



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 10226/08

בפני : כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרת : הניה זבידובסקי

נ ג ד

המשיבים : 1. שר הפנים
2. משרד הפנים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : ד' בטבת התש"ע (21.12.09)

בשם העותרת : עו"ד רן חנוך מובשוביץ

בשם המשיבים : עו"ד רועי-אביחי שויקה

פסק-דין חלקי

השופט נ' הנדל:

רקע וטענות הצדדים

1. בפנינו עתירה למתן צו על תנאי, במסגרתה נדרשים משרד הפנים ושר הפנים לנמק מדוע לא מוענק לעותרת מעמד של אזרחית ישראלית לפי חוק השבות, התש"י – 1950.

העותרת נולדה בארץ ישראל בשנת 1950. הוריה יהודים ניצולי שואה. בשנת 1975 הרתה לבן זוג נוצרי קתולי ונישאה לו באותה שנה בכנסייה בעיר יפו. מוסכם על הצדדים כי לפי הרישום בכנסייה עברה העותרת טקס טבילה בשנת 1973.

בין הצדדים קיימת מחלוקת עובדתית: חלקה באשר לאירועים שהתרחשו וחלקה ביחס לדגשים ולפרשנות. תחילה, תוצג עמדת העותרת.

העותרת עומדת על כך כי לא עברה כל טקס דתי לשם המרת דתה לדת הנוצרית. באשר למסמך האמור המתעד שעברה טקס טבילה, טוענת העותרת כי זהו מסמך כוזב, שנערך על פי מידע לא נכון שמסרה עם בן זוגה לכומר. הדיווח הכוזב האמור היה חיוני לגרסתה כדי שתוכל להתחתן. בסוף שנת 1977 נולדה לבני הזוג תינוקת שנרשמה בתעודת הלידה כיהודיה. לאחר מכן, העתיקו בני הזוג את מקום מגוריהם לגרמניה. העותרת הגיעה לארץ לביקורים תכופים בגין מצבה הרפואי של אמה. באותו שלב אף שיגרה מכתבים למשרד הפנים בבקשה לוותר על אזרחותה, כדי להימנע מתשלומי מס החלים על אזרח ישראלי. באחד המכתבים ציינה כי "ממילא שהיא חיה כנוצרית" ועל כן אין טעם להותיר את מעמד האזרחות הישראלית לה ולבנותיה על כנו. בתאריך 22.12.85 הורו המשיבים על ביטול האזרחות של העותרת ובנותיה. בשנת 1992 פנתה העותרת לרשויות בגרמניה וביקשה להסיר את רישומיה כנוצרייה מכל פנקס שמתנהל על ידם וכך אכן נעשה. בשנת 2001 נפגעה העותרת בתאונת דרכים קשה ובתום תהליך השיקום נודע לה כי בעלה נטש את ביתם ועבר לגור עם אישה אחרת. בשנת 2003 נפטרה אמה של העותרת. על רקע הנסיבות שפורטו בחרה העותרת לחזור לארץ. היא רכשה לעצמה דירת מגורים בישראל והעבירה לשם את כל רכושה. בשנת 2005 פנתה למשיבים בבקשה לקבלת אזרחות ותעודת זהות. היא נתבקשה להביא אישור על יהדותה מבית הדין הרבני. בתאריך 22.3.2007 ניתן פסק דין של בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, המאשר כי העותרת הינה יהודיה. חרף האמור, החליטו המשיבים שלא להעניק לה אזרחות ישראלית מהנימוק הבא: "מאחר והמרת את דתך אינך זכאית יותר למעמד בישראל לפיכך בקשתך מסורבת. תוכלי להיכנס ארצה למטרות ביקור באשור תייר בלבד". על החלטה זו הגישה העותרת ערר, אשר נדחה "מכיוון שעצם טקס הנישואין בכנסיה זו המרת דת". מכאן העתירה שבפנינו.

מהעבר האחר, המשיבים מדגישים כי בתאריך 17.9.75 הנפיק לעותרת הממונה על ענייני דת במשרד הדתות תעודת רישום המרה, המאשרת שהתקבלה לדת הלטינית (נוצרית) (ראה מש/1). זאת, על סמך תעודת המרה שניתנה על ידי האב הלטיני ביפו. על כן, לגישת המשיבים, ברי כי העותרת ידעה שהמירה את דתה ואף לא ציינה זאת בעתירה. לשיטתם, די בכך כדי לדחות העתירה על הסף. עוד הודגש כי רק בחלוף 20 שנה מהמועד בו בוטלה אזרחותה, על פי בקשתה, הגישה העותרת בקשה לאשרת

עולה. אף לגופו של עניין סבורים המשיבים כי דין הבקשה להידחות. העותרת חיה כנוצרייה ואף הציגה עצמה ככזאת משך תקופה של עשרות שנים.

המסגרת הנורמטיבית

2. חוק השבות, התש"י – 1950 הוכתר על ידי הנשיא ברק כ"יסודי בחוקים" (א) ברק עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרון ברק, (עמ' 13). ראש הממשלה הראשון, דוד בן גוריון התבטא בדיון בכנסת לגבי חקיקת חוק השבות באופן הבא:

"חוק השבות הוא מחוקי-השתיה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות... חוק השבות אין לו דבר עם חוקי הגירה, זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית, חוק זה קובע העקרון הממלכתי, אשר בכוחו הוקמה מדינת-ישראל" (ד"כ 6 (תש"י) 2037 - 2036).

לעניות דעתי, אין חוק עלי ספר החוקים המבטא טוב יותר כחוק השבות את ייחודה ההיסטורי של הקמת מדינת ישראל ותכליתה בשנת 1948. החוק ממזג בין ההיסטוריה, התרבות והדת; בין העבר, ההווה והעתיד; בין השאיפה, החלום והמציאות; בין מעוף השמיים, עפר הארץ ומצולות הים. השופט מ' חשין התייחס לחוק בלשון זו:

"...תכלית הגדולה של חוק השבות: קיבוץ גלויות העם היהודי אל מדינת היהודים, שיבת הבנים אל ביתם. חוק השבות, כשמו-כן-הוא, מְפַנֵּה הוא פניו אל היהודים באשר-הם-שם. מזמין הוא את היהודים לשוב אל ביתם, לחזור ארצה. כל יהודי באשר-הוא, מחזיק כל-העת במעין-אופציה-למניה הניתנת למימוש לרצונו בלבד. "חוק השבות בא לקבוע עיקרון, שכל עם ישראל בעולם כולו יש לו חלק ונחלה בישראל, וכאשר אדם מישראל רוצה לחזור למולדתו, לישראל, הוא איננו בבחינת מהגר, אלא בבחינת שב למולדתו..." אשר לתכליתו העיקרית של חוק השבות: עמדנו על המיוחדות שבחוק השבות, וידענו כי לבתו היא במשאת-הנפש של "ושבו בנים לגבולם". "לְךָ-לְךָ מְאֻרָּץ וּמְמֹלָדָתְךָ וּמִבֵּית אָבִיךָ אֶל-הָאָרֶץ אֲשֶׁר אָרְצָךָ" (בראשית, יב, א [ב]). כך ציווה האלוהים את אברם, ומולדתו של העברי – היהודי – מאז היא ארץ-ישראל. יהודי, כל יהודי באשר הוא שם, מולדתו ההיסטורית היא ארץ-ישראל, ואם אך יבקש לקיים את ציוויו של האל לאברם, נקבל אותו בלב פתוח פְּקַלְנוּ בן אובר"

(בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, (755) (וראו גם עמדת הרמב"ן, לפיה יישוב ארץ ישראל

הוא מצוות עשה מדין תורה – הסתייגות הרמב"ן מספר המצוות של הרמב"ם, מצוות עשה ד', על יסוד במדבר, פרק ל"ג פסוק נ"ג).

ראוי להעיר כי משחר קום עמנו – ימי אברהם אבינו – ועד לתקופת המדינה המודרנית, הכמיהה לארץ ישראל הותירה אותותיה בתפילה – "ותחזינה עינינו בשוכך לציון ברחמים" (תפילת שמונה עשרה); בשירה – אף על ידי אלה שחיו מחוץ לגבולות המדינה: "לְפִי בְּמִזְרָח וְאֶנְכִי בְּסוֹף מִצְרָב" (ר' יהודה הלוי); ובמעשה – באמצעות התארגנות קבוצות שונות בזמנים ומקומות שונים לתכנון העלייה ארצה.

4. סעיפים 1 ו-4 ב' לחוק השבות הם הרלוונטיים למקרה שמונח לפנינו.

הזכות לעליה

1. "כל יהודי זכאי לעלות ארצה

4 ב' לעניין חוק זה, "יהודי" – מי שנולד לאם יהודיה או מי שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת".

חוק השבות קובע כי כל יהודי זכאי לעלות לישראל בתנאי שאינו בן דת אחרת. מהו "בן דת אחרת" וכיצד הפסיקה פירשה מונח זה? כדי להשיב על שאלה זו ראוי לערוך סקירה קצרה של התפתחות הדין והפסיקה. התיקון בסעיף 4 ב' בשנת תשכ"ט – 1970 שזור בהיסטוריה המשפטית ומהווה מעין קו הפרדה בין התקופה שלפניו לבין התקופה שאחריו.

א. טרם תיקון החוק קבע המחוקק בסעיף 1 שכל יהודי זכאי לעלות ארצה. באותו שלב, הגדרת מיהו יהודי לא הופיעה בחוק. זהו למעשה החידוש בתיקון, שמצא ביטוי בחקיקת סעיף 4ב. בית משפט זה דן בהגדרת 'יהודי' לצורך סעיף 1 – לפני הוספת סעיף 4ב – בעניין רופאיזון (בג"צ 72/62 אוטוולד רופאיזון נ' שר הפנים, פ"ד טז (4), 2428). רופאיזון נולד כיהודי, הציל חיי יהודים בתקופת השואה. בחלוף כשנה, בעודנו בשנות העשרים לחייו, התנצר והפך נזיר קתולי בשנת 1945. הוא טען לפני משרד הפנים שעדיין רואה עצמו "יהודי לאומי הקשור בלבו ובנפשו לעם היהודי" וביקש להירשם כיהודי. בקשה זו נדחתה על ידי שר הפנים, על יסוד החלטת ממשלה שקבעה כי רק אדם המצהיר בתום לב כי הוא יהודי ואינו בן דת אחרת – יירשם כיהודי. יושם אל לב כי החלטת הממשלה האמורה כללה את המונח 'אינו בן דת אחרת', שלימים הפך חלק מהחוק בדמות התיקון שכלל הוספת סעיף 4 ב'. שופטי הרוב החליטו כי רופאיזון

אינו יהודי לצורך חוק השבות. המחלוקת נסבה סביב השאלה האם המבחן צריך להיות אובייקטיבי כדעת הרוב או סובייקטיבי כדעת המיעוט.

בעניין שליט (בג"צ 58/68 בנימין שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2), 477) הסוגיה 'מיהו יהודי' הגיעה לפתחו של בית המשפט העליון בפני הרכב מלא של תשעה שופטים. בני משפחת שליט היו אזרחים ישראלים. פקיד הרישום פעל בהתאם להנחיות השר הממונה וסירב לרשום את לאומם של ילדי העותר כיהודי, משום שנולדו לאם לא יהודיה. השאלה שהתעוררה היא האם פקיד הרישום ושר הפנים מחויבים לרשום את ילדי העותר כבני הלאום היהודי. דעת הרוב, שכללה חמישה שופטים, הדגישה כי העתירה מתייחסת למרשם בלבד ולא לזכויות הקמות מכוח חוק השבות. בהתאם, הועדף המבחן הסובייקטיבי, לפיו על פקיד הרישום לרשום את הודעתו של האזרח כפי שנמסרה. דעת המיעוט, בה אחזו ארבעה שופטים, נחלקה לשתי קבוצות: על פי קבוצה אחת, המבחן הקובע להגדרת יהודי הוא המבחן האובייקטיבי של ההלכה ואין מקום להפריד בין דת לבין לאום. הקבוצה השנייה בדעת המיעוט סברה כי אין זה מן הראוי להתערב בהחלטת הרשות. המצב המתואר של שני פסקי הדין שהובאו, על המחלוקות השונות ואי הבהירות המשפטית, שימש כזרז לפעילות על ידי המחוקק. כפי שנכתב בהצעת חוק השבות:

"בעקבות החלטתו של בית המשפט העליון בהרכבו המלא בבג"צ 58/68, ב' שליט... מציעה הממשלה את ההצעות הבאות: (א) להגדיר את המונח 'יהודי' לעניין חוק השבות..." (הצעת חוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל – 1970, ה"ח 36).

חוק השבות תוקן כאמור בדמות הוספת סעיף 4ב' המציג את הגדרת המונח יהודי שכולל את התיבה "שאינו בן דת אחרת". בהמשך, הוסף סעיף 4א' שעניינו זכויות בני משפחה של יהודי ואינו נוגע למקרנו.

ב. בית המשפט העליון דן בתיקון האמור בסעיף 4ב בעניין דורפלינגר (בג"צ 563/77 איילין דורפלינגר נגד שר הפנים, פ"ד לג (2) 97). שם, העותרת נולדה כיהודיה אך שר הפנים סירב להעניק לה אזרחות ישראלית על פי חוק השבות, מהטעם שהמירה דתה לנצרות. העותרת טענה כי ראתה עצמה כיהודיה, אך שר הפנים גם נתן משקל לכך שעברה טקס טבילה לנצרות. העתירה נדחתה ונקבע שיש לבחון אם אדם הוא 'בן דת אחרת' "לפי השקפת הדת האחרת ולא הדת היהודית" (שם, עמ' 99). בעניין ברספורד (בג"צ 265/87, ברספורד ואח' נ' משרד הפנים, פ"ד מג (4), 793)

נחלקו השופטים א' ברק ומ' אלון בהגדרת המונח "בן דת אחרת". מחלוקת זו לא הוכרעה עד היום. על אף חילוקי הדעות הגיעו שני השופטים לתוצאה דומה, כל אחד על פי שיטתו. השופט א' חלימה, הוא השופט השלישי במושב, הסכים לתוצאה המשותפת של שני חבריו מבלי להביע עמדה במחלוקת שהתעוררה ביניהם. העותרים נולדו כיהודים, מצהירים על אמונתם בישו כמשיח ומשתייכים לזרם המכונה "יהודים משיחיים". משרד הפנים סירב לרשום את העותרים כיהודים לצורך חוק השבות. גם השופט אלון וגם השופט ברק דחו את הגישה שהוצגה בעניין דורפלינגר, על פיה יש לבחון את המונח "בן דת אחרת" בהתאם לאמות המידה של הדת האחרת – הנצרות. השופט אלון פירש את התיבה 'שאנו בן דת אחרת' על פי "עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית" (שם, עמ' 827). בכך אימץ את עמדת המדינה (שם, עמ' 829). משמעות מבחן זה עבור השופט אלון היא בחינת פסקי הלכה לדורותיהם ביחס ליהודים שבחרו או נאלצו לקבל על עצמם דת אחרת. לאחר סקירת מקורות רבים – ראשונים ואחרונים וספרות השו"ת, שהתמודדו בעבר עם התופעה בה יהודים קיימו או אימצו כללים של דתות אחרות – הגיע השופט אלון למסקנה ש'מומר', המונח ההלכתי הרלוונטי, אינו זכאי לזכויות על פי חוק השבות. לעומת זאת, השופט ברק הביע את דעתו לפיה "הדיבור 'והוא אינו בין דת אחרת' צריך להתפרש על פי מבחן חילוני" (עניין ברספורד, עמוד 844). בהקשר זה קבע כי "מי שנולד לאם יהודיה, אך הוא כומר נוצרי, הוא 'בן דת אחרת', שכן, על פי התפישה החילונית שלנו, בשל היותו כומר הוא חדל להיות יהודי." (שם, עמוד 846). הודגש כי "בגיבוש התפיסה החילונית של היות בן לאם יהודיה 'בן דת אחרת' על השופט לשקף הכרה לאומית והסכמה כללית ולא רצון פרטי" (שם, עמ' 847). בסיומה של הכרעה פסק השופט ברק כי אין להיעתר לעתירה, כפי שהחליט השופט אלון, אך הוסיף "המבחן המכריע אינו נקודת המבט ההלכתית באשר 'לעולמה של היהדות' ו'ההיסטוריה היהודית'. הגורם המכריע הוא 'נקודת המבט החילונית באשר לעולמם של היהודים' (שם, עמ' 849). למשמעותה של המחלוקת באשר להכרעה בתיק זה אדרש בהמשך.

בעניין קנדל (בג"צ 758/88, 431/89, 2901/90, קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 505) סירב שר הפנים להעניק לעותרים אשרת עלייה לפי חוק השבות. סירוב זה נבע מהשתייכות העותרים לזרם המכונה "יהודים משיחיים". עם העותרים שם נמנו גם שני העותרים בתיק ברספורד, אשר טענו כי חל שינוי במצבם כיוון שהפסיקו את פעילותם המיסיונרית "לא כל שכן בהטפה אקטיבית, אינם מבקרים בכנסיה כלשהי וממשיכים בחיי אמונה ודת על-פי תורת ישראל, תוך קיום מצוות ללא כל קשר לנצרות." (שם, עמ' 511). הם הדגישו שאינם מבצעים את המעשים שנמנו בחוות דעתו של השופט ברק שהובאה לעיל. בית המשפט העליון דחה את העתירה וקבע שהעותרים הינם בני

דת אחרת. נפסק כי "לא ייתכן מבחן הקובע את מעמדו הדתי של אדם על-פי קריטריונים הנתונים לשינוי מיום ליום; אין לקבוע את מעמדו של אדם כיהודי לצורך חוק השבות על-פי מבחן משתנה של פעילות (או של האינטנסיביות שלה), כשברצונו יפעל וברצונו יחדל. אין לקבל פיצול מלאכותי בין אמונה לבין פעולה" (שם, עמ' 506, 513).

ג. להשלמת התמונה נכון יהיה להציג פסקי דין שדנו בהגדרת הזכאי לעלות ארצה לפי חוק השבות, מבלי להתייחס לתיבה "שאינו בן דת אחרת". למעשה, מדובר בשתי קבוצות: המתגייר ובן משפחה של יהודי ללא קשר לדתו. כאמור לעיל, המונח יהודי הוגדר בסעיף 4 לחוק השבות – "מי שנולד לאם יהודיה או שהתגייר". לכן, יש להגדיר מהו גיור. עניין זה נדון מספר פעמים ובהרחבה בהרכב של 11 שופטים בעניין רודריגז (בג"ץ 2597/99 תא"ס רודריגז-טושביים נ' שר הפנים (13.3.2005)). הנושא אינו נדרש להכרעה כאן שהרי מוסכם שהעותרת נולדה כיהודיה. קבוצה נוספת שנדונה בפסיקה מוזכרת בסעיף 4א, המקנה זכויות לבני משפחה של יהודי ללא קשר לדתם – ילד או נכד או בן זוג של יהודי. סעיף זה קובע כי זכויות בני משפחה של יהודי אינן קיימות מקום שמדובר ב"אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון". ההגדרה הנ"ל אינה זהה מילולית לתיבה 'והוא אינו בן דת אחרת', המופיעה כאמור בסעיף 4ב. הגדרת המונח "בני משפחה" בסעיף 4א נדונה בפסק דין שניתן לאחרונה (בג"ץ 6247/04, לריסה גורדזקי נ' שר הפנים (23.03.10)). הסוגיה שהתעוררה שם היא כדלקמן: העותרת, אזרחית רוסיה שאינה יהודיה, התאלמנה מבעלה היהודי בשנת 1980 ונישאה מחדש בשנת 2002 בנישואי קפריסין ליהודי אזרחי. נישואים אלה התפרקו. נפסק מפי השופטת ארבל שאלמנה של יהודי שנישאה מחדש אינה זכאית למעמד מכוח סעיף 4א לחוק השבות. העניין אינו נוגע ישירות למקורו, משום שאמת המידה היא – קרוב משפחה של יהודי. השאלה היא, אפוא, מי הוא קרוב משפחה?

ומן הסקירה הכללית למקרה הפרטני.

5. סעיף 4ב מגדיר המונח 'יהודי' כאדם שהתגייר או שנולד לאם יהודיה. אין מחלוקת כי העותרת נולדה להורים יהודים. השאלה היא אם יש לשלול זכאותה לאזרחות ישראלית מכוח חוק השבות, משום שהיא בת דת אחרת. הכרעה בסוגיה המשפטית דורשת קודם להרחיב את התשתית העובדתית אף מעבר לזו שהוצגה לעיל.

העותרת מסכימה שהציגה את עצמה לפני הכנסייה כמי שעברה טקס טבילה. היא גם מסכימה שעל סמך המצג האמור התחתנה בכנסייה. היא פעלה, כאמור, מתוך

הידיעה שתנאי לעריכת טקס נישואין בכנסייה על ידי כומר הינו היות שני בני הזוג נוצרים.

אם לא די בכל אלו, היא פנתה למשרד הפנים והודיעה שהיא מוותרת על אזרחותה. משבקשה זו לא התקבלה הודיעה העותרת למשרד הפנים כי "ממילא היא חייה כנוצרייה". על סמך האמור, התקבלה בקשתה לויתור על אזרחותה הישראלית. התמונה האמורה שהוצגה הינה על פי גרסת העותרת. די בכך. הווה אומר, כדי להכריע בעתירה זו אין צורך לנקוט עמדה אם העותרת עברה טקס טבילה להמרת דתה אם לאו. גרסתה שלה מובילה למסקנה שהיא אכן בת דת אחרת. היא הציגה את עצמה כנוצרייה הן בפני הכנסייה והן בפני מדינת ישראל. כמו כן, לא הובאו ראיות – אף מטעמה – כי בתקופה האמורה חיה שלא כנוצרייה. אינני מתעלם מכך שבשנת 1992 ביקשה העותרת להסיר את רישומה כנוצרייה משלטונות גרמניה ובקשתה זו התקבלה רק בשנת 2005. כך או כך, הבקשה הוגשה תקופה ארוכה לאחר שביצעה את כל הפעולות שלעיל, המעגנות את היותה בת דת אחרת. מעבר לכך, כפי שציין בא כוח המדינה, רק בשנת 2005 – בחלוף למעלה מ-30 שנה ממועד נישואיה וכ-20 שנה מהמועד בו התקבלה בקשתה לוותר על אזרחותה הישראלית – פנתה המבקשת למשרד הפנים בבקשה חדשה לקבל אזרחות ישראלית. בנוסף לכך, המדינה הפנתה לתעודת רישום המרת דת של משרד הדתות במדינת ישראל בשנת 1975, לפיה העותרת המירה את דתה.

כדי להכריע סופית אם העותרת בת דת אחרת, אין מנוס מלבדוק את העניין על פי המבחנים המשפטיים שנקבעו ביחס למונח האמור. כפי שהוסבר לעיל קיימת מחלוקת, שטרם הוכרעה, בין השופט אלון לבין השופט ברק באשר למבחן הנכון לביצוע מלאכה זו. השופט אלון בחן את המונח 'בן דת אחרת' על פי "עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית", דרך פסיקת ההלכה לדורותיה. השופט ברק בחן את המונח על פי "המבחן החילוני". הוא החל את הדיון בהצגת שלוש דרכי הכרעה: דין הדת האחרת, דין הדת היהודית ודין החוק החילוני הישראלי. עם זאת, במהלך פסק הדין המבחן השלישי התפתח מדין החוק החילוני למבחן החילוני ולבסוף לתפישה החילונית הליברלית-דינאמית. לאמור, מעבר ממבחן משפטי למבחן תרבותי. הואיל והסוגיה המשפטית התעוררה ונדרשת להכרעה, סבורני כי נכון יהיה להעיר את ההערה הבאה: הפולמוס בין "הדתי והחילוני" חשוב עד מאוד במאה הזו, כפי שהיה חשוב במאה הקודמת, בה נוסדה המדינה. ברם, זהו ויכוח תרבותי ולא משפטי. השימוש במבחן חילוני כמבחן משפטי, כפי שנעשה בפסק דין ברספורד – שם דגש, בין היתר, על שלילת הדין הדתי כמחייב. מסופקני אם מצג שכזה נאמן למציאות הסוציולוגית-תרבותית. ספק אף אם הוא מהווה שיטה משפטית כשלעצמה גם על פי השקפתו. אין

בכך לגרוע מחשיבות העמדה החילונית בשיח הציבורי. נהפוך הוא – היא רחבה יותר מהצגתה כשיטה משפטית: מדובר בדרך חיים המוגדרת והמוכרת במציאות העכשווית.

דא עקא, עסקינן במשפט ובפרשנות חוק. ליתר דיוק, בפרשנות משפטית של המונח 'בן דת אחרת'. אכן, ניתן לחלוק על גישת השופט אלון, כפי שהוצגה על ידי השופט ברק. ברם, לטעמי ראוי שהפלוגתא תעמוד על אדני משפט ותצמח מכללי משפט בהירים, אף אם הם מאופיינים בגמישות. להשקפתי, המחלוקת אמורה להתקיים בין המשפט העברי במובנו הרחב לבין המשפט הישראלי. ארשה לעצמי להוסיף כי היתרון בגישה זו הוא שתיתכן חפיפה בין המשפט העברי לבין המשפט הישראלי במצבים רבים, לאו דווקא באופן מקרי. אף תיתכן הפריה הדדית או לפחות סוג של שיתוף פעולה. לעתים, עמדת המשפט העברי תהא חשובה לעמדת החוק הישראלי, בבוא האחרון לפסוק על פי כלליו ולעתים אין זה המצב. אגב, הוא הדין גם במשפט העברי שלעתים הדין הישראלי בעל משמעות רבה עבורו ולעתים לא.

דעתי היא כי בכל הקשור למונח יהודי שאינו 'בן דת אחרת', מבחן המשפט הישראלי אינו יכול להתנתק ממבחן המשפט העברי. שני טעמים לדבר: האחד, נושא הפרשנות. השני, ההיסטוריה החקיקתית והפסיקתית של הנושא ומילות החוק.

כדי להסביר את הטעם של נושא הפרשנות, טול לדוגמא את פעולת הכניסה למים. יושם הלב אל שלושה מקרים: המקרה הראשון הוא אדם שרוצה להתגייר. תנאי לכך הוא טבילתו במים. המקרה השני הוא של יהודי החפץ להשתייך לדת הנוצרית ולשם כך גם הוא טובל במים. המקרה השלישי הוא אדם שנכנס למים ללא קשר לכל שאיפה דתית. כמובן, יש הבדלים בין הטקס במקרה הראשון לבין הטקס במקרה השני ואילו במקרה השלישי אין טקס כלל. יוצא, אפוא, כי הפעולה עשויה להיות דומה מאוד ולקבל משמעות דומה על פי הדת היהודית, על פי הדת האחרת ועל פי כוונת האדם שנכנס למים. ניסיון להגדיר המונח 'דת' מבלי להתייחס לדת נועד לכישלון.

באשר להתפתחות המשפטית ולמילות החוק, עסקינן בהגדרת המונח יהודי על פי חוק השבות, המקנה לו זכות לעלות ארצה. סעיף 4ב קובע שיהודי הוא אדם הנולד לאם יהודיה ושאינו בן דת אחרת. יהודי מוגדר, אפוא, כאדם הנולד לאם יהודיה. מניין הגדרה זו? כפי שעולה מההתפתחות החקיקתית והפסיקתית שהוצגה לעיל, החליט המחוקק שלא לקבל הגישה לפיה היהודי מוגדר על פי הצהרתו ותחת זאת אומץ מבחנה של ההלכה היהודית – בן לאם יהודיה. כמסבר לעיל, תיקון החוק נולד על רקע התגובה לפסקי דין קודמים שניתנו על ידי בית משפט זה, שאף הגדירו את המונח

‘יהודי’ על פי הצהרה סובייקטיבית. כפי שצינו המלומדים אמנון רובינשטיין וברק מדינה בספרם המשפט הקונסטטוציוני של מדינת ישראל (המהדורה החמישית המורחבת), בתיקון סעיף 4ב “קיבלה הכנסת בסופו של דבר, את ההשקפה הדתית ההלכתית” (שם, עמ’ 124; והשוו לעמדת המלומדים במהדורה השישית של ספרם – המשפט החוקתי של מדינת ישראל (2005), עמודים 399-400). זאת, על רקע “סערה ציבורית שמצאה ביטוייה בכנסת, בממשלה, בעיתונות וברחוב” בעקבות פסק הדין שניתן בעניין שליט. בהקשר זה, ראו גם את דברי יו”ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקראת קריאה שנייה ושלישית של חוק השבות:

“לגבי סעיף ההגדרה – הסעיף העקרוני בחוק – לא הציעה הוועדה שינוי. קיבלנו אותו כלשונו וככתבו... על כן זוהי ההגדרה, והיא נתקבלה לפי מסורת ישראל, לפי ההגדרה של הלאום שהייתה קיימת מאז קיום העם היהודי; זוהי ההגדרה אשר תואמת גם את ההלכה בתוספת המסורת, והיא אומרת שלעניין חוק זה – יהודי הוא מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר. זו היתה המסורת היהודית בכל הדורות” (דברי הכנסת, חוק השבות (תיקון מס’ 2) חוברת י”ז, ישיבה נ’ 1120 (10 מארס 1970).

כמו כן, בעניין ברספורד נפסק כי אין לקבל את המבחן של בן דת אחרת על פי הדת האחרת (בניגוד לנפסק בעניין דורפלינגר). התפתחויות אלו בחקיקה ובפסיקה, הנשענות על ההיגיון הפנימי של החוק, מחזקות את העמדה אותה הציג השופט אלון ולפיה יש לפרש את המונח יהודי שאינו בן דת אחרת על פי “עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית”. הרי המדובר בסעיף 4ב לחוק השבות, שהוא ורק הוא מוכתר כסעיף “הגדרה” של מיהו יהודי. לדעתי, יש באמור לקבוע כי בכל מקרה – גם על פי המבחן של המשפט הישראלי – לא ניתן לגשת למלאכת הפרשנות בהתעלם מהעולם היהודי ומההיסטוריה היהודית. עולם זה כולל את המפגש בין ההלכה לבין ההיסטוריה והוא עשיר בניסיון ובתקדימים משפטיים בזמנים ובמקומות שונים בדיונים סביב השאלה – מהו היהודי אשר המיר את דתו? עם זאת, תיתכן מחלוקת משפטית. ניתן לטעון שאין הכרח לקבל את המבחן שהוצע על ידי השופט אלון כמכריע וסופי. כאמור, הבת פלוגתא לעמדה זו איננה אמורה להתייבב בדמות ה“מבחן החילוני” אלא בדמות מבחן המשפט הישראלי. מבחן זה, לאור עמדת המחוקק, עשוי לפתוח בבחינת הגדרת ‘בן דת אחרת’ על פי עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית. בהתאם, ניתן יהא לבחון את התוצאה על פי תכלית החוק. רק אם יתברר שהתגלעה מחלוקת בין התוצאה בשני השלבים, כי אז יהא על בית המשפט להכריע סופית ביניהם. חרף האמור, סבורני כי אין צורך להידרש למבחן זה לאור המבחן שיוצג להלן, העונה אף הוא על מבחן המשפט הישראלי.

6. דעתי היא שיש לגשת למלאכת פרשנות המונח 'בן דת אחרת' באופן אחר מכפי שהוצג. בבוא השופט לדון בסוגיה, אין הוא יכול להתעלם מהמחלוקת שהתעוררה בין השופטים אלון וברק בעניין ברספורד. אולם, סבורני שמחלוקת זו נובעת מאי הבנה מסוימת. להשקפתי, הצגת הדברים בצורה אחרת עשויה לייתר את הצורך לבחור בין המודלים שהותוו בברספורד, לרבות הכרעה במחלוקות תרבותיות.

השופט ברק הציג בתחילת דבריו את גישתו של דוקטור א' ח' שאקי (בספרו מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל, ירושלים תשל"ז (1976), 184), לפיה ישנן 3 אפשרויות להגדיר 'בן דת אחרת': האחת, לפי החוק החילוני-ישראלי. השנייה, לפי מבחניה של הדת האחרת. השלישית, לפי מבחני הדת היהודית – מבחני ההלכה. משנדחו מבחני הדת האחרת, נותרו מבחן הדת היהודית ומבחן החוק החילוני-ישראלי. מכאן, הוצגה המחלוקת בין השופטים ברק ואלון כפי שתואר לעיל (ראו עניין ברספורד, עמ' 838).

הצגה זו של הדברים מצביעה על סדר אנליטי, אך לדעתי בדיקת תוכן מבחן המשפט העברי עשויה להפגיע. אין המדובר במבחן הלכתי במובן הרגיל. לא בכדי ציין השופט ברק לקראת סיום, בבואו להשיב לשאלה במה שונה דעתו מדעת השופט אלון, את הדברים הבאים: "לא נתחוויר לי, מפסק-דינו של חברי, אם מבחן אחרון זה הנראה לו כראוי הוא מבחן הלכתי או מבחן חילוני" (שם, עמוד 851). אכן, המבחן אשר פרש השופט אלון לא הוצג כמבחן ההלכה היהודית, אלא כמבחן "עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית". לדעתי, הצגת גישת המשפט העברי בסוגיית 'בן דת אחרת' בצורה רחבה יותר עשויה לייתר את הבסיס להסתייגות ממנה. על אף עומקה של המחלוקת המרתקת בין השופטים ברק ואלון, לטעמי הכללים שהוצגו להגדרת 'בן דת אחרת' – כל אחד לשיטתו – לא לוו בהצגת מבחן שניתן ליישמו במקרה הקונקרטי. אף זה אינו מקרי, כפי שיובהר. חסר זה – הצגת מבחן מעשי יישומי לבדיקת 'בן דת אחרת' – יש למלא.

בתשובה לשאלה 'כיצד יש למלא את החסר?' מוצע לבחון תחילה את העניין על פי המשפט העברי במובן הרחב. לשאלה 'מדוע דווקא בדרך זו' – אשיב כדלקמן: ראשית, כפי שהוסבר לעיל, עולה כי סעיף 4ב לחוק השבות הינו סעיף מיוחד בחוק ייחודי. כך קבע המחוקק, אשר בחן את סעיף ההגדרה על פי עולמה של ההלכה היהודית – יהודי הוא בן לאמא יהודיה או מי שהתגייר. שנית, גישת המשפט העברי בסוגיה הנדונה אינה מהווה את הדין הדתי במובן הרגיל. ככלל, ההלכה היהודית הינה שיטה משפטית רחבה ומפורטת, הדנה בסוגיות המלוות את האדם מרגע לידתו ועד

ליום מותו – בביתו, בשדהו ובקשריו עם עצמו, עם משפחתו, עם סביבתו ועם בורא עולם. יש שהמשילו את ההלכה למתמטיקה בשל חתירתה לדיוק באמצעות קביעת כללים עצמאיים (ראו הרב י' סולובייצ'יק, איש ההלכה, תלפיות 1944). כך למשל, קיימת הגדרה בדבר הדקה בה נכנסת השבת ומעמדו של עובר בשלבי ההיריון והלידה השונים.

שונים פני הדברים בבוא ההלכה להגדיר מתי יהודי ייחשב ל'בן דת אחרת'. עיון בספרות השו"ת ישכילנו כי רבני הדורות לא נדרשו, כדרכם, להתפלפל בסוגיית ההגדרה של המונח. למשל, הם לא עסקו בשאלה כמה מצוות של הדת האחרת על היהודי לקיים כדי להפוך ל'בן דת אחרת' או ל'משומד' – מטבע הלשון ההלכתי (לדיון בהיסטוריה של המונח ראו ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, חלק ג', 402, הערת שוליים 45 (ניו יורק 1962)). השיח ההלכתי המאפיין סוגיות שונות, כפי שתואר לעיל, אינו בנמצא. בכך אין כל תמה. ההלכה – ובכך היא דומה לעמדת השופטים ברק ואלון בעניין ברספורד – אינה חפצה ואף אינה רואה כראויה הגדרת 'בן דת אחרת' על פי תשובה רשמית של הדת האחרת. אלא מאי? ספרות השו"ת בוחנת את המשמעות ההלכתית מבחינת זכויותיו וחובותיו של יהודי אשר הפך 'בן דת אחרת'. אולם, היא אינה שואפת להגדרה דתית מדויקת של יהודי שהינו 'בן דת אחרת'.

כאן, ראוי להצביע על נקודה נוספת ביחס לספרות השו"ת. מקובל לומר כי אוצרות הספרות מצויים בתשובות הרבנים לשאלות שנשאלו במהלך הדורות במקומות שונים. איסוף החומר יהווה סוג של קודקס משפטי. לעתים, נשכח כי אוצרות הספרות מצויים גם בשאלות שנשאלו. יש משמעות היסטורית ששאלות מסוימות נשאלו במאה ה-17 ולא במאה ה-19, במרוקו ולא בגרמניה ולהפך. מעבר לכך, הרבנים נשאלו איך ראוי להתייחס ל'בן דת אחרת' בתחומיה השונים של ההלכה, אך אין בפועל דיון לגבי עצם הגדרתו ככזה. המונח מובלע בשאלה ומעצם הדיון במסגרת התשובה – מקבל הכרה.

היעדר השאיפה להגדרה מדויקת של 'בן דת אחרת' על ידי המשפט העברי – אינו מעיד על אי הבעת עמדה בנדון. המשפט העברי מצא לנכון לדון במשמעות הגלומה בלהיות 'יהודי בן דת אחרת'. מספר דוגמאות לכך: המאירי, אחד מהראשונים שחי בצרפת במאה ה-13, מתייחס ליהודי "שיצא מכלל דת יהודית ונכנס לו בכלל דת אחרת" (בית הבחירה, תלמוד בבלי, עבודה זרה, כו, ב). החתם סופר, שחי בהונגריה במאה ה-18, התייחס למומר כמי ש"נטמע ביניהם" (שאלות ותשובות, החתם סופר, אבן העזר, חלק ב', סעיף ע"ג). הרב יחיאל ויינברג, שחי בגרמניה ובשווייץ במאה ה-

20, קובע שמבחינת ההלכה אין להשוות את מעמדו של הכופר בשם ובתורתו ל"משומד שיצא מדת ישראל" (שאלות ותשובות שרידי אש, חלק א', סימן קיד).

התמונה המצטיירת מספרות השו"ת, שמתארת את הגישה ההיסטורית של העם ורבניו להגדרת 'בן דת אחרת', תסלול את הדרך לקביעת מבחן מעשי: כדי שיהודי ייחשב מומר לדת אחרת עליו לנקוט צעדים קיצוניים. עליו להיכנס לליבה של הדת האחרת. קביעה שמאן שהוא 'משומד' דורשת הזדהות עם הדת האחרת והתנהגות בהתאם. משמע, הבדיקה מתבצעת על פי מכלול של גורמים: התנהגות, כוונה, מודעות, הצהרה ונכונות להיכנס לתוככי הדת האחרת ולאמץ את סמליה. העניין נבחן תוך התבוננות בתמונה הכוללת. הדבר אינו מפתיע. יהודי אשר בוחר להיות 'בן דת אחרת' נושא בנטל כבד. יושם אל לב, עצם המונח מפנה את הזרקור לעבר קבוצה קיימת שהמשותף לחבריה – אמונה ודרך עבודת האל. לא די בקיומן של פילוסופיות ותפישות עולם משותפות. על היהודי 'בן דת אחרת' לקיים לכל הפחות את עיקרם של המנהגים, המצוות ואורח חייהם של חברי הדת האחרת. כאמור, העניין אינו נבדק לפי ההגדרה הדתית של 'הדת האחרת'. במובן זה, המבחן נערך על ידי היהדות המביטה מבעד לחלון לעולם אחר, שהיא אינה חלק ממנו. ההגדרות של היהדות עצמה עשויות להיות רלוונטיות. למשל, יהודי שטוען כי יהודי טוב הוא יהודי המאמין בישו ונוהג לפי קו זה – ייחשב 'בן דת אחרת'. כך נפסק בפרשות ברספורד וקנדל. כדי שיהודי ייחשב 'משומד' או 'בן דת אחרת', עליו ליצור זיקה חזקה בינו לבין הדת האחרת.

הנה כי כן, המשפט העברי לא המציא את הסיווג 'בן דת אחרת' והוא אף מביע אי נוחות מהתופעה. עם זאת, הוא מכיר בקטגוריה זו כחלק ממצואות החיים ובתור שכזאת, עליו להביע עמדתו ביחס אליה. אין בפנינו, אפוא, מונח דתי של היהדות או אפילו פרשנות של הדת במובן המקובל. משנוצרה התופעה, בחן המשפט העברי את העניין על פי "הבנה רחבה של הקשר של היהודי לעמו, למהותו של העם היהודי" (Gerald J. Blidstein, Who Is Not A Jew? – The Medieval Discussion, Israel Law) (Review V. 11 N. 3, p. 370). המשומד עובר שינוי במובן הבסיסי ביותר. שינוי זה חודר לגופו, לאישיותו ולנפשו. כמובן, הזדהות עם הדת האחרת ויצירת זיקה כגון דא דורשות בחירה. על כן, התייחס המשפט העברי באופנים שונים לממיר דתו מרצון למול מי שהמיר דתו באיננו. הריב"ש, ששימש רב בסרגוסה אשר בולנסיה ולאחר גירוש ספרד עבר לאלג'יר, מצא שמצב של אונס מהווה פטור ("אונס רחמנא פטריה"). האנוס מוסיף להיות יהודי לכל דבר (שו"ת הריב"ש, סימנים ד, יא וקעא).

נדמה כי המבחן, כפי שהוצג, תואם לא רק את התכלית הסובייקטיבית של החוק אלא גם את התכלית האובייקטיבית. החריג יוחל רק במקרה קיצוני. לא בנקל תילקח מיהודי הזכות המוענקת לו מכוח חוק השבות. עם זאת, מצב בו יהודי בוחר לצעוד בנתיביה של דת אחרת – תישלל זכותו להמשיך ולחסות תחת כנפי חוק השבות. ויטעם, חוק השבות אינו מבחין בין יהודי המקפיד לשמור על מצוות אלו ואחרות לבין יהודי שאינו מקפיד לשמור על מצוות כלל. הגדרת 'יהודי' אינה נגזרת ממסירותו לדת. חוק השבות אינו מבחין בין יהודים. הוא אינו עוסק בשאלה וכמובן אין זה ראוי שיעסוק בשאלה מי הוא יהודי 'טוב'. עם זאת, קיים חריג אחד בדמות 'בן דת אחרת'. כאמור, כפי שחוק השבות מתייחס באופן מיוחד ל'בן דת אחרת', כך גם המשפט העברי. במבחן המעשי האמור יש להתייחס להיסטוריה היהודית בגולה ובארץ, לניסיון המשפטי של פוסקי הדורות, לתפישת העם המלוכדת בנושא זה ואף לנכונותה של קהילת הדת האחרת לקבל לקרבה את היהודי בן הדת האחרת. דומני כי המבחן כפי שהוצע בפועל עונה על הרציונאל העומד הן מאחורי עמדת הנשיא ברק והן מאחורי עמדת השופט אלון. לא בכדי הגיעו השניים למסקנה דומה בעניין ברספורד. זאת ועוד, הגם שחלפו כארבעים שנה ממועד תיקון סעיף 4ב ומאז נקבע שאין לבחון המונח 'בן דת אחרת' על פי הדת האחרת – לא התגלעה מחלוקת בסוגיה זו על ידי בית משפט זה.

מקרנו מתאים לכלל. העותרת, כפי שתואר לעיל, הצהירה מיוזמתה – הן בפני שלטונות ישראל, הן בפני הכנסייה והן בפני הרשויות הגרמניות – על היותה בת דת אחרת: נוצרייה. היא השתתפה בטקס דתי נוצרי מרכזי בחיי אדם – התחתנה בכנסייה באמצעות כומר. היא השתייכה לקהילה דתית-נוצרית תקופה ארוכה. מעשיה בוצעו תוך מודעות למשמעויות הנלוות אליהם.

7. אולם, אין בכך לסיים את הדיון בעניינה של העותרת. הן בבקשה שהגישה למשרד הפנים והן בעתירה זו טענה העותרת שהיא אינה בת דת אחרת במובן ההיסטורי. רוצה לומר, שמעולם לא הייתה בת דת אחרת. על פי גישה זו, בחינת התנהגותה בשנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת תוביל לכך שהחריג בסעיף 4ב לא חל עליה. כפי שהסברתי לעיל, דעתי היא שאין לקבל טענה זו וכי יש לקבוע לצורך חוק השבות שהעותרת מתאימה להגדרת 'בת דת אחרת'. ברם, בין שורות טענותיה עולה קו אחר שלא הוצג. קו זה לא נדרש כל עוד העותרת עמדה על טענותיה, לפיהן מעולם לא הייתה בת דת אחרת. עם זאת, הוא מצביע על סוגיה בעניינה של העותרת, שכנראה לא נדונה ולא הוכרעה על ידי משרד הפנים או בית המשפט. כדי להציג את העניין אפנה שוב למלים הרלוונטיות לסעיף 4ב: "לענין חוק זה, 'יהודי' – מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". השאלה הנוספת היא האם

יהודי יכול לחזור בו מלהיות בן דת אחרת. אדם נולד לאם יהודיה וככזה רשאי ליהנות מחוק השבות. בשלב מסוים בחייו הוא הופך בן דת אחרת. כתוצאה מכך נשללות הזכויות שקמו לו מכוח חוק השבות. השאלה היא האם נותר שלב נוסף שאף הוא יכול להביא לשינוי במעמדו על פי חוק השבות. האם הוא יכול לחדול מלהיות בן דת אחרת? אם כך ינהג – מה גובר, היותו יהודי על פי ההגדרה בתחילת הסעיף או היותו בן דת אחרת בשלב מסוים בחייו? השאלה התעוררה במהלך הדיון וב"כ המדינה, עו"ד רועי אביחי שויקה, השיב "לשאלה כזאת עקרונית אין לי תשובה" (עמ' 3 לפרוטוקול).

שאלה זו מעניינת ואינה קלה כלל ועיקר. נדמה כי הפרשנות המילולית של הסעיף יכולה להצביע על כיוונים הפוכים ושונים. החוק אינו מתייחס למצב זה בצורה מפורשת. הואיל והעניין לא נדון על ידי הרשות ומשרד הפנים, לא אביע עמדה פרט לכך שהעותרת רשאית להגיש בקשה חדשה בנושא האמור מבלי שפסק הדין מהווה הכרעה בעניין.

עם זאת, ראוי להביא אמרת אגב מפי השופטת ש' נתניהו בענין קנדל:

"...לא נאמר כי אדם, שעל פי אמונתו הוא בן דת אחרת, אין לו אפשרות לחזור ליהדות. אך לא ייתכן שיעשה זאת במחי יד, רק בהניחו מפעילות שפעל מכח אמונתו, כמו שלא די שיעשה זאת בהבל פה. עליו הנטל להראות, כי תוכו כברו וכי כבר חזר בו לא רק מפעילותו אלא גם מאומנתו. הפסקת כל פעילות מכוח שכנוע אמיתי וכן שהביאו לשינוי באמונתו יהיה בה כדי הרמת נטל זה" (שם, עמ' 505).

כמו כן, יפה יהא להרהר על גישת ההלכה שהתמודדה אף היא עם תופעות כגון אלה – דהיינו, רצון היהודי לחזור בו מהתקרבותו לדת אחרת. הצגת הגישה חשובה, כפי שנראה, גם על מנת להבין את משמעות המונח 'בן דת אחרת' בסעיף 4ב. המשפט העברי הכיר ביכולתו של אדם להשתנות. תהליך זה מוגדר כ"תשובה". רעיון זה ניצב ביסוד צום יום כיפור. יוער כי במהלך תפילת המנחה נהוג לקרוא בהפטרה את ספר יונה, שדן בתשובת הגוי – "אנשי נינוה". גבולות התשובה רחבים ביותר. ייתכן ששערי התשובה פתוחים לכל אדם, יהא חטאו אשר יהא (וראו למשל: Rabbi Joseph B. Soloveitchik, *The Lord is Righteous in All His Ways – Reflections on the Tish'ah be-Av Kinot*, p.274 (2006)). במאה ה-12 חיבר הרמב"ם את איגרת השמד המיועדת לקהילות האנוסים, שנאלצו להמיר את דתם. כך מסיים הנשר הגדול את חיבורו: "... וכבר פירשו רבותינו זכרונם לברכה שהפושע, אם פשע ברצונו, כשיבא לבית הכנסת להתפלל – מקבלים אותו... וסמכו על זה מדברי שלמה, עליו השלום,

שאמר: לא יבוזו לגנב כי יגנוב... (משלי ו', ל). ומה עבירת הגניבה? מבהיר הרמב"ם "אל יבוזו לפושעי ישראל שהם באים בסתר לגנב מצוות" (ספר אגרות, רמב"ם לעם – איגרת השמד עמוד ס"ח). ניכרת נכונות לדון את האנוסים לכף זכות.

ומהי הגישה ההלכתית בדבר יהודי שהופך לבן דת אחרת? האהדה של היהדות כלפי תהליכי תשובה עומדת ברקע, אך כדי להבין את הגישה באופן מלא יש להדגיש נקודה נוספת. יהודי אינו יכול לאבד את יהדותו. מכאן הדיוק בסעיף 4ב לחוק השבות, בשילוב שרק במבט ראשון נראה כסותר – יהודי שהינו בן דת אחרת. כדברי 'הפרישה', פרי עטו של הרב יהושע פולק הכהן – "שאף על פי שהמיר דתו, מכל מקום ישראל הוא, דכתיב חטא ישראל, אף על פי שחטא – ישראל הוא" (פרישה על הטור אבן העזר סי' מ"ד, ס"ק כ"ב). זאת, בהתאם לכלל "שהלא ישראל מומר אעפ"י שחטא ישראל הוא" (דגול מרבבה, פירוש על שולחן ערוך, יורה דעה סימן קנ"א וראו הרב נחום אליעזר רבינוביץ, מלומדי מלחמה שו"ת בענייני צבא ובטחון, עמ' 32). במאמר שהתייחס ל"אח דניאל", הוא העותר בפס"ד רופאייזן, סיכם הרב אהרון ליכטנשטיין (כיום ראש ישיבת ההסדר הר עציון) את גישת ההלכה באופן הבא: המומר לדת אחרת, הידוע גם במונח 'משומד', "נותר יהודי בלי יהדות"; הוא נותר עם "שם ישראל", אך לא מעבר לכך (A. Lichtenstein, Brother Daniel and Jewish Fraternity, *Judaism*, Vol. 12 (1963)). לכן, נפסק שאדם כזה רשאי להתחתן עם יהודיה: "...ישראל מומר שקידש קידושיו קידושין, וצריכה ממנו גט" (טור אה"ע, סי' מ"ד). עם זאת, נשללו ממנו זכויות "בעלות אופי משפטי-חברתי, שבאות לבטא השתייכות למשפחה, לקהילה ולאומה העברית" (דברי השופט מ' אלון בעניין ברספורד, עמ' 828).

הנקודה האמורה רלוונטית לטענה נוספת של העותרת. היא הדגישה שהופיעה בפני בית הדין הרבני האזורי בתל אביב, שם הצהירה על יהדותה ושבת הדין נתן פסק דין הצהרתי בהתאם. על בסיס האמור נטען שהוכח שהיא אינה בת דת אחרת. ברם, עיון בפרוטוקול של בית הדין הרבני האזורי (שצורף כנספח ח' לעתירה) מוביל למסקנה אחרת. העותרת התייחסה בפרוטוקול לדברי הרב ארנטרוי מאנגליה. כאמור, בית הדין הרבני האזורי בתל אביב הצהיר על היות העותרת יהודיה, תוך ציון החומר הנ"ל. הרב ארנטרוי הינו דיין וראש בית הדין בלונדון מטעם הרבנות הראשית של אנגליה. הוא מאשר כי העותרת טבלה בלונדון בתאריך 05.06.08 למטרת אשורור מעמדה האישי כיהודיה (במקור במכתב של בית הדין הרבני באנגליה: "for the affirming of her Jewish status purpose of reaffirming her Jewish status"). הביטוי reaffirming ולא affirming אינו מקרי. פסקי הדין הרבניים בתל אביב ובאנגליה למעשה אינם מנומקים, אך עולה כי לא מדובר במקרה בו נקבעה יהדותו של אדם על פי השתייכותו המשפחתית. אם

הייתה העותרת יהודיה במוכן המלא של המונח, לא היה כל מקום לדרוש ממנה לטבול. ברם, כתב אב בית הדין הרבני באנגליה במסמך שהוגש, שהעותרת היא "יהודיה מלידה, טבלה לשם חברות כדאיתא (כפי שנאמר) בשולחן ערוך יו"ד רס"ח". בסעיף י"ב בסימן רס"ח בשולחן ערוך נכתב, מפי הרב משה איסרליס (הרמ"א), כי "ישראל מומר שעשה תשובה אין צריך לטבול רק מדרבנן יש לו לטבול". ההליך חייב להתנהל בפני בית דין של שלושה כפי שהתרחש כאן.

בניגוד לטענת העותרת, עולה כי בתי הדין סברו שהיא יהודיה בת דת אחרת. בשל כך צדקו המשיבים בהגיעם למסקנה שזכותה לעלות ארצה נשללה ממנה. ברם, וכאמור, מתעוררת שאלה אחרת: האם יש להכיר בחזרת העותרת מהחלטתה להיות בת דת אחרת ומשכך להכיר ביהדותה? הטבילה במקרה שלה לא הייתה לצורכי גיור, שהרי היא יהודיה, ולכן לא נדרשה לכך על פי דין תורה, אלא היוותה מעין סמל כדי ללמד על השינוי במעמדה. ודוק, אין קביעה כי פנייה לבית הדין הרבני וטבילה הינן דרישות מקדמיות לצורך חזרה ממעמד של 'יהודי בן דת אחרת'. אין טעם להידרש לכך במסגרת עתירה זו, שכן העותרת, כאמור, פנתה לבית הדין לבקשת משרד הפנים ומעשה הטבילה היה במסגרת ההליך בפני בית הדין. השאלה אם יהודי יכול לחזור בו מהיותו בן דת אחרת לצורך חוק השבות לא נדונה על ידי משרד הפנים היות שהעותרת סברה כי אין צורך בכך. עם זאת, משנקבע כדין שהיא עונה על ההגדרה של בת דת אחרת, ראוי שהסוגיה אם ניתן לצאת מהגדרה זו תובא לדיון בפני הרשות טרם יחוזה בית המשפט את דעתו בנושא. זאת, במיוחד כאשר משרד הפנים ביקש מהעותרת להביא פסק דין מבית הדין הרבני בדבר היותה יהודיה, במסגרת ההליך דנא. נותרה השאלה שיש לדון בה הן במישור העקרוני והן במישור הפרטני – מה מעמדה של העותרת היום לפי חוק השבות?

עיינתי בחוות הדעת המלומדות של חבריי. עולה כי שניהם מסכימים שלצורך חוק השבות, רשאי יהודי לחזור בו מהיותו "בן דת אחרת". חברי השופט א' רובינשטיין הדגיש כי סיטואציה זו דורשת בדיקה עובדתית יסודית טרם ההכרעה, ואילו חברי השופט ח' מלצר הדגיש כי המצב האמור מצריך בדיקה משפטית. עמדות אלה מקובלות עליי. קיומו של כלל עדיין מחייב את בדיקתו הפרטנית של המקרה הנדון. לאור התוצאה אליה הגענו והואיל ובירור טרם נערך – אין צורך להביע עמדה בסוגיות האמורות. אסתפק באמרה כי התשתית העובדתית של המקרה דנא עשויה להוביל למסקנות משפטיות ההולכות לעבר כיוונים שונים מאלה אשר הוצגו על ידי חבריי. כך, למשל, בהנחה העובדתית שהעותרת הינה יהודייה שאינה עוד "בת דת אחרת" – ניתן להציע דרכי פרשנויות שונות בדבר הקשר בין חוק השבות לבין חוק

האזרחות, התשי"ב – 1952. דוגמא נוספת – והעניין מוזכר ככיוון מחשבה ולא מעבר לכך – תחולתו של חוק השבות על העותרת הינה שאלה נפרדת משאלת תחולתו של חוק האזרחות עליה. ברם, אבהיר שוב כי אינני שולל את האפשרות שבכוחה של העותרת להתמודד עם המצב העובדתי והמצב המשפטי שנוצר כדי להשיג את מבוקשה.

8. סוף דבר, הייתי מציע לדחות את העתירה בהתייחס לעילה שהעותרת לא הייתה אי פעם יהודיה בת דת אחרת. ברם, אין בכך למנוע מהעותרת להגיש בקשה חדשה בפני משרד הפנים בטענה שהיא כבר אינה בת דת אחרת.

לנוכח השתלשלות ההליכים בפני הרשות, עתירה זו תישאר פתוחה בשלב זה. העותרת תודיע תוך חודש ימים אם הגישה בקשה למשרד הפנים כדי לבחון את השאלה האם יש להעניק לה מעמד של אזרחות על פי חוק השבות, על בסיס הטענה שהיא יהודיה שכיום אינה בת דת אחרת. לא תוגש הודעה כזאת – יהפוך פסק הדין החלקי לסופי. תוגש בקשה כזו, על הצדדים לעדכן את בית המשפט תוך חמישה חודשים לאחר מכן. כמו כן, היה אם תוגש בקשה כאמור, תהא רשאית העותרת לבקש אישורי שהייה זמניים לתקופה מוגבלת, במטרה לאפשר לה למצות את ההליכים על פי האמור בפסק הדין.

נוכח התוצאה על נימוקיה, הייתי מציע להימנע מעשיית צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

פתח דבר

א. חברי השופט הנדל פרס יריעה רחבה ומאלפת של ניתוח המצב העובדתי והמשפטי. בסופו של יום אסכים לתוצאה שאליה הגיע ולעיקר הנמקתו, אך אבקש להוסיף דברים אחדים.

ב. תחילה "הערת אזהרה" ספציפית: העותרת מודה ומתוודה שלא אמרה אמת אלא הצהירה בכזב, הן בהודעתה לכנסיה בשעתו כי המירה דתה, לשיטתה כדי לאפשר נישואיה, והן בהודעותיה למשרד הפנים שהיא חיה כנוצרית, והכל משיקולי נוחות. על כן ברי, כי תורת אמת לא היתה בפיה ואינה יכולה לקבל אשראי מהימנות רב

בטענותיה, ועליהן איפוא להיבדק בשבע עיניים. הקדמתי דברים אלה כיון שתוצאת פסק הדין, מעבר לדחיית הטענה שהעותרת לא היתה אי פעם בת דת אחרת, היא האפשרות כי העותרת תפנה בטענה שכיום אינה בת דת אחרת; וכדברי הפתגם "מי שנכוה ברותחין נושף בצוננין", ועל כן הבדיקה צריך שתהא מדוקדקת. על כך לא יתכן חולק.

על חוק השבות

ג. חברי צדק באמרו כי אין כחוק השבות תש"י-1950 מבטא את ייחודה של מדינת ישראל, ובאמרו בסעיף 1 בו "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", הפנים המחוקק בחמש מלים, הא ותו לא, את כל תורת הציונות כולה על רגל אחת.

ד. אך לא זו בלבד: חוק זה אינו בן המאות הי"ט והכ' והלאומיות המודרנית, בודאי לא בנן בלבד. נובע הוא ממקורות עמוקים של שורשי העם היהודי. המקרא (דברים ל', ג') אומר "ושב ה' אליך את שבותך ורחמך ושב וקבצך מכל העמים אשר הפיצך ה' אליך שמה". אחד מפירושו של רש"י לפסוק זה הוא, "שגדול יום קיבוץ גלויות ובקושי, כאילו הוא עצמו (הקב"ה-א"ר) צריך להיות אוחז בידיו ממש איש ממקומו, כעניין שנאמר (ישעיהו כ"ז, י"ב) 'ואתם תִּלְקְטוּ לאחד אחד בני ישראל'..." השיבה המקראית מותנית בתשובה (דברים ל', ב'), אך ההבטחה היסודית קיימת ומוטמעת בצופן הגנטי היהודי מימות עולם. משורר התהילים אומר (קמ"ז, ב') "בונה ירושלים ה', נדחי ישראל יכנס", ופסוק זה נאמר מדי יום בתפילת שחרית. בתפילת שמונה עשרה, הנאמרת שלוש פעמים ביום, קוראת אחת הברכות "תקע בשופר גדול לחרותנו, ושא נס לקבץ גלויותינו, וקבצנו יחד מארבע כנפות הארץ לארצנו, ברוך אתה ה' מקבץ נדחי עמו ישראל"; הפייטן בפיוטי הימים הנוראים מדבר ב"שבותנו ממרחק עלות להר קדשו".

ה. בדורות האחרונים דיברה הצהרת בלפור מיום 2 בנובמבר 1917, שלימים הוכללה בכתב המנדט של חבר הלאומים על ארץ ישראל, על "The establishment in Palestine of a national home for the Jewish people". ("ייסודו בארץ ישראל של בית לאומי לעם היהודי") – זאת תוך אי פגיעה ב"זכויות האזרחיות והדתיות של העדות הבלתי יהודיות הקיימות בארץ ישראל, או בזכויות ובמעמד המדיני שיהודים נהנים מהם בכל ארץ אחרת" (לכתב המנדט ראו דב יוסף השלטון הבריטי בארץ ישראל, פרשת כשלונו של משטר (תש"ח) 271). ההצהרה על הקמת מדינת ישראל – הכרזת העצמאות – אומרת בין השאר "בארץ ישראל קם העם היהודי, בה עוצבה דמותו הרוחנית הדתית

והמדינית, בה חי חיי קוממיות ממלכתית, בה יצר נכסי תרבות לאומיים וכלל אנושיים והוריש לעולם כולו את ספר הספרים הנצחי. לאחר שהוגלה העם מארצו בכוח הזרוע שמר לה אמונים בכל ארצות פזוריו, ולא חדל מתפילה ומתקוה לשוב לארצו ולחדש בתוכה את חרותו המדינית. מתוך קשר היסטורי ומסורתי זה חתרו היהודים בכל דור לשוב ולהאחז במולדתם העתיקה, ובדורות האחרונים שבו לארצם בהמונים..."; ולהלן נאמר, בפסקת העקרונות, "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות". על רקע זה, כמובן, נחקק חוק השבות.

ו. חברי בטוב טעמו הביא התיחסות מנהיגים, הוגים ושופטים לחוק השבות. ואכן, בחוק השבות, סמל היותה של המדינה יהודית, יש לטעמי סממני קדושה, לא במובן הדתי אלא במובן הלאומי וההיסטורי. זהו המענה לרודפינו, וגם לסגירת שערי הארץ בפני יהודים, לספר הלבן, לאדישים לסבל שנעלו דלתי כל נמל בפני הפליטים היהודים נוסעי האניה סנט לואיס בשנת 1939, ערב השואה; ששילחו פליטי חרב מאירופה בראשית השואה לגלות נידחת במאוריציוס שבאוקיינוס ההודי (אמי עליה השלום היתה במשלחת הרפואית שהביאתם ארצה ב-1945). אופי זה של חוק השבות, על אותם סממני "קדושה לאומית", מחייב את המדינה ושלוחיה, מחד גיסא, לפתוח את השערים לכל זכאי אמיתי, ומאידך גיסא להקפיד כנגד מחלליו והמבקשים לנכס לעצמם זכאות שבות שאינה אמיתית. אכן פעמים שנוצר על-ידי הוראות חוק השבות, מאז תוקנו בתש"ל (1970) כדי לכלול גם קרובי משפחה של יהודים, מצב אבסורדי; לפני שנים, בעת כהונתי כיועץ המשפטי לממשלה, בימי גל העליה הגדול מברית המועצות לשעבר, ביקרני ראש עיר וסיפר, כי בא אצלו כומר רוסי פרבוסלבי במלבושי כמורה, צלב גדול על חזהו, וביקש להקצות שטח להקמת כנסיה לבאים מברית המועצות לשעבר שהם פרבוסלבים. שאלו ראש העיר, ואתה כיצד הגעת לכאן? ותשובתו היתה, אני נשוי לנכדה של יהודי – ועל כן זכאי שבות. אותו כומר, על פי החוק אינו זכאי שבות מכוח עצמו, כמובן, אך כבעלה של נכדת יהודי, ניתן לו כרטיס הכניסה. אכן, התיקון לחוק השבות בתש"ל בא כ"תשובת המשקל" לחוקי נירנברג (ראו דברי חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, דברי הכנסת 10.7.02, חוברת ל"ד עמ' 8012-8013); אך דווקא רוחב יריעתו המופלג מחייב כאמור, בדיקה מדוקדקת.

על פרשנות "ואינו בן דת אחרת" בעבר

ז. עוד בפרשנות מוקדמת לתיקון לחוק השבות (בג"ץ 467/75 האטשינס נ' שר הפנים פ"ד ל(3) 148), נפסק מפי השופט ברנזון, שם בעניין נוצרים שהתגיירו מתוך כוונה לעסוק במסיונריות, באשר לדיבור "ואינו בן דת אחרת": "כיון שהגר בא מדת

אחרת, אין לראותו כגר צדק אמיתי אלא אם באמת ובתמים זנח את עיקרי אמונתו הקודמת ובלב שלם רתם עצמו בעולה של תורה...", ולהלן (עמ' 156) נאמר:

"העתירה כולה מעורערת מיסודה ומבוססת על אדני שוא. העותרים רוצים שיכירו בהם כיהודים כשהשיגו את גיורם בדרכי רמיה ובלבם נשארו נוצרים ישועים. על ישועים הנחשבים ומקובלים כיהודים טרם שמענו. הדבר פשוט אינו מתקבל על הדעת. לפי כל מבחן שהוא, הלכתי-דתי או משפטי-חילוני, אין דבר כזה. שאלו נא יהודי ברחוב אם יתכן דבר כזה ותשובתו הוודאית תהיה: 'לא'. ידוע שישנה כת של אנשים שנולדו יהודים והפכו למאמינים בישו המשיח הקרויים 'עברים-משיחיים'. הם כביכול רוצים לשמור על מוצאם היהודי, אבל היהדות הקיאה אותם מתוכה ובקהל ישראל לא יבואו. לא-כל-שכן 'גרים' - משיחיים, שלא נולדו יהודים וגם אחרי גיורם אינם אמונים על עיקרי הדת היהודית ומעולם לא התכוונו לכך בלב שלם. באמצעים הטכנולוגיים המודרניים אפשר להפוך את העקוב למישור, אבל התרמית לעולם לא תהפוך לאמת. אדם הלובש מסכה על פניו רק מסתיר את חזותו החיצונית, אבל בפנימיותו ובאישיותו אינו חדל להיות מה שהיה. זה דינם של העותרים המעמידים פני יהודים כשבלבם ובמהותם נשארו נוצרים נאמנים. לא להם ולא למענם קיים חוק השבות המבוסס על הרעיון הגדול של 'ושבו בנים לגבולם'".

ד"ר אילה פרוקצ'יה, לימים שופטת בית משפט זה, בעת כהונתה במערך הייעוץ המשפטי לממשלה, כתבה לד"ר מ' חשין, אז המשנה ליועץ המשפטי ולימים אף הוא שופט ומשנה לנשיא בבית משפט זה, ביום כ"א מרחשון תשל"ח (2.11.77), כי לשיטתה, אמנם סיכון מסוים לגיור "למראית עין אינו מצדיק הצרת התחולה על גרים", אך "אם אמנם קיים כזה, הרי כדי להסיר ספק יש לשמור ולהקפיד במיוחד בבחינת תום ליבו של המבקש להתגייר". שאלת תום הלב תנחה אותנו גם בענייננו, ועמה אותה קפדנות.

ח. כפי שציין חברי, בניגוד לדימוי הרווח, הביטוי, "ואינו בן דת אחרת" המופיע בסעיף 4ב' בעקבות התיקון מתש"ל אין מקורו - כעולה גם מהצעת החוק - בפרשת רופאייזן, (בג"ץ 72/62 רופאייזן נ' שר הפנים פ"ד טז(4) 2428) אלא בהחלטת הממשלה מ- 1958 שבעקבותיה פנה ראש הממשלה דוד בן-גוריון לחכמי ישראל. ביום י"ג בחשון תשי"ט (27.10.58) כתב בן-גוריון לחכמים מחוגים שונים בעם היהודי, כי החלטת הממשלה (השנויה אז במחלוקת) היא "שדתו או לאומו של אדם מבוגר יירשמו כ'יהודי' אם הצהיר בתום לב שהוא יהודי, ואינו בן דת אחרת", וביקש לשמוע עמדתם.

(ראו א' בן רפאל בשיתוף עם י' גורני וש' רצבי זהויות יהודיות, תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון (תשס"ב), 139, 140; ההדגשה הוספה - א"ר). נושא זה - של יהודי מומר - הוזכר במקצת התשובות שקיבל ראש הממשלה. הרב יחיאל יעקב וינברג משוייץ, מחבר "שרידי אש", דמות בולטת של רב ליטאי שגם עמד בראש סמינר הרבנים בברלין לפני השואה, ציין בתשובתו (ראו שם עמ' 201) כי בשונה מעמים אחרים,

"... יהודי לאומי שבלאומיים, אפילו אם הוא תושב קבוע, משלם מסים ומשרת בצבא ולוחם מלחמת הארץ, אם חס וחלילה ימיר דתו בדת אחרת, הוא מודח בכך מעם ישראל, ואין ספק כי אפילו מפלגה שמאלית קיצונית תוציא את המומר מכלל חבריה. בהוספה שהוסיף ראש הממשלה בהנחיות הרישום של שר הפנים, כי על המבוגר הרוצה להתקבל כיהודי בתום לב שהוא יהודי, שצריך להודיע גם שאינו בן דת אחרת - הראה ראש הממשלה הבנה נכונה בשוני המהותי שבינינו לבין שאר האומות..." (ראו גם בספרו לפרקים מהדורת תש"ע, ח"א, עמ' ש"א, ד"ש).

במקום אחר כתב הרב וינברג (לפרקים, שם, שמ"א, ב'), "ישראל חוטא אינו פוסק מלהיות בן לעמו, אבל אם חס וחלילה ימיר דתו בדת אחרת - הוא מוציא עצמו מכלל ישראל".

ט. אמנם פרופ' א' שאקי בספרו המקיף מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (תשל"ז) נדרש (חלק א' עמ' 184) למשמעות הדיבור "ואינו בן דת אחרת", ומתאר (עמ' 185) כי מקורו, בדיבור חילוני, בהגדרת "יהודי" שבהנחיות שר הפנים משנת 1960; אך לפי דברי שר המשפטים י"ש שפירא בכנסת, דברי הכנסת כרך 56, 726, בא הנוסח בעקבות פרשת רופאייזן, (בג"ץ 72/62 רופאייזן נ' שר הפנים פ"ד טז(4) 2428), שעל הנמקתה בפי בית המשפט מותח המחבר ביקורת. לשיטת פרופ' שאקי המדובר בנושא שההכרעה צריכה היתה ליפול בו לפי מבחני הדת היהודית; לטעמו יש לראות את המבחנים ליהדות שבחוק, קרי, "שנולד לאם יהודיה, או שנתגייר והוא אינו בן דת אחרת", כמכלול אחד, המעוגן בדת היהודית (עמ' 180). "ואינו בן דת אחרת" איפוא בעיניו "הינו תנאי מבחינת הדת היהודית, ומנקודת ראותה שלה. המטרה העיקרית שעמדה לנגד עיני המחוקק היא למנוע שיהודי שהמיר דתו מרצון על-ידי התנצרות, התאסלמות או הצטרפות לדת אחרת כלשהי ייחשב ליהודי לענין החוק וייהנה מזכויות על פיו" (עמ' 188 (הדגשה הוספה - א"ר)). לשיטת פרופ' שאקי (שם, 158 ואילך) שגה איפוא בית המשפט בעניין רופאייזן, משהושפע - מפי השופט (כתארו אז) זילברג - יתר על המידה ממאמר התלמוד "אף על פי שחטא ישראל הוא" (בבלי סנהדרין מ"ד, א'), שלפי

פרשנות שניתנה לו בפסק הדין, אילו נדון הנושא במשקפיים הלכתיות היה ניתן לקבל את העתירה (דברי השופט זילברג בעמ' 2432, 2437), אלא שהיא הוכרעה במשקפיים חילוניות. לדעת המחבר שאקי, לא היא: "... לא בנקל ניתן לזהות את המומר - המשומד מסוגו של העותר רופאייזן עם המומר לעניין המימרא 'ישראל אף על פי שחטא', שכן מימרא זו לדעתנו כוונה מלכתחילה למומר לעבירה אחת, שיהדותו לא הוטלה בספק מעולם, ולא למומר המשומד שהוציא את עצמו מגדר יהדותו, על-ידי אקט ברור, והתנהגות יומיומית נמשכת על פיו" (עמ' 158).

י. אשר לפרשנות השיפוטית לסעיף 4ב' שסקר חברי, אכן, מקרה רופאייזן היה יחסית "קל" בחריגותו המיוחדת, בסתירה החזיתית שגלומה היתה בו, שבין היות העותר, אמנם בעברו יהודי אשר עסק בהצלת יהודים בימי השואה, אך עתה נזיר קתולי לבוש בגדי כהונה וצלב על חזהו - לבין מושג היהודי המוכר בין בני אדם מן היישוב, דתיים או חילוניים. אכן, השופט (כתארו אז) ח' כהן בדעת מיעוט סבר אחרת, אך השופט ברנזון שתמך רעיונית בשופט כהן אך הצטרף לתוצאה בדעת הרוב, ציטט מפי משה שרתוק (שרת) דברים מטעם הסוכנות היהודית בפני הועדה המיוחדת של האו"ם (שהמליצה על חלוקה ב-1974) בשאלה מי נחשב יהודי, כי "מה שהכרחי הוא שהאיש לא יעבור לדת אחרת... אם הוא נכנס בברית דת אחרת, שוב אינו יכול לדרוש שיוכר כיהודי" (עמ' 2454).

יא. בפרשת ברספורד (בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793) היו הדברים קשים יותר במידה מסוימת מאשר בעניין רופאייזן. כפי שציין חברי (פסקה ב'), ולא אפרט, באותו עניין חלקו השופטים (כתארו אז) אלון וברק בפרשנותם איש כדרכו, אך הגיעו להכרעה זהה לעניין "יהודים משיחיים" ופרשנות "בן דת אחרת". אומר כבר כאן, כי תוצאה משותפת זו, גם אם בהנמקה שונה, מעודדת באשר לדרך שבה יש להידרש לכך גם בענייננו; ראו גם אשר כהן, התבוללות ישראלית טמיעתם של לא יהודים בחברה היהודית והשלכותיה על הזהות הקולקטיבית, (תשס"ג) 16-17.

יב. אזכיר שבנידון דידן נראה ברי, כי העותרת המירה דתה, כפי שתיאר חברי, אף שהיא טוענת "אך" להסכמה מצדה לרישום כוזב באשר לדתה, כדי לאפשר נישואיה, כפי שטען בא כוחה גם בפנינו. בצדק ציין בא כוח המשיבים כי התנהגותה היתה מקוממת. במישור הראיות המינהליות, כף תולדותיה של העותרת נוטה בבירור ומצביעה על המרת דת. עלינו לצאת איפוא מן ההנחה כי העותרת היתה במשך תקופה ממושכת בת דת אחרת.

יג. ברי כי הביטוי "אינו בן דת אחרת" בחוק שחוקקה הכנסת צופן בחובו, מפי המחוקק האזרחי, את האמירה שלאומריה המחוקקים היתה ברורה, כשם שלשופטי בית משפט זה בפרשת ברספורד היתה ברורה, וראיה לדבר כאמור התוצאה. המחלוקת העיונית בין השופטים ברק ואלון שנתגלעה שם, ושסקר חברי השופט הנדל, היא חלק מחזית רחבה של מחלוקות ביניהם בנושא מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה, אשר מצאה ביטוי במה שנזכר מעלה ובפסקי דין נוספים שונים (ראו למשל ד"נ 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד לה(2) 782; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן פד לו(3) 701), וכן בכתיבה האקדמית. בזו האחרונה הדגיש השופט - אחר כך הנשיא - ברק את המסגרת החילונית של משפט המדינה, ואילו המשנה לנשיא אלון הדגיש את מעמדו המיוחד של המשפט העברי. מכתבתו של השופט ברק משתקף החשש שמא עלולה גישת השופט אלון להוביל לתיאוקרטיזציה של המשפט הישראלי, אף שדומה שחש די נקודות השקה כדי שלא לחדד את ההבדלים. לא אמנע מאמור, עם זאת, כי בכתיבתו האקדמית ובמיוחד המאוחרת, הטעים הנשיא ברק את מעמדו של המשפט העברי במשפט המדינה, אף אם לא עשה שימוש בחוק יסודות המשפט תש"ם-1980. למשל: בספרו פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) כתב "מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית? לדעתי, ביסוד ערכיה של ישראל כמדינה יהודית עומדים שני היבטים עיקריים: ההיבט הציוני וההיבט ההלכתי. הציונות מזה וההלכה מזה הטביעו את חותמן על אופיה היהודי של מדינת ישראל. ערכי היסוד של הציונות וערכי היסוד של ההלכה הם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית" (עמ' 452-453). עוד לפני כן, בספרו פרשנות במשפט: פרשנות חוקתית (תשנ"ד) כתב פרופ' ברק, כי ישראל היא "מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה, ונביאי ישראל הם יסוד מוסרותיה; מדינה שהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב, וערכיה של תורת ישראל ומורשת ישראל הם ערכיה הבסיסיים" (עמ' 372).

יד. כשלעצמי איני בטוח שבענייננו יש צורך בהכרעה דווקא בין "עולמה של היהדות וההיסטוריה היהודית" של השופט אלון לבין "נקודת המבט החילונית" של השופט ברק; ההבדל האופרטיבי ביניהן אינו גדול, אם בכלל, ומקרה ברספורד וכן עניין קנדל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים פ"ד מו(4) 505) יוכיחו. לטעמי אין איפוא קושי גדול לבסס את הפרשנות ל"אינו בן דת אחרת" על מכלול שהכל יכולים לחוש בו בנוח, כיון שיש חפיפה רבה בין המרכיבים.

טו. בבואנו להצעתו של חברי השופט הנדל, מסכים אני בכל לב לכך שאין לנתק את מבחן המשפט הישראלי לדיבור "שאינו בן דת אחרת" ממבחן המשפט העברי, שהרי מקום שאמר המחוקק "דת", אי אפשר שלא להתייחס למקורות דתיים. סבורני כי גם הנשיא ברק, בהקשר ספציפי זה למצער, אילו בא לפרט את "המבחן החילוני" שהציע לגורמיו, לא היה רואה מנוס מהתחברות להיסטוריה בתחום רגיש זה, והרי ההיסטוריה של המרות דת ("בן דת אחרת") לא החלה עם קום מדינת ישראל, אלא היו לה גילויים היסטוריים שונים וכואבים. מנגד, בגישת השופט אלון ניכר החשש מניתוק המשפט הישראלי ממרכיביו ההיסטוריים; אך סבורני כי אף הנשיא ברק אינו חותר לכך כל עיקר, על פי האמור. השופט הנדל סבור כי בשל אופיו של המונח אין הגדרה הלכתית-דתית מדויקת של יהודי "בן דת אחרת". אולי יזכיר לנו הדבר – להבדיל אלף אלפי הבדלות כמובן – את אמרתו המפורסמת של השופט פוטר סטיוארט מבית המשפט העליון של ארה"ב באשר לפורנוגרפיה, כי אינו מנסה להגדירה, אך "אני יודע שזו היא בראותי אותה" (*Jaecobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964)). היהודי יודע לומר מי הוא בן דת אחרת, מי הוא משומד. לשיטת חברי כדי להיות בן דת אחרת יש לנקוט צעדים קיצוניים, של כניסה "לליבה של הדת האחרת". אמרתי, כי רופאיין היה מקרה "קל" יחסית עם כל ההערכה להצלת יהודים בשואה, שכן גם האדם החילוני אינו יכול לקבלו כיהודי בהיותו מומר וצלב על חזהו ראו דברי השופט (כתארו אז) זילברג בעניין רופאיין, כי "הצד השווה המינימלי (בין המלומדים - א"ר) כי אף אחד מהם, מתוך השקפתו, אינו יכול לראות משומד כמשתייך אל האומה היהודית" (עמ' 2440; ההדגשה הוספה - א"ר). פרופ' א"א אורבך, במאמרו "מיהו יהודי? מהי יהדות?" על ציונות ויהדות, עיונים ומסות (תשמ"ה) 150, 191, מציין לעניין פרשת רופאיין, כי "התשובה של רוב השופטים היתה שלילית (לשאלה אם יכול אדם להיות יהודי קתולי - א"ר), והיא היתה שלילית לא מתוך נימוקים דתיים אלא דווקא מתוך נימוקים לאומיים. לא יתכן, נאמר, שיהודי קתולי יוכל להזדהות עם מהלך ההיסטוריה היהודית. הוא לא יוכל לראות את מסעי הצלב כמונו; הוא הדין - את השואה...". בהיסטוריה היהודית היה היחס להמרת הדת חד וברור כשמש בצהריים, שולל ובלתי מתפשר. בהלכה שמד הוא מן העברות שעליהן "יהרג ואל יעבור" ("עבודה זרה" – האחרות הן גילוי עריות ושפיכות דמים; ראו בבלי סנהדרין ע"ד א'). דוגמאות ליחס הקשה, השלילי בתכלית, לשמד רבות הן מספור. אביא רק אחדות על קצה המזלג.

טז. המרת דת מופיעה בימי התלמוד; ראה לכך הדיונים (בבלי סנהדרין מ"ד א' כאמור) סביב הכלל "אף על פי שחטא ישראל הוא" בפרשת עכן (יהושע ז', י"א). באותו עניין אומר הכתוב "חטא ישראל" וכדברי רש"י שם "מדלא (משלא) אמר 'חטא

העם' – עדיין שם קדושתם עליהם"; כלומר, אף שחטאו, נותר עליהם השם "ישראל", קדושתם בעינה. משמעות הדברים הללו גם היתה, כנזכר מעלה, פינה ויתד לדיונים במשפט הישראלי (חוות דעת השופט זילברג בפרשת רופאייזן (עמ' 2437) וביקורתו של פרופ' שאקי). שאלה שנדונה במקורות היתה ירושתו של מומר; ראו ע' עיר-שי, "מומר כיורש בתשובת הגאונים: יסודותיה של פסיקה ומקבילותיה במשפט הנכרי", שנתון המשפט העברי י"א-י"ב (תשמ"ו), 435; ראו גם עבודת עדן שריד "מעמדם האישי, ההלכתי והמשפטי של יהודים מומרים בימי הביניים באשכנז ובספרד – מבט משווה" (עבודה סמינריונית באוניברסיטה העברית). ברי מסקירתו, כי המומר היה שנא על נוצרים ויהודים כאחד; ראו לאה בורנשטיין מקובצקי "התאסלמות בקהילה העותמאנית והתנצרות באיטליה ובגרמניה במאות הט"ז והי"ז", פעמים 57 (תשנ"ד), 29, 37; ואולם חרף זאת היו לא מעטים שהתנצרו מסיבות תועלתניות – ופחות מזה מסיבות תיאולוגיות. שריד סוקר מגמה ביחס כלפיהם, שראשיתה מרוככת יחסית (בימי רבינו גרשום מאור הגולה ורש"י) והמשכה – הקשחת הקו והחרפה בדורות הבאים; גם אם בתחום המעמד האישי, בחינת "אף על פי שחטא ישראל הוא", נותרים הם בגדר כלל ישראל לעניין איסורים (קידושין, גירושין וחליצה), יש להדירם מן הקהילה לעניין השבת אבידה, הלואות בריבית ועוד. עם זאת ראוי להטעים, כי היתה הבחנה בין מומרים מאונס למומרים מרצון (ראו רמב"ם, איגרת השמד או מאמר קידוש השם, בתוך רמב"ם אגרות בעריכת מ"ד רבינובין, י"ג). להלכה פוסק הרמב"ם (תשובה, ג', ט') כי "מומר לכל התורה כולה (הוא), כגון החוזרים לדתי העובדי כוכבים בשעה שגוזרין גזרה וידבק בהם ויאמר, מה בצע לי להידבק בישראל שהם שפלים ונרדפים, טוב לי שאדבק באלו שידם תקיפה..." והם נמנים על אלה שאין להם חלק לעולם הבא (שם, הלכה ו'; ראו גם בבלי עבודה זרה כ"ו, ב').

יז. המשורר הגדול בגרמנית הינריך היינה (1797-1856) שהוטבל לנצרות – לא רק שאחרים בעולם היהודי לא סלחו לו, אלא אף הוא לא סלח לעצמו על כך. במהלך חייו "שפך חרפות וגידופים על המשומדים ועל המתכחשים לעמם... וכאשר סופר לו, כי הכל מדברים על שיבתו אל היהדות, השיב 'מעולם לא התכחשתי ליהדותי שאליה לא חזרתי, כי מעולם לא עזבתי' (יגאל לוסין "הינריך היינה", בתוך היינה בירושלים 2001). ואכן, המשומד היה כלל לדיראון בקרב ישראל; קרוביו ישבו שבעה עם השתמדותו; לתולדות ההמרה במרכז אירופה ומערבה ראו ש' פיינר, שורשי החילון, מתירנות וספקנות ביהדות המאה ה-18 (תש"ע); ליחס למומר ביישוב היהודי בירושלים במאה הי"ט ראו רשימתו של פ' כהנוב, מותיקי היישוב ("מן השמור בזכרוננו" מימים ראשונים, א' דרויאנוב עורך, ב', א', יוני – יולי 1935, 42, 50) על רופא מומר שהיה בירושלים באותה תקופה: "הוא היה אומר: איני מוצא לחולשת גופי אלא טיול ברחוב

היהודים, כל הנשים החלשות ורפות הכוח בראותן אותי מקללות ואומרות: "מייך כוח זאל ער האבען, דער אלטער משומד" (ובהערה שם: משמעותה של הקללה היא 'הלואי ויהיה כוחו של משומד זקן זה ככוחי אני', אבל אם לפרשה מלה במלה יהיה פירושה כך: 'הלואי וכוחי אני לו יהיה, למשומד זקן זה'") - ואני מאסף כל הכוחות הללו ושב ורפא לי". הרב הראשי לרומא ישראל צולר (לימים צולי) עזב את קהילתו משכבשו הגרמנים את רומא ומצא מקלט בותיקן. בתום המלחמה באיטליה ניסה לחזור לתפקידו, אך נדחה, ואז המיר את דתו (14.2.45) והיה לדיראון. ראו עדיאל קדרי, עיוני תשובה: הלכה, הגות ומחשבה חינוכית בהלכות תשובה להרמב"ם (תש"ע-2010), 109, המציין לגבי משומדים את פגיעתם "בקיום התורה... בעיקרון הבסיסי ביותר של השדר הדתי חברתי: היות התורה חוקתו של הכלל היהודי". לענין המשומד ביהדות - כל המוסיף גורע.

"ואינו בן דת אחרת" - השיבה ליהדות או הגיור

יח. שאלה שניה היא כמובן האם הביטוי, "ואינו בן דת אחרת" משמיע אפשרות ל"חזרה בתשובה" במובן של שיבה ליהדות. נושא זה לא נדון בפסיקה, וגם בפי בא כוח המשיבים לא היתה לגביו תשובה ברורה, כפי שציין חברי. ברי כי רשויות המדינה טרם נדרשו לטענה זו, אף שבית הדין הרבני הצהיר כפי שתיאר חברי. ארשה לעצמי להוסיף דברים קצרים בעניין זה, שעיקרם כי על פי ההלכה יש בידי מומר לשוב ליהדות.

יט. הרמב"ם, אף שבהלכות יסודי התורה (ה', ב') מונה הוא את העבודה הזרה בין המצוות של "יהרג ואל יעבור" כשפיכות דמים וגלוי עריות, ואם עבר - הרי זה חילול השם (שם, ה', ד'), הנה יכול אדם לשיטתו לחזור בתשובה (ראו הלכות תשובה פרקים ו'-ז'; על המושג תשובה בכלל ראו גם הרב י"ד סולובייצ'יק על התשובה (בעריכת פנחס פלאי)).

כ. בשולחן ערוך יורה דעה קכ"ד, ח' נאמר על מומר שהוא "עושה יין נסך מגעו (כלומר, נגיעתו ביין הופכתו ליין נסך - א"ר) ונאמן לומר ששב בתשובה". גם מהגהות הרמ"א (ר' משה איסרליש) עולה מפורשות אפשרות התשובה למומר; ביורה דעה קנ"ח, ב' מדובר על מומרים במונחי שפל משמעותיים, אך אומר הרמ"א שם: "ומכל מקום אם בא לשוב, לא מחמירין עליו, שקשה לפרוש מהם וחיישינן שמא יחזור לסורו". ובאורח חיים תקל"א, ז' אומר הרמ"א "מי שהמיר לדת כותית וחזר בתשובה

ודרכו לגלח מותר לגלח במועד (בחול המועד - א"ר). המשמעות היא כי תשובת המומר נתפסת כאפשרית בהחלט. כך גם באבן העזר ז', י"א בהגהת הרמ"א: "ישראל שהמיר הוא ואשתו וחזרו בהן, אשתו מותרת לו...". הרמ"א אף אומר (יורה דעה רס"ח, י"ב) כי "ישראל מומר שעשה תשובה, אין צריך לטבול; רק מדרכבן יש לו לטבול ולקבל עליו דברי חברות בפני שלושה"; ועוד הוא אומר (חושן משפט ל"ד, כ"ב) כי "מומר שחזר בו וקיבל עליו תשובה, כשר מיידית (לעדות) אע"פ שלא עשה עדיין (לא השלים תשובתו - א"ר)". עינינו הרואות בבירור, כי ניתן לשוב מן ההמרה. מציין בן דורנו, הרב חיים דוד הלוי (רבה הראשי של תל-אביב - עשה לך רב, ו' (תשמ"ה), ק"פ), שאין מומר החוזר בתשובה זקוק לטבילה "משום שבמקור נשמתו וסגולת נפשו הוא נשאר בן לזרע אברהם, יצחק ויעקב, ועוד שיסוד הקדושה נמצא בזרע ישראל גם בשעה שחוטאים". אך ראו גם אנציקלופדיה עברית ערך "שמד" (כרך ל"ב), 36: "מומר הרוצה לשוב לדת ישראל אינו זקוק לשום טקס מיוחד, וכיון שחזר בו חזרה קדושתו, ואסור להזכיר לו את עוונותיו, אך נפסקה הלכה כדעת האומרים שהוא חייב לטבול ולקבל עליו דברי חברות בפני שלושה".

כא. אזכיר גם כי לעניין הפלשמורה, אנשים מזרע ישראל מאתיופיה שאבותיהם המירו לנצרות, נאמר בדו"ח ועדה מ-1991, במינוי ראש הממשלה, שעמדתי בראשה כמזכיר הממשלה, בין השאר כלהלן: "הדין היהודי מתבטא בגישה של 'ישראל אף על פי שחטא - ישראל הוא'. המצדדים בגישה זו רואים בפלשמורה יהודים מומרים שמשעה שהביעו נכונות לחזור לחיק היהדות - יש לקבלם ולהחזירם ... כל מי שלגביו יוחל הכלל, צריך לעבור תהליך של 'שיבה ליהדות', שאינו בדיוק אך קרוב אליו; כמובן כדי לעבור תהליך זה יש לקבוע את השתייכותו הברורה של המומר לעדה, הנכונות לחזור בתשובה ולקבל עול מצוות, תוך התנתקות מכל קשר עם הנצרות..." (ראו הדו"ח בספרו של הרב מנחם ולדמן (שהיה חבר הועדה) מאתיופיה לירושלים - יהודי אתיופיה בעת החדשה (תשנ"ב) 243, 247). הדברים נאמרו ברמת העיקרון.

כב. סוף דבר וסיכומי: על פי ראיות מינהליות טובות היתה העותרת בת דת אחרת, לאחר שעברה לנצרות. וכפי שהציע חברי השופט הנדל, יש מקום לאפשר לה להוכיח כי שבה לעם ישראל. לדידי אפשרות כזאת קיימת, אך הרשות המוסמכת טרם נדרשה לטענה. ברי כי יש לבדוק היטב את עניינה של העותרת, נוכח קורותיה.

ש ו פ ט

1. אני מסכים לתוצאה אליה הגיע חברי, השופט נ' הנדל, בחוות דעתו המקיפה והחדשנית – תוצאה אותה מאמץ גם חברי, השופט א' רובינשטיין, בתוספת הדברים שלו, הכוללת סקירה היסטורית ורב-תרבותית רחבה. שניהם הגיעו למסקנה, אליה אני מצטרף, כי ראוי לדחות את העתירה ביחס למה שנטען על ידי העותרת, שהיא זכאית לאזרחות ישראלית מכוח חוק השבות, התש"ו-1950 (להלן: חוק השבות) וחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות), בהיותה יהודיה שעלתה לאחרונה ארצה ולא היתה אי-פעם בת דת אחרת. עלי להעיר עם זאת כי לשיטתי דחיית העתירה בהיבט זה מתבקשת, בנסיבות העניין, לפי כל מבחן שנאמץ מבין אלה שנדונו בפסיקה הרלבנטית, שהרי העותרת הצהירה בשעתו כי היא נוצרייה ומשום שערכה עם בן זוגה (אזרח אנגלי בן הדת הנוצרית-קתולית), בתאריך 11.9.1975, טקס נישואין בפני כומר נוצרי-קתולי בכנסייה ביפו, שבעקבותיו אף הוצאה לה תעודת נישואין לנוצרים (נספח ב' לעתירה).

יתר על כן, לעותרת גם ניתנה, בתאריך 17.9.1975, תעודת רישום המרת דת, על פיה היא התקבלה לעדה הנוצרית הלטינית, זאת באישורו של האב הלטיני ביפו מתאריך 21.8.1975 (ראו מ/ש 1 לתגובה המקדמית מטעם המשיבים). עובדה זו והתעודה האמורה – לא נזכרו על ידי העותרת בעתירתה, ולכאורה די היה בהסתרה מהותית זו כדי לדחות את עתירתה על הסף מחמת אי-גילוי של מלוא העובדות הרלבנטיות וחוסר ניקיון כפיים בסיסי.

מכאן שלגישתי אין צורך לדון במקרה שלפנינו במבחן הראוי שיש לגבש ולהחיל לגבי התיבה: "והוא איננו בן דת אחרת", הכלולה בהגדרת "יהודי" המופיעה בסעיף 4ב לחוק השבות לעניינו של חוק זה, הקורא כך:

"לענין חוק זה 'יהודי' – מי שנולד לאם יהודיה, או שנתגייר והוא אינו בן דת אחרת".

אני מעדיף לפיכך שלא נכריע בהזדמנות זו בחלופות המגוונות האפשריות לפרשנותה של התיבה "והוא אינו בן דת אחרת" (ראו: גישותיהם השונות של השופטים: א' ברק ומ' אלון (כתואריהם אז) בפרשת בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793 (1989); עמדותיהם המקוריות של חברי השופטים נ' הנדל וא' רובינשטיין כאן, והאסכולות שברקע. לגבי התפיסות הפילוסופיות-משפטיות הנוגדות, המלוות מכלול זה כולו – עיינו: חיים כהן "חוק השבות" חיים כהן – מבוחר כתבים 312 (תשנ"ב); Asa Kasher, *Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return* (1985) in ISRAEL YEARBOOK OF HUMAN RIGHTS 101; רות גביון ישראל כמדינה יהודית

ודמוקרטיה: לקחים וסיכויים (תשנ"ט); אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וחזיונות האדם (תשס"ג); חיים גנז "חוק השבות והפליה מתקנת" עיוני משפט יט 683 (1995); נעמה כרמי חוק השבות – זכויות הגירה וגבולותיהן (2003).

לדעתי יש להותיר איפוא, בשלב זה, את סוגיית הפרשנות הנ"ל כולה בצריך עיון, שכן על פי כל שיטה ומבחן שהוצעו – נראה שאין חולק כי העותרת פה אכן היתה, למצער, בזמן מן הזמנים בת דת אחרת (בנתיב דומה צעדנו ב-בג"ץ 2388/06 טקצ'ב נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 25.4.2010).

2. בצד דחיית העתירה על סמך העילה העיקרית, עליה ביססה העותרת את עתירתה – חברי מוכנים להעניק לעותרת את ההזדמנות להגיש למשרד הפנים בקשה חדשה ולנסות ולבסס בגדרה טענה כי יש להעניק לה מעמד של אזרחות על פי חוק השבות מכוח העובדה, שלדבריה כיום היא יהודיה, שאיננה עוד בת דת אחרת. חברי, השופט א' רובינשטיין מוסיף וגורס כי הרשות המוסמכת – בעת שתידרש לטענה זו – ראוי שתבדוק היטב את עניינה של העותרת נוכח קורותיה. אני מסכים גם לדרך מיוחדת זו, שהותוותה על ידי חברי בפני העותרת, ואולם זאת רק בשים לב לעובדה שהעותרת קיבלה ביום ג' ניסן התשס"ז (22.3.2007) מבית הדין הרבני האזורי בתל אביב פסק דין המצהיר כי היא יהודיה (נספח ה' לעתירה) וכן השיגה אישור מבית דין צדק בלונדון, שניתן ב-ז' בתמוז התשס"ח (10.7.2008), המבהיר לכל מאן דבעי, שהעותרת, שהיא יהודיה מלידה, טבלה בפני בית דין במקווה בבאזל, שווייץ ב-ב' בסיון התשס"ח (5.6.2008) לשם חברות כדאיתא ב-שו"ע יו"ד רס"ח י"ב (נספח יב לעתירה). הנה כי כן, לעניין זה, אני מקבל את עמדת חברי, שיהודי במשמעות סעיף 4ב לחוק השבות, רשאי לגרוס שאף כי היה בעבר בן דת אחרת – הוא "חזר" ליהדותו וכי הבדיקה אמורה להיעשות לעת הבקשה המוגשת מכוח חוק השבות. הטעם לכך נעוץ בלשון ההווה הנקוטה בתיבה "ואיננו בן דת אחרת" (בשונה, למשל, מההוראה שבסעיף 4א(א) לחוק השבות, המדברת בלשון עבר: "להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון". עיינו גם: מיכאל קורנאלדי חידת הזהות היהודית – חוק השבות הלכה למעשה 37-41, 113-118 (2001).

3. עם זאת לגישתי בעת שהרשות המוסמכת תידרש לבקשתה החדשה של העותרת, ככל שתוגש כזו, יהיה עליה לבחון, במקביל לבירור מעמדה הנוכחי כ"יהודיה" לצורך חוק השבות (עיינו: אבנר חי שאקי מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (ירושלים, תשל"ז ו-תשל"ח); שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלת מיהו

יהודי" מחקרי משפט כב 269 (תשס"ו-2006) – מספר סוגיות נוספות. אלה יוצגו בקיצור רב להלן על מנת שלא יוחמצו בעת הבירור המחודש וכדי לאפשר לצדדים כולם ליתן דעתם עליהן, בצד הדיון ב"יהדותה הנוכחית" של העותרת למטרות שבאות, עניין שאף הוא לא הועלה במישרין בגדר העתירה וממילא לא מוצה כאמור.

4. מסתבר כי לאחר נישואיה והולדת בתה הראשונה בישראל היגרה העותרת יחד עם בעלה – בשנת 1978 לערך – לגרמניה. לאחר מכן, בתאריך 22.11.1985, ביקשה העותרת לוותר על אזרחותה הישראלית ועל אזרחותן הישראלית של בנותיה – זאת על מנת להימנע מתשלומי מס הנסיעות שחל באותה תקופה על אזרחים ישראלים ונוכח כניסותיה התכופות לארץ לצורך טיפול באמה, ניצולת השואה, שחלתה ושהתה בישראל, ויציאותיה של העותרת חזרה לגרמניה. במכתב ההסבר לבקשה לויתור על אזרחותה היא נימקה את פנייתה בכך ש"ממילא היא חיה כנוצריה" ולכן, לשיטתה – אין כל טעם בהתעקשות על הותרת מעמד האזרחות הישראלית לה ולבנותיה (סעיף 17 לעתירה). בקשת הויתור של העותרת על אזרחותה הישראלית ועל אזרחות בנותיה התקבלה – מכוח סעיף 10 לחוק האזרחות – בתוקף מתאריך 22.12.1985.

הקושיה הנשאלת עתה היא האם רשאית העותרת – אף אם תוכר "יהדותה הנוכחית" לעניין חוק השבות – לחזור ולבקש אזרחות ישראלית מכוח שבות, לאחר שוויתרה עליה קודם לכן (לאספקטים מקבילים ושונים של סוגיה זו – ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות 1108 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); עיינו גם: בג"צ 2271/98 עאבד נ' שר הפנים, פ"ד נ"ה (5) 778 (2001); בג"צ 7164/02 ג'וואמיס נ' שר הפנים פ"ד נ"ט (2) 232 (2004)).

5. לקראת התשובה לקושיה שהוצגה בסיפא לפיסקה 4 שלעיל – אין אני מבקש לקבוע פה מסמרות לגביה, מטעמים רבים ובין השאר נוכח העובדה שהיא לא נטענה בענייננו (והיא מתעוררת בעקבות מהלך הבקשה החדשה, שנפתח לעותרת) ובשים לב לכך שבמשפט המשווה יש ביחס לדומיה הסדרים מגוונים וספציפיים (כך, למשל, בארה"ב – מי שוויתר על אזרחותו על מנת להתחמק מתשלום מס – ככלל איננו יכול לבקש חידוש אזרחות ואפילו נאסר עליו להכנס לארצות הברית. ראו: Section 352(a) of the Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996; 8 U.S.C, Section 1182(a)(10)(E). באקדמיה האמריקאית התעוררו ספקות לגבי "חוקתיותה" של הוראה זו. עיינו: Orrin Tilevitz & Malgorzata Czapiewksa, *Getting the Tax-Free Boot: Tax-Motivated Expatriation May Preclude U.S. Visa*, 97 TAX NOTES TODAY 61-48, at 15-20

(1997); Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, TREATISE ON CONSTITUTIONAL LAW: SUBSTANCE AND PROCEDURE § 15.4 (2d ed. 1992); Note, *Giving Taxpatriates the Boot – Permanently? : The Reed Amendment Unconstitutionality Infringes on the Fundamental Right to Expatriate*, 36 GA. L. REV 835 (2002) לאספקטים נוספים של משפט משווה – ראו: RIGHTS AND DUTIES OF DUAL NATIONALS – EVALUATION AND PROSPECTS (David A. Martin and Kay Hailbronner, eds., 2003) ובמיוחד שם, בעמ' 109-114).

6. מכל מקום, לכאורה נראה שעל מנת לבסס את בקשתה החדשה – על העותרת, מעבר לדרישה שעומדת בפניה להוכחת "יהדותה הנוכחית", יעמוד הצורך להתמודד גם עם מספר הוראות חוק, שלכאורה חלות על העניין – כולן או חלקן (אף כי יתכן ובמקורן – תכליתן היתה להסדיר מצבים שונים), ואלו הן:

(א) הוראת סעיף 2(א) לחוק האזרחות, המורה בחלקה הרלבנטי כדלקמן:

"כל עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות, זולת אם הוקנתה לו אזרחות ישראלית מכוח לידה לפי סעיף 4".
(ההדגשה שלי – ח"מ)

עיינו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 1073-1074 ; 1103-1104.

בהקשר זה אזכיר כי אזרחותה הישראלית המקורית של העותרת הוקנתה לה מכוח עלייתם ארצה של הוריה היהודים והעובדה שנולדה בישראל.

(ב) הוראת סעיף 2(ג)(2) לחוק האזרחות, הקובעת כדלקמן:

"סעיף זה (סעיף 2 לחוק האזרחות – ח"מ) אינו חל על בגיר שערב יום עלייתו או ערב יום מתן תעודת העולה היה אזרח חוץ, ובאותו יום, לפני כן, או תוך שלושה חדשים לאחר מכן ובעודו אזרח חוץ, הצהיר שאין ברצונו להיות אזרח ישראלי; בגיר כאמור רשאי לוותר בהודעה בכתב לשר הפנים על זכותו להצהיר לפי פסקה זו".

(למקורו ולפרשנותו של סעיף זה הנועד "לכסות" מצבים של Opting Out – ראו: M.D Gouldman *Israel* (1970) 58-66 *Nationality Law*; כמו כן עיינו: יפה זילברשץ "האזרחות מהי ומה תהיה" מחקר משפט טז 85 (2000); רובינשטיין ומדינה, עמ' 1074).

בהקשר זה ראוי להדגיש כי מהמסמכים שצורפו לעתירה עולה לכאורה שהעותרת היא אזרחית בריטית (ראו: נספח ה' לעתירה) ובתור שכזו נראה שהיא בגדר

"אזרחית חוץ" במשמעות סעיף 2(ג) לחוק האזרחות, אשר הצהירה עובר ל"עלייתה" הנוכחית כי אין ברצונה להיות אזרח ישראלי.

(ג) הוראת סעיף 4 לחוק השבות, הקובעת כדלקמן:

"כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תקפו של חוק זה, וכל יהודי שנולד בארץ בין לפני תחילת תקפו של חוק זה ובין לאחריה, דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה".
(ראו: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999); עיינו: נעמה כרמי "דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה: המבוי הסתום של פרשת סטמקה, תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות ואזרחות" משפט וממשל י' 151 (תשס"ז); רובינשטיין ומדינה עמ' 1073-1074).

(ד) הוראת סעיף 4א לחוק השבות, המורה כהאי לישנא:

"(א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון (הדגשה שלי – ח"מ).
(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.
(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א)".
(עיינו: אשר מעוז "הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת" הפרקליט לח(ב) 631 (אפריל 1989)).

למען הסר ספק אבהיר לבסוף – לאחר סקירת הוראות החוק הנ"ל (הטעונות עדיין ליבון ואשר זכויות וטענות הצדדים לגביהן שמורות, כמובן) – כי גם אם לא תוענק לעותרת, בסיומו של הליך, אזרחות ישראלית – ראוי לדעתי ששר הפנים ישקול אם ליתן לה, בהתחשב בנסיבותיה האישיות הקשות מהשנים האחרונות (לרבות נטישתה בידי בעלה לאחר תאונת הדרכים הקשה שעברה בחו"ל) – אשרה ורישיון לישיבת ארעי, או לישיבת קבע, מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

7. בפסקה 6 שלעיל העליתי בצורה ראשונית נושאים והוראות חוק שונות, אשר ראוי, להבנתי, להתייחס אליהם בעת שיתקיים דיון בבקשה החדשה של העותרת, ככל שתוגש, ואידך – פירושה הוא, זיל גמור (מסכת שבת ל"א ע"א).

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו החלקי של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, כ"ב באב התש"ע (2.8.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט