



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 8573/08

לפני :  
כבוד הנשיא א' גרוניס  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערים :  
1. עוזי אורנן  
2. אורי אבנרי  
3. איתמר אבן-זוהר  
4. יוסף אגסי  
5. יהודית בובר אגסי  
6. שולמית אלוני  
7. אלון אולארצ'יק  
8. יוסף ברנע  
9. איברהים דויירי  
10. עינב הדר  
11. יובל הלפרין  
12. חן יחזקאלי  
13. יוברט יו-לון  
14. עפרה ישועה ליית  
15. יהושע סובול  
16. יהושע פורת  
17. רבקה (בקי) קוק  
18. נילי קוק  
19. עאדל קעדאן  
20. דן תמיר  
21. גדעון שפסקי

נגד

המשיבים :  
1. משרד הפנים  
2. היועץ המשפטי לממשלה

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט נ' סולברג) מיום 15.07.2008 בתיק ה"פ 6092/07

בשם המערערים : עו"ד יואלה הר-שפי ; עו"ד יוסף בן משה

בשם המשיבים : עו"ד רות גורדין

## פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

המערערים פנו לבית המשפט המחוזי בירושלים בבקשה למתן פסק דין הצהרתי שלפיו הם בני הלאום הישראלי, וזאת על מנת שפסק הדין ישמש תעודה ציבורית לצורך שינוי פרט הלאום במרשם האוכלוסין בעניינם. בית המשפט המחוזי (כב' השופט נ' סולברג) דחה את בקשתם בקובעו כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה במישור המוסדי. מכאן הערעור שלפנינו.

1. המערערים הם כולם אזרחים ישראלים. במרשם האוכלוסין הם רשומים כבני לאומים שונים – רובם רשומים כיהודים וחלקם כבני לאומים אחרים; ערבי, דרוזי, בודהיסטי, בורמזי ועוד. המערער 1, פרופ' עוזי אורנן (להלן: אורנן), רשום במרשם האוכלוסין כ"עברי", וזאת על-פי הצהרתו. אורנן הקים לפני למעלה מעשור את עמותת "אני ישראלי", שחבריה חתמו על עצומה שלפיה הם משתייכים ללאום ישראלי. בשנת 2000 פנה אורנן למשרד הפנים, וביקש להירשם בסעיף הלאום שבמרשם האוכלוסין כ"ישראלי". בקשתו נדחתה, בהישען על ההלכה שנקבעה לפני ארבעה עשורים בע"א 630/70 טמדין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1972) (להלן: עניין טמדין), שעל פרטיה נעמוד בהמשך. בסוף שנת 2003 החל אורנן בניהול מאבק משפטי לשינוי רישום סעיף הלאום בעניינו. תחילה הגיש, בצירוף עותרים נוספים, עתירה לבית משפט זה, אך זו נמחקה על-ידם בשנת 2004 בעקבות המלצת בית המשפט שלפיה עליהם לפנות לערכאה המתאימה, להשגת תעודה ציבורית המעידה על שייכותם ללאום הישראלי בהתאם לדרישת סעיף 19ג לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין) (בג"ץ 11286/03 אורנן נ' שר הפנים (20.9.2004)). בחלוף למעלה משנתיים הגישו העותרים עתירה חדשה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, אך זו הועברה בהסכמה למסגרת דיונית של תובענה אזרחית, מאחר שהתבקש במסגרתה סעד הצהרתי.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

2. בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט נ' סולברג) דחה את התובענה למתן סעד הצהרתי, לאחר שקבע כי סוגיה זו אינה שפיטה מוסדית. בית המשפט קמא ערך דיון נרחב ומפורט בסוגיית השפיטות, וזאת בהתאם לתפיסה המקובלת בשיטתנו, המבחינה בין שני היבטים עיקריים שלה – השפיטות הנורמטיבית והשפיטות המוסדית.

לאחר שהניח את היסודות האמורים, פנה בית המשפט ליישום המבחן שאומץ במסגרת בג"ץ 910/86 רסלר נ' משרד הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988) (להלן: עניין רסלר), כמבחן המנחה את שיקול דעתו של בית המשפט הנדרש להכריע בשאלה זו – הלא הוא מבחן האופי הדומיננטי של הנושא העומד לדיון. בהתאם לכך, קבע בית המשפט קמא כי האופי הדומיננטי של ההצהרה המבוקשת הוא ציבורי, אידיאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי – אך אינו משפטי. לתפיסת בית המשפט אין לראות בבקשת המערערים משום עניין מינהלי-טכני שעניינו רישום גרידא במרשם האוכלוסין, אלא מדובר – הלכה למעשה – בבקשה כי בית המשפט המחוזי בירושלים יקבע כי במדינת ישראל התגבש לאום חדש המשותף לכל תושביה ואזרחיה, הוא הלאום ה"ישראלי". סוגיה זו, כך קבע בית המשפט קמא, הינה שאלה מדינית-לאומית-חברתית שההיבט המשפטי שלה הוא טפל לעיקר הלב-משפטי. בית המשפט הדגיש כי הסוגיה שפיטה מן הבחינה הנורמטיבית, אך היא אינה שפיטה מן הבחינה המוסדית שכן לקביעה בדבר קיומו של לאום ישראלי השלכות מרחיקות לכת והרות גורל על דמותה של המדינה, אופייה ועתידה. קביעה זו אינה מסוג העניינים שבהם יש לבית המשפט יתרון יחסי על פני אחרים, ואין זה מקומו של בית המשפט להכריע בה. בית המשפט הדגיש כי עסקינן הלכה למעשה ביצירת סטאטוס חדש, "מעין מעשה חקיקה". עוד ציין בית המשפט קמא כי הפלטפורמה שאותה מציעים המערערים כבסיס להכרה בלאום הישראלי – מרשם האוכלוסין – אינה מתאימה לכך, שכן הרישום הטכני-סטטיסטי במרשם אינו יכול להוות תחליף לדיון בקרב הרשות המחוקקת והמבצעת ובשיח הציבורי, שהם הזירות המתאימות לקידום רעיונותיהם. מסקנת בית המשפט המחוזי הייתה כי "אין בנמצא – מבחינת החוק והמשפט – לאום ישראלי, ואל לו לבית המשפט לברוא בריאה שכזו יש מאין; לחוקק במקום לשפוט". בית המשפט קמא הדגיש עם זאת, כי אין בפסק דינו כדי לומר שאין קיים "לאום ישראלי" בנפשו של אדם ובאמונתו האישית, אך ציין כי אמונה זו – הראויה להערכה ולכיבוד – אינה זקוקה לגושפנקה משפטית.

טענות המערערים

3. לשיטת המערערים, שגה בית המשפט קמא עת קבע כי אופייה הדומיננטי של הבקשה אינו משפטי, ולפיכך אינו שפיט מוסדית. לשיטתם, הכרעה בסוגיה נושאת עימה השלכה מעשית על חיי היום-יום של הפרט, הן במישור המשפט הפנימי הן במישור המשפט הבינלאומי, ולפיכך בית המשפט אינו יכול להתנער מלהכריע בה. בהתאם להילוך טיעונם של המערערים, כלל אזרחי המדינה מהווים את הלאום המרכיב אותה, ולפיכך שלילת קיומו של הלאום הישראלי כמוהו כשלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה ריבונית דמוקרטית. לשיטתם, עם הכרזת המדינה וכינונה של מדינת

ישראל קם הלאום הישראלי, שאינו כולל את יהודי התפוצות, ולפיכך קביעת בית המשפט קמא כי "אין בנמצא – מבחינת החוק והמשפט – לאום ישראלי" – שגויה. כתימוכין לעמדתם זו מפנים המערערים להכרזת העצמאות, ממנה עולה לשיטתם כי יהודי התפוצות אינם חלק מן הלאום שקם בישראל עם הקמת המדינה, המורכבת מבני "העם העברי העצמאי בארצו" ו"בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל". כמו כן מפנים המערערים כתמיכה לטיעוניהם לדברי חקיקה מימיה הראשונים של המדינה, המשתמשים בדיבור "לאום", ומהם ניתן ללמוד כי קיים לאום ישראלי: כך, למשל, בשנת 1948 נחקקה פקודת אוניות (לאומיות ודגל), תש"ח-1948 בה נקבע כי אוניה הרשומה במדינת ישראל "לאומיותה היא של מדינת ישראל"; ובהמשך בחוק הספנות (כלי שיט), תש"ך-1960 שהחליף את פקודת האוניות צוין כי "לאומיותו של כלי שיט הרשום לפי חוק זה היא ישראלית". עוד מצביעים המערערים על העובדה כי בדרכון הישראלי מופיע המונח: Nationality ותחתיו רשום: Israeli. לשיטת המערערים, "לאום" אינו לאום דתי או אתני, אלא "לאום המדינה במובנו המשפטי", שהזכות להשתייך אליו עוגנה בסעיף 15 להצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם שהתקבלה ב-1948 בעצרת הכללית של האומות המאוחדות.

בצד האמור, מתייחסים המערערים לשתי נקודות נוספות – ראשית, נטען על-ידם כי טבלת הלאומים שהוצגה על-ידי משרד הפנים בשלב מסוים, הכוללת 137 לאומים שונים, אינה מהווה מקור משפטי מחייב כלשהו, שכן זו נעדרת יסוד בחוק, וכלל לא ברור מי בעל הסמכות שהרכיבה. שנית, נטען כי אף אין בעובדה שלפיה רישום הלאום הושמט מתעודת הזהות כדי לשנות את תמונת הדברים שכן ראוי כי גם אם מדובר ברישום שהוא לצורך איסוף סטטיסטי, יימצאו הנתונים לגבי המצהירים על היותם בני הלאום הישראלי בפני משרד הפנים. בהיבט זה הדגישו המערערים כי בבסיס בקשתם ניצבת ההנחה כי בהכרה בלאום הישראלי יהיה משום ביטוי ממשי לעקרונות האזרחות השווה והמלאה שעוגן בהכרזת העצמאות, שכן המצב הנוכחי יוצר הבחנה בין לאומים על בסיס אתני-דתי.

בהמשך, לאחר הדיון שהתקיים בערעור ובעקבות הערות ההרכב, ביקשו המערערים להגיש השלמת טיעון קצרה בשני היבטים. ההיבט הראשון נסב על משמעות הרישום במרשם האוכלוסין, בשים לב לעובדה שעל-פי ההלכה המקובלת הוא מהווה כלי רישומי-סטטיסטי שמשמעויותיו מוגבלות. לשיטת המערערים, מציאות משפטית זו אינה מציגה תמונה מלאה של משמעויות המרשם, שכן לשיטתם הרישום הקיים היום, הנשען על רכיב אתני-דתי, עלול להביא בעתיד לפגיעה בשוויון בין קבוצות אזרחים ישראלים בעלי מוצא אתני שונה. מצב דברים זה, כך המערערים, שלפיו נכפה על

אזרחים ישראלים תיוג לאומי שהם אינם מזדהים עימו, מצדיק הידרשות לסוגיה והיענות לבקשתם. בהיבט נוסף שאליו התייחסו המערערים הבהירו כי יש להותיר בידי כל אזרח את הבחירה החופשית כאשר לרישום הלאום בו הוא מעוניין.

#### טענות המשיבים

4. המשיבים 1-2, משרד הפנים והיועץ המשפטי לממשלה (להלן: המשיבים), מבקשים לדחות את הערעור. לשיטתם, צדק בית המשפט קמא בקובעו כי הסוגיה אינה שפיטה, שכן היא בעלת היבטים חברתיים, לאומיים וציבוריים דומיננטיים, שהשלכותיהם משמעותיות ומרחיקות לכת על דמותה ואופייה של החברה והמדינה. בטיעון משלים שהוגש ביום 29.10.2012, הפנו המשיבים לכתביהם של הוגים שונים מן המאה ה-19 ועד לימינו אנו, הנוגעים למחלוקת העמוקה בשאלה אם היהדות היא לאום נפרד מלאום מדינת האזרחות (בין "יהודי אזרח גרמניה" לבין "גרמני בן דת משה"). לשיטת המשיבים, על סוגיה זו להתברר בזירות המתאימות לכך – במסגרת השיח הציבורי והאקדמי, וטוב לו לבית המשפט כי ידיר רגליו מדיון בה. המשיבים סקרו מקרים רבים אחרים שבהם מצא בית המשפט שלא לדון בסוגיה מסוימת בהישען על עקרון הפרדת הרשויות והחשש שמא יפגע אמון הציבור בשפיטה, וביקשו לגזור גזירה שווה ממקרים אלה על נסיבות העניין שלפנינו.

לשיטת המשיבים, פסק הדין אינו כולל קביעות לגופה של הסוגיה, ולפיכך די לכאורה בקבלת טענת היעדר השפיטות המוסדית כדי להביא לדחיית הערעור. עם זאת, מוסיפים המשיבים ומציינים כי מן הראוי לדחות את הערעור גם בשל כך שהמערערים לא עמדו בנטל ההוכחה שהוטל עליהם כמבקשי סעד הצהרתי, להראות את דבר קיומו של "לאום ישראלי". בטיעון לגופו של עניין, הדגישו המשיבים כי לתפיסתם האזרחות הישראלית היא המהווה ביטוי להגדרת העצמית המשותפת של התושבים המתגוררים בישראל, והיא המאחדת בין שלל הלאומים שהתקבצו במדינת ישראל. לשיטתם, יש לדחות את טענת המערערים לפיה נוצר לאום ישראלי עם קום המדינה, בשים לב לכך שסיווג הנפרד של קבוצות שונות באוכלוסייה הישראלית כנמנות על לאומים שונים התקיימה לפני קום המדינה ונותרה גם לאחריה. כן הודגש כי המידע בדבר לאום מופיע רק במרשם האוכלוסין שהוא מאגר סטטיסטי, ואף אינו מהווה ראיה לכאורה לנכונותו. לפיכך, טענו המשיבים כי הלכה למעשה אין לבקשת המערערים כל משמעות ממשית וכל כולה נטועה בסמליות שאותה מייחסים הם לבקשה. לפיכך, כך נטען, לא עלה בידי המערערים להראות כי יש הצדקה ליתן סעד הצהרתי בעניין זה.

בעקבות פרישתה של הנשיאה ד' ביניש, שעמדה בראש המותב ששמע את טענות הצדדים, בא במקומה הנשיא א' גרוניס. בהמשך, הוגשו השלמות טיעון בכתב, ועתה הגיעה עת הכרעה.

דיון

חוק המרשם

5. נקדים ונציג את המסגרת הנורמטיבית לדיוננו – חוק מרשם האוכלוסין והפעולות המבוצעות מכוחו. חוק מרשם האוכלוסין מסדיר את פעולתו של מרשם האוכלוסין, שבו יירשמו פרטיהם של תושבי ישראל. הפרטים החייבים ברישום ביחס לכל תושב מנויים בסעיף 2 לחוק:

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

פקידי רישום הממונים על-ידי שר הפנים, הם האחראים על ניהול המרשם (סעיף 4 לחוק). על התושב מוטלת חובה להודיע לפקיד הרישום את פרטיו ואת פרטי הקטינים שבחסותו (סעיף 5 לחוק) וכן כל שינוי שחל בפרטים אלו (סעיף 17 לחוק). בנוסף, קבועות בחוק הוראות פרטניות ביחס לחובת הדיווח ביחס ללידה, אימוץ, פטירה, עזיבת הארץ (סעיפים 6-14 לחוק), ולעדכון פרטים מסוימים ביוזמת הרשות הנוגעת בדבר או בית המשפט (סעיפים 15-16 לחוק). סמכויותיו של פקיד הרישום מפורטות בפרק ג' לחוק (סעיפים 19-23 לחוק). סעיף 3 לחוק קובע כי הרישום במרשם הוא "ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפסקאות (1) עד (4) ו-(9) עד (13) לסעיף 2". פרטי הרישום שעניינם הלאום (5), הדת (6) והמצב האישי (7)-(8), אינם נושאים מטען ראייתי, ומשכך – כפי שנראה להלן – פורשו על-ידי הפסיקה כנתונים "סטטיסטיים" בלבד.

6. סעיף 19 ב לחוק עוסק ברישום פרטיו של תושב הנרשם לראשונה ("רישום ראשון"), שיעשה על פי תעודה ציבורית או על-פי הודעתו של התושב או של אפוטרופוסו. פקיד הרישום מוסמך לדרוש ממוסר ההודעה למסור לו כל ידיעה או מסמך שברשותו הנוגעים לפרטי הרישום, וכן לתת הצהרה בכתב או בעל-פה על אמיתות הידיעה או המסמך (סעיף 19 לחוק). אם לפקיד הרישום יסוד סביר להניח שההודעה אינה נכונה – רשאי הוא לסרב לרשום פרט רישום על-פיה (סעיף 19ב(2) לחוק). סעיף 19ג לחוק – שהוא הרלוונטי לענייננו – עוסק בשינוי פרט רישום של תושב ("רישום שינויים"), שיעשה ככלל לפי הודעת התושב שאליה נלווית תעודה ציבורית המעידה על השינוי. כלומר, בעוד שלצורך רישום ראשון יכול פקיד הרישום להסתפק בהודעת התושב או אפוטרופוסו, כדי לשנות רישום קיים של פרט במרשם – נדרשת הצגת תעודה ציבורית. במאמר מוסגר יצוין כי שינוי פרט המען יכול להיעשות לפי הודעת התושב בלבד, מבלי שתידרש תעודה ציבורית בנדון. החוק מסמיך (בתנאים מסוימים) פקיד רישום ראשי לרשום תושב שאינו רשום או לתקן פרט רישום ביחס לתושב, ככל שהרישום הקיים הוא חסר או עומד בסתירה לרישום אחר או לתעודה ציבורית (סעיף 19ה).

הפסיקה בנוגע לתוכן פרט הלאום

7. כפי שציינו בראשית הדברים, שאלות של דת ושל לאום – ובפרט שאלת "מיהו יהודי?" – הובאו לפתחו של בית משפט זה כבר בשלבים מוקדמים במסגרת העיסוק בחוק מרשם האוכלוסין ובהפעלת הסמכות במסגרתו. באופן עקבי, פירשה ההלכה הפסוקה את סמכויות פקיד הרישום ושיקול הדעת המסור לו בשאלת רישום פרטי הלאום, הדת והמעמד האישי בצמצום רב. ראשיתה של פסיקה זו בבג"ץ 143/62 פונק-שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225 (1963) (להלן: ענין פונק-שלזינגר) שבו נקבע כי "תפקידו של פקיד רישום [...] אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו" (שם, עמ' 244). כפי שנראה להלן, הקביעה כי מדובר ברישום סטטיסטי, וכי הפעלת הסמכות לפי חוק המרשם היא טכנית ולא מהותית, אפשרה לבית המשפט להושיט סעד לפונים אליו, מבלי להידרש לקבוע מסמרות בשאלות הרגישות והסבוכות של "מיהו יהודי" (לביקורת על הלכת פונק-שלזינגר ונגזרותיה, ראו איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר – הלכת פונק-שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129 (2008)).

8. בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן: פרשת שליט הראשונה), נידון עניינו של מר בנימין שליט, שהודיע לפקיד הרישום על לאום ילדיו כ"יהודי", אך בקשתו לרישום כאמור סורבה על-ידי הפקיד מכיוון שהילדים נולדו לאם לא-יהודייה. בית המשפט קיבל את העתירה, ברוב דעות, בהסתמך על ההלכה שנפסקה בעניין פונק-שלזינגר, והורה לפקיד הרישום לרשום את ילדי העותר כ"יהודים" בפרט הלאום, על יסוד הצהרתו של אביהם. על רקע פסק הדין בעניין שליט והסערה הציבורית שהתעוררה בעקבותיו, נחקק סעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין, ולפיו "לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי, כל עוד לא נסתרו ההודעה, הרישום או התעודה האמורים להנחת דעתו של פקיד הרישום הראשי או כל עוד לא נקבע אחרת בפסק דין הצהרתי של בית משפט או בית דין מוסמך" (סעיף קטן (ב) קובע כי לעניין חוק זה, הגדרת "יהודי" תהיה כהגדרתו בסעיף 4ב לחוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות): "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת") (ראו גם: מיכל שקד משה לנדוי – שופט 380-368 (2012)).

9. בבג"ץ 4/69 בן מנשה נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 105 (1970) (להלן: עניין בן מנשה) – במעין "תמונת ראיי" לפרשת שליט הראשונה – נידון מקרה שבו פרט הלאום של ילדי העותר נרשם ברישום ראשון כ"יהודי", למרות שאביהם ביקש לרשום אותם כחסרי לאום. נפסק כי רישום ראשון זה לא היה כדין, שכן פקיד הרישום לא היה מוסמך לעשות כן בניגוד להצהרת העותר. בבג"ץ 147/70 שטרמן נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 766 (1970) (להלן: עניין שטרמן), נדחתה בקשת העותרים למחוק את פרט הלאום "יהודי" מן הרישום שלהם במרשם האוכלוסין. העותרים ביקשו להביע בכך את מורת רוחם ביחס לשינוי החקיקה שבא בעקבות פרשת שליט הראשונה. העתירה נדחתה, לאחר שנפסק כי הרישום הראשון היה כדין (וזאת להבדיל מעניין בן מנשה), ולכן נדרשת תעודה ציבורית לשם תיקון המרשם לפי סעיף 19ג לחוק מרשם אוכלוסין. השופט ח' כהן ציין כי העותרים לא שינו באמת ובתמים את הגדרתם העצמית ואינם רואים את עצמם כבני לאום אחר, ולכן אין ממש בעתירתם. בהמשך, נדחתה עתירה נוספת שהגיש בנימין שליט, שבה ביקש לרשום את בנו השלישי (שנולד לאחר שינוי החקיקה) כשייך ללאום "העברי". בית המשפט פסק כי "להלכה ולמעשה אין הבדל בין הלאום היהודי והלאום העברי", ולכן רישום בנו של שליט כ"עברי", יהיה משום עקיפת סעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין (בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334 (1972) (להלן: פרשת שליט השנייה)).



10. עניין טמרין הוא כאמור גלגול מוקדם של ענייננו אנו. ד"ר גיאורג טמרין עלה לארץ בשנת 1949 מיוגוסלביה, ונרשם במרשם התושבים כ"יהודי" בפרט הלאום ו"ללא דת" בפרט הדת. לפי הצהרת טמרין, חקיקת סעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין בשנת 1970 – שבמסגרתו נקבע כי אין לרשום כ"יהודי" בסעיף הלאום או הדת את מי שאינו עונה על הגדרת "יהודי" בסעיף 4ב לחוק השבות – גרמה לו לשנות את תחושותיו ביחס להשתייכות ללאום היהודי. לפיכך, פנה הוא לבית המשפט המחוזי לקבלת סעד הצהרתי, שבאמצעותו יוכל לשנות את פרט הלאום ל"ישראלי". בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט י' שילה) דחה את הבקשה (ת"ב (מחוזי ת"א) 907/70 טמרין נ' מדינת ישראל, פ"מ ע"ב 287 (1970)).

בפסק דין ארוך ומנומק, מפי הנשיא אגרונט, דחה בית משפט זה את ערעורו של טמרין.

ראשית, נקבע כי לשם מתן פסק דין הצהרתי בדבר השתייכותו של אדם פלוני ללאום אלמוני, נדרשת הוכחה בקריטריונים אובייקטיביים של דבר קיומו של הלאום. הנשיא אגרונט קבע כי "אין משמעות למבחן ההרגשה הסובייקטיבית של אדם פלוני בדבר השתייכותו ללאום אלמוני, מבלי שניתן לקבוע על-פי קריטריונים כלשהם, שאותו לאום הוא בנמצא" (שם, בעמ' 201).

שנית, נפסק כי לא הוכח כי התגבש במדינת ישראל לאום ישראלי נפרד ונבדל מן הלאום היהודי. הנשיא אגרונט המשיך ובחן את שאלת מהותו של לאום ולאומיות, תוך הישענות על מסקנתו של השופט (כתארו אז) י' זוסמן בפרשת שליט הראשונה שלפיה "מכלול של גורמים אובייקטיביים וסובייקטיביים יחדיו מעלים קבוצת אנשים לדרגת לאום" (שם, בעמ' 514): הרגשת אחדות השוררת בקרב חברי החטיבה הלאומית, תלות הדדית ואחריות קולקטיבית, כמו גם מידות אתניות וקניינים תרבותיים המייחדים את הקיבוץ הלאומי ומבדילים אותו מקיבוצים לאומיים אחרים. ביישמו את המבחנים הנזכרים לעיל על המקרה הישראלי, מצא הנשיא אגרונט כי "אין מקום לטענת המערער – אף לא לכאורה – שחל בישראל פירוד מהעם היהודי ונוצרה אומה ישראלית נפרדת" (שם, בעמ' 205). קביעה זו נשענה על דוגמאות רבות מההיסטוריה המעידות על קיומה של תחושת תלות הדדית בין היהודים המתגוררים בישראל ובארצות הגולה, ועל כך שטמרין לא הראה כי קיימת קבוצה משמעותית בישראל שחסרה אצלם אותה "הרגשה של תלות יהודית הדדית". הנשיא אגרונט עמד בהרחבה על משמעות המושגים המנחים "זהות" (identity) ו"הזדהות" (identification) במשמעותם האתנית-לאומית (עמ' 203-204); וקבע כי החיבורים האקדמיים והמחקרים שאליהם הפנה טמרין

לתמיכה בטענותיו, שעסקו בהעדפתם של פרטים בחברה הישראלית המתחדשת את זהותם הישראלית על פני זהותם היהודית, אינם מעידים בהכרח על היעדר הזדהות עם הלאום היהודי. הוזה אומר, הנשיא אגרנט קבע כי גם אם יש בנמצא ישראלים שמעדיפים את הפן הישראלי בזהותם על פני הפן היהודי, אין בכך כדי לשלול את הזדהותם עם בני הלאום היהודי.

בנוסף לקביעה זו, שנשמכה על פסק הדין של בית המשפט המחוזי באותה פרשה, הוסיף הנשיא כי לשיטתו העיקרון של זכות ההגדרה העצמית הלאומית נועד לחול על עמים ולא על "רסיסי עמים". להשקפתו, הכרה בלאומיות כזו עלולה להביא להתפוררותו הלאומית והחברתית של העם כולו. הנשיא הוסיף כי אין לקבל מגמה בדלנית של פיצול הלאום היהודי. לשיטתו, לא זו הייתה כוונת המחוקק בקובעו את פרט הלאום במרשם האוכלוסין, וממילא בית המשפט לא יכול ליתן לכך את ידו (שם, בעמ' 217-223). השופט צ' ברנזון הצטרף לפסק הדין של הנשיא אגרנט מטעמיו. השופט י' כהן הצטרף אף הוא לדחיית הערעור, אך הטעם העיקרי שהביא אותו למסקנתו היה כי הסעד המבוקש על-ידי טמריין עומד לכאורה בסתירה להגדרת "יהודי" בסעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין.

11. בע"א 448/72 ש"ק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כז(2) 3 (1973) (להלן: עניין ש"ק), נידון עניינו של אדם, שהיה רשום כיהודי בפרט הלאום, ופנה לבית המשפט המחוזי בבקשה לסעד הצהרתי שלפיו הוא זכאי להירשם במרשם האוכלוסין ללא ציון פרט הלאום. זאת, כדי שפסק הדין ישמש תעודה ציבורית לשם תיקון המרשם לפי סעיף 19ג לחוק מרשם האוכלוסין. בית המשפט המחוזי דחה את הבקשה. בית המשפט העליון קיבל את הערעור על דחיית הבקשה, ופסק כי שמורה לאדם הזכות שלא להשתייך לשום דת או לאום וכשהוא מצהיר על כך – ובית המשפט משתכנע כי הצהרה זו כנה ואמיתית – יש ליתן פסק דין הצהרתי, שעל יסודו ישונה הרישום במרשם. השופט צ' ברנזון ציין כי אין להבחין לעניין זה בין סעיף דת לבין סעיף הלאום, שכן "שניהם דברים הנתונים ללב של אדם, לאמונתו ולהשקפת עולמו, בייחוד כשמדובר באדם הרוצה שלא להשתייך לשום דת או לשום אומה. כשאדם מכריז על עצמו שהוא שייך לדת פלונית או לאומה אלמונית, עדיין אין הדבר בגדר ודאות שאותה דת או אותה אומה לפי חוקיה ומשפטיה תספח אותו אליה ותכיר בו בתור שכזה. אבל חוסר אמונה או כפירה בדת ורצונו של אדם לראות עצמו אזרח העולם וחפשי מכבלי כל לאום – הרי זה עניינו שלו שאינו מצריך שום הסכמה ושום גושפנקה חיצונית" (שם, בעמ' 6). בכך, אימץ השופט צ' ברנזון את גישתו של השופט י' זוסמן בפרשת שלייט הראשונה, שלפיהם קביעת השתייכותו של אדם לדת פלונית וללאום פלוני, נובעת

בעיקר מהרגשתו הסובייקטיבית של הפרט. עם זאת, השופט ברנזון הגביל את קביעתו לאדם המבקש לשנות את הרישום על-מנת לשלול את שייכותו לדת או ללאום פלוני, והוא אף ציין בפסק הדין כי אם תכלית הבקשה היא לשנות את הרישום מלאום אחד למשנהו – השיקולים עשויים להיות שונים. השופט ברנזון הוסיף כי "אין זה עניין להלך רוח חולף וקפריזי שאדם יכול היום להכריז על עצמו כבן דת פלונית או לאום פלוני ומחר או מחרתיים כבן דת אלמונית או לאום אלמוני או כבן בלי דת או בלי לאום", וכי "כאשר אדם בא לשנות רישום קיים, הוא חייב לשכנע את בית המשפט שאכן גישתו היא עניינית, מחשבתו היא כנה, וכוונתו היא אמיתית" (שם, בעמ' 8). בית המשפט ציין כי יש ליתן משקל לכך שבאותו עניין הרישום הקיים (לאום יהודי) נעשה על-פי הודעת ההורים כאשר המערער היה קטין, והוא לא השלים איתו מהיום שבו עמד על דעתו (שם, בעמ' 5). על הלכה זו חזר בית המשפט בנתנו סעד הצהרתי שלפיו גב' יוחנה שלח היא חסרת דת ורשאית להירשם ללא ציון בפרט הדת במרשם (ראו ע"א 653/75 שלח נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 421 (1977) (להלן: עניין שלח); ראו מהעת האחרונה גם ה"מ (מחוזי ת"א) 25477-05/11 קניוק נ' שר הפנים (27.9.2011) (להלן: עניין קניוק)).

12. בעוד שבעניין שלח נעתר – כאמור – בית המשפט לבקשת המערער להירשם כחסרת דת, נדחתה בקשתה להצהיר שהיא זכאית להירשם במרשם האוכלוסין כ"עבריה" בפרט הלאום. מ"מ הנשיא (כתארו אז) מ' לנדוי אימץ את קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה אין הבדל בין המונחים "יהודי" ו"עברי" וכי יש לשמור על אחידות המרשם. מ"מ הנשיא סמך את הכרעתו גם על ההלכה שנפסקה בעניין טמרין, וקבע כי המערערת לא הוכיחה כי קיים לאום עברי נפרד מהלאום היהודי, וכי אין לעודד מגמות בדלניות של פירוד לאומי. השופט (כתארו אז) מ' שמגר הצטרף לפסק הדין של מ"מ הנשיא מטעמיו. השופט א' ויתקון הצטרף לתוצאה שאליה הגיע מ"מ הנשיא מטעמיו של בית המשפט המחוזי (שלפיו יש זהות במשמעות בין המונח עברי לבין המונח יהודי, ויש תכלית ראויה בשמירה על אחידות המרשם), אך הסתייג מהסתמכותו על ההלכה שנפסקה בעניין טמרין. השופט א' ויתקון ציין כי אין זה מתפקידו של השלטון המופקד על מרשם התושבים להביע דעה – לשבט או לחסד – על תנועות "בדלניות", וכי יש לאפשר לכל אדם להירשם כרצונו.

13. לאחר "הפוגה" של כמה שנים בעיסוקן של בית משפט זה במחלוקת הנוגעת לרישום פרטי הדת והלאום, שבו והגיעו לפתחו עתירות הקשורות ברישום פרטי הדת והלאום ביחס למתגיירים בגיור שאינו אורתודוכסי (בג"ץ 264/87 תנועת ש"ס נ' מנהל

מינהל האוכלוסין, פ"ד מג(2) 723 (1989) (להלן: עניין ש"ט); בג"ץ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002) (להלן: עניין נעמת)). העיקרון הרחב שלפיו חובתו של פקיד הרישום היא לרשום במרשם האוכלוסין – ברישום ראשון – מידע הנמסר לו והמתועד במסמך, מבלי שהוא מוסמך לבדוק את התוקף המשפטי של אותו מידע, הוחל בפסיקתנו גם ביחס לסוגיות אלה. יצוין כי במסגרת פסק הדין בעניין נעמת, הוכרע גם הליך שעניינו תיקון רישום פרטי הדת והלאום לפי סעיף 19ג לחוק, שבמסגרתו נדרש פסק דין הצהרתי כתעודה ציבורית. גם ביחס להליך זה הוחל הכלל בדבר אופיו הטכני והסטטיסטי של הרישום במרשם (שס, בפסקאות 3 ו-33 לפסק הדין של הנשיא א' ברק). הנה כי כן, בית המשפט לא השיב את פניהם של העותרים ריקם בקובעו כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה, אלא צמצם את הכרעתו לפן הטכני-הרישומי. ודוק: בית המשפט הדגיש כי הוא אינו קובע דבר בשאלת יהדותם של העותרים לפי ההלכה, וכי הכרעתו מוגבלת לצרכי חוק המרשם, ונגזרת מההלכה הפסוקה הנוגעת לרישום פרטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין.

14. רואים אנו אפוא, כי פרטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין היו כר פורה להתדיינויות משפטיות סוערות בעניינים של "של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושל לא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי" (עניין גולדמן, בעמ' 395). דיונים משפטיים סוערים ומקטבים, הנוגעים בנימי נפשם של התומכים והמתנגדים – והכול מבלי שיש לרישום עצמו נפקות משפטית מוצהרת בחיי המעשה. על רקע זה, כבר בפסיקה מוקדמת של בית משפט זה בנדון, הביע השופט א' ויתקון את מורת רוחו מהצבת שאלות ערכיות בתחום הלאום לפתחו של בית המשפט ואת קריאתו לממשלה "ליזום חקיקה שתבטל את הצורך ברישום הפרט המיותר הזה" (פרשת שליט הראשונה, בעמ' 532; ראו גם בעמ' 536). בחלוף מספר עשורים של התדיינות סביב פרט הלאום, דומה כי התמונה לא השתנתה. והנה, שוב מגיעה לפתחנו מחלוקת הנוגעת לרישומו של פרט הלאום במרשם האוכלוסין.

בשלב זה, נבקש לבחון את הטעם המרכזי שעמד בבסיס הכרעת בית המשפט המחוזי – שאלת השפיטות המוסדית.

שפיטות מוסדית

15. בפסק-דינו ערך בית המשפט קמא דיון מקיף ומפורט בסוגיית השפיטות, והגיע לכלל מסקנה כי הסוגיה שהונחה לפתחו אינה שפיטה מוסדית, שכן היבטיה הדומיננטיים הם לבר-משפטיים. סוגיית השפיטות מלווה את שיטתנו המשפטית מאז

ימיה הראשונים. הדיון באשר להיקף הנושאים המתאימים לכירור בבית משפט זה, ובתי המשפט בישראל בכלל, אינו חדש עימנו. בעניין רסלר, הבחין השופט (כתארו אז) א' ברק בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית (ראו גם: יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות – מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225, 247 (2012)). טענה בדבר היעדר שפיטות נורמטיבית חולקת על יכולתו של בית המשפט להכריע במחלוקת שהגיעה לפתחו באמצעות אמות מידה משפטיות. "סכסוך אינו שפיט במובנו הנורמטיבי, אם אין קיימים קני-מידה משפטיים להכרעה בו" (שם, בעמ' 475). להשקפת השופט ברק, אין לטענת היעדר השפיטות הנורמטיבית כל בסיס משפטי, שכן תמיד מצויה נורמה משפטית שעל-פיה יוכרע סכסוך (ראו גם: בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507, 578 (2006) (להלן: פרשת הסיכולים הממוקדים); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית -279 (2004) 276). השפיטות המוסדית באה להשיב לשאלה אם המוסד הראוי להכריע בסכסוך הוא בית המשפט (להבדיל מזירות אחרות, דוגמת הממשלה, הכנסת או השיח הציבורי). לגישת השופט ברק, השימוש בדוקטרינה של היעדר שפיטות מוסדית ראוי שיהיה מצומצם ביותר, ומוגבל למקרים מיוחדים שבהם קיים חשש משמעותי מפני פגיעה באמון הציבור בשופטים (ראו: שופט בחברה דמוקרטית, בעמ' 275; פרשת הסיכולים הממוקדים, בעמ' 579). המבחן שהתווה הנשיא מ' שמגר בעניין רסלר לבחינת טענה של היעדר שפיטות מוסדית הוא מבחן האופי הדומיננטי של הנושא: "יכול שהאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך, שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זווית [...] אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא ייטה בית המשפט לעסוק בה" (עניין רסלר, בעמ' 515). על יסוד מבחן זה, נדחו עתירות שכוונו למדיניות יישוב אזרחים ישראלים באזור יהודה והשומרון, לאחר שנקבע כי האופי הדומיננטי של הנושא הוא מדיני ולא משפטי (בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993); בג"ץ 3125/98 עיאת נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש, פ"ד נה(1) 913 (1999)); מטעמים דומים, נדחו עתירות שכוונו למשא ומתן שניהלה ישראל עם סוריה בראשית שנות ה-90 של המאה הקודמת (בג"ץ 4354/92 תנועת נאמני הר הבית נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(1) 37 (1993)) ולחתימה על הסכם אוסלו בין מדינת ישראל לבין אש"ף (בג"ץ 4877/93 ארגון נפגעי הטרור הערבי נ' מדינת ישראל (12.9.1993)); להחלטות בדבר שחרור אסירים וחילופי שבויים (בג"ץ 7523/11 אלמגור – ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (17.10.2011) וכן ההחלטות הנזכרות בפסקה 3 להחלטה); להחלטה בדבר הקפאת הבנייה ביהודה ושומרון (בג"ץ 9594/09 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי (21.4.2010)). תחום נוסף שבו נמצאת התייחסות לשיקולי שפיטות מוסדית הוא התערבות בהליכים פנים-פרלמנטאריים מסוימים (בג"ץ 9056/00 קליינר נ' יו"ר הכנסת,

פ"ד נה(4) 703 (2001); ראו גם דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות – הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 19-20 (2008) (להלן: ברק-ארז – מהפכת השפיטות)).

שפיטות מוסדית ושאלת הלאום הישראלי

16. כפי שצוין, המערערים טוענים כי נס ליחה של ההלכה שנפסקה בעניין טמרין, ואת עיקר טיעונם ממקדים הם בקביעת בית המשפט בעניין טמרין כי אין בנמצא לאום "ישראלי" בנפרד מהלאום היהודי. המערערים אינם חולקים על תוקפו של ראשה הראשון של ההלכה שנפסקה בעניין טמרין ולפיו נדרשת הוכחה של קיום אובייקטיבי של הלאום כתנאי למתן סעד הצהרתי, וכי תחושה סובייקטיבית אינה מספיקה לצורך קביעה משפטית כי לאום פלוני הוא בנמצא לצרכי הרישום בפרט הלאום במרשם האוכלוסין (להבדיל מעמדת השופט א' ויתקון בענין שלח, שלפיה יש לאפשר לכל אדם להירשם כרצונו). לא נידרש, אפוא, לטענה שלא הועלתה לפנינו ואינה שנויה במחלוקת בין הצדדים. יתר על כן, מעיון בכתבי הטענות אף נדמה כי המערערים ביקשו לעשות שימוש בראש הראשון של ההלכה האמורה, שכן הם מבקשים שייצא מלפני בית המשפט פסק דין שהשלכתו רחבה: הכרזה קבל עם ועולם על קיומו האובייקטיבי של לאום ישראלי. כך, למשל, את סיכומיהם בערעור חותמים המערערים בציינם כי הם "מאמינים כי בית המשפט העליון ישכיל להחזיר עטרה ליושנה, ירומם את הלאום הישראלי מעליבותו ובכך יתרום תרומה חיונית לחיזוק יסודותיה של מדינת ישראל [...] (פסקה 25 לסיכומי המערערים).

17. על כן, בשונה מעניינים אחרים שבהם נידונו שאלות מתחום המרשם – שעליהן עמדנו לעיל – אין אנו מתבקשים לפסוע במתווה הלכת פונק-שלזינגר, באופן המצמצם את משמעות המרשם והפעולות המבוצעות מכוחו לפעולה טכנית בלבד הנסמכת על הצהרת מבקש הרישום. מכאן ההבדל המשמעותי בין ההליך שלפנינו לבין המקרים האחרים שבהם עסק בית המשפט בשאלות בתחום מרשם האוכלוסין. כדי שיינתן הסעד המבוקש כפי שהוצג על-ידי המערערים ולפי ההלכה שעליה לא מצאו הם לחלוק, יידרש בית המשפט להצהיר על קיומו – על פי אמות מידה אובייקטיביות – של "לאום ישראלי" שאליו הם משתייכים.

לשאלה זו רבדים רבים, היא מורכבת מבחינה עיונית ורגישה מבחינה ציבורית. עסקינן בסוגיות יסוד המעסיקות את מדינת ישראל והחברה הישראלית, מאז הקמת המדינה ועוד קודם לכן, כפי שנראה להלן.

18. המערערים טוענים, למשל, כי "אי אפשר להגדיר את כלל היהודים בעולם בתור שייכים ל'לאום היהודי', שהרי היהודים [...] שייכים כולם ללאום המדינה שבה הם אזרחים" (סעיף 28 לכתב הערעור). עניין לנו בסוגיה רגישה ושנויה במחלוקת ברמה הערכית וההיסטורית שמלווה את העם היהודי שנים רבות ואת התנועה הציונית כבר מראשית ימיה. התפיסה כי יהדות אינה רק השתייכות דתית אלא השתייכות לאומית, היא אבן יסוד של הציונות. מנגד, ניצבה התפיסה שלפיה היהדות היא דת בלבד, ולכן השתייכותם הלאומית של היהודים אינה אלא למדינה שבאזרחותה הם מחזיקים. תפיסה אחרונה זו יסודותיה בתהליך האמנציפציה ליהודים במדינות מערב אירופה, עת החלו יהודים רבים להגדיר עצמם כיהודים מבחינת הדת בלבד ("גרמנים בני דת משה", לתיאור מגמה זו בקרב יהודי גרמניה עד עליית הנאציזם, ראו עמוס אילון וקוויאם גרמני – יהודים בגרמניה לפני היטלר 1743-1933 (תרגום דני אורבך, 2004)). לאחר הקמת מדינת ישראל, קיבלה מחלוקת זו תפנית מסוימת. מחד גיסא, הקמת מדינת ישראל היא הגשמת החזון הציוני להקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל. כך, מגילת העצמאות קובעת כי "בארץ ישראל קם העם היהודי", וכי "זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". מאידך גיסא, היו שטענו – כפי שטוענים המערערים לפנינו – כי עם הקמת המדינה ובעקבות מהלך זה, קם (או למצער, היה צריך לקום) לאום ישראלי שהוא נפרד מן הלאום היהודי.

19. השלכותיו של דיון זה הן רחבות עד מאד. הן נוגעות ליחסיה של מדינת ישראל עם יהודי התפוצות, וכן על תפיסותיהן ויחסיהן של הקבוצות השונות בתוך מדינת ישראל. בית המשפט קמא עמד על השלכות אפשריות של הכרעה שיפוטית במחלוקת:

"הצהרה כמבוקש, צפויה להפר את האיזון העדין שבין מרכיביה הלאומיים והתרבותיים של המדינה, המושתתים על זהויות לאומיות ושאינן יהודיות, לבין האופן שבו באים לידי ביטוי המרכיבים הדתיים.

ודוק: אדם אינו יכול להשתייך לשני לאומים. אם יוכר לאום ישראלי, יצטרכו בני הלאום היהודי בישראל לבחור בין שניים: האם הם ישראלים, ואז לא יהיו יהודים; או שיהיו יהודים, ואז לא יוכלו להיות ישראלים; כיוצא בזה לגבי בני המיעוטים".

כלומר, הכרזה של בית המשפט על קיומו של לאום ישראלי כמצאויות אובייקטיבית, עשויה להשליך על שאלת רישומם בסעיף הלאום של כלל אזרחי ישראל,

גם אם אלה אינם מעוניינים בכך. בהקשר אחרון זה, נזכיר את עמדת המלומדים יעקובסון ורובינשטיין שהתייחסו למשמעות צעד מעין זה ביחס לציבור הערבי:

”במצב הקיים של שתי זהויות לאומיות מובהקות בתוך ציבור האזרחים, אימוץ רשמי, או אפילו בלתי רשמי, של המונח 'העם הישראלי' עלול, במקום להכליל את המיעוט הערבי מבחינה לאומית – להדיר אותו מבחינה אזרחית. [...] בציבור הערבי רבים יימנעו, או אף יסרבו מפורש, להגדיר עצמם כישראלים בשל 'חוסר הנטרליות' הלאומית של שם זה, או פשוט מסיבות פוליטיות” (אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים 346 (2003) (להלן: יעקובסון ורובינשטיין)).

20. יצוין כי קו הטיעון של המערערים והשאלה שהוא מעורר הם במידה רבה נגזרת של הוויכוח ביחס לאופיו של המושג "לאום". הגדרתו של המושג "לאום" אינה פשוטה, וקיימת כתיבה אקדמית רחבה בתחום מדעי החברה בניסיון לתהות על קנקנו, על מקורותיו ההיסטוריים, על יחסי הגומלין בין לאום לבין מדינת הלאום, ובין לאום ובין לאומיות (לכתיבה עכשווית, ראו: ארנסט גלנר לאומים ולאומיות (תרגום דן דאור, 1994); אריק הובסבאום לאומיות ולאומים מאז עידן המהפכה (תרגום עידית שורר, 2006); בנדיקט אנדרסון קהילות מדומיינות – הגיגים על מקור הלאומיות ועל התפשטותה (1994)). בעולם מקובלת ההבחנה בין כמה דגמים של לאום ותפיסות של לאומיות: לאומיות אזרחית, שבה ישנה זהות בין הלאום לבין האזרחות הפוליטית, המבוססת על אמנה חברתית ורצון האזרחים (הדוגמה המייצגת למודל זה היא צרפת, ראו: יעקובסון ורובינשטיין, בעמ' 375-386); ולאומיות אתנית-תרבותית, שבה ההשתייכות של פרט לקבוצת הלאום היא בעיקרה תוצאה של מאפיינים אובייקטיביים משותפים (שפה, דת, תרבות והיסטוריה משותפת). זוהי התפיסה הנוהגת כיום בישראל ביחס למונח "לאום", שהמערערים שלפנינו מבקשים לאתגר אותה. כלומר, בקשתם של המערערים לשינוי פרט הלאום במרשם האוכלוסין, מבטאת את רצונם כי המרשם ישקף את תפיסת הלאומיות האזרחית, וזאת כחלק ממאבקם הציבורי כי זהו המודל הראוי עבור מדינת ישראל (ראו גם: משה ברנט עם ככל העמים – לקראת הקמתה של רפובליקה ישראלית (2009); יוסף אגסי בין דת ולאום – לקראת זהות לאומית ישראלית (מהדורה שנייה, 1993) [המחבר הוא המערער 4 בערעור שלפנינו – ע' פ']).

21. הנה כי כן, ראינו כי כדי שבית המשפט ייעתר לבקשתם של המערערים לפסק דין הצהרתי שלפיו הם משתייכים ללאום הישראלי, נדרשים הם לפי ההלכה הפסוקה להוכיח בקריטריונים אובייקטיביים את דבר קיומו של לאום זה. דיון זה כרוך בשאלות



יסוד של מדינת ישראל, של העם היהודי, של הצינונות ושל תפיסות שונות של לאום ולאומיות. על המורכבות הטמונה בעיסוק בשאלות אלה – שבה נגענו בקצה המזלג – אין צורך להכביר במילים. לחלק משאלות אלה ניתן אולי למצוא תשובות בגדר הקונצנזוס הציבורי, וחלקן עודנו נתון במחלוקת עזה. המקום הטבעי לדיונים הללו אינו בין כתלי בית המשפט, אלא בזירות אחרות של השיח הציבורי והכתיבה האקדמית. טוב לו לבית המשפט אם ינהג בריסון רב בסוגיות אלה (אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 289-291 (1987)).

22. בצד האמור, אין בידי לקבל במלואה את המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא ולפיה מדובר בסוגיה שאינה שפיטה מבחינה מוסדית. ראשית, כפי שראינו, בית משפט זה נדרש פעמים רבות לסוגיות הנוגעות לתוכנם של פרטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין, על אף הרגישות הציבורית הכרוכה בשאלות אלה. הדעה כי שאלות אלה הן בלתי שפיטות מוסדית – נותרה דעת מיעוט (ראו עמדת השופט י' אנגלרד בעניין נעמת, בעמ' 755). תחת זאת, ביכר בית המשפט לבחון באספקלריה צרה וטכנית את משמעות המידע הרשום בפרטי הדת והלאום במרשם, ולפרש באופן צר את סמכות פקידי המרשם לבחון את תוכן הפרט שנרשם לפי הצהרתו של אדם.

23. אכן, פסיקתנו שבה והדגישה כי מרשם האוכלוסין והפעולות המבוצעות במסגרתו מכוח חוק המרשם אינם הזירה המתאימה להכרעה בשאלות ערכיות מורכבות בתחום הדת, הזהות הלאומית והמעמד האישי. כך, בלשונו של המשנה לנשיא מ' חשין באחת הפרשות:

”חוק המרשם, בעיקרו, חוק טכני הוא, וכי נטיל על כתפיו הדלות משא כבד של שאלות הרוח-עולם, לא יהיה בכוחו לשאתן. חוק המרשם לא נועד, מעיקרו, להכיל שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה, של גיור כהלכה ושלא-כהלכה, של מיהו יהודי ומיהו שאינו-יהודי” (בג”ץ 6539/03 גולדמן נ’ משרד הפנים, פ”ד נט(3) 385, 395 (2004) (להלן: עניין גולדמן)).

עם אמירה זו אני מסכים ללא סייג. עם זאת, מכך אין ללמוד כי בית המשפט מושך את ידיו מבחינת שאלות קונקרטיות המונחות לפתחו בפרשות הכרוכות בחוק המרשם והפעולות המבוצעות מכוחו. המחוקק הוא שקבע כי פרט הלאום יופיע במרשם האוכלוסין, וכתוצאה מכך, מועלות לפתחנו סוגיות מסוגיות שונות. כפי שציין המשנה לנשיא מ' חשין בעניין נעמת: ”מקום שהמחוקק תולה נורמות במשפט החלות

על היחיד – זכויות וחובות, חסינויות, זכויות-יתר וכל כיוצא באלה יחסי-משפט בין בני-אדם – בקיומו של דבר מסוים, באותה משיכת-קולמוס עצמה עושה הוא, על דרך העיקרון, בר-שיפוט אותו 'דבר' שאפשר קודם לכן לא היה בר-שיפוט" (שם, בעמ' 761-761). כלומר, אילולא נכלל פרט הלאום בחוק המרשם, היה ניתן לקבוע בנקל כי מדובר בסוגיה שמתבעה אינה ראויה להתכרר בבית המשפט, מן הטעמים שעליהם עמד בית המשפט המחוזי. אך זהו אינו המצב. הדברים מתחדדים אף ביתר שאת בענייננו, שכן הסוגיה שהונחה לפתחו של בית המשפט המחוזי – שאלת קיומו של "לאום ישראלי" – כבר נבחנה ונדונה – לגופה – על-ידי בית משפט זה בעניין טמרין.

האם יש הצדקה לבחינה מחודשת של הקביעות בעניין טמרין?

24. במתווה טיעונם של המערערים ניצבים הם לפני משוכה גבוהה – הצורך לשכנע את בית המשפט כי קמה הצדקה להורות על שינוי קביעות פסק הדין בעניין טמרין, תוך הצבעה על שינוי נסיבות מהותי או טעמים אחרים המצדיקים לעשות כן (והשוו: בג"ץ 10104/04 שלום עכשיו – שעל מפעלים חינוכיים נ' הממונה על היישובים היהודיים ביהודה ושומרון, פ"ד סא(2) 93, 151 (2006)). ונזכור כי "לא די בכך שהלכה קודמת אינה נראית לשופט טובה כדי להצדיק סטייה ממנה" (דברי הנשיא א' ברק ברע"א 1287/92 בוטקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 172 (1992)). הדברים אמורים ביתר שאת בענייננו, על רקע השיקולים המוסדיים שעליהם עמדנו. הגם שהשיקולים האמורים אינם מטים את הכף לטובת קביעה כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה מוסדית, רשאי בית המשפט – במסגרת הפעלת שיקול דעתו השיפוטי – להגיע לידי מסקנה שאין מקום לסטות מקביעות פסק הדין בעניין טמרין, לאחר שקילת שיקולים נוספים במישורים שונים. ודוק: השיקולים המוסדיים אינם ניצבים לבדם, ומשקלם משתנה לפי נסיבות העניין. במקרה דנן, קיימים שיקולים נוספים המצדיקים את הקביעה כי אין מקום להידרש בשנית לשאלה שהוכרעה בעניין טמרין.

25. ראשית, המערערים כמעט שלא התמודדו עם קביעות בית המשפט בעניין טמרין. המקורות שאליהם הפנו המערערים ניסו בעיקרם להצביע על כך שהלאום הישראלי נוצר עוד בשנת 1948, עם כינונה של מדינת ישראל, כחלק מתפיסת הלאומיות האזרחית שבה הם דוגלים. עם זאת, פסק הדין בעניין טמרין – על קביעותיו – ניתן למעלה מעשרים שנה לאחר הקמתה של מדינת ישראל. הטיעונים העקרוניים שמעלים המערערים נבחנו אפוא על-ידי בית המשפט בעניין טמרין, ונדחו לגופם.

שנית, המערערים אינם מתמודדים עם קיומן של תפיסות מושרשות בציבור הישראלי ובפסיקת בתי המשפט ביחס לפרשנות המושג "לאום" בדין הישראלי. טענתם של המערערים היא אפוא טענה נורמטיבית, כי ראוי להכיר בקיומו של לאום ישראלי כנגזרת של האזרחות הישראלית, ולדחות קיומם של לאומים אחרים בקרב אזרחי ישראל. המשוכה שעל המערערים לדלג מעליה היא כאמור במישור האובייקטיבי. דא עקא, שמלבד פריסת תפיסת עולמם הסדורה בנדון, לא הציגו המערערים תשתית עובדתית לכך שתפיסתו של הציבור הכללי את המושג "לאום" השתנתה מימי פסק הדין בעניין טמרין ועד ימינו אנו.

שלישית, המערערים לא התמודדו עם ההבחנה הקיימת בתוך גדריו של חוק המרשם בין פרט הלאום (סעיף 2(א)(5) לחוק) לבין פרט האזרחות (סעיף 2(א)(10) לחוק). מובאות רבות שאליהן הפנו המערערים בתמיכה לטענותיהם בדבר קיומו של לאום ישראלי אינן מתייחסות אלא לאזרחות ישראלית. כך למשל, המונח "לאומיות ישראלית" שבו נוקטת לשון פקודת האניות, אין משמעו אלא אזרחות; וכך גם משמעו של המונח Nationality המופיע בדרכון הישראלי. ההבחנה בין אזרחות לבין לאום אינה חדשה עימנו. הנתון המהותי מבין השניים הוא כמובן האזרחות. האזרחות יוצרת זיקה משפטית נמשכת בין הפרט לבין מדינתו (בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117 (1984) (להלן: עניין רנקין)); ראו גם אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב: רשויות שלטון ואזרחות 1071 (מהדורה שישית, 2005)). לזיקה זו יש חשיבות בתחומי משפט נרחבים. מבחינת האזרח, "יש בה כדי ליתן לו זכויות, להעניק לו כוחות, להטיל עליו חובות ולהכיר בחסינותו בעניינים שונים ומגוונים. האזרחות קשורה בזכות הצבעה לכנסת, ביכולת לשאת משרות ציבוריות שונות, בסמכות בתי המשפט, בענייני הסגרה ובעניינים רבים ומגוונים [...] (עניין רנקין, בעמ' 117). אזרחות של אדם רשומה כאמור במרשם האוכלוסין לפי סעיף 2(א)(10) לחוק, ורישום זה אף מהווה ראיה לנכונותו. ודוק: ברור לחלוטין כי הישענותם של המערערים על דברי החקיקה במשפט הישראלי והבינלאומי המתייחסים לאזרחות אינה נובעת מבלבול מושגים מצידם. כפי שראינו, רצונם של המערערים להביא להאחדה של שני המושגים הללו הוא התכלית הרעיונית העומדת בבסיס בקשתם ותפיסת הלאום שבה הם דוגלים. עם זאת, בבואם לבית המשפט בדרישה לשנות מן ההלכה הפסוקה, לא התמודדו המערערים עם דבר קיומה של ההבחנה האמורה בחוק.

26. בצד האמור, ואולי אף חשוב מכך: להשקפתי, הדין המצוי מעמיד למערערים מתווה פעולה שיכול להביא לתוצאה הרצויה מבחינתם, ולו בחלקה, אף מבלי שבית המשפט יידרש לשנות מהלכת טמרין ולהכריז על קיומו האובייקטיבי של לאום ישראלי.

זאת, באופן שבו רישומם במרשם האוכלוסין יהיה כאזרחים ישראלים בלבד. מתווה זה מבוסס על ההלכה שנקבעה בעניין שי"ק, שם נפסק כי כאשר אדם מבקש שפרט הלאום יישאר ריק, אין הוא נדרש אלא להוכיח את כנות בקשתו (זאת, בדומה לפסק דינו מן העת האחרונה של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בעניין קניוק, שבגדרו נעתר בית המשפט לבקשתו של האחרון ליתן סעד הצהרתי שאפשר את מחיקת רישומו כ"יהודי" בפרט הדת). בעניין טמורין ביקש המערער סעד מעין זה – הצהרה כי הוא אינו נמנה על הלאום היהודי – כסעד חלופי במסגרת סיכומיו. בקשתו זו נדחתה על הסף, שכן הועלתה לראשונה במסגרת הסיכומים בשלב הערעור, ולא בפני בית המשפט המחוזי או בערעור עצמו. עם זאת, הנשיא אגרנט הוסיף כי דין הבקשה להידחות גם לגופה. זאת, שכן הטעם היחידי שעומד בבסיסה הוא הרצון להביע את מורת רוחו של המערער מתיקוני החקיקה שבאו בעקבות פרשת שליט הראשונה. בכך חזר בית המשפט על קביעות פסק הדין בעניין שטדמן. נדמה – על פני הדברים – כי לא זה המצב בענייננו. המערערים, הרשומים חלקם כיהודים בסעיף הלאום וחלקם כבני לאומים אחרים, אינם מבקשים להביע את מורת רוחם מההגבלות שנקבעו בחקיקה על רישום אדם כ"יהודי" בסעיף הלאום, אלא מבקשים כי יינתן ביטוי אמיתי להגדרתם העצמית הסובייקטיבית. גם אם לא יינתן למערערים הסעד המבוקש במלוא היקפו, נדמה כי נקיטה במתווה שנקבע בעניין שי"ק יכולה במידה מסוימת לשרת את עניינם. מצד אחד, הם לא "יתויגו" עוד כמשתייכים ללאום שאליו הם אינם חפצים להשתייך לפי הצהרתם (בין אם "יהודי", "עברי", "ערבי" או אחר). מצד שני, הם יוכלו להמשיך ולהגדיר עצמם – בפני עצמם וכלפי כולי עלמא – כיהודים לפי אזרחותם הישראלית, שתוסיף להיות רשומה במרשם האוכלוסין. אם רצון המערערים הוא כי המרשם ישקף את תפיסתם כי האזרחות היא המאפיין הראוי להיכלל בהגדרת זהותו של אדם, אזי מחיקת תוכנו של פרט הלאום ברישום המתייחס אליהם, תוך הותרת פרט האזרחות על כנו, יכולה לשרת תפיסה זו נאמנה.

אמנם, הנסיבות שלפנינו שונות במידה מסוימת מאלה שהיו קיימות בעניין שי"ק. שם נידון עניינו של אדם שהצהיר כי אינו משתייך ללאום כלשהו ("שולל את הלאומיות בכלל ורואה עצמו קוסמופוליט שאינו משתייך לשום לאום"), בעוד שבענייננו טוענים המערערים כי הם משתייכים ללאום הישראלי. עם זאת, אם ישתכנע בית המשפט בכנות הצהרתם של המערערים כי הם אינם חפצים להירשם עוד כבני הלאום שאליו הם רשומים כיום, נראה כי יש מקום להחיל הלכה זו גם ביחס אליהם. להשקפתי, תוצאה זו מתחייבת גם מעיקרון כבוד האדם, שכן בתיוגו של אדם כבן לאום שאליו הוא אינו חש זיקה, פוגעים אנו בזכותו להגדרה עצמית שעליה עמד בית המשפט זה עוד בפסיקתו הוותיקה (עניין שי"ק, בעמ' 7 (השופט ברנזון); פרשת שליט הראשונה,

בעמ' 511 (השופט (כתארו אז) זוטמן)). אין צריך לומר כי הדברים מקבלים משנה תוקף לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו המקנה לכבוד האדם מעמד חוקתי.

ודוקו: סעד מעין זה לא נתבקש בגדר ההליך נושא הערעור, שכן לא זה היה רצונם המוצהר של המערערים, ולכן ממילא אין מקום להעניקו במסגרת הדיון הנוכחי. בצד האמור, קיומו של מתווה אפשרי כאמור למחיקת הרישום בפרט הלאום – הנסמך על עניין שי"ק – הוא להשקפתי שיקול חשוב במכלול השיקולים המוביל למסקנה כי אין מקום לסטות מההלכה שנפסקה בענין טמרין.

סיכום

27. המערערים מבקשים פסק דין הצהרתי שישמש כתעודה ציבורית לצורך תיקון רישומם בפרט הלאום במרשם האוכלוסין ל"ישראלי". בית המשפט קמא דחה את הבקשה בקובעו כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה.

עמדנו על המורכבות העיונית והרגישות המוסדית בבחינת שאלת קיומו של "לאום ישראלי", הכרוכה בשאלות יסוד של מדינת ישראל והעם היהודי: היחס בין זהות דתית לבין זהות לאומית; תפיסות עיוניות מתחרות למושג "לאום" ותחולתן בעניננו; הקשרים שבין מדינת ישראל ליהודי התפוצות; היחסים בין קבוצות שונות של אזרחי המדינה וזיקתם הלאומית. אכן, רגישות זו מחייבת ריסון בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי. המקום הטבעי לדיונים הללו אינו בין כתלי בית המשפט, אלא בזירות אחרות של השיח הציבורי והכתיבה האקדמית, ומכאן הישענותו של בית המשפט קמא על דוקטרינת השפיטות המוסדית.

עם זאת, אין בידי לאמץ את קביעתו של בית המשפט קמא בשאלת השפיטות המוסדית. כפי שראינו, סוגיות הקשורות לתוכן פרטי הדת והלאום במרשם האוכלוסין (ובפרט שאלת "מיהו יהודי") הובאו לפני בית משפט זה כבר מראשית ימיו. בית המשפט אמנם שב וציין כי מרשם האוכלוסין אינו הזירה המתאימה להכרעה בסוגיות רגישות של דת ולאום, והבהיר כי קביעותיו בסוגיות אלה אינן משום הכרעה בשאלות לגופן. בצד האמור, הדעה כי מדובר בסוגיות בלתי-שפיטות – נותרה דעת מיעוט.

בהסתמך על ההלכה הנוגעת לאופייה הטכני של פעולת הרישום במרשם האוכלוסין, לא נמנע בית המשפט מהושטת סעד לפונים אליו, גם כאשר ברקע ניצבו סוגיות "רגישות" של גיור, הלכה, זהות דתית וזהות לאומית. וחשוב מכך, בעניין טמרין

שעליו עמדנו, דן בית משפט זה בסוגיה שהונחה לפתחנו לגופה, ופסק כי לא הוכח בקריטריונים אובייקטיביים דבר קיומו של לאום ישראלי. אנחנו מתבקשים אפוא לדון בשאלה זו בשנית, לאחר שכבר הוכרעה על-ידי בית משפט זה.

הגם שאין בשיקולים המוסדיים כדי להביא לקביעה כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה, יש בכך כדי להשליך על נכונותו של בית משפט זה להידרש בשנית לאותו עניין. על כן, אם מבקשים המערערים לסטות מקביעות פסק הדין טמדין, מוטל עליהם נטל משמעותי הדורש – למצער – הצגת טיעונים שלא נבחנו בשעתו על ידי בית משפט זה ומצביעים באופן מובהק על הצורך בשינוי. אלה, כמובהר, לא הונחו בפנינו. בצד האמור, מצאתי כי גם ללא שינוי הלכת טמדין הדין המצוי ממילא מעמיד למערערים מתווה המאפשר להם להגדיר עצמם – בפני עצמם וכלפי כולי עלמא – כישראלים לפי אזרחותם הישראלית, שתוסיף להיות רשומה במרשם האוכלוסין, בלא כל זיקה לפרט הלאום. זאת, באמצעות נקיטה בהליך מתאים למחיקת הרישום מפרט הלאום, בהתאם להלכה שנפסקה בעניין ש"ק.

באיזון בין השיקולים השונים הגעתי לכלל מסקנה כי המערערים לא הרימו את הנטל המוטל עליהם כדי להצדיק סטייה מהקביעות שנפסקו בהלכת טמדין. אציע אפוא לחבריי לדחות את הערעור ללא צו להוצאות, ואבהיר כי אין בדחיית הערעור כדי לגרוע ממאבקם העקרוני של המערערים, מתפיסותיהם האישיות, ומהשיח שיימשך במישור הציבורי.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף והמוקפד של חברי, השופט ע' פוגלמן, בגדרו הוא דחה את טענת אי-השפיטות המוסדית במקרה שלפנינו והגיע למסקנה כי המערערים לא הרימו את הנטל שהיה מוטל עליהם להראות שיש הצדקה לסטות מהקביעות השיפוטיות שנפסקו ב-ע"א 630/70 טמדין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1), 197 (1972) (להלן: פרשת טמדין, או הלכת טמדין בהתאם למשמעות בטקסט). כן אני שותף לתוצאה אליה הגיע חברי, לפיה ראוי לדחות את הערעור – ללא צו להוצאות.

עם זאת בשל חשיבות הדברים שעלו בתיק זה ונוכח העובדה שבמספר עניינים דעתי שונה במקצת מעמדתו של חברי – ארשה לעצמי להציג את גישתי שלי בנושאים

שבהם אין אחדות מלאה בינינו. אתמקד בצד המשפטי בלבד, שכן הסוגיות אותן מבקשים המערערים להעלות – נושקות, כמובן, גם לחילוקי דעות עמוקים בתחומים: הציבוריים, הפילוסופיים וההיסטוריים, אם כי אף לשיטתי, כמו לגישת חברי – אין בכך כדי להביא לאי-שפיטות נורמטיבית, או מוסדית של הסוגיות המשפטיות הכרוכות בשאלות המתעוררות כאן (עיינו והשוו לדיון שהתקיים ולתוצאות השונות שהתקבלו, עקב שינויי חקיקה, בשתי פרשות שליט (בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) ו- בג"צ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334 (1972)).

2. דומה עלי כי לאחר שחלפו עשרות שנים מאז שנפסקה הלכת טמרין – המערערים רשאים היו ליזום הליכים חדשים (בג"צ 11286/03 אורנן נ' שר הפנים (20.09.2004) ו-ה"פ 6092/07 בבית המשפט המחוזי בירושלים, מושא ערעור זה, בעקבות פסק הדין בבג"צ 11286/03 הנ"ל) ולטעון לשינויים עובדתיים ונורמטיביים, המצדיקים, לתפיסתם, סטיה הימנה – לגביהם. ביחס לשיקולים המאפשרים "פתיחת" סוגיות חוקתיות שהוכרעו (במיוחד לגבי תוקף של חוקים, אך גם ביחס לנושאים אחרים) – עיינו בפסק דיני בבג"צ 466/07 חה"כ זהבה גלאון נ' היועמ"ש (11.1.2012).

3. על רקע האמור בפסקה 2 שלעיל אציין כי הגעתי למסקנה שהמערערים – לא הצליחו להראות כי ברבות השנים שעברו מאז שנפסקה הלכת טמרין התפתח בישראל (עובדתית או משפטית) – "לאום ישראלי", כטענתם, שבו אמורים להיות שותפים בני דתות שונות, או חסרי דת, או מי שמשתייכים, או השתייכו לקבוצות אתניות שונות.

ואכן אומה ולאום לא נוצרים כלאחר יד. גם אמיר גלבוע בשירו הידוע – בבוקר בבוקר, המדבר בבית הראשון ובפזמון שבו, על מצב לפיו:

"פתאום קם אדם בבוקר  
ומרגיש כי הוא עם ומתחיל ללכת  
ולכל הנפגש בדרכו קורא הוא שלום".

סייג את עצמו בהמשך השיר, וכתב – מתוך מודעות היסטורית – כך:

"והוא צוחק גבורת דורות מן ההרים  
ונכלמות משתחוות המלחמות אפיים  
להוד אלף שנים מפכות במסתרים  
אלף שנים צעירות לפניו  
כפלא צונן, כשיר רועים, כענף."  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

מכאן שהמערערים, אפילו הם כולם נבונים וכאלה שהגיעו להישגים אישיים מרשימים, או שתרמו לחברה הישראלית (וזו דעתי לגביהם) וכולם חשים סובייקטיבית שהם משתייכים ל"לאום הישראלי" – אין הם יכולים להקים (בשלב זה לפחות) ישות משפטית של "לאום ישראלי". זה המקום להוסיף ולהעיר שתי הערות:

(א) רשימת הלאומים בהם מכיר משרד הפנים, המכילה כ-140 ערכים (נספח 4 לתובענת המערערים בבית המשפט המחוזי הנכבד) אכן שונה מהותית במאפייניה מהמבוקש על ידי המערערים (ברשימה זו מופיעים לאומים המוגדרים על פי מדינות ריבוניות (כגון: לאום איטלקי, לאום בלגי, לאום פולני וכו'), לאומים נטולי ריבונות (כגון: הלאום הכורדי), לאומים של עדות אתניות-דתיות (כגון: שומרונים, דרוזים וכו'), ואפילו לאום עברי, שהוכר לגבי בני תנועת "העברים הצעירים" (שכוננו בשעתו בידי מתנגדיהם ה"כנענים"), כאשר זו התפתחה בארץ (הדבר היה טרם שחוקק סעיף 4ב' לחוק השבות, תש"י-1950 וטרם "המהפכה החוקתית").

(ב) המערער 1, פרופ' עוזי אודנן, נרשם בזמנו, על פי הצהרתו, כמשתייך ל"לאום העברי" והנה בחלוף השנים הוא מבקש "לשנות לאום" ולהחשב כנכלל במה שהוא מגדיר כ"לאום ישראלי". מעבר מבוקש זה מלאום ללאום – מלמד, הוא כשלעצמו, על שברירות האבחנות המוצעות על ידי המערערים.

4. גם שינויי החקיקה שחלו בינתיים מאז הלכת טמדין – אינם תומכים בגישת המערערים ויתכן שאפילו ההיפך הוא הנכון. בכך אעסוק מיד בסמוך, ואולם קודם שאנו מגיעים לשם אציין כי אינני מקבל את הפרופוזיציה המשפטית המרכזית של המערערים, הגורסת כך:

"לא קיימת 'ישות ריבונית יהודית בארץ ישראל' אלא ישות ריבונית ששמה ישראל והחלטותיה מתקבלות על ידי הלאום הישראלי – כלל אזרחיה בלבד ללא הבדל גזע, דת או מין..."

(פיסקה 17 לנימוקי הערעור של המערערים; בסיפא לפיסקה זו הוסיפו המערערים עוד קביעה לגבי הנתק, המתבקש לדעתם, ביחס ליהודים שמחוץ לישראל; לפיכך אתייחס בנפרד לזיקה שבין ישראל לבין יהדות התפוצות בהמשך).



בפרופוזיציה הבסיסית הנ"ל מספר פירוט:

(א) הפרופוזיציה מתעלמת מ"הנתון הקונסטטוטיוני" (ביטוי זה שאול מפסק דינו של הנשיא ש' אגרנט ב-ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות לכנסת פ"ד י"ט (3) 365, 386 (1964), שעל פיו ישראל מוגדרת ברמה החוקתית – לפחות מאז שנת 1992 – כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", זאת במסגרת ההוראות שהוכנסו אז ב-חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וב-חוק יסוד: חופש העיסוק. למשמעות הדברים – ראו: חנן מלצר, צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית, משפט ועסקים, כרך י"ד – משפט ואדם גבורות לאמנון רובינשטיין 347 (תשע"ב) (להלן: מלצר, צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית). עיינו גם: מנחם מאוטנר, הזהות הלאומית של ישראל ובעיית השוויון בתוך: פוליטיקה ערבית בישראל על פרשת דרכים, 111-112 (1995), שקבע כי: "תהליך נצחונה של "היהדות" על ה"עבריות" קיבל ביטוי סמלי בשנת 1992" (בשני חוקי היסוד הנ"ל) והוסיף:

"...אנו מכירים בכוחו של המשפט לכוונן את התרבות... המשפט גם מכוון זהויות. זהויות של בני אדם וזהויות של קבוצות. שני חוקי היסוד משנת 1992 הם דוגמא לחוקים המבקשים לכוונן זהות לאומית".

הרחבה בנושאים אלה באה בספרו של פרופ' מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, פרק 2 ועמ' 31-32, 298, 345, 365, 420, 565-566 (2008). (להלן: מאוטנר, משפט ותרבות בישראל). יצויין כי פרופ' מאוטנר, הן במאמרו הנ"ל והן בספרו האמור, מצדד באימוץ רכיב זהות מכליל של: "ישראליות" בתפיסה החוקתית של המדינה, ואולם גם לשיטתו מדובר במשפט רצוי, ולא במשפט מצוי (בשונה מגישת המערערים הסבורים שדרישתם מעוגנת במשפט הנוהג).

(ב) הפרופוזיציה מעידה על בלבול מושגים מסוים שנפל אצל המערערים. ישראל מוגדרת בינלאומית (מאז החלטת האו"ם על "החלוקה" ואילך) ופנימית (למצער מאז חוקי היסוד הנ"ל ואף קודם לכן מכוח מה שעולה מחוק השבות, תש"ט-1950; (להלן: חוק השבות) ומהכרזת העצמאות) – כמדינת הלאום של העם היהודי. העובדה שהיא גם מדינת האומה של אזרחיה הישראלים – באשר הם – איננה שוללת את זהותה כמדינת הלאום של העם היהודי (מושג הלאום מתייחס למרכיבי העם החי במדינה, ואילו מושג האומה מתייחס לאזרחים של המדינה. ראו: מאוטנר, משפט ותרבות בישראל 32). עיינו גם במאמריהם של: פרופ' רות גביון "הזכויות הלאומיות של היהודים" (להלן: גביון); סר מרטין גילברט, "מדינה בעלת רוב יהודי מכריע" – מהצהרת בלפור עד המנדט על פלשתינה; פרופ' שלמה אבינרי, "הגדרה עצמית והכרזת העצמאות של ישראל" – כולם

בספר: זכויותיה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, בעריכת השגריר אלן בייקר (2012), שם בעמ' 8, 22 ו-32 (בהתאמה).

במאמרה הנ"ל פרופ' גביזון גורסת כי יש להבחין בין זהות לאומית אתנית לבין זהות לאומית אזרחית (הבחנה שהמערערים פוסחים עליה). היא מבהירה כי בהקשרים רבים אין הלאומיות מתייחסת לזהות אזרחית, אלא לרצון להשיג עצמאות פוליטית לקבוצה אתנית (לאומית). היא מנמקת עמדתה כך:

"שאם לא כן היה זה בלתי הגיוני לדבר על "מיעוטים לאומיים" מכיוון שלפי הגדרה לא יכלו מיעוטים כאלו להתקיים בתוך מדינה כלשהי." (שם בעמ' 12).

ומסבירה עוד כי:

הטיעון שהיהודים הם לאום מבחינה בין אזרחות לבין זהות לאומית-תרבותית. כל הישראלים – יהודים וערבים כאחד – חולקים אזרחות וכמה איפיונים תרבותיים... עם זאת, ערבים ויהודים כאחד שואפים להכרה כשייכים לקבוצתם הלאומית (יהודים לעומת ערבים) והדתית (יהודים, מוסלמים, דרוזים ונוצרים). (שם בעמ' 12).

זאת ועוד לשיטתה:

"קיימים הבדלים ניכרים גם בתוך קבוצות דתיות ולאומיות אלו. לכל הזהויות הללו עשויות להיות משמעויות מעשיות. יהודים בעלי אזרחות של מדינות אחרות אינם שואפים לכך שמדינות אלו יכירו בזכויותיהם הלאומיות. לא מן הנמנע שאלה יבחרו להגר אל מדינת הלאום (האתנית) היחידה בעולם של היהודים ובכך יגשימו את זכויותיהם הלאומיות. הם עשויים גם לשמור על לאומיותם (האזרחית) שאינה יהודית, ולהכיר בקשריהם התרבותיים עם המדינה היחידה בעולם שהיא מדינת הלאום של היהודים" (שם, בעמ' 12).

(ג) הפרופוזיציה מבקשת לקרוא מחדש את האמור בהכרזת העצמאות ולגרוס כי מכוחה של ההכרזה הוקם הלאום "הישראלי", המורכב מבני "העם העברי העצמאי בארצו" ומבני "העם הערבי אזרחי מדינת ישראל". תפיסה זו נדחתה כבר בהלכת טמרין, בהתבסס על ניתוח הכרזת העצמאות – ראו שם בעמ' 221 לפסק דינו של הנשיא אגרנט, שהתבטא, בין השאר, כך:

"ההכרזה [קובעת – ח"מ] כי 'מדינת ישראל תהיה פתוחה לעליית יהודים ולקיבוץ גלויות', דבר הטומן

בחובו... את המשימה של מיזוג הגלויות ל'עם אחד'. ...  
לא ציינתי את הדברים הללו... אלא כדי להטעים כי  
המאורע הגדול של הקמת מדינת ישראל... לא בא אלינו  
על-מנת שיחול פירוד בקרבו של העם... יהודי מזה,  
וישראלי מזה.

והנה עמדתו זו של הנשיא אגרנט מקבלת דווקא עתה משנה תוקף לאחר שחוקי היסוד הנ"ל מפנים היום, במישרין ובמפורש (בצד הגדרתה של מדינת ישראל בהם כיהודית ודמוקרטית) – לעקרונות ההכרזה. ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א' 41-43 (מהדורה שישית, 2006) (להלן: רובינשטיין ומדינה)). בגדר עקרונות אלו נכללת ההכרה בלגיטימיות קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזו מושגת, כדברי רובינשטיין ומדינה בספרם, על שלושה יסודות מרכזיים:

- (1) החלטת האו"ם מכ"ט בנובמבר 1947, לפיה תוקם מדינה יהודית בארץ ישראל.
  - (2) ההכרה המוסרית בזכותו של העם היהודי להגדרה עצמית במסגרת לאומית.
  - (3) הפרקטיקה במדינות לאום, המקובלת בדמוקרטיות אחרות בעולם – שוללת את הטענה לפיה השיטה הדמוקרטית מחייבת "מדינה נייטרלית" מבחינה לאומית.
- (שם בעמ' 322-323; להרחבה בסוגיות אלו – עיינו א. יעקובסון וא. רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים- מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (התשס"ג - 2003); ר. גביזון ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים (התשנ"ט - 1999)).

גם פרופ' חיים גנז, שגישתו הכללית שונה בתכלית – איננו חולק על העובדה כי בהכרזת העצמאות ניתן ביטוי לצידוק משולש לציונות ולהגשמתה במדינת ישראל. לגבי דיודו שלושת ההצדקות, שנזכרו בהכרזה, כללו את:

- (1) הקשר ההיסטורי בין יהודים לארץ ישראל.
- (2) זכותם של היהודים לעמוד ברשות עצמם ככל עם ועם, היינו זכותם להגדרה עצמית לאומית.
- (3) הגנת הצורך, הנלמדת מרדיפות היהודים ומהשואה.

לתפיסתו – ההצדקות הנ"ל מהוות את השלד המוסרי של הכרזת העצמאות הישראלית, אם קוראים אותן כך שרק שלושן במאוחד יכולות ליתן תוקף לכינונה של מדינת ישראל. ראו: חיים גנז, הצידוק המשולש לציונות, מוסף סוף השבוע בעיתון הארץ-

מתאריך 30.08.2013, עמ' 66-69 (להרחבה עיינו: ספרו של פרופ' גנו, **תיאוריה פוליטית לעם היהודי- שלושה נרטיבים ציוניים** (2013) וההפניות להכרזת העצמאות, שם על פי המפתח).

המערערים לא הצליחו להתמודד עם כל הפרשנויות הנ"ל, אשר אף אם הן נובעות מתפיסות עולם מנוגדות – יש בהן מידה רבה של הסכמה לגבי תכניה של הכרזת העצמאות בהקשרים אלה ולגבי משמעותה ביחס לטיעוניהם.

5. בעקבות ההערות המקדימות שהצגתי לעיל אעבור עתה מן העקרונות הכלליים – לתיאור המשפט המצוי ואדגיש שהמטען הכלול בצירוף: "מדינה יהודית ודמוקרטית" – אכן חולל אצלנו תמורה משמעותית ביותר וזכה בהכרה בכל המרחב הנורמטיבי, שמתווה את המשפט החוקתי הישראלי. משפט זה יצא בשנת 1992 מסיבות שונות – מ"שלב העמימות" (שהשתקף בביטוי: צור ישראל, שהופיע בהכרזת העצמאות - עיינו: יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" **עיוני משפט** כו 523, 526-530 (2002); יזהר טל "הכרזת העצמאות- עיון היסטורי פרשני" **משפט וממשל** ו 551, 564-565 (2003); פנחס שיפמן **שפה אחת ודברים אחרים- עיונים במשפט, הלכה וחברה** 20, 27-28 (2012)) ופנה ל"שלב ההכרזות". ראו: מלצר, צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית 351. לכך השלכה ישירה גם על ענייננו, שכן המערערים מבקשים להשיג כאמור על משמעותו של הלאום היהודי ועל היותה של ישראל מדינת הלאום היהודי. בהקשר זה מוצא אני לנכון לציין עוד כי בנוסף לסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולסעיף 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק, המדברים בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית – גם סעיף 7(א)(1) לחוק יסוד: הכנסת, מאזכר ומאפיין את ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית", שאין לשלול את קיומה ככזאת. תפיסות אלו מצאו הד אף בחקיקה רגילה – ראו: סעיף 2(ב) לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953; סעיף 5(1) לחוק המפלגות התשנ"ב-1992; סעיף 2(ג) לחוק התרבות והאמנות, התשס"ג-2002; סעיף 2(ב) לחוק מוסדות חינוך תרבותיים יחודיים, התשס"ח-2008 וסעיף 1(ב) לחוק החולה הנוטה למות, התשס"ח – 2008.

נוכח חשיבות התמורה הנ"ל ביחס לאפיונה החוקתי של המדינה – הכתיבה באשר למשמעות הצירוף: מדינה יהודית ודמוקרטית רבה היא עד מאוד ועוסקת בהיבטים שונים שלו, ובמיוחד במתח שבין "המדינה היהודית" לבין "המדינה הדמוקרטית" וכן באשר לנפקויות "יהדותה" של המדינה. ראו, למשל, מקצת מבחר: חיים ה' כהן "ערכה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", **הפרקליט – ספר היובל** 9 (1993); אריאל רוזן צבי "מדינה יהודית

ודמוקרטיה: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה – האפשר לרבע את המעגל", **עיוני משפט** יט(3) 479 (1995); אשר מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה" **עיוני משפט** יט(3) 547 (1995); רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" **עיוני משפט** יט(3) 169 (1995); רות גביזון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: אתגרים וסיכונים" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – **ספר הזכרון לאריאל רוזן צבי** 213 (עורכים: מנחם מאוטנר, אבי שגיא, רונן שמיר, תשנ"ח-1998); אסא כשר "מדינה יהודית ודמוקרטיה – סקיצה פילוסופית" **רוח איש** 13 (2000); מרדכי קרמניצר "דמותה של מדינה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" בספר: **דברים ושברי דברים: על יהדותה של מדינה דמוקרטית** 395 (עורכים: אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן, 2007); אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית" בתוך: **אהרון ברק מבחר כתבים** כרך א' 445 (חיים ה' כהן, יצחק זמיר עורכים, תש"ס); אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** 316-302 (2010); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית כרך א'** 72-59 (מהדורה שנייה, 2010); אמנון רובינשטיין "המקרה המוזר של הדמוקרטיה היהודית" **תכלת** 41 78 (2010); מלצר, צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית;

עיינו גם בכל המאמרים המופיעים בספר: ISRAEL AS A JEWISH AND DEMOCRATIC STATE (Asher Maoz ed., 2011).

באשר לפסיקה, המונח "מדינה יהודית ודמוקרטית" נידון או הוזכר עד כה, בהקשרים שונים, במאות פסקי דין של בית משפט זה.

לענייננו חשוב להדגיש כי "יהדותה הקונסטיטוציונית" של המדינה – שוללת את האפשרות המשפטית להכיר ב"לאום ישראלי", שהוא נבדל, כביכול, מ"הלאום היהודי", כפי שהוברהו הדברים בצורה מאלפת ע"י הנשיא אגרונט בפסק דינו בפרשת טמרין עוד קודם לחוקי היסוד הנ"ל (ולא כל שכן – שמסקנה זו מתחייבת לאחריהם). זאת ועוד – שלילת הלאומים האחרים בישראל והכללת כולם ב"לאום ישראלי" אחד – נוגדת את אופיה הדמוקרטי של המדינה.

6. המערערים ערים, כנראה, למסקנות הנ"ל ולכן הם מבקשים כאמור לטשטש את האבחנה בין אזרחות לבין לאום (או לחילופין למחוק את רכיב הלאום במרשם האוכלוסין). עם זאת אין הם משכילים להסביר מדוע על פי הדין הקיים יש לרשום את שני הפרטים הללו בנפרד במרשם האוכלוסין מכוח סעיף 2(א) לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק המרשם). לכן שותף אני לדעתו של חברי, השופט ע' פוגלמן, כי כל טענותיהם של המערערים בדבר קיומו של לאום ישראלי, אינן מתייחסות אלא לאזרחות ישראלית. לדוגמאות הנזכרות על ידו בפיסקה 25 לחוות דעתו אוסיף כי אף

הנטען על ידי המערערים לגבי חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), תשנ"ט-1999 (להלן: חוק משאל העם)) – איננו תומך בשיטתם. המערערים מנסים להסיק מהמוסד של: "משאל עם" ומהוראות חוק משאל העם כי בגדר "העם" – כשם קיבוצי – נכללים כלל אזרחי המדינה הישראליים – כבני לאום אחד. ואולם חוק משאל העם קובע, בסעיף 6 שבו, רק זאת כי:

"זכאי להשתתף במשאל העם מי שהיה זכאי להשתתף  
בבחירות לכנסת לו היו מתקיימות במועד עריכת משאל  
העם"  
(ההדגשות שלי – ח"מ)

סעיף 5 לחוק יסוד: הכנסת מורה בהקשר זה כך:

"כל אזרח ישראלי בן שמונה עשרה שנה ומעלה זכאי  
לבחור לכנסת, אם בית המשפט לא שלל ממנו זכות זו  
על פי חוק; חוק הבחירות יקבע את המועד שבו יחשב  
אדם בן 18 שנה לעניין השימוש בזכות הבחירה לכנסת"  
(ההדגשה שלי – ח"מ).

העולה מן האמור מלמד שאף בחוק משאל העם (שתוקפו נבחן עתה בעתירה הנדונה בפנינו במסגרת בג"צ 9149/10 ד"ר ותד נ' כנסת ישראל) – הזכאות להשתתף במשאל העם מותנית באזרחות ישראלית (ובבגירות), ולא בהשתייכות ללאום כזה, או אחר.

7. זה המקום לציין כי אף בזיקה שבין ישראל ליהדות התפוצות, שהמערערים מבקשים כאמור להתנתק הימנה על מנת לבודד את "הישראלים" מ"היהודים" וההפך – לא דקו המערערים פורתא במישור המשפטי. אחד המאפיינים של ישראל כמדינה יהודית הוא "אחריותה לגורלו של העם היהודי בכללו משום שהיא קמה כביטוי של סולידריות כלל יהודית. לנוכח אחריות זו יש לה הזכות והחובה לעשות שימוש בכלים של פעולה קולקטיבית מדינתית להגנתם של יהודים הנפגעים "באשר הם יהודים". עיינו: פרופ' משה הלברטל – במאמרו: התתכן מדינה יהודית דמוקרטית (מוסף סוף השבוע בעיתון הארץ, 27.4.2013). הדגמה לכך ניתן למצוא בסעיף 13(ב)(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, אשר מחיל את דיני העונשין הישראליים על עברות חוץ נגד: "חיי יהודי, גופו, בריאותו, חירותו או רכושו, כאשר הוא יהודי, או רכוש מוסד יהודי, כאשר הוא כזה". הוראה זו מעידה על הגישה הכללית של המחוקק ביחס להגנה המצופה מישראל על יהדות העולם. עיינו: מלצר, צה"ל כצבאה של מדינה יהודית ודמוקרטית 354;

זו אף דעתם של פרופ' ש.ז. פלד ופרופ' מרדכי קרמניצר במאמרם: "תגובה לחיבור בגנות התחולה הנציונאלית של דיני העונשין מפרי עטו של פרופ' יורם שחר", פלילים ה' 55 (1996), וראו במיוחד האמור שם בעמ' 88:

"האירועים האנטי יהודיים החמורים ביותר... שנרצחו ונפצעו בהם יהודים ונפגעו מוסדות רבים כל כך ברחבי העולם רק משום היותם יהודיים – למשל, בצרפת, איטליה, בלגיה, אוסטריה, טורקיה, ארגנטינה... נדמה שהעם היהודי, שנרדף בצורה האכזרית ביותר במשך ההיסטוריה הארוכה שלו, אגר בנפשו רגש של סולידאריות, ללא הבדל זיקת האזרחות של כל יהודי בנפרד, שמחייב את ישראל, כמדינה יהודית, לפרוש את היריעה של דיני העונשין שלה על חבלות כאלה, בין שצלחו ובין שלא צלחו ולדאוג שנתנית הדין עליהן לא תיתקל בשום שיקול משפטי המבוסס על דין נכרי, או על מעשה של בית דין זר."

הגיון זה עומד אף ביסוד החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950.

8. עתה אעבור מן הכלל אל הפרט ואעסוק בחקיקה המיוחדת הרלבנטית. במישור זה – המערערים לא התמודדו עם הטענה הניצחת שהשמיע בשעתו השופט י' כהן (כתארו אז) בפרשת טמרין, כאשר הפנה לסעיף 3א לחוק מרשם האוכלוסין. סעיף זה קובע כיום כדלקמן:

"3א. (א) לא יירשם אדם כיהודי לפי לאומו או דתו אם הודעה לפי חוק זה או רישום אחר שבמרשם או תעודה ציבורית מראים כי הוא אינו יהודי, כל עוד לא נסתרו ההודעה, הרישום או התעודה האמורים להנחת דעתו של פקיד הרישום הראשי או כל עוד לא נקבע אחרת בפסק-דין הצהרתי של בית דין רבני בתובענה של בעל דין שהוא תושב בענייני נישואין וגירושין לפי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). התשי"ג-1953, או של בית משפט, ובלבד שהוא אינו בן דת אחרת.

(א) סבר פקיד הרישום כי לא היו בפני בית הדין הרבני או בפני בית המשפט שקבע כאמור בסעיף קטן (א) – ההודעה, הרישום או התעודה הציבורית האמורים באותו סעיף קטן, רשאי הוא לפנות לבית הדין הרבני או לבית המשפט, לפי העניין, ולהביאם בפניו, וכך רשאי הוא לעכב את הרישום, את תיקונו או את שינויו עד למתן החלטה של בית הדין הרבני או בית המשפט.  
(ב) לענין חוק זה וכל רישום או תעודה לפיו, "יהודי" – כמשמעותו בסעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950. (סעיף 4 לחוק השבות מגדיר "יהודי" – מי שנולד לאם יהודיה, או שנתגייר והוא, כידוע, אינו בן דת אחרת").

(ג) אין בסעיף זה כדי לגרוע מרישום שנעשה לפני תחילתו".  
(ההדגשה והתוספת בסוגריים שלי – ח"מ).

מכאן הסיק השופט י' כהן (כתארו אז) בפרשת טמרין כי את השתייכותו של אדם כשהוא יהודי – ללאום יהודי לצרכי מירשם, יש לקבוע בעיקרון לפי מבחן אחד בלבד והוא אם מתקיימים לגביו התנאים שבהגדרת יהודי בחוק השבות (פה מחובתי להעיר שעדיין נשארו תלויות ועומדות בהקשרים הללו השאלות – מה משמע "נתגייר" ומיהו זה שאינו בן דת אחרת, ואולם קושיות אלה אינן רלבנטיות למחלוקת שבפנינו. יתר על כן אפילו השמות של: "העם היהודי" ו-"העם העברי" עברו שינויים וקיבלו תפניות משמעותיות שונות במרוצת הדורות. עיינו: MEIR STERNBERG, HEBREWS BETWEEN CULTURES: GROUP PORTRAITS AND NATIONAL LITERATURE (Indiana Uni. Press, ; 1998) ERIC NELSON, THE HEBREW REPUBLIC: JEWISH SOURCES AND THE TRANSFORMATION OF EUROPEAN POLITICAL THOUGHT (Harvard Uni. Press, 2010).

לגישתו הנ"ל של השופט י' כהן הנ"ל – המערערים לא נתנו תשובה מספקת (ואוסיף כי שינויי החקיקה שבאו בסעיף 3(א) לחוק מרשם האוכלוסין מאז הלכת טמרין – אין להם השלכה לענייננו) והיא תקפה איפוא כאז כן היום. מכאן שלצרכי שינוי רישום הלאום – אין חשיבות להרגשותיו והשקפותיו הסובייקטיביות של מי שמבקש את שינוי הרישום, אלא להוראות החוק ולהגדרות המקובלות ללאום. עם זאת יתכן שבעתיד יתעורר הצורך להנהיג שינויי חקיקה מסוימים במכלול ובגדרם אולי תתאפשר הכרה גם בלאום "מקומי" כלשהו, שיווצר ברבות השנים, ולו לגבי עשרות האלפים שעלו ארצה (כבני משפחה של יהודים) מכח סעיף 4 לחוק השבות, זאת בדומה לחקיקה שהניעה את חוק ברית הזוגיות לחסרי דת, תש"ע-2010. במסגרת זו אפשר ויכול להיכלל גם המערערים ודומיהם.

9. מן האמור עד הנה ובמיוחד נוכח הטיעון המובא בפיסקה 8 שלעיל מתבקש כי אין אני יכול להסכים למתווה העתידי שהעלה חברי, השופט ע' פוגלמן בפיסקה 26 לפסק דינו – על מנת שהמערערים ישקלו לפעול בגדרו בהמשך הדרך. הדבר איננו מקובל עלי – קודם כל מאחר שהדבר לא נתבקש על ידי המערערים בגדר ההליך, נושא הערעור שבפנינו, ואכן אף חברי מציינן זאת בדבריו. לכך אוסיף כי בפרשת טמרין, אף שהמערער שם העלה בקשה מעין זו במסגרת ערכאת הערעור – בית המשפט ראה שלא לקבלה. מקל וחומר זה הדין גם כאן, כשסעד חלופי שכזה כלל לא נתבקש כאמור. ממילא אין צורך לומר כי לא שמענו טיעונים לגבי הענין. זאת ועוד – ניתן להתווכח



אף על האבחנות שהעלה חברי בהקשרים הללו (נוכח מה שנפסק ב-ע"א 448/72 ש"ק נ' היועהמ"ש, פ"ד כז(2) 3 (1973)). אסתפק איפוא בהקשר זה רק בהערה כי בנבדל מאזרחות ומדת, שניתן "לוותר" עליהם, או לשנותם ובד"כ יש גם מוסד, או "טקס" שבאמצעותם, או באישורם נעשים "הויתור" או "ההמרה" – על לאום בדרך כלל קשה מאד "לוותר" (כמו שילד לא יכול בעקרון "לוותר" על הוריו). אינני נכנס פה לשאלה אם ניתן להיות בעל "לאום כפול" (כמו: "אזרחות כפולה") ובאילו מקרים בדיוק ניתן להיות "אדם אוניברסאלי" חסר לאום כלל, מעמד שטען לו ישעיהו ש"ק והדבר ניתן לו.

10. מעבר לכל האמור עד הנה אני סבור שמסקנתו של הנשיא אגרנט בפסק דינו המונומנטלי בהלכת טמרין, אליה הצטרפו שאר חברי ההרכב באותה פרשה, על פיה, כדברי השופט כהן שם: "לא הוכח שמשפטית קיים 'לאום ישראלי' ואין זה מן הראוי לעודד היווצרותם של 'רסיסי' לאום חדשים" – כוחה עדיין עמה.

11. טרם סיום אדגיש כי המירב שניתן לומר בהקשר לעמדת המערערים בוטא בפסקה המסיימת בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הנכבד (מפיו של חברי, השופט נ' סולברג (כמעמדו אז)), שקבע:

"אין בדברי פסק דין זה כדי לומר שאין בנמצא לאום ישראלי – בנפשו של אדם, במצעה של קבוצת אנשים, אצל מגזר כזה או אחר במדינה. אדרבה, פרופסור עוזי אורנן – כמוהו כשאר המבקשים – מאמין כי הוא בן הלאום הישראלי. אמונה זו ראויה לכיבוד ולהערכה על-ידי השותפים לדעתו ועל ידי המתנגדים לה."

כאן הוסיף חברי, השופט נ' סולברג, כי: "אמונה זו אינה זקוקה לגושפנקא משפטית", ואילו אני סבור, כאמור, כי על פי המצב המשפטי הנתון – הנושא שפיט, ואולם דרישות המערערים – אינן ניתנות לעיגון בדין הקיים.

12. העולה מכל המקובץ מלמד שלעת הזו עדיין אזרחות לחוד ולאום לחוד במצב המשפטי הנוהג. לצד קביעה עקרונית זו מתבקשות מספר מסקנות נוספות:

(א) ככל שמדובר בבני הלאומים השונים החיים בישראל – בשלב זה אין מקום "לאחד" את הלאומים הנפרדים ולקבצם משפטית ב"לאום ישראלי" חדש וכוללני, שכן הדבר נוגד הן את אופיה היהודי של המדינה והן את אופיה הדמוקרטי (לגבי כל הלאומים המצויים בארצנו, לרבות הלאום היהודי).

(ב) בכל מה שנוגע ללאום היהודי – מוכח עד כה שחווה המדינה, ד"ר בנימין זאב הרצל, צדק כשקבע בספרו: מדינת היהודים (1896):

”שאלת היהודים איננה, לפי דעתי, לא שאלה חברתית ולא שאלה דתית, אף כי הסכינה להתלבש באחת מהצורות האלה. שאלה לאומית היא... עם הננו, עם אחד!”  
 (ההדגשה שלי – ח"מ; מתוך פתח דבר לספר: מדינת היהודים (בתרגום לעברית); עיינו: [http://benyehuda.org/herzl\\_003.html](http://benyehuda.org/herzl_003.html)).

(ג) מדינת ישראל הוקמה וקיימת כמדינה יהודית ודמוקרטית כפתרון עבור העם היהודי, שסבל רדיפות קשות במרוצת הדורות והוכה אנושות בשואה, וזהו גם אחד הטעמים להגדרתה – מבחינה חוקתית – ככזו. אין איפוא עיגון משפטי לרצונם של המערערים לבטל את "יהדותה" של המדינה ולהפוך את כל אזרחיה לבעלי "לאום ישראלי". הקביעה האמורה – איננה גורעת, כמובן, מחובתה של המדינה, הנגזרת אף היא מיהדותה של המדינה ומהיותה דמוקרטית – להגן ולהעניק שוויון מלא לכל אזרחיה, תושביה והנתונים לשליטתה, והכל ללא הבדל לאום, גזע, דת, עדה ומין.

ש ו פ ט

הנשיא א' גרונים:

אני מסכים עם דעתם של חבריי, השופט ע' פוגלמן והשופט ח' מלצר, כי הלכת טמרין (ע"א 630/70 טמרין נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1972)) חלה על העניין נושא הערעור וכי לא נס ליחה גם כיום. משכך, איני רואה צורך להידרש לשאלה האם צדק בית המשפט המחוזי משדחה את בקשתם של המערערים מן הטעם שמדובר בסוגיה בלתי שפיטה מן ההיבט המוסדי. והערה נוספת לגבי המוצע על ידי חברי השופט ע' פוגלמן כי פרט הלאום שבמרשם ייוותר ריק לגבי המערערים (פיסקה 26 לפסק דינו): מאחר שאפשרות זו כלל לא הועלתה על ידי המערערים, נמנע אני במפורש מלהתייחס אליה.

ה נ ש י א

הוחלט לדחות את הערעור, ללא צו להוצאות.

ניתן ביום, כ"ח בתשרי התשע"ד (2.10.2013).

תוקן היום, ב' בחשוון התשע"ד (6.10.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ה נ ש י א