנות הראשית כתוב שהיא מוסמכת בנושא הכשרות". (ההדגשות הוספו)

ניתן לראות כי דבריו של בן מאיר מדגישים את הבלעדיות שתינתן לגורמים המוסמכים במצג כשרות סתם, דהיינו מצג כשרות ללא סיווג כלשהו. החשש שהוא מביע הוא מפני ההטעיה שתיווצר על ידי השימוש במושג "כשר" במיוחד ובלבד על רקע אופייה של המדינה. הוא אף טורח ומדגיש כי יש מקומות שבהם לא כתוב "כשר בשם הרב...", כביכול כדי לומר כי מצבים אלה אינם מעיקר עניינו של החוק. מדברים אלה משתמע כי מצג כשרות שאינו כולל את השורש כש"ר, אינו בגדר אחד מן המקרים הפרדיגמטיים שאותם ביקשו תומכי הצעת החוק לאסור. דברים אלה תומכים לכאורה בפרשנות היועמ"ש. לחלופין, יש בדברים אלה כדי לתמוך בפרשנות שנציע בהמשך המאמר בפרק ד'.

מאלפת במיוחדת קריאת דבריו של חבר הכנסת יהודה בן מאיר על רקע דברי המתנגדים לחוק. עם אלה ניתן למנות, למשל, את חבר הכנסת מרדכי וירשובסקי שטען בדיון האמור:

"אמרתי גם בקריאה הראשונה של החוק וקודם לכן בדיונים בוועדת הפנים, שיש לקשור מתן תעודת ההכשר למידת הכשרות שבה רוצים. אם רוצים הכשר ממועצת הרבנות הראשית, יכתב בתעודה: כשר מטעם הרבנות הראשית. ואז צריך יהיה למלא את כל התנאים שקבעה הרבנות הראשית. אבל לא כל אדם שרוצה לאכול אוכל כשר צריך דווקא להכשר מטעם מועצת הרבנות הראשית, יכול להיות הכשר מטעם רב קונסרבטיבי, ואדם יוכל להחליט אם הוא אוכל במקום כזה או לא, לא תהיה בזה הונאה. מצד שני, נטורי'קרתא או אגודת-ישראל לא יסתפקו גם בהכשר של הרבנות הראשית, אלא יבקשו תעודה מטעם רב קהילה זה וזה.

אם לא תידרש אוטומטית כשרות סטנדרטית לפי קביעה של מועצת הרבנות הראשית, אלא תעודה שתעיד על מידת או עוצמת הכשרות, ואנשים ידעו זאת מראש, אולי גם ההתנגדות לחוק תהיה יותר קטנה [...]" (ההדגשות הוספו)

במילים אחרות, עם מתנגדי החוק נמנו מי שביקשו כי לרבנות לא תינתן בלעדיות בכל הנוגע למונח "כשרות" וכי גם תעודת כשרות מטעם הרבנות הראשית תהיה מסויגת על ידי המילים "מטעם הרבנות הראשית". ניתן לראות שגישה זו מתיישבת עם גישתו הפרשנית של היועמ"ש בפסק הדין, שרואה את סעיף 3(א) כמטיל איסור על השימוש בשורש כש"ר, ומצמצמת הלכה למעשה את סמכותה הבלעדית של הרבנות.

זאת ועוד, גם מבחינה מהותית אי-אפשר לאתר תכלית סובייקטיבית ברמת הכללה גבוהה יותר התומכת בפרשנות הרבנות הראשית. לחוק איסור הונאה בכשרות כמה תכליות סובייקטיביות ברמות הפשטה גבוהות יותר מהשאלה

34 שם, פסי' 40-48 לפסק דינו של השופט סולברג.

הקונקרטי העומדת לדיון בענייננו. כך ברמת הכללה גבוהה החוק הוא בעל תכלית צרכנית והוא מבקש למנוע הונאה של החפצים בשמירת כשרות או הכשלתם בענייני כשרות.³⁵ ברמת הכללה נמוכה יותר החוק מבקש לתת לגורמים המוסמכים בלעדיות בנוגע למתן תעודות כשרות וקובע כתקן את דין התורה כפי שהוא מיושם על ידי אותם גורמים מוסמכים.³⁶ אלא מאי? מתכליות אלה לא נובע כלל כי ייאסרו כל מצגי הכשרות, יהיו אופיים והסייגים המצורפים להם אשר יהיו. מתן בלעדיות לרבנות הראשית בנוגע למצגי כשרות (גם אם בלעדיות זאת תוגבל למה שכינינו "מצגי כשרות סתם") יש בו כדי להקים מחסום מוצק ביותר בפני הטעיית הציבור או הכשלתו, ויש בו בהחלט כדי לקדם את התכלית הסובייקטיבית של מתן עדיפות מובנית לגורמים המוסמכים. לפיכך גם מהתכליות הסובייקטיביות ברמת ההפשטה הגבוהות יותר אי-אפשר לגזור טעם המכריע לטובת פרשנותה של הרבנות הראשית.

סוף דבר, אין לדעתנו בהיסטוריה החקיקתית נתונים ברורים המעידים על תכלית סובייקטיבית קולקטיבית התומכת בפרשנות הרבנות הראשית דווקא. ככל שאפשר לגזור מסקנות מההיסטוריה החקיקתית לעניין השאלה הנדונה, הרי מדובר בהתייחסויות משתמעות שלדעתנו תומכות בפרשנות היועמ"ש דווקא, ואף זאת על יסוד דברים קצרים ורב משמעיים שנאמרו על ידי מקצת הדוברים. במצב זה יש לומר כי אמינות ההיסטוריה החקיקתית אינה גבוהה, ובהתאמה אין לייחס לה משקל רב, ויש להעניק את הבכורה לתכלית האובייקטיבית. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בכך שהתכלית האובייקטיבית מגינה במקרה זה על זכויות אדם, וכפי שנפרט בתת-הפרק הבא, זכויות אלה נפגעות בעקבות אימוץ הפרשנות של הרבנות הראשית.

עניין גיני והפגיעה בזרמים השונים ביהדות ג.

לאורך כל פסק הדין והדיון בעתירה הושתקה הפגיעה בזרמים השונים ביהדות ונעלם קולם. כוונתנו לזרם הקונסרבטיבי (להלן התנועה המסורתית) והרפורמי, כמו גם העדה הקראית. רק על רקע התעלמותו של בית המשפט מפגיעה זו, אפשר להבין את הנחתו כי אין בפרשנות שהתקבלה לחוק משום פגיעה רבת משמעות בערכי היסוד של השיטה. לדעתנו, בחינה מלאה של הדברים הייתה מצביעה על פגיעה חמורה בזכויותיהם של החברים בזרמים אלה. בהתחשב בפגיעה זו, היה על השופט סולברג להעדיף את התכלית האובייקטיבית, כפי שזו הוצגה בגישתו של היועמ"ש, גם לפי העקרונות שקבע הוא עצמו באשר להכרעה בין תכלית סובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית הסותרות זו את זו. בוודאי לא היה מקום לאמץ את עמדת הרבנות הראשית, שאך מחריפה פגיעה זו. בחלק זה של הדיון נדון במשמעויותיה של הפרשנות, שאומצה בפסק הדין, לחוק איסור הונאה בכשרות, ונמקד את דיוננו בשני זרמים: התנועה המסורתית והעדה הקראית.

תחילה נעמוד על התפיסות השונות הקיימות לעניין הכשרות ביהדות. בהמשך נדגים את הפגיעה בזכויות היסוד, הן על פי חוק-יסוד: חופש העיסוק הן על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

1. תפיסות שונות ביהדות, ובפרט בנוגע לכשרות

היהדות איננה מקשה אחת, וכך גם תפיסת הכשרות שבה. עמד על כך השופט ברק בפרשת **אורלי**:³⁷

35 פרשת **גיני**, לעיל ה"ש 2, פס' 48 ו-50 לפסק דינו של השופט סולברג.

36 שם, בפס' 48 לפסק דינו של השופט סולברג.

37 בג"ץ 22/91 **אורלי נ' הרב הראשי ליבנה**, פ"ד מה(3) 817, 822 (1991).

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ** דין יב 38 (תשע"ח)

"אשר לדיני הכשרות עצמם, תיתכנה בהם גישות שונות, הכול על-פי מנהגים וחומרות הנהגים מדור לדור. בית-משפט זה כבר עמד על כך, כי יש שעניין שבהלכה אינו לובש לבוש חד משמעי ומונוליטי. גלוי וידוע הוא, שיש דברים אשר להם הרבה פנים, ויכולות להיות לגביהם גישות שונות".

בדומה לשאר התחומים, כך גם בעניין הכשרות, התפיסה אינה אחידה. נעמוד בקצרה על תפיסתן של העדה הקראית והתנועה המסורתית, וכיצד אלה שונות מהתפיסה האורתודוקסית כפי שהרבנות הראשית מבינה אותה.

העדה הקראית היא פלג נפרד ביהדות, ולעומת הפלג הרבני, היא אינה מקבלת את התורה שבעל-פה. כיום קהילה זו מונה בישראל 35 אלף נפש בערך. בכל הנוגע לתפיסת הכשרות שבה, זו שונה מדרכה של הרבנות. שחיטה שהיא כשרה על פי הרבנות, בהכרח לא תהיה כשרה על פי העדה הקראית. היחס בין ההלכה הקראית להלכה הרבנית אינו יחס של החמרה מול הקלה, אלא שתי התפיסות מוציאות זו את זו. כך נמצא שהחלת חוק איסור הונאה בכשרות על חברי העדה הקראית מונעת מהם לחלוטין את האפשרות לפרסם את עובדת כשרותו של המזון לפי שיטתם.

הסיבה לכך נעוצה בכך שהרבנות מתירה לאכול חלקי חיה שאסורים על פי העדה הקראית. נוסף על כך, הרבנות נוקטת צורת שחיטה אחרת, האסורה על פי עדה זו.³⁸ לפיכך תעודת כשרות מטעם הרבנות לא תוכל בשום צורה להוות הכשר בעיני העדה הקראית. יצוין כי שאלת תחולתו של חוק איסור הונאה בכשרות על העדה הקראית עמדה לבחינת בג"ץ. שם נדחתה העתירה ובית המשפט קיבל את הסכמת הצדדים כי הרבנות לא תאכוף את החוק על מוסדות העדה.³⁹ עם זאת, הסכמת הרבנות אין בה לטעמנו משום תחליף לפרשנותו של החוק. אם פתוחה לפני הפרשן הדרך הפרשנית לקבוע כי החוק אינו חל על מצבים מעין אלו, עליו לפסוע בה, שכן בכך תימנענה הפגיעות החמורות בזכויות חברי אותו זרם, מבלי שהדבר יהיה תלוי בהסכמתה של הרבנות.

שלא כעדה הקראית, התנועה המסורתית היא חלק מהזרם הרבני, ואולם גם לה תפיסת כשרות שונה מזו של הרבנות הראשית. קהילה זו, שתפיסתה מושתתת על האמונה כי יש להתאים את היהדות אל המציאות, מבקשת לשלב נאמנות למסורת היהודית ולהלכה ופתיחות לעולם המודרני ולתרבות הדמוקרטית. דרישות הכשרות המופיעות במדריך הכשרות הרבני,⁴⁰ עומדות ברובן גם ביסוד תפיסת הכשרות של התנועה המסורתית. עם זאת, ישנן סוגיות לא מעטות שבהן התנועה המסורתית חולקת על תפיסת הכשרות של הרבנות.⁴¹ עם סוגיות אלו ניתן למנות את נוהלי השחיטה (בתנועה המסורתית ניתן דגש רב יותר לצער בעלי חיים),⁴² ואת ההנחה כי אין בשינוי מרכיבי מזון באמצעים מלאכותיים כדי לפגוע בהכרח בכשרותו.⁴³

38 בעדה הקראית אסורים לאכילה האליה, שתי הכליות ויותרת הכבד. כמו כן הקראים נוקטים צורת שחיטה אחרת. ראו: אתר העדה הקראית www.karaite.org.il/services/Kashrut

39 בג"ץ 2658/14 **יהדות הקראית העולמית נ' הרבנות הראשית לישראל מחלקת כשרות** (פורסם בנבו, 19.7.2015).

40 הרבנות הראשית לישראל, **השגחה וכשרות – המדריך למשגיחי כשרות** (שבת התשע"ה) זמין ב: https://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/bchinot_kashrut/he/%D7%A1%D7%A4%D7%A8%20%D7%94%D7%A9%D7%92%D7%97%D7%94%20%D7%95%D7%9B%D7%A9%D7%A8%D7%95%D7%AA.pdf

41 לנוכח האיסור המוטל עליה כיום בחוק, עיקר פעילותה של התנועה המסורתית בתחום הכשרות בארץ נוגע לכשרותו של יין. התנועה המסורתית מציעה כבר כמה שנים תעודת השגחה ליקבים שונים. תעודה זו מאפשרת ליקב, שלא כמו שדורש הזרם האורתודוקסי, להעסיק יהודים אשר אינם שומרי שבת, ואף יותר מכך – כי "נוכרים" יגעו בין. יש לציין כי עלות תעודת ההשגחה נקבעת בהתאם ליכולתו הכלכלית של היקב, ובה בעת מחייבת את בעליו להראות כי הוא משלם שכר הוגן לעובדיו ועומד בכל יתר דרישות החוק בישראל. ראו: www.masorti.org.il/page.php?pid=3091

42 Rabbi Mayer Rabinowitz, *A Stunning Matter*, YD 27.1.2001a www.rabbinicalassembly.org/sites/default/files/assets/public/halakhah/teshuvot/19912000/rabinowitz_stunning.pdf
Rabbi Pamela Barmash, *Veal Calves*, S.A. Even ha-Ezer 5: 14 (gloss); www.rabbinicalassembly.org/sites/default/files/Veal%20teshuvahfinal%2Bpic%20%20NB%20%20Job%20%201.pdf
Rabbis Elliot N. Dorff and Joel Roth, *Shackling And Hoisting*, YD 6.2000 www.rabbinicalassembly.org/sites/default/files/assets/public/halakhah/teshuvot/19912000/dorffroth_shackling.pdf

43 Rabbis Kassel Abelson & Mayer Rabinowitz, "Definition of a Davar Hadash" *Proceedings of the Committee on Jewish Law and Standards I 1980-1985* www.rabbinicalassembly.org/sites/default/files/assets/public/halakhah/teshuvot/20012004/33.pdf

אלו הם רק מקצת הדברים שבהם זרמים שונים ביהדות חולקים על עמדת הרבנות הראשית. העיקר לענייננו הוא ההבנה והמודעות כי תפיסת הכשרות איננה מקשה אחת וכי עמדת הרבנות אינה מייצגת את כל הזרמים הדתיים בעם היהודי, ובפרט בתחום הכשרות.

לא למותר לציין בהקשר זה כי ההגמוניה האורתודוקסית ברבנות אינה דבר חדש, אם כי אינה מובנת מאליה. בהגדרתה, הרבנות היא גוף ממלכתי, ומטרתה להעניק שירותי דת לכלל הציבור היהודי, ללא תלות בתפיסתו הדתית הספציפית.⁴⁴ בפועל הרבנות אינה מכבדת תפיסות שונות ביהדות, ולא זו בלבד אלא שהיא גם שוללת אותן לחלוטין. כך הדבר גם בענייני גיור, נישואים, וגם בעניין כשרותו של המזון. אף שהדבר אינו מוגדר בחוק, או בחזונה הרשמי של הרבנות, זהו הלכה למעשה המצב בפועל. עובדה זו קיבלה את ביטויה בפסיקה⁴⁵ ובספרות.⁴⁶

בהתחשב במצב זה, המשמעות בפועל של פסק הדין בעניין גיני היא זאת: כל עוד אין בבית המאכל תעודת כשרות על פי התפיסה של הזרם האורתודוקסי, חל איסור להציג את המקום ככשר.

אנו סבורים כי קביעה זו פוגעת בחברי הזרמים האחרים ביהדות ויש לה שני היבטים: פגיעה בחופש העיסוק ופגיעה בזכות לכבוד. הדיון שלהלן יתמקד בעיקרו בפגיעה בתנועה המסורתית, אך זאת כמקרה פרטני המייצג לשיטתנו בעיה רוחבית הנוגעת לכל הזרמים האלטרנטיביים ביהדות.

2. הפגיעה בחופש העיסוק

בפרשת גיני הובהרה חשיבותו של חופש העיסוק בדברי השופט סולברג:⁴⁷

"כידוע, מאז חקיקת **חוק איסור הונאה בכשרות**, שדרגה הזכות לחופש העיסוק את מעמדה. מזכות שאינה כתובה עלי ספר (**בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949)**), זכתה למעמד של חוק יסוד כתוב, היושב ראשונה במלכות ספר החוקים (לצד חוקי היסוד האחרים). להתפתחות זו נודעת חשיבות רבה לענייננו, שכן את הוראת **סעיף 3(א)** לחוק אנו נדרשים לפרש ברוח הוראות **חוק יסוד: חופש העיסוק**".

את האמור לעיל ציין השופט סולברג בנוגע לפגיעה בחופש העיסוק של בעלי עסקים הנדרשים לקבל תעודת כשרות מטעם הרבנות כדי שיוכלו להציגם ככשרים. אולם האם אין לומר כי מבחינת עומקה והיקפה, הפגיעה הניכרת בחופש העיסוק בשל עמדת הרבנות ממוקדת דווקא בחופש העיסוק של רבני התנועה המסורתית, או לחלופין של חכמי העדה הקראית, המנועים מעתה ואילך להעניק כל תעודת השגחה חלופית?

הפגיעה בזכותם אינה "בשוליה", כלשון השופט סולברג, כי אם בליבת הזכות. כך למשל, רבני התנועה המסורתית מודרים מן הרבנות הראשית. על כן אין לומר בעניינם כי אם רק יבקשו להשיג את הסמכות להענקת התעודה, זו תינתן להם. בעבורם הדרך חסומה מלכתחילה. תעודת כשרות אינה רק עוד מקור הכנסה חשוב. היא דרך להגשמה עצמית של

44 יש לציין כי אף בחקיקת חוק הרבנות הראשית נדחתה עמדתה של חברת הכנסת לשעבר, ש' אלוני, כי החוק ייקרא "חוק מועצת הרבנות הראשית האורתודוקסית בישראל", וזאת תוך אמירה כי מדובר בגוף ממלכתי שנועד לטובת הכול. ד"כ 88, 2468 (תש"ס). כן ראו הצעת חבר הכנסת א' אבנרי, שם, בעמ' 2470, והצעת חבר הכנסת מ' פעיל, שם, בעמ' 2472.

45 בג"ץ 1031/93 **גולדשטיין נ' שר הפנים**, פ"ד מט(4) 661, 721 (1995); בג"ץ 8944/05 **קהילת ברכת שלום נ' משרד ראש הממשלה – רשות הארצות לשרותי דת** (פורסם בנבו, 9.5.2012); בג"ץ 7625/06 **מרטינה רג'ובה נ' משרד הפנים**, פס' יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 31.3.2016). כמו כן ראו את התנועה המסורתית: www.masorti.org.il/page.php?pid=2751

46 דני סטטמן וגדעון ספיר **דת ומדינה בישראל: עיון פילוסופי-משפטי** 246 (2014); יעקב ידגר **המסורתיים בישראל – מודרניות ללא חילון** 317 (2005).

47 פרשת גיני, לעיל ה"ש 2, פס' 51 לפסק דינו של השופט סולברג.

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ** דין יב 38 (תשע"ח)

אותו רב או חכם דת. כיום הוא רשאי לשאת דבר תורה לחברי קהילתו, אך מנגד הוא מנוע מלהעניק תקן כשרות למזון שניתן בסופו של מפגש זה. אם כן, האם ניתן לכמת את הפגיעה בכבודו ובחופש עיסוקו?

3. הפגיעה בזכות לכבוד

אנו סבורים כי הפרשנות שאומצה בעניין גיני מביאה לידי פגיעה בכמה היבטים של הזכות לכבוד של חברי הזרמים השונים ביהדות. נתמקד בשלושה מרכזיים ונפרטים: (א) חופש הפולחן; (ב) הזכות לשוויון; (ג) חופש הביטוי.

(א) פגיעה בחופש הפולחן

"המונופול האורתודוקסי" ברבנות, ובפרט בתחום הכשרות, מביא לידי פגיעה עמוקה וחריפה בחופש הפולחן של חברי העדה הקראית. כאמור לעיל, תעודת כשרות מטעם הרבנות אינה יכולה להועיל לחברי עדה זו בשל תפיסתם הדתית הנבדלת. לפיכך כשמונעים מהם להציג תעודת כשרות חלופית, מקשים עליהם להגשים את אמונתם.

לעומת הפגיעה בחברי העדה הקראית, הפגיעה בחופש הפולחן של חברי הקהילה המסורתית אינה כה ברורה. על פי רוב, סטנדרט הכשרות של הרבנות מחמיר יותר משל חברי הקהילה המסורתית. לפיכך אוכל שהוא כשר על פי הרבנות, אמור להיות כשר גם על פי תפיסתם. הפגיעה אפוא אינה מובהקת, אך היא בכל זאת קיימת. כלל יסוד ביהדות הוא כי על האדם "לעשות לעצמו רב".⁴⁸ החשיבות ההלכתית, אך גם הרגשית, שיהיה לאדם מורה דרך ללכת לאורו, קיבלה חשיבות רבה לכל אורך ההיסטוריה של ההגות היהודית. תפיסה זו קיבלה גם מקום בחוק איסור הונאה בכשרות, שבו ניתנה הסמכות גם לרב מקומי להעניק תעודת כשרות.⁴⁹ ואולם מי הוא אותו רב מקומי? זה שבידו אישור ממועצת הרבנות הראשית לישראל. אלא מאי? הרבנות אינה מקבלת רבנים מן התנועה המסורתית. על כן לעומת חבריהם הנמנים עם הזרם האורתודוקסי, נמנע ממי שנמנים עם התנועה המסורתית "לשים לעצמם רב", וללכת אחריו גם ביציאתם למסעדה. בכך אין הם יכולים לממש את תפיסת עולמם בכל אשר יפנו, ולחיות חיים שלמים ומלאים על פי תפיסתם הדתית.

(ב) הזכות לשוויון

לא מדיניותה של הרבנות עומדת לבחינת בית המשפט, כי אם עמדתה שיש לפרש בהרחבה את חוק איסור הונאה בכשרות. ואולם לעניות דעתנו, פרשנותו של החוק אינה יכולה להיבחן במנותק מהמציאות, וזו כוללת את מערכת היחסים בין הזרמים הדתיים השונים ואת מדיניותה של הרבנות כלפי הזרמים הלא-אורתודוקסיים. לדעתנו, בית המשפט לא היה צריך לבכר את עמדתה של הרבנות, וזאת לנוכח מדיניותה המפלה כלפי זרמים שונים ביהדות. קבלת עמדת הרבנות **החריפה** אפוא את הפגיעה בזכות לשוויון של זרמים אלה, שכן קביעה כי תעודת כשרות תינתן רק על ידי הרבנות, ושאין בלתה, משמעותה שאין כל דרך להוציא תעודת כשרות חלופית על פי ההלכה של זרמים שאינם רבניים-אורתודוקסיים.

נדגים את הפגיעה ההולכת ומחריפה בזרם המסורתי עקב פסיקת בג"ץ. כגוף מנהלי, על הרבנות לנהוג בשוויון כלפי כלל ציבור המאמינים, הן מכוח הזכות לשוויון, שהיא זכות חוקתית,⁵⁰ הן לנוכח מרכזיותו של עקרון השוויון במשפט המנהלי.⁵¹ בתוך כך, על הרבנות לנהוג בסובלנות דתית ולהימנע מלהפלול בגלל תפיסה דתית אחרת.

48 יהושע בן פרחיה אומר: "עשה לך רב, וקנה לך חבר, והווי דן את כל האדם לכף זכות" (משנה, אבות א, ו).

49 ס' 2 לחוק איסור הונאה בכשרות.

50 לטעמנו, אין ספק כי הפליה על רקע דתי, ובפרט בתחום הכשרות, יש לה קשר הדוק לכבוד האדם ולפיכך היא עונה על מודל הביניים כפי שהוגדר על ידי השופט ברק: "ביסוד הזכות לכבוד האדם עומדת ההכרה כי האדם הוא יצור חופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו בחברה בה הוא חי";

אלא שיחסה השונה כלפי תפיסת הכשרות של התנועה המסורתית עולה כשלעצמו כדי הפליית תנועה זו. האפליה תקום בהתקיים שני תנאים: אם התנועה המסורתית נמנית עם אותה קבוצת שוויון שעמה נמנה הזרם האורתודוקסי, ואם היחס השונה לקהילה זו מקורו בשוני שאינו רלוונטי. נבחן זאת בקצרה.

קבוצת השוויון, שנקבעת לפי תכלית החקיקה,⁵² ברורה במקרה שלנו: כל מי שהולך אחר דין תורה. לפיכך עם קבוצה זו נמנית גם התנועה המסורתית. היש שוני רלוונטי בעניינה אשר מצדיק את ההבחנה שהרבנות נוקטת לעניין הגדרת התקן לכשרות?

הרבנות אינה מפרטת את השיקולים שלפיהם היא קובעת את תקן הכשרות, וההכרעה בכך מסורה לרבני מחלקת הכשרות שלה. לפיכך קשה להצביע על שוני רלוונטי שלפיו יש להצדיק את מדיניותה.

לטעמנו, ניתן להעלות על הדעת שני טעמים ליחס השונה שנוקטת הרבנות בכל הקשור לתקן הכשרות. האחד, היות הסטנדרט האורתודוקסי מחמיר יותר, ולפיכך כולל גם את זה של התנועה המסורתית, והשני, גודלו של הזרם האורתודוקסי בישראל.

באשר לנימוק הראשון – היות הסטנדרט האורתודוקסי מחמיר יותר – יש לתהות אם לפי רציונל זה אין הרבנות צריכה לדרוש את סטנדרט הכשרות המחמיר ביותר, כלומר זה של "הבד"צים" אשר הקהילות האדוקות ביותר ביהדות האורתודוקסית פועלות לפיו. אם ההצדקה לשוני ביחס היא הרצון להבטיח למרב האוכלוסייה את כשרות המזון הנצרך, זו הדרך המתבקשת. דומה כי כנגד טענה זו, ניתן לטעון כי מדיניות זו תביא לידי כך שמסעונים וסועדים רבים יידרשו לשאת בעלויות גבוהות לצורך הבטחת דבר שאין להם חפץ בו, אולם האם זו איננה התוצאה של המצב הקיים מנקודת המבט של חברי הקהילה המסורתית? מדוע חברי קבוצה זו יידרשו לקבל על עצמם תקן מחמיר, בעוד לחלק מחברי הזרם האורתודוקסי דרישה זו אינה ראויה?

סביר שאז יינתן הנימוק השני והוא גודלו של הזרם האורתודוקסי בישראל. אולם בפסיקה נקבע לא אחת, כי בכל הקשור לשירותי דת, שאין לתת משקל רב לשיקולי גודל והיקף של הקבוצה. כך למשל, נקבע לעניין תקצוב מוסדות לימוד תורניים:⁵³

"התנאי של גודל, כפי שנקבע במבחנים הקיימים, מגביל את התמיכה, בפועל, למוסדות שיש להם מכנה משותף מבחינת התפיסה הדתית, היא התפיסה של היהדות האורתודוקסית. הוא מונע מתן ביטוי, באמצעות מוסדות קטנים יותר, לתפיסה דתית שונה. מבחינה זאת, המבחנים הקיימים פוגעים בפלורליזם, שהוא לא רק ביטוי לעקרון השוויון, אלא הוא גם אחד המאפיינים של חברה דמוקרטית".

יש להעמיד את הדברים על דיוקם. גודל הקבוצה אינו בגדר שיקול זר, אך משקלו צריך להיות מוגבל ביותר, ולבטח אין בו בלבד כדי להצדיק את היחס השונה שנוקטת הרבנות.

במרכזו של כבוד האדם מונחת קדושת חייו וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי". בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 11.5.2006).

51 דפנה ברק-ארוז **משפט מנהלי** 681 (2010).

52 בג"ץ 3792/95 **תאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות**, פ"ד נא(4) 259, 276 (1997).

53 בג"ץ 1438/98 **התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נג(5) 337, 365 (1999).

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ** דין יב 38 (תשע"ח)

אם כן, מדיניות הרבנות בנוגע לתנועה המסורתית עולה כדי אפליה אסורה הן לפי המשפט המנהלי הן לנוכח היות הזכות לשוויון זכות חוקתית. יתרה מזו, היא טומנת בחובה מידה של השפלת חברי הקהילה המסורתית, כי בהתנהלותה אומרת הרבנות: אוכל שקיבל את אישור הקהילה המסורתית אינו כשר, או בהגדרה אחרת: הוא אינו יהודי.

לענייננו, הפרשנות המרחיבה של חוק איסור הונאה בכשרות, המאמצת את עמדת הרבנות, מחריפה את הפגיעה בזכות לשוויון. היא מנטרלת ופוסלת כל אמצעי חלופי אשר חברי התנועה המסורתית, כמו גם כל זרם אחר ביהדות, יכלו להשתמש בו, באופן שהיה מרכז את הפגיעה בזכותם להגשים את דרכם. נמצא אפוא כי פרשנות מרחיבה זו אינה ראויה ובית המשפט לא היה צריך להעדיפה.

(ג) חופש הביטוי הדתי

לבסוף, אנו סבורים שבעמדת הרבנות, כפי שזו אומצה על ידי בית המשפט העליון, יש משום פגיעה עמוקה בחופש הביטוי של חברי הזרמים השונים ביהדות.

חופש הביטוי הוכר כזכות חוקתית. בתוכו נכלל גם חופש הביטוי הדתי, כלומר זכותו של אדם להשמיע את אמונתו ולהפיץ את דרך חייו. כך יכול רב לכתוב בספרו טקסטים בעלי אופי גזעני,⁵⁴ וכך יכולה כת דתית לקיים כנס מסיונרי,⁵⁵ על אף הרגישות החברתית שמתלווה לעניין. זה טיבו של חופש הביטוי, והוא משתרע גם על הביטוי ההלכתי. ודוק, פגיעה בחופש הביטוי הדתי אף תביא במקרים רבים לפגיעה בחופש הפולחן, אם נמנע מן הפרט לבטא ולממש את אמונתו.

תעודת הכשרות החלופית, בין שהיא כוללת את המילה "כשר" ובין לאו, יש בה הצהרה בדבר תפיסת עולם ודרך חיים שונות מאלה שמקובלות ומאומצות על ידי הרבנות. האפשרות להעניק תעודות כשרות, השגחה או פיקוח, פותחת דרך לפני הזרמים השונים ביהדות, להביא את תפיסתם האחרת לאור העולם. אמנם הלכה פסוקה היא כי חופש הביטוי נסוג כאשר יש ודאות קרובה לפגיעה עמוקה ורחבה ברגשות הדתיים של הציבור,⁵⁶ אולם בענייננו לא ברור כלל מה הסיכוי ששומר כשרות אורתודוקסית יטעה לחשוב שהתקן הקונסרבטיבי או הקראי רלוונטי לו, והחשש לפגיעה ברגשותיו הוא אפוא תיאורטי גרידא. עמדת היועמ"ש שהתירה דרכי התבטאות חלופיות, מביאה אפוא לידי פגיעה פחותה בחופש הביטוי של חברי קהילות אלה.

בטרם נחתום פרק זה, נדגיש כי גם אם נלך לפי הפרשנות המצמצמת של היועמ"ש, הפגיעה בזכות לכבוד וברגשות הזרמים השונים ביהדות אינה זניחה. האיסור להשתמש במילה "כשר" יכול להיראות עניין פעוט בעיני האדם הסביר משום שניתן להעלות על הדעת הגדרות אחרות אשר יענו על מטרת התעודה,⁵⁷ ואולם מהי עוצמת הפגיעה בחברי העדה הקראית אשר משתמשים במילה "כשר" זה 1,200 שנה? האם יש תחליף או מילה אחרת שיוכלו לבטא את מלוא עומק המשמעות הדתית של מילה זו לחברי אותה עדה?

נוסיף ונאמר כי חוק איסור הונאה בכשרות נחקק לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כן אי-אפשר לבטל את החוק לנוכח הפגיעה שהוא מסב לזכות לכבוד של חברי הזרמים השונים ביהדות. אולם הלכה פסוקה היא כי בבוא בית המשפט לפרש חוקים אשר חלה עליהם פסקת שמירת הדינים, הוא נדרש לבחור בפרשנות שמפחיתה את הפגיעה בזכויות יסוד.⁵⁸ אין כל ספק שעמדת היועמ"ש, שלפיה יוכלו אותם זרמים להעניק תעודת פיקוח או תעודת השגחה אלטרנטיביות היא הפרשנות שעל פיה הפגיעה בזכויות יסוד היא המועטה ביותר. אם כן, אף אם היינו מצדדים בנוסחת האיזון שהגה השופט

54 בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 9.12.2015).

55 עת"מ (מרכז) 25821/04/15 עמותת המצפה לישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.4.2015).

56 אהרן ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט מ 5, 18 (1991).

57 לדוגמה, ניתן להשתמש במילים "השגחה", "פיקוח" ו"שמירה".

58 דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

סולברג, וגם אם היינו סוברים כי אכן אפשר לאתר בצורה מהימנה תכלית סובייקטיבית התומכת בפרשנות הרבנות הראשית, היינו בכך זאת גורסים שהיה על בית המשפט לבקר את עמדת היועמ"ש, וזאת בשים לב לפגיעה הרבה בזכויות יסוד שחוק איסור הונאה בכשרות מסב כשמאומצת הפרשנות שהעניקה לו הרבנות.

לסיום ההארה, נבקש להציע פרשנות חלופית לחוק.

ד. פרשנות חלופית לחוק איסור הונאה בכשרות

כאמור בפתח דברינו, בעניין גיני נדונו שלוש פרשנויות לחוק איסור הונאה בכשרות. האחת הייתה של העותרים, ולפיה בית מאכל המקפיד על דיני הכשרות שעליהם הוא מצהיר, ואינו מטעה את הלקוחות באשר לטיב התעודה שברשותו, אינו עובר כל עבירה. השנייה הייתה של היועמ"ש, ולפיה חל איסור להשתמש במילה "כשר" להטיותיה בתעודה שאיננה מטעם הגורמים המנויים בחוק. ולבסוף הייתה הפרשנות של הרבנות, והיא שאומצה, ולפיה חל איסור להציג כל מצג כשרות בכתב, גם אם המילה כשר, להטיותיה, אינה מופיעה בו.

לטעמנו, ניתן להעלות על הדעת פרשנות נוספת המקיימת הן את לשונו הן את תכליתו של החוק תוך פגיעה פחותה בערכי השיטה. הצעתנו היא שהמילה "כשר" לעניין מצג הכשרות האסור בחוק איסור הונאה בכשרות, תיקרא מכאן והלאה: "כשר לפי הכשרות האורתודוקסית בלבד". מצג כשרות המציין במפורש כי מדובר בסטנדרט כשרות לא אורתודוקסי, יהא מותר. השאלה היא אם הדבר אפשרי מבחינת כללי הפרשנות.

מבחינה לשונית, לבטח הדבר אפשרי. המילה "כשר" אינה נחלת תחום המזון בלבד. עיון במילון "אבן שושן" מלמדנו על המובנים השונים שיש למילה "כשר". זו יכולה להיות תואר של כבוד, הגדרה של תקינות והתאמה, מילה המתארת יושר והגינות, וכידוע – גם אישור משפטי.⁵⁹ זאת ועוד, גם בענייני כשרות מזון מבחינה הלכתית, המילה כשר חלה מבחינה לשונית גם על אוכל כשר לפי דיני ההלכה המוסלמית (חלאל), הגם שפירוש החוק באופן שהוא ימנע ממוסלמי להציג מזון כשר לפי ההלכה המוסלמית הוא בגדר אבסורד של ממש. אם כן, כשם שתפיסת הכשרות ביהדות אינה מקשה אחת, כך גם משמעותה של מילה זו.

זאת ועוד, באשר לתחום המזון בפרט, חוק איסור הונאה בכשרות שותק לעניין עצם הגדרת המילה "כשר" במצג הכשרות האסור. כל שהחוק קובע הוא כי רק הרבנות מוסמכת להעניק תעודות כשרות. האם לא ניתן אפוא לתת פרשנות מצמצמת ביותר להגדרת המילה "כשר" באופן שזו תכיל רק את תפיסת הכשרות האורתודוקסית?

מענה לשאלה זו מצוי כאמור לעיל בפרשנות תכלית החקיקה. כזכור, זו מורכבת משתיים: האחת סובייקטיבית והשנייה אובייקטיבית. לדעתנו, פרשנותנו המוצעת מגשימה את שתי התכליות כאחת.

מבחינת התכלית הסובייקטיבית של החוק, גם אם נלך לפי גישתו של השופט סולברג, שלפיה התכלית הסובייקטיבית של החוק היא מניעת הטעיה של הציבור באשר לכשרות מזון שאינו כשר על פי התקן שקבעה הרבנות הראשית,⁶⁰ הרי אין מקום להרחיב את החוק באופן שיחול גם על מי שמציג במפורש את המזון ככשר לפי מערכת דינים שונה מזו של ההלכה האורתודוקסית. התקן שהרבנות הראשית קובעת ממילא אינו רלוונטי לגביו ומכאן שגם אין כל הטעיה מצדו.

באשר לחשש שצרכנים החפצים בכשרות אורתודוקסית יטעו לחשוב כי המקום כשר לתפיסתם, אנו מתקשים לקבל את הטענה כי בהינתן תעודה אשר אינה נושאת את סמל הרבנות והמציינת בגלוי שההשגחה ניתנת על פי גישת התנועה המסורתית או על פי ההלכה הקראית, עדיין יש פוטנציאל ממשי להטעיית סועד שומר כשרות לפי התפיסה האורתודוקסית.

59 חוק הכשרות המשפטית והאפורטרופסות, התשכ"ב-1962.

60 פרשת גיני, לעיל ה"ש 2, פסי' 48 לפסק דינו של השופט סולברג.

ברק מילאל ואביתר קפטן, "של מי הכשרות פה? דיון בעקבות עניין גיני", **הארץ** דין יב 38 (תשע"ח)

דווקא משום חשיבות הדבר בעיניו, סביר כי הסועד הסביר יגלה משנה זהירות בקריאת התעודה או בבירור שאלת הכשרות. החשש לטעות מצטמצם עוד לנוכח האפשרות בעידן הטכנולוגי של היום, לקבל מידע על המסעדה לא רק בסמוך לדלת כניסתה אלא גם באינטרנט.

מבחינת התכלית האובייקטיבית הכללית של החוק, זו צריכה כאמור לתת ביטוי "לערכי ועקרונות השיטה".⁶¹ הצעתנו לעיל נותנת ביטוי לערכי היסוד של החברה, ובהם קיומו של פלורליזם דתי, שחשיבותו רבה במיוחד במדינה אשר היא ביתו של העם היהודי. בהקשר זה יפים דבריו של כבוד השופט זמיר:⁶²

"התנועה המסורתית טוענת שהיא מייצגת 'זרם שלם ביהדות העולם', ושיקול ענייני הוא לתת גם לזרם זה הזדמנות לבטא את עצמו, לפעול ולהתפתח כמו מוסדות אחרים. [...] בחברה דמוקרטית זכות היא לקבוצות שונות בציבור, לרבות קבוצות מיעוט דחויים, לבטא את עצמן בתחום התרבות, הדת והמסורת, כל קבוצה בדרכה. איש באמונתו יחיה [...] זה עיקרו של הפלורליזם, שהוא מרכיב חיוני ומרכזי של חברה דמוקרטית לא רק במישור הפוליטי, אלא גם במישור התרבותי, לרבות במישור הדתי."

מוצאים אנו לנכון לציין כי הפלורליזם אינו רק נחלת הדמוקרטיה, כי אם גם נחלת היהדות. עמד על כך השופט אלון:⁶³

"ריבוי דעות זה מן הראוי שיכובד על-ידי המנהיג ועל-ידי השלטון [...] זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל – שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. והו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של זכות הבעת הדעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור, שלא זו בלבד שהכרחיים הם למשטר תקין ונאור אלא אף חיוניים לכוחו היוצר."

הצעתנו אף שומרת על האיזון שהוכר בפסיקה בין חופש הפולחן והביטוי ובין ההגנה על רגשות דתיים. הלכה פסוקה היא כי רק במקרי ודאות קרובה לפגיעה ברגשות, ייסוגו זכויות יסוד אלה. יש שהפגיעה ברגשות הדתיים רחבה ועמוקה, "כך שתעבור את רף הסובלנות", המצדיק פגיעה בפולחן הדתי.⁶⁴ פרשנותנו המוצעת שומרת על מונופול הרבנות לעניין הכשרות האורתודוקסית מצד אחד, ומצד שני מאפשרת הענקת תעודות כשרות גם מטעם הזרמים האחרים ביהדות. בכך נשמר האיזון הרגיש בין הזכויות ובין האינטרס הציבורי.

לבסוף נציין כי הצעתנו עומדת בזיקה להצעתם של המלומדים גביון ומידן,⁶⁵ והיא אף הדרך הנהוגה בארה"ב, שבה ישנה קהילה יהודית גדולה ומגוונת אף יותר.⁶⁶

אם כן, הצעתנו יכולה לפתור את הבעייתיות שבחוק איסור הונאה בכשרות, תוך השארתו על כנו לנוכח פסקת שמירת הדינים החלה בענייננו.

61 ראו לעיל פרק ב.

62 עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 375–376.

63 ע"ב 2/84 משה ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 295 (1985).

64 ברק, "חופש הביטוי ומגבלותיו", לעיל ה"ש 56.

65 יואב ארציאלי אמנת גביון-מדן: עיקרים ועקרונות 48 (2003) <https://www.idi.org.il/media/4448/%D7%92%D7%91%D7%99%D7%96%D7%95%D7%9F%D7%9E%D7%93%D7%9F.pdf>

66 New York State Kosher Law Protection Act זמין ב: www.agriculture.ny.gov/KO/kosherbrochure.pdf

סיכום

אנו סבורים כי בדיון הנוסף, על בג"ץ לבטל את פסק הדין. מנינו שתי סיבות עיקריות לכך.

האחת, עיקרה הבעייתיות העקרונית של פסק הדין מבחינת דיני הפרשנות. בכך מיקדנו דברינו בכלל שהגה השופט סולברג ולפיו אם כוונת המחוקק ברורה, והפגיעה בזכויות יסוד היא פחותה, יש להעדיף את התכלית הסובייקטיבית. הסברנו כיצד כלל זה סוטה מהדין המצוי והרצוי כאחד.

נקודת הביקורת השנייה בדברינו היא באשר ליישומו של הכלל. בעניין זה הראינו תחילה כי בניגוד לגישת השופט סולברג, אין לאתר בהיסטוריה החקיקתית תכלית סובייקטיבית התומכת בפרשנות הרבנות הראשית דווקא. לאחר מכן התייחסנו להשפעתו האופרטיבית של פסק הדין על מי שאינו נמנה עם הזרם הרבני-אורתודוקסי. תיארונו כיצד פסק הדין מסב פגיעה שלא לצורך למי שהיהדות, ובפרט הכשרות, נתפסת אצלם בדרך שונה מזו של הרבנות. בפרט הארנו את הפגיעה בחופש העיסוק, בחופש הפולחן, בחופש הביטוי ובזכות לשוויון של חברי הזרם הקראי וחברי התנועה המסורתית. תקוותנו היא שבשורות אלה השמענו גם את קולם, ושיתאפשר גם להם לחיות בחופשיות במדינתו של העם היהודי.