

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי ? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

א. פתיחה ♦ ב. רקע ♦ ג. הכרעה מהותית-אידאולוגית ♦ ד. הכרעה נייטרלית
1. מבוא 2. נייטרליות "מרשמית": הפיצול בין דיני המרשם לדין המהותי 3. כשל הגישה במבחן התוצאה (א) המרשם כסמל (ב) התוצאות המשפטיות המעשיות של המרשם (ג) השפעת ההכרעה בעניין המרשם על ההכרעה חעתידיית בעניינים שבמהות 4. כשל הגישה במבחן המוטיבציה (א) מבוא (ב) האם הליברליזם הנו אידאולוגיה נייטרלית? (ג) האם השקפת עולם ליברלית מחייבת אימוץ הגישה הסובייקטיבית? (ד) השימוש במרשם כטכניקה להכרעה מוסווית בתחום הנישואין ובעניין מיהו יהודי – השוואה 5. סיכום ♦ ה. ריסון שיפוטי ♦ ו. בית המשפט כסוכן של עקרון ההכרעה הדמוקרטית 1. זכות המילה האחרונה וזכות (ואולי גם חובת) המילה הראשונה 2. איך נשפיע על המחוקק לקחת אחריות? 3. מה אפשר לעשות במחוקק עקשן? 4. האם ניתן לראות בהכרעה שיפוטית זרז להכרעה דמוקרטית? ♦ ז. סיכום ומסקנות

א. פתיחה

עם הקמת המדינה נמנעו מייסדיה מהכללת הגדרה למונח "יהודי" בפקודת הפרשנות. הימנעות זו הובילה לחוסר אחידות בפירוש המונח בחיקוקים שונים, ולמחלוקת בשאלת פרשנותו בחלק מן החיקוקים. כך למשל, הגדרת המונח בחוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953 מעולם לא היתה שנויה במחלוקת ופורשה על פי מכחני ההלכה.¹ לעומת זאת, ביחס לחיקוקים "חילוניים", כגון חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות) וחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם), היעדרה של הגדרה ממצה גרר

* שחר ליפשיץ הוא מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן; גדעון ספיר הוא מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

** אנו מודים לאבי בל, דפנה ברק-ארו, עמרי ידלין, דני סטטמן וחברי מערכת "מחקרי משפט" על הערותיהם המועילות, ולשי שטרן על עזרה במחקר.

1 ראו: א' ח' שאקי מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (ירושלים תשל"ח, חלק שני) 323-332.

בעקבותיו מחלוקת ציבורית מרה ועיקשת, שהכניסה לא אחת את המערכת הפוליטית בישראל אל תוך סבך, תוך שהיא מערכת בסבך זה גם את בית המשפט.² במאמר זה נעסוק במחלוקת בשאלת מיהו יהודי על פי חוק השבות וחוק המרשם. אולם אין בכוונתנו לעסוק בשאלה לגופה, לתמוך בעמדה מן העמדות שהוצגו עד כה בשיח הציבורי בשאלה המהותית או להציע עמדה משלנו.³ ברצוננו למקד מבטנו בשאלת תפקידו הראוי של בית המשפט ביישובה של המחלוקת בעניין, כהדגמה לתסריט כללי יותר של נסיבות שבהן המערכת הפוליטית מתחמקת מלהכריע בשאלה שיש לה היבטים אידאולוגיים מובהקים והשאלה מתגלגלת לפתחו של בית המשפט.

מדובר בתופעה שכיחה למדי. לא אחת המחוקק מתחמק מלהכריע בשאלות מהותיות שהונחו על שולחנו תוך שימוש באחת משתי דרכים: האחת, האצלת הסמכות להכריע לרשות המבצעת; האחרת, קבלת החלטה עמומה שאין בה תשובה לשאלה שעל הפרק, מתוך כוונה או לפחות ידיעה שהשאלה תוכרע בידי זרועות השלטון האחרות. השאלות שלא הוכרעו בידי המחוקק מוצאות את דרכן לרשות השופטת לאחר שהוכרעו בידי הרשות המבצעת.

סוגיית מיהו יהודי ממחישה היטב את טקטיקת ההתחמקות הזאת. חוקי ההגירה במדינת ישראל מעניקים לכל יהודי זכות לזוגר לישראל ולזכות באופן אוטומטי באזרחות. אולם המחוקק הישראלי לא הגדיר במדויק מיהו יהודי לעניין זה, למרות מודעותו למחלוקת ולפירושים השונים שניתן לתת למונח "יהודי". המחוקק לא ביצע האצלה גלויה, שכן לא האציל במפורש לרשות המבצעת את הסמכות להחליט. אולם בהימנעו מהגדרה ברורה, חרף מודעותו למחלוקת, הוא ביצע האצלה נסתרת כשהעביר את העניין להכרעתה של הרשות המבצעת. הרשות המבצעת נתנה למושג פרשנות משלה ופעלה על פיה, ופרטים וארגונים

2 לסקירת ההיסטוריה של המאבקים בשאלת "מיהו יהודי", ראו: א' רון יחיאל "דת, זהות לאומית ופוליטיקה – המשבר בשאלת 'מיהו יהודי' – 1958 שני עברי הגשר (ירושלים תשס"ב) 88; ד' פרידמן "מהמהפכה המשפטית של עזרא ועד כג"ץ שליט" המשפט 10 (2000) 17; מ' קורנאלדי "חוק השבות – התנגשות בין דת ולאום?" שני עברי הגשר (ירושלים תשס"ב) 56; פ' להב "זהות אישית וזהות קולקטיבית, מודרנית ויהודית בפרשן שליט" דב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רון צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר [עורכים] תל אביב תשנ"ח) 409; א' מעוז "הבן הנשכח: על סעיף 4 א (א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסט הדעת" הפרקליט לח (תשמ"ח) 637; ח' כהן "חוק השבות" חיים כהן – מנחם כתבים (תל אביב תשנ"ב) 312; א' מעוז "מיהו יהודי – רוב מהומה על לא מאומה" הפרקליט לא (תשל"ו) 271; א' מעוז "סמכות התלויה בספק" עיוני משפט ד (תשל"ה) 598.

3 למגוון עמדות בנושא ראו, למשל: א' בן רפאל זהויות יהודיות: תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון (תשס"א). ספר זה כולל את מכתבי התשובה ששלחו כחמישים חכמי ישראל לבן-גוריון בתשובה לשאלה בנושא שהפנה אליהם. על זרקע לפנייתו של בן-גוריון ראו: שאקי, לעיל הערה 1, בעמ' 107-98. סוגיה מהותית נוספת שלא נעסוק בה היא שאלת עצם הלגיטימיות במדיניות ההגירה המעניקה עדיפות ליהודים – תהיה הגדרתם אשר תהיה – על פני אחרים. לדיון בנושא ראו: ח' גנז "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 683; גנז "לאומיות והגירה" בתוך דב-תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטית: ספר הזיכרון לאריאל רון צבי ז"ל (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר [עורכים] תל אביב תשנ"ח) 341; ר' גביון "המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ורמותה הרצויה" תכלת 13 (תשס"ג) 50; נ' כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן (תל אביב תשס"ד).

שחשו נפגעים מן הפרשנות, עתרו לבית המשפט בבקשה שידחה את פרשנותה של הרשות המבצעת ויאמץ במקומה פרשנות אחרת.

כפי שנראה, ניתן למיין את השופטים הרבים שדנו בסוגיה במשך השנים, לארבע קבוצות. קבוצה אחת של שופטים ביקשה להכריע בשאלה מיהו יהודי או מיהו גר לפי מיטב הבנתה. קבוצה שנייה הכריעה לטובת גישה מסוימת, תוך הצגת ההכרעה כנייטרלית. קבוצה שלישית נמנעה מהתערבות בפרשנות של הזרוע המבצעת, וקבוצה רביעית נקטה גישה שתכליתה החזרת העניין להכרעתה של הזרוע המחוקקת. מבין ארבע הגישות, זו הנראית לנו נכונה ונבונה מכולן היא הרביעית. המשימה שנטלנו על עצמנו היא להבהיר מדוע גישה זו היא הטובה מכולן וכיצד ניתן להגשימה הלכה למעשה.

מבנה המאמר כדלקמן: בפרק ב נציג את המחלוקת בעניין *מיהו יהודי* ונתאר את השתלשלות העניינים בפסיקת בית המשפט העליון, תוך התמקדות בחמישה פסקי דין מרכזיים; הראשון משנת 1970, והאחרון משנת 2005. פרקים ג-ו יוקדשו לתיאור הדפוסים כפי שבאו לידי ביטוי בחוות הדעת של שופטי רוב או מיעוט בפסקי הדין שנסקרו בפרק ב. בפרק ג נתאר ונעריך את דפוס הפעולה הראשון – הכרעה מהותית. נטען שדפוס זה בעייתי מזווית ראייה דמוקרטית. אין תפקידו של השופט ליצור נורמות על סמך השקפת עולמו, אלא להפעיל נורמות שהתקבלו באופן דמוקרטי בידי רשויות השלטון המופקדות על יצירתן. אמנם ההפרדה החדה בין החלה של נורמות ליצירתן הנה מלאכותית, וברור שהכרעה שיפוטית אינה יכולה להיות חפה לחלוטין משיקול דעת הכולל מידה של סובייקטיביות ערכית, אולם הכרעה לגופו של עניין בשאלות מהותיות, שהמחוקק לא הכריע בהן, מחייבת אקט טהור של הכרעה שיפוטית ערכית. השתתת ההכרעה השיפוטית על שיקולים ערכיים-סובייקטיביים חמורה במיוחד בסוג המקרים שבהם המאמר עוסק, כשבית המשפט אינו נדרש לבחון הכרעה ערכית שנתקבלה באופן דמוקרטי אלא לפסוק בשאלה שהמערכת הדמוקרטית טרם הכריעה בה.

בפרק ד ננתח את דפוס הפעולה השני – הכרעה נייטרלית. דפוס זה, שנקטו שופטי הרוב בבית המשפט העליון הישראלי בכל ארבעת פסקי הדין שייסקרו בפרק ב, גם הוא בעייתי. ראשית, ספק אם הוא אפשרי: גם אם המצג הנייטרלי נעשה בתום לב, בפועל, התוצאה אינה יכולה להיות נייטרלית. זאת ועוד, פעמים רבות מצג הנייטרליות אינו אלא מעטה מזויף שנועד להסתיר הכרעה ערכית ברורה. כמובן מסוים, דפוס פעולה זה בעייתי יותר מקודמו, משום שהשימוש במצג הנייטרליות מונע, או לפחות מעכב, את הביקורת הציבורית על העמדה הערכית שנקט בית המשפט.

פרק ה יוקדש לדיון בדפוס הפעולה השלישי – ריסון שיפוטי המתבטא בקבלת עמדתה של הרשות המבצעת. נטען שדפוס זה עדיף על קודמיו, אך גם הוא נגוע בשתי חולשות. ראשית, ההחלטה שלא להתערב משאירה את המצב הקיים על כנו, כשמצב זה מקובל על צד אחד בלבד. במקרה של מחלוקת בין הפרט לרשות המבצעת, ההחלטה שלא להתערב תוביל תמיד לניצחונה של הרשות המבצעת. בנסיבות כאלה הסירוב להתערב נראה יותר כהכרעה מאשר כהימנעות ממנה. שנית, נקיטת מדיניות של אי-התערבות בהחלטות הרשות המבצעת עלולה להוביל לתוצאות שרירותיות.

לאחר שתיארנו ודחינו את שלושת דפוסי הפעולה הראשונים, נעבור בפרק ו לתיאור והערכה של הדפוס הרביעי. בדפוס זה בית המשפט מפעיל טקטיקה שתכליתה לכפות על

המחוקק, או לפחות ללחוץ עליו, להגיע להכרעה דמוקרטית בעניין. דפוס זה הוא, לדעתנו, הראוי מכולם מנקודת מבט דמוקרטית. תפיסה ראויה של דמוקרטיה צריכה לכלול את הדרישה ששאלות משמעותיות, שהתשובה להן שנויה במחלוקת, יידונו ברצינות ויוכרעו באופן ברור בידי הציבור. אין זו רק זכותו של הציבור; זו חובתו. כבני אדם, כקבוצה וכיחידים, מוטלת עלינו החובה לקבוע את השקפת עולמנו בשאלות מהותיות ולנסות להנהיג את חיינו בהתאם לה. לעמדה זו לגבי משמעותה הראויה של הדמוקרטיה, השלכות על אופן תפקודן של רשויות השלטון השונות. בכל האמור בבית המשפט, משמעותה היא שבמקרים שבהם הוא מתבקש להכריע בסוגיה שהמחוקק מתחמק מלעסוק בה, עליו להימנע מלהכריע במקום המחוקק, למנוע מהרשות המבצעת להכריע במקום המחוקק, ולנסות להניע את המחוקק לדון בעניין ולהגיע להכרעה.

דפוס הפעולה הרביעי נכון יותר מקודמיו, אולם גם הוא אינו חף מחולשות. חולשתו המרכזית היא מעשית: פעמים רבות נדמה שאי-אפשר לממשו. כוחותיו של בית המשפט מוגבלים; אין לו סמכות לכפות על המחוקק להכריע בעניינים שהוא מבקש להתחמק מהם, וספק אם ניתן וראוי להקנות לו סמכות כזאת. עם זאת, נטען שבניגוד לרושם הראשוני, החולשה המעשית אינה כה משמעותית. שימוש מושכל של בית המשפט בקלפים שבידיו עשוי להוליד הכרעה מצד המחוקק. גיית המשפט אינו רק חייב, אלא גם יכול לשמש זרז להכרעה דמוקרטית.

ב. רקע

חוק השבות, שנחקק בשנת 1950, מעניק לכל יהודי באשר הוא, זכות לעלות לישראל, ובצוותא עם חוק האזרחות, תשי"ב-1952, הוא מקנה לכל עולה את הזכות להתאזרח בישראל. חוק המרשם קובע כחובה רישום של שלושה-עשר פרטים ביחס לכל אחד מתושבי המדינה, ובכללם הלאום והדת. את המחלוקת בשאלה מיהו יהודי לצורכי חוק השבות וחוק המרשם ניתן לחלק לשתי תקופות, זו שעד שנת 1970 וזו שלאחריה. עד שנת 1970 לא הופיעה בחוק השבות כל הגדרה למונח "יהודי", דבר שהותיר מגוון רחב של אפשרויות. בשנת 1970 תוקנו חוק השבות וחוק המרשם. במסגרת התיקון נוספה בחוק השבות הגדרה ליהודי – כבן לאם יהודייה או שהתגייר, כשחוק המרשם מפנה להוראה שבחוק השבות. מכאן ואילך חודלה השאלה להיות מיהו יהודי, והפכה להיות מיהו גר, שכן המחוקק לא קבע איזה גיור ימלא את דרישת החוק.⁴ בשתי התקופות, ההימנעות מהגדרה מדויקת⁵ הובילה להתלקחות מחודשת של המחלוקת שסופה בהבאתה להכרעתו של בית המשפט.

4 ראו דבריו של פ' שיפמן "על גיור שלא כהלכה" משפטים 1 (תשל"ה-תשל"ו) 391, 394 ("יש המבליטים שהכנסת דחתה את ההסתייגות שביקשה לקבוע כי יוכר רק גיור על פי ההלכה, אך שוכחים, לעתים, לציין כי הכנסת דחתה אף את ההסתייגות הנגדית שביקשה לקבוע כי יוכר גיור 'לפי המקובל באחד הזרמים של הדת היהודית'. המאבק הציבורי והפרלמנטארי בנושא זה משקף רצון להסיר ספקות בשאלת הגיור הן מן הצד 'ההלכתי' והן מן הצד האחר, אך אין בו משום הוכחה חותכת לאיזה צד שהוא").

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

בשתי התקופות נזקק בית המשפט למחלוקת פעמים רבות. הפרשייה הבולטת מכולן, הן מבחינת התהודה הציבורית והתגובות הפוליטיות והחקיקתיות שעוררה והן מבחינת היקפו ועומקו של הדיון שייחדו שופטי בית המשפט העליון לפתרונה, היא פרשת שליט.⁵ פרשת שליט שייכת לתקופה הראשונה, זו שעד שנת 1970, והכרעת בית המשפט בעניינה היא גם זו שהובילה לתיקון חוק השבות והמרשם ולמעבר לתקופה השנייה. לנוכח מגמתו להתמקד בשאלה הכללית יותר של התפקיד שראוי לו לבית המשפט למלא בפתרונה של המחלוקת הציבורית בשאלת מיהו יהודי ולא בשאלה המהותית הקונקרטית, בחרנו לדון גם בשלוש פרשיות מן התקופה השנייה, שבה הצטמצמה המחלוקת לשאלה מיהו גר: פרשת פסרו⁷ פרשת נעמ"ת⁸ ופרשת טושביים⁹, שהעסיקה את בית המשפט פעמיים.⁹ כאמור, השאלה שעלתה בפרשת שליט שונה מזו שנידונה בפרשיות פסרו, נעמ"ת וטושביים, ועם זאת לצורך הדיון שאנחנו מבקשים לקיים, הסיטואציה זהה; בארבעת המקרים נדרש בית המשפט להכריע במחלוקת הנובעת מהיעדר מוחלט או חלקי של הגדרה הנחוצה להפעלת חוק. בדרך כלל דן בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ בהרכב של שלושה, אולם קיימת אפשרות להרחבת המותב.¹⁰ בארבע הפרשיות שבהן בחרנו לעסוק דן בית המשפט בעניין

- 5 יש התולים את ההימנעות מהגדרה בשלב חקיקת החוק בהנחתם של מייסדי המדינה שאין הדבר נחוץ. כך למשל כתב השופט זילברג בספרו *המעמד האישי בישראל* (ירושלים תשכ"ה), כי "אין נודעת חשיבות מרובה כל כך לדיוק ההגדרה המשפטית. כי חוק השבות, סוף סוף לא לסכסוכים ומשפטים נוצר. מטרתו היא שיכת בנים לגבולם, ואם אדם הרואה עצמו יהודי מבקש לעלות ארצה, ושלטונות העלייה ישוכנעו, על פי כל ראיה סבירה שהיא, כי אמנם יהודי הוא, ודאי לא ינעלו את שערי הארץ בפניו". שם, בעמוד 349. ראו גם דברי שר המשפטים, שפירא, בדיון בכנסת עובר לתיקון החוק בשנת 1970 ("חברי מועצת המדינה הזמנית לא העלו כנראה על דעתם שהמונח לאום עלול אי פעם להוות בעיה משפטית מסובכת. כנראה לא נתנו דעתם על מכלול הבעיות הכרוכות בנישואי תערובת". ד"כ 56 (תש"ל) 723). בשעה שתוקן חוק השבות בשנת 1970, כבר היה ברור שנתוצה הגדרה ברורה. אימוץ ההגדרה העמומה בשלב השני נבע אפוא מחוסר יכולת להגיע להסכמה מלאה. ראו בעניין זה את הוויכוח שהתנהל במליאת הכנסת סביב הניסיון לבסס הגדרה ברורה יותר במהלך הקריאה הראשונה להעברת התיקון לחוק ד"כ 56 (תש"ל) 723-752.
- 6 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (להלן: עניין שליט).
- 7 בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (להלן: עניין פסרו גולדשטיין).
- 8 בג"ץ 5070/95 נעמ"ת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (להלן: עניין נעמ"ת).
- 9 בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים (טרם פורסם, נפסק ביום 31.5.04) (להלן: עניין טושביים I); בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים (טרם פורסם, נפסק ביום 31.3.05) (להלן: עניין טושביים II).
- 10 סעיף 26 לחוק בתי המשפט קובע כי בית המשפט ידון במותב שלושה, אולם: (1) נשיא בית המשפט העליון, או המשנה לנשיא רשאי להורות, לפני תחילת הדיון בעניין מסוים, שהדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים; (2) מותב שהחל לדון בעניין מסוים רשאי להורות שהמשך הדיון בו יהיה לפני מספר בלתי זוגי גדול יותר של שופטים, ובהם השופטים שהחלו בדיון. סעיף נוסף שמכוחו מתאפשר מותב מורחב הוא סעיף 30 לחוק, הקובע כי בעניין שפסק בו בית המשפט בשלושה "רשאי הוא להחליט, עם מתן פסק דינו, שבית המשפט ידון בו דיון גוסף בתמישה או יותר". (סעיף 30(א)) היזמה לדיון נוסף יכולה לבוא גם מצדם של בעלי הדין (סעיף 30(ב)). בדג"א 2401/95, בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (להלן: עניין נחמני) התעוררה השאלה האם ניתן לקיים דיון נוסף על פסק דין של בית המשפט העליון, שניתן בהרכב גדול משלושה. לכאורה, לשון החוק שוללת אפשרות כזאת, אולם בית המשפט הכריע ברוב של תשעה נגד שניים, שהדבר אפשרי.

בהרכב מורחב של שופטים. בפרשת שליט ישבו בדין 9 שופטים, בפרשת פסרו גולדשטיין השתתפו 7 שופטים, ובפרשות נעמ"ת וטושכייט ישבו 11 שופטים. בסיכומי של דבר יש לפנינו חבורה גדולה ומגוונת של שופטים שכאמור, לדעתנו, ניתן לחלק לארבע קבוצות. בטרם נפתח בתיאור העמדות השונות, נתאר בקצרה את עיקרי הדברים בארבע הפרשיות ונעמוד על הקשר הכרונולוגי ביניהן. כראשונה מביניהן היתה משפחת שליט במוקד המחלוקת. בנימין שליט, קצין בחיל הים, נשא, במהלך לימודיו באוניברסיטה, את אן, סקוטית לא יהודייה. אן הצטרפה לבעלה בישראל בשנת 1960 וקיבלה תעודת תושב. במסמכי הרישום שלה הצהירה על עצמה כחסידת דת וכבת הלאום הבריטי. בשנת 1964 נולד לבני הזוג בן, ובשנת 1967 נולדה בת. שליט ביקש לרשום את ילדיו כמצוות חוק המרשם: בסעיף הדת כחסידת דת ובסעיף הלאום כיהודים, אך בקשתו בשאלת הלאום סורבה על-ידי פקיד המרשם. שליט עתר לבג"ץ וטען כי יש להפריד בין שאלת הדת והלאום, וכי אדם יכול להשתייך ללאום היהודי גם אם אינו בן הדת היהודית. לדעתו, המבחן שראוי לאמץ בשאלת ההשתייכות ללאום היהודי הנו מבחן ההזדהות עם התרבות ועם הערכים הישראליים-היהודיים, מבחן שלדעתו, ילדיו עומדים בו. מבחן זה ראוי שיכלול מרכיב סובייקטיבי ואובייקטיבי: סובייקטיבי – בהתאם לרגשותיו של האדם, ואובייקטיבי – בהתאם לקשריו עם קבוצת הלאום היהודית.

בהרכב חסר תקדים של תשעה שופטים¹¹ ובתמימות דעים פנה בית המשפט העליון לממשלה בבקשה כי סעיף הלאום יימוק ממרשם התושבים, על מנת שייחסך מן השופטים הצורך להכריע בשאלה שהיא, כלשוננו של נשיא בית המשפט דאז, השופט אגננט, "אידאולוגית במהותה ולא משפטית", ושנויה במחלוקת עמוקה בין קבוצות בציבור הישראלי. הממשלה נמנעה מלהיעתר לבקשה, וכך נאלץ בית המשפט להכריע והחליט ברוב של 5 נגד 4 לקבל את העתירה ולהורות על רישום הילדים כבני הלאום היהודי.

החלטת בית המשפט עוררה סערה ציבורית, ואיום מצד המפד"ל בפרשה מהקואליציה, שתביא להפלת הממשלה.¹² בעקבות הלחץ, תוקנו חוק השבות וחוק המרשם. נחקק סעיף חדש, אשר לצורך חיקוקים אלו הגדיר "יהודי" כמי שנולד לאם יהודייה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת.¹³ מכאן ואילך השתנתה השאלה מ"מיהו יהודי" – ל"מיהו גר", שכן המחוקק לא

11 מדובר במותב הרחב ביותר וכפעם היחידה שבה ישב בית המשפט במותב זה, בין השנים 1948-1990. בשנים האלה ישב בית המשפט פעמים רבות במותב מורחב, אולם ברוב המקרים הסתפק בחמישה שופטים. רק בשני מקרים ישב במותב בן למעלה מחמישה שופטים. פעם אחת ישב במותב שבעה (בג"ץ 51/80 כהן נ' בית הדין הדני, פ"ד לה (2) 8) וכאמור, פעם אחת, בעניין שליט, במותב תשעה. לסקירה ודיון בנושא המותבים המורחבים ראו: 1) זיידמן "מותבים מורחבים בבית המשפט העליון הישראלי" מאזני משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 155.

12 בדבר איומי המפד"ל לפרוש מהקואליציה אם לא יתוקן עניין הרישום באמצעות חקיקה, ראו בעיתונות: "חריף ומ' שמריהו" שר הפנים עדיין לא הורה לפקיד משרדו לרשום את ילדי רס"ן שליט כיהודים" מעריב 25.1.70; "בנצור" הרבנים הראשיים מגיבים: סכנת פילוג האומה" מעריב 25.1.70; "מ' שמריהו" הרוב בצמרות העבודה וגח"ל נוטה לשינויים תחיקתיים בשאלת מיהו יהודי" מעריב 26.1.70.

13 לאחר תיקון חוק השבות דחה בית המשפט עתירה נוספת של שליט, שבה ביקש לרשום כיהודי את ילדו השלישי שנולד לאחר ההכרעה בעתירה הראשונה. ראו: בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו (1) 334.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

קבע איזה גיור ימלא את דרישת החוק. שלוש הפרשיות הבאות שנתאר עוסקות אם כן בשאלה "מיהו גר".

אליאן פסרו, נוצרייה מברזיל, הגיעה לישראל כתיירת. בישראל היא פגשה ביהודי בשם גולדשטיין ונישאה לו בנישואים קונסולריים. טרם הנישואין עברה פסרו גיור בבית הדין של התנועה הרפורמית בישראל. בקשתה לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודייה נדחתה, והיא עתרה לבית המשפט העליון. לכאורה, עמדה לצדה של גב' פסרו הלכה מפורשת שקבע בית המשפט העליון בפרשה קודמת, שבה נידון מעמדו של גיור רפורמי לצורכי חוק המרשם, הלוא היא פרשת ש"ס.¹⁴ בפרשה זו קבע בית המשפט העליון כי "הודעה [על גיור] בלתי מוסמך המעיד על גיור בקהילה יהודית כלשהי בחוץ לארץ, די בהם כדי לחייב רישומו של אדם כיהודי. לעניין זה אין נפקה מינה אם הקהילה היא אורתודוקסית, קונסרבטיבית או רפורמית".¹⁵ אולם שר הפנים ביקש להבחין בין עניינה של העותרת ובין הסוגיה שנידונה בעניין ש"ס. הוא טען כי הלכת ש"ס מוגבלת לגיורים שנערכו בחוץ לארץ. לעומת זאת, גיורים שנערכים בישראל כפופים לדרישות פקודת העדה הדתית (המרה), שמחייבת אישור הרב הראשי למתן תוקף לגיור. בית המשפט דחה את הטענה ברוב של שישה מול אחד, והסביר כי פקודת העדה הדתית (המרה) נוגעת בענייני מעמד אישי בלבד, ואינה רלוונטית לחוק המרשם.

משכך קבע בית המשפט, התוצאה היתה צריכה להיות לכאורה היעדרות לבקשתה של העותרת; כלומר הוראה על רישומה כיהודייה והענקת תעודת עולה. אולם בית המשפט לא עשה כן. וכך אמר הנשיא ברק:

הכרעתנו היום מצומצמת בהיקפה. כל שקובעים אנו הוא דבר אי תחולתה של פקודת העדות (המרה) לעניין הכרה בגיור על פי חוק השבות. איננו קובעים שכל גיור רפורמי מוכר לעניין חוק השבות וחוק המרשם. על כן, איננו מורים למשיבים לראות בעותרת יהודיה לעניין חוק השבות, ואיננו מצווים על רישומה כיהודיה במרשם.¹⁶

פסיקת בית המשפט מעוררת כמובן תמיהה. גברת פסרו פנתה למשרד הפנים בבקשה להכיר בגיור שעברה, ומשרד הפנים דחה את בקשתה בטענה שאין הגיור עומד בדרישות חוק ההמרה. משנפלו נימוקיו של משרד הפנים, ראוי היה ליתן לה את הסעד שביקשה. ואכן בית המשפט עצמו הבהיר בדבריו ההנמקה להחלטתו המפתיעה כי הימנעותו מהכרעה אופרטיבית נובעת למעשה מרצונו ליתן לכנסת את ההזדמנות לקבוע את הסטנדרד הראוי להכרה בגיורים לצורכי חוק השבות, הנמקה שנתפסה בעיני פרשנים מסוימים כצעד נדיר של ריסון שיפוט.¹⁷ עם זאת טרח בית המשפט להבהיר כי הימנעותו מהכרעה היא זמנית ומותנית בהכרעה ברורה מצדו של המחוקק. לדברי השופט ברק:

14 בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס ואח' נ' מנהל מינהל האוכלוסין משרד הפנים ואח', פ"ד מג(2) 723.

15 שם, בעמ' 731-732.

16 עניין פסרו גולדשטיין, לעיל הערה 7, בעמ' 698.

17 ראו, למשל: 11 (1997) 15 Justice "Who is a Convert?" A. Maoz.

איננו קובעים את "היש" (התוכן המדויק של מהות הגיור בישראל). כפי שצינו, ה"יש" עשוי להיקבע במפורש במפורט על-ידי המחוקק, עם זאת – וכל עוד הכנסת לא אמרה את דברה – איננו מצויים בחלל משפטי. פתרון לבעיית "היש" מצוי בחוק השבות המגדיר יהודי מיהו. אם המחוקק לא יוסיף על דברו זה, לא יהא מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על פי ההגדרה הקיימת.¹⁸

בעקבות פסק הדין, ובלחץ האולטימטום שהציב בית המשפט, מונתה ועדה בראשותו של יעקב נאמן. בוועדה ישבו נציגי הזרם האורתודוקסי, כמו גם נציגי שני הזרמים ה"ליברליים", הקונסרבטיבי והרפורמי. הוועדה גיבשה נוסחת פשרה שלפיה יוקם מוסד שיעסוק בהכשרה לקראת גיור ובגיווי עצמו. לפי ההצעה, בתהליך הלימוד לקראת הגיור ישותפו אנשי שלושת הזרמים, אך טקט הגיור עצמו יבוצע בידי רבנים אורתודוקסים בלבד.¹⁹ לקראת סיום דיוני הוועדה התנו נציגי הזרמים הליברליים את הסכמתם לחתום על מסקנות הוועדה בהצהרת תמיכה פומבית במסקנות הוועדה מצדם של הרבנים הראשיים. הרבנים הראשיים סירבו להשמיע הצהרה כזו. ובתגובה, סירבו נציגי הזרמים הליברליים לחתום על מסקנות הוועדה. בנסיבות שנוצרו, זתקשו הגורמים הפוליטיים שעמדו מאחורי ניסיונות ההידברות והפשרה להשיג את הרוב הדרוש ככנסת לעיגון המלצות ועדת נאמן בחוק. ח"כ אלכס לובוצקי, חבר מפלגת הדרך השלישית, עוד עשה ניסיון אחרון לאפשר לכנסת לומר את דברה והעלה את המלצות הוועדה כהצעה לסדר היום. ההצעה זכתה לתמיכה של רוב נאה של חברי הכנסת,²⁰ אך כמובן לא יכלה לשמש תחליף לעיגון בחוק שכאמור לא התאפשר.²¹ חברי התנועות הליברליות לא ראו עצמם מחויבים עוד לתהליך ההתפשרות מחוץ לכותלי בית המשפט ולפיכך שבו ופנו לערכאות בניסיון להשיג את מבוקשם.

פרשת נעמ"ת המשיכה באופן חלקי את הדיון שנפסק בפרשת פסדו. הפעם ישב בית המשפט בהרכב של 11 שופטים, ולפניו עמדו חמישה תיקים, ארבע עתירות וערעור אחד על החלטת בית המשפט המחוזי. שתיים מן העתירות עסקו בבקשה להכרה כיהודי על פי חוק השבות ועל פי חוק המרשם, ואילו שתי העתירות האחרות והערעור עסקו בהכרה על פי חוק המרשם בלבד. לאחר דחיות חוזרות ונשנות החליט בית המשפט להפריד את הדיון בשתי הקבוצות, להכריע תחילה בתיקים שעניינם המרשם בלבד ולדון בשאלה מיהו גר על פי חוק

18 עניין פסדו גולדשטיין, לעיל הערה 7, שם.

19 דוח הוועדה מובא בשלמותו בספרו של מ' קוריגאלדי *חידת הזהות היהודית* (ירושלים 2001) 203.

20 ראו בעניין זה: ר"כ (יח) תשנ"ח, בעמ' 5419-5456.

21 לעניין היעדר תוקף נורמטיבי להחלטות הכנסת שאינן מעוגנות בחוק ספציפי, ראו: א' רובינשטיין *המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל* (מהדורה שישית, ירושלים תשס"ה, כרך ב) 746-747; א' בגדור *"השפיטות בבית המשפט והגבוה לצדק" משפטים יו (תשמ"ז) 592, 607; א' ברק "שלטון החוק" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים (תשל"ז), בעמ' 15; וכן א' ברק "ההימנעות הממשלה מלפעול בעניין שעליו הוגשה הצעה לסדר היום" קובץ הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 21.460, כרך ב; לדעה חולקת, ראו: י' דנציגר "חזיון מעמזן של החלטות הכנסת – כיצד?" (חלק ב) הפדקליט לו (תשמ"ו) 413-417.*

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

השבות, בשלב מאוחר יותר.²² התיקים שנידונו עסקו בגיורים שהתבצעו בישראל על-ידי רבנים מן התנועה הקונסרבטיבית או הרפורמית, או בגיורים שהתבצעו בחוץ לארץ, בקהילה שהמתגיירים לא היו חברים בה. אשר לגיורים שהתבצעו בישראל, חזרה המדינה על עמדתה מפרשת פסדו, ואת הגיורים שנערכו בחוץ לארץ ביקשה המדינה להבחין מן הגיורים שנפסקה לגביהם הלכה בפרשת ש"ס בטענה שהלכת ש"ס נוגעת אך ורק בגיורי חוץ לארץ, כשהמתגייר מצטרף לקהילה המבצעת את הגיור, אך אינה נוגעת בתושב ישראלי הנוסע לחוץ לארץ ועובר הליכי גיור בלא כל רצון להצטרף לקהילה היהודית שם. בית המשפט רחה ברוב של 10 נגד 1 את טענת המדינה והורה על רישום המתגיירים כיהודים.²³ כאמור, בית המשפט תחס את החלטתו לעניין חוק המרשם בלבד והותיר את שאלת "מיהו גר" על פי חוק השבות להכרעה בעתיד.

בפרשת *טושביים I*, התחנה הבאה בסאגה המתמשכת, אך כפי שנראה מיד לא התחנה הסופית, נדרש בית המשפט לתיקים שהדיון בהם נדחה בפרשת נעמ"ת. כאמור, בתיקים האלה, מלבד השאלה מיהו גר לצורכי חוק המרשם, התעוררה גם השאלה מיהו גר על פי חוק השבות. רגע האמת, רגע ההכרעה בשאלה המשמעותית, הלך והתקרב.

לכאורה נסבה המחלוקת סביב מעמדם של גיורים קונסרבטיביים ורפורמיים על פי חוק השבות. אולם לקראת הדיון בשתי העתירות הציג בא כוח המדינה עמדה חדשה ועקרונית, שביקשה להסיט את מוקד הדיון משאלת תוקפם של גיורים לא אורתודוקסיים ולהעמידו על מוקד אחר לחלוטין. המתגיירים, שעניינם נידון בשתי העתירות, עברו הליכי גיור לאחר ששהו בארץ כלא יהודים. המדינה טענה כי שהותם המוקדמת של המתגיירים בארץ שוללת מהם את הזכות לקנות מעמד של עולה לפי חוק השבות. נטען כי חוק השבות עניינו בעלייה לישראל. החוק חל רק על יהודים השוהים מחוץ לישראל ומבקשים לעלות אליה, או על יהודים שהגיעו לארץ ושוהים בה בשעה שהם יהודים, אך אין החוק חל כלל על אדם שהגיע לישראל, ובהיותו בישראל עבר הליך גיור (בארץ או מחוצה לה). תכליתו של חוק השבות טמונה בקיבוץ גלויות ובשיבת בנים לגבולם. אין זה חוק הגירה הבא להסדיר את מעמדם של הלא-יהודים השוהים בישראל כחוק או שלא כחוק. בא כוח המדינה ציין עוד שישראל נעשתה יעד הגירה משמעותי ללא-יהודים, וטען כי קבלת אזרחות על בסיס גיור של מי שנכנסו לישראל בטרם התגיירו, תוביל להצפת המדינה במהגרים שכל מטרתם לזכות

22 שני התיקים שההכרעה בהם נדחתה היו בג"ץ 2859/99 *מקרינה נ' משרד הפנים*, תקע"ל (2)99, 1068 ; בג"ץ 2597/99 *טושביים נ' שר הפנים*.

23 עניין נעמ"ת, לעיל הערה 8. הכרעת בית המשפט, שלפיה חושב ישראל שעבר הליך של גיור קונסרבטיבי או רפורמי, זכאי להירשם במרשם האוכלוסין כ"יהודי" בפרטי הדת והלאום, העמידה את שר הפנים באותה העת, אלי ישי, במצב לא נוח. הפתרון שנמצא למשבר היה כי פרט ה"לאום" ימשיך להיות רשום במרשם, אך יימחק מתעודת הזהות. בהתאם, התפרסמו תקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודות זהות) (תיקון), התשס"ב-2002 (ק"ת תשס"ב, עמ' 584), ובהן נמחק פרט ה"לאום" מתקנה 2(א)(5) לתקנות המרשם. מאז ואילך אין פרט ה"לאום" נרשם עוד בתעודות זהות המוצאות בידי משרד הפנים. בבג"ץ 6539/03 *גולדמן נ' מדינת ישראל* (טרם פורסם, נפסק ביום 4.11.04) ביקשה העותרת לחייב את המדינה להחזיר את פרט הלאום, אך בית המשפט, מפי השופט חשין, דחה את בקשתה בציינו כי סעיף 25 לחוק המרשם מקנה לשר סמכות לקבוע אילו פרטים ייכללו בתעודת הזהות, וכי לתעודה, כמו למרשם, אין כל משמעות מעבר להיבט הסטטיסטי.

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

באזרחות ישראלית, דבר שהגו זר למסורתו של חוק השבות ומנוגד לאינטרסים של תקנת הציבור והסדר הציבורי. לפי ההיגיון שהציגה המדינה, אין כל חשיבות לאופיו של הגיור, ואכן הבהיר בא כוח המדינה כי אם תתקבל עמדתה, לא תהיה לחוק השבות תחולה אפילו על המתגייר בגיור אורתודוקסי, אם התגייר בישראל.²⁴ ברוב של 7 נגד 4, סירב בית המשפט לקבל את עמדת המדינה. הנשיא ברק, שכתב את חוות הדעת העיקרית בשם הרוב, הסביר כך:

“עליה” משמעותה השתקעותו של יהודי בישראל. לעניין זה אין כל חשיבות לשאלה מתי הפך האדם שהשתקע בישראל ליהודי – בטרם שהייתו בישראל או לאחר מכן... תהא זו הפליה פסולה אם יראו בפלוני “עולה” משום שהתגייר ולאחר מכן השתקע בישראל, ולא יראו באלמוני המבקש להשתקע בישראל “עולה” אך משום שגיוורו בא לאחר השתקעות בישראל. שני המתגיירים הצטרפו לעם ישראל והשתקעו במדינת ישראל; שניהם בנים השבים למולדתם. השוני בין שני המתגיירים בעניין “סדר הזמנים” של הגיור והעליה אינו רלבנטי לתכליתו של חוק השבות, ואין לפרש את חוק השבות באופן המביא להפליה פסולה זו.²⁴

לכאורה, משנדרתה טענת המדינה כנגד זכאותם של העותרים לתעודת עולה לפי חוק השבות, נסללה הדרך בפני בית המשפט להכריע לגופו של עניין. אולם גם הפעם, כמו בפרשת פסדו, נמנע בית המשפט מהנדרעה ופנה שוב אל המדינה בבקשה כי תציג עמדה מהותית בשאלת אופיו של הגיור שנדוש כתנאי להפיכתו של אדם ליהודי כדי שיהיה זכאי למעמד של עולה לפי חוק השבות. השאלה הגדולה נותרה פתוחה, הגם שמועד ההכרעה הלך והתקרב.

מתוך ארבעת פסקי הדין שסקרנו עד כה, הכריע בית המשפט פעמיים, ופעמיים הסתפק בדחיית טיעוני המדינה מבלי להכריע באופן סופי בעתירה. גם בשני פסקי הדין שבהם הגיע בית המשפט להכרעה, הצטמצמה הכרעתו לשאלה מיהו יהודי או מיהו גר על פי חוק המרשם בלבד. אמנם, כפי שציינו לעיל, גם שאלת המרשם אינה חסרת משמעות, אך עם זאת אין ספק שהשאלה החשובה יותר היא מיהו יהודי או גר על פי חוק השבות, ובעניין זה נמנע בית המשפט באופן עקבי מלהחליט. בפרשת *טושביים II* הכריע בית המשפט לראשונה בשאלה מיהו גר על פי חוק השבות. נמפתיע, היתה מלאכתו קלה יחסית. לקראת הדיון הציגה המדינה את העמדה הזאת:

מדינת ישראל מכירה, באופן שוויוני, בגיור שנערך בחו"ל, על-ידי כל זרם מוכר ביהדות (אורתודוקסי, קונסרבטיבי, רפורמי) ובלבד שנערך במסגרת קהילה יהודית מוכרת בחו"ל, על-ידי אורגנים מוסמכים של הקהילה. ביסוד הכרה זו עומד העיקרון של כיבוד אקט של קהילה יהודית מוכרת בחו"ל.²⁵

24 עניין *טושביים I*, לעיל הערה 9.

25 עניין *טושביים II*, לעיל הערה 9, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

עם זאת ביקשה המדינה לקבוע שני סייגים להכרה. ראשית, גיור שהתבצע בחוץ לארץ יוכר רק אם המתגייר מצטרף לקהילה שבה התגייר, סייג שנימקה המדינה ברצון להבטיח את רצינות הגיור. שנית, הגישה הפלורליסטית תקפה רק בחוץ לארץ. בישראל, לעומת זאת, יוכר רק גיור שנעשה בפיקוח של מוסד ממלכתי שהוקם לפי המתכונת שהוצעה בהמלצות ועדת נאמן.

להבדיל מן הפעמים הקודמות, שבהן דחה את עמדת המדינה, הפעם מיהר בית המשפט לאמץ את עמדתה, העולה בקנה אחד עם עמדת העותרים. שופט אחד הצהיר כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית,²⁶ ושופטת אחרת קבעה כי מדובר ב"תפיסה המכירה בפלורליזם רעיוני-ערכי, המשתלב בתפיסות יסוד חוקתיות של חופש דת וחירות הרוח של האדם".²⁷ את הסייג הראשון דחה בית המשפט ברוב של 7 נגד 4. שופטי הרוב הסכימו שיש להבטיח את רצינות הגיור, לאור המשמעויות המשפטיות מרחיקות הלכת שנודעות לאקט, אך קבעו כי לשם כך אין צורך לחייב את המתגייר להצטרף לקהילה המגיירת, ודי בכך:

כי הגיור בקהילה יהודית מוכרת מחוץ לישראל שבעקבותיו באה עליה לישראל נעשה על פי אמות המידה הנוהגות בקהילה זו למי שמבקש להסתפח לאותה קהילה. לעניין זה די בכך כי האחראים לכך מטעם אותה קהילה יודיעו כי אדם התגייר בקהילה יהודית מוכרת על פי אמות המידה הרגילות המקובלות בה והנוהגות בכל הגיורים באותה קהילה – בין למי שמבקשים להצטרף לאותה קהילה ובין למי שאינם מבקשים להצטרף אליה.²⁸

ביחס לסייג האחר שהציעה המדינה, לגבי גיור שנערך בישראל, סירב בית המשפט להכריע, בטענה שאין הדבר נחוץ מאחר שכל הגיורים שנידונו בעתירה התבצעו בחוץ לארץ. עם זאת, מאמרות-אגב של נשיא בית המשפט ניתן להסיק בסבירות גבוהה, שגם מרכיב זה במאבק בשאלה 'מיהו גר' עומד להיות מוכרע לטובת הזרמים הליברליים.

ג. הכרעה מהותית-אידאולוגית

לאחר שתיארנו בקצרה את הפרשיות ואת הכרעת השופטים בכל אחת מהן, נעבור לדון ביתר פירוט בעמדות העקרוניות שהעלו השופטים. כאמור, לדעתנו, ניתן לחלק את העמדות, או ליתר דיוק את מתודות ההכרעה שנקטו השופטים, לארבע קבוצות. המתודה הראשונה היא הכרעה בשאלה לגופה, תוך ניסיון להתחקות אחר הפירוש הראוי למונח "יהודי". השופטים שפעלו על פי מתודה זו מדגישים את ההיבט האידאולוגי של השאלה. בהתאם לכך, אין הם מסתפקים בניתוח משפטי-פרשני צר אלא מבקשים לנתח

26 שם, פסקה 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

27 שם, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

28 שם, פסקה 19 לפסק דינו של הנשיא ברק.

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

את שאלת *מיהו יהודי* מנקודות מבט רחבות: מדעיות, היסטוריות, סוציולוגיות, פסיכולוגיות, לאומיות, ציוניות ודתיות. במוקד הדיון המהותי עומד בדרך כלל העימות בין גישה סובייקטיבית, שלפיה ההגדרה של הלאום חייבת להיקבע בהתאם לרצונו של האדם, לבין הגדרה אובייקטיבית. אף על פי שהגדרה אובייקטיבית אינה מחייבת בהכרח את אימוץ המבחן ההלכתי, ברוב המקרים, שופטים שתמכו במבחן אובייקטיבי אימצו בסופו של דבר את המבחן ההלכתי היהודי המסורתי.

ודוק, סקירת פסקי הדין של השופטים שפעלו בפרשיות הנידונות תגלה כי בחלק ניכר מהם נערכה בחינה מהותית-אידאולוגית של שאלת *מיהו יהודי*.²⁹ ואולם רוב השופטים העדיפו בסופו של יום שלא להשתית את הכרעתם (או לפחות לא להציג את הכרעתם כמושתתת) על הניתוח המהותי של שאלת *מיהו יהודי*, ורק חלק קטן מהם ביסס את מסקנתו על הכרעה בשאלה לגופה. בהמשך דברינו נבקש לבחון מה משקלו של הדיון המהותי אצל שופטים שנמנעו להסתמך עליו כבסיס להכרעתם, אך בשלב זה של הדיון נתמקד רק בחברי הקבוצה המצומצמת של שופטים שלא רק דנו בהיבט המהותי אלא גם הסתמכו עליו בהכרעתם, שכן רק אותם ניתן לזהות כאוחרים במתודת ההכרעה הראשונה. בקבוצה מצומצמת זו נכללים ממלא מקום הנשיא זילברג והשופט קיסטר בחוות דעתם בפרשת *שליט*, השופט טל בפרשת *פסדו גולדשטיין* והשופט אנגלרד בפרשת *נעמ"ת*.

מבין חברי קבוצה זו בחרנו להוסיף בחוות דעתו של השופט, וממלא מקום הנשיא, זילברג, בחוות דעתו בעניין *שליט*. לבחירתנו בזילברג כמייצג הקבוצה, שני טעמים. ראשית, מבחינה כרונולוגית, זילברג הוא הראשון בקבוצה זו. למעשה, כניסתו הראשונה לעובי הקורה נעשתה בפרשה קודמת, פרשת *רופאין* המפורסמת.³⁰ שנית, זילברג הוא גם הקיצוני מבין חברי הקבוצה בנכונותו לדון בעניין לגופו, מבלי להסתייע בטענות משלימות לעקיפת השאלה המהותית.

זילברג פותח את הדיון בהדגשת חשיבותה של השאלה המונחת לפתחו של בית המשפט ובהדגשת מרכיביה האידאולוגיים:

השאלה העומדת לידן בפנינו עולה בערכה וחשיבותה על כל מה שנדון בבית משפט זה למן יום היותו לבית משפט ישראלי ועד היום הזה. על אף היותה, מן הבחינה הקונקרטית, שאלה אישית, פעוטה, מצומצמת, הרי הדיון בה ובמרכיביה האידאולוגיים, יצריך חשבון נפש נוקב ויורד עד התהום, עם ישותנו כעם, מהותנו כלאום, ותפקידנו המדיני-ציוני בהחייאת הארץ הזאת.³¹

29 ראו, בייחוד חוות דעתו של השופט ברנזון, בעניין *שליט*, לעיל הערה 6, בעמ' 605-608.

30 בע"א 72/62 *אוסולד רופאין נ' שר-דפניס*, פ"ד טז(4), 2428, ביקש אוסולד רופאין ("האח דניאל"), יהודי פולני שהמיר דתו לנצרות עם פרוץ מלחמת העולם השנייה, להירשם כיהודי ולקבל אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות. בית המשפט דחה את העתירה. בחוות דעתו הסביר זילברג כי לא ניתן לראות ביהודי שהמיר דתו מרצונו, "יהודי" על פי חוק השבות. לדיון ביקורתי בעמדתו של זילברג, ראו: מ' הלברטל "מיהו יהודי", בתוך: *תרגומי יהודית בעין הסערה* (א' שגיא ונ' אילן [עורכים], עין צורים תשס"ב) 233, 240-244.

31 בג"ץ *שליט*, לעיל הערה 6, בעמ' 492.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

עוד מציין זילברג כי לדעתו, בית המשפט אינו הגוף המתאים להכריע בשאלה.³² לדעתו, הגוף שראוי היה שיכריע בה הוא "האומה הישראלית כולה"³³ באמצעות גוף ייצוגי (שאינו בנמצא). אולם בה בעת זילברג סבור כי משנשאלה השאלה, אין שופטי בית המשפט "בני חורין להיפטר הימנה".³⁴ זילברג פונה אפוא לבחינת השאלה בניסיון לברר "מהי עמדת היהדות כלפי הבעיה הנידונה".³⁵

לפני שהוא נכנס לעובי הקורה, זילברג מבהיר עוד כי אפשר וניתן היה "לקבור" את הבעיה מתחת לערימת ההוראות... של חוק מרשם האוכלוסין,³⁶ אך הוא בוחר שלא ללכת בדרך זו "אף כי קלה היא, כי לא... פתרון בעייתה של משפחת שליט, הוא ראש דאגותינו במשפט זה" אלא שאלה, ש"בנפשנו היא", אשר "חייבת לבוא על פתרונה המלא".³⁷ השאלה, כפי שמנסח אותה זילברג, היא: "הקיים מבחן אחר, זולת מבחן ההלכה, לקביעת זהותו הלאומית של היהודי?"³⁸ לאחר הצהרת כוונות זו, זילברג פונה לדון בשאלה לגופה, ולאחר דיון ארוך הוא מגיע למסקנה כי "החיפוש אחרי מבחן חדש של זהותנו הלאומית, מהווה שלילה גמורה של המשך קיומו של העם היהודי",³⁹ דבר שיש לדחותו על הסף.

כאמור בתחילת המאמר, אין בכוונתנו לדון בשאלת מיהו יהודי לגופה, לכן אין צורך שנבחן לגופם את הנימוקים שזילברג מביא לביסוס טענתו-מסקנתו. לענייננו חשובה רק מתודת ההכרעה העקרונית שהפעיל; הכרעה מהותית בהתאם לשיקולים אידאולוגיים (יהודיים-ציוניים-הלכתיים) מובהקים. כיוון שכך, ברצוננו להתמקד בשתי האמירות שבראשית חוות דעתו של זילברג, הבאות להצדיק את בחירתו במתודת ההכרעה המהותית: הראשונה, שלמרות אי-ההתאמה של בית המשפט לדון בעניין, הוא נאלץ לדון בו, והשנייה, שעל אף האפשרות להיחלץ מן הצורך בדיון עקרוני, הוא בוחר שלא לחמוק אלא לאתוז בשור בקרניו. לדעתנו, קיים מתח פנימי בין שתי טענותיו של זילברג, כשהאחת סותרת את האחרת.

בראשית דבריו זילברג מחווה דעתו שטוב היה לו לבית המשפט שלא ידון בסוגיה, משום שאינו הגוף שניתן לראותו מבחינה מוסרית כמוסמך להכריע בה. אם ידון בעניין, מסביר זילברג, הרי זה רק משום שבתפקידו כשופט אינו יכול להתעלם מן הבקשה שהוגשה. אולם אם כאלה פני הרברים, אין זה ברור כלל ועיקר מדוע לא יבחר זילברג בדרך ביניים, דרך של הכרעה ללא הכרעה, אם זו פתוחה בפניו, כפי שהוא עצמו סבור. ייתכן שכדעת זילברג, שאלת מיהו יהודי "בנפשנו היא", ואפשר גם שהיא "חייבת לבוא על פתרונה המלא". אולם אם לדעת זילברג אין בית המשפט הגוף הראוי לספק פתרון מהותי לשאלה,

32 "אודה ולא אבוש כי אילו נשאלתי מראש לפני הגשת העתירה אם הבעיה שבה עשויה להתמצות עד תום בבית המשפט שלנו הייתי עונה לא בא' רבתי", שם, שם.

33 שם.

34 שם.

35 שם.

36 שם.

37 שם.

38 שם.

39 שם, בעמ' 503.

עצמיתה של השאלה ודחיפותה אינן יכולות להצדיק בחירה מצדו של זילברג לעסוק בה לגופה, כשלרשותו האפשרות לחמוק מהכרעה מהותית. אם זילברג אינו בוחר באפשרות של הכרעה ללא הכרעה, כנראה זה משום שאינו סבור באמת שאין ראוי שבית המשפט יכריע בעניין. אם כן, טענתו השנייה של זילברג סותרת את שתי הקביעות שבטענתו הראשונה; זילברג אינו נכפה להכריע אלא בוחר לעשות כן, ומתברר עוד שאינו סבור באמת שאין בית המשפט ראוי להכריע בעניין.

עד כאן הראינו שטענתו הראשונה של זילברג בדבר היעדר האפשרות להתחמק מהכרעה, נסותרת על-ידי טענתו השנייה בדבר האפשרות להכרעה ללא הכרעה. אולם למעשה, נוסף על נתיב המילוט שזילברג מצביע עליו, של הכרעה מבלי להידרש להיבטים המהותיים של הסוגיה, עמד לרשותו מוצא אלגנטי נוסף, שגם בו בחר שלא להשתמש. פרשת שליט נבחנה במסגרת בג"ץ. עיקר עיסוקו של בג"ץ הוא ביחסי פרט-שלטון, והבקשות הסטנדרטיות המופנות לבג"ץ במסגרת ההליך הן למתן הוראות לרשויות השלטון האחרות. הסמכות המוענקת לבית המשפט בשבתו כבג"ץ רחבה מאוד בהיקפה, וככל שהיא כרוכה במתן הוראות ובהתערבות בפעילותם של גופי שלטון אחרים יש המטילים ספק בלגיטימיות שלה, בתועלת שבהפעלתה, או במידת הכשירות של בית המשפט להפעילה. תקציר היריעה מלפטר את הטעמים השונים להסתייגות, אך לענייננו נציין רק כי בצד הסמכות שהועמדה לרשותו של בית המשפט, נמסרו בידי גופי מפתחות המאפשרים לו לבחור שלא להפעיל את הסמכות המסורה לרשותו. אחד הכלים העומדים לרשותו של בית המשפט כדי להימנע מכניסה לעובי הקורה הוא דוקטרינת חוסר השפיטות. אם סבר השופט זילברג כי לא ראוי שידון בעתירה לגופה, יכול היה להשתמש בדוקטרינה הזאת.⁴⁰

מן האמור עד כה עולה כי השימוש של זילברג במתודת ההכרעה המהותית-אידאולוגית אינו פרי אילון אלא נעשה מתוך בחירה. השאלה שברצונו לברר כעת היא, מהי ההצדקה שזילברג מוצא לבחירה במתודה זו. ומונח שבתרנו, 'הצדקה', טמונה ההנחה שמהו בעייתי במתודת ההכרעה המהותית, שאם לא כן לא היה צורך בהצדקה. בהמשך דברינו נבחיר בפירוט יחסי את הטעם להסתייגות מן המתודה המהותית, אולם כעת די שנצביע על האינטואיציה המקובלת, שלפיה תפקידו של השופט אינו ליצור נורמות המתבססות על

40 על דוקטרינה זו, ראו: א' בגדור "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק" משפטים יז (חשמ"ח) 592; A.L. Bendor "Are There Any Limits to Justiciability?" 7 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 311 (1997). כידוע, במהלך השנים נעלם השימוש בדוקטרינה במשפט הישראלי כמעט לחלוטין, וכנקודת מפנה בעניין ניתן להצביע על בג"ץ 910/86 דסלד ואח' נ' שד הביטחון, פ"ד מב(2) 441. בשנים האחרונות ניכרת התעוררות מסוימת של הדוקטרינה, והשופט המוביל במהלך ההחייאה הוא יצחק זמיר. ראו, למשל, דבריו של זמיר בבג"ץ 8666/99 תנועת נאמני הר הכית נ' היועמ"מ, פ"ד נד(1) 199 וב בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה, פ"ד נה(2) 455. זילברג עצמו נדרש לדוקטרינת חוסר השפיטות בבג"ץ 295/65 הלל אופנוזימר, ו-7 אח' נ' שר הפנים והכריאות, פ"ד כ(1) 309, 331-328. זילברג טוען שם שדוקטרינת אי-השפיטות מופשטת ונטולת הגדרה ברורה (מסתמך על מחקרו של ויתקין), אבל מוכן בכל זאת לאמצה בעניינים של מדיניות (תוך, פנים, כלכלה). ניכר כי זילברג מעדיף שלא לעשות שימוש בדוקטרינה זו. במקרה הספציפי, שבו התבקש בית המשפט לצוות על מחוקק המשנה להחקין תקנות (דבר שחויב לעשות מכוח חוק), השופט זילברג אינו משתמש בדוקטרינה וטוען כי בית המשפט יכול להתערב.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

השקפת עולמו אלא להחיל נורמות קיימות שנתקבלו בהליך דמוקרטי בידי רשויות השלטון המופקדות על יצירתן. ודוק, ההפרדה החדה בין החלתן של נורמות ליצירתן היא כמובן מלאכותית, וברור שהכרעה שיפוטית אינה יכולה להיות חפה לחלוטין משיקול דעת שבאופן בלתי נמנע מעורבת בו גם מידה של סובייקטיביות ערכית.⁴¹ אולם מה שהשופט זילברג עושה בפרשת שליט הוא מעשה טהור של הכרעה ערכית, החורג לכאורה מן המקובל גם לפי התיאור הממותן של ההליך השיפוטי שהצענו זה עתה. מדוע זילברג בוחר בדרך זו ולא באחת משתי האפשרויות החלופיות שעמדו לרשותו (קבורת המתח האידאולוגי של העניין במעטה הפרשנות הטכנית של חוק המרשם, או סירוב לדון בעניין, בטענת היעדר שפיטות)? נדמה שתשובה אפשרית מצדו של זילברג לשאלה ניתן לחלץ מבין קפליו של הנימוק שהוא עצמו מעלה כנגד הכרעה של בית המשפט. עיון בדבריו שם מלמד שלא שאלת הלגיטימיות שבהכרעתו של בית המשפט דווקא היא שעומדת ביסוד התנגדותו של זילברג. מבחינתו, גם המחוקק הישראלי ואפילו הציבור הישראלי בכללותו, בהכרעה של דמוקרטיה ישירה, אינו מוסמך להכריע בשאלה מיהו יהודי על פי חוק השבות והמרשם. זילברג מטעים כי בעל דינם האמתי של העותרים הוא "כלל ישראל", שכן מדובר כאן בשאלת הגדרתו של הקולקטיב שגבולותיו אינם נתחמים בגבולותיה של המדינה. אולם אם אכן, כדבריו של זילברג, אין גוף המייצג את כלל ישראל, אפשר שמבחינתו אין עדיפות להכרעת הכנסת על הכרעתו של בית המשפט.

אם ההסבר שהצענו זה עתה עומד בבסיס בחירתו של זילברג, יוצא שזילברג אינו חולק בעיקרון על טענת חוסר הלגיטימיות בהשתתף הכרעותיו של בית המשפט על בסיס ערכי-אידאולוגי. מבחינתו, בדרך כלל אכן ראוי שבית המשפט יתרחק משימוש בערכיו בתהליך הפסיקה. נכונותו להכניס את בית המשפט לעובי הקורה בשאלת *מידו יהודי*, חריגה ונובעת רק מן ההנחה שאין גוף שהכרעתו תהיה לגיטימית יותר. אולם אין הנחה זו מובנת מאליה. עניין אחד הוא לומר שראוי היה שההכרעה תיפול בידי גוף המייצג את כלל ישראל, ועניין אחר הוא לטעון שבהיעדר גוף כזה אין עדיפות להכרעת הכנסת או להכרעת הזרוע המבצעת על פני הכרעת בית המשפט. גם אם הפנסת או הממשלה אינן המייצגות המיטיביות של הציבור בעל זכות ההכרעה, עדיין קיימים טעמים כבדי משקל להימנעות (של בית המשפט דווקא) מכניסה לשדה המערכה האידאולוגי. אם כן, התמיהה על זילברג נותרת על כנה.

בטרם נעבור לתיאור המתודות האחרות שהופעלו בידי בית המשפט בפרשיות השונות, נבקש להצביע על נקודה מעניינת הקשורה במכנה המשותף של השופטים החברים בקבוצת ההכרעה הערכית. חברי קבוצה זו, רובם ככולם אורתודוקסים. נתון זה יכול אולי להסביר את הכרעתם לטובת המבחן ההלכתי, אולם בה בעת הוא מעורר תמיהה מסוימת. כידוע, בשנים האחרונות נחשף בית המשפט העליון לביקורת חסרת תקדים בקרב קבוצות שונות בציבור הישראלי, ביקורת היוצאת כנגד הממד הערכי שבהכרעותיו. מבין קבוצות אלו בולטת בייחוד הקבוצה הרתית-החרדית.⁴² מעניין לגלות ש"נציגיה" של קבוצה זאת דווקא מרשים לעצמם

41 דאו בעניין זה: ג' ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 461.

42 די לנו אם נזכיר את הפגנת רבע המיליון שקיימו החרדים לפני שנים מספר כנגד בית המשפט העליון.

להסתמך בגלוי על טיעונים ערכיים סובייקטיביים בהכרעה בשאלות שנויות במחלוקת. אמנם, כפי שנראה להלן, אין השימוש בשיקולים ערכיים סובייקטיביים נחלתו של השופט הדתי בלבד, וגם חלק גדול מהשופטים החילונים מפעיל שיקולים כאלה. אולם ההבדל בין השופט החילוני לדתי הוא שהחילוני מנסה לפחות להצניע את הממד הערכי ומבקש להציג את הכרעתו כנייטרלית, בעוד שהשופט הדתי מחזין ממד זה, לפעמים יותר ולפעמים פחות. שאלה היא כמובן איזו משתי הגישות ראויה יותר, זו המבצעת הכרעה אידאולוגית אך מצניעה אותה, או זו החושפת אותה ברבים. כך או כך, העובדה שנציגי הציבור הדתי, המבקרים את הממד הערכי שבהכרעות שופטיו החילונים של בית המשפט, משתמשים בעצמם בסוג כזה של שיקולים, עשויה, ובצדק, להומין את התגובה: "קשוט עצמך ואחר כך קשוט אחרים".⁴³

ד. הכרעה נייטרלית

1. מבוא

כאמור, זילברג עצמו, שבחר להכריע בשאלה הכרעה ערכית-אידאולוגית, הזכיר בדבריו גם אפשרות נוספת, שבית המשפט יכריע מבלי להידרש לשאלה העקרונית המהותית. זילברג לא בחר באפשרות הזאת אבל שופטים אחרים – שופטי הרוב בעניין שליט, ובעקבותיהם גם שופטי הרוב בעניין פסדו ונעמ"ת – בחרו בה דווקא. שופטים אלו טענו כי ניתן להכריע במקרים הנידונים באופן נקודתי וטכני על בסיס דיני המרשם. הם גם הציגו את הכרעתם כנייטרלית, במובן זה שאינה מבוססת ואף אינה מובילה הלכה למעשה להכרעה בשאלה המהותית, מידו ידו. להלן נתאר עמדה זו ונבקש להראות מדוע תיאורה של האפשרות כנייטרלית במובן של הימנעות מהכרעה עניינית בשאלה מיהו יהודי הנו בעייתי למדיי הן מנקודת מבט הבוחנת את התוצאה האובייקטיבית של פסק הדין והן מנקודת המבט הבוחנת את המוטיבציות של השופטים.

מנקודת מבט תוצאתית, נטען כי ההתייחסות הטכנית-הסטטיסטית למרשם מטעה וכי למרשם השלכות רבות: סמליות, חברתיות ומעשיות. כיוון שכך, קשה להתייחס לפסק דין המאפשר לרשום כיהודי מי שאינו יהודי בהתאם להלכה כפסק דין נייטרלי בתוצאתו. במבט הבוחן את המוטיבציה של השופטים נטען כי בניגוד למצג הנייטרלי שביקשו להציג, חלק מן השופטים שבחרו בדרך זו שזרו בחוות דעתם סימני דרך מספיקים כדי לתת יותר מרמז לגבי

43 הדברים אמורים בייחוד ביחס לשופט אנגלרד, שהביע לא פעם התנגדות להפעלת שיקול דעת סובייקטיבי חזק מצדו של בית המשפט. ראו, למשל, דבריו בע"א 6024/97 שביט נ' חברא קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600. גם על זילברג ניתן לתמוה, אם כי מכיוון אחר. חוות דעתו של זילברג בפרשת שליט צבועה בצבעים עזים ונחרצים. שזורות בה אמירות בוטות דוגמת זו: "כל המנתק את הלאומיות היהודית מיסודותיה הדתיים, פוגע בבבית עינה של תביעתנו הפוליטית לארץ ישראל. ניתוק כזה כמוהו כמעשה בגד ממש". עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 498. מעניין לגלות כי בניגוד לגחש"א ולבוטות הבאות לידי ביטוי כאן, בפסקי דין אחרים זילברג מגלה מידה רבה של הבנה למורכבות השאלה ולהיעדרן של תשובות חתכות. ראה הדיון בסגנונו של זילברג במאמרה של מ' אלברשטיין "מרינר ועד ברדה, והמצב האפורטי: עיון בסגנונות פרשנות משתנים בפסיקתו של בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 633.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

הכיוון המהותי שלכם נוטה; כיוון המעריך את ההגדרה הסובייקטיבית של מיהו יהודי על פני ההגדרה האובייקטיבית, תוך התבססות על השקפת עולם ליברלית. בעקבות הדיון במצג הנייטרליות, נבחן טענה נוספת העולה במרומו מדברי השופטים בפסק הדין, ולפיה ההכרעה תיחשב נייטרלית גם אם נסכים שהכרעתם בשאלת מיהו יהודי, המאמצת את המבחן הסובייקטיבי בשאלת מיהו יהודי, היא הכרעה מהותית המבוססת על השקפת עולם ליברלית. כלפי עמדה זו נבקש לטעון שתי טענות. ראשית, נטען כי ההתבססות על צורת החשיבה הליברלית מהווה הכרעה ערכית שאינה יכולה להיחשב נייטרלית. שנית, נבקש להראות שכלל לא ברור שאימוץ נקודת מוצא ליברלית מחייב את קבלת עמדת העותרים והכרעה לטובת מבחן ההשתייכות הסובייקטיבי.

2. נייטרליות "מרשמית": הפיצול בין דיני המרשם לדין המהותי
לאורך השנים, מאז פסק הדין בעניין שליט ועד היום, צידדו שופטי הרוב בבית המשפט בעמדתם של העותרים בבקשתם להירשם כיהודים לצורכי חוק המרשם. בשלב הראשון קיבלו שופטי הרוב את העתירה לרישום ילדי שליט כיהודים אף על פי שאמם אינה יהודייה, ודחתם אינה יהודית. בשלב השני, לאחר שנוספה לחוק הגדרת יהודי שכללה שתי קטגוריות, אם יהודייה או גיור, התקבלה העתירה לרישום כיהודים של מתגיירים בגיור שאינו אורתודוקסי. אולם בשני המקרים טענו שופטי הרוב כי אין בהחלטתם משום נקיטת עמדה במחלוקת המהותית בשאלה מיהו יהודי וביקשו להציגה כנייטרלית. הנמקתם של שופטי הרוב התבססה על רציונל שפותח לראשונה בפרשה אחרת, פרשת פונק שלזינגר,⁴⁴ שעסקה במחלוקת על פריט אחר במרשם האוכלוסין, הלוא הוא פריט "המצב המשפחתי". כדי להבין את הרציונל של שופטי הרוב בעניין מיהו יהודי עלינו לתאר תחילה בקצרה את מבנה הטיעון של בית המשפט במחלוקת סביב שאלת רישום המצב המשפחתי.
גברת פונק, נוצרייה תושבת ישראל (מכוח אשרה לישיבת קבע), נישאה בקפריסין בנישואין אזרחיים למר שלזינגר, יהודי אזרחי ישראל. מצוידת בתעודת הנישואין הקפריסאית, שניתנה לה על-ידי קצין מחוז קפריסאי, ביקשה גברת פונק שלזינגר להירשם במרשם כנשואה. שר הפנים סירב לבקשה, שכן על פי דיני המעמד האישי של הצדדים אין הם נשואים. כנגד סירוב זה כוונה העתירה. בית המשפט העליון (מפי השופט זוסמן, בהסכמת השופטים ברנזון, ויתקון ומני וכנגד דעתו החולקת של השופט זילברג) קיבל את העתירה. השופט זוסמן ניתח את ההוראות של פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949. אשר לתפקידו של פקיד המרשם על פי פקודת המרשם הוא קבע: "תפקידו של פקיד הרישום, על-פי הפקודה הנ"ל, אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו".⁴⁵
על מהותו של המרשם על פי פקודת המרשם, כתב השופט זוסמן כי "הפקודה הנ"ל לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כוח של ראייה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה

44 בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (להלן: עניין פונק שלזינגר).

45 שם, בעמ' 244.

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

היא... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא-נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו".⁴⁶

ומוסיף השופט זוסמן:

ברשמו את מצבו המשפחתי של תושב, אין זה מתפקידו של פקיד הרישום ליתן רעתו על תוקפם של הנישואין. חזקה על המחוקק שלא הטיל על רשות ציבורית חובה שאין היא מסוגלת למלאה. די לו לפקיד, לצורך מילוי תפקידו ורישום המצב המשפחתי, אם הובאה לפניו ראיה שהתושב ערך טכס נישואין. לשאלה מה תוקף יש לטכס שנערך, יש לעתים פנים לכאן ולכאן ובירור תוקפם חורג מגדר מרשם התושבים.⁴⁷

עיון מדויק בדבריו של זוסמן ומלמד שהנמקתו היא למעשה כפולה. ראשית, הרישום בעניין הנישואין אינו ראיה לכאורה לגבולות האמור בו, ושנית לפקיד לא ניתנה הסמכות להכריע בעניין. שני הנימוקים מצטופים זה לזה. אם היה מדובר בעניין שיש לו נפקדות מעשיות משמעותיות, לא ניתן היה להעביר את הנושא בקלות כזו בנימוק שהפקיד אינו רשאי להכריע. אם הפקיד אינו רשאי להכריע, מן הדין שיעשה זאת בית המשפט, בדרך של פרשנות החוק. בית המשפט נמנע מהכרעה רק בדרך של תיאור הסוגיה כשולית.⁴⁸

בפרשות שליט, פסדו ונעמ"ת, זשתמשו שופטי הרוב באותה הנמקה בדיוק – כלומר בניסיון להמעיט מחשיבותו של מרשם התושבים – הפעם לגבי פריט הלאום. אם אין לפריט הלאום במרשם חשיבות כלשהי, משים שלאמור בו אין תוקף אפילו של ראיה לכאורה, אין בהכרעה לטובת העותרים בקשר למרשם משום הכרעה עקרונית בשאלה מיהו יהודי, ולכן אין בה משום סטייה מעמדה נייטרלית. שופטים אלו טענו כי הן המוטיבציה שלהם והן התוצאה שהגיעו אליה עומדות במבחן הנייטרליות. אולם, לדעתנו, הטענה לנייטרליות אינה עומדת לא במבחן התוצאה ולא במבחן המוטיבציה. נפתח בתוצאה ונסיים במוטיבציה.

3. כשל הגישה במבחן התוצאה

כאמור, יומרתם של שופטי הרוב בפרשת שליט לנייטרליות נסמכת על ניסיונם להמעיט מחשיבותו של מרשם התושבים. אם אין למרשם חשיבות כלשהי, אין בהכרעה לטובת העותרים ובאימוץ הגישה הסובייקטיבית בקשר למרשם משום הכרעה עקרונית בשאלה מיהו יהודי, ולכן אין בה משום סטייה מעמדה נייטרלית. לדעתנו, הגישה המבקשת לפצל בין דיני המרשם לבין הדין המהותי לוקה בשלושה פגמים יסודיים:

46 שם, בעמ' 249.

47 שם, בעמ' 252.

48 כפי שמיד נראה, הסוגיה אינה שולית כלל ועיקר. הן בסוגיית הלאום והן בסוגיית המצב המשפחתי, לרישום נפקדות מעשיות מרחיקות לכת. אולם גם אם לרישום לא היו כל הנפקדות הללו, עדיין הטענה שפקיד המרשם אינו מוסמך להכריע בשאלה סבוכה זו, נראית תמוהה. אין מדובר כאן בשאלה עובדתית שביחס אליה מורים לפקיד שלא להיכנס. העובדות ברורות, והשאלה נוגעת במשמעותן המשפטית. אין ניתן להשאיר שאלה כזאת פתוחה לאורך שנים, אפילו אם אין להכרעה בה נפקדות משפטיות מרחיקות לכת?

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

1. המרשם הוא סמל של המדינה ולכן עצם הרישום במרשם הוא בעל נפקות.
2. בהקשרים מסוימים, בייחוד בהקשר של דיני המשפחה, יש למרשם תוצאה מעשית מעבר למשמעותו הסמלית.
3. גם אם המרשם עצמו אינו חשוב, ההגדרה שתאומץ בבית משפט לצורכי המרשם עשויה לזלוג בעתיד להגדרות נוספות בעלות משמעות מהותית. יש יסוד לחשד שזה הבסיס להחלטת בית המשפט בפרשת נעמ"ת לפצל באופן מלאכותי את ההכרעות בנושאי המרשם והשבות, למרות הבהרת המחוקק, כי הגדרת "יהודי" בשני המקרים זהה.

(א) המרשם כסמל

שופטי הרוב טוענים כי המרשם עצמו חסר חשיבות. אולם כבר בפרשת שליט דחו שופטי המיעוט טענה זו. כך למשל שואל השופט לנדוי: "אם כל זה הוא עניין של מה בכך, מדוע נלחם העותר בעקשנות כזאת על עתירתו, ומדוע עורר הדיון בעתירה זאת התעניינות כללית כזאת בציבור על כל חוגיו, בארץ וגם ביהדות התפוצות?"⁴⁹ גם הנשיא אגרנט מתבטא באותה נימה, באמרו כי "רישום כזה, לכשיוכשר, לא יהיה בעל ערך טכני בלבד, אלא גם בעל חשיבות מבחינה מדינית חברתית, דבר המוכח הן על-ידי הוויכוח הגדול שניהלו חברי הכנסת על אותו נושא... והן על-ידי ההתעניינות הרבה, אשר עורר המשפט שלפנינו, בקרב הציבור הרחב".⁵⁰

שלושים שנה מאוחר יותר, בפרשת נעמ"ת, חוזר השופט אנגלרד על שאלתם-תמיהתם של לנדוי ואגרנט, ואומר:

הרוב בפרשת... שליט... לא נלאה מלהדגיש כי הרישום במרשם האוכלוסין אינו אלא עניין סטטיסטי, חסר משמעות ממשית, וכי אין בו הכרעה מהותית בשאלה האידאולוגית של מיהו יהודי. אולם לא רק חלק מחברי ההרכב של בית משפט זה סירבו לקבל רעיון זה, אלא גם הציבור הרחב לא שעה לו; בעקבות פסק הדין בפרשה ההיא פרצה סערה פוליטית, שהביאה לשינוי מהיר ביותר של החוק, אשר ביטל את ההלכה שנפסקה זה עתה ברוב דעות דחוק... ואמנם, אם רק בסטטיסטיקה חסרת משמעות עניינית מדובר, מדוע המשך המאבקים הרבים על הרישום? מדוע פסקי הדין הרבים המשתרעים על עשרות עמודים ובהם נחלקות דעות השופטים? האמת היא, כמובן, כי הסמל כאן הוא המהות, וללא השקפת עולם נתונה אין הכרעה בשאלת הרישום ואין סטטיסטיקה.⁵¹

טענתם של שופטי הרוב, ויתקון, זוסמן ויתר חבריהם למחנה "הגייטרלי", שלפיה סוגיית המרשם נייטרלית "לעניין המאבקים השונים המתנהלים מאז קום המדינה בענייני לאום, דת ונישואין", נסתרת על-ידי שופטי המיעוט בהצביעם על החשיבות שהציבור מייחס להכרעתה של המדינה בעניין. אך טענתם של שופטי המיעוט אינה נעצרת כאן. שופטי המיעוט דוחים

49 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 526.

50 שם, בעמ' 598.

51 עניין נעמ"ת, לעיל הערה 8, בעמ' 755-756.

גם את הקביעה של שופטי הרוב, שהיעדרות לתביעת שליט "מוגבלת לרישום במרשם, ואין לה אף תוקף של ראייה לכאורה". הם מצביעים על המשמעות המעשית הפוטנציאלית (מעבר למשמעות הסמלית) שעשויה להתלווה להכרעה בשאלת המרשם.⁵² נבאר.

(ב) התוצאות המשפטיות המעשיות של המרשם

כאמור, בבסיס הפיצול בין המרשם לבין הדין המהותי, עומדת הטענה כי תוכן המרשם אינו הוכחה לנכונותו, ומכיוון שכך אין לתוכן המרשם השפעה מעשית. ברם מתברר כי בית המשפט מיישם את המדיניות המפצלת גם במקרים שבהם, בהתאם לחוק, המרשם מהווה ראייה לנכונותו. כך אירע בפרשת *כרנ קדיש* שנפסקה לאחרונה, שבה הפעיל בית המשפט את טקטיקת ההכרעה הנייטרלית, הפעם לגבי רישום בנות זוג כהורות משותפות בהסתמך על פסק דין זר. חוק מרשם האוכלוסין מנחין במפורש בין פרטי המעמד האישי, הלאום והדת, שלגביהם נאמר במפורש שהרישום אינו מהווה ראייה לתוכנם, לבין יתר הפרטים המופיעים במרשם, ובכללם הורות, שלגביהם נאמר במפורש כי כל העתק או תמצית מן המרשם וכן כל תעודה שניתנה לפי החוק יהיו ראייה לכאורה לנכונותם.⁵³ על פניה, הטקטיקה הנייטרלית אינה מתאימה כאן, וכך אכן טען במפורש שופט המיעוט זועבי.⁵⁴ אולם שופטות הרוב בתיק בחרו להתעלם לחלוטין מטענתו של זועבי.⁵⁵

כל זאת ביחס לפריט ההורות, שאת תוקפו הראייתי אין החוק שולל. אולם, לדעתנו, למרשם משמעות מעשית ממשית גם לגבי פרטים שנאמר במפורש כי אין ברישומם ראייה

52 יצוין שלנדוי, בחוות דעתו, אינו מתוושם מן הטענה הטכנית שחוק המרשם עצמו קובע שרישום הלאום אינו מהווה ראייה לכאורה לאמנות הכתוב בו. לדעתו, "הרישומים במרשם – וגם רישומי הדת והלאום – הם בבחינת 'תעודה ציבורית' במובן פקודת העדות, ונראה לי שאם כי אין הם ראייה לכאורה, עדיין הם כגדר ראייה כלשהי". עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 526.

53 ראו סעיף 3 לחוק המרשם; עוד ראו: מ' שאוהר "רישום והכרה של צו אימץ זר במסגרת משפחה לסביבת קדיש משפט א (תשס"א) 103, 108.

54 ראו פסק דינו של השופט זועבי בבג"ץ 1779/99 *כרנ קדיש נ' שר הפנים*, פ"ד נד(2) 368 (להלן: עניין *כרנ קדיש*), בעמ' 381 מול האות ד.

55 יש שיטענו כי בחירתן של שופטות הרוב להתעלם מהערתו של השופט זועבי אינה מקריה אלא מכוונת ומשקפת את אהדתן לעמדת העותרות. בין שההשערה נכונה ובין שאינה נכונה, ברצוננו להצביע, במאמר מוסגר, על כך שהניצחון, אם הוא נתפס ככזה, של הקהילה ההומו-לסבית, בפרשת *כרנ קדיש*, עשוי להתגלות כניצחון פירוס. כאמור, ההסתמכות המחלטת של הרשויות על המרשם, בכל האמור ברישום הנישואין, נובעת מכך שהמרשם עצמו אינו יכול להדליק נורה אדומה בשל הזהות, מבחינה רישומית, בין הנישואים בנישואין אווירודוקסיים והנישואים בנישואין אורחיים. לעומת זאת, רישום משותף כהורים של בני זוג מאותו מין בולט מיד מן המרשם. כיוון שכך, קיימת אפשרות ממשית שרשויות מסוימות עשויות לסרב להסומך על המרשם ולא להכיר בהורות המשותפת, על אף האמור במרשם. יוצא אם כן שהטקטיקה שנקטו שופטות הרוב בפרשת *כרנ קדיש*, להכריע בעניין הרישום מבלי להכריע בתוקף המהותי של האימוץ בחוץ לארץ, עשויה לפגוע לטווח ארוך, באופן מהותי, באינטרס של בנות הזוג ושל ילדיהן להכרה בהורות המשותפת. לביקורת דומה, ראו: שאוהר, לעיל הערה 53. לאחר שמאמר זה נמסר לדפוס יצא פסק הדין ע"א 10280/01 *טל ירום חקק ואח' נ' היועמ"ש* שלא כמו בפרשת *כרנ קדיש* שהתבסס על עניין הרישום, בפסק דין זה נערך דין מהותי בשאלת האימוץ ומשום כך, פסק דין זה אינו חשוף לביקורת אותה השמענו על פרשת *כרנ קדיש*.

לנכונותם.⁵⁶ כך, למשל, לגבי פריט המצב המשפחתי. בפועל, רשויות השלטון השונות – משרד השיכון, הביטוח הלאומי, שלטונות הצבא, שלטונות המס ועוד – בוחנות בדרך כלל את מצבם המשפחתי של בני הזוג בהתאם למרשם ולתעודת הזהות, ואינן מחפשות ראיות לתמוך במצג העולה מן המרשם.⁵⁷ לכאורה, ניתן היה להשיב שהפתרון לבעיה צריך להימצא בשינוי מדיניותן של רשויות המדינה ולא בנסיגה מן הגישה הנייטרלית. כך גרס הנשיא ברק, שנקט גישה נייטרלית בפסק דינו בפרשת נעמ"ת, כשהסביר כי "רשויות הציבור צריכות להיות ערות לאופיו המיוחד של המרשם, ולאופן בו מופעל שיקול הדעת המנהלי במסגרתו". עם זאת נראה לנו תמוה שאותו בית משפט שאינו סומך על פקיד המרשם, שעיקר עיסוקו בענייני נישואים, שידע להבחין בין נישואים כשרים לנישואים שאינם כשרים, מצפה מפקידים שאין זה תחום התמחותם, כגון פקיד השומה במס הכנסה או האחראי על המשכנתאות במשרד השיכון, לנהל חקירה עצמאית על דרך הנישואים של בני זוג הנזקקים לשירותיהם ועל תוקפם המשפטי. מציאות דומה קיימת גם בזכויות של נשואים כלפי אנשים או גופים פרטיים, כגון הזכות של בן הזוג הנשוי לדירור מוגן על פי חוק הגנת הדייר, או הזכות לפיצויים של בן הזוג הנשוי לפיצוי בשל פגיעה מתאונה לפי חוק לפיצוי נפגעי תאונות דרכים. אין זה ריאלי לצפות מן המתדיינים – חברת הביטוח או בעל הדירה – שברוב המקרים אינם מודעים לאורח החיים ולהיסטוריה של בעלי דינם, להעלות על דעתם, ללא רמז במרשם שיעיד על כך, שבני הזוג נישאו בנישואים אזרחיים. כפועל יוצא מכך, הנישואים בנישואים אזרחיים ובנישואים קונסולריים נהנים כיום באופן מעשי כמעט מכל הזכויות שזכאים להן בני זוג נשואים,⁵⁸ גם ללא הכרעה מהותית בשאלת תוקפם המשפטי של מסלולי נישואים אלה.

הדוגמה שהבאנו זה עתה מבססת את הטענה שבניגוד לטענת שופטי הרוב בפרשת פונק-שלזינגר ושל"ט, למרשם משמעות רבה מעשית, ולא רק סמלית. אף על פי שבמדינת ישראל מוכרים על פי חוק רק נישואין דתיים, טקטיקת ההכרעה הנייטרלית בעניין רישום המעמד האישי אפשרה יצירתו של מסלול נישואין חלופי אפקטיבי. ניתן לומר שבפסק דינו בפרשת פונק-שלזינגר ייסד בית המשפט העליון את מוסד הנישואין האזרחיים במדינת היהודים.⁵⁹ מציאות זו מזמינה את השאלה האם כבר בפרשת פונק-שלזינגר היה בית המשפט

56 ראו סעיף 3 לחוק המרשם שמוציא מגדר "הראייה לכאורה" את פסקאות 5-8 בסעיף 2 לחוק הנוגעים לפרטים הבאים: לאום, דת, מצב אישי ושם בן הזוג.

57 ראו בעניין זה תצהירו של פקיד הרישום הראשי: בג"ץ 230/86 מילד נ' שר הפנים פ"ד מ (4) 436 בעמ' 439-440 וכן מ' שאווה הדין האישי בישראל (מהדורה רביעית, תל אביב תשס"א) 587. ראו גם: ז' פלק "רישום נישואים בספר התושבים" הפרקליט יט (תשכ"ג) 199, המוכיח כי יש לרישום במרשם התושב ערך מעשי מעבר לאיסוף נתונים סטטיסטיים.

58 כפי שיובהר בהרחבה בהמשך הדברים, הזכויות הללו מוסיפות על הזכויות שמהם נהנים כיום בישראל הידועים בציבור.

59 ואם בעבר נדרשה בכל זאת עמלה למימוש מסלול זה בדמות תשלום כרטיס הטיסה לקפריסין, או למדינה סמוכה אחרת, באה הכרעת בית המשפט בעניין בג"ץ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד (5) 89 (חיובו של פקיד מרשם לרשום כנשוי מי שנישא בנישואים קונסולריים) וחסכה אפילו עמלה זו.

מודע לתוצאה זו, או אפילו התכוון להשיגה? על שאלה זו קשה להשיב, אבל אם כן, הטיעון הנייטרלי של בית המשפט נעשה לא רק מוטעה אלא גם מטעה.⁶⁰

כל זאת על חולשת הטיעון שבבסיס הגישה הנייטרלית בשאלת פריט המצב המשפחתי שבמרשם. אולם חולשה גדולה יותר מתעוררת, משנת 1970 ואילך, בהפעלת הטיעון לגבי פריט הלאום. כפי שהסברנו בראשית המאמר, בתקופה הראשונה שהסתיימה בשנת 1970, לא הופיעה בחוק השבות ובחוק המרשם נל הגדרה למונח "יהודי", דבר שהותיר מגוון רחב של אפשרויות. בהיעדר הגדרה בשני החוקים, לא היתה גם כל מניעה עקרונית לפרש את המונח אחרת בכל אחד מהם. בשנת 1970 תוקנו חוק השבות וחוק המרשם. במסגרת התיקון נוספה בחוק השבות הגדרה ליהודי, כשחוק המרשם מפנה להוראה שבחוק השבות. אם כן, משנת 1970 ואילך פירוש המונח בשני התיקנים הנו אחיד. אם בית המשפט מורה על רישומו של מתגייר בגיור קונסרבטיבי או רפורמי כיהודי, מתבקשת לכאורה מסקנה שווה גם ביחס לתביעתו של אותו מתגייר לקבלת מעמד של עולה לפי חוק השבות. כאמור, האוחרים בגישה הנייטרלית טוענים כי הרישום כשלעצמו אינו בעל משמעות מהותית, ועל טענתם חלקנו כבר למעלה, אולם הכול יסכימו כי לעומת זה לזכאות לשבות יש משמעות ממשיית. ניתן היה להניח אפוא כי עם תיקון חוק השבות וחוק המרשם לא תישמע עוד הגישה הנייטרלית, או שלכל הפחות יאמצו המצדדים בה טיעון שונה או טקטיקה אחרת לגיבוי גישתם. ולא היא, זמנים חדשים וזמירות ישנות.

כאמור, בפני ההרכב שפסק בעניין נעמ"ת היו מונחים חוקים מספר, ובחלק מהם עמדה על הפרק הן שאלת השבות והן שאלת המרשם. בית המשפט החליט להפריד את הדיון בשתי השאלות ולכן דחה לעת עתה את ההכרעה בתיקים "הכפולים" הכוללים גם את סוגיית השבות. הפרדה מלאכותית זאת אפשרה לבית המשפט להמשיך ולאתגר בטיעון הנייטרלי, שהמחלוקת בשאלת המרשם אינה צריכה לעורר את השאלה המהותית של מיהו יהודי. ובלשונו של הנשיא ברק, "רישום לפי חוק המרשם לחוד ומעמד על פי חוק השבות לחוד". ברק אינו מתעלם מכך ש"ההגדרה של 'יהודי' בשני החוקים זהה היא", אך תשובתו לפירכה זו היא כדלקמן:

הסמכויות של עובדי הציבור בנדיקת פרטי ההגדרה שונות הן. לעניין חוק המרשם – ועל רקע תכליתו ה"סטטיסטית" ומעמדו של המרשם – פועל פקיד המרשם (ברישום ראשון) על פי הודעת המבקש שאין בה אי נכונות בולטת, תוך שאין הוא מכריע בסוגיות משפטיות שיש להן פנים לכאן ולכאן. לעומת זאת, לעניין חוק השבות – ועל רקע תכליתו של החוק והזכויות והחובות שהוא קובע – יש לבחון אם הודעת המבקש מקיימת את דרישותיו של חוק השבות. הנה כי כן, רשויות הציבור צריכות להיות ערות לאופיו המיוחד של המרשם, ולאופן בו מופעל שיקול הדעת המנהלי במסגרתו. בעקבות רשויות הציבור – ועל רקע המודעות באשר לתפקידו המוגבל של המרשם –

60 כפי שיובהר להלן, ביקורתנו ממוקדת נמצג הנייטרלי, אולם באופן מהותי אנו סבורים כי המוטיבציה של בית המשפט לשינוי המצב הקיים, במידה והיתה כזו, ניתנת בהחלט להבנה, אם כי ספק אם בית המשפט הוא זה שהיה צריך להוביל את המהלך. ראו להלן פרק 4.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

גם הציבור הרחב מבין כי הרישום של פרטי הדת, הלאום והמצב האישי במרשם "לא בא אלא למטרות של סטטיסטיקה, וכיוצא בזה, ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות"... אכן, הרישום במרשם הוא "נויטרלי" לעניין המאבקים השונים המתנהלים מאז קום המדינה בענייני לאום, דת ונישואין, ומן הראוי שיישאר כך. את המחלוקות המהותיות בעניינים אלה יש לקיים תוך בחינת הזכויות המהותיות, ואלו מצויות מחוץ למרשם.⁶¹

לדעתנו, טענה זו של ברק רחוקה מלשכנע. אם חוק השבות, על הזכויות והחובות שהוא מעניק, הנו בעל משמעות; ואם זכויות וחובות אלו נובעות מהגדרתו של אדם כיהודי; ואם ההגדרה שלפיה עובד הציבור אמור לשפוט את הפונה בבקשה להירשם כיהודי במרשם האוכלוסין היא אותה הגדרה בדיוק שלפיה עובד הציבור אמור לשפוט את הפונה בבקשה לקבל תעודת עולה; לא ברור כיצד עובד הציבור המתבקש לרשום אדם כיהודי רשאי (לאור הכרעת בית המשפט, הוא למעשה חייב) להתעלם מן הזהות שיש בין ההגדרות בשני החוקים ולהתייחס בקלות ראש לרישום? לכאורה, משעה שחיבר המחוקק בין שני החיקוקים לעניין הגדרת יהודי, נעשתה השאלה בשני החיקוקים כאחד לשאלה מהותית, ולא ניתן עוד לטעון שההגדרה לצורכי המרשם אינה משמעותית. זאת ועוד, לא ברור מה באה הטענה, והטקטיקה שהיא מנמקת, להשיג. הלוא בסופו של דבר ייאלץ בית המשפט להכריע בשאלה מיהו גר על פי חוק השבות, והכרעתו בשאלה זו תחול מיד גם על השאלה מיהו גר על פי חוק המרשם. אם גיור קונסרבטיבי תקף לעניינו של חוק השבות, הוא תקף גם לצורכי חוק המרשם. אם אינו תקף לצורכי חוק השבות, לא יוכל פקיד הרישום לרשום את המתגייר הקונסרבטיבי כיהודי (אלא אם כן ימצא בית המשפט דרך להמשיך ולהפריד בין שני חיקוקים שהמחוקק חיבר ביניהם במפורש, דרך שקיומה נעלם מעינינו). מה אם כן מבקש בית המשפט להשיג בדתותו "בקש" את ההכרעה?

(ג) השפעת ההכרעה בעניין המרשם על ההכרעה העתידית בעניינים שבמהות

ייתכן שהתשובה לשאלה זו מצויה בדברים שאמר הנשיא אגרנט בפרשת שליט. בפרשה זו חלק אגרנט על הטענה כי ההכרעה בשאלת הרישום אינה מהותית, וטען כי להכשרתו של רישום שלא לפי עמדת ההלכה חשיבות מבחינה מדינית חברתית. אגרנט הסביר כי "יש מקום למחשבה, כי הכשרת הרישום כאמור, עשויה להתפרש, כמרוצת הזמן, כמפנה אשר יש לו השלכה, באשר לתוכנו של המונח "יהודי", גם על שטחי חיים אחרים, עד שלאט לאט יהיה עשוי להדחק לקרן זווית הדין ההלכתי".⁶² לשון אחר, לדעת אגרנט, מה שמוצג היום כעניין פעוט לכאורה של רישום נטול תוקף ראייתי עשוי בהמשך להוביל לאימוץ ההשקפה של העותרים גם בעניינים שבמהות, בשל היקבעותו בהלכי הרוח והחשיבה המקובלים, עד כדי הפיכתו למוסכמה שאין לערער עליה. האם לכך כיוון בית המשפט בפרשת נעמ"ת כשהפריד

61 עניין נעמ"ת, לעיל הערה 8, בעמ' 745.

62 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 598.

בין הדבקים והכריע, לעת עתה, לטובת העותרים, רק בשאלת המרשם? אם כן, אין טענתו לגייטרליות נכשלת רק במבחן התוצאה אלא גם במבחן המוטיבציה. תהליך היקבעותה של ההכרעה הטכנית לכאורה בתודעה הציבורית, באופן שעשוי להשפיע על תפיסות הציבור גם בעניינים שבמהות, איננו חייב להיות ארוך וממושך. ניתן להצביע על דוגמאות מספר שבהן השתמש בית המשפט בפיצול שבין המרשם לבין הדין המהותי, כטכניקה להכרעה גייטרלית, ודרכו לא צלחה במובן זה שמיד תפס הציבור את ההכרעה בנושא המרשם כהכרעה בשאלה המהותית. כך למשל, נראה כי האפשרות של מי שנישא בנישואים אזרחיים להירשם כנשוי במשרד הפנים, ביססה בתודעה הציבורית את התחושה שנישואים אזרחיים בחוץ לארץ מוכרים בישראל חרף הצהרותיו של בית המשפט בדבר מעמדו הטכני של הרישום. באחד מן המקרים מעידה פליטת פה של השופט ברנזון השייך למחנה "הגייטרלי", כי אפילו הוא תפס כך את העניין.⁶³ תופעה דומה התרחשה בעקבות הפסיקה שנתן לאחרונה בית המשפט בפרשת *כרנר-קדיש*, שהזכרה לעיל, ובה המשיך את המהלך שבו החל בעניין *פונק-שלזינגר*, בקבעו כי בנות זוג לסביות יוכלו להירשם כשתי אמהות של ילדותיהן וזלא משותפות, על סמך צו אימוץ שהושג ונרשם בחוץ לארץ. אף על פי שבית המשפט הדגיש שהכרעתו היא לצורכי רישום בלבד, פסק הדין נתפס בתודעה הציבורית, הן אצל המנצחים והן אצל המנוצחים, כהכרה בזכותם להורות של בני זוג מאותו המין.⁶⁴

4. כשל הגישה במבחן המוטיבציה

(א) מבוא

עד כה הבהרנו מדוע יומרתם של שופטי הרוב בפרשת *שליט* אינה עומדת במבחן התוצאה. מעניין לגלות שהכישלון מתחיל כבר בשלב המוטיבציה. צפונות לב הן דבר שקשה לגלותו, אולם לרשותנו עומדים דבריהם המפורשים של השופטים, ומדברי חלק מהם נראה שעולה הזדהות ברורה עם העמדה הלא אורתודוקסית.⁶⁵

63 ראו את עמדתו של השופט ברנזון בע"א 3/73 *כהנוף נ' ביה"ד הרבני*, פ"ד כט (1) 449, 451. "לדידנו אין זה משנה, שהרי בתי המשפט האזרחיים מכירים כתוקפם של נישואין שנערכו בחוץ לארץ – אם הם תופסים לפי דיני המקום שבו נערכו."

64 ראו, למשל, את כותרותיהן של כתבות העיתונים שנכתבו בעקבות פסק הדין. בכמה מקרים הקפידו העיתונאים לשמור על הרטוריקה של המרשם. ראו למשל: מ' ריינפלד "בג"ץ – שתי לסביות ירשמו כאמהות לאותו ילד" *הארץ* 30.5.00; ועוד יותר: ד' סגל "הפסיקה הפרידה בין הרישום להכרה משפטית" *הארץ* 30.5.00. ברם, במקרים אחרים דווח על הכרה ממשית בתא החד-מיני. ראו, למשל: ר' סיני "פסק דין נוסף בדרך להכרה במשפחה חד מינית" *הארץ* 30.5.00; מ' גולדברג "הנצחון של אמא ומאמי" *ידיעות אחרונות* 30.5.00; "אדירים" *הכרה בזכותה של לסבית להקים משפחה" ידיעות אחרונות* 30.5.00; ש' מיטלמן "מהיונו אי אפשר לומר יותר שאני לא אמא של מתן" *מעריב* 30.5.00; ד' מוגרבי "החלטה היסטורית" *מעריב* 30.5.00; ע' גרנות "יומן מעריב" (אמא ומאמי) *מעריב* 30.5.00.

65 בדומה לכך, גם בעניינים נוספים שבהם ביססו השופט את פסקיהם על דיני המרשם, ניכרת לעתים קרובות נטייתם המהותית. כך, למשל, בעניין *כרנר-קדיש*, לעיל הערה 54, הבהירה השופטת דורנר, בפסקה 3 לפסק דינה, כי לדעתה, שיקולי טובת הילד מחייבים הכרה בפסק הדין הור. ראו גם את דבריו של השופט זוסמן בעניין *פונק-שלזינגר*, לעיל הערה 44, פסקה 13 ח לפסק דינו, שבו הביע אגב אורחא

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

ניקה לדוגמה את השופט ויתקון בפרשת שליט. הוא פותח את חוות דעתו בהסכמה לגישתו של חברו, השופט זוסמן, ולפיה "השאלה, מה בדרך כלל המבחן הנכון לקביעת יהדותו של אדם, אינה מתעוררת כאן כלל ועיקר",⁶⁶ שכן בעיה אידאולוגית שכזו "לא יכירנה מקומה בהקשר החוק הפשוט והטכני הזה" שכל תכליתו "מרשם וצורכי סטטיסטיקה".⁶⁷ אולם בהמשך דבריו הולכות וניבעות צפונותיו. תחילה הוא מסביר כי נייטרליות ביחס לשאלה האידאולוגית מחייבת הענקת מעמד שווה לעמדה הדתית "הדוגלת במבחן האובייקטיבי" ולגישה החילונית, "הדוגלת במבחן הסובייקטיבי". לדעתו, "אם נרצה לנהוג נייטרליות בין הגישה הדתית והגישה החופשית, אסור לנו להעמיד את הראשונה בחזקת מוחזק ומקובל ואת האחרונה בחזקת 'המוציא מחברו'. נייטרליות מחייבת מתן מעמד שווה לשתי הגישות המתחרות".⁶⁸ ואולם מיד בהמשך דבריו הוא זונח את הקו הנייטרלי ועובר לתיאור מה שבעיניו היא נקודת המחלוקת היסודית. לדבריו "ההתנגשות האמיתית, העשויה להביא לידי פילוג", המתגלה במחלוקת שבנידון, אינה בין דתיים לחילונים אלא "בין אלה המבקשים להטיל את השקפתם על אחרים לבין אלה (דתיים כחופשיים) הדוגלים בחופש הפרט והמתקוממים נגד כל מגמה לקונפורמיזם".⁶⁹ ויתקון מסביר, שאין הוא מתכוון להישאר נייטרלי בעניין זה, וחלקו "עם אלה האחרונים",⁷⁰ ולא רק הוא אלא בית המשפט העליון כולו מכריע בקביעות לטובת מחנה זה, המחנה הליברלי. יוצא שמה שויתקון מתאר בראשית דבריו כהכרעה נייטרלית החפה מאידאולוגיה, מבוסס למעשה על העדפה חד-משמעית של אידאולוגיה מסוימת, האידאולוגיה הליברלית.

ויתקון וסיעתו עשויים להעלות כאן טענת הגנה כזאת: גם אם נסכים שהכרעתם בשאלת מיהו יהודי, המאמצת את המבחן הסובייקטיבי, היא הכרעה מהותית, המבוססת על השקפת עולם ליברלית, עדיין ניתן לתארה כנייטרלית, כי נייטרליות מעצם מהותה מחייבת העדפה של חופש הפרט על פני תפיסת הטוב של החברה. להלן נתאר עמדה זו ונבקש לדחותה ולהסביר מדוע התבססות על צורת החשיבה הליברלית מהווה הכרעה ערכית שאינה יכולה להיחשב כנייטרלית. לאחר מכן נבקש להראות שכלל לא ברור שאימוץ נקודת מוצא ליברלית מחייב קבלת עמדת העותרים והכרעה לטובת מבחן ההשתייכות הסובייקטיבי.

(ב) האם הליברליזם הנו אידאולוגיה נייטרלית

חלק נכבד מן הכתיבה הליברלית מראשית שנות השבעים ואילך מוקדש לדחיית הגישה הפרפקציוניסטית, זו הסבורה (1) שצורות חיים מסוימות טובות יותר מאחרות; (2) שהמחוקק רשאי ואף נדרש לבסס את הכרעותיו בעצבו את החוק ואת המערכת הפוליטית

את דעתו המהותית, שיש לנקוט מבחן "אמריקני" המרחיב את האפשרות להכיר בנישואים אזרחיים שנערכו במדינה אחרת גם כאשר אין לבני הזוג כשירות להינשא בהתאם לכללי מדינתם. לביקורת על דברי השופט זוסמן בעניין פונק-שלינגר, ראו: שאוה, לעיל הערה 57, בעמ' 629.

66 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 533.

67 שם, שם.

68 שם, בעמ' 535.

69 שם, שם.

70 שם.

השלטונית על תפיסותיו בדבר אופי זהוים הטובים. זרם מרכזי בהגות הליברלית, המכונה "ליברליזם פוליטי", חולק (לפחות) על הטענה השנייה שלעיל. ג'ון רולס (Rawls), ההוגה הליברלי הבולט בין האחרים בתפיסה האנטי-פרפקציוניסטית, טוען למשל כי התאוריה שלו אינה מנסה "to evaluate the relative merits of different conceptions of the good" וכי במדינה המבוססת על אדני הצדק "every one is assured an equal liberty to pursue whatever plan of life he pleases as long as it does not violate what justice demands".⁷¹ אם כן, בעשורים האחרונים נעשתה ה"נייטרליות" לאחת ממילות המפתח בהגות הליברלית.

אולם עם הזמן החלו להתגלות חולשותיו של רעיון הנייטרליות. אחת הטענות הבולטות כנגד הרעיון היא שאינו קוהרנטי, משום שכל מערכת פוליטית המקבלת הכרעות מוכרחה להישען על מערכת ערכים מסוימת ולתמוך בה גם אם היא שנויה במחלוקת.⁷² טענה חזקה נוספת שהועלתה כנגד הליברליזם הפוליטי היא שהמדינה הליברלית אינה נייטרלית כלל ועיקר. לדעת האחרים ברעה הזאת, הליברליזם נכשל בהשגת היעד של התעלות מעל מחלוקות כיתחיות, ולמעשה מציע השקפה המתחרה בעמדות אחרות שביחס אליהן הליברליזם מתיימר להיות נייטרלי.⁷³ שני טיעוני הנגד שהוזכרו זה עתה אינם מתמקדים בשאלת ההצדקות לנייטרליות. הם מובנים לקבל את הנחות המוצא שהובילו את הליברליזם הפוליטי לניסיון לגבש מערכת פוליטית שבנויה על אדני צדק נייטרליים, אך חולקים על ישימות הרעיון (טיעון הנגד הראשון) או לכל הפחות על מידת הצלחתו של הליברליזם הפוליטי ביישומו (טיעון הנגד השני). מאמץ ביקורתי אחר מתמקד בהפרכת ההצדקות שהציע הליברליזם הפוליטי לעקרונות צדק נייטרליים (טיעון הנגד השלישי). כפרעל יוצא מן הביקורת, על שני כיוונים (הפרקטי והרעיוני), רעיון הנייטרליות נזנח במידה רבה בשנים האחרונות, ומעטים בלבד מוסיפים לנסות להצדיק. במאמר שהתפרסם לפני שנים מספר כתב תומס הורקה (Hurka): "It is hard not to believe that the period of neutralist liberalism is now over".⁷⁴

- J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge 1971) 94; *Idem, Political Liberalism* 71
C.E. Larmore *Patterns of Moral* : לועה דומה ראו גם: (New York 1993), 190-195
Complexity (Cambridge 1987) 43 ("The ideal of neutrality can best be understood as a response to the variety of interpretations of the good life."); B. Ackerman *Social Justice in the Liberal State* (New Haven 1980) 11
בהבירו שהרגש שהם שמים בייטרליות בשאלת החיים הטובים בכלל, מהווה הכללה של הרעיון שבבסיס חירות הדת, כלומר הם לפחות הבינו את חופש הדת כמחייב נייטרליות. ראו: Rawls, *ibid* at p. 206, n. 220; B. Ackerman *Reconstructing American Law* (Cambridge, Mass. 1984), 99; C.E. Larmore *The Morals of Modernity* (Cambridge 1996) 144
72 ראו, למשל W.A. Galston *Liberal Purposes: Goods, Virtues, and Diversity in the Liberal State* (Cambridge 1991), 92-94
73 ראו למשל: L. Alexander "Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology", 30 *San Diego L. Rev.* (1993) 763, 764 (Liberalism is "just a sectarian view on the same level as... other views that it purports to be neutral about.")
74 T. Hurka "Book Review: Sher, Beyond Neutrality" 109 *Ethics* (1998) 187, 190

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

על רקע הביקורת הקשה על הליברליזם הפוליטי, ניכרת לאחרונה תחייה של תפיסה מתחרה מתוך המסורת הליברלית. תפיסה ליברלית מתחרה זו, שמכונה גם ליברליזם פרפקציוניסטי,⁷⁵ מודה במקצת הטענה של קבוצת המבקרים השנייה שהזכרה לעיל, קרי שליברליזם אכן מבוסס על תפיסת טוב מסוימת, ואף מבארת ברצון את יסודותיה של תפיסה זו של טוב. לטעמם של הליברלים הפרפקציוניסטיים, ליברליזם העמיד מאז ומעולם בראש סולם הערכים את העיקרון של הבחירה החופשית. אולם חרף הודאה במקצת זו, הליברלים הפרפקציוניסטיים מסרבים לקבל במלואה את הטענה הגורפת שליברליזם אינו נייטרלי. לשיטתם העמדה הליברלית בדבר ערכה של האוטונומיה היא טענה מסדר שני, שמאפשרת ולמעשה אפילו מחייבת נייטרליות במחלוקות בין תפיסות טוב מסדר ראשון. הנייטרליות אפשרית לפי עמדה זו משום שמוזות הראייה הליברלית אין פגם בבחירתו של אדם בדרך חיים של ציות לסמכות כל עוד אכן מדובר בהכרעה רצונית לבחור בדרך חיים כזאת. כפועל יוצא, כל שהנחת ערך האוטונומיה "דורשת" או מטיפה לו הוא בחירה אוטונומית של האדם בדרך חיים הנראית לו בעלת ערך. היא אפילו מחייבת נייטרליות מסדר ראשון משום שסטייה מעקרון הנייטרליות, אפילו אם אין מדובר בכפייה ממש, פירושה השפעה על האדם להעדיף דרך אחת על פני האחרת, תוך פגיעה בערך האוטונומיה.

במבט ראשון, נראה שהליברליזם הפרפקציוניסטי הצליח לצלוח את המכשול של חיבור בין פרפקציוניזם לנייטרליות. אולם עיון נוסף מעורר גם תהיות חדשות. יישובם של השניים מבוסס על הפרדה בין שתי רמות העיסוק, זו שמסדר שני וזו שמסדר ראשון. אולם הפרדה זו נראית מלאכותית. כאמור, הליברליזם הפרפקציוניסטי טוען שהצבעה על חירות כערך החשוב ביותר היא עמדה מסדר שני בלבד, במובן זה שהיא נותרת אדישה למחלוקות מסדר ראשון בשאלת הטוב.⁷⁶ הצגה זו של הדברים נדמית מלאכותית. העצמת ערכה של החירות, היא עצמה אמירה ברורה ונוקבת שיש לה השלכה על הערך שהאוחזים בה ייחסו לבחירות שתיעשנה. מי שמייחס חשיבות עליונה לבחירה אוטונומית (כטענה מסדר שני), ייחס תמיד ערך רב יותר לבחירה (מסדר ראשון) באורח חיים לא סמכותני על פני בחירה (מסדר ראשון) באורח חיים סמכותני, אפילו אם אורח החיים הסמכותני נבחר ולא נכפה (למשל, ההכרעה לחיות לפי מצוות דת בעלת מאפיינים סמכותניים).

אמרנו אפוא שמדינה המבססת את מדיניותה הנייטרלית על ערך החירות סוטה מן העמדה הנייטרלית, משום שבעצם הכרעתה היא מעדיפה את הערך של אפשרויות מסוימות מסדר ראשון על פני אפשרויות אחרות. אם דברינו אלה נכונים, יוצא שלא רק הליברליזם

75 על הכותבים המשתייכים לזרם זה נמנים בין היתר, Galston, לעיל הערה 72; וכן: J. Raz *The Morality of Freedom* (Oxford 1986).

76 ראו, למשל: S.A. Gardbaum "Liberalism, Autonomy, and Moral Conflict" 48 *Stan. L. Rev.* (1996) 385 ("So long as there is meaningful exercise of choice, liberalism based on second-order autonomy is essentially indifferent to what one chooses (i.e., the object of choice): whether to enter politics, a monastery, or a commune. Thus, this account of liberalism is not at all hostile to traditional, customary, or authorized ways of life; it is hostile only to such ways of life (or any others) being adopted on the basis of tradition, custom, or authority rather than choice." Id. at p. 395).

הנטיטרלי, אלא גם הליברליזם הפרמקציוניסטי מציג מצג שווא של נייטרליות, בעוד הוא מקדם מסר וערך שאינו אלא מתחרה אחד מיני רבים במגרש המשחקים. לפיכך התבססותו של השופט ויתקון על ההשקפה הליברלית איננה מיישבת את המתח בין העמדה האופרטיבית שבה הוא בוחר לבין יומרתו לנייטרליות.

(ג) האם השקפת עולם ליברלית מחייבת אימוץ הגישה הסובייקטיבית?

בפסקאות הקודמות הצבענו על הסתירה הפנימית בין יומרתו של ויתקון לנייטרליות לבין דבקותו בליברליזם וניסיונו לתלות סתירה פנימית זו במה שתיארנו ככשל שביומרה הליברלית לנייטרליות. אולם דברים אלו עשוינו לגרום לחלק מן הקוראים לאמץ דווקא את גישתם של ויתקון וחבריו. אפשר שליברליזם אכן אינו נייטרלי, אך מי שסבור שההשקפה הליברלית היא אכן ההשקפה "הנכונה" עשוי לצדד ובעמדתו של ויתקון מטעם זה בלבד, אף על פי שהעמדה אינה נייטרלית. אם כך נייחד את דפסקאות הבאות לבחינת השאלה: האם אימוץ עמדה ליברלית אכן מחייב קבלת העתירה נעניין שליט, כדעת ויתקון? אנו נבקש להוכיח שהטענה רחוקה מלהיות מובנת מאליה.

ויתקון מתאר את התפיסה הליברלית כמכוננת זכות כללית לחירות. אולם גם בין הליברלים יש החולקים על טענה מרחיקת לכת זו.⁷⁷ אמנם משטר ליברלי מכבד את חירותם של האזרחים – דהיינו: מבקש למעט ככל שניתן בהגבלות צורות החיים ואופני ההתנהגות שהם בוחרים לעצמם – אולם למרות מדיניות כללית זו של הימנעות מפגיעה בחופש, ניתנה במסורת הליברלית חשיבות מיוחדת לחירויות ספציפיות, כגון חופש העיסוק, חופש הביטוי וחופש הדת. על פניו, הגיבוש של זווית זכיות האדם במסורת הליברלית מצוי במתח עם הרעיון של זכות כללית לחירות. אילו כל שרצינו להגן עליו היה פעולותיהם האוטונומיות של בני אדם, בלא תלות בתוכנן, לא היינו מדרבים על זכויות ספציפיות; להתאגדות, לתנועה, לבריאיות וכך הלאה. ההכרה בתוקפן של זכויות כאלה מלמדת שיש משהו בתוכנן של הפעילויות הנזכרות, וביחסן לטובת היחיד או החברה, שמצדיק הגנה דווקא עליהן.⁷⁸ יוצא שעל מנת לבסס את התמיכה בעמדתו שליט על אדנים ליברליים, לא די לנפנף בערך הכללי של חירות אלא להצביע על חירות ספציפית בעלת מעמד מיוחד. ואכן עיון בדבריו של ויתקון ילמד שגם הוא כנראה אינו נתלה בזכות הכללית לחירות בלבד אלא עיקר טיעונו הוא לפגיעה בחופש מדת. לקראת סוף חוות דעתו ויתקון תוהה: "כיצד נוכל לבוא בתוכחה... אל העותר, שלא יעשה 'עניין' מכל הפרשה... ולהעמידו בפני הברירה: או לוותר על השתייכות ילדיו לעם, שבתוכו וברוחו הם גדלינו, או לקבל על עצמו טכס דתי הנוגר את מצפוננו?"⁷⁹

77 ראו למשל: R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge 1977), Ch. 12 (What Rights Do We Have?).

78 בנימוק זה משתמש דני סטטמן לביטוס עמדתו כנגד פירושה של הזכות לכבוד כמובן הקנטיאני של זכות כללית לאוטונומיה. ראו מאמרו: "ד' סטטמן 'שני מושגים של כבוד' עיוני משפט כד (תשס"א) 541.

79 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 536.

בדברינו לעיל טענו כי בעצם אימוצה של התפיסה הליברלית סטה ויתקון, גם לשיטתו, מהעמדה הנייטרלית שהצהיר עליה. במאמר מוסגר נציין כי כעת, לאחר שהתברר כי ויתקון כורך בסוגיית המרשם את חופש הדת, לא פחות, נסתרת חזיתית הטענה העובדתית שביסס עליה את יומרתו לנייטרליות. אם כל תכליתו של המרשם אינה אלא לצרכים סטטיסטיים, ואין להעמיס עליו משמעויות שלא לצורך, אזי קלושה ביותר הטענה שהימנעות מרישום ילדי שליט כיהודים שקולה מבחינת שליט האב לויתור "על השתייכות ילדיו לעם, שבתוכו וברוחו הם גדלים". תנאי ראשוני לרצינות הטענה לפגיעה בחופש הדת הוא התכוננות אחרת לחלוטין במרשם ובמשמעותו, התכוננות המשווה למרשם משמעות חברתית ממשית.

נחזור לעניינינו המרכזי. בחוות דעתו בעניין שליט טען השופט ויתקון שעקרון חופש הדת מחייב אימוץ מבחן ההכרה הסובייקטיבית של הפונה. עם תיקון חוק השבות וחוק המרשם נדרשה המבחן הסובייקטיבי, שכן לפי ההגדרה החדשה, הכרה סובייקטיבית של הפונה אינה תנאי מספיק ואף לא תנאי הכרחי לזיהויו של אדם כיהודי לצורך חוק השבות או חוק המרשם. עם זאת, גם לאחר אימוץ ההגדרה, עדיין נותרה פתוחה שאלת תוכנו של המבחן האובייקטיבי: האם רק גיורים אורתודוקסיים נכללים במסגרתו או שמא גם גיורים ליברליים? השאלה שכרצוננו לברר כעת היא האם יש לעקרון חופש הדת נגיעה כלשהי לעניין ועד כמה. האם עקרון חופש הדת עומד לצדם של התומכים בהכרה בגיורים הלא אורתודוקסיים לצורכי שבות ומרשם, או לצדם של התומכים באימוץ המבחן הסובייקטיבי?

עיון בדברי השופטים שדנו בסוגיה בפרשות פטרו ונעמ"ת מגלה שגם כאן, כמו בפרשת שליט, עקרון חופש הדת מוזכר כגורם מכריע. כזכור, המחלוקת בין שופטי הרוב והמיעוט בפרשת פטרו נסבה סביב תחולתה של פקודת העדה הדתית (המרה) על המרות דת שנערכו בישראל לצורכי חוק השבות וחוק המרשם. דעת הרוב, בראשותו של שמגר, סברה שנפקותה של פקודת העדה הדתית (המרה) מצומצמת לחיקוקים "דתיים" ואילו שופט המיעוט, טל, סבר שהיא רלוונטית גם בשאלות של שבות ומרשם, ולכן על מנת שגיור שנערך בארץ יוכר לצרכים האלה, עליו לקבל את אישורו של הרב הראשי. עיון בהגמקותיהם של השופטים מלמד שהמחלוקת כרוכה במחלוקת אחרת בין שמגר וטל בשאלה, האם בהתנאות תוקפו של הגיור שנערך בארץ לצורכי שבות ומרשם באישור הרב הראשי יש משום פגיעה בחופש הדת של המתגייר. לדעת שמגר, חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת והמצפון, מכאן שהחלטתו של התושב או האזרח להמיר את דתו צריכה להיות חופשית מהתערבות ומהסדרה של המדינה. נאמן לגישתו העקרונית של בית המשפט העליון, שלפיה בפירושו של חוק יש להעדיף תמיד פירוש המאמין או מצמצם את הפגיעה בזכויות אדם, שמגר מפרש את פקודת העדה הדתית (המרה) בצמצום, כרלוונטית לחיקוקים בעלי אופי "דתי" בלבד.⁸⁰ לעומת זאת, לדעת טל, התנאות הרישום כיהודי על פי חוק המרשם והענקת מעמד כעולה לפי חוק השבות,

80 בעניין נעמ"ת, שבו השלים בית המשפט את המהלך שפתח בפרשת פטרו, כתב הנשיא ברק את דעת הרוב. בחוות דעתו חזר ברק על דברי שמגר – ברוחם ואף בציטוט נרחב מהם – והבהיר כי חופש המרת הדת מוגן במסגרת חופש הדת והמצפון, וכי שלילת הזכות לרישום כיהודים מאנשים שעברו גיור קונסרבטיבי או רפורמי עולה כדי פגיעה בחופש הדת שלהם. ראו עניין נעמ"ת, לעיל הערה 8, פסקה 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

שהר ליפשיץ וגדעון ספיר

בקיומו של גיור מסוג מסוים, אינן פוגעות בחופש הדת של המתגייר. מבחינתו של טל אין אפוא מניעה לפרש את פקודת העדה הדתית (המרה) בהרחבה ולהחילה גם על תוקפם של גיורים לצורכי חוק השבות והמרשם.

מי מבין השניים צודק, טל או שמגר? במאמר שפורסם לאחרונה, דנו סטטמן וספיר באריכות בחופש הדת.⁸¹ תחילה הם דנו ברציונלים האפשריים לחופש הדת והעמידו אותם על שניים – חופש המצפון והזכות לתרבות. לאחר מכן ניסו לתחום את גבולותיה הראויים של הזכות, ולבסוף בחנו שורת תרחישים שנידונו בפסקי דין בולטים בתחום יחסי דת ומדינה לאור המצע התאורטי שגיבשו. בין היתר הם עסקו בפרשיות פסדו ונעמ"ת. הניתוח שנערך שם מהווה את הבסיס לטענותינו בהקשר הנוכחי, ולפיכך נסתפק בהבאת ציטוטים מן האמור שם.

אם הפגיעה בחופש הדת מובנת במונחים של כפייה להפר את מצוות הדת, ובמסגרת חופש המצפון, קשה לראות איזו פגיעה עשויה היתה להתרחש כאן, שהרי איש לא העלה על דעתו למנוע מרבנים לא-אורתודוקסים לקיים טקסי גיור לפי הבנתם, או לכפות עליהם לקיים טקסי גיור אורתודוקסים. אשר למתגיירים עצמם, איש אינו מונע מהם להתגייר גיור רפורמי או קונסרבטיבי, כשם שאיש אינו מחייבם להתגייר גיור אורתודוקסי.

כנגד מהלך זה ניתן להעלות את ההתנגדות הבאה... הכפייה הדרושה לפגיעה בחופש המצפון בכלל, וחופש הדת בפרט, אינה דווקא כפייה פיזית (להאכיל אדם בכוח בשר לא-כשר), אלא הצבת מחיר כבד על הפעילות הרלבנטית, בדמות סנקציה כלשהו, או בדמות שלילת זכות או הטננה. במקרה של אדם לא-יהודי המזדהה עם עקרונות היהדות הרפורמית ומבקש להתגייר, סירוב להכיר בו כיהודי לעניין חוק השבות הוא בגדר כפייה, כי – בהנחה שיש לו אינטרס לעלות לישראל – בכך מופעל עליו לחץ להתגייר גיור אורתודוקסי, שהוא מתנגד לו מעומק הלב. אף שאין זו פגיעה בחופש הדת במובן הרגיל, כי מצווה הדת שהוא נכפה להפר עדיין אינן שלו, זו פגיעה במצפון, כי הוא נכפה להפוך עקרונות שהוא מזדהה עמם באופן עמוק, עקרונות הקשורים להשתייכות דתית.

ברם מיהו זה שנתבע לשלם מחיר זה? אם מדובר בלא-יהודים שהם כבר אזרחי המדינה, הרי שהמחיר שנגקב לא חל לגביהם; גיור לא-אורתודוקסי לא ישלול מהם את האפשרות להיות אזרחים ישראלים, ולכן לגביהם לא ניתן לדבר על פגיעה במצפון. המחיר היחיד שאותו עשויים לשלם אנשים כאלה הוא אי-רישום כיהודים במרשם האוכלוסין, אבל מחיר זה נראה חלש מכדי לכונן טענה של כפייה. כפי שהדגיש ברק עצמו בפרשון נעמ"ת, הקביעה שיש לרשום את פלוני במרשם האוכלוסין כיהודי, או כנשוי, "מוגבלת לרישום במרשם, ואין לה אף תוקף של ראייה

81 ד' סטטמן וג' ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים", מחקרי משפט כא (תשס"ד) 5.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

לכאורה". רישום זה, טוען ברק, "ניטרלי לעניין המאבקים השונים המתנהלים מאז קום המדינה בענייני לאום, דת ונישואין".⁸²

לעומת זאת, אם מדובר בלא יהודים שאינם אזרחי המדינה, הטענה שהם נכפים להתגייס גיור אורתודוקסי, ובכך לפעול נגד מצפונם, גשמעת בלתי סבירה. למעשה היא גוררת, שמדינה שמתירה הגירה אליה על סמך קריטריון X כופה בכך על כל מי שאינו עומד בקריטריון זה לפעול כדי שיעמוד בו. למשל: שמכסת הגירה לארה"ב עבור אנשי מחשבים מהווה כפייה על כל מי שאינו איש מחשבים לעזוב את עיסוקו וללמוד מחשבים. באופן דומה: הקביעה שרק יהודים יכולים להגר לישראל אינה מהווה כפייה על מיליארדי הלא-יהודים בעולם להמיר את דתם. הנקודה היא שהמחיר של אי-הגירה לארץ – אם בכלל יש כזה – אינו מחיר שניתן לראותו ככפייה.

זאת ועוד: ההתנגדות לעיל הניחה שהתאזרחות היא זכות שניתן לתבוע אותה דרך המושג של חופש הדת, ומן הסתם גם דרך זכויות אחרות. אבל זו טעות: הדעה מקובלת וכמובן הפרקטיקה הנוהגת בפועל, היא שבנסיבות רגילות לאיש אין זכות לאזרחות, במיוחד אם אינו תושב. המקובל הוא שמדינות רשאיות על-פי שיקול דעתן, האידיאולוגיה שלהן והאינטרס שלהם, לקבוע מי ייכנס בשעריהן ומי לא. מבחינה זו, הניסיון לבסס זכות להגירה על סמך חופש הדת אינו מוצלח יותר מניסיון לבסס זכות כזו על סמך זכויות אחרות – הזכות לחיים, לכבוד וכמובן לשוויון. דברים אלה נאמרו במפורש על-ידי השופט טל בפרשת פסרו-גולדשטיין

אין התנאת כניסתו של זר לארץ בתנאי דת משום פגיעה בחופש הדת, והוא הדין לעקרון השוויון. אם פגיעה יש כאן הרי זו פגיעה "בחופש הכניסה לארץ" (חופש שאינו קיים, והמדינה רשאית להתנות את הכניסה לארץ ככל שייראה לה, כאמור לעיל), ולא פגיעה בחופש הדת. בכל הנוגע לחוקי הגירה (בשונה מחוקים אחרים), פרשנות לאור עקרונות החופש והשוויון איננה רלוואנטית.⁸³

עולה מכך שהטענה היחידה של מועמד להגירה יכולה להיות שהוא עומד בקריטריונים שקבעה המדינה, ובהקשר הישראלי פירושו להוכיח שהוא יהודי לפי חוק השבות. למעשה בית המשפט כבר פסק כך בעניינם של "היהודים המשיחיים" שביקשו שיכירו בהם כיהודים לצורכי חוק השבות. אחת הטענות שהעלו העותרים היתה ששלילת הזכות שקולה לפגיעה בחופש הדת שלהם. על כך השיבה בצדק השופטת נתניהו כי "אין כל קשר בין חופש המצפון והדת לבין השאלה מי הוא יהודי לפי חוק השבות".⁸⁴ כך גם אצלנו: אם לא-אורתודוקסים מבקשים הכרה כיהודים לפי

82 עניין נעמ"ת, לעיל הערה 8, פסקה 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

83 עניין פסרו-גולדשטיין, לעיל הערה 7, בעמ' 691.

84 בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 511-512.

חוק השבות, עליהם להוכיח שהם יהודים בהתאם לחוק זה. אם לא יצליחו להראות זאת, אין הם יכולים לצפות לסעד דרך הערוץ של חופש הדת, במובנו כחופש מצפון.

סיכומו של דבר, את טענת חופש הדת בפרשיות פסדו ונעמ"ת לא ניתן להבין כמבוססות על חופש המצפון. אם יש דרך לבסס את עמדת העותרים במקרים הנדונים על רעיון חופש הדת, כדעת שמגור וברק, היא כרוכה בהכנה שונה של רעיון זה, דהיינו כהגנה על התרבות. בהתאם לכך הפגיעה בלא-אורתודוקסים לא תהיה בכפייה על מתגיירים פוטנציאליים או על רבנים להפריד את מצוות דתם, אלא בהחלשה הכללית של התנועות הלא אורתודוקסיות שתיגרס מאי-הכרה בגיוריהם. סירוב להכיר בגיורים רפורמיים וקונסרווטיביים לעניין חוק השבות או חוק המרשם משרד מסר של אפליה והדרה כלפי קבוצות אלה, ובכך מקשה עליהם עוד יותר להתחרות עם היהדות האורתודוקסית. הזכות לתרבות של קבוצות המיעוט הללו מחייבת אפוא את המדינה לא לפסול את גיוריהן.

בהכנה זו של טענת חופש הדת בהקשר הנידון, נפתרת בעיית ההבחנה בין אזרחים לבין לא-אזרחים, שכן הקהילות שהמדינה נדרשת להגן עליהן שוכנות בתוכה. הרעיון הוא שהתנועות הרפורמית והקונסרבטיבית בארץ נחלשות מאי-הכרה של המדינה בגיורים שלהן. החלשה זו עלולה לנבוע לא רק מסירוב לתת הכרה לפי חוק השבות, אלא אפילו מסירוב לרשום את המתגיירים במרשם האוכלוסין, שכן סירוב זה שולח מסר של הדרה והדרה כלפי התנועות הנ"ל. אפילו אם חוק מרשם האוכלוסין מצהיר שהאמור בו אינו ראייה לנכונות המידע, עצם העובדה שהמדינה, באקט רשמי, מסרבת לכלול אדם במרשם תחת הכותרת "יהודי" עלולה להיות לה משמעות חברתית ממשית.⁸⁵

מהניתוח שנערך בפסקאות הקודמות עולה כי הרציונל היחיד שיכול לבסס פגיעה בחופש הדת בסירוב המדינה להכיר בגיוריהם של הזרמים הליברליים הוא הרציונל של הזכות לתרבות. אולם רציונל זה רלוונטי רק ביחס לפרשיות פסדו ונעמ"ת, ואינו מתאים לעמדת הרוב בפרשת שליט. חברי הזרמים הליברליים, המהווים קבוצות מיעוט תרבותיות, אכן יכולים לטעון שאי-הכרה בגיוריהם עולה כדי פגיעה בתרבותם. הטענה אינה רלוונטית בנסיבותיה של פרשת שליט. כאן הטענה מומשגת כטענת פגיעה לא בחופש הדת אלא בחופש מדת, וכפי שהסבירו סטטמן וספיר, בדרך כלל טענת החופש מדת אינה יכולה להיסמך על הזכות לתרבות. במסגרת הרציונל של הזכות לתרבות, חופש הדת נסמך על אופייה של התרבות הדתית כתרבות מיעוט הזקוקה להגנה ולהעדפה כדי שתוכל לשרוד אל מול תרבות הרוב. אם זו ההצדקה לחיפוש הדת, ברור שהיא עצמה אינה גוררת גם חופש מדת מן הטעם הפשוט שתרבות הרוב אינו זקוקה להעדפה ולהגנה מיוחדת כדי שתוכל להשתמר

85 סטטמן וספיר, לעיל הערה 81, בעמ' 68-70.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

ולהתפתח.⁸⁶ יוצא אפוא שבניגוד לטענתו של ויתקון, סירובה של המדינה לרשום את ילדיו של שליט כיהודים אינו כרוך בפגיעה בחופש שלהם מדת.⁸⁷

(ד) השימוש במרשם כטכניקה להכרעה מוסווית בתחום הנישואין ובעניין מיהו יהודי – השוואה

בניתוח "העמדה הנייטרלית" שערכנו עד כה, דנו בצוותא חזא בשימוש של בתי המשפט בטכניקת המרשם בהקשר של סוגיית הנישואים ובהקשר של שאלת מיהו יהודי. משום כך דווקא חשוב לנו להדגיש כי הספק שהטלנו בסעיף הקודם במשקלה של הטענה

86 חברים מקבוצת המיעוט מהווים לעתים רוב באזור גאוגרפי נתון, ולכן באזור הזה דווקא בני קבוצת הרוב עשויים לזכות בהגנה תרבותית. חשבו למשל על התרדים בבני-ברק, שהם מיעוט יחסית לרוב החילוני בארץ, אבל רוב יחסית למיעוט החילוני בבני ברק. דוגמה נוספת יכולים לשמש אנגלופונים בקוויבק שבקנדה, שבה יש רוב של פרנקופונים. זכותם של הפרנקופונים בקוויבק להגן על תרבותם עשויה להתנגש ולפגוע יתר על המידה בזכותו של המיעוט האנגלופוני בקוויבק להגן על תרבותו שלו. קונפליקט מסוג זה התעורר בעניין פורד מצרפתית. ראו: [1988] *Ford v. Quebec (A.G.)* 2 S.C.R. 712. בתגובה, שב בית הנבחרים הקוויבקי ועיגן את ההסדר בחוק מגובה בפסקת התגברות, אם כי ביתר מחינות בהשוואה לקודמו, בכך שהגביל עצמו רק לשלטים חיצוניים. אולם הציבור הקוויבקי לא היה מאוחד בתמיכה בחוק. קבוצה אחת, מיוצגת על-ידי המפלגה הליברלית, תמכה הן בפסיקת בית המשפט והן בשימוש בפסקת ההתגברות בחוק החדש בגרסתו המצומצמת. קבוצה אחרת, מיוצגת על-ידי המפלגה הלאומית הקוויבקית, סברה שהיה ראוי לחוקק את החוק המקורי שהתייחס גם לשילוט פנימי, ולא לצמצמו. קבוצה נוספת, מיוצגת על-ידי הסיעה האנגלית במפלגה הליברלית, והיא החשובה לענייננו, התנגדה לחוק ותמכה בפסיקת בית המשפט בטענה שהחוק, אפילו בגרסתו המתונה, אינו מגן במידה מספקת על זכויות הקבוצה האנגלופונית. ראו: *Débats de l'Assemblée nationale* (19 December 1988) 4370-4388; *Débats de l'Assemblée nationale* (20 December 1988) 4513-4571; *Débats de l'Assemblée nationale* (21 December 1988) 4399-4499. לדיון בהשלכות של מתן אוטונומיה טריטוריאלית תרבותית למיעוט ביחס לחברי קבוצת הרוב המתגוררים בתחומי האוטונומיה, ראו: א' סבן *המעמד המשפטי של מיעוטים במדינות דמוקרטיות שסועות – המיעוט הערבי בישראל והמיעוט דובר הצרפתית בקנדה* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תש"ס) פרק 2.

87 כך או כך, מדבריו של ויתקון ברור שמה שכוון, לדעתו, פגיעה בחופש מדת של שליט לא היתה הפגיעה בזכותו לתרבות אלא הפגיעה בחופש המצפון שלו. כאמור בגוף הטקסט, קשה לראות בסירוב המדינה לרשום אדם כיהודי כפגיעה בחופש המצפון שלו. מעניין לציין כי למיטב ידיעתנו, מאז התיקון לחוק השבות, ובוודאי בשנים האחרונות, אין נשמעות טענות כנגד המונופולין הדתי על הגדרת יהודי, שכן גם מסלולי ההצטרפות לעם היהודי הקונסרבטיביים והרפורמיים הם מסלולי הצטרפות דתיים. האם הדבר מלמד על ויתור מצד המחנה החילוני על ניסיון ליצירת הגדרה משלהם ליהדות? לדעה שונה בעניין זה ראו דבריה של רות גביון בתוך: *מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית* (ר' מרגולין [עורך], ירושלים תשנ"ט), בעמ' 48, ולפיהם: "גם לי [כחילונית – ג"ס] יש עניין שהמדינה תהיה יהודית ואני תובעת מהמדינה להתחשב בתפיסה שלי לגבי מהותה של היהודיות הראויה של המדינה ומהן השלכותיה של יהודיות זו... לצד אלה הסבורים כי אין מובן לזהות יהודית שאינה דתית – ישנם אלה – ביניהם רוב ההוגים הציונים המרכזיים – שראו את התנועה הציונית כדרך לגיבוש זהות יהודית תרבותית – לאומית שאינה בהכרח דתית". גביון תומכת את דבריה במובאה מדבריו בן-גוריון בפתח הדיון בהצעת חוק השבות: ד"כ (6) תש"י, בעמ' 2035-2037.

הקונסרבטיבית-הרפורמית כנגד המונופולין האורתודוקסי בשאלת מיהו יהודי, מזווית ראייה ליברלית, אינו נוגע גם בטענה המקבילה לגבי המונופולין האורתודוקסי בסוגיית הנישואין. בכל האמור בסוגיית מיהו יהודי טענו כי בניגוד לאינטואיציה הראשונית, לא ברור כלל שמנקודת מבט ליברלית יש לאמץ לצורך חוק השבות את העמדה הסובייקטיבית או את העמדה הפלורליסטית. לעומת זאת ככל האמור בשאלת ההכרה בתוקפם של הנישואים האזרחיים בחוץ לארץ והנישואים וזקונסולריים בישראל (או למצער ברישום הנישואים בנישואים הללו במרשם האוכלוסין) דעתנו שונה. לדעתנו, בשאלה זו הטיעון החילוני-פלורליסטי משכנע למדיי ומזווית ראייה ליברלית. בחינת מעמדו של המונופולין האורתודוקסי בסוגיית הנישואין מזווית ראייה ליברלית קשורה בטבורה ומחייבת דיון בשאלת מעמדם של דיני המשפחה בישראל בכלל, עיסוק ממצה בעניין יסיט אותנו מן הנושא המרכזי של המאמר. לפיכך נסתפק בדיון כללי בלבד ובהפניית הקורא המתעניין למקורות נוספים לעיון.⁸⁸

דיני המשפחה חריגים בנוף המשפט הישראלי. אף כי המשפט הנוהג בישראל, כמו גם בית המשפט המופקד על אכיפתו, הוא ברובו מערבי, חילוני וליברלי,⁸⁹ בתחום דיני המשפחה ובפרט בענייני המעמד האישי, מוענקת לעתים סמכות הדיון לבתי דין דתיים, וגם הדין המסדיר תחום זה הוא הדין הדתי, שאמור לחול לא רק בבתי הדין הדתיים אלא גם בבתי המשפט האזרחיים. הבעיה הזועקת ביותר בעקבות החלת הדין הדתי בעניינים אלו נוגעת בתנאי רכישת הסטטוס "נשוי", ובמסגרתה חמורה במיוחד בעייתם של פסולי החיתון. ברוב מדינות העולם המערבי מוכרת הזכות להינשא כזכות אנושית בסיסית.⁹⁰ בהתאם לכך, במהלך

88 לניתוח ממצה יותר של מצוקות הנישואים במשפט הישראלי מפרספקטיבה ליברלית, ראו: ש' ליפשיץ הסדרה חוזית של יחסים זוגיים במשפט האזרחי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ב), (להלן: הסדרה חוזית), פרק טו, ו; ש' ליפשיץ ידועים בציבור בראי התאודיה האזרחית של דיני המשפחה (חיפה תשס"ה) (להלן: ידועים בציבור), פרק ד.

89 ראו לדוגמה: א' ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"א) 197, 202 (אפיון שיטת המשפט בישראל כשיטת חילונית, ליברלית, המשתייכת למשפחת השיטות המערביות); מ' מאוטנר ירידת הפודמליזם ועליית הזעריזם במשפט הישראלי (תל אביב תשנ"ג) 122 ואילך (תיאור בית המשפט העליון כסמן ליברלי חילוני של החברה בישראל); ח' דגן "דיני עשיית עושר בין יהדות לליברליזם" משפט ודיסטוריה (מ' מאוטנר וד' גוטוויין [עורכים], ירושלים תשנ"ט) 165 (תיאור זיקה של המשפט הישראלי למשפט המערבי ובייחוד למשפט האנגלו-אמריקני, והצעה לשימוש במשפט העברי כחלופה).

90 על הזכות לנישואים כזכות אנושית בסיסית, ראו: M.A. Glendon *The Transformation of Family Law: State Law and Family in The United States and Western Europe* (Chicago 1989) Waltjen-Coester & Coester "formation of marriage", in "persons and family": 75-82 *International Encyclopedia of Comparative Law* (M.A. Glendon [ed], Tubingen 1997, Vol. 4, ch. 3), at pp. 13-14. במדינות מסוימות הזכות להינשא מפורשת בחוקה, ובמדינות אחרות, שהבולטת ביניהן היא ארצות הברית, זכות זו מפותחת על-ידי בתי המשפט. לתיאור מפורט במיוחד של כל פסקי הדין המרכזיים בנושא של בית המשפט העליון בארצות הברית עד לשנת 1990, ראו: L.D. Wardle "Loving v. Virginia and the Constitutional Right to Marry, 1790-1990" 41 *How. L. J.* (1998) 289; על הזכות להינשא כזכות אנושית בסיסית כפי שהיא משתקפת כאמנות בין-לאומיות ראו: כ' שלו "חופש הרקשרות לנישואין ולחיים משותפים – חיים משותפים ונישואין

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

השנים צמצמו המדינות מגבלות מסורתיות על הכשירות לנישואים.⁹¹ ואולם במדינת ישראל נותרו המגבלות על כנן, וכך נשללת אפשרות הנישואין מציבורים נרחבים, כשהשלילה קשורה בנסיבות אישיות ומשפחתיות הנתפסות בעיני רוב האוכלוסייה כלא-רלוונטיות.⁹² לצד בעייתם של פסולי החיתוך, קשה לקבל גם את החובה שהחוק הישראלי מטיל על התפצים לממש את הזכות לנישואין להיזקק לרשויות דת, להשתתף בטקס דתי, ולמלא אחד נורמות דתיות נוספות לשם הגשמת הזכות.⁹³ חובת היזקקות כזאת פוגעת בחופש מדת של המבקשים להינשא.⁹⁴ גם התכנים הספציפיים של הדין הדתי, המסדיר את יחסי הזוגות הנישואים, מעוררים כבר שנים תרעומת קשה, כשל הפגיעה בזכויות אדם שונות הגלומה בהן,⁹⁵ כשהמורות מכול הן ההפליה כלפי נשים והמגבלות הקשות המוטלות על האפשרות להתגרש.⁹⁶

- מחוץ לדין הדתי "מעמד האשה כחברה ובמשפט" (פ' רדאי, כ' שלו, מ' ליבן-קובי [עורכות], ירושלים תשנ"ה) 459, 465-452; האמנה האירופית לזכויות האדם מציינת את הזכות להינשא ולהקים משפחה כזכות בסיסית. לדיון בהוראות האמנה ובפסיקות של בית המשפט האירופי בנושא זה, ראו: J.R. Devichi "Family Law: The Continuity of National Characteristics", in: *The European Family* (Jacques Commaile & Francois de Singly [eds.], Dordrecht 1997) 45, 48-49; עוד ראו: ש' ליפשיץ *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, פרק ד, חלק 3, סעיף ג.
- 91 למגמות הללו בארצות הברית, ראו: J.B. Singer "The Privatization of Family Law" 1992 *Wis. L. Rev.* 1443, 1465-1470; לסקירה של מגמות במדינות מערביות מרכזיות בעניין זה, ראו: Glendon, *ibid.*, at p. 33-75. לאיתור מאפיינים משותפים בנושא בעשר מדינות המייצגות תרבויות שונות בעולם, שנציגיהן השתתפו בכנס בין-לאומי לנישואים וגירושים והתבקשו לדווח על המצב בארצותיהם, ראו: L.D. Wardle "International Marriage and Divorce Regulation and Recognition: A Survey" 29 *Fam. L. Q.* (1996) 497, 500-502. מסקירת המקורות הללו עולה בבירור כי למרות הבדלים מסוימים בין מדינות שונות, המגמה המתוארת משותפת לכולן; לדיון מעמיק בנושאי הכשירות לנישואים הן בהקשר הכללי והן בהקשר הספציפי בישראל, ראו: פ' שיפמן *דיני המשפחה בישראל* (מהדורה שנייה, תשנ"ה, כרך א), בעמ' 227 ואילך; ראו גם: ליפשיץ, שם, שם. במדינות מסוימות מוענקת בשנים האחרונות הזכות להינשא, או זכות מקבילה לה, אפילו לזוגות ממין אחד (להלן: זוגות חד-מיניים). ראו על כך: י' מרין "נישואין בין בני זוג מאותו המין והכשל שבאלטרנטיבות לרגולציה משפטית של זוגיות חד מינית" *המשפט ז' (תשס"א-תשס"ב)* 253.
- 92 ראו בעניין זה: פ' שיפמן *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* (מהדורה שנייה, ירושלים 2000), בעמ' 7-23; כן ראו: פ' שיפמן *כדת או כדין: חלופות נישואין וגירושין בישראל – שינוי חוקי ואפשרי* (נ' כרמי [עורכת], ירושלים 2001) (להלן: שיפמן, כדת או כדין); עוד ראו: שלו, לעיל הערה 90, בעמ' 459; וכן: א' רובינשטיין "הזכות לנישואין עיוני משפט ג (תשל"ג) 433.
- 93 ראו לדוגמה: שיפמן, *מי מפחד מנישואין אזרחיים? שם, בעמ' 7* ובמקורות המצוינים שם בהערה 1; וכן שיפמן, כדת או כדין, שם, בעמ' 7.
- 94 ראו הדיון אצל סטטמן וספיר, לעיל הערה 81.
- 95 לסקירה כללית של סוגי הביקורות על הדין הדתי בישראל, ראו: א' רוזן-צבי "בתי הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" *משפט וממשל ג (חשנ"ה-תשנ"ו)* 173, בעמ' 193; שיפמן, *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* לעיל הערה 92, בעמ' 7-19; וכן: שיפמן, כדת או כדין, לעיל הערה 92, פרק 1; עוד ראו לאתרונה: ש' ליפשיץ "מפנה אזרחי בדיני המשפחה" *צביון (3)* דצמבר 2001.
- 96 לדיון נרחב במצוקות הגירושים במשפט הישראלי, ראו: ליפשיץ, *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, שער 5, פרק יד; וכן: ליפשיץ, *ידועים בעיבוד*, לעיל הערה 88, פרק ד, חלק 2, ובמובאות שם.

פתרון כולל לבעיות אלו מצריך שינוי מהותי, שבמסגרתו יכונן בישראל מסלול של נישואין אזרחיים.⁹⁷ ברם לפחות בשלב זה, כל זמנות החקיקה לשינוי המצב לא זכו לרוב בכנסת, ובתי המשפט מצדם, אינם מובנים לבצע מהפך שיפוטי שבמסגרתו יקבלו נישואין אזרחיים מעמד רשמי במדינת ישראל.⁹⁸ אולם בצד כישלון הניסיון לשינוי כללי המשחק ולכינון מסלול רשמי של נישואין אזרחיים, השיג המאבק הישגים לא מבוטלים במסלול העקיף, השומר לכאורה על כפיפות לגללי המשחק הקיימים, שעל פיהם, כאמור, הנישואין והגירושין הרשמיים הם דתיים, והשיפוט והדין החלים במקרים רבים הם דתיים.

נדבך מרכזי בהתמודדות האזרחית-החילונית עם מצוקת הנישואים בדין הדתי, הוא מוסד הידועים בציבור.⁹⁹ במשפט הישראלי, המושג "ידועים בציבור" הוא כינוי כולל לבני זוג המקיימים יחסים דמויי נישואים אף שאינם נחשבים לנישואים מן הבחינה המשפטית.¹⁰⁰ בישראל קיימת מגמה ברורה, בחקיקה ובפסיקה, לצמצום הפער המשפטי בין ידועים בציבור לבין נישואים ולהרחבת תנאי הכניסה המקנים מעמד של ידוע בציבור.¹⁰¹ בדרך זו המשפט האזרחי מבקש לספק תרופה למצוקתם של אלו שאינם יכולים, או אינם רוצים, מסיבות אידאולוגיות, להינשא בנישואים דתיים. ואולם למוסד הידועים בציבור כמה חסרונות בולטים המקשים מאוד על אפשרויותיו לתפקד כתחליף לנישואים אידאליים.¹⁰² בשל חסרונותיו של מוסד הידועים בציבור שב ומתעורר הצורך במסלול נישואין אזרחי חלופי.¹⁰³ בנסיבות אלה ניתן (ואולי צריך) לקרוא את הכרעתו של בית המשפט בפרשת פונק-שלזינגר כניסיון לצמצום ממדי הפגיעה בזכויות האדם על פי הדין הישראלי, בדרך של יצירת מסלול חלופי כזה.

לכאורה, חומרת הפגיעה בזכויות האדם הכרוכה במונופולין האורתודוקסי צריכה היתה להוביל את בית המשפט לא להסתפק בהכרה בנישואין אזרחיים בעקיפין, באמצעות דיני

97 ראו המקורות המאזכרים בתוך: ליפשיץ, *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, שם, בשער 5, פרק יד, ו-טו; אולם השוו: א' שוחטמן "לשאלת ההגתם של נישואים אזרחיים במדינת ישראל" *ספר לנדוי* (א' ברק וא' מזוז [עורכים], תל אביב תשנ"ה, כרך ג) 1553.

98 ראו למשל לאחרונה: בג"ץ 4058/95 *בן מנשה נ' שר הדתות*, פ"ד נא(3) 876.

99 ראו בעניין זה: ליפשיץ "נישואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים בציבור" *עיוני משפט* כה (תשס"ב) 741, 788-789; ראו התייחסות לנושא הידועים בציבור כתחליף לנישואין גם אצל שלו, לעיל הערה 90, בעמ' 462 ו-492-499; ראו גם: שיפמן, "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין דין חילוני" *משפטים* יט (תשמ"ט-תש"ן) 847, בעמ' 849-851; וכן: א' רוזן *צבידיני המשפחה בישראל בין קודש לחול* (תל אביב תש"ן) 303.

100 להבחנה בין הנישואים כתופעה משפטית לבין התופעה הסוציולוגית של בני זוג החולקים חיי אישות משותפים, שניתן לכנותה התופעה הסוציולוגית של הנישואים, או נישואים סוציולוגיים, ראו: שיפמן, *דיני המשפחה בישראל*, לעיל הערה 91, בעמ' 141 ואילך; ראו גם: M.A. Glendon, *supra* note 90, at pp. 10-16.

101 ראו על כך: ליפשיץ *ידועים בציבור*, לעיל הערה 88, בפרק א ובהפניות הרבות שם.

102 ראו בעניין זה: ליפשיץ, לעיל הערה 99, בעמ' 788-789; ראו התייחסות לנושא הידועים בציבור כתחליף לנישואין גם אצל: שלו, לעיל הערה 90, בעמ' 462 ו-492-499; ראו גם: שיפמן, לעיל הערה 99, בעמ' 849-851; וכן רוזן-צבי, לעיל הערה 99, בעמ' 303.

103 ראו על כך בהרחבה: ליפשיץ, שם, פרק יג.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

המרשם, אלא לחפש דרכים להכרה מלאה בהם.¹⁰⁴ ואולם אל מול מהלך כזה של בית המשפט בתחום הנישואין, ניצבה משוכה אובייקטיבית גבוהה; גבוהה יותר מזו שניצבה בפניו בסוגיית מיהו יהודי, ואפשר שהיא שהובילה אותו להסתפק במסלול העוקף.

כפי שצינו בראשית המאמר, החוק בישראל מעולם לא הגדיר באופן ממצה מיהו יהודי על פי חוק השבות ועל פי חוק המרשם. בהיעדר הגדרה ממצה, שכירת המונופולין האורתודוקסי בידי בית המשפט, וקבלת הגישה הסובייקטיבית (בהתאם לתחושותיו של הפונה) או הפלורליסטית (הכרה בגוונים קונסרבטיביים ורפורמיים), לא היתה עומדת בסתירה לחוק הקיים. לעומת זאת, בתחום דיני הנישואין, החוק בישראל ברור מאוד, והוא מונע באופן חד-משמעי הכרה בנישואין שנערכו בישראל, שאינם נישואין דתיים-אורתודוקסיים.¹⁰⁵ בעיה דומה קיימת גם ביחס לשאלת ההכרה בנישואין חלופיים שנערכו בחוץ לארץ. אף על פי שבפסקי הדין שעסקו בנושא הובעה מפעם לפעם הדעה שכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי מאפשרים הכרה בנישואים אזרחיים שנערכו בחוץ לארץ, פרופסור שאווה צודק כנראה בקביעתו כי כללי המשפט הבין-לאומי אינם מאפשרים להכיר בתוקפם של נישואים אזרחיים בחוץ לארץ כל עוד אין הנישואים הללו מוכרים על פי משפט המדינה.¹⁰⁶ במצב דברים זה, הכרה גלויה של בית המשפט בחלופות כאלה פירושה התנגשות חזיתית בינו לבין החוק הקיים, ובנסיבות האלה ניתן להבין מדוע בחר בדרך ההכרה העקיפה והסמויה למחצה.

מן הדין שקיימנו עד כאן מתבררות שתי הבחנות משמעותיות בין שאלת מיהו יהודי ובין סוגיית הנישואין. מבחינה ערכית, לפחות מנקודת מבט ליברלית, ההצדקה לשלילת המונופולין האורתודוקסי בתחום הנישואין חזקה יותר מן ההצדקה לשלילתו בשאלת מיהו יהודי. לעומת זאת מן הבחינה הפוזיטיבית, שלילת המונופולין האורתודוקסי בתחום הנישואין על-ידי בית המשפט בעייתית יותר משלילתו בשאלת מיהו יהודי: בעוד ששלילתו בשאלת מיהו יהודי אינה סותרת בהכרח את הדין הפוזיטיבי הקיים, הכרה בנישואים אזרחיים ובנישואים קונסולריים נוגדת את הדין הפוזיטיבי הנוהג.

בבואנו להשוות את התנהלותו של בית המשפט בשאלת המרשם בשתי הסוגיות – מיהו יהודי ונישואין, לכאורה ניתן היה לטעון ששתי ההבחנות דלעיל אמורות לפעול בכיוונים

104 ואכן קיימת ספרות ענפה התומכת בצורך לקדם נישואין אזרחיים, ראו: שיפמן *מי מפקח מנישואין אזרחיים?* לעיל הערה 92, בעמ' 52-68; אולם השוו: א' שוחטמן, לעיל הערה 97, שם.

105 ראו סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה"; ראו גם: בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2), 661, שם הובהר כי אכן יש לפרש את סעיף החוק לפי הגישה האורתודוקסית.

106 ראו ניתוחו המפורט של פרופ' שאווה, לעיל הערה 57, שער 6. בקצרה נציין כי לדעת שאווה, הקביעה ברבר המלך במועצה, שענייני המעמד האישי ובכללם נישואין וגירושין יידונו על פי הדין האישי של הצדדים, היא קביעה מוחלטת שאינה תלויה במקום עריכת הטקס. כיוון שכך, לדעת שאווה, אין לקונה במשפט הישראלי, ומשום כך אין כל צורך להשלימה באמצעות כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי או האנגלו-אמריקני כפי שגרסו השופטים בעניין פונק-שלזינגר. נציין כי בעוד שבסוגיית הנישואים האזרחיים שאווה מכיר בקיומן, אף כי לא בהצדקתן, של דעות שונות משלו, בשאלת הנישואים הקונסולריים הוא מבהיר כי אין כל דרך להכיר בתוקפם. שם, כרך ב, פרק 10.

מנוגדים, לקזז זו את זו ולהצדיק בשני העניינים את הטקטיקה שנקט בית המשפט. בשאלת הנישואין, הקושי הפוזיטיבי בשבירת המונופולין האורתודוקסי עומד כנגד הכרה במסלולים חלופיים, אך לעומת זאת תוקפו של הטיעון הליברלי כנגד המונופולין מספק טעם טוב להכרה כזאת. כאמור לעיל, במציאות כזאת ניתן להבין את החלטתו של בית המשפט לנקוט דרך ביניים של הכרה עקיפה באמצעות המרשם. בשאלת *מיהו יהודי* יהיו שיטענו כי הסדר הפוך, אך התוצאה זהה. הטעם המהותי כנגד המונופולין האורתודוקסי אינו חזק במיוחד, אך מבחינה פוזיטיבית אין קושי בשבירתו, ולכן, שוב, הכרה באמצעות המרשם ניתנת לתיאור כבחירה סבירה באמצע הדרך. ברם, כמחשבה שנייה, לדעתנו, בכל האמור בשאלת *מיהו יהודי* שתי ההבחנות אינן מקוזזות זו את זו אלא מצטרפות דווקא זו לזו לחיזוק הביקורת כנגד ההסתתרות מאחורי הטכניקה המרשמית.

בסוגיית הנישואין, הפער בין עצמת הטענה המהותית כנגד המונופולין האורתודוקסי לבין הקושי לשנות את המצב השיפוטי לנוכח הבהירות הפוזיטיבית של המצב הקיים, עשוי אכן להסביר את החלטתו של בית המשפט לפנות לטכניקת המרשם.¹⁰⁷ המצב בשאלת *מיהו יהודי* שונה. כאן הטענה המהותית רחוקה מלשכנע. אם בית המשפט סבור בכל זאת שהמונופולין האורתודוקסי מעורר בעיה, יכול היה לקרוא עליו תיגר בגלוי ולא באמצעות המרשם, שכן ממילא החוק לא עמד לו למכשול. בהיעדר טעם מהותי החלטי כנגד הפרשנות האורתודוקסית מחד גיסא, ולנוכח חוסר הבהירות הבסיסי המאפשר הכרעה מאידך גיסא, השימוש במרשם כטכניקת הכרעה בהסוואה, נראה כדרך בלתי ראויה להתחמקות מדיון גלוי בשאלה, שאין לה תשובה קלה.

בין שתי הסוגיות קיים הבדל נוסף, המעצים את הבעיה בהכרעה של בית המשפט בסוגיית *מיהו יהודי*, ובייחוד את הבעיה בבחירתו במתודת ההכרעה הסמויה. כזכור, השאלה שאנו מנסים לברר במאמר זה היא כיצד על בית המשפט לפעול בנסיבות שבהן המערכת הפוליטית נמנעת מהכרעה בשאלה מהותית, והשאלה מתגלגלת לפתחו של בית המשפט. השתלשלות העניינים בסוגיית *מיהו יהודי* תואמת לתסריט הנבחר, הלוא כאמור, הכנסת לא הכריעה בבירור מיהו יהודי. סוגיית הנישואין במדינת ישראל אינה מתאימה לתסריט. כאן המערכת הפוליטית דנה והכריעה אלא שההחלטה בעייתית. להבדל זה חשיבות רבה. אכן, בשני המקרים התערבות מצד בית המשפט היא בעייתית: אם נתקבלה הכרעה דמוקרטית, ההתערבות בעייתית בשל התעלמותו של בית המשפט מהכרעה זו; אם טרם נתקבלה הכרעה דמוקרטית, הבעיה טמונה בחירות שנית המשפט נוטל לעצמו להחליף את מנגנוני ההכרעה הדמוקרטיים. אולם מבין שני המקרים, הבעיה חמורה יותר במקרה של התערבות בהיעדר הכרעה דמוקרטית. כשהליך דמוקרטי התקיים אך תוצאותיו בעייתיות, בית המשפט עומד

107 במידה מסוימת ניתן לראות בהתבססות על טכניקת המרשם בפרשת *פונק-שליזינגר* סוג של פשרה דמוקרטית, בין האינטרס הדתי לשימושי מעמדו הייחודי של הנישואין הדתיים, לבין האינטרס האזרחי לפתור את המצוקות האזרחיות המעשיות. ראו על כך גם אצל: שיפמן, *מי מפחד מנישואין אזרחיים?* לעיל הערה 92, פרק שני. בהערת אגב נציין, כי סוג כזה של פשרות דמוקרטיות אפיין בהקשרים שונים את ההיסטוריה של דיני המשפחה המערביים ובייחוד את ההיסטוריה של דיני הגירושין. לתיאור דיני הגירושין בעולם המערבי עד לעשורים האחרונים של המאה העשרים, עיינו אצל ליפשיץ, *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, פרק י', בעמ' 300-312.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

בפני דילמה אמתית, לכבד את הכרעת הרוב או לשמור אמונים למערכת ערכים מהותית שכל פגיעה בה צריכה להיבחן בחומרה. המצב שונה כשטרם התקבלה החלטה. במקרה כזה, בית המשפט מתעלם מן האפשרות לקיים או למצות את ההליך הדמוקרטי. כשהוא בוחר בדרך ההכרעה המוסווית הוא גורם נזק חמור במיוחד משום שבמקרה כזה חוסר הבהירות הנלווה להחלטה מקטין את הסיכוי שעצם ההחלטה יעורר או יחיש את הדיון הדמוקרטי. כפי שנבאר ביתר אריכות בפרק ו, לדעתנו, העיסוק הגובר, בישראל ובעולם, בשאלת הדרכים ליישוב המתח בין ההכרעה הדמוקרטית לבין ערכי יסוד, השכיח מלב מושכלות ראשונים, שבלבו של העיקרון הדמוקרטי עומדות הזכות והחובה של ציבור האזרחים לדון ולהכריע בשאלות המהותיות של סדר יומו. בפרק ו נבחר כי תפקידו של בית המשפט במדינות דמוקרטיות הוא לעודד דיון והכרעה, ונמחיש כיצד בית המשפט יכול לרחוף בכיוון זה. אם תפקידו של בית המשפט לעודד הכרעה דמוקרטית, מובן מאליו שאסור לו להכשיל או לעכב הכרעה כזאת, כפי שעשו, למרבה הצער, שופטי הרוב בפרשיות שליט ונעמ"ת, עת הכריעו בשאלת מידו יהודי תוך בחירה במתודת ההכרעה המוסווית.

5. סיכום

בפרק זה הצבענו על כשלים מספר בעמדתם של שופטי הרוב בעניין מידו יהודי. טענו כי העמדה "הנייטרלית" שאימצו שופטי הרוב בפסקי הדין בעניין מיהו יהודי איננה מובילה לתוצאה נייטרלית. כמו כן העלינו אפשרות שגם השופטים האוחזים בעמדה הנייטרלית אינם סבורים באמת שהיא כזאת, ושהשימוש שהם עושים בה הוא שימוש מגמתי שמטרתו השגת היעד הבלתי נייטרלי בעליל של הכרה בגיורים קונסרבטיביים ורפורמים לצורכי חוק השבות. הצבענו על כך שהטענה להיעדר מוטיבציה ותוצאה נייטרלית מקבלת חיזוק מהסתמכותם של השופטים על השקפת העולם הליברלית, שכן גם הליברליזם, על שני הזרמים המתחרים בתוכו, הפוליטי והפרפקציוניסטי, נכשל ביומרתו לנייטרליות. בחנו הצדקה אפשרית אחת לאימוץ העמדה הבלתי נייטרלית, שעניינה הרצון להגן על חופש הדת, והצבענו על חולשותיה. אולם יש לזכור כי אפילו היה הטיעון מן ההגנה על חופש הדת מבוסס דיו, אין בכך כדי להכריע בשאלה שעל הפרק. זכויות אדם אינן מוחלטות וייתכנו נסיבות ושיקולים שיצדיקו פגיעה בהן. לו היינו עוסקים במחלוקת לגופה היינו צריכים לבחון בעיון הצדקות כאלה, אולם כאמור בראשית המאמר, אין זו מטרתנו, ולכן נמנענו מלדון בהן. לקראת סיומו של הפרק הצענו שתי הבחנות בין סוגיית מידו יהודי לבין בעיית הנישואין. לאורן של ההבחנות האלה נטינו, מחד גיסא, להבין – אף כי לא בהכרח להצדיק – את השימוש של בית המשפט במרשם ככלי להשגת יעדיו בתחום הנישואין, ומאידך גיסא, חיזקנו את הסתייגותנו מן השימוש הפוליטי שעשה בו בשאלת מידו יהודי.

נוכל לחתום פרק זה בקביעה, שלא רק יומרתם של זילברג וסיעתו להכריע לגופו של עניין הנה בעייתית, אלא גם יומרתם של ויתקון וחבריו להכריע תוך שמירה על נייטרליות. שתיהן לוקות בכשל אחד: הכרעה שיפוטית ערכית בעניין שבו המחוקק מתחמק מלהכריע. יהיו שיאמרו כי במובן מסוים גישת ויתקון גרועה מגישתו של זילברג. דרך הפעולה הראשונה שנקט זילברג – הכרעה גלויה של בית המשפט במחלוקת ערכית שטרם הוכרעה בידי הציבור – אמנם חורגת מן המנדט שנמסר לבית המשפט בחברה דמוקרטית, אך בעצם

שחור ליפשיץ וגדעון ספיר

קבלתה של הכרעה ערכית גלויה מצדו של בית המשפט מתחזק הסיכוי שהציבור ידון בעניין מחדש והפעם יגיע להכרעה דמוקרטית. לעומת זאת, דרך הפעולה השנייה, שנקט ויתקון – הכרעה סמויה במסווה של תפיסה נייטרלית – עלולה להרדים או לכל הפחות לא לעורר את מנגנוני ההכרעה הדמוקרטיים.

ה. ריסון שיפוטי

את הגישה השלישית, זו המצדדת במה שבחרנו לכנות "ריסון שיפוטי", מייצגים בפרשת שליט הנשיא אגרנט והשופט (כתוארו אז) לנדוי. בתארנו גישה זו נשזור מדברי שניהם. השופט לנדוי, שהיה מאוחר יותר גם נשיא בית המשפט העליון, ידוע בכתיבתו השיפוטית והאקדמית כחסיד הריסון השיפוטי. כך, למשל, בשבתו כשופט התנגד לנדוי להרחבת התערבות בית המשפט בפעילות הכנסת.¹⁰⁸ בדומה, הוא מתח ביקורת חריפה על הרחבת השימוש בעילת היעדר הסכירות כמכשיר לבחינת פעילות הזרוע המבצעת.¹⁰⁹ ולבסוף, ידועה עמדתו העקרונית כנגד המעבר למודל הדמוקרטיה החוקתית בכל האמור לפרק בחוקה העוסק בזכויות אדם.¹¹⁰ רציונל מרכזי המחבר בין עמדות אלה הוא תפיסתו של לנדוי שבכל אחד מן המקרים תהיה ההתערבות מבוססת בעל כורחה על השקפת עולמו של השופט. מבחינתו של לנדוי, שימוש בערכי השופט כבסיס להחלטתו אינו לגיטימי. כשיקולים גלויים לתמיכתו במינימליזם שיפוטי, לנדוי מדגיש בכמה מקומות גם את הנזק שייגרם לבית המשפט עקב התערבות במחלוקות ערכיות, וכן את ההיגיון הבסיסי בהנהגת ריסון ויחס של כבוד הדדי בין רשויות השלטון השונות, מבלי להפוך את בית המשפט לזרוע השלטת. ודוק, לנדוי אינו מתנגד להפעלתם של שיקולים אידאולוגיים בהליך השפטיה, במקרים שבהם אין הדרכה בחוק כיצד יש לפעול בנסיבותיו של מקרה נתון. לנדוי מתנגד להפעלתם של שיקולים כאלה רק במקרה שבו לא ניתן להצביע על "ההשקפות המקובלות של הציבור הנאור". במקרה כזה, תפיל ההכרעה על כורחה על בסיס השקפותיו של השופט, וזה כאמור, לשיטתו של לנדוי, מעשה שלא ייעשה.

עמדתו של לנדוי בפרשת שליט מבטאת בנאמנות את גישתו העקרונית. תחילה, לנדוי דוחה על הסף את טענתם של חבריו ווסמן וויתקון, שלפיה עניין הרישום הוא עניין של מה בכך. "אם כל זה הוא עניין של מה בכך", שואל לנדוי, "מדוע נלחם העותר בעקשנות כזאת על עתירתו, ומדוע עורר הדין בעתירה זאת התעניינות כללית כזאת בציבור על כל חוגיו, בארץ וגם ביהדות התפוצות?"¹¹¹ לנויר גם אינו מתרשם מן הטענה הטכנית שהוק המרשם עצמו קובע שרישום הלאום אינו מהווה ראייה לכאורה לאמתות הכתוב בו. לדעתו,

108 ראו דעת המיעוט שלו: בג"ץ 306/81 ז'לאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118; וכן דבריו במאמרו "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיני משפט ח (תשמ"א-מ"ב) 504,500.

109 ראו הוויכוח המפורט בנושא בינו לבין השופט ברק בבג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.

110 ראו, למשל: מ' לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו (תשל"א) 30.

111 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 526.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

"הרישומים במרשם – וגם רישומי הדת והלאום – הם בבחינת 'תעודה ציבורית' במובן פקודת העדות, ונראה לי שאם כי אין הם ראיה לכאורה, עדיין הם בגדר ראיה כלשהי".¹¹² מכאן לנודי עובר לטענתם של חבריו, שהפעלתו של מבחן ההלכה "סותר את זכותו של האזרח שלאומי ולאום ילדיו יירשמו לפי השקפתו הסובייקטיבית". לנודי מסביר שעמדה זו עצמה, קרי "נקודת המוצא... שההשתייכות ללאום היהודי הוא עניין להגדרתו העצמית של אדם" שנויה במחלוקת, שכן חלקים נכבדים של הציבור בישראל, שומרי מצוות וחופשיים כאחת, דבקים במבחן ההלכה האובייקטיבי כמבחן הכלעדי לקביעת יהדותו של אדם. בנסיבות האלה, נקודת המוצא של חבריו יש בה משום "יצירת מעגל שוטה על יסוד הנחה, שהיא עצמה רחוקה מלהיות מקובלת על הכול".¹¹³

אליבא דלנודי, מוטב היה שההכרעה בשאלה היתה נמנעת לחלוטין בדרך של מחיקת סעיף הלאום מן המרשם. זו היתה כאמור גם עמדתו של אגרנט, שניסח את פנייתו של בית המשפט לממשלה, בסוף הדיון שהתקיים לפניו, בבקשה שתתקן את חוק המרשם בדרך זו. אולם לנוכח סירובה של הממשלה לפעול בהתאם, נאלצים אגרנט ולנודי, בסופו של יום, להחליט כיצד יפעלו. שניהם מחליטים שלא להתערב, אולם להבנתו קיים הבדל של הדגש בין הכרעותיהם, הבדל שיש לו חשיבות רבה לענייננו. נתאר אם כן תחילה את הנמקתו של אגרנט ואחר כך את הנמקתו של לנודי.

פרשת שליט נבחנה במסגרת בג"ץ. כאמור לעיל, עיקר עיסוקו של בג"ץ ביחסי פרט מול שלטון, והבקשות הסטנדרטיות המופנות לבג"ץ במסגרת ההליך הן למתן הוראות לרשויות השלטון האחרות. הסמכות המוענקת לבית המשפט בשבתו כבג"ץ רחבה מאוד בהיקפה, אך בצד הסמכות שהועמדה לרשותו של בית המשפט נמסרו בידיו גם מפתחות המאפשרים לו לבחור שלא להשתמש בסמכות המסורה לרשותו. בפרשת שליט הנשיא אגרנט משתמש בנתיב מילוט זה.¹¹⁴ אגרנט מזכיר כי ההלכה המקובלת היא ש"במקום שבית המשפט הגבוה לצדק מתבקש על-ידי האזרח, הפונה אליו, להעניק לו סעד נגד פעולת הרשות הציבורית או החלטתה, הרי מסור עניין זה לשיקול-דעתו והוא לא יתערב בדבר, אם התערבותו אינה דרושה לשם עשיית הצדק".¹¹⁵ אגרנט סבור כי בעניין שליט "שורת הצדק אינה מחייבת

112 שם, שם.

113 שם, בעמ' 528.

114 יש שיטות משפטיות שמעניקות לבית המשפט שיקול דעת חזק בשאלה, האם לעשות שימוש בסמכותו אם לאו, ויש שיטות משפט שותחמו במידה מסוימת את שיקול הדעת תוך יצירתן של קטגוריות ברורות, יותר או פחות, שניתן להפעילן כמסגרת ובהצדקה להחלטה מצדו של בית המשפט להימנע מלדון בעתירות מסוימות המוצגות בפניו. דוקטרינה אחת שבה יכלו אגרנט ולנודי לעשות שימוש לרחיית העתירה על הסף, היא דוקטרינת חוסר השפיטות. אולם הן אגרנט והן לנודי אינם עושים שימוש בדוקטרינה. לנודי אפילו טורח להדגיש כי "הנושא של מהות הלאום היהודי אינו בלתי שפיט מטבעו... ההימנעות מלפסוק, בה אנו מצווים לנהוג בעתירה זו, אינה נובעת מחוסר השפיטות של הנושא אלא מחוסר יכולתנו לשאוב תשובה משפטית לבעיה מאחד ממקורות המשפט, שמהם אנו נוהגים לקבל את השראתנו". לנודי מטעים כי "גם ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור הן מקור כשר לפסיקתנו כאשר אין לנו מקור אחר... אך הפעם הכזיב גם מקור זה, בגלל חילוקי הדעות הכנים השוררים בציבור". ראו: עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 530.

115 שם, בעמ' 599.

שנגקוט עמדה לגבי הבעיה האידאולוגית הנדונה, כאשר ברור לנו שלא קיים לגביה קונצנזוס אצל החלק הנאור של הציבור וכי "עמדתנו תהא מבוססת אך ורק על הרעה הפרטית... שלנו".¹¹⁶

הגישה שאגרנט מציג אינה חפה מקשיים. הקריאה לריסון שיפוטי בסוגיית מיהו יהודי מתחברת לעמדה כוללת הקוראת למידה מעטה של התערבות מצד בתי המשפט בשאלות אידאולוגיות שאין להן תשובה משפטית ברורה. גישה זו הגיונה עמה, אך עם זאת היא חשופה לשני סוגי טענות עקרוניות. סוג אחד של טענות מדגיש שאי-התערבות מצד בית המשפט נחזית אולי כהימנעות מהכרעה, אך בפועל מבטאת הכרעה לטובת צד מסוים. הסוג האחר של טענות מתמקד בכך שיישומה של מדיניות אי-התערבות עלול להוליך לתוצאות שרירותיות. נתאר טענות אלו בקצרה ונבהיר כיצד הן מתבטאות בענייננו.

הביקורת הראשונה על גישורה של "אי-התערבות" נובעת מחשש שבמקרים רבים מה שנחזה כאי-התערבות מבטא למעשה הכרעה משפטית לטובת אחד הצדדים בעימות. סוג כזה של טיעון מוכר בדיני המשפחה.¹¹⁷ אחת הדוקטרינות המוכרות בתחום זה היא דוקטרינת אי-התערבות במשפחה (Nonintervention in the Family).¹¹⁸ על פי דוקטרינה זו, שזויתה דומיננטית מאוד במשפט האנגלו-אמריקני של המאה התשע-עשרה ושל ראשית המאה העשרים, ושיש לה יסודות גם בחשיבה המודרנית, נמנעה המדינה מלהתערב בחייה של המשפחה, לפחות ככל שמדובר במשפחה מתפקדת. דוקטרינה זו היוותה מעין מסגרת גג למערכת של כללים מיוחדים המתייחסים ליחסים משפחתיים הנוגעים בענפי משפט מגוונים, כגון: חוזים,¹¹⁹

116 שם, בעמ' 600. טיעונו של אגרנט אינו "חלק". לא ברור מדוע היעדרו של קונסנזוס גורר את המסקנה ששורת הצדק אינה מחייבת התערבות ושאלה שעל הפרק.

117 הרברים נכונים בכל מקרה שבו הגוף ביג הסמכות מחליט שלא להתערב במחלוקת המובאת בפניו. כך, למשל, משמעותה המעשית של החלטת בית המשפט לדחות העתירות בעניין עבודות הוואקף בטענת היעדר שפיטות, היא השלמה מצד המזינה עם הימשכות ההרס. ראו עניין נאמני הר הכית, לעיל הערה 40; נקודה זו מדגיש באופן כללי גם: א' בנדר "חיי המשפט הם הגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליות משפטית ראוי" *משפט וממשל* 1 (תשס"ג) 591 ("כאשר בית המשפט דוחה עתירה מטעמים של חוסר-שפיטות משמעות פסק-הדין אינה ואקום משפטי, אלא היתר שיפוטי לרשות השלטונית שכנגדה העתירה הוגשה להמשיך בפעולות שבוך מדובר". שם, בעמ' 602).

118 לשורשיות העיקרון בחשיבה בארצות הברית, ולקשר המסורתי שבינו לבין תפיסת המשפחה כפרטית ואוטונומית, ראו: C.E. Schneider "Moral Discourse and The Transformation of American Family Law" 83 *Mich. L. Rev.* (1985) 1803, 1835-1839; A.L. Estin "Family Governance in the Age of Divorce" (1998) *Utah L. Rev.* 211, 213-216; L.E. Teitelbaum "Family History and Family Law" (1985) *Wis L. Rev.* 1135; כן ראו: ליפשיץ, *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, פרק ג, חלק 3, סעיף ג(iii); וכן לאחרונה: ל' ברשק ור' פוגץ "בין פרטי לציבורי: המשפט הפלילי והמשפחה" *מחקרי משפט* כ(1) (תשס"ג) 7.

119 כך נהוג לפרש את פסק הדין המפורום האנגלי בעניין *Balfour*, שאחד מנימוקיו של בית המשפט לסירובו לאכוף חוזה בין בני הזוג, שבו הבעל מתחייב להקציב לאשתו סכום כסף בהיעדרו, הוא הרצון לשמר את המתחם הביתי במקום שאליו שלוחי המלך אינם נכנסים. ראו: *Balfour v. Balfour* [1919] 2 K. B. 571, 579; למדיניות דומה בארצות הברית, ראו: Banks McDowell "Contracts in the Family" 45 *B. U. L. Rev.* (1965) 43.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

נזיקין,¹²⁰ עונשין,¹²¹ סדר דין,¹²² ראיות¹²³ ויחסי הורים וילדים,¹²⁴ והיא מנעה את הפעלתם של כללי הדין הרגיל בין חברי המשפחה.¹²⁵

במבט ראשון, ניתן היה לחשוב שמדובר בגישה שמאפשרת להימנע מהתערבות משפטית חיצונית במחלוקת בין חברי משפחה. כרם בדיקה מעמיקה יותר מגלה שגישה זו כרוכה בהכרעה ברורה לטובת אחד הצדדים. כך, למשל, בכל האמור בטענות על אלימות במשפחה אימוץ הדוקטרינה פירושו העדפת הצד המכה על פני הצד המוכה בדרך של הענקת

120 מדיניות אי-התערבות באה לידי ביטוי בחסינות מתביעות נזיקין בין בעל לאשתו. במקורו כלל החסינות קשור לדוקטרינת "ההתמזגות" שבין הבעל לאישה בעקבות הנישואים. כלל החסינות שורר בדיני הזוגיות "המסורתיים" בארצות המשפט המקובל גם לאחר ביטולה של דוקטרינת המזוג. לדיון בדיני נזיקין בהקשרים משפחתיים, ראו: "Persons and the Family", in: *International Encyclopedia of Comparative Law* (M.A. Glendon [ed.], Vol. IV, 1998); לדיון בכלל החסינות בארצות המשפט המקובל, ראו: *Ibid*, at p. 7-11; כלל החסינות בנויקין שרר בארצות הברית עד לשנות השבעים במאה העשרים. ראו: *Singer, supra note 91*, at p. 1446; וכן: K.J. Krohse "No Longer Following the Rule of Thumb – What to Do With Domestic Tort and Divorce Claims" 1997 *U. Ill. L. Rev.* 923, 925-926 (1997). בישראל, הופיע כלל החסינות בנויקין בסעיף 18 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש) עד לשנת 1969.

121 על פי המשפט המקובל, קיימת חסינות כמעט מוחלטת מאחריות פלילית על עבירות אלימות בין בני זוג לרבות אונס האישה. כללים אלו שרדו ברובם את השינויים שנעשו במאה התשע עשרה, והם מלווים את דיני המשפחה גם במאה העשרים. בהקשר לארצות הברית, ראו: *Estin, ibid*, at p. 1463; *Singer, ibid*, at p. 1446; *supra note 118*, at n. 18 & n. 27; למצב במדינות מערביות נוספות, ראו: *Patti, ibid*, at p. 9-10; ראו גם המקורות המאזכרים אצל שיפמן, כדת או כדין, לעיל הערה 92, בעמ' 145, בהערה 32 ובטקסט המתייחס אליהם; יצוין שגם המשפט הישראלי הושפע מהתפיסה המערבית בעניינים אלו. ראו על כך: ליפשיץ *הסדרה חוזית*, לעיל הערה 88, פרק טו, חלק 3, סעיף ד.

122 לדיון ברתיעה הכללית הקיימת בארצות המשפט המקובל לאפשר התדיינות בין בני זוג, ראו: Notes "Litigation Between Husband and Wife" 79 *Harv. L. Rev.* (1966) 1650.

123 כך, למשל, האיסור על עדות בן זוג לרעה בן זוגו מבוסס בפסיקתו של בית המשפט העליון בארצות הברית כבר בשנות החמישים במאה העשרים. ראו: *Singer, supra note 91*, at p. 1463; בישראל, בהשפעת החקיקה האנגלית קיים כלל דומה, וראו: פקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971, סעיף 3.

124 הדוקטרינה של פרטיות המשפחה מתקשרת לזכות ההורים לגדל את ילדיהם ללא הפרעה. ראו שני פסקי הדין המפורסמים של בית המשפט העליון האמריקני מראשית המאה העשרים: *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390 (1923); ראו גם: B.C. Hafen "The Family as an Entity" 22 *U.C. Davis L. Rev.* (1989) 865, at pp. 874-875; יתר על כן, במקרים מסוימים הדוקטרינה "מורחבת", ובית המשפט נמנע מלהתערב גם בסכסוכים בין הורים לגבי הילדים. ראו לדוגמה: *People ex rel. Sisson v. Sisson* 271 N.Y. 285; *Christine B. Kilgrow v. Jack M. Kilgrow* 107 So. 2d 885 (1958); 2 N.E. 2d 660 (1936).

125 באופן אירוני, עקרון אי-ההתערבות מונע אפילו הפעלת תובנות שמקורן בדיני המשפחה. כך, למשל, באחד מפסקי הדין המשמעותיים ביותר בהקשר זה, קבע בית המשפט בארצות הברית, כי למרות התובנה העקרונית לזון את בן הזוג, לא יאכוף בית המשפט את החובה כל עוד בני הזוג ממשיכים להתגורר באותו מתחם ביתי. ראו: *McGuire v. McGuire* 59 N.W. 2d 336 (1953); לדיון נרחב בפרשת *McGuire*, ראו: H. Hartog *Man and Wife in America – A History* (Cambridge 2000).

חסינות פלילית ואזרחית למכה. במקרה של אלימות, אפיון ההערפה למעשה ספציפי יותר. על פני הרברים, כלל של אי-התערבות ביחסים פנים-משפחתיים פועל באופן סימטרי כלפי כל חברי המשפחה ללא תלות במינם. אולם במציאות שבה בדרך כלל גברים הם הצד המכה, מדובר בדוקטרינה המעדיפה בבירור גברים על פני נשים,¹²⁶ ומאפשרת לגברים להכות נשים ללא תגובה מצד המשפט. טענת ההערפה הסמויה, במסווה של הימנעות מהתערבות, רלוונטית לא רק ביחס לסוגיית האלימות אלא כתחום יחסי המשפחה בכלל. במציאות חברתית שבה גברים נוטלים על עצמם את תפקיד המפרנס והם הנגישים למשאבים הכספיים של המשפחה, אי-התערבות במחלוקת במסגרת המשפחה מעניקה לגבר יתרון מובנה על פני האישה.¹²⁷

הסוג האחר של טענות כלפי מדיניות אי-התערבות מתמקד בשרירותיות שבמדיניות זו. גם בהקשר זה, דוגמה מתחום חיי המשפחה תהיה מאירת עיניים. בפרשת נחמני המפורסמת,¹²⁸ שבה נדרש בית המשפט להכריע בגורלן של הביציות המופרות של בני הזוג שנפרדו, ביקשה השופטת שטרסברג-כהן להצדיק את הכרעתה כנגד תביעתה של רות לשימוש בביציות, בין היתר, בכלל של אי-התערבות במשפחה. שטרסברג-כהן טענה כי ההכרה במגבלות של המשפט לפעול בהקשר המשפחתי בכלל, ובעניינים אינטימיים מהסוג שנידון בפרשת נחמני בפרט, מחייבת נקיטת מדיניות של אי-התערבות, שמשמעותה בפרשה שלפניה דחיית תביעתה של רות.¹²⁹ פסק דינה של שטרסברג-כהן בעניין נחמני מדגים היטב את ממד ההכרעה הגלום באי-התערבות, אולם הוא מדגים גם את הממד השרירותי הכרוך במדיניות כזאת. כפי שטענה יפה פרוני דפנה ברק-ארוז:

הטענה לניטרליות שיפוטית מתבטאת לעיתים גם בעיקרון של השארת הנזק במקום שבו הוא נפל. לאמור: ידה של רותי צריכה להיות על התחלונה מאחר שהיא הקוראת להתערבות חיצונית בתא המשפחתי – היא שפנתה לבית המשפט בבקשה לקבל סעד (לקבל לרשותה את הביציות המופרות). עיון נוסף בדברים מראה עד כמה הקריאה

126 ראו: ד' ברק-ארוז "על סימטריה ונייטרליות בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 197, 205; וכן עמדתם של ברשק ופוגץ במאמרם. לעיל הערה 118; ראו גם: F.E. Olsen "The Myth of State Intervention in The Family" 18 U. Mich J. L. Reform (1985) 835

127 ניתן להציג את הביקורת על אי-ההתערבות בשתי דרכים. האחת, שיש מובן לכלל של אי-התערבות, אך התוצאה המעשית של אי-ההתערבות היא פגיעה בצדדים חלשים. האחרת, מאחר שהמשפט הוא שמכונן את כללי היסוד שבבסיס החיים המשפחתיים, אין כל מובן לרטוריקה של אי-התערבות. כך למשל, כלל הגורס שהמדינה אינה מתערבת ביחסים הכלכליים בין הצדדים במשפחה, מניח כמובן מאליו שבהיעדר כללים משפחתיים המשכורת של בני הזוג שייכת לבן הזוג שהרוויח אותה. אולם כלל זה עצמו אינו כלל טבעי אלא החלטה משפטית. כלל אחר שהיה קובע כי הבעלות הקניינית במשכורת שייכת לשני בני הזוג מראש, היה מיתר את הצורך של נשים לפנות לבית המשפט ולדרוש מזונות ובהתאם לכך, הן לא היו זקוקות להתערבות המשפטית של בית המשפט. ראו בעניינים האלה גם: F.E. Olsen, *ibid*.

128 ראו: ע"א 5587/93 דניאל נחמני נ' רוזי נחמני, פ"ד נ(4) 661; וכן: דנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני, פ"ד נ(4) 661.

129 ראו פסקה 7 לפסק הדין של השופטת שטרסברג-כהן בערעור האזרחי, שם.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

לאי התערבות שיפוטית אינה פתרון אלא מקסם שווא של פתרון. לצורך העניין נניח שבית החולים אסותא המחזיק בביציות היה נעתר לבקשתה של רותי נחמני למסור לידיה את הביציות. או אז היה דני נחמני פונה לבית המשפט ותובע לאסור את המשך תהליך הפונדקאות. האם התוצאה צריכה להיות תולדה של התפתחות המקרים של האירועים בכל עניין ועניין כשבית החולים מחליף את בית המשפט בחפקיד הפוסק במחלוקת.¹³⁰

הטענות העקרוניות כנגד גישת אי-התערבות, ולוונטיות גם ביחס לסוגיית מיהו יהודי. גם בפרשת שליט נקיטת ריסון שיפוטי פירושה הכרעה לטובת צד מן הצדדים. בתארנו לעיל את עמדתו של ויתקון וחבריו למחנה "הנייטרלי" ציטטנו את טענתו, שלפיה "אם נרצה לנהוג ניטרליות בין הגישה הדתית והגישה החופשית, אסור לנו להעמיד את הראשונה בחזקת מוחזק ומקובל ואת האחרונה בחזקת 'המוציא מחברו'. ניטרליות מחייבת מתן מעמד שווה לשתי הגישות המתחרות".¹³¹ כפי שהראינו לעיל, וכפי שצינו אגרנט ולנדוי, גם הכרעתו של ויתקון איננה נייטרלית, לא במבחן התוצאה וככל הנראה גם לא במבחן המוטיבציה. אולם יש נקודה אחת נכונה בדבריו. בנסיבות שבהן התוצאה בהיעדר התערבות ידועה מראש, קשה לתאר כהימנעות מהכרעה סירוב להידרש לעתירה, בהסתמכות על "אפיה הדיסקרציוני של הסמכות המסורה על-ידי החוק לבית-המשפט הגבוה לצדק"¹³². העותרים, במקרה שלנו בני משפחת שליט, מערערים בפני בית המשפט על פעולה או על סירוב לפעול מצד רשויות השלטון האחרות. כאשר בית המשפט מסרב להתערב בסוגיה, ההכרעה של השלטון נעשית סופית ובלתי ניתנת לערעור. לשון אחר, בעצם הימנעותו של בית המשפט מלהתערב יש משום הכרעה לרעת העותרים, וכנגד הגישה העקרונית (הגישה הסובייקטיבית) שביקשו להציע להגדרת יהודי. בדומה לדיון בהקשר המשפחתי, גם כאן מדובר בהכרעה שבאופן שיטתי מעדיפה את הצד החזק (השלטון) על פני הצד החלש (האזרח).¹³³ גם ראש הביקורת השני על גישת אי-ההתערבות מודגם יפה בענייננו. בדומה לאזהרתה של ברק-ארז בעניין נחמני, בדבר הממד השרירותי הכרוך בגישת אי-ההתערבות, גם בענייננו אימוץ טכניקה של אי-התערבות עלול להוביל לתוצאה שרירותית שתיקבע לפי זהות הפקיד ומפלגתו. עד כה תיארנו שתי נקודות חולשה בגישת הריסון השיפוטי. קריאה מדוקדקת בחוות דעתו של השופט לנדוי מלמדת, לדעתנו, כי לנדוי היה מודע לנקודות החולשה הללו, ואף ניסה להציע דרך להתגבר עליהן. לנדוי מסביר כי משעה שדחתה הממשלה את הצעת בית המשפט למחוק את סעיף הלאום, על השאלה להיות מוכרעת. אולם ההכרעה חייבת ליפול "בכנסת המייצגת את העם, וכל עוד לא קבעה הכנסת אחרת – בממשלה המופקדת על ענייני

130 ברק-ארז, לעיל הערה 126, 205-206.

131 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 535.

132 שם, בעמ' 600.

133 לנדוי ואגרנט יכולים להשיב כמובן, שבין שתי הרעות – הכרעה במחדל מצד בית המשפט או הכרעה במעשה תוך מעורבות שיקולים ערכיים, הכרעה במחדל עדיפה תמיד. כוונתנו בביקורת צנועה יותר, והיא להבהיר שהימנעות מהתערבות בנסיבות שהתוצאה ידועה, אכן מהווה הכרעה במחדל.

מדיניות והיא תלויה באמונה של הכנסת.¹³⁴ ודוק, מבחינתו של לנדוי, בעת מתן פסק הדין, כבר הכריעה הכנסת בשאלה, אולי לא הכרעה מיטבית, אך בכל זאת הכרעה. הכרעה מיטבית היתה מושגת בדרך של חקיקה מפורשת, המבהירה במדויק מהי הגדרת יהודי לצורכי החוק. אולם גם בהיעדר הכרעה בחקיקה, "הבעת הרצון של הרוב בכנסת היתה ברורה במה שעשתה ובמה שנמנעה מלעשות, ביחס להנחיות שניתנו מדי פעם על-ידי משרד הפנים לגבי עצם הבעיה שלפנינו".¹³⁵ לנקודה זאת בדבריו של לנדוי חשיבות רבה, והיא משמשת יסוד הכרחי להגנת עמדתו ומפני טענתו של ויתקון. אם נכונה קביעתו של לנדוי, שכבר יש הכרעה דמוקרטית בשאלה, יש בכך כדי להתגבר על טענתו של ויתקון, שכן בסירובו להתערב בהחלטת הממשלה אין בית המשפט נוקט צד בוויכוח העקרוני אלא מכבד את הכרעתו הלגיטימית של המחוקק, וגם שזו התקבלה רק בדרך של מחדל.¹³⁶

מבין שלוש הגישות שמנינו עד כה -- גישת ההכרעה לגופו של עניין של זילברג וסיעתו, העמדה הנייטרלית של זוסמן, ויתקון וסיעתם, וגישת הריסון השיפוטי של אגרנט ולנדוי -- המקובלת ביותר עלינו היא הגישה השלישית. אולם גם גישה זו אינה הטובה ביותר בעינינו. כאמור בראשית הפרק, לנדוי הוא המייצג המובהק של השקפה מרוסנת המתנגדת בעיקרון להתערבות שיפוטית בהכרעותיהן של רשויות השלטון האחרות. חרף זאת, כפי שהדגשנו לעיל, בעיקרון היה לנדוי נכון לשקול התערבות בהכרעה השלטונית בעניין, לו היה קונסנסוס בקרב הציבור הנאור וקונסנסוס זה היוו עומד בניגוד להכרעה השלטונית. בין שני היגדים אלו לכשעצמם -- למעשה אין סתירה. כפי שהבהרנו, לנדוי עצמו סבור כי ההכרעה שקיבלו רשויות השלטון האחרות בעניין זה איננה ההכרעה המיטבית בצורתה. ראוי היה שההחלטה תתקבל בידי הכנסת באופן מפורש. כידוע, הכנסת לא קיבלה החלטה כזאת, והנתון היחיד שאולי ניתן ללמוד ממנו על עמדת הכנסת הוא הימנעותה מלהגיב על הנחיות שר הפנים בדרך של שינוי. רק נתון זה של הכרעה בדרך של הימנעות ולא בדרך של חקיקה פוזיטיבית ברורה, הוא שמאפשר לדעת לנדוי התערבות בהכרעה -- להלכה בלבד אך לא למעשה, לנוכח היעדר הקונסנסוס בקרב הציבור הנאור. אולם בנקודה זו דווקא טמונה חולשתה היחסית של גישת לנדוי. אם, כדברי לנדוי שאליהם אנחנו מצטרפים, אכן לא נתקבלה ההכרעה בדרך המיטבית, אפשר שבית המשפט היה יכול לסייע למחוקק להגיע להכרעה ברורה בעניין במסגרת חקיקה ראשית. אם גישה כזאת היתה אפשרית, לכאורה גם לנדוי היה שמח לנקוט אותה. האם אפשרות כזאת קיימת? האם בית המשפט יכול לשמש בתפקיד של זרז להכרעה? לדעתנו, כן. לתיאורה של גישה זו ולהצדקתה ייוחד הפרק הבא.

134 עניין שליט, לעיל הערה 6, בעמ' 529.

135 שם, בעמ' 522.

136 ניתן היה לטעון שהגישה השלישית עדיפה בכל מקרה על שתי הראשונות מסיבה נוספת שאינה מחייבת נחת הכרעה במחדל של המחוקק. לפי שתי הגישות הראשונות, ההכרעה בידי בית המשפט. לפי הגישה השלישית, ההכרעה בידי הרשות המבצעת. ניתן לטעון שמבחינה דמוקרטית הכרעת הרשות המבצעת עדיפה על הכרעת בית המשפט. בית המשפט אינו accountable לציבור. לעומתו, הרשות המבצעת דווקא כן. לגישה כזאת, ראו: D. Krnec "Judicial Deference to Executive Agencies" 2 Admin. L. J. (1988) 269, 277-278.

1. בית המשפט כסוכן של עקרון ההכרעה הדמוקרטית

1. זכות המילה האחרונה וזכות (ואולי גם חובת) המילה הראשונה בספרות הישראלית והזרה מקובל להבחין ולעמת בין תפיסות רזות ועשירות של דמוקרטיה. הבחנה משנית אחת מסוג זה, שבהקשר הישראלי מרבים להשתמש בה, היא ההבחנה בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית. הדמוקרטיה הפורמלית מתוארת ככלל הכרעה הנותן עדיפות לעמדת הרוב, ואילו הדמוקרטיה המהותית מוצגת כמטילה סייג על עקרון הכרעת הרוב בהתנאות את הלגיטימיות של עיקרון זה בהתאמתה של השקפת הרוב לשורה שלמה של ערכים, ובראשם זכויות האדם.¹³⁷ אלו המצדדים בדמוקרטיה המהותית, משתמשים בהגדרתם בין היתר ככלי להדיפת טענות כנגד המעבר ממודל של דמוקרטיה פרלמנטרית, שנהג בישראל עד לאחרונה, למודל של דמוקרטיה חוקתית, שאותו מקדם בית המשפט העליון בשנים האחרונות. אחת הטענות הבסיסיות המועלות בכתיבה האקדמית, בישראל ובעולם, כנגד אימוץ המודל החוקתי, היא שמודל זה עומד בסתירה, או לפחות במתח, עם עקרון הכרעת הרוב.¹³⁸ כנגד טענה זו משיבים חסידי הדמוקרטיה החוקתית, ובראשם נשיא בית המשפט העליון הישראלי, שהכול תלוי בשאלה איזו הגדרה של דמוקרטיה מאמצים. אם הדמוקרטיה משמעה הכרעת הרוב, הרי המודל החוקתי עומד בסתירה לדמוקרטיה. לעומת זאת אם תנאי להיותה של המערכת דמוקרטית הוא שמירתה על זכויות האדם של המיעוט, אפילו במחיר של פסילת החלטות רוב מסוימות, הרי המודל החוקתי איננו סותר את הדמוקרטיה אלא מתחייב ממנה.

במקום אחר ניסינו להבהיר מדוע לא יצלת הטיעון לדחיית הטענה כנגד המהלך החוקתי.¹³⁹ הטענה היתה שבסוף היום אין עיקר הבעיה במגבלות שהחוקה מציבה על הכרעות הרוב אלא בהפקדת הסמכות הבלעדית להכרעה במחלוקות חוקתיות מהותיות, שמלשון החוקה עצמה לא נוכל למצוא להן תשובה, בידי של בית המשפט. טענו שההכרה "במקומו המרכזי של בית המשפט כיוצר נורמות, ולא רק כמגינן של נורמות קיימות" היא זו שמעוררת בעייתיות מנקודת מוצא דמוקרטית. אולם תהיה אשר תהיה עמדתנו בשאלת כלל הסמכות שראוי לאמץ להכרעה במחלוקות חוקתיות, לדעתנו, מוקדה של השאלה המתעוררת בנסיבותיהן של סוגיות כדוגמת *מיהו יהודי*, ביחס למתחייב מאימוץ תפיסה דמוקרטית, הוא אחר לחלוטין. אנחנו מבקשים להאיר מובן אחר של תפיסת דמוקרטיה עשירה. להבנתנו, ההתמקדות בשאלה, בידי מי ראוי להפקיד את זכות המילה האחרונה, אסור לה שתשכיח מושכלות ראשונים שעניינם: בידי מי ראוי להפקיד את זכות המילה הראשונה וחובתה. להבנתנו, דמוקרטיה מחייבת בראש ובראשונה, ששאלות משמעותיות, שהתשובה להן שנויה

137 לדיון במשמעויות האלה של המושג, ראו, למשל: ר' גביון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיה: מתחים וסיכויים (ש' סורני [עורכת], ירושלים תשנ"ט); א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (חיפה 2004) 89-95.

138 ראו, למשל: A.M. Bickel *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of* (1962); P.W. Kahn *Politics* (Indianapolis, Bobbs-Merrill 1962) 16-17. לסקירה כללית ראו: P.W. Kahn *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory* (New Haven 1992).

139 ספיר, לעיל הערה 41.

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

במחלוקת, יידונו ברצינות ויוכרעו (ונחילה) בבירור בידי הציבור ובידי נציגיו.¹⁴⁰ תפיסה כזאת של דמוקרטיה, הרואה ערך בדיון והכרעה ציבוריים בשאלות עקרוניות, מחייבת לא רק הענקת זכות לציבור לדון ולהכריע בשאלות כאלה, אלא גם הטלת חובה, לפחות מוסרית, על הציבור, לממש את זכותו הלכה למעשה. תפיסה זו של דמוקרטיה עולה בוודאי בקנה אחד עם השקפת העולם הרפובליקנית, שנידוע רואה ערך אינטרינזי בהשתתפותו של כל אזרח בתהליך קבלת ההחלטות הקולקטיבי.¹⁴¹ אולם, לדעתנו, היא מתחייבת גם מנקודת מבט ליברלית, המעמידה במרכז את ערך האוטונומיה, ובכך מבטאת העדפה של הכרעה אישית (וקולקטיבית) על פני ניסיון לחמוק מגונה.¹⁴²

דברים ברוח זו אמר נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, באחד מפסקי דינו:

ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה, אפוא, מלגיטימיות חברונית בפעולתו זו... אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העיקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על ידי הגוף שנבחר על ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק.¹⁴³

2. איך נשפיע על המחוקק לקחת אחריות?

אחת התופעות המרתקות והמצערות שכבר הצביעו עליהן לפנינו, היא ניסיונם של רבים להשתחרר מן הזכות הזאת – המנוס מחופש.¹⁴⁴ תופעה זו אינה פוסחת על המחוקק. לרשות המחוקק עומדות שתי דרכי התחמקות מן החובה להכריע בשאלות מהותיות: פעמים שהוא

140 T.J. Lowi *The End of Liberalism: Ideology, Policy and the Crisis of Public Authority* (New York 1969) 125-126; J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge 1980) 133-134; D. Schoenbrod *Power Without Responsibility: How Congress Abuses the People Through Delegation* (New Haven, 1993) 10; see also: M.A. Hamilton "Representation and Nondelegation: Back to Basics" 20 *Cardozo L. Rev.* (1999) 807, 821 (noting that delegation to agencies avoids the national scrutiny that Congress receives); D. Schoenbrod "Delegation and Democracy: A Reply to My Critics" 20 *Cardozo L. Rev.* (1999) 731, 756-757 (lawmaking "by the people" is the essential feature of a democratic government.)

141 ראו, למשל: M.J. Sandel *Democracy Discontent* (Cambridge, Mass. 1996) 5-6.

142 תיאור כזה של המתבקש מערך החירות ניתן לבסס, לדעתנו, על הבחנתו של ישעיהו ברלין בין חירות שלילית לחיובית. מרכיב ההשתתפות עולה בקנה אחד עם רעיון החירות החיובית. ראו: י' ברלין "שני מושגים של חירות", בתוך: ברלין, *ארוץ מסות על חירות* (יעקב שרת [מתרגם], תל אביב תשמ"ז).

143 בג"ץ 3267/97 *אמנון דובינשטיין נ' שר הביטחון*, פ"ד נב(5) 481 (להלן: עניין דובינשטיין), בעמ' 511-510.

144 על התופעה בהקשר הפסיכולוגי הרדב, ראו: א' פרום *המונס מחופש* (אדן גרץ [מתרגם], תל אביב תשל"ז).

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

נמנע מלהכריע בדרך של העברת הסמכות לעצב הסדרים ליריה של הזרוע המבצעת,¹⁴⁵ ופעמים – למשל בשאלת מידה יהודי – שהוא מאמץ במכוון הסדר עמום שהבהרתו מחייבת הכרעה נוספת, אם בידי הרשות המבצעת ואם בידי בית המשפט.¹⁴⁶ להבנתנו, בנסיבות שבהן היחידה הפוליטית מנסה להתחמק מהכרעה בשאלות מהותיות, תוך שהיא מגלגלת את העניין לפתחן של רשויות השלטון האחרות, על בית המשפט לעשות ככל יכולתו לסכל את כוונתה. בשיטות דמוקרטיות רבות קיים כלל חוקתי החוסם את דרך ההתחמקות הראשונה; העיקרון שהסדרים ראשוניים צריכים להיות מוכרעים בידי המחוקק. בישראל אין העיקרון מעוגן בחוקה, אך עם זאת, בשורה של פסקי דין, בית המשפט הישראלי קבע כי לאיסור ההאצלה של הסמכות להסדיר עניינים ראשוניים יש מעמד חוקתי היוצר חזקה פרשנית, שלפיה בהיעדר ראיה חד-משמעית לכוונה מצד המחוקק לפעול בניגוד לעיקרון, יש לפרש את החוקים שהוא מחוקק בהתאמה אליו, כלומר לקרוא את ההאצלה באורח מצמצם, כנוגעת בהסדרים בעלי אופי משני בלבד. לאחרונה עשה בית המשפט שימוש בחזקה הפרשנית בסוגיה הרגישה של גיוס בחורי ישיבות. כפי שנפרט להלן.

החוק במדינת ישראל מטיל על כל אזרח ישראלי שהגיע לגיל מסוים, חובת שירות בצבא. אולם שר הביטחון נהג במשך שנים להעניק לבחורי ישיבות פטור גורף מחובת השירות בצבא. הסדר פטור זה מעולם לא עוגן בחקיקה ראשית. בחוק המחייב גיוס קיים סעיף המעניק לשר הביטחון סמכות לפטור חייבי גיוס משירות בצה"ל מטעמים מסוימים ו"מטעמים אחרים".¹⁴⁷ שר הביטחון טען כי חלופת "הטעמים האחרים" מעניקה לו סמכות לפטור בחורי ישיבה מחובת השירות בצבא. בית המשפט דחה את עמדתו של שר הביטחון וקבע כי קריאת החוק המסמיך את השר להעניק פטור משירות בצבא לאור החזקה הפרשנית, שהסדרים ראשוניים צריכים להיקבע על-ידי המחוקק, מחייבת את המסקנה שהחוק העניק לשר סמכות ליתן פטורים פרטניים, אך לא לקבל החלטה גורפת לגבי כלל בחורי הישיבות.¹⁴⁸

145 בקובץ מסד לאמנה חברתית חדשה בין שומרי מצוות וחופשיים בישראל (מהדורה זמנית, תשס"ג) שכתבו פרופ' רות גביון והרב יעקב מידן, המחברים נוקטים טקטיקה דומה בשאלת הזכאות לשבות. לדעתם, זכאות לשבות תיקבע בחוק יסוד ותכלול בן לאב או לאם יהודים על פי ההלכה או מי שהצטרף לעם היהודי ומקיים אורח חיים יהודי או שהוא נדרף בשל יהדותו. המחברים משאירים את קביעת הפרטים ביחס למסלולי ההצטרפות המוכרים, לשר הממונה, שיעגם בחקיקת משנה (ראו שם, בעמ' 125). גביון מנמקת את הפיצול בטענה כי הסדרי ההצטרפות צריכים להיות "מפורטים, גמישים ופרטניים, ואין הם מתאימים לחקיקת הכנסת" (שם, בעמ' 142). לשיטתנו, הצעתם של גביון ומידן היא עוד ניסיון בלתי ראוי להתחמק מהכרעה בשאלה המהותית.

146 כשהמחוקק מאציל סמכות, כוונתו לחמוק מהכרעה אינה מוטלת בספק. כשהוא משתמש בניסוח עמום, לא תמיד בכוונתו להתחמק; לעתים הוא בוחר בניסוח לא מוצלח או שאינו מודע לעמימות. לכן נדרשות ראיות חיצוניות לכך שהעמימות מכוונת. בעניין מיהו יהודי אין בכך ספק, לנוכח המחלוקת וניסיונות הצדדים החלוקים להציע ניסוחים חלופיים בהירים שהיו מכריעים במחלוקת לטובת הצד האחד או לטובת הצד האחר.

147 חוק שירות בטחון, התשמ"ו-1986, סעיף 36.

148 בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, פסקה 40 לפסק דינו של הנשיא ברק. יהיו שיטענו כי בית המשפט בחר להשתמש בחזקה הפרשנית לא מתוך נאמנות לעקרון ההכרעה הדמוקרטית אלא מתוך התנגדות מהותית להסדר הפטור של בחורי הישיבות; ניתן למצוא לטענה זו

תפיסה ראויה של דמוקרטיה מחייבת שהכרעות בעניינים מהותיים יתקבלו בידי הציבור באמצעות נציגיו. החלטה לפטור מנזר שלם מחובת שירות בצבא היא לכל הדעות עניין מהותי, אולם כאמור המחוקק מעולם לא הכריע בסוגיה. מבלי להיכנס לתיאור מפורט של ההיסטוריה בעניין גיוס בחורי ישיבות גאמר רק שראשיתו של הסדר הפטור בהחלטה אר-הוק שקיבל ראש הממשלה דוד בן-גוריון בימיה הראשונים של המדינה, לפטור קבוצה קטנה של ארבע מאות בחורי ישיבה משירות בצבא. מהסדר בעל אופי ארעי, תלוי זמן היקף ומקום, העניין נמשך מכוח האינרציה מבלי שבעצם נבחן אי פעם והוכרע בכובד ראש בגוף שאמור לקבל הכרעות דמוקרטיות – בכנסת.¹⁴⁹ בחירתו של בית המשפט לפסול את מדיניות שר הביטחון מטעמי חוסר סמכות, החזירה את העניין להכרעת המחוקק מבלי להכתיב למחוקק את ההחלטה שבה הוא אמור לבחור.

את דרך ההתחמקות הראשונה, קרי העברת הסמכות לעצב הסדרים לידה של הזרוע המבצעת, ניתן לחסום באמצעות הנזלת איסור חוקתי על האצלה כזאת. חסימתה של דרך ההתחמקות השנייה מעוררת אתגר גדול יותר. קשה להשתמש באיסור האצלת סמכות, שכן המחוקק לא האציל במפורש את הסמכות להכריע. הוא רק אימץ הסדר עמום שהפעלתו מחייבת הכרעה בידי הזרוע המבצעת. עם זאת, לדעתנו, גם את דרך ההתחמקות הזאת ניתן וצריך לנסות לחסום. כך למעשה נהג בית המשפט בשלבים שונים בסאגה המשפטית בעניין *מידו יהודי*. כפי שהסברנו לעיל, בפרשת *פסדו* עצר בית המשפט, באופן מפתיע, כפסע לפני חיובו של משרד הפנים לרשום את העותרת כיהודייה במרשם האוכלוסין. כזכור, עתירתה של פסדו התבססה על הלכה קודמת. שר הפנים טען כי אותה הלכה מוגבלת לגיורים שנערכו בחוץ לארץ. לעומת זאת גיורים שנערכים בישראל כפופים לדרישות פקודת העדה הדתית (המרה), וזו מחייבת אישור של הרב הראשי לשם מתן תוקף לגיור. בית המשפט דחה את הטענה, כשהוא מסביר כי הפקודות נוגעת בענייני מעמד אישי בלבד. משכך קבע בית המשפט, התוצאה היתה צריכה לזויות לכאורה היעדרות לבקשתה של העותרת, כלומר רישומה כיהודייה והענקת תעודת עולה. אולם בית המשפט לא עשה כן והבהיר כי ראוי ליתן

חיזוק בפסק הדין עצמו, שכן בית המשפט אכן מקדיש חלק נכבד בפסק הדין לביקורת על ההסדר מן הזווית הערכית-מהותית, הגם שבסופו של דבר הוא פוסל אותו מן הטעם הטכני של חוסר סמכות; הטענה מקבלת חיזוק נוסף מאופי מעילותו של בית המשפט העליון בעשורים האחרונים, המתאפיין בכניסה נרחבת למתחם שיקול הדעת. ראו: מאוטנר, *ידידת הפוליטיקה ומדיניות וביקורת* 5 (1994) 25. לפי פרשנות זו של פסק הדין, מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" *מדיניות וביקורת* 5 (1994) 25. לפי פרשנות זו של פסק הדין, בחירתו של בית המשפט לפסול את ההסדר מטעמים של חוסר סמכות בלבד, נובעת ממניעים טקטיים, כלומר מן הרצון להימנע מכניסה לעימות חזיתי מסוכן עם הציבור החרדי בישראל, שמערכת יחסיו עם בית המשפט מעורערת מאוד. נשיא בית המשפט העליון אינו אדיש למתח ואף עשה כמה צעדים שניתנים לפירוש כניסיון לפוגגו, לדוגמה, הצעתו המתקשרת לאחד ממנהיגי הציבור החרדי להצטרף לשורותיו של בית המשפט. ראו בהקשר זה: א' גולן "השופט, הרב והמינוי שלא היה" *הארץ* 7.5.97; ד' מרגלית "דין תמורת שופט" *הארץ* 8.5.97. כך או כך, אם נאמץ את התפיסה שתפקידו של בית המשפט הוא לשמר ולחזק את מנגנון ההכרעה הדמוקרטי, ולא להחליפו, הרי שבחירתו של בית המשפט בפרשת *דובינשטיין* היתה לא רק נכונה מבחינה טקטית אלא גם נכונה מבחינה מהותית.

149 להיסטוריה של ההסדר, ראו: ד"ח דוועדה לגיבוש ההסדר הראוי בנושא גיוס בחורי ישיבות (תש"ס); עניין *דובינשטיין*, שם, פסקאות 10-1 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

לכנסת לקבוע את הסטנדרד הראוי להכרה בגיורים לצורכי חוק השבות. ניתן להכביר בהצעות בדבר כוונותיו הסמויות של בית המשפט,¹⁵⁰ אולם יהיו מניעיו הנסתרים של בית המשפט אשר יהיו, לדעתנו, ההנמקה הגלויה שנתן בית המשפט להחלטתו משקפת מדיניות ראויה, לא רק ביחס לשאלה מיהו יהודי, אלא ביחס לכל מחלוקת הנוגעת בעניינים שבמהות. היא עולה בקנה אחד עם תפקידו הראוי של בית המשפט בנסיבות כבהן שאלות מהותיות אינן מוכרעות בבחירות בידי זרועות השלטון "הדמוקרטיות". במקרים כאלה, כאמור, תפקידו של בית המשפט להוביל את המחוקק למלא את תפקידו ולהגיע להכרעה דמוקרטית. בהימנעו מהכרעה ובפנייתו המפורשת למחוקק בבקשה שיכריע, מילא בית המשפט את תפקידו בצורה ראויה.

המשותף לשתי המחלוקות, זו שבעניין גיוס בחורי ישיבות וזו שבעניין מיהו יהודי, הוא שבשתייהן לא התקבלה למעשה הכרעה דמוקרטית ברורה עובר לפסקי הדין של בית המשפט העליון. לעיל כבר תיארנו את ההיסטוריה בעניין גיוס בחורי ישיבות, של התנהלות בדרך האינרציה ללא הכרעה דמוקרטית. גם שאלת *מיהו יהודי* סובלת מתסמונת דומה. חוסר הבחירות של כשני עשורים בשאלה מיהו יהודי, התחלף בחוסר בהירות אחר בשאלה מיהו גר. בשני המקרים נמנעה הכנסת מהכרעה והעבירה את ההכרעה לידי זרועות השלטון האחרות. לדעתנו, בשני המקרים פעל בית המשפט, לפחות בנקודת זמן מסוימת, בדרך ראויה. השארת השאלה מיהו גר תלויה ועומדת בפרשת *פסדו-גולדשטיין* נועדה להוביל את הכנסת לקבל הכרעה דמוקרטית בעניין. גם ההחלטה לפסול את מדיניות שר הביטחון בעניין שהרורם של תלמידי ישיבות מגיוס, מבלי להכתיב את התוצאה הראויה מבחינה ערכית, שירתה את אותה המטרה.

3. מה אפשר לעשות במחוקק עקשן?

כאן כמובן מתעוררת בעיה. בית המשפט יכול להביא את הסוסים אל השוקת, אך אין הוא יכול להכריח אותם לשתות. אם חרף קריאתו של בית המשפט למחוקק להכריע, המחוקק ממשיך להימנע מהכרעה ברורה, מה יעשה אז בית המשפט? טקטיקת השכנוע שנקט בית המשפט הועילה, בכל האמור לגיוס בחורי ישיבות, עם חקיקתו של חוק מפורט בנושא,¹⁵¹ אך לעומת זאת הניסיון להגיע להסדר ברור בחקיקה בשאלה מיהו יהודי, נכשל. האם יש דרך כלשהי לחייב בית מחוקקים סרבן להכריע אם אינו רוצה לעשות זאת? לטעמנו, הדבר אפשרי, ובלבד שבית המשפט באמת מחויב למשימה שלפניו. נסביר.

הבה ניזכר – בפני המחוקק פתוחות שתי טקטיקות התחמקות מהכרעה בדרך של העברתה לזרועות השלטון האחרות: האצלה וחקיקה עמומה, נטולת הכרעה, המחייבת הכרעה בדרך פרשנות. לעיל טענו כי חסימת טקטיקת ההתחמקות הראשונה קלה יותר מחסימת השנייה. כל שנדרש הוא אימוץ איסור נוקשה על האצלה ומדיניות אכיפה דווקנית של האיסור מצדו של בית המשפט. טקטיקת ההתחמקות השנייה מעוררת אתגר רציני יותר, משום שההאצלה כאן סמויה ואינה גלויה. לכאורה, המשימה המוטלת על כתפי הרשות

150 ראו מה שאמרנו לעיל בהערה 148.

151 חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002.

המבצעת או בית המשפט אינה להזליט אלא רק לפרש החלטה שהתקבלה בידי המחוקק, ופרשנות חקיקה היא משימה לגיטימית ששתי רשויות שלטון אלו נדרשות לבצע בדרך שגרה; אך כל זאת רק לכאורה. למעשה, להבדיל ממקרים אחרים שבהם נדרשת פרשנות, אגב יישום חקיקה, כאן הצורך בפרשנות תוכנן מראש בידי המחוקק, שהשאיר את השאלה המרכזית בלתי מוכרעת במכוון. האם קיימת דרך לחסימת האצלה סמויה כזאת? אם השיטה המשפטית הרלוונטית כוללת איסור האצלה, חסימת האצלה סמויה היא בהחלט אפשרית. למעשה אין היא שונה במהותה מחסימת האצלה גלויה. כל שבית המשפט נדרש לעשות הוא להצביע על כך שעל אף מראית העין של החלטה, למעשה מדובר בהאצלה סמויה, שאינה שונה במהותה מהאצלה גלויה, ולכן גם דינה להיפסל. בית משפט נחוש המצויד באיסור חוקתי על האצלה יכול לחסום, אם כן, גם האצלה סמויה. הבעיה מתעוררת בשיטות משפטיות כמו הישראלית, שבהן האיסור על האצלה אינו נוקשה, ומשמש אך ורק כעיקרון פרשני. אולם כאן, באופן מעגלי, הבעיה בהאצלה סמויה בדרך של חקיקה עמומה קשה דווקא פחות מאשר בהאצלה גלויה. לשם הבהרה נשתמש שוב בשתי הדוגמאות: המחלוקת בעניין גיוס בחורי ישיבות וזמחלוקת בעניין מיהו יהודי.

זכור, בעניין הגיוס האציל המחוקק לשר הביטחון בגלוי את הסמכות לפטור מחובת גיוס. בית המשפט החזיר את העניין למחוקק כשהשתמש בחוקה הפרשנית כנגד אצילת הסמכות לקבוע הסדרים ראשוניים ונירש את הסמכת שר הביטחון בצמצום, כנוגעת רק בפטורים פרטניים ולא בהכרעה עקרונית הפוטרת מגזר שלם מחובת השירות בצבא. המחוקק הרים את הכפפה והכריע. אולם המחוקק יכול היה גם לתקן את החוק ולשוב ולהסמיך את השר, הפעם בצורה ברורה, לקבל החלטות מהותיות בשאלת הפטור. במקרה כזה, בהיעדר איסור חוקתי נוקשה על האצלת הסמכות להסדיר עניינים ראשוניים, היו ידיו של בית המשפט כבולות והוא היה מנוע מלפטול את ההאצלה. כל זאת לגבי האצלה גלויה. לעומת זאת בהאצלה סמויה בדרך של חקיקה עמומה, בית המשפט יכול לחסום את דרכו של המחוקק גם בהיעדר איסור חוקתי נוקשה על האצלה. כל שעליו לעשות הוא לקבוע שהמחוקק לא הכריע בעניין ושהוא, בית המשפט, אינו יכול לעשות זאת במקומו.

לא כך נהגו שופטי הרוב בפרשת פסדו-גולדשטיין. אמנם בית המשפט סירב להשלים את הדיון במחלוקת ופנה אל המחוקק בבקשה שיחליט. אולם בצד פנייה זאת, בית המשפט גם הבהיר שאם יימנע המחוקק מלהחליט, יחליט בית המשפט. וכך אומר השופט ברק:

קביעתנו היום הינה בעלת אופי שלילי בלבד. אנו קובעים את ה"אין" (אין תחולה לפקודת העדות (המרה)). איננו קובעים את ה"יש" (התוכן המדויק של מהות הגיוס בישראל). כפי שצינו, ה"יש" עשוי להיקבע במפורש במפורט על-ידי המחוקק. עם זאת – וכל עוד הכנסת לא אמרה את דברה – איננו מצויים בחלל משפטי. פתרון לבעיית ה"יש" מצוי בחוק השוכחות המגדיר יהודי מיהו. אם המחוקק לא יוסיף על דברו זה, לא יהא מנוס מהכרעה שיפוטית בעניין זה על פי ההגדרה הקיימת.¹⁵²

152 עניין פסדו-גולדשטיין, לעיל הערה 7, נוסקה 7 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

כזכור, בעקבות פסק הדין הוקמה ועדה שגיבשה נוסחת פשרה שכמעט התקבלה. הסיבה לכך שהפשרה נדחתה לבסוף נבעה, לדעתנו, בדיוק מסירובו של בית המשפט לתאר את השאלה מיהו גר כמחלוקת שמעולם לא הוכרעה, ומקביעתו שגם במתכונתו הנוכחית יש בחוק תשובה לשאלה. הסיכוי להשיג פשרה קיים כל עוד יש בין הצדדים מאזן אימה, כלומר, כאשר לכל אחד מן הצדדים יש מה להפסיד מן הסירוב להתפשר. לא כך במקרה שלנו. החל בפרשת שליט, ולאורך כל הדרך, שידר בית המשפט בפסיקותיו מסר סמוי אך ברור כנגד העמדה האורתודוקסית, כשהכריע כנגד האורתודוקסיה בשאלת המרשם, וכשהחליט פעם אחר פעם את הקונסטרוקציות המשפטיות שניסתה האורתודוקסיה להציג (באמצעות המדינה) לביסוס תביעתה לבלעדיות. על רקע זה היה סביר ביותר לחזות שבסוף היום יכריע בית המשפט כנגד העמדה האורתודוקסית, גם בשאלה המהותית של מיהו גר לצורכי חוק השבות. בנוסבות האלה היה זה הגיוני מצדם של נציגי הקונסרבטיבים והרפורמים בוועדת נאמן למנוע התגבשות פשרה, בתקווה שאם רק יתאזרו במעט סבלנות יכריע בית המשפט בסופו של דבר לטובתם. פסיקת בית המשפט בפרשת *טושכייס II* אכן הוכיחה שההימור השתלם.

הסיבה לכך שבסוף היום לא התקבלה החלטה דמוקרטית בשאלה מיהו גר לצורכי חוק השבות אינה נובעת אפוא מכך שבית המשפט נעדר אמצעים למנוע מהמחוקק להתחמק מהחלטה תוך הטלתה על כתפי הרשות המבצעת והשופטת, אלא מן העובדה שבית המשפט לא היה מחויב באמת למשימה. אולם בקרב שופטי בית המשפט היה לפחות שופט אחד שהיה מוכן "ללכת עד הסוף", עם המחויבות לעקרון ההכרעה הדמוקרטית. כוונתנו לשופט יעקב טירקל, בחוות דעת המיעוט שכתב בפרשת *נעמ"ת*.

בחוות דעתו חלק טירקל על שופטי הרוב שבחרו בטקטיקה השנייה מבין הארבע וחזרו על הטענה, שהכרעה בעד רישום מתגיירים בגיוור ליברלי כיהודים היא נייטרלית. אך בה בעת, הוא חלק גם על שופט המיעוט אנגלרד שבחר בגישה הראשונה וביקש להכריע בעד העמדה האורתודוקסית תוך שימוש בטעמים מהותיים. הוא גם סירב לנקוט את הגישה השלישית ולהשלים עם עמדת הרשות המבצעת. במקום זאת הציע טירקל דרך חדשה, העולה בקנה אחד עם הגישה הרביעית. טירקל אומר:

לדעתי, תוצאת ביטולה של הלכת פונק שלזינגר היא שנוצר "חלל חקיקתי" בחוק המרשם שעל המחוקק למלאו בהגדרה חדשה לדיבור "שנתגייר", או בהנחיה מפורשת לפקיד הרישום. בהעדר חקיקה כזאת אין משמעות חוקית כלשהי לדיבור "שנתגייר" שבסעיף 4ב לחוק השבות וכאילו לא נכתב כלל. ממילא אין נפקות להודעה ולתעודה שמקבל פקיד הרישום לצורך רישום ראשון, וכן אין להן נפקות לצורך פסק דין הצהרתי שמטרתו שינוי הרישום. מכאן, שאחרי ביטולה של ההלכה אין פקיד הרישום רשאי לרשום דבר בפרטי הרישום של הלאום והדת.¹⁵³

בשפה פשוטה, טירקל הציע לחבריו השופטים להימנע מרישום כלשהו של פרטי המתגייר, יהיה הגיון שעבר אשר יהיה, כל עוד המחוקק אינו מבהיר את העמדות המכוונות

153 עניין *נעמ"ת*, לעיל הערה 8, בעמ' 766.

שבחוק. אולם לו היתה הצעתו של טירקל מתקבלת, היו לה השלכות מרחיקות לכת הרבה יותר. בזכור, הגדרת יהודי לצורכי חוק השבות וחוק המרשם זהה. הצעתו של טירקל להורות לפקיד הרישום להימנע מרישום כלשהו לעניין חוק המרשם, כל עוד לא הובהר מהו הגיור שיספק את דרישות החוק, מחייבת וזנצאה זהה ביחס לשאלת השבות. במילים אחרות, לשיטתו של טירקל, לא רק הזכות להירשם כיהודי תישלל לעת עתה ממי שטוען ליהדות מכוח גיור, אלא גם הזכות לשבות. אז אין משמעות לדיבור "שנתגייר" שבסעיף 4ב לחוק השבות, לא ניתן להעניק מעמד של עולה (ובאופן אוטומטי גם אזרחות) לשום גר, לרבות מי שהתגייר בגיור אורתודוקסי. ההוראה להימנע מרישום כלשהו במרשם התושבים היא בהחלט בעלת משמעות כלשהי, לפחות בעבור הפונה המעוניין לקבל גושפנקה סמלית לגיורו, אך ספק אם היה לה משקל נוספיק כדי להפעיל לחץ ציבורי שיאלץ את המחוקק להכריע בעניין. לעומת זאת זכאות לשבות היא בעלת משקל כבד הרבה יותר. לו היתה דעתו של טירקל מתקבלת, והרשות המבצעת היתה נמנעת מלהעניק זכויות עולה ואזרחות אוטומטית לכל מתגייר, לרבות מתגיירים בגיור אורתודוקסי, כל עוד המחוקק אינו מבהיר מיהו גר, האם לא היתה הכרעת בית המשפט מפעילה לחץ כבד על המערכת הפוליטית להכריע בצורה ברורה בשאלה?

4. האם ניתן לראות בהכרעה שיפוטית זרז להכרעה דמוקרטית?

יהיו שיבקשו לקעקע את התזה שהצענו מיסודה. הטענה תהיה שהכרעה שיפוטית אינה יכולה ואינה צריכה להיחפס כצעד דומאפשר למחוקק לחמוק מהכרעה אלא דווקא כזרז להכרעה דמוקרטית. כפי שתיארנו לעיל, היתה זאת דווקא החלטתו של בית המשפט. בפרשת שליט כנגד עמדת הממשלה, שהוביל בסופו של דבר להכרעה דמוקרטית בכנסת. אמנם גם הכרעה זו לא היתה מספקת, משום שפתרה את השאלה מיהו יהודי, אך במקומה עוררה את השאלה מיהו גר, אך עם זאת אין ספק שהיתה בה התקרבות משמעותית מבחינת ההליך הדמוקרטי, בהשוואה למצב ששרר עובר לקבלתה. מדוע אם כן לא נאפשר לבית המשפט להכריע דרך קבע בשאלות שהמערכת הדמוקרטית מותירה פתוחה, אפילו הכרעה מן הסוג שהפעילה הגישה הראשונה, כלומר הך שימוש בנימוקים לגופו של עניין? הלוא לכאורה הכרעה כזאת תקדם את ההליך הדמוקרטי. במידה שהמחוקק לא יהיה שבע-רצון מתוכן ההכרעה, הוא יוכל לשנותה תמיד בדרך של חקיקה, ואם לא ישנה אותה הרי שאת שתיתקו נפרש כהוראה מצד הציבור בצדקת עמדתו של בית המשפט.

טענה כזאת לא תצלח מכמה סיבות. כאמור, ההנחה הבסיסית בה היא שהיעדר תגובה מצד המחוקק להחלטותיו של בית המשפט מלמד שהמחוקק מקבל את עמדתו המהותית של בית המשפט. הנחה זו איננה מבוססת. אין היא מביאה בחשבון את המשקל המוסדי שהציבור מייחס להכרעותיו של בית המשפט. טענה זו צריכה להיות מוכרת דווקא לחסידי התפיסה הליברלית. בשיח הליברלי מתייחד מקום רב לדיון בשאלה, מאילו דרכי פעולה בדיוק אמורה המדינה הליברלית להימנע. הנחת המוצא היא שבוודאי אין להתיר כפייה במובן הצר של המילה,¹⁵⁴ מקובל גם להתנגד ליציאת תמריצים שליליים או חיוביים לאימוץ חלופות

154 ראו, למשל: W. Kymlicka "Rawls on Theology and Deontology" 17 *Philosophy and*

כלשהן,¹⁵⁵ אולם כותבים ליברלים רבים יוצאים אפילו כנגד הבעת עמדה מצד המדינה הבאה לידי ביטוי בפעולות סמליות בלבד. עמדה זו מבוססת על ההנחה שסימון מצד המדינה של מערכת ערכים כלשהי מסדר ראשון, כבעלת ערך רב יותר מהשקפות מתחרות, עלולה להוביל פריטים לאמץ את ההשקפה המומלצת מתוך כבוד כלפי הסמכות השלטונית, דבר העומד בניגוד לעקרון החירות. חשש דומה ואף חריף יותר¹⁵⁶ ראוי שיתעורר ביחס לתוצאות ההכרעה מצדו של בית המשפט. אם כן יש מקום לחשש שהכרעה מהותית מצד בית המשפט לא תעורר את הדיון הציבורי הדמוקרטי בעניין אלא תחניק אותו. בעיני חלקים נכבדים מן הציבור תיתפס הכרעתו של בית המשפט כ"דברי אלוהים", דבר שירחף כצל כבד על שולחן הדיונים וימנע התפתחותו של דיון דמוקרטי כן וחף ככל האפשר מהטיות מוקדמות. הכרעתו של בית המשפט עלולה לשמש כמעכב הכרעה ולא כורז.¹⁵⁷

סיבה נוספת לכך שלא ניתן לראות בשתיקה של המחוקק הסכמה (להכרעת הרשות המבצעת או לבית המשפט), נובעת מאופייה של המערכת הפוליטית. גישה אחת, נאיבית, למתרחש במחוקק היא שכל חבר בבית המחוקקים מצביע על סמך העדפותיו האמתיות בלבד. אולם החיים הפרלמנטריים הם ככל הנראה מורכבים יותר, וכוללים לא אחת עסקאות פוליטיות שבמסגרתן מפלגה א מסכימה לתמוך בעמדתה של מפלגה ב בעניין פלוני, אף על פי שעמדה זו שונה מעמדתה של א, בתמורה לכך שמפלגה ב תתמוך בעמדתה של א בעניין אחר. לעסקאות כאלה יש עלות. גיבושן גוזל מן המחוקק משאבים תקציביים ומשאבי זמן. הן גם מחייבות מנגנוני אכיפה (שכן ללא מנגנון אכיפה, לא תוכל מפלגה א לסמוך על מפלגה ב שתעמוד בהתחייבותה), וגם למנגנוני אכיפה כאלה יש עלות.¹⁵⁸ ולענייננו, תגובה של המחוקק להחלטת בית המשפט מחייבת החלטה, וכפועל יוצא עשויה להיות כרוכה בעסקאות, במנגנוני אכיפה ובעלויות הכרוכות בהם. אם התיאור שהצענו להליך הפוליטי במחוקק מדויק, יוצא ששתיקה מצד המחוקק לנוכח הכרעה של בית המשפט איננה מעידה בהכרח על הסכמה מצדו לתוכן ההכרעה. היא יכולה לנבוע מחוסר רצון או חוסר יכולת מצדו של המחוקק לשאת בעלויות העסקה הכרוכות בשינויה.

186 *Public Affairs* (1988); אך השוו דבריו של George Sher בספרו: *Beyond Neutrality* (Cambridge 1997) (אימוץ עמדה ליברלית המכירה בערך האוטונומיה אינו מחייב שלילתה של כפייה).

155 ראו, למשל: J. Waldron "Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom" 62 *S. Cal. L. Rev.* (1989) 1097 ("The trouble with a perfectionist tax is that it provides a reason for refraining from an activity that is not one of what I have called 'the merits' of the case", *Id.*, at p. 1147).

156 חריף יותר משום שבית המשפט, להבדיל מהאנזים ברסן השלטון, טוען ואף נתפס בעיני רבים כמכריע שלא על בסיס הטיות מוקדמות אלא בהתאם למתחייב מעקרונות של צדק, ולכן יש להכרעתו השפעה רבה יותר מזו של המדינה.

157 לעומת זאת, הבעת עמדה מצדו של בית המשפט לאחר הדיון הדמוקרטי, עשויה להעשיר דווקא את השיח הציבורי בעניין. ראו מה שכתבנו בספיר, לעיל הערה 41, בעמ' 481.

158 לתיאור שוקי כזה של המציאות הפרלמנטרית, ראו: W. Riker *The Theory of Political Coalitions* (New Haven 1962). אנו מודים לעמרי ידליק על התובנה.

לבסוף, אפילו אם שתיקה כהודאה דמיא, אין פירושו של דבר שהכרעה במחדל כמזה כהכרעה פוזיטיבית. אם שני סוגי הכרעה אלו היו שקולים, לא היה צורך כלל בהתערבותו של בית המשפט. הלוא הבקשה מבית המשפט שיתערב במקרים מן הסוג שאנו עוסקים בו נובעת מחוסר שביעות רצון של העותרים מדרך הפעולה שבחרה הרשות המבצעת. אם שתיקתו של המחוקק מעידה על הסכמתו להכרעת בית המשפט, אין כל סיבה שלא נפרש כך גם את מחדלו מלפעול כנגד מדיניות הממשלה, הנחה שכפי שהסברנו לעיל עמדה ביסוד עמדתו של השופט לנדוי בחוות דעתו בעניין שליט.¹⁵⁹ כיוון שהכרעת הממשלה קודמת תמיד כרונולוגית להכרעת בית המשפט, לכאורה אין כל סיבה שלא להסתפק בהכרעה הראשונה. יתר על כן, מבין שני תרחישי ההחלטה במחדל, אפס המעשה לנוכח עמדת הממשלה עדיף לכאורה על פני אפס המעשה לנוכח עמדת בית המשפט, לא רק בשל קדימותו הכרונולוגית אלא גם מזווית הראייה הדמוקרטית, שכן הממשלה, להבדיל מבית המשפט, מכהנת מכוח אמונם של רוב חברי בית המחוקקים.¹⁵⁹

סיכומו של דבר: אם תפקידו העיקרי, או לפחות הראשוני, של בית המשפט, בנסיבות שבהן המערכת הדמוקרטית נמנעת מדיון מסודר ומהכרעה בשאלות מרכזיות, הוא לשמש זרז לדיון ולהכרעה, עליו לחפש דרכים לעשות זאת מבלי לקבל בעצמו החלטה בעניין. כשהמחוקק חומק מהכרעה בשאלה מהותית ומטיל אותה על כתפי הרשות המבצעת והשופטת בדרך של אימוץ נוסחה עמומה, תפקידו של בית המשפט להתזיר את הכדור למחוקק ולהבהיר לו כי הוא היחיד שיכול להחליט (וליתר דיוק, להחליט ראשון) בעניין.

ז. סיכום ומסקנות

1. לא אחת המחוקק מתחמק מליקבל החלטה בשאלות מהותיות, בהעבירו את התפקיד לידי הרשות המבצעת או השופטת, אם בדרך של האצלה גלויה ואם בדרך של האצלה סמויה, כלומר תוך שימוש בניסוח מעורפל שמחייב לכאורה רק פרשנות, אך למעשה מחייב החלטה לעצם העניין. ההיסטוריה של המחלוקת בעניין *מיהו יהודי* מתאימה לדפוס ההתחמקות השני. המחוקק בחר במכוון בניסוח עמום, המכסה על המחלוקת מבלי להכריע בה.
2. כאשר הזרוע השופטת נדרשת להתייחס להכרעתה של הזרוע המבצעת, היא יכולה לבחור באחד מארבעה דפוסי תגובה. גם בסוגיית *מיהו יהודי* ניתן למצוא בבית המשפט העליון נציגים של כל אחד מן הדפוסים.
3. דרך תגובה אחת היא להכריע במחלוקת לגופה תוך שימוש בטיעונים מהותיים. דרך זו בעייתית מזווית ראייה דמוקרטית. תפקידו של השופט אינו ליצור נורמות בהתבסס על השקפת עולמו אלא להחיל נורמות קיימות שנתקבלו באופן דמוקרטי בידי רשויות השלטון המופקדות על יצירתן. אמנם ההפרדה החדה בין החלתן של נורמות ליצירתן הנה מלאכותית, וברור שהכרעה שיפוטית אינה יכולה להיות חפה

¹⁵⁹ ראו מה שכתבנו לעיל בהערה 136.

מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי?

- לחלוטין משיקול דעת הכולל מידה של סובייקטיביות ערכית. אולם הכרעה לגופו של עניין במחלוקת מן הסוג הנידון מחייבת מעשה טהור של הכרעה ערכית, החורג לכאורה מן המקובל גם לפי התיאור הממותן של ההליך השיפוטי.
4. השתתת ההכרעה השיפוטית על שיקולים ערכיים-סובייקטיביים חמורה במיוחד במקרים מן הסוג הנידון, שבהם אין בית המשפט נדרש לבחון הכרעה ערכית שנתקבלה באופן דמוקרטי אלא לפסוק בשאלה שהמערכת הדמוקרטית טרם הכריעה בה. דמוקרטיה מחייבת בראש ובראשונה, ששאלות משמעותיות, שהתשובה להן שנויה במחלוקת, יידונו ברצינות ויוכרעו בבירור בידי הציבור ובידי נציגיו. אין זו רק זכותו של הציבור, זו חובתו. כשכית המשפט פוסק בשאלות שטרם הוכרעו על-ידי המחוקק, הוא מתערב באופן בוטה ובלתי מוצדק בהליך הדמוקרטי.
5. דרך תגובה שנייה היא להכריע לטובת גישה מסוימת והצגת ההכרעה כנייטרלית, כלומר כהחלטה טכנית שאינה פוסקת במחלוקת המהותית ושאינה מסתמכת על עמדה ערכית. דרך זו נקטו רוב השופטים שדנו בעניין *מיהו יהודי*. גם דרך תגובה זו יש לשלול. אף אם המצג הנייטרלי נעשה בתום לב, בפועל, ההכרעה הטכנית היא בדרך כלל גם מהותית או לכל הפחות עלולה להוביל בעתיד להחלטה מהותית. זאת ועוד, ברוב המקרים מצג הנייטרליות אינו אלא מעטה מזויף שנועד להסתיר הכרעה ערכית ברורה.
6. כקודמתה, גם דרך תגובה זו בעייתית בשל התפקיד שבית המשפט נוטל על עצמו. במובן מסוים, דרך תגובה זו בעייתית יותר מקודמתה, משום שהשימוש במצג הנייטרליות (במישור התוצאה ובמישור המוטיבציה) מונע או לפחות מעכב את הביקורת הציבורית על העמדה הערכית שבחר בית המשפט לנקוט.
7. דרך תגובה שלישית מבטאת גישה של ריסון שיפוטי. בהיעדר טעם חוקי מפורש או קונסנסוס ציבורי כנגד החלטת הרשות המבצעת, בית המשפט נמנע מלהתערב בהחלטה.
8. דרך תגובה זו כרוכה אף היא במחיר מסוים. ראשית, בהיעדר התערבות בנסיבות שהתוצאה ידועה מראש, קשה לתאר סירוב של בית המשפט להידרש לעתירה, תוך הסתמכות על "אפיה הדיסקרציוני של הסמכות המסורה על-ידי החוק לבית-המשפט הגבוה לצדק" וכהימנעות שלו מהכרעה. בעצם נכון לכנותה הכרעה במחדל לטובת הרשות המבצעת וכנגד האזרח. שנית, הכרעה במחדל, תוך יישומה של מדיניות אי-התערבות, עלולה להוליך לתוצאות שרירותיות.
9. על אף הבעייתיות שבדרך התגובה השלישית, יש לה יתרון על פני שתי קודמותיה. כאמור, במערכת דמוקרטית ראוי שההחלטה תתקבל בידי הזרוע המחוקקת במפורש. אולם המחוקק יכול להביע את דעתו גם בדרך של הימנעות מהתערבות בהכרעת הזרוע המבצעת. הכרעה בהימנעות אינה הכרעה מיטבית, אבל היא בכל זאת הכרעה. אם כן ניתן לתאר את גישת הריסון השיפוטי כהחלטה שלא להתערב בהחלטת הזרוע המבצעת שאושררה בהסכמה בשתיקה של הזרוע המחוקקת.
10. דרך התגובה הרביעית, שהיא גם הנכונה מכולן מזווית ראייה דמוקרטית, היא נקיטת טקטיקה שתכליתה להכריח את המחוקק, או לפחות ללחוץ עליו, להגיע להכרעה דמוקרטית בעניין.

שחר ליפשיץ וגדעון ספיר

11. דרך זו נקט בית המשפט הישראלי, לפרק זמן קצר, בדונו בעניין מידו יהודי. אולם גם בפרק זמן זה לא השתמש בה באופן מושלם. זאת ועוד, למרבה הצער, לטווח הארוך, לא עמד בית המשפט בפיתוי ובסופו של דבר בחרו שופטיו פעם אחר פעם במתודת המצג הנייטרלי, שהיא הגרועה מבין ארבע המתודות האפשריות.