מגדל פורח באוויר:
הלכת פונק–שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין

איתן לבונטין*

דיני מרשם האוכלוסין נשענים עד היום על ההלכה שקבע בית-המשפט העליון בפרשת **פונק-שלזינגר**, לפני כארבעים וחמש שנים. שלושה עיקרים יש בה, והם משרטטים יחדיו את תמונת הדין הקיים: ראשית, הרישומים במרשם הם בגדר חומר סטטיסטי גרידא; שנית, הרישום בפרטי הדת, הלאום והמצב האישי אינו משמש אפילו ראיה לכאורה לנכונותו, וממילא אין להסתמך עליו; שלישית, בדרך-כלל פקיד הרישום חייב לרשום את הפרטים שהנרשם מודיעו, גם אם קיים ספק ממשי לגבי נכונותם. נמצא שמגמת הדין היא להמעיט בערך המרשם, ובפרט בערכם של הרישומים בפרטי המעמד האישי. למשל: רישום נישואין אין פירושו הכרה בהם, אף לא לכאורה, ורישומו של פלוני כיהודי אין פירושו שהוא אכן יהודי, אם לצורכי שבות ואם לצרכים אחרים.

המאמר מבקש להצביע על שורה של שגיאות ופגמים בהלכת **פונק-שלזינגר**, שלא רק השתרשו בדין אלא אף החריפו עם הזמן. אפילו העובדות בפרשה מעולם לא הוצגו באור הנכון – לא בפסק-הדין עצמו ולא באלה שהלכו בעקבותיו – וממילא היה בכך כדי להכשיל את הדין מתחילת דרכו.

ברקע עומד המאבק המתמשך בין דת למדינה, בפרט סביב דיני הנישואין וסוגיית "מיהו יהודי". עיוותי הדין הקיים, לפיכך, הם גם עדות לסכנות האורבות למשפט בבואו במגע קרוב מדי עם הפוליטיקה והאידיאולוגיה.

* תודתי נתונה לחברי מערכת **משפט וממשל**, שהאירו את עיניי בהערותיהם ותרמו הרבה לגיבוש המאמר.

מבוא. א. המרשם ופרטי המעמד האישי: 1. פקודת המרשם: 1948-1965; 2. חוק המרשם: 1965 ואילך. **ב. "מאחורי הקלעים" של פרשת פונק-שלזינגר**: 1. הטעות הנמשכת בהבנת העובדות; 2. ניתוק הדין מן המציאות; 3. רישום נישואין כיצירת סטטוס (במישור היחסים שבין בני-הזוג לבין זולתם); 4. ההיבט הדיוני של פרשת פונק-שלזינגר. **ג. "התפיסה הסטטיסטית" של מרשם האוכלוסין**: 1. סטטיסטיקה אנונימית ורישום פרסונלי; 2. מהותם של פרטי הרישום; 3. מקורות התפיסה הסטטיסטית; 4. האם "הופנמה" התפיסה הסטטיסטית בבית-המשפט עצמו? **ד. הרישום כראיה לנכונותו**: 1. מושגי-יסוד; 2. "דיני הראיות" של הלכת פונק-שלזינגר; 3. סעיף 3 לחוק המרשם; 4. ערכו הראייתי של רישום זר. **ה. הפקיד הרושם ומדיניות הרישום**: 1. הערה קצרה על מצבים של תיקו וסילוק ספקות; 2. דמות הפקיד הרושם; 3. מדיניות רישום ושינויה; 4. פרשת בן-ארי כמשל. **ו. תמונות מהמציאות**: 1. האיסור להעביד יהודי בשבת; 2. הוכחת יהדות לצורכי שבות ומרשם; 3. מיהו ערבי; 4. לידתו של לאום ישראלי? **סוף-דבר**.

מבוא

דיני מרשם האוכלוסין בישראל נצרפו בכור המאבק בין דת למדינה, בפרט על רקע המחלוקת בשתי שאלות-יסוד: מי יזכה ברישום "יהודי" במרשם ובתעודת-הזהות, ומי יזכה ברישום "נשוי". השאלות יצרו "מקרים קשים" – ואלה בתורם יצרו דין קשה ומוקשה, שהרי hard cases make bad law. שלא בטובתו נקלע המרשם לוויכוח אידיאולוגי עמוק, רגשי, שטבעו לדחוק את ההיגיון ולקלקל את שורת הדין.

כידוע, ההלכה רואה זהות מוחלטת בין דת ולאום בעם היהודי, ויהודי לפי ההלכה הוא רק מי שנולד לאם יהודייה או התגייר. מכאן המחלוקת על רישום הדת והלאום, שתחילתה בשאלה כיצד יירשמו ילדים שנולדו לאב יהודי ולאם נוכרייה, והמשכה בשאלה כיצד יירשמו גֵרים רפורמים וקונסרבטיבים, שבעיני הרבנות האורתודוקסית לא גוירו כלל ונותרו נוכרים. רישום נישואין נעשה אף הוא זירת מאבק: מאחר שדין תורה הוא שהוחל על ענייני נישואין, נמצאו אלה שאינם יכולים או אינם רוצים להינשא (ולהתגרש) בחסותו. מכאן המחלוקת על רישום נישואין שנערכו מחוץ לגדרי הדין הדתי ותוקפם בישראל מוטל בספק. כך אירע גם בפרשת **פונק-שלזינגר**, שבה יהודי ישראלי ונוצרייה בלגית ערכו נישואין אזרחיים בקפריסין ובאו מייד ארצה לחיות כזוג נשוי. משרד הפנים סירב לראותם כנשואים ולרושמם בהתאם, והאישה עתרה לבג"ץ.[1]

השופט זילברג דן בשאלת תוקפם של הנישואין, ומשהגיע למסקנה שאין להם תוקף קבע שדין העתירה להידחות. השופט זוסמן לעומתו, בהסכמת שלושה שופטים

[1] בג"ץ 143/62 **פונק שלזינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז 225 (1963) (להלן: פרשת **פונק-שלזינגר**).

נוספים, קבע שתוקף הנישואין אינו עומד כלל לדיון. השאלה היחידה היא אם פקיד הרישום היה רשאי לסרב לבקשת הרישום, ועל שאלה זו השיב השופט זוסמן בשלילה:

> תפקידו של פקיד רישום... אינו אלא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך ניהול ספר התושבים, ושום סמכות שיפוטית לא ניתנה בידו... חובה עליו לרשום את הפרטים כדברי המבקש, אפילו לא שוכנע בנכונותם. [פקודת מרשם התושבים] לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כוח של ראיה או הוכחה לשום דבר. מטרת הפקודה היא... לאסוף חומר סטטיסטי. חומר זה יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא-נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו.[2]

שלושה עיקרים נקבעו אפוא בהלכת **פונק-שלזינגר**, והם שנותרו עד היום יסוד לכל דיני המרשם: ראשית, המרשם הוא בגדר סטטיסטיקה גרידא; שנית, הרישום בפרטי דת, לאום ומצב אישי (להלן: פרטי המעמד האישי) אינו משמש אפילו ראיה לכאורה לנכונותו, וממילא אין להסתמך עליו ואין לו משמעות נורמטיבית מחוץ לגדרי המרשם; שלישית, בהעדר חשד ממשי על הפקיד לרשום מה שהנרשם מודיעו, ואפילו "יש לדבר פנים לכאן ולכאן... אל לו לפקיד הרישום לפסוק בדבר ועליו לבצע את הרישום".[3] רק חריג אחד קבע השופט זוסמן, והוא מקרה של "אי-נכונות של רישום הגלויה לעין". למשל: אם אדם שהוא ללא ספק בגיר מבקש להירשם כילד רך בשנים, יצדק הפקיד אם יסרב לרשום.[4]

נמצא שאבן-הפינה בדין הקיים היא הבחנה חדה בין סטטוס לבין רישום. סטטוס הוא מעמדו האמיתי של אדם המלווה אותו בכל אשר ילך, בעוד רישום כשלעצמו אינו קובע דבר, אינו מקנה דבר, אינו מעיד על דבר, וצר עולמו כעולם המרשם. הרישום "נשוי" אינו מעיד אף לכאורה שהנרשם נשוי, כשם שהרישום "יהודי" אינו מעיד שהוא יהודי. הרישום קל-ערך ואין צורך להקפיד בו, ואילו סטטוס קובע גורלות – כגון זכותו של יהודי לעלות ארצה – ומחייב לפיכך הקפדה יתרה. "מכאן האפשרות", כפי שקבע בית-המשפט העליון, "כי אותו אדם עצמו יירשם כיהודי במרשם, אך לא יוכל להיחשב כיהודי לעניין חוק השבות".[5]

---

[2] שם, בעמ' 244, 249.

[3] בג"ץ 5070/95 **נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים**, פ"ד נו(2) 721, 736-737 (2002).

[4] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 243.

[5] בג"ץ 2597/99 **רודריגז-טושביים נ' שר הפנים**, דינים עליון עא 956, פס' 11 לפסק-דינו של הנשיא (2005). וראו עוד שם: "פקיד הרישום צריך לרשום את שנמסר לו... רמה 'נמוכה' זו של פיקוח ומידה מעטה זו של ראיות נגזרת מאופיו של המרשם... [ואילו] חוק השבות [מעניק] למתגייר את המפתח לכניסה לישראל ולרכישת אזרחות בה. רמת הפיקוח

לדעתי, הדין הקיים שגוי מעיקרו. נראה להלן שהוא משולל יסוד בעקרונות המשפט, בהיגיון או במציאות. יש בו אף מידה לא-מבוטלת של אחיזת-עיניים, מדעת ובבלי-דעת. לאמיתו של דבר, המרשם אינו סטטיסטיקה כלל ועיקר, **לכל** הרישומים בו יש ויש כוח של ראיה, ושאלה גדולה היא מדוע הפקיד חייב לרשום פרטים אף שיש ספק ממשי בנכונותם. מעבר לכך, במציאות, הרישום ״נשוי״ מקנה לנרשם מעמד דה-פקטו של אדם נשוי, כשם שהרישום ״יהודי״ מקנה לו מעמד דה-פקטו של יהודי – ויחד עם המעמד דה-פקטו באות גם הכרה ציבורית וחברתית וכן מרבית הזכויות והחובות הנלוות למעמד דה-יורה.

מה הניע את התפתחות הדין? דומה שהתשובה פשוטה: כל עיקרה של ההלכה הפסוקה הוא הניסיון להימנע מלהכריע בשאלות הקשות והרגישות של המעמד האישי, ויחד עם זאת להתגבר על חומרות הדין הדתי ולהחליפו בדין שהוא נוח יותר לפרט. כל מטרתה להמיר את המעמד ה״אמיתי״ הנקבע לפי הדין המהותי-הדתי ב״מעמד רשום״ הנקבע לפי הדין החילוני. טלו בני-זוג שנישאו בקפריסין בטקס אזרחי משום שהם אינם יכולים או אינם רוצים להינשא ״ברבנות״. מה יעשו בשובם ארצה? מן הסתם יבקשו לרשום את נישואיהם כך שלפחות **ייראו** כזוג נשוי, גם אם תוקף הנישואין מוטל בספק בדין המהותי. כיוצא בזה, גֵּר רפורמי יבקש להירשם כיהודי כדי שיהא נחזה כיהודי מן המניין, גם אם קיים ספק לגבי תוקף הגיור. ומה יעשה בית-המשפט? יטיל על הפקיד חובה מנהלית לבצע את הרישום המבוקש, תוך שהוא קובע כיצד ייראו הנרשמים דה-פקטו – אך יימנע מלבחון אם הרישום מבוסס בדין המהותי, ימעיט בערכו של הרישום, ויטעים כי הוא אינו קובע דבר ביחס למעמד הנרשמים דה-יורה. זו אפוא המדיניות שביסוד הפסיקה: לעקוף את ההלכה מבלי להתנגש בה; להציג את הרישום כעניין טכני, מנהלי, שאינו נוגע כלל בסוגיות הבוערות של הדין המהותי; להציע מוצא מאחיזת המונופול הדתי, מבלי לקרוא תיגר על המונופול הדתי עצמו; להנהיג **למעשה** עקרונות ליברליים של המשפט החילוני, ובכל-זאת לשמר את מעמדו של הדין הדתי ואת סמלי הסטטוס-קוו המשקפים את יחסי הכוח הפוליטיים.

כיצד יש להעריך מדיניות שיפוטית זו? באשר **לתוצאות** – מובן שכל אדם יבחן אותן לפי נטיות-ליבו, ומה שיהא לטובה בעיני המחנה הליברלי יהא בוודאי לצנינים בעיני שלומי אמוני ישראל. כשלעצמי, נוח לי בדרך-כלל עם תוצאותיה של פסיקה ליברלית: טוב בעיניי, למשל, שהזוג השב ארצה מקפריסין יוכל לרשום את נישואיו ולזכות לפחות בהכרה דה-פקטו. אדרבה, ראוי בעיניי שייעשה מאמץ שיפוטי לפתור את מצוקתם של רבבות שאין להם אמונה דתית ובכל-זאת הדין הדתי כובל את

במסגרת זו חייבת להיות, מטבע הדברים, הדוקה יותר ומידת הראיות הנדרשת צריכה להיות גבוהה יותר.״

חירותם; ומבחינה זו קל להזדהות עם גישתם של שופטי הרוב בפרשת **פונק-שלזינגר**.[6] אולם למאמץ שיפוטי כזה ראוי שיהיו גבולות. בית-משפט אינו גוף פוליטי או אידיאולוגי הנותן דרור לרצונותיו. מבחנו הראשון הוא מבחן הביקורת המשפטית, ומטרה שיפוטית כלשהי, ולו גם טובה ונחוצה, אינה יכולה לקדש את האמצעים המובילים אליה. ההלכה הפסוקה, יצירתית ונועזת ככל שתהא, חייבת להישען על העובדות, על החוק ועל מושגי המשפט; ותוצאה הנראית צודקת אינה יכולה להיות מעוגנת בהלכה שלפי אמות-מידה משפטיות היא שגויה ובלתי-משכנעת. אופי ההליך וטיב ההנמקה הם-הם מותר המשפט מן הפוליטיקה והאידיאולוגיה, ובהם – לא בתוצאה המושגת – טמונה עיקר הלגיטימציה של הכרעה **שיפוטית**.

לדעתי, הלכת **פונק-שלזינגר** וכל הדין הבנוי עליה כשלו לחלוטין במבחן הביקורת המשפטית – ולא התוצאות מטרידות אלא דרך החתחתים המובילה אליהן. תחילה נכנע המשפט לאידיאולוגיה, ולאחר-מכן קידשה המטרה את האמצעים. החתירה לתוצאה רצויה האפילה על הניתוח המשפטי. הלכת **פונק-שלזינגר** נבנתה על יסוד עובדתי ומשפטי רעוע, וברבות השנים נעשתה מצוות אנשים מלומדה, מאובנת, שדבר לא יזיזה ממקומה.

אם מרשם לחוד ומציאות לחוד – שמא נכון לראות את דיני המרשם כביטוי לפיקציה משפטית לגיטימית? הרי כל עיקרן של פיקציות הוא להתעלם ממציאות שהדין מבקש להתגבר עליה, ואין חולק על יעילותן בפתרון בעיות משפטיות. מדוע, אם כן, לא יסייעו לפתור חלק מבעיות המעמד האישי, בשולי המאבק בין דת ומדינה? מבלי להרחיב, דיינו לומר שפיקציה היא אמצעי משפטי **המודע לעצמו**; כמוה כשקר מוסכם שיש בו תועלת והכל מבינים את נחיצותו, ואין זאת אלא שהמשפט בוחר ביודעין – בגלוי ובעיניים פקוחות – להעדיף מציאות מדומה על האמת כפשוטה. למשל: אם חוק הירושה מוכן לראות תינוק כמי שהיה בחיים עוד בטרם נולד, הרי זה רק כדי שיהא כשיר לרשת את אביו שמת לפני לידתו.[7] להבדיל – נראה שהלכות המרשם רחוקות מאוד ממודעות עצמית מעין זו. על-אף טענות חוזרות ונשנות על התעלמותן מהמציאות, אין בהן ולו ראשית הודאה בהיותן ביטוי לפיקציה. נהפוך הוא: הן מוצגות שוב ושוב כמסקנה הכרחית, טבעית, הנלמדת ישירות מהדין ומההיגיון; וככל שהפער בין הדין למציאות הולך ומעמיק, כן בית-המשפט מתבצר יותר בהלכה הקיימת, כאילו תמונת הדין היא-היא תמונת המציאות.

---

[6] האם מעיקרא ראוי שבית-המשפט יקדם ערכים ליברליים או שמרניים או אחרים? שאלה זו אינה חדשה עימנו, והיא **אינה** נושאו של המאמר הנוכחי. לטעמי, תהא זו היתממות לומר שערכים והשקפות-עולם אינם חודרים כלל אל העשייה השיפוטית. מובן מאליו שהם חודרים, פעם מצד זה ופעם מצד זה. יש שופטים ליברלים ויש שמרנים, יש רחומים ויש נוקשים, יש דתיים ויש חילונים. חזקה על כולם שהם שופטים ביושר ובאמונה ולפי הדין, ובכל-זאת אין מנוס מכך שעולמם ישתקף בפסיקתם, ובגבולות נאותים דומני שגם אין בכך פסול.

[7] ראו ס' 3 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 446.

למרבה הצער, תחושה חריפה של עצימת-עיניים מרחפת מעל הפסיקה: מקצתה ניסיון לשמור על הלכת **פונק-שלזינגר** ויהי-מה, כמפלט נוח מהסוגיות הקשות של הדין המהותי; ומקצתה עיוורון בלתי-מכוון, כשל אדם שאינו יכול לראות את חולשותיו. התוצאה היא הלכה שיפוטית שאינה מוסיפה כבוד למשפטנו, אינה ראויה למעמד הרם שזכתה בו, ומוטב לנו להיפרד ממנה.

* * *

פרק א ישרטט את קיצור תולדות המרשם, כרקע להבנת הדין וחולשותיו. **פרק ב** יבחן מקרוב את פרשת **פונק-שלזינגר**, ויצביע על כמה מן העיוותים שהשרישה בדין. נקודת המוצא היא העובדות באותה פרשה, שלמיטב ידיעתי מעולם לא הוצגו באור הנכון – לא בפסק-הדין עצמו ולא באלה שהסתמכו עליו – וממילא הכשילו את הדין כבר מראשית דרכו. **פרקים ג**, **ד** ו-**ה** יוקדשו, בהתאמה, לביקורת שלושת העיקרים שציינו לעיל: תפיסת המרשם כסטטיסטיקה גרידא, שלילת ערכם הראייתי של רישומים, וחובתו של הפקיד לרשום על-אף ספק ממשי. לדעתי, עיקרים אלה היו ועודם שגויים, ושאלה גדולה היא כיצד השתרשו בדין במשך יותר מארבעים שנה, כמעט באין מפריע. **פרק ו** יצייר כמה תמונות מהמציאות, הממחישות את ערכם האמיתי של רישומים ואת מהותו האמיתית של המרשם.

הלכת **פונק-שלזינגר** מעידה על הקלות שבה תפיסות שגויות עשויות להשתרש בדין מבלי שיהיה אפשר לעוקרן. אולם מעבר לעדות הכללית שהיא מעידה **על** הדין, הרי היא חלק בלתי-נפרד מהדין הפוזיטיבי עצמו – ואם היא אכן שגויה אזי יש לתקנה. המאמר מסיים אפוא בקריאה לחשיבה מחודשת על סוגיות-היסוד של מרשם האוכלוסין, שכן עיקר הדין הקיים אינו יכול עוד לעמוד, וכמוהו כמגדל הפורח באוויר.

א. המרשם ופרטי המעמד האישי

1. פקודת המרשם: 1948-1965

(א) הנחת היסודות ופקודת מרשם התושבים

ב-18 באוגוסט 1948 פרסם שר הפנים בממשלת ישראל הזמנית, יצחק גרינבוים, את תקנות-שעת-חירום (רישום תושבים), התש"ח-1948.[8] עוד באותה שנה נערך מִפקד אוכלוסין מכוח התקנות, ובזאת הונח הבסיס למרשם התושבים.[9] סמוך לאחר-מכן

[8] תקנות-שעת-חירום (רישום תושבים), התש"ח-1948, ע"ר תוס' ב 77 (להלן: תקנות שעת חירום (רישום תושבים)).

[9] המִפקד נערך ב-8.11.1948. ראו הצעת חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ד-1964, ה"ח 266, דברי ההסבר בעמ' 272.

בוטלו התקנות, ובמקומן חוקקה מועצת המדינה הזמנית את פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949.[10] פרטי הרישום בפקודה נותרו דומים מאוד לאלה שנקבעו בתקנות, וביניהם גם "המצב המשפחתי", "נישואין וגירושין", וכן "האזרחות, הלאום, הדת".[11]

פקודת המרשם התקבלה ב-3 בפברואר 1949 – כמה ימים לאחר הבחירות לאספה המכוננת, היא הכנסת הראשונה, וימים ספורים בלבד לפני המועד שנקבע לכינוסה.[12] מניין אם כן הדחיפות לחוקק מייד, במקום להמתין מעט לכינוס בית-המחוקקים הנבחר? מדוע לחוקק **פקודה** נוספת כבעת שלטון המנדט, להבדיל מ**חוק** של כנסת ישראל הריבונית? הנה התשובה מפי אחד מחברי המועצה: "הבינונו שיש פה נסיון של משרד הפנים לשמור על רכוש גדול, שנצטבר במפקד האחרון ולדאוג לכך, שהכסף הרב והמאמצים הגדולים שהושקעו במפקד זה לא ילכו לטמיון... [שאם לא כן] לא היו עושים זאת, אלא מעבירים את הדבר לאסיפה המכוננת... הפקודה הזאת היא רק שימושית בלבד. הדברים העקרוניים ייקבעו באסיפה המכוננת."[13] להלן נשאל שמא היו לשר הפנים סיבות אחרות להזדרז במלאכת החקיקה. אבל כך או אחרת, הפקודה נקבעה בחיפזון, ונדמה שחברי המועצה אכן ראו בה הסדר זמני, "שימושי", עד שתבוא הכנסת ותקבע עקרונות בני-קיימא. הדיון במועצה אומנם רמז על מקצת הקשיים העתידים להתגלות בהמשך, אך אלה הוסרו במהירות מסדר-היום. בתום הדיון אושרה הפקודה ברוב של 19 נגד 1;[14] והמעיין בה ימצא כי היא הייתה רק שלד של הוראות הכרחיות, שכמו המתינו למי שיבוא ויהפכן לבניין של ממש.

אולם זו דרכו של עולם, שהזמני נהפך לקבוע. הפקודה נותרה על מכונה עד שהוחלפה בחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965;[15] והיסוד לכל דיני המרשם, כפי שפותחו מאז בפסיקה, הונח דווקא על בסיס הפקודה הזמנית, השְלִדית, אשר נוסחה בחופזה ואשר מטרתה ועקרונותיה היו רחוקים מבירור ממצה.

(ב) רישום הדת והלאום

הטעמים לרישום המצב המשפחתי מובנים ומוכרים. אין הם ייחודיים לזמננו או

---

[10] פקודת מרשם התושבים, התש"ט-1949, ע"ר תוס' א 164 (להלן: פקודת מרשם התושבים או פקודת המרשם). נוסח הפקודה פורסם גם בדברי ההסבר להצעת חוק מרשם האוכלוסין, שם, בעמ' 273.

[11] ס' 4(ד), (יא) ו-(ו) לפקודת מרשם התושבים, בהתאמה.

[12] הבחירות לאספה המכוננת נערכו ב-25.1.1949. מועד כינוסה נקבע ליום 14.2.1949, כשלושה שבועות לאחר-מכן.

[13] **מועצת המדינה הזמנית**, כרך ב, ישיבה לט, 10 (3.2.1949) (להלן: **מועצת המדינה הזמנית**).

[14] שם, בעמ' 12. יושב-ראש המועצה סיכם במילים אלה: "אשר לכל התיקונים שעליהם דובר – 'עוד חזון לתיקונים'."

[15] חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס"ח 466 (להלן: חוק מרשם האוכלוסין או חוק המרשם).

למקומותינו, ולא כאן המקום להציגם בהרחבה.[16] אך מניין הצורך לרשום דת ולאום? הכל יודעים כלה למה נכנסת לחופה, ודומה שסוגיית מיהו יהודי יסודה בשאלה הבטחונית ״מיהו **ערבי**״. יהא המצב כיום אשר יהא, בראשית ימי המדינה נתפס רישום הדת והלאום בגדר כורח בטחוני, גם אם לא תמיד נאמרו הדברים בגלוי.[17] אך עדיין השאלה נשאלת: אם ביקשו להבחין בין יהודים לערבים, מדוע לא הסתפקו ברישום דת **או** לאום? ומניין ההפרדה בין שני פריטי הרישום דווקא בקרב יהודים – רוב האוכלוסייה הנרשמת – שהדת והלאום שלובים בתולדותיהם ללא הפרד?[18]

באשר לאוכלוסייה הלא-יהודית – מדינת-ישראל קמה על-גבי פסיפס אנושי מורכב, אשר במשך מאות שנים צויר בצבעים העזים של ייחוד אתני-לאומי ועדתי-דתי. אילו נרשם הלאום בלבד לא היה המרשם מבחין, למשל, בין ערבים מוסלמים לערבים נוצרים; ואילו נרשמה הדת בלבד לא היה המרשם מבחין, למשל, בין מוסלמים ערבים למוסלמים צ'רקסים (שאינם ערבים). מורשת הזהות הייחודית הייתה ועודנה מרכיב של ממש במציאות ובתודעה, ולכן היה טבעי, ולוּ מכוח ההתמדה ההיסטורית, שתמונת האוכלוסין תצויר בצבעים מלאים ולא בשחור-לבן. כיוצא בזה, הרישום סייע ועודנו

---

16 בקצירת האומר, רישום נישואין (וגירושין) נועד למנוע אנדרלמוסיה בתחום הרגיש של חיי משפחה וכל הכרוך בהם, לרבות נושאי רכוש ומעמדם של ילדים. ראו, למשל, את דברי השופט לנדוי בבג״ץ 80/63 **גורפינקל-חקלאי נ' שר הפנים**, פ״ד יז 2048, 2070 (1963): ״בימינו מכירים כמעט כל עמי התרבות בתחיקתם בצורך לערוך נישואין וגירושין בצורת טכס המתקיים במעמד אדם מוסמן מטעם הרשות, המעיד על הטכס ורושם אותו בספרי הרישום הרשמיים. סדר זה בא למנוע כל מיני תקלות העלולות להיווצר על ידי עריכת נישואין 'פרטיים' עם חוסר הביטחון הנובע מהם בהכרח. בדיני ישראל מרובות תקלות אלו במיוחד... [ביניהן] הסכנות שבקידושי סתר, קידושי חטיפה, קידושי תרמית וקידושי שחוק והיתול.״ לא לחינם הייתה פקודת הנישואין והגירושין (רישום), 1919, חא״י ב 876, מהחוקים הראשונים שהנהיג שלטון המנדט בארץ ישראל. ראו זאב פלק ״רישום נישואין בספר התושבים״ **הפרקליט** יט 199, 200 (1963).

17 הדיון במועצת המדינה הזמנית אינו מעיד על שיקול בטחוני כלשהו. לעומת זאת, מכתבו של בן-גוריון לחכמי ישראל (ראו להלן טקסט לצד ה״ש 40) מעיד על כך במפורש: ״נשמעו מדי פעם בפעם הצעות לבטל... את הרישום של 'דת' או 'לאום' באותו מירשם, – אבל שיקולים בטחוניים ואחרים מנעו אותנו עד כה, וימנעו אותנו בעתיד הקרוב, מלקבל הצעות אלה.״ ראו את נוסח המכתב אצל אליעזר בן-רפאל **זהויות יהודיות: תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון** 139-141 (2001). על השיקול הבטחוני כיום ראו ה״ש 68 להלן.

18 בימי השלטון המנדטורי בארץ-ישראל הונהגו תעודות-זהות שציינו ״גזע״ (race) בדרך שמציינים כיום לאום **וגם** דת. כך, למשל, בסעיף ״race״ היה אפשר למצוא את המילה ״יהודי״ (ללא הבחנה בין דת ולאום) או את הצירוף ״ערבי נוצרי״ (כדי להבדיל מערבי מוסלמי). ראו ״תעודת זהות ישראלית״, he.wikipedia.org. מעבר להערה זו, קצרה היריעה מלהרחיב על הרישום בימי המנדט.

מסייע להבחין בין אוכלוסיות לא־יהודיות נבדלות, ויש שיאמרו – להנהיג כלפיהן ביתר יעילות משטר של ״הפרד ומשול״.[19]

באשר לאוכלוסייה היהודית – דומה שעלינו לנסות לחדור אל מתחת לפני השטח. בשנת 1906 התכנסה ועידת הלסינגפורס של ציוני רוסיה, בראשות מנהיגים צעירים ובהם זאב ז׳בוטינסקי בן העשרים ושש – והכריזה, בין היתר, כי החברות בלאום היהודי תיתכן ללא הבדל דת, כך שגם נוצרי יכול להיות יהודי לאומי.[20] התפרצות זו של ציונות נלהבת הייתה נועזת אפילו לשעתה, וסופם של דברים שהציונות הממוסדת לא מצאה בה כוח או רצון לנתק את הזיקה העתיקה בין דת ולאום בחיי העם היהודי. אולם הרוח המרדנית לא גוועה, ובוודאי לא נעקרה מנפשו של אחד מראשי הוועידה האחרים, הלא הוא יצחק גרינבוים בן העשרים ושבע: אותו גרינבוים שבחלוף ארבעים שנה הביא להצבעה את פקודת המרשם, שבועיים בלבד לפני כינוס האספה המכוננת; אותו גרינבוים שלא נפרד ממשנת נעוריו, וכל דרכו הפוליטית הייתה מאבק אנטי־קלריקלי עיקש; אותו גרינבוים שהמשיך לראות ביהדות לאום **בלבד**;[21] אותו גרינבוים שבבחירות לאספה המכוננת העמיד את עצמו לבחירה ברשימה עצמאית, וכאשר הביא להצבעה את פקודת המרשם ידע כבר כי לא עבר את אחוז החסימה ולא ישוב עוד לכהונת שר הפנים.

הייתכן אפוא שהדת והלאום הופרדו במרשם בכוונת מכוון, כדי לתקוע טריז ביניהם? האם שימש המרשם מצע מתוחכם, אולי אף בבלי־דעת, לביסוס התפיסה שהלאום לחוד והדת לחוד? האם ניצל גרינבוים את ימיו האחרונים במוקד ההשפעה? האם קיווה כי רבים־רבים יירשמו כיהודים בלאומם וחסרי דת (או אפילו בני דת אחרת), למען יֵדעו ויודיעו שהעם היהודי אינו עוד עם דתי, ויש יהודים בלאומם שאינם יהודים בדתם?[22] אם כך קיווה גרינבוים, אזי תקוותו הייתה קרובה להתגשם: בראשית ימי

---

19 ראו, למשל, השאם נפאע ״הערתו של השופט זמיר: מיהו דרוזי?״ **מחברות עדאלה 1**, 18, **19** (1999).

20 אפרים אלימלך אורבך ״ישראל, יהודים ויהדות״ **מהלכים 4**, 36 (1970). פרופ׳ אבנר שאקי סבר כי זו ״אחת ההחלטות המוזרות ויוצאות הדופן שנתקבלו אי פעם בפורום יהודי לאומי בעת החדשה״ – אבנר שאקי **מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל** כרך א 48 (1976).

21 גם בן-גוריון העיד על כך: ״יש יהודים הרואים ביהדות רק דת – ובעיני הם יהודים כשרים. יש יהודים הרואים ביהדות רק לאום, כמו גרינבאום וז׳בוטינסקי... ואף הם יהודים כשרים. ויש יהודים שאינם רוצים למצות כלל במונחים אלה, השאולים מעמים אחרים, את מהותו של העם היהודי, ואני עבדכם, אחד מהם.״ ד״כ 25, 436 (התשי״ט).

22 פרוטוקול **מועצת המדינה הזמנית**, לעיל ה״ש 13, מלמד כי היה מי שתמה על רצונו של גרינבוים להכליל במרשם את סעיף הדת, דווקא כמי שנודע בעמדתו האנטי־קלריקלית החריפה. מה אם כן פשר עמדתו? הרי חסר ניסיון או חסר הבנה בוודאי לא היה. האם העמיד פני תם בעת הדיון? האם ההבחנה בין דת ולאום הייתה כה טבעית בעיניו, עד שכלל לא נתן עליה את דעתו? אודה על האמת שאיני יודע (ולא אוכל כאן להעמיק חקר) – וישפוט הקורא לפי הבנתו.

המדינה היו אכן רבים שהצהירו על עצמם כחסרי דת, ולכן דרשו להירשם כיהודים בסעיף הלאום **בלבד**.[23] אלא שאז הוחלט כי **רק** הלאום יירשם בתעודת־הזהות הניתנת לתושב, בעוד סעיף הדת ייוותר חבוי בספרי המרשם.[24] מדוע? להבדיל מן המרשם, שלציבור הרחב אין גישה אליו, תעודת־הזהות היא מסמך שימושי, נגיש ומוכר, ודרכה לעצב הן את תודעת הנרשם והן את תודעתם של הבאים עימו במגע. לכן, אילו נשאו המוני ישראלים תעודות המזהות אותם כיהודים חסרי דת – יהודים בלאומם אך לא בדתם – היה בכך להעמיק ולעגן לעין כל, במסמך רשמי נפוץ, את תודעת הפיצול בין דת ולאום בעם היהודי.[25] ואם כך בדיוק רצה גרינבוים, הרי לא כך רצו הבאים אחריו, ובראשם משה שפירא, שר הפנים הדתי של ממשלת ישראל הראשונה.

סופם של דברים שבתעודת־הזהות נרשם רק סעיף הלאום: הן בשל הכורח הבטחוני, הן כדי למנוע טריז גלוי לעין בין לאום ודת בציבור היהודי, והן – מסתבר – כדי להפיס את דעתו של דוד בן־גוריון. הלה ניהל מאבק בתנועה הכנענית, אשר ביקשה לגבש בישראל לאום מקומי, נפרד, שאינו עוד בשר מבשרו של העם היהודי בתפוצות. במסגרת מאבקו בתנועה זו סבר בן־גוריון שרישום הלאום יעודד את הציבור היהודי בישראל לשמר זיקה **לאומית** למורשתו ולראות את עצמו כחלק בלתי־נפרד מן האומה היהודית כולה.[26] צא ולמד כמה רחוקה הייתה ה"סטטיסטיקה" מן השיקולים שפרנסו את המרשם ואת תעודת־הזהות כבר על ערש לידתם.

כך כתב לימים עקיבא ארנסט סימון: "כשהשאלה על ה'דת' מופיעה [במרשם] בנפרד מן השאלה על ה'לאום', הרי יש בהפרדה זו משום מתן פסק דין באחת הבעיות החריפות והעמוקות ביותר השנויות במחלוקת בין יהודים בעלי השקפות שונות, היא

---

23 ראו לעניין זה גם **מועצת המדינה הזמנית**, שם, דבריו של חבר המועצה ניר־רפאלקס בעמ' 7.

24 בפרשת **שליט** ציין השופט קיסטר כי תעודות־הזהות ציינו מאז ומתמיד את הלאום, ולא את הדת, וכי הסיבה לכך אינה ידועה לו – בג"ץ 58/68 **שליט נגד שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 540 (1970). על היחס בין תעודת־הזהות לבין המרשם ראו להלן תת־פרק א2(ד).

25 ראו הליגה למניעת כפייה דתית בישראל **מפקד האוכלוסין: "האם אתה יהודי?"** (חוברת ללא תאריך; עותק שמור בידי המחבר). החוברת פונה אל "האזרח הלא־דתי", קוראת לו להירשם כחסר דת, ונפתחת באלה המילים: "אזרח, כאשר נערך בסוף 1948 רישום התושבים במדינת ישראל הצעירה, כלל השאלון שהופנה לכל אדם שאלה ביחס **לדת** ושאלה ביחס **ללאום**. אם תפתח את תעודת הזיהוי שבידך, ותעיין בה, תיווכח שבתעודה נרשם רק הסעיף **לאום** והושמט הסעיף **דת**! מדוע? – יודעי דבר מספרים כי המוני אזרחים חופשיים... הצהירו כי אין להם דת, ועמדו על כך שהפקיד הרושם לא יכתוב את המילה 'יהודי' בסעיף **דת**. השלטונות, שנוכחו כי אם יוכנס הסעיף **דת** לתעודת הזהות, יתגלה ברבים שהמוני אזרחים סירבו להירשם כ'יהודי' לפי הדת – השמיטו כליל את הסעיף הזה, והסתפקו ברישום 'יהודי' בסעיף **לאום**." (ההדגשות במקור).

26 אליעזר דון יחיא "דת, זהות לאומית ופוליטיקה: המשבר בשאלת מיהו יהודי – 1958" **שני עברי הגשר: דת ומדינה בראשית דרכה של ישראל** 88, 96-97 (מרדכי בר־און וצבי צמרת עורכים, **2002**).

בעיית היחס שבין דת ישראל ועם ישראל.״[27] זה כוחו של רישום הדת והלאום, וזו משמעות ההפרדה ביניהם.

(ג) סדרי הרישום בראשית ימי המדינה

הנה כך נרשמו תחילה ילידי ישראל, כפי שתיאר לימים שר הפנים בפני הכנסת:

> ב-1 במאי 1950... ניתנה הוראה לרשום במרשם התושבים את הילדים הנולדים לפי תלוש הודעה על לידה של משרד הבריאות. בתלוש זה בכלל לא היה ציון לא לדת ולא ללאום. אבל היו ממלאים שני מיני תלושים: אחד שהיה מודפס רק בעברית, והשני שהיה מודפס בעברית ובערבית. כל מי שמילא את התלוש בעברית – היה בחזקת יהודי, וכך נרשם... במקרים שמסיבה כלשהי היה מתעורר ספק – היו רושמים במשרד הבריאות ומטעמו את הילד לפי לאום האב דווקא, בהתאם להוראות שהיו קיימות בימי המנדט.[28]

בינואר 1955 הונחו הפקידים כי במקרה של נישואי־תערובת יירשמו הילדים לפי רצון ההורים; ומובן שהייתה זו הנחיה ״חילונית״ ברוחה, שאפשרה לאב יהודי ולאם נוכרייה לרשום את ילדם כיהודי. כעבור חצי שנה הועברה האחריות לרישום לידות ופטירות ממשרד הבריאות למשרד הפנים,[29] ונראה כי בהזדמנות זו, בימי השר הדתי שפירא, אושרה מחדש ההנחיה ה״חילונית״. הבא בכהונת שר הפנים היה ישראל בר-יהודה, איש השמאל החילוני, ודווקא בימיו קבע מנהל אגף הרישום – הפעם ברוח ההלכה – כי יליד ישראל מנישואי־תערובת יירשם לפי פרטי האֵם. הנה כי כן, השרים באו והלכו; אבל בפועל שלטו הפקידים – וכשם שהשר הדתי שפירא לא ידע על ההנחיה ה״חילונית״,[30] כך השר החילוני בר-יהודה לא ידע על ההנחיה ה״הלכתית״.

זרע הפורענות נזרע לבסוף בשנת 1957, בעיצומו של גל עלייה מפולין. בחודש מאי 1957 הגיע לשיא מספר הלא־יהודים מקרב העולים,[31] ובאותו חודש גם ניתנו הנחיות ״הלכתיות״ לגבי רישום הילדים העולים, כפי שניתנו שנה קודם לגבי רישום ילידי

---

[27] בן-רפאל, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 255.

[28] ד״כ 24, 2231, 2237 (התשי״ח). הדברים נאמרו בדיון בכנסת על המשבר סביב הנחיות הרישום של שר הפנים ישראל בר-יהודה משנת 1958 (להלן: הנחיות הרישום), וראו על כך בהמשך.

[29] **שנתון הממשלה** 242 (1956). קודם לכן הועברו הנתונים ממשרד הבריאות לידי אגף הרישום במשרד הפנים.

[30] שפירא העיד לימים כי היה נלחם בה אילו ידע עליה, וכי נתברר לו שלמעשה לא נהגו לפיה: ד״כ 24, 2231 (התשי״ח).

[31] ראו את הנתונים אצל גבריאל זלדין ״העלייה הלא־יהודית בעשור הראשון לקיום המדינה וקליטתה – נתונים, עמדות והשלכות״ **מעוף ומעשה במכללת אחווה** 2, 67, 71 (1995).

ישראל.[32] הפעם נודעו ההנחיות לשר בר-יהודה. הוא זימן לשיחה את מנהל אגף הרישום, וגילה אנדרלמוסיה רבתי: "נרשמים דברים אבסורדיים ובלתי חוקיים, כמו: לאום – 'נוצרי', לאום – 'יהודי-גר', לאום 'ערבי' ליהודי שהתאסלם, ועוד יצירות 'מקוריות' מאד מסוג זה."[33] כך, למשל, שלוש גרסאות שונות נמצאו לילדיהם של אב יהודי ואם נוצרייה: במקרה אחד רשמו לאום יהודי לפי האב; במקרה אחר רשמו לאום נוצרי לפי האם (וכאילו הנצרות היא לאום); ובמקרה שלישי רשמו לאום פולני לפי ארץ-המוצא.[34] בר-יהודה החליט לעשות סדר – וביום 10.3.1958 ניתנו על דעתו הנחיות מפורטות תחת הכותרת "הנחיות בדבר רישום פרטים בענין המעמד האישי לפי החוקים הבאים: (1) פקודת מרשם התושבים תש"ט-1949; (2) חוק השבות תש"י-1950; (3) חוק האזרחות תשי"ב-1952".[35] ההנחיות החדשות הסתמכו על חוות-דעת מקיפה של היועץ המשפטי לממשלה דאז חיים כהן. הן דנו לא רק בפרטי הדת והלאום, אלא גם בנישואין ובשורה של שאלות בדבר מלאכת הרישום ותפקידו של הפקיד הרושם. בפעם הראשונה, אם כן, זכה המרשם בתשתית משפטית של ממש.

(ד) הנחיות הרישום ומשבר "מיהו יהודי" (1958)

הנחיות הרישום קבעו, בין היתר, כי פקיד הרישום אינו קובע את מעמד הנרשם; כי אין תפקידו להכריע בשאלות משפטיות או דתיות; וכי בהעדר יסוד לחשד חובתו לרשום את שהנרשם מודיעו. עוד קבעו ההנחיות כי נפקות הרישום מוגבלת, וכי בית-משפט ואף כל רשות מנהלית רשאים להתעלם מהרישום ולהגיע למסקנות משלהם. על-גבי תשתית נורמטיבית זו באו גם ההנחיות הספציפיות לרישום "יהודי": "אדם המצהיר בתום לב שהוא יהודי יש לרשום כ'יהודי' ואין לדרוש ממנו כל הוכחות אחרות" (סעיף 17 להנחיות); ובאשר לקטינים – "דיה לו [לפקיד] הצהרת ההורים שילדם הוא יהודי בכדי שירשום אותו כיהודי" (סעיף 18(א)).

הנחיות הרישום חוללו מייד משבר פוליטי וציבורי חריף ללא תקדים.[36] הן הבעירו את אש המחלוקת בסוגיית "מיהו יהודי", הובילו להתפטרותם של השרים הדתיים מן הממשלה, ואגב כך גם הוציאו את מרשם התושבים מאלמוניותו. בשלב מוקדם הבהיר בר-יהודה כי באומרן "יהודי" התכוונו ההנחיות ללאום, ולא לדת,[37] אולם לא היה בכך כדי להועיל. כיצד אפשר לרשום גוי כיהודי? – שאלו במחנה המסורתי. אלפי שנים היו

---

[32] לנוסח ההנחיות ראו ד"כ 24, 2231 (התשי"ח). הדעת נותנת שעיתוי ההנחיות נבע במישרין מן השיא בעלייה הלא-יהודית.

[33] ד"כ 24, 2239 (התשי"ח).

[34] שם.

[35] ההנחיות במלואן פורסמו בתוך זרח ורהפטיג **חוקה לישראל – דת ומדינה** 498-505 (נספח טז) (1988).

[36] ראו בהרחבה דון יחיא, לעיל ה"ש 26.

[37] ד"כ 24, 2236-2237 (התשי"ח). לעומתו, חיים כהן סבר שהכוונה הייתה הן ללאום והן לדת (ראו ה"ש 40 להלן).

הדת והלאום מהות אחת ובלתי-נפרדת בעם-ישראל, ודווקא המדינה בת העשר מתיימרת להפריד ביניהם ולשנות סדרי עולם? אבל גם המחנה החילוני הניף את דגלו: מדוע יקבלו הרבנים את מפתחות הכניסה לעם היהודי? – שאלו. יהודי בלאומו אינו ניכר באָמו דווקא, אלא בכך שבא לקשור את גורלו בישראל, מדבר עברית, חש כיהודי, וברוח זו מחנך את ילדיו. ״האם אין לנו האומץ״, שאל יעקב חזן, ״להכריז כי העם היהודי הוא העם היהודי, והדת היא דת?״[38]

משנגלו ממדי המשבר, קיבלה הממשלה שלוש החלטות שנועדו להשקיט מעט את הרוחות: ראשית, אדם בגיר יוכל להירשם כיהודי אם הצהיר בתום-לב שהוא יהודי **ואינו בן דת אחרת**;[39] שנית, יבוטלו כל ההוראות שניתנו בעניין זה למן קום המדינה; ושלישית, הממשלה תבקש ״חוות דעת של חכמי ישראל בארץ ובחוץ לארץ״ בנושא רישום הילדים. על יסוד החלטה אחרונה זו כתב ראש הממשלה לארבעים ושבעה אישים ושאל את פיהם (להלן: ״משאל החכמים״). התשובות שקיבל הן ראי מרתק של התקופה, אולם רוב מכריע מבין הנשאלים צידד ללא סייג בעמדת ההלכה.[40]

משבר הנחיות הרישום הסתיים בקול דממה דקה. הן נותרו בתוקפן כארבעה חודשים בלבד, עד שסר חינן בהחלטת הממשלה כאמור לעיל. בעקבות הבחירות שב שפירא לכהונת שר הפנים, שבה ישמש מעתה עשר שנים רצופות, וכבר ב-1 בינואר 1960 שב וקבע הנחיות ״הלכתיות״, שעיקרן רישום היילוד לפי פרטי האֵם.[41] הנחיות שפירא זכו בהסכמה או בהסכמה-בשתיקה מצד הממשלה החדשה, ודומה שהייתה בכך הודאה הן בעוצמת ההתנגדות שעוררו ההנחיות הקודמות והן בתוצאות ״משאל החכמים״. נראה היה שנסתם הגולל על הנחיות-המריבה, ולכאורה בטלו לא רק

---

38 דון יחיא, לעיל ה״ש 26, בעמ׳ 98.

39 החלטה זו הוציאה את העוקץ משאלת היהודים שהמירו את דתם ונעשו בני דת אחרת. עם זאת, היא לא הועילה כלל במחלוקת סביב ילדיהם של אב יהודי ואם נוכרייה, שבעיני ההלכה הם נוכרים-מלידה. ראו עוד פרשת **רופאייזן**, להלן ה״ש 42, ופרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24.

40 התשובות פורסמו בתוך בן-רפאל, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 143-301. חיים כהן נמנה אף הוא עם ״החכמים״, והגן כמובן על ההנחיות שניתנו בהשראתו. עם זאת, ובניגוד בולט לבר-יהודה, הבהיר כהן שכוונת ההנחיות הייתה הן לרישום הדת והן לרישום הלאום. ראו את מכתבו לבן-גוריון, שם, בעמ׳ 221-225. נראה כי כהן ובר-יהודה לא הבחינו כלל במחלוקת שהתגלעה ביניהם. ראו עוד חיים כהן **מבוא אישי** 246 (2005).

41 ביטול הנחיות הרישום אף עוגן בהסכם הקואליציוני להקמת הממשלה החדשה. ראו ורהפטיג, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 163. הנחיות שפירא הובאו על-ידי השופט לנדוי בפרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24, בעמ׳ 517. לדברי פרופ׳ רובינשטיין, ״אין שום סימן לכך ש[הנחיות שפירא] הובאו לידיעת הממשלה״ – אמנון רובינשטיין **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** 115 (מהדורה חמישית, 1996). בכל הכבוד, תמונה שונה מצטיירת מדברי השופט לנדוי בעניין **שליט**, לעיל ה״ש 24, בעמ׳ 524: ״היועץ המשפטי לממשלה הודיע לנו ש[הנחיות שפירא] ניתנו על-ידי שר הפנים, **אחרי שהוסמך לכך על-ידי הממשלה**.״ הווה אומר, הממשלה ידעה היטב את הנעשה, אם בידיעה ממש ואם בעצימת-עיניים.

ההוראות הספציפיות שנקבעו בהן לעניין רישום "יהודי", אלא גם העקרונות הנורמטיביים הכלליים ששימשו להן יסוד.

(ה) הלכת רופאייזן (1962), הלכת פונק-שלזינגר (1963) וחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965

אוסוולד רופאייזן היה יהודי-מלידה שהמיר את דתו לנצרות ונעשה כומר, אך המשיך לראות את עצמו כבן הלאום היהודי. משהחליט לבוא ארצה ביקש לעלות כיהודי, וכך גם להירשם במרשם התושבים: נוצרי בדתו ויהודי בלאומו.[42] הגם שהותר לו להשתקע ולקבל מייד אזרחות ישראלית, סורבה בקשתו לעלות ולהירשם כיהודי. הוא עתר אפוא לבג"ץ בבקשה שכל-כולה סמל ואידיאולוגיה – להכיר בו בישראל כיהודי-נוצרי.[43] כזכור, החלטת הממשלה הייתה שאדם בגיר יוכר אומנם כיהודי לפי הצהרתו, אך רק אם הוא אינו בן דת אחרת. בפרשה דנן ניתנה להחלטה זו גושפנקה שיפוטית: רופאייזן היה בן הדת הנוצרית, ועתירתו לעלות ולהירשם כיהודי נדחתה (כנגד דעתו החולקת של חיים כהן, אבי הנחיות הרישום, אשר התמנה בינתיים לבית-המשפט העליון). בתעודת-הזהות שקיבל נרשם כך – "הלאום: בלתי ברור".[44]

פרשת **רופאייזן** הוכרעה בשלהי 1962, זמן לא-רב לאחר הניצחון ה"הלכתי" במשבר ההנחיות. נראה היה שהגישה המסורתית מושלת בכיפה, והשר שפירא מרביץ את תורתו (תרתי משמע) במשרד הפנים ובמדינה בכלל. ובאווירה זו, בחלוף שבועות ספורים, ניתן פסק-הדין בפרשת **פונק-שלזינגר**. כזכור, הלכת **פונק-שלזינגר** יצרה הפרדה חדה בין רישום לבין סטטוס, והדגישה את חובת הפקיד לרשום את הפרטים שהנרשם מודיעו; ואם דמתה בכך לעיקרי הנחיות-המריבה שראינו, הרי אין זו יד המקרה: פרקליט העותרת הסתמך על אותן הנחיות, והשופט זוסמן ציטט אותן כמעט במלואן וסמך עליהן את ידו.[45] הכיצד הסתמך בית-המשפט על הנחיות שכבר בוטלו? מסתבר שהביטול במקרה זה לא היה אלא ירידה זמנית למחתרת, וההנחיות רק המתינו

---

[42] בג"ץ 72/62 **רופאייזן נ' שר הפנים**, פ"ד טז 2428 (1962). רופאייזן נודע גם בשמו הנוצרי "האח דניאל". סיפורו הוא מן המרתקים שסופרו אי-פעם – ראו הלל זיידל **אדם במבחן** (1971); נחמה טק **בגוב האריות** (2000).

[43] כך העיד רופאייזן בעצמו: "לא האזרחות היתה מטרת השתדלותי. הרי ידעתי שאשיג אותה, כך או אחרת. שר הפנים דאז, משה חיים שפירא, שוחח איתי ארוכות והפציר בי שלא אפנה לערכאות משפטיות, ואף היה מוכן להעניק לי מיד את האזרחות... כוונתי היתה ליצור תקדים חוקי." אוסוולד רופאייזן "ואינו בן דת אחרת" **פוליטיקה** 17, 21 (1987). לימים התחרט רופאייזן על פנייתו לבית-המשפט: "לא הבנתי... שבית המשפט אינו פורום מתאים לשינוי מושגים חברתיים" (שם); וכן אמר: "[עתרתי] כשאני משוכנע שאני צודק. כיום אני חושב שהפנייה לבית המשפט היתה טעות." טק, לעיל ה"ש 42, בעמ' 234.

[44] רופאייזן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 21.

[45] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 248. ההנחיות מצוטטות על-פני ארבעה עמודים בעמ' 245-248.

למי שיבוא ויוציאן שוב אל האור. ברוח זו העיר השופט ברנזון כי מוטב לפקידי הרישום להמשיך לפעול על-פי ההנחיות, "אף כי כנראה אינן מהוות עוד הנחיות רשמיות מטעם שר הפנים".[46]

בהשפעת פסק-הדין חוקקה הכנסת את חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965. בסעיף 3 לחוק נקבע שהרישומים ישמשו ראיה לכאורה לנכונותם, **למעט** בפרטי הלאום, הדת, המצב האישי ושם בן-הזוג. כלומר, רוב פרטי הרישום הוכרו כראיה – **בניגוד** למה שנקבע בהלכת **פונק-שלזינגר** –ולא כן פרטי המעמד האישי, שחוללו הן את משבר "מיהו יהודי" והן את המחלוקת על רישום נישואין. מפרטי המעמד האישי ביקש החוק לשלול כל כוח של ראיה – והטעם ברור: כה רגישים היו פרטים אלה, כה מורכבים במישור המשפטי ונוחים-להתלקח במישור הציבורי, עד שנדמה היה כי מוטב להקהות את עוקצם ככל האפשר.

2. חוק המרשם: 1965 ואילך

(א) פרשת שליט ותיקון חוקי השבות והמרשם (1970)

בפרשת **שליט** (1970) נידון עניינם של ילדים לאב יהודי ולאם נוכרייה, אשר פקיד הרישום סירב לרושמם כיהודים בלאומם.[47] לראשונה בתולדותיו ישב בית-המשפט העליון בהרכב מורחב של תשעה שופטים:[48] והרי זו כשלעצמה עובדה חסרת פשר, אם אכן נועד ההרכב לשם דיון ברישומים טכניים ובשאלות של סטטיסטיקה. שלא כמו רופאייזן, ילדי שליט היו חסרי דת (וכך גם נרשמו), ומה שנקבע לגביו כ"בן דת אחרת" לא הועיל בעניינם כלל. נותרה השאלה העירומה אם יוכלו הילדים להירשם כבני הלאום היהודי אף שנולדו לאם נוכרייה. באווירה טעונה פסקו השופטים ברוב של חמישה נגד ארבעה, על יסוד הלכת **פונק-שלזינגר**, כי הנחיות שפירא בטלות (לאחר שעמדו בתוקפן עשר שנים תמימות!), ופקיד הרישום חייב לרשום את הילדים כיהודים.[49] ומייד גבהו מחדש להבות המחלוקת, עד כדי חשש ממשי לאלימות.[50] לא הועילה דעת הרוב, שהדגישה כי מדובר רק בגדרי סמכותו של "מאסף חומר סטטיסטי". בוודאי לא

---

46 שם, בעמ' 258.

47 פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24.

48 רובינשטיין, לעיל ה"ש 41, בעמ' 119.

49 חוק מרשם האוכלוסין תוקן בין לידתו לבין ההחלטה בפרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24 (תיקון מס' 1, ס"ח התשכ"ז 145), והפרק שכותרתו "סמכויות פקיד-הרישום" הורחב מאוד (ראו ס' 19א–19ו לחוק המרשם דהיום). אולם לא היה בכך כדי להועיל אל מול סערת המחלוקת. קצרה היריעה מלהעמיק בהוראות אלה של חוק המרשם.

50 על האווירה באותם ימים, לרבות בקרב הנפשות הפועלות בין כותלי בית-המשפט העליון, ראו פנינה להב **ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית** 273-306 (1999). שבוע לאחר מתן פסק-הדין הסביר שר המשפטים לנשיא בית-המשפט העליון כי כפיית הרישום עלולה להוביל לשפיכות-דמים. ראו שם, בעמ' 304.

התקררה דעת המיעוט, שראתה לנגדה שאלה מהותית אשר ״עולה בערכה ובחשיבותה על כל מה שנדון בבית משפט זה למן יום היותו״.[51] לא סייע גם סעיף 3 לחוק המרשם, שניסה לשלול מרישום הלאום ולו גם ערך של ראיה לכאורה. מרשם האוכלוסין התגלה, פעם נוספת, כמרשם בדוק להצתת אש גדולה ומסוכנת.

בשלב זה ניעור המחוקק מרבצו. ראשית, במטרה להשיב על כנו את הסטטוס־קוו, קבע המחוקק לראשונה הגדרה סטטוטורית של המושג ״יהודי״, אשר תחול הן על חוק המרשם והן על חוק השבות.[52] מעתה, ״יהודי״ יהא ״מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת״. עוד קבע המחוקק, במישור המעשי, כי **זכויות** השבות של יהודי יוקנו גם לבני משפחתו עד דור שלישי, אפילו **אין** הם יהודים.[53] המרשם חרג אפוא הרחק־הרחק מתחום הביורוקרטיה והסטטיסטיקה שהלכת **פונק־שלזינגר** כה התאמצה לשייכו אליו, והוביל במישרין לאחד המהלכים המכריעים ביותר שעשתה הכנסת אי־פעם, במישור הסמלי והמעשי כאחד.[54]

ההגדרה הסטטוטורית של ״יהודי״ בישרה מייד על סבב חדש של התדיינות שיפוטית סביב חוק המרשם וחוק השבות גם־יחד. כבר על ערש לידתה ניצבה השאלה אם המילה ״נתגייר״ פירושה גיור אורתודוקסי בלבד או שמא היא מכוונת גם לגיור לא־אורתודוקסי.[55] לא חלפו ימים רבים עד שנוספה גם השאלה מיהו ״בן דת אחרת״,[56] ומאחורי הכותל הציצו כבר שאלות נוספות, שחלקן הוכרעו בינתיים וחלקן נותרו פתוחות. לא כאן המקום להרחיב על כל אלה. די אם נציין כי שאלת ״מיהו יהודי״ התחלפה בשאלה ״מיהו גֵּר״; ואם כך — מי מוסמך לגייר, דהיינו, מיהו רב ומהו בית־דין;[57] ואם כך — מי מקיים ומקבל עליו רב ובית־דין, דהיינו, מהי קהילה יהודית הראויה לשמה.[58]

---

51 דבריו של השופט זילברג בפתח פסק־דינו בפרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24, בעמ׳ 492.

52 חוק השבות (תיקון מס׳ 2), ס״ח התש״ל 34. ההגדרה נקבעה בס׳ 4ב לחוק השבות ו־3א לחוק המרשם.

53 ס׳ 4א לחוק השבות.

54 המשמעות הסמלית של הגדרת ״יהודי״ גלויה לעין, ולא כאן המקום להרחיב עליה את הדיבור. באשר למישור המעשי — ס׳ 4א לחוק השבות פתח את השער לפני מאות אלפי יהודים ולא־יהודים שעלו מכוחו ארצה: הן לא־יהודים שנעשו זכאי שבות מתוקף קרבתם ליהודי, והן יהודים שהיו זכאים גם קודם אך נמנעו מלעלות ארצה ולהשאיר מאחור את קרוביהם הלא־יהודים. למותר להכביר מילים על מידת השפעתה של עלייה המונית זו על צביונן של החברה והמדינה.

55 ראו ורהפטיג, לעיל ה״ש 35, בעמ׳ 175-178, המראה עד כמה ניתנה הדעת לשאלה זו כבר ערב החקיקה. על השתלשלות הבעיה ראו רובינשטיין, לעיל ה״ש 41, בעמ׳ 131-139.

56 רובינשטיין, שם, בעמ׳ 125-128.

57 אבנר שאקי **מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל** כרך ב 365 ואילך (1976).

58 ראו, למשל, בג״ץ 264/87 **התאחדות הספרדים שומרי תורה נ׳ מנהל מינהל האוכלוסין**, פ״ד מג(2) 728, 735 (1989) (להלן: פרשת **ש״ס**).

(ב) ניתוק הדין הקיים ממקורו, אף מבלי שניתנה לכך הדעת

כפי שראינו, הלכת **פונק-שלזינגר** היא האזמל החד שהפריד בין יהודי לצורכי מרשם לבין יהודי לצורכי שבות, אף שנולדו כתאומים זהים. אבל מסתבר שלפחות לעניין זה גויסה הלכה זו בעל-כורחה, שלא לפי רצונה המקורי.

הנה דברי השופט זוסמן בפרשת **שליט**, שבה הכריע על יסוד החלטתו שלו בפרשת **פונק-שלזינגר**: "אף אם אין הכרח בכך שלדיבור 'יהודי'... תהא משמעות אחידה בכל החוקים למיניהם, הדעת נותנת, כי פירושו של 'יהודי' בחוק מרשם האוכלוסין יהא כפירושו בחוק השבות."[59] והיות שדברים אלה נאמרו **לפני** ההגדרה הזהה של "יהודי" בחוקי השבות והמרשם, הרי מובן שהתחדדו אף ביתר שאת אחריה, כאשר נראה היה בעליל כי יהודי של מרשם ויהודי של שבות חד הם ואין להפרידם. ובכל-זאת הופרדו, כפי שנקבע למשל בהלכת **נעמת**: "הלכת פונק-שלזינגר הכתה שורשים בפסיקה... **ממילא ברור** כי [ה]רישום... 'יהודי' אין משמעותו כי לנרשם מעמד של 'יהודי' על-פי חוק השבות."[60]

עינינו הרואות כי ההפרדה בין יהודי-של-מרשם ויהודי-של-שבות מוצגת כמסקנה ברורה ומתבקשת מהלכת **פונק-שלזינגר**, אף שדווקא אביה-מולידה של אותה הלכה – השופט זוסמן – הגיע כאמור למסקנה הפוכה. הלכת **פונק-שלזינגר** עשתה לה כנפיים וקיבלה חיים משל עצמה.

(ג) הביקורת על הלכת פונק-שלזינגר וביצור מעמדה בהלכה הפסוקה

על הלכת **פונק-שלזינגר** נמתחה ביקורת הן בבית-המשפט והן מחוץ לו.[61] כך, למשל, כתב פרופ' שאוה על רישום נישואין: "אין להמעיט מחשיבות הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות המוצאת מכוחו... יש להניח שבפועל הרשויות השונות במדינה, כמו משרד השיכון, הביטוח הלאומי, שלטונות הצבא, המיסים וכו' מתייחסות אל הצדדים כנשואים – באין מכשיר משפטי יעיל אחר – **על סמך הרישום במרשם האוכלוסין ובתעודת הזהות**. ובהתאם לכך מעניקים את הזכויות הכרוכות במעמד אישי זה."[62]

---

59 פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 512-513.

60 פרשת **נעמת**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 745 (ההדגשה הוספה). ראו גם את הציטוט מפרשת **רודריגז-טושביים**, לעיל ה"ש 5.

61 לסיכום קצר של הביקורת השיפוטית ראו לאחרונה בג"ץ 3045/05 **בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק וכן דעת המיעוט של השופט רובינשטיין (טרם פורסם, 21.11.2006) (להלן: פרשת **בן-ארי**). לביקורת אקדמית ראו פלק, לעיל ה"ש 16; מנשה שאוה "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל" **הפרקליט** מב 188 (1995); מנשה שאוה "רישום והכרה של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שלזינגר ובתיחום גבולותיה" **קרית המשפט** א 103 (2001) (להלן: שאוה "רישום אימוץ זר").

62 מנשה שאוה **הדין האישי בישראל** כרך א 586-587 (מהדורה רביעית, 2001) (ההדגשה במקור).

גם המדינה לא רוותה נחת מן הדין הקיים. בפרשת **נעמת** דנו אחד-עשר שופטים בשאלת רישומם של גֵרים לא-אורתודוקסים.[63] המדינה טענה במפורש כי יש לסטות מהלכת **פונק-שלזינגר** – וזאת משום שיש בה התעלמות ממשקלו המעשי והציבורי של המרשם במציאות, משום שרשויות המדינה מסתמכות על המרשם בעצמן, ומשום שהכרה בגיור לצורכי רישום עשויה לגרור גם הכרה לצרכים נוספים ובהם שבות. הטענות נדחו כולן, מפי הנשיא ברק ועימו שמונה שופטים נוספים: ״הלכת פונק-שלזינגר הכתה שורשים בפסיקה... רשויות המדינה... חייבות להיות מודעות לאופי המוגבל של הרישום במרשם... בעקבות רשויות הציבור... גם הציבור הרחב מבין כי הרישום של פרטי הדת, הלאום והמצב האישי במרשם 'לא בא אלא למטרות סטטיסטיקה וכיוצא בזה'.״[64]

בפרשת **ש״ס**,[65] עוד קודם לפרשת **נעמת**, הוחלט כי תושב זר שעבר גיור לא-אורתודוקסי בחוץ-לארץ יוכל להירשם כיהודי בבואו ארצה, וזאת מבלי לקבוע אם גיורו תקף אם לאו. מה טעמה של הלכה זו? המדינה טענה כי רישום גיורים שנעשו בחוץ-לארץ נועד למנוע שינוי בסטטוס של המתגייר בעוברו מארץ לארץ, וזאת בהשראת כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי. אך מסתבר שהמדינה טעתה בהבנת פסק-הדין: ״טענה זו [של המדינה] יש לדחות. הלכת תנועת ש״ס אינה עוסקת במשפט בינלאומי פרטי – לא במישרין ולא על-דרך ההשראה. הלכת תנועת ש״ס אף אינה קובעת כי לכאורה שונה הסטטוס של המתגייר. הלכת תנועת ש״ס מבוססת על הגישה כי [שאלת תוקף הגיור] היא שאלה לא פשוטה, שפקיד הרישום אינו רשאי להכריע בה.״[66] אִמרו מעתה: אם רישום מבוקש מעורר ״שאלה לא פשוטה״ מבחינה משפטית, די בכך כדי שהרישום ייעשה. והרי זו מסקנה תמוהה, בכל הכבוד, עוד בטרם נכנסנו בעובי הקורה.

הוכחה אחרונה לכוחה של הלכת **פונק-שלזינגר** ניתנה לא מכבר בפרשת **בן-ארי (2006)**, שסבה על עתירתם של כמה זוגות של גברים ישראלים שנישאו זה לזה בקנדה ושבו ארצה. על דעת שישה מבין שבעת שופטי ההרכב קבע הנשיא ברק כי ״מאז נפסקה פרשת פונק שלזינגר... הלך כוחה וגבר... הלכת פונק שלזינגר ראויה היא וטובה״.[67] מכאן ההחלטה כי זוגות הגברים שנישאו בקנדה יוכלו להירשם כנשואים בישראל.

אין עוד צורך להרחיב על יישומה של הלכת **פונק-שלזינגר** בשורה ארוכה של פסקי-דין. די באמור לעיל כדי להיווכח ברום מעמדה, כאחת ההלכות הותיקות והמושרשות ביותר שקבע בית-המשפט העליון אי-פעם.

---

63 פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3.

64 שם, בעמ׳ 745. הציטוט הפנימי הוא מפרשת **אבו ראס**, וראו על כך להלן ה״ש 123 והטקסט הסמוך לה.

65 לעיל ה״ש 58.

66 פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 750.

67 פרשת **בן-ארי**, לעיל ה״ש 61, פס׳ 8 ו-14 לפסק-דינו של הנשיא ברק. ראו עוד, ברוח זו, את פסק-דינה הקצר של השופטת ביניש (כתוארה אז) באותה פרשה.

(ד) מחיקת סעיף הלאום מתעודת-הזהות

סעיף 24 לחוק המרשם מסדיר קבלת תעודת-זהות, וסעיף 25 קובע כי זו "תכיל את פרטי הרישום שיקבע שר הפנים באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת". הווה אומר, תעודת-הזהות אינה אלא העתקה של חלק מפרטי הרישום, ובעוד פרטי המרשם קבועים בחוק, פרטי התעודה קבועים בתקנות. סעיף 29(א) לחוק מוסיף וקובע כי כל אדם רשאי לקבל העתק או תמצית מן הרישום המתייחס אליו.

בעקבות הלכת **נעמת**, אשר חייבה את שר הפנים לרשום גֵרים לא-אורתודוקסים כיהודים, הוחלט לאחרונה למחוק את סעיף הלאום מתעודת-הזהות.[68] אולם המרשם עצמו נותר כשהיה. כלומר, רישום הלאום ממשיך להיעשות כמקודם, מכוח חוק המרשם ובהתאם להלכה הפסוקה, אך מעתה הוא מוצג במרשם לבדו. מטעם זה סבור פרופ' קורינאלדי כי מחיקת הלאום מתעודת-הזהות היא "פעולה 'קוסמטית', חסרת תועלת... כל אדם, לרבות גֵר רפורמי, יוכל גם להבא לקבל תמצית מרשם שבו [צ"ל בה] יצוינו הלאום והדת שלו כיהודים... וסביר להניח כי יתפשט עתה מנהג של שימוש בתמצית המרשם".[69]

לדעתי, בכל הכבוד, מחיקת סעיף הלאום כאמור אינה "קוסמטיקה" כלל ועיקר, וגם אין לראות תמצית רישום כתחליף לתעודת-הזהות. כמה טעמים לכך. **ראשית**, רב המרחק בין תמצית שאדם **רשאי** להוציאה לצורך מיוחד לבין תעודה שלא רק **חובה** עליו

---

[68] תקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודת זהות) (תיקון), התשס"ב-2002, ק"ת 584. ברקע עמד סירובו של שר הפנים אלי ישי (ממפלגת ש"ס) להשלים עם רישום גֵרים לא-אורתודוקסים כיהודים. הוצע אפוא למחוק את רישום הלאום מעיקרא, וזאת מבלי שניתנה תחילה הדעת להבחנה בין הרישום במרשם, המעוגן בחקיקה ראשית, לבין הרישום בתעודת-הזהות, המעוגן בחקיקת-משנה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 451 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 4817 (13.3.2002). עובר לדיון סברה הוועדה כי כוחות הביטחון אינם מתנגדים להשמטת סעיף הלאום, אך במהלך הדיון התברר כי אומנם השב"כ אינו מתנגד, אולם המשטרה שינתה את עמדתה ועתה היא מתנגדת. הוועדה הופתעה, והדיון הופסק על-מנת לברר את עמדת הממשלה. עם חידוש הדיון נמסרה לוועדה הודעת השר לבטחון פנים, על דעת ראש הממשלה, כי על-אף התנגדות המשטרה הוא תומך בהשמטת סעיף הלאום מהתעודה. ההודעה עוררה סערה מאחר שהיא נראתה בעיני אחדים כהפקרת השיקול הבטחוני, דווקא בתקופה קשה של פיגועי טרור, לטובת האינטרס של שימור הקואליציה עם מפלגת ש"ס. השיקול הבטחוני אכן הניע את יושב-ראש מפלגת שינוי (חבר-הכנסת יוסף לפיד) ואת יושב-ראש הוועדה (חבר-הכנסת אופיר פינס) לשנות את עמדתם הקודמת ולהצביע נגד ההשמטה. אולם הרוב הצביע בעד, ותעודות-זהות חדשות שוב אינן מציינות את הלאום. סופם של דברים שיוזמי ההשמטה יצאו כשרק חצי תאוותם בידם: אם המטרה הייתה לחסוך מהשר את החובה לרשום כיהודים גֵרים לא-אורתודוקסים, הרי שזו לא הושגה, שכן בגדרי **המרשם** ייעשה הרישום כפי שנקבע בהלכת **נעמת**. עתירה לבג"ץ נגד השמטת סעיף הלאום נדחתה – בג"ץ 6539/03 **גולדמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(3) 385 (2004).

[69] מיכאל קורינאלדי "חופש הדת בישראל – במה נשתנה ה'סטטוס קוו'?" **שערי משפט** ג 287, 325 (2004).

לשאתה אלא הוא נזקק לה כל העת לצרכים רבים מאוד.[70] ספק אם כלל הנרשמים או רובם יבקשו לעצמם ״תמצית דת ולאום״, וגם בידי אלה שיבקשו יהיה זה מסמך המשמש לעת מצוא, ולא תעודה שימושית של יומיום. **שנית**, היות שתעודת־הזהות הייתה ונותרה מסמך נגיש ושימושי מאוד, הרי כל שינוי בה עשוי להשפיע באופן ממשי – בוודאי בטווח הארוך – על עיצוב התודעה בקרב יהודים ולא־יהודים כאחד.[71] **שלישית**, מי שחשובה להם ההבחנה בין גֵּר רפורמי מזה לבין יהודי־מלידה או גֵּר אורתודוקסי מזה – תמצית רישום של המדינה ממילא אינה קובעת בעיניהם. הללו יערכו בדיקה משל עצמם, ולא יסתפקו עתה בתמצית כשם שלא הסתפקו בעבר בתעודה. ואילו בעיני הציבור היהודי הרחב, הבוטח בזהותו גם ללא תעודות ותמציות, נראה כי דווקא מי שינופף ב״תמצית דת ולאום״ – מסמך שטרח **במיוחד** לבקשו ולקבלו – עלול לעורר תמיהות ולהכריז על עצמו ״דורשני״.

כללו של דבר: ספק רב, לדעתי, אם מחיקת סעיף הלאום מתעודת־הזהות היא ״פעולה קוסמטית״ גרידא, מה־גם שהמחיקה מן התעודה עשויה להיות צעד ראשון לקראת מחיקה מן המרשם. בד בבד, מובן שהותרת סעיף הלאום במרשם פירושה המשך מחלוקות הרישום סביבו – הכל כמקודם.

ב. ״מאחורי הקלעים״ של פרשת פונק־שלזינגר

עמדנו על רום מעמדה של הלכת **פונק־שלזינגר** כיסוד מוסד בכל דיני המרשם. אבל ניתנה אמת להיאמר, שאין היא ראויה למעמד זה. בכל הכבוד הרב, תהום פעורה בין חוסנה הנחזה של ההלכה לבין חוסנה האמיתי, ופסק־הדין העוטף אותה מלא שגיאות ופגמים – ״מכף רגל ועד ראש אין בו מְתֹם״.[72]

1. הטעות הנמשכת בהבנת העובדות

הייתכן שהעובדות בפרשת **פונק־שלזינגר** מעולם לא הובנו נכונה? בדחילו ורחימו, אני סבור שאכן כך. לעניות דעתי נפל שיבוש מהותי בהבנת העובדות, שעיוות את הדין מראשיתו והכשיל הן את ההרכב שישב לדין והן את ההולכים בדרכו מאז.

למיטב הכרתי, המפתח להבנת הפרשה טמון בכמה הוראות בפקודת המרשם כפי שעמדה אז בתוקף, וכן בקריאה זהירה של העובדות כפי שהובאו בפסק־הדין עצמו. הנה אפוא סעיפי הפקודה הרלוונטיים, ולאחריהם תיאור העובדות כפי שהובאו בפסק־הדין.

---

[70] בניגוד לעבר, קבלת תעודת־זהות ונשיאתה הן כיום חובה לבני שש־עשרה ומעלה, וזאת מכוח חוק החזקת תעודת זהות והצגתה, התשמ״ג־1982, ס״ח 20. על ההיזקקות היומיומית לתעודת־הזהות יודע כל אדם בגיר מנסיונו.

[71] וראו עוד להלן תת־פרק ו3.

[72] ישעיהו א 6.

1. בפקודה זו... "תושב" – פירושו אדם שמקום מגוריו הקבוע הוא בשטח הפקודה, וכן אדם הנמצא בשטח הפקודה, שלושה חודשים רצופים...
5. (א) כל תושב שמלאו לו 16 שנה חייב להודיע למשרד הרישום את פרטי הרישום המנויים [בפקודה]...
(ב) המועד למילוי חובת ההודעה לפי סעיף קטן (א) הוא:...
(3) לאדם שהיה לתושב אחרי פרסום פקודה זו – שלושים יום מיום היותו לתושב.

המבקשת, נתינה בלגית ונוצריה, נישאה ביום 21 בדצמבר 1961 למר ישראל שלזינגר, יהודי אזרח ישראל. הטכס נערך בצורה אזרחית בניקוסיה שבקפריסין [ותועד שם ברישומים רשמיים ובמתן תעודת נישואין]. ביום 24.12.61 באה המבקשת ארצה בתור תיירת. תחילה ביקשה אשרה לישיבת-קבע, אולם בקשתה נדחתה והותר לה לשהות בארץ עד ליום 17.3.62 בלבד. יומיים לאחר מכן, ביום 19.3.62, ביקשה מלשכת מרשם התושבים בתל-אביב תעודת זהות ולצורך כך מסרה למשרד את הפרטים הדרושים על-פי פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949. [בקשתה סורבה.] המבקשת הביאה דברה לפני בית משפט זה והשיגה צו על תנאי המורה למשיב – שר הפנים – להראות טעם, מדוע הוא עומד בסירובו להכיר במבקשת כאשה נשואה, אשר שמה שלזינגר, ומדוע הוא עומד בסירובו לתת לה תעודת זהות על פי הרישום המבוקש, ואשרה לישיבת קבע. רק בתשובתו לצו על תנאי נעתר המשיב... להעניק לה אשרה לישיבת-קבע, ובכך ירדה שאלה אחת מעל הפרק. אך עדיין עומד המשיב בסירובו לרשום את המבקשת כאשה נשואה.[73]

(א) העובדות כהווייתן

בפסיקה ובספרות המשפטית מתוארת פרשת **פונק-שלזינגר** כאילו היא סבה על רישום הנישואין בלבד, וכאילו היה זה מלכתחילה הסעד היחיד שהתבקש.[74] אם תיאור זה נכון – אם רישום הוא אכן סעד בפני עצמו שאין בו כדי להקנות זכויות או לשרת מטרה "מעשית" כלשהי – אזי מאליו צף ועולה הרעיון של רישום סטטיסטי, או "רישום לצורך מרשם", שהוא חסר ערך בחיי-המעשה וממילא אין צורך להקפיד כל-כך על נכונותו. דא עקא, תיאור זה של הפרשה אינו מדויק כלל, והוא מטשטש ומעוות את

---

73 פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 241-242 (ההדגשה הוספה).

74 הדבר גלוי לעין וחוזר על עצמו, ואין צורך להכביר דוגמאות. לדוגמה מן הפסיקה ראו פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 61, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא. לדוגמה מדברי מלומדים ראו שאוה "רישום אימוץ זר", לעיל ה"ש 61, בעמ' 107.

העובדות כהווייתן.

נקל להיווכח כי הפרשה כולה החלה לא בסירוב לרשום את העותרת, אלא בסירוב לתת לה אשרה לישיבת־קבע. רק בהסכמת שר הפנים, ובעיצומו של ההליך המשפטי, ניתנה לבסוף האשרה המבוקשת, ובכך נמצא מענה לצורך הראשוני והדחוף של העותרת מרגע בואה ארצה: להבטיח לאורך זמן את עצם שהייתה כדין בישראל.[75] זאת ועוד, העותרת לא ביקשה להירשם אלא יומיים **לאחר** תום האשרה שקיבלה, ומן הסתם שהתה אז בישראל שלא כדין. אפילו נתעלם מכך, הרי לא הייתה אלא תיירת, וכשבאה להירשם טרם מלאו שלושה חודשים לבואה ארצה. נמצא שלא הייתה כלל בגדר ״תושב״, וממילא, לכל הדעות, לא הייתה צריכה להירשם ולא הייתה זכאית לתעודת־זהות. אכן, לא במקרה ניתנה אשרת התייר לשלושה חודשים **חסֵר שבוע** (מיום **24.12.61** עד יום **17.3.62**), שהרי בחלוף שלושה חודשים מלאים התייר נעשה ״תושב״, ואז – בהתאם לדין שעמד אז בתוקף – יש לרושמו במרשם ולצייד בתעודת־זהות.

על תמיהות אלה אין בפסק־הדין מילה וחצי מילה; ובחלוף יותר מארבעים שנה, מן הראוי לנסות לשחזר, ככל שלאל ידנו, את עיקרי העובדות והאינטרסים ש״מאחורי הקלעים״.

בהיותה נשואה טרייה ובמעמד של תיירת, אין פלא שהעותרת הציבה בראש מעייניה את עצם היכולת להתגורר בישראל דרך קבע. מובן לפיכך מדוע, מייד בבואה ארצה, הצטיידה בתעודת נישואיה וניגשה להסדיר את מעמדה במחלקת האשרות. האם הייתה זכאית מייד למעמד של קבע? הנה התשובה העקרונית הניתנת **כיום**, ללא היסוס, בבית־המשפט העליון: ״הכל יסכימו, כי בן הזוג הזר אינו זכאי – ולא יהיה זה ראוי כי יהיה זכאי – לקבל לאלתר זכות לישיבת קבע ואזרחות.״[76] אכן, אילו באה לישראל היום, הייתה גב׳ פונק־שלזינגר משתלבת דרך שגרה בהליכי ״הנוהל המדורג״, המקנה אזרחות (או תושבות־קבע) לזרים הנישאים לאזרחי ישראל. במסגרת זו היא הייתה מקבלת אשרה זמנית המתחדשת מזמן לזמן, והייתה צפויה למעין ״תקופת ניסיון״ בת שנים מספר, שבמהלכה היו הרשויות תוהות על קנקנה ועומדות על כנות נישואיה.[77] אבל לא כך עמדו הדברים בשנת 1962: העותרת דרשה לקבל **מייד ובזכות** מעמד של קבע; נראה שאיש לא הציע ״תקופת ניסיון״ או מתן אשרה ארעית; ואם לא

---

[75] ייתכן, אם כי אין לכך רמז בפסק־הדין, שתוקפה של אשרת הביקור של העותרת הוארך בשלב זה או אחר – אולי לצורך הבירור המשפטי – עד שהסכים שר הפנים לתת לה אשרה לישיבת־קבע.

[76] בג״ץ 3648/97 **סטמקה נ׳ שר הפנים**, פ״ד נג(2) 728, 787 (1999).

[77] הנוהל הקיים נקבע בשנת 1999. ראו מיכאל קורינאלדי **חידת הזהות היהודית** 227 (נספח ז) (2001). נוהל קודם (משנת 1996) נפסל בפרשת **סטמקה**, שם; ואילו הנוהל הקיים אושר בבג״ץ 7139/02 **עבאס־בצה נ׳ שר הפנים**, פ״ד נד(3) 481 (2003).

די בכך – עצם תוקפם של הנישואין עמד בסימן שאלה של ממש.[78] בנסיבות אלה אין פלא אם פקיד האשרות סבר שלא עליו האחריות לתת לגברת את מבוקשה; ואם פנה לממונים עליו, נוכל להניח שגם אצלם מצא מבוכה.[79] אולי הסביר הפקיד לגב' פונק-שלזינגר, לפי מיטב המסורת הביורוקרטית, כי אינו יודע מה ערך לייחס לתעודה הזרה, ולכן עליה לגשת תחילה אל לשכת המרשם, להצטייד שם במסמך רשמי ישראלי המעיד על נישואיה, ורק אז לשוב אליו להמשך הטיפול – ״לך-תבוא״ נוסח 1962. אבל אם כך ואם אחרת, האכזבה במחלקת האשרות הציבה לפני העותרת (ובעלה) שאלה דחופה ומעשית עד-מאוד: מה תעשה כעבור אחד-עשר שבועות, בשעה שתעבור בן-לילה ממעמד של תיירת למעמד של שוהה בלתי-חוקית.

---

78 מעבר לקשיים אחרים, ספק אם פקיד האשרות ראה אי-פעם תעודת נישואין אזרחית ממדינת קפריסין, מתורגמת מן הסתם מהלשון היוונית. קפריסין זכתה בעצמאותה ב-16.8.1960, כשנה בלבד לפני שנעשתה אכסניה לנישואי בני-הזוג. לשם שלמות התמונה יצוין כי נישואי העותרת נרשמו גם בדרכונה הבלגי, ולאחריו גם בפנקס המעמד האישי של שגרירות בלגיה (על יסוד התעודה הקפריסאית והדרכון הבלגי גם-יחד). ראו פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ' 241.

79 כבר בראשית ימי המדינה התדפקו על השער זוגות מעורבים, בעיקר יהודים שנשאו נוכריות. עוד לפני שאלת רישומם קמה השאלה אם יורשו מעיקרא לבוא ארצה; וכמו בימי ״המדינה שבדרך״, גם לאחר-מכן הופקד תחום העלייה בידי אנשי הציונות הדתית, ובראשם משה שפירא – מי שהיה ראש מחלקת העלייה של הסוכנות ערב הקמת המדינה, שר העלייה בממשלת ישראל הזמנית ובממשלה הראשונה, ולימים שר הפנים בימי פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1. בנובמבר 1948 הודיע שפירא כי הממשלה החליטה ״לא לתת רשיונות עלייה לבעלי נישואי תערובת, אלא אם כן לאחד הצדדים יש זכויות מיוחדות בהצלת יהודים [בשואה]. גם במקרים אלה... יידרש הנכרי להתגייר״ (זלדין, לעיל ה״ש 31, בעמ' 68). בישיבת הממשלה ציין שפירא כי ״יהודי אשר התחתן עם גויה ולא דאג שהיא תתגייר, לא דאג שהילדים יימולו, למה לנו 'יהודים' כאלה במדינת ישראל?״ (דבורה הכהן ״חוק השבות – משמעויות והשלכות״ **הציונות** 21, 289, 301 (1998)). אדרבה: בנושא זה כבאחרים היה שפירא מן המתונים במחנה הדתי, ואף ספג על כך ביקורת. ״בזמן עזרא ונחמיה בבית השני גירשו את הנשים הנכריות״, הזכיר לממשלה הרב לוין, שר הסעד מאגודת ישראל, ״ומדוע צריכים אנחנו לדאוג להכניס נשים נכריות לארץ-ישראל?״ (הכהן, שם, בעמ' 302). עמדה זו נדחתה לבסוף, כידוע, אולם אין להניח שנעקרה מהלבבות. זאת ועוד, נראה כי הן דתיים והן חילונים החזיקו בדעה שאין דין אחד לזוג מעורב העולה ארצה ממקום מושבו ולרווק ישראלי ה״קופץ״ לקפריסין לשאת אישה זרה. במקרה האחרון סברו בוודאי – בדיוק כפי שסבורים כיום – שבת-הזוג הזרה אינה זכאית מייד למעמד של קבע בישראל, וזאת לאו דווקא מטעמי דת אלא משיקולים ״רגילים״ של הגירה והתאזרחות. כללו של דבר, ייתכן שעמדת משרד הפנים בפרשת **פונק-שלזינגר** שיקפה הן רתיעה ״מסורתית״ מפני נשים נוכריות, הן הכרה כי אזרח זר אינו זכאי לאלתר למעמד של קבע, והן מבוכה מתמשכת סביב שאלות המעמד האישי ונישואי-התערובת בפרט. על רקע זה אין פלא שעמדת המשרד בפועל לא הייתה עקבית, ואשרת-הקבע ניתנה לבסוף בהסכמה לאחר שלכתחילה סורבה.

הדעת נותנת שבשעה זו (אם לא קודם) כבר ביקשו בני-הזוג ייעוץ משפטי. אבל מדוע לא הוגשה עתירה לבג"ץ כבר בשלב זה? מדוע ישבה גב' פונק-שלזינגר בחוסר מעש עד שעבר המועד שבו היה עליה לעזוב את הארץ? למיטב הבנתי, אין זאת אלא שהאמינה כי התעודה הזרה אינה חסרת ערך בישראל, אלא רק הוצגה במקום הלא-נכון. כלומר, במקום במחלקת האשרות עליה לנסות להציגה בלשכת המרשם, להסדיר שם רישום ישראלי של נישואיה, ואז לזכות במעמד-הקבע המיוחל כאשתו של ישראלי, אולי אף ללא מאבק.

נוכל עתה להבין מדוע פנתה גב' פונק-שלזינגר ללשכת המרשם רק "ברגע האחרון" ממש, ואף **לאחר** שפג תוקפה של אשרת התייר שלה. כאמור, פקודת המרשם חלה רק על "תושב" המצוי בארץ שלושה חודשים רצופים, כך שגב' פונק-שלזינגר מצאה את עצמה במלכוד: כדי לחיות בארץ כתושבת-קבע נזקקה לרישום המעיד על נישואיה לישראלי, וכדי לזכות באותו רישום היה עליה לשבת בארץ יותר משלושה חודשים ולהיות בגדר "תושב". אילו ביקשה להירשם סמוך לאחר בואה הייתה מקדימה את המועד ונדחית, שהרי אין רושמים תיירת שזה מקרוב באה; ואילו חיכתה שלושה חודשים תמימים הייתה צריכה לשהות בישראל שלא כדין, לפנות לרשויות כעבריינית-לכאורה, ואולי אף להסתכן בצו גירוש. לבסוף פנתה ללשכת המרשם מאוחר ככל האפשר – יומיים **אחרי** תום אשרת התייר,[80] ועדיין ימים מספר **לפני** מלאת שלושה חודשים לבואה ארצה. ומן הסתם קיוותה גב' פונק-שלזינגר שלא יקפידו עימה – לא על שאיחרה את המועד כתיירת ולא על שהקדימה את המועד כ"תושב". סופם של דברים שתקוותה הוגשמה במלואה, ועובדה היא שפסק-הדין מתעלם הן מן האיחור הן מן ההקדמה, אשר דומה שכלל לא ניתנה להם הדעת.

(ב) היכן היה *מר* שלזינגר?

עלינו להניח שבני-הזוג פעלו כל העת בתיאום מלא, ונוכל אף לשער שהדמות הדומיננטית לא הייתה האישה שזה מקרוב באה – בלגית נוצרייה שמן הסתם אינה יודעת עברית ודרכי הארץ זרות לה – אלא מטבע הדברים הבעל, בן הארץ, שהיה המוציא והמביא בפועל. מכל מקום, את העתירה הגישה האישה בלבד, ומאליה קמה שאלה פשוטה שטרם שאלנו: היכן היה **מר** שלזינגר? מדוע לא עתר לצד אשתו? וכי נישואיו שלו לא נזקקו להכרה ולרישום? שאלה זו לא נשאלה כלל בפסק-הדין, וההערה היחידה בעניין זה רק מעצימה את התמיהה: "מן הראוי להעיר, כי בעלה של המבקשת נרשם במרשם התושבים כנשוי... אלא שחקירת המשיב בלשכת מרשם

[80] אשרת התייר פגה ביום 17.3.1962, אשר חל בשבת. היום שלמחרת – יום ראשון – היה יום השבת של העותרת עצמה (הנוצרייה), או אולי סיבה אחרת מנעה אותה מלבוא ולהירשם באותו יום.

התושבים בתל אביב העלתה, כי רישום זה נעשה בטעות״.[81] ומייד שבה השאלה למקומה: אם הרישום נעשה בטעות, האם לא נמחק או תוקן? האם לא עמד בסכנה לנוכח עמדתו הברורה של משרד הפנים? מדוע, אם כן, לא הצטרף מר שלזינגר לעתירה שהגישה אשתו?[82]

להלן נשוב לבחון את שיקוליו של מר שלזינגר, אבל לעת עתה נסתפק בתשובה פשוטה מאין כמותה: מר שלזינגר לא נזקק לעתירה בעצמו, משום שבהיותו אזרח ישראלי לא התעוררה כל שאלה ביחס לישיבתו בארץ. מסתבר שלא ראה הכרח להירשם מייד כגבר נשוי, והדבר אף נלמד יפה מן הפסק עצמו: ״טענתו האחת של בא-כוח המבקשת היתה, כי יהא אשר יהא על תוקפם של נישואין אלה מבחינת האיש, מר שלזינגר, הרי מבחינת האשה, המבקשת שלפנינו, **ולגבי האשה**, הם על כל פנים כשרים ותקפים... הווה אומר: מר שלזינגר אינו נשוי למבקשת, והוא רווק, ואילו המבקשת היא אשת איש, הנשואה למר שלזינגר. טענה זו רצינית היא, אך בסופו של דבר נראה שיש לדחותה.״[83] נמצא שבני-הזוג היו מוכנים ומזומנים לקביעה שיפוטית בבג״ץ שלפיה בן-הזוג הוא רווק ואינו נשוי כלל, ובלבד שבת-הזוג תוכר כאישה הנשואה לישראלי. והוא אשר אמרנו: לא רישום הנישואין עמד במוקד – לא רישום הבעל ואף לא רישום האישה – אלא זכותה של האישה לשהות דרך קבע במדינת-ישראל.

(ג) פסק-הדין באור הנכון

על רקע כל האמור לעיל יש לקרוא את דברי השופט זוסמן בסיום החלק האופרטיבי של פסק-דינו: ״טעם לפגם מבחינת המינהל יש בכך שאזרח הבא להודיע פרטים לצרכים סטטיסטיים, וכל חטאו אינו אלא שנישואיו אינם תופסים, יעמוד בפני פקיד חשדן שיצלול לנבכי עברו.״[84] אבל כיצד נראים הדברים לאור העובדות כהווייתן? לאמיתו של דבר, העותרת הודיעה פרטים ללשכת המרשם בזמן שלא הייתה אזרחית ואף לא תושבת. היא עשתה כן לא ״לצרכים סטטיסטיים״, אלא כאמצעי להבטחת שהייתה בישראל; לא כדי למלא חובה, אלא במועד שבו חובת הרישום לא חלה עליה כלל; לא לצורכי המרשם, אלא לצרכיה שלה; לא בנקיון-כפיים מלא, אלא בשעה שעברה כבר לכאורה על חוק הכניסה לישראל; לא לשם רישום גרידא, אלא כדי שמשרד הפנים יכיר בה כאישה נשואה, כאמור במפורש בצו על-תנאי שביקשה וקיבלה בבג״ץ. אם לא די בכך, מוטב להזכיר כי בשנת 1962 טרם התקרב מעמדם של ״ידועים בציבור״ למעמד

---

81 פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 242. מסתבר אם כן שבני-הזוג ניגשו להירשם בנפרד.

82 לאחרונה כתב השופט רובינשטיין כי בני-הזוג ביקשו להירשם כנשואים, אך ״פקיד המרשם סירב **והם עתרו**״ (פס׳ ד לפסק-דינו בפרשת **בן-ארי**, לעיל ה״ש 61; ההדגשה הוספה). ולא היא: רק האישה עתרה, ולא הבעל.

83 פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 232-233, פסק-דינו של השופט זילברג (ההדגשה במקור).

84 שם, בעמ׳ 252.

של זוגות נשואים, וטרם ניתנה להם מגילת הזכויות שזכו בה מאז. לכן, לא רק בתושבות-קבע זכתה העותרת; הלכה למעשה, יחד עם בעלה, היא זכתה גם בכל אותן זכויות שהוקנו אז רק לזוגות נשואים, ואשר בפועל ניתנו וממשיכות להינתן על-סמך הרישום במרשם האוכלוסין. נמצא שהתפיסה המגובשת בדבר מהותו הסטטיסטית של המרשם, ועיקר הדין הנובע מאותה תפיסה, יסודם דווקא במקרה התומך בגישה הפוכה – מקרה המעיד יפה על ערכו של המרשם, על דרכי ההסתמכות עליו ועל חשיבותו הרבה לצרכיו המעשיים של הנרשם.

לדעתי, בכל הכבוד, אין מנוס מלומר שהשופט זוסמן לא עמד נכונה על משמעות העובדות שתיאר בעצמו, ונותר רק להיווכח כי טעותו דבקה גם בבאים אחריו. כך כתב לא מכבר הנשיא ברק בפרשת **בן-ארי**, שהסתמכה שוב על הלכת **פונק-שלזינגר**: ״באותה פרשה נישאה גב' פונק שלזינגר, נוצריה **תושבת ישראל**, למר שלזינגר, יהודי אזרח ישראל. הנישואין נערכו בקפריסין. על בסיס תעודת הנישואין הקפריסאית ביקשה הגב' פונק שלזינגר להירשם כ'נשואה' במרשם האוכלוסין. שר הפנים סירב לבקשה.״[85] עינינו הרואות: נדמה כאילו דובר בנישואי-תערובת בין שני תושבי ישראל משכבר הימים, וכאילו המחלוקת סבה מלכתחילה על הרישום ותו לא. אבל לא כך היו העובדות כהווייתן: גב' פונק-שלזינגר **לא** הייתה תושבת ישראל, ועובדה פשוטה זו היא שהכתיבה את כל מהלך הדברים. למרבה הצער, הגם שתיאור נכון של העובדות יורד לשורש הדין, איש מן השופטים לא העמיד דברים על דיוקם: לא בפרשת **בן-ארי**, לא בפרשת **נעמת** – שבה נפל אותו אי-דיוק בתיאור העובדות[86] – ואף לא, למיטב ידיעתי, בכל יתר הפסיקה שנשענה על הלכת **פונק-שלזינגר** במשך עשרות בשנים.

2. ניתוק הדין מן המציאות

(א) ההכרח להסתמך על המרשם בעבודת המִנהל

הבה נניח שגב' פונק-שלזינגר הייתה פונה מלכתחילה לפקיד **הרישום**, והלה היה פועל כדין (כפי שנפסק) ונותן לה את מבוקשה. מה היה מתרחש לאחר-מכן אצל פקיד האשרות? הדעת נותנת, לפי הבנתי, שהלה היה נענה לבקשת האשרה, בראותו שהמבקשת רשומה כאשתו של אזרח ישראלי: אם פקיד הרישום השתכנע ורשם – האם דווקא פקיד האשרות יערים קשיים? אך נוסיף ונניח כי גם פקיד האשרות היה פועל כדין (כפי שנפסק). ואם כן, עלינו להשלים את התמונה ולשער שהיה מסביר לעותרת בערך כך, כלשונה וכרוחה של הלכת **פונק-שלזינגר**:

---

[85] פרשת **בן-ארי**, לעיל ה״ש 61, פס' 7 לפסק-דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה).

[86] פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3, בעמ' 735.

*"לצערי, המצב המשפטי הוא שדינך '**לענין מרשם התושבים** כדין אשה נשואה',*[87] *אבל להחלטות של פקיד הרישום יש תוקף רק לצורכי המרשם עצמו. אין להן ערך לצורכי החוק **שאני** מופקד עליו, שהוא חוק הכניסה לישראל. לדאבוני, אין לרישום 'כוח של ראיה או הוכחה לשום דבר',*[88] *ולא אוכל להסתמך עליו. איני שופט או פוסק, ולכן גם לתעודת הנישואין הקפריסאית איני יודע איזה ערך לייחס." "בקיצור" – היה* הפקיד מסביר לאישה הנדהמת – *"עלייך להבין שהרישום במרשם הוא לצרכים סטטיסטיים בלבד, אבל אין כוחו יפה למתן אשרות או לכל צורך **מעשי** אחר. אולי פנייה לשר תעזור, ומובן גם שתוכלי לפנות לבית-המשפט ולקבל צו הצהרתי. אבל לעת עתה ידיי כבולות. הבא בתור!"*

בכל הכבוד, דומה ששיחה הזויה מעין זו היא חלום-בלהות ליחיד ולמִנהל גם-יחד, וגם אין קושי לנחש את התוצאה – כך נדמה לי – אילו הוגשה עתירה לבג"ץ נגד פקיד האשרות. אכן, אילו מלכתחילה נהג פקיד האשרות כפי שהלכת **פונק-שלזינגר** "מזמינה" אותו לנהוג, דומני שהיינו זוכים להלכה ברורה בעתירה שהייתה מוגשת נגדו: לא ייתכן שכל רשות מנהלית תעשה דין לעצמה; לצרכים מנהליים הרישום הוא תמיד ראיה טובה לנכונותו; ורשויות המִנהל חייבות ככלל להסתמך על הרישום במרשם האוכלוסין – בהעדר נסיבות מיוחדות או ראיה לסתור – עד שיבוא בית-המשפט ויפסוק אחרת. רוצה לומר: אילו באמת פעלו הרשויות על-פי האמור בהלכת **פונק-שלזינגר**, אזי יש להניח שכבר מזמן הייתה ההלכה נהפכת.

כדי להוסיף ולהמחיש את הדברים, הבה נניח שפלוני מבקש להעביר לזוגתו, ללא תמורה, חנות מסחרית המצויה ברשותו. לפי סעיף 62 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, העברה זו תהא פטורה ממס רק אם בני-הזוג נשואים (ואין די שיהיו "ידועים בציבור").[89] אך כיצד יֵדע פקיד המס אם בני-הזוג נשואים, אם הוא אינו יכול להסתמך על המרשם?

תשובה אחת עשויה לומר כי פקיד המס ופקיד האשרות, **בניגוד** לפקיד הרישום, אינם עושים את מלאכתם "לצרכים סטטיסטיים" גרידא. לפיכך אין מנוס מכך שהפקיד הנוגע בדבר יקבע את תוקף הנישואין באופן אינצידנטלי, אך ורק לצורך החלטתו המנהלית. אבל אם זהו הדין – מה הועילו חכמים בתקנתם? אם לפקיד הרישום אין סמכויות שיפוט ואין הוא צריך לעסוק ב"הלכות המסובכות ביותר של תורת

---

87 פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 252.

88 שם, בעמ' 249.

89 ס"ח 156. כך עולה, לפי הבנתי, מן ההוראות וההגדרות שבחוק. אפילו טעיתי – נוכל להניח כי בני-הזוג כבר אינם חיים יחד, אם כי מעולם לא התגרשו והם רשומים עדיין כנשואים. אשר על כן, הטבת-מס תינתן להם – אם בכלל – רק מכוח הנישואין, משום שמבחינה עובדתית הם אינם בגדר ידועים בציבור.

המשפט״,[90] האם פקיד המס או פקיד האשרות טובים ומוסמכים ממנו? זאת ועוד, מה יקרה אם פקיד המס יקבע אחרת מפקיד האשרות ביחס לאותו זוג? הייתכן שכל פקיד לא רק יעשה דין, אלא יעשה דין **לעצמו**? או שמא תימסר הקביעה לידי הפקיד הראשון שיידרש לנושא, בבחינת ״מירוץ סמכויות מנהלי״?

תשובה אחרת עשויה לומר כי פקיד המס ופקיד האשרות, **בדומה** לפקיד הרישום, צריכים להסתפק בראיה לכאורה לקיום הנישואין. לפיכך, אם תעודת נישואין זרה מספיקה לצורך רישום, אזי היא תספיק גם לצורך מתן אשרת ישיבה או פטור ממס, או לצורך כל החלטה מנהלית כיוצא בזה. אבל אם כך – מה בין פקיד הרישום לעמיתיו הפקידים, ומה בין צרכים ״סטטיסטיים״ לצרכים ״מעשיים״? מדוע יתקבלו כמה וכמה החלטות מנהליות באותה שאלה, ועל־סמך אותן ראיות בדיוק, במסגרת המִנהל הציבורי של המדינה? כיצד ייראו פני המִנהל – ואנה יבוא הפרט – אם כל ״ממלכה מנהלית״ תבחן מחדש ותקבע בעצמה, לצרכיה שלה, אם פלוני נשוי או אינו נשוי?

ובכן, האין זה נכון וראוי לקבל החלטה מנהלית אחת, אשר תחייב בפועל את כל שדרות המִנהל (ותשמש ממילא גם את המגזר הפרטי ואת החברה בכללותה)? האין להפקיד החלטה זו בידי מרשם האוכלוסין, אשר זו מומחיותו ואשר נהנה כל העת מייעוץ משפטי שוטף ומהנחיות היועץ המשפטי לממשלה? האין זו שיטה נוחה וסבירה, הן לפרט והן למִנהל? והעיקר: האין זו – פשוט – המציאות?

(ב) אחידות הרישומים במרשם

נשוב להניח שרשויות המִנהל אכן פועלות לפי הלכת **פונק־שלזינגר**, ולכן רואות לעצמן רשות – ואף חובה – לבחון בהקפדה את נכונות הרישום בטרם יסתמכו עליו לשם מתן יתרונות והטבות ״מעשיים״.[91] דא עקא, הרישום הוא אחד ואחיד לגבי כולם, וסימן־ההיכר ״נשוי״ יינתן הן למי שנישא בישראל ״ברבנות״ והן (למשל) למי שנישא בקפריסין בטקס אזרחי. כיצד אפוא יֵדעו הרשויות להבחין בין זוג ״בטוח״ לבין זוג שתוקף נישואיו מוטל בספק? טלו למשל פקיד מס, כאמור לעיל, המקבל לידיו מסמכי עסקה ללא תמורה בין בעל לאשתו. כיצד יֵדע אם הזוג שלפניו הוא מהזוגות הנשואים־בוודאות או מהזוגות הנשואים־בספק? שמא ידרוש מכל הזוגות לצרף למסמכי המס גם תעודות נישואין, כדי שיֵדע על אילו נישואין לסמוך ומאילו נישואין להיזהר? שמא יעיין באותן תעודות, ינבור בספרים ויחליט בעצמו (באופן אינצידנטלי, כמובן) בשאלת מעמדם האמיתי של הזוגות המסופקים?

---

[90] פרשת **פונק־שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 251.

[91] והרי כך הצטוו במפורש – ראו, למשל, פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3, בעמ׳ 745.

נותר עוד להזכיר כי לא רק הרישום "נשוי" הוא אחד ואחיד לגבי כולם, אלא גם הרישום "יהודי".[92] טלו, למשל, בלגית נוצרייה שעברה גיור רפורמי בבלגיה ואז נישאה ליהודי בטקס אזרחי בקפריסין. בבוא הזוג ארצה תירשם האישה כיהודייה מכוח הלכת **נעמת**, שהרי רישום לחוד ותוקף הגיור לחוד; אך הגם שהגיור והנישואין מוטלים שניהם בספק, הרי על פני המרשם ימצא המתבונן נישואין "רגילים" בין שני יהודים. טלו עתה נוצרייה ויהודי שנישאו בטקס אזרחי בחוץ-לארץ, אלא שרק **לאחר** הנישואין עברה האישה גיור, ואז נרשמה כיהודייה בבואה ארצה. נקל להבין שאפילו מקרה כזה אינו משתקף במרשם – מקרה של נישואי-תערובת לכל הדעות! – שכן במרשם ייראה הדבר כמקרה "רגיל" של נישואין בין יהודים. נמצא שפקיד המס, כמו כל פקיד אחר, חייב להיזהר תמיד במה שנגלה לו על פני המרשם. לכאורה אין לו מנוס מלדרוש מכל הזוגות מסמכים מלאים שיעידו על מעמדם האישי בהווה ובעבר, לעיין באותם מסמכים עד שיניחו את דעתו, ורק אז להחליט בשאלת המס. ובכן, האם זה הדין? והאם עולה על דעת מישהו לנהוג כך הלכה למעשה?

הלכת **פונק-שלזינגר** שבה ומופיעה על דפי הפסיקה, אך במציאות אין נוהגים לפיה וספק אם **אפשר** לנהוג לפיה. דומה שמבט מקרוב מגלה לעינינו הלכה שיפוטית שאינה יכולה לעמוד על רגליה, וספק אם הצליחה אי-פעם לקום.

3. רישום נישואין כיצירת סטטוס (במישור היחסים שבין בני-הזוג לבין זולתם)

הנה שאלה שהציב השופט זוסמן בפרשת **פונק-שלזינגר**: "יש והנישואין ניתנים לביטול ואף על פי כן חיים בני הזוג בשלום עד לסוף ימיהם; מה טעם למינהל לעורר בעיות לגבי תוקפם?"[93] והנה התשובה הפשוטה, כפי שראוי לדעתי לאומרה: נישואין קובעים זכויות וחובות לא רק במישור היחסים שבין בני-הזוג לבין עצמם, אלא גם במישור היחסים שבינם לבין זולתם. בין היתר, הם מקנים לבני-זוג – יחד ולחוד – זכויות כלפי המִנהל עצמו. לכן אין למִנהל עניין להתערב ביחסים בין בני-הזוג לבין עצמם, אבל יש ויש לו עניין בהגדרת היחסים שבינם לבין זולתם, ובפרט בינם לבין המדינה. אין הוא נשמע אם בני-הזוג מסוכסכים ועשויים לעורר בעצמם את שאלת תוקף הנישואין, כל אחד מצידו האחר של המתרס; אבל בוודאי יש למִנהל עניין בשאלה מי ומי יוכרו **לפניו** כנשואים ויקבלו ממילא, דה-פקטו, את היחס שמעמד הנישואין מחייב.

לאמיתו של דבר, את השאלה ששאל השופט זוסמן היה ראוי לשאול אותו עצמו: אם בני-הזוג חיים בשלום – מה טעם למִנהל לעורר בעיות לגבי תוקף **הרישום**? מדוע לא ישמש הרישום ראיה לנכונותו, ומדוע לא יסתמכו עליו בכל שדרות המִנהל? מדוע

---

[92] בג"ץ 230/86 **מילר נ' שר הפנים**, פ"ד מ(4) 436 (1986). העותרת הייתה גיורת רפורמית, ושר הפנים ביקש להוסיף את המילה "(נתגייר/ה)" לצד רישומה. נקבע כי הרישום "יהודי" הוא אחד ואחיד, וההבחנה בין יהודים שונים אסורה.

[93] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 252.

יחיו בני-הזוג באי-ודאות כל אימת שייזקקו לשירותיו של משרד ממשלתי? מדוע כל רשות מנהלית רשאית "לא לקבל את הפרטים [הרשומים] כממצא ואף לא להתחשב בהם",[94] ולגרום בכך מצוקה גדולה לנרשמים ואנדרלמוסיה רבתי במִנהל עצמו?

פעם נוספת עלינו לשוב מדיני המרשם אל המציאות. הלכה למעשה, רישום נישואין (ורישום המעמד האישי בכלל) מהווה בעצמו מרכיב של מעמד. הוא אינו רק דקלרטיבי, אלא קונסטיטוטיבי. מקום שהרישום נפוץ ומסתמכים עליו, ואין בררה אלא להסתמך עליו, הרי הוא עצמו יוצר מעמד, בדין ובמציאות גם-יחד. זהו מעמד של "נישואין רשומים". ואם לומר זאת בקצרה, אזי ברוב המקרים מוטב לאדם להיות רשום כנשוי מבלי שיהא נשוי-לפי-דין מאשר להיות נשוי-לפי-דין מבלי שיהיה רשום.

לא באנו למצות כאן את סוגיית הנישואין ותחליפי הנישואין, שהיא כידוע רחבה ומורכבת מאוד. די אם נאמר שיש "נישואין לכל דבר", יש "ידועים בציבור", יש "נישואין לא-רשומים" (כגון קידושין פרטיים) ויש גם "**נישואי-מרשם**" – נישואין ששאלת תוקפם לוטה בערפל, אך בדרך-כלל רק בני-הזוג עצמם עשויים לעוררה במישור היחסים שביניהם, ובינתיים מכירים בהם כנשואים לכל דבר במישור היחסים שבינם לבין זולתם. נישואי-מרשם יוכרו אפוא לצרכים רבים ומגוונים של מִנהל ציבורי; לצורכי השירות הצבאי; לצורכי מקום העבודה; לצורכי הבנק המסחרי; לצורכי בעל דירה פרטית (המוכן להשכירה רק לזוג נשוי ומבקש לראות תעודת-זהות); לצורך רבדים רבים ועמוקים של חיי יומיום במסגרת החברה; ואפילו לצורכי הליך שיפוטי, כדי לשלול, למשל, כשרות של בן-זוג להעיד לחובת בן-זוגו במשפט פלילי.[95]

4. ההיבט הדיוני של פרשת פונק-שלזינגר

אגף העלייה והמרשם דחה את בקשת הרישום של גב' פונק-שלזינגר בנימוק שהנישואין אינם תופסים, אך הוסיף כי "הצדדים – אם רצונם בכך – רשאים לפנות לבית המשפט המחוזי ולקבל הכרעה בדבר".[96] משום-מה מצא השופט זוסמן פגם דיוני בהחלטה זו: "אם יש צורך בהכרעה שיפוטית, על שום מה תפנה המבקשת לבית

---

94 שם, בעמ' 246, ציטוט מתוך ס' 4 להנחיות הרישום.

95 ראו ת"פ (שלום כ"ס) 354/83 **מדינת ישראל נ' חשמטי**, פ"מ מו(3) 475, 480-481 (1993): "את סעיף 3 לפקודת הראיות יש למלא תוכן משני מקורות כאחד... (1) אלו המופיעים במרשם האוכלוסין כזוג נשוי... (2) אלו המוכרים על פי הדין הדתי כבני זוג." ראו עוד יעקב קדמי **על הראיות** כרך א 389 (2003).

96 פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 244. שתי נקודות ראויות כאן לציון. ראשית, הובהר בהחלטת האגף כי הנישואין "אינם תופסים **לגביו**. החוק האישי החל **עליו**... אינו מאפשר נישואי תערובת" (ההדגשות הוספו). כלומר, אפשר שמצבה האישי של בת-הזוג שונה מזה של בן-הזוג, כפי שראינו לעיל. שנית, לפי פסק-הדין נפלה הכרעת האגף ביום 15.3.1962, אבל ראינו שהבקשה לרישום ולקבלת תעודת-זהות הוגשה רק ב-19.3.1962. נותר רק לומר שהבקשה בוודאי לא הוכרעה עוד בטרם הוגשה – והרי לנו פגם נוסף בפסק-הדין, נוסף על אלה שראינו ועוד נראה.

המשפט המחוזי דווקא; כלום לא תוכל להביא פסק דין של בית דין דתי מוסמך?״[97] ועל שאלה תמוהה זו נוכל רק להשיב בשאלה משלנו: איזה **בית-דין דתי** היה עשוי לתת לעותרת פסק הצהרתי המאשר את תוקפם של נישואי-תערובת שנערכו בטקס אזרחי? שמא אצה הדרך לבית-המשפט למצוא פגמים בעמדת המשיב, ומטעם זה נפלו לא-מעט פגמים דווקא בפסק-הדין?[98]

אך נשוב אל העיקר: מדוע באמת לא פנו בני-הזוג לבקש צו הצהרתי בהליך אזרחי, שיקבע כי הם נשואים לפי חוקי המדינה? ראינו כבר שגב' פונק-שלזינגר נזקקה להליך מהיר שיוכל להבטיח לה ישיבת-קבע בארץ, ולשם כך היה עליה לבחור בעתירה מנהלית נגד שר הפנים. אבל התשובה המלאה מורכבת מעט יותר, והמפתח לה טמון לדעתי במאזן מחושב של רווח והפסד, אשר קבע תקדים דיוני חשוב הנשמר עד היום.[99]

(א) מאזן הרווח וההפסד בהליך מנהלי של בקשת רישום

אילו תבעו בני-הזוג פסק הצהרתי בהליך אזרחי, כפי שהומלץ להם באגף המרשם, הם היו צפויים כמדומה לאחת מכמה תוצאות אפשריות. **ראשית**, במקרה הטוב, היו מקבלים צו הצהרתי כמבוקש שהיה מסדיר את מעמדם כזוג נשוי לכל דבר. אלא שהסיכויים לצו כזה היו כמובן קלושים מאוד. **שנית**, במקרה הפחות-טוב, הם היו מקבלים הצהרה על מעמד מפוצל, קרי: האישה נשואה והבעל רווק, כפי שטען פרקליטם בבג״ץ. אבל גם הסיכויים לצו כזה נראו בוודאי נמוכים. וחשוב מכך: בניגוד לקביעה אינצידנטלית בבג״ץ במסגרת הליך בין גב' פונק-שלזינגר לבין שר הפנים, פסק אזרחי של ״סטטוס מפוצל״ היה קובע במישרין כי היא נשואה והוא רווק, ומובן שסטטוס כזה היה גורם להם קשיים ניכרים בינם לבין עצמם ומעניק להם אך מעט במישור היחסים שבינם לבין זולתם. **שלישית**, במקרה שאף הוא אינו טוב, בית-המשפט עלול היה לסרב לפי שיקול-

---

[97] שם, בעמ' 245.

[98] יצוין עוד כי ס' 15 להנחיות הרישום – אשר צוטטו כפי שראינו בהרחבה רבה – קבע במפורש שהסמכות לגבי נישואי-תערובת נתונה לבית-המשפט המחוזי. אבל דווקא סעיף זה **לא** צוטט בפסק-הדין.

[99] כאמור במבוא לפסק-הדין (בעמ' 231), פרקליט העותרת היה יוסף בן-מנשה, שקנה לו שם בפרשות מפורסמות רבות שעסקו במעמד האישי ובסוגיות המרשם בפרט. לבד מפרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, די לציין את חלקו בפרשות כגון **גורפינקל-חקלאי**, לעיל ה״ש 16; בג״ץ 359/66 **גיתיה נ' הרבנות הראשית**, פ״ד כב(1) 290 (1968); בה״נ 1/72 **הולצמן**, פ״מ כו(2) 85 (1972); בג״ץ 482/71 **קלרק נ' שר הפנים**, פ״ד כז(1) 113 (1972); בג״ץ 51/69 **רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ״ד כד(1) 704 (1970); בג״ץ 130/66 **שגב נ' בית הדין הרבני האזורי**, פ״מ כא(2) 505 (1967); בג״ץ 147/70 **שטדרמן נ' שר הפנים**, פ״ד כד(1) 766 (1970); ע״א 448/72 **שי״ק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד כז(2) 3 (1973); פרשת **שלח**, להלן ה״ש 134; פרשת **ש״ס**, לעיל ה״ש 58; וכן את העתירה שהגיש בעצמו בעניין ילדיו – בג״ץ 4/69 **בן מנשה נ' שר הפנים**, פ״ד כד(1) 105 (1970). רוצה לומר: הדעת נותנת לא רק שהפרקליט היה מחויב מאוד למטרה שניסו לקוחותיו להשיג, אלא שדרכו הייתה מחושבת וכל השיקולים נשקלו יפה.

דעתו להושיט לבני־הזוג סעד הצהרתי, מבלי לקבוע דבר לגופו של עניין; או לקבוע כי הם לא הצליחו **להוכיח** את מעמדם, ומטעם זה לא יזכו בהצהרה שביקשו. מובן שגם תוצאה כזאת, הגם שלא היה בה מעשה בית־דין פוזיטיבי, הייתה משאירה את בני־הזוג במצב טוב פחות מזה שבו התחילו. **רביעית**, במקרה הגרוע, היה בית־המשפט דוחה את התביעה, קובע במישרין כי הנישואין אינם תופסים, וסותם את הגולל על המאבק. קיצורו של דבר, הסיכוי בבית־המשפט היה קלוש, והסיכון – גבוה.

זאת ועוד אלה. **ראשית**, במסגרת בקשה לפסק הצהרתי היו בני־הזוג נדרשים להוכיח את תוקף הנישואין לגופם, לפי נטל ההוכחה האזרחי, ואילו בג״ץ היה עשוי להסתפק – ואכן הסתפק – בראיה לכאורה לקיום הטקס. **שנית**, אז כהיום, הליך אזרחי היה מן הסתם יקר וממושך בהרבה מהליך מנהלי בבג״ץ. **שלישית**, ספק רב אם ערכאה אזרחית הייתה נכונה לדון בהצהרה על תוקף הנישואין מבלי **ששני** בני־הזוג יעמדו לפניה כצדדים. לעומת זאת, כפי שראינו, העתירה לבג״ץ הוגשה על־ידי האישה בלבד. לכן, אפילו הייתה עתירתה בבג״ץ נדחית, ואפילו היה נקבע באופן אינצידנטלי שהנישואין אינם תופסים, הרי למר שלזינגר לא היה יומו בבית־המשפט, ואפשר שהיה זוכה בו בהזדמנות אחרת. ההליך בבג״ץ, אם כן, היה יכול לשמש זירה להפרחת ״בלון־ניסוי״: היה אפשר להיווכח כיצד יתייחסו השופטים אל טיעון הסטטוס המפוצל – טיעון שהשופט זילברג אומנם דחה אך ראה כרציני – ואז להיערך לקראת הליך אזרחי ככל שיידרש.

אם עשו בני־הזוג מאזן של רווח והפסד כאמור לעיל, הרי סופם שצדקו ללא סייג, וממילא סימנו את הדרך לבאים אחריהם. הגיעו בעצמכם: מצד אחד הליך אזרחי יקר וממושך, אשר דורש הוכחה **מלאה** של המעמד האישי, אשר סיכוייו לוטים בערפל אם לא גרוע מזה, ואשר כרוכה בו סכנה לקביעת מעשה בית־דין במקרה של כישלון; ומן הצד האחר הליך מנהלי זול וקצר, אשר מסתפק בהוכחה **לכאורה** של המעמד המבוקש, אשר קביעתו לגבי המעמד אינצידנטלית, אשר תיתכן אחריו ״הזדמנות שנייה״, ואשר עם כל זאת עשוי להוביל למתן סעד השווה בערכו – כמעט לכל דבר – לפסק אזרחי. אך טבעי לבחור בדרך הקלה יותר והמסוכנת פחות: רכישה עקיפה של מעמד דה־פקטו ועימו רוב־רובם של יתרונות המעמד דה־יורה, וזאת לא במסגרת הדין המהותי המיועד להסדיר מעמד זה, אלא מכוח דיני המרשם ובמסגרת הליך מנהלי גרידא.

(ב) התבססות התקדים הדיוני

התקדים הדיוני כאמור לעיל לא רק נשמר עם השנים, אלא צבר תאוצה. בפרשת **ברנר־קדיש**[100] היו העותרות בנות־זוג לחיים, אזרחיות ישראל תושבות קליפורניה, שאחת מהן ילדה בן והאחרת אימצה אותו על־פי צו אימוץ שניתן בקליפורניה. בבואן ארצה ביקשו השתיים לרשום את האימוץ, אך פקיד הרישום סירב בטענה שלא ייתכנו שני

[100] בג״ץ 1779/99 **ברנר־קדיש נ׳ שר הפנים**, פ״ד נד(2) 372 (2000).

הורים בני אותו מין. בהסתמך על הלכת **פונק-שלזינגר** התקבלה העתירה ברוב דעות, ועל ההיבט הדיוני העיר שופט המיעוט: "...מרבית טיעוני העותרים הם בדבר נפקות הרישום ובדבר חשיבות ההכרה באימוץ. בפועל, העותרים אינם דורשים רישום גרידא, אלא הם מחפשים הכרה דה פקטו באימוץ. לשם כך היה עליהם לפנות מלכתחילה לבית המשפט המוסמך."[101] סוף דבר האימוץ נרשם: העותרות זכו לפיכך בהכרה דה-פקטו בהורותן המשותפת, וזאת לא על יסוד דיני האימוץ ואף לא מתוקף ההכרה בפסק זר לפי כללי המשפט הבין-לאומי הפרטי, אלא אך ורק מכוח הקביעה המנהלית שפקיד הרישום חייב לרשום.[102]

כיוצא בזה נפסקה לאחרונה הלכת **בן-ארי**,[103] שבה הוחלט לרשום כנשואים כמה זוגות של גברים שנישאו זה לזה בקנדה. שוב קבע בית-המשפט כי הוא אינו דן בסטטוס אלא רק ברישום, ושוב מדובר ברישום אשר מביא, הלכה למעשה, לידי שינוי הסטטוס עצמו. אדרבה, אין כמו דברי העותרים, מבקשי הרישום, להעיד שבקשת הרישום היא רק כותרת דיונית, ולמעשה לא הרישום הוא העיקר אלא המעמד הנלווה אליו:

> העותרים... מבקשים [ליטול] חלק במוסד הנישואין, באופן חוקי ומוכר, תוך קבלת הלגיטימציה החברתית הנלווית לנישואין, ותוך קבלת מספר רב של זכויות, חובות, הטבות וחיובים הנלווים לנישואין... העותרים מבקשים, איפוא, כי יוכרו נישואיהם החוקיים... מעבר לפגיעה הסמלית, החברתית והרגשית... גורם סירובו של המשיב לפגיעה כלכלית ממשית ומשמעותית בעותרים... מדינת ישראל, בדומה לשאר מדינות העולם, מעניקה הטבות וזכויות רבות לבני זוג נשואים... המעוגנות בחקיקה [כאן מופיעה רשימה ארוכה של זכויות וקבוצות של זכויות]... ההשלכות הכלכליות של שאלת הנישואין הן עצומות... מבחינה זו, גם הזכויות שהוכרו בצורה ספוראדית בחקיקה ובפסיקה בישראל, וגם מוסד "הידועים בציבור", אף אילו היה חל... אינם נותנים מענה ופתרון הולמים... הלכת **פונק שלזינגר** וההלכה הפסוקה בעקבותיה הכירה,

---

[101] שם, בעמ' 384. ראו גם מובאות מן העתירה אצל שאוה "רישום אימוץ זר", לעיל ה"ש 61, בעמ' 118-119.

[102] גם אם נניח להיבט הדיוני, דומה שהרבה נעלם מדעת הרוב בפרשה זו – הכל כפי שאמור בדעת המיעוט. ראו גם שאוה, שם. פסק-הדין ניתן בחודש מאי 2000, ועד מועד כתיבתן של שורות אלה – אמצע 2007! – תלוי ועומד לגביו הליך של דיון נוסף בדנג"ץ 4252/00 **שר הפנים נ' ברנר-קדיש**. האין גבול להתמשכות ההליכים?

[103] לעיל ה"ש 61.

> הלכה למעשה, בנישואין של בני זוג ישראלים, אשר נערכו כדין בחו״ל...[104]

עינינו הרואות: מבקשי הרישום מדגישים את חשיבות הרישום בכל נימי חייהם, הן במישור החברתי־הרגשי והן במישור הכלכלי־המשפטי; ובדומה למדינה ולרוב־רובו של הציבור, נדמה שהם מתקשים בעצמם להבחין בין רישום דה־פקטו לבין הכרה דה־יורה. כך העותרים – ועדיין בית־המשפט בשלו: ״לא מונחת בפנינו כלל בקשה להכיר בנישואים בין בני זוג מאותו מין שנערכו מחוץ לישראל... כל שמונח לפנינו, ואשר הלכת פונק שלזינגר מבקשת לפתור, הוא שאלת הרישום – רישום ולא הכרה.״[105]

הנה כי כן, לא רק מהמציאות ״בשטח״ מתעלמים כיום, אלא אפילו מהמציאות המתגלה בטיעוני העותרים מבקשי הרישום. העמדת־הפנים נמשכת, ובלבד שהלכת **פונק־שלזינגר** תמשיך למשול בכיפה.

ג. ״התפיסה הסטטיסטית״ של מרשם האוכלוסין

כל כמה שהעובדות ואפילו העתירות טופחות על פניו, אין בית־המשפט זז מעמדתו שהמרשם נועד למטרות סטטיסטיקה ונעדר תוצאות של ממש. אפילו המרשם מצית להבות והציבור כולו צועק ״אש״ – עדיין בית־המשפט נד להם בראשו (אם כי בהרכבים הולכים וגדלים), ומתחזק בדעתו כי טעות בידם ואין אש כלל.

כה תמוהה הגישה הסטטיסטית וכה מנותקת ממציאות החיים, בכל הכבוד, עד שמתעורר הצורך לבחון אותה מעט יותר מקרוב, לברר מניין באה, ולבחון אם התקבלה **באמת** אפילו על דעתו של בית־המשפט עצמו.

1. סטטיסטיקה אנונימית ורישום פרסונלי

״התפיסה הסטטיסטית״ של המרשם לוקה בראש ובראשונה בהבנה שגויה, כאילו פרטי הרישום של הפרט הם בגדר סטטיסטיקה, וכאילו מרשם אוכלוסין הוא סוג של מִפקד אוכלוסין. ולא היא: רישום פרסונלי אינו סטטיסטיקה, כשם שהמרשם אינו מִפקד. עיקרו של המרשם הוא תיעוד וזיהוי של הפרט, ואילו עיקרה של סטטיסטיקה הוא תיעוד ומעקב אחר הכלל. המרשם שָמַי, ואילו הסטטיסטיקה אנונימית. לא לחינם המרשם מנוהל על־ידי מִנהל האוכלוסין במשרד הפנים, ואילו מִפקדי האוכלוסין נערכים על־ידי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, שאין לה כל עניין באדם היחיד. הלכה למעשה, מרשם האוכלוסין אינו אלא מאגר של נתונים אישיים, אשר משרטטים את דיוקנו של הפרט ומלווים אותו בכל אשר ילך.

---

[104] עתירת **בן־ארי**, פס׳ **10**־**11**, **21**, **47**־**49**, **101** לכתב־העתירה www.gogay.co.il/Upload Files/media/Article/BGZ_021105.rtf.

[105] פרשת **בן־ארי**, לעיל ה״ש **61**, פס׳ **22** לפסק־דינו של הנשיא ברק.

ודוק: ניתן **להשתמש** במרשם לצרכים סטטיסטיים. ניתן לסכם באופן אנונימי קבוצה גדולה של רישומים פרסונליים בסעיף הדת, למשל, ואז לקבוע כי שיעור הלא-יהודים בעיר "דמיונה" הוא עשרים אחוזים.[106] אבל כל אימת שנתון כגון דת או מצב אישי נקשר אל שמו של נרשם ספציפי ומשמש לזיהויו, אחת דינו לצאת מעולמה האנונימי של הסטטיסטיקה ולחדור מייד, לטוב ולרע, אל עולמו של הפרט ואל מערכת יחסיו עם המדינה ועם החברה. למרבה הצער, נראה שהבחנה זו בין סטטיסטיקה לבין רישום פרסונלי, על-אף חשיבותה הרבה, אבדה לחלוטין בדין הקיים.

מעבר לים נודעת חשיבות משפטית עצומה לסטטיסטיקה (האמיתית), אשר לא נוכל לעמוד עליה אף על קצה המזלג.[107] אצלנו היא עומדת בצל המחלוקות על הרישום הפרסונלי, אם כי חשיבותה שרירה וקיימת. טלו, למשל, את חוק שעות עבודה ומנוחה,[108] האוסר על בעל חנות לסחור בחנותו בשבת. מה הדין אם פלוני בעל חנות טוען כי הוא נוצרי, למשל, ומבקש לסחור בשבת ולנוח ביום ראשון? סעיף 9א(ג) לחוק האמור קובע שיוכל לעשות זאת, ובלבד שהחנות נמצאת בתחומה של רשות מקומית שלפחות רבע מכלל תושביה הם לא-יהודים (לפי קביעת הרשות). פלוני יוכל אפוא לסחור בשבת בהתקיים שני תנאים: הוא עצמו נוצרי, ולפחות רבע מכלל התושבים הם

---

[106] מִפקדי אוכלוסין עשויים בעצמם להישען על נתוני המרשם. המגמה המודרנית היא להעדיף "מִפקד משולב", קרי, מִפקד הנשען הן על ביקור בבתי נפקדים (מִפקד מסורתי) והן על מידע הקיים במאגרים מנהליים (מִפקד מנהלי) ובראשם מרשם האוכלוסין. ראו אתר האינטרנט של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה www.cbs.gov.il, ובמיוחד הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **מפקד האוכלוסין והדיור 2008: המפקד המשולב 1-6 (2005)** www.cbs.gov.il/mifkad/census2008_h.pdf. מסתבר, למשל, שפוקדי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה לומדים על דתו של נפקד מן הנתון שהם מוצאים לגביו במרשם (אף שהחוק קובע כי נתון זה אינו ראיה לנכונותו). ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה **טירה – ממצאים מסקר שנערך בשנת 2004 כהכנה למפקד המשולב הארצי 6 (2006)** www.cbs.gov.il/mifkad/profil_1.pdf: "דת – הדת של האדם כפי שהיא רשומה במרשם התושבים" (בפרק הגדרות).

[107] החוקה האמריקנית מחייבת עריכת מִפקד אוכלוסין כל עשר שנים. על משמעות המִפקד וההיסטוריה שלו באופן כללי ראו: MARGO ANDERSON & STEPHEN FIENBERG, WHO COUNTS? THE POLITICS OF CENSUS-TAKING IN CONTEMPORARY AMERICA (2001) (במיוחד בעמ' **167-190**, העוסקים בנתונים הסטטיסטיים על גזע ומוצא אתני). לכתיבה סביב המִפקד האחרון של שנת **2000** ראו, למשל: Note, *Race, Rights and Remedies: Census Sampling and the Voting Rights Act*, 114 HARV. L. REV. 2502 (2001); David Goldin, *Number Wars: A Decade of Census Litigation*, 32 U. TOL. L. REV. 1 (2000); Naomi Mezey, *Erasure and Recognition: The Census Race and National Imagination*, 97 NW. U. L. REV. 1701 (2003); Nathaniel Persily, *Color by Numbers: Race, Redistricting, and the 2000 Census*, 85 MINN. L. REV. 899 (2001); Naomi Zack, *American Mixed Race: The U.S 2000 – Census and Related Issues*, 17 HARV. BLACKLETTER L.J. 33 (2001).

[108] **חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, ס"ח 76.**

לא-יהודים. התנאי הראשון פרסונלי ונוגע לבעל החנות, בעוד התנאי השני הוא בגדר סטטיסטיקה המאפיינת ציבור אנונימי שלם. השאלה הפרסונלית והשאלה הסטטיסטית נפרדות זו מזו ולכל אחת מהן חשיבות מכרעת, אולם דתו של פלוני בעל החנות אינה "סטטיסטיקה" כלל ועיקר.[109]

2. מהותם של פרטי הרישום

(א) אמינות המרשם וההבחנה בין פרטי רישום שונים

בפרשת **פונק-שלזינגר** ציין השופט זוסמן כי "חומר סטטיסטי... יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא-נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו".[110] אבל אפילו עסקינן בסטטיסטיקה – היכן כבודה של סטטיסטיקה ממלכתית-רשמית? במה חטא המרשם שכך מתייחסים אליו, כאילו אין נפקא מינה אם החומר האצור בו נכון או לא-נכון? שבע שנים חלפו, ובפרשת **שליט** נקט השופט זוסמן עמדה מרוככת יותר: "סטטיסטיקה מן הראוי שתהא נכונה ככל האפשר, אך איש לא ייתן בה אמון מוחלט הואיל ולא ניתן להשיג דיוק מוחלט."[111] עם עמדה זו אנו מסכימים, ונותר רק לתת לה ביטוי בדין. המרשם הרי מעולם לא התיימר לדיוק **מוחלט** ולא ביקש אמון **מוחלט**, אף לא באחד מפרטי הרישום.[112] אך מדוע לא יגיע לרמה **סבירה** ואפילו **טובה** של דיוק במדינה מודרנית, ומדוע לא יינתן לו **תמיד** משקל ראייתי **כלשהו**, הכל לפי נסיבות העניין?

בכל הכבוד, אמינות המרשם ומהותו אינם נגזרים מכך שהמידע הקיים בו מכונה (בטעות) "חומר סטטיסטי", אלא מטבעם של פרטי המידע השונים, מן המקור המשמש לאיסופם ומן התכלית שלשמה הם נרשמים. למשל: "המען" הוא פרט רישום שיכול להשתנות תדיר ואשר נמסר ביוזמת הפרט ובאחריותו, ולפיכך אמינותו נמוכה יחסית. לעומת זאת, "תאריך הלידה ומקומה" הם נתונים שאינם משתנים לעולם ואשר מתועדים ברגיל באחריות רופא או מוסד רפואי, ולפיכך אמינותם גבוהה למדי. כיוצא

---

[109] נוכל כמובן להצביע על דוגמאות נוספות. חוק הרבנות הראשית לישראל, התש"ם-1980, ס"ח 965, מסדיר, בין היתר, את הליכי הבחירה של הרבנים הראשיים. על חברי האספה הבוחרת לבוא מן היישובים שיש בהם המספר הגדול ביותר של תושבים יהודים, "ותעודה של שר הפנים תשמש ראיה חותכת לכך". מניין לשר הפנים מספר היהודים בכל יישוב? מן המרשם, כמובן. נותר רק להיווכח שאוסף של רישומים פרסונליים בסעיף הדת, אשר אפילו לכאורה אינם ראיה לנכונותם, נעשים בהצטרפם יחד ראיה חותכת. טלו עוד את הצו לעידוד השקעות הון (קביעת התחומים של אזורי פיתוח), התשס"ג-2002, ק"ת 6214, הקובע כי "איזורי תעשייה ביישובי מיעוטים" יזכו בסיוע ממשלתי. מהו "יישוב מיעוטים"? לפי ס' 2 (4), "יישוב ש-80% מתושביו אינם יהודים, על פי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה" (נתונים שהם עצמם שאובים מהמרשם).

[110] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 249.

[111] פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 510.

[112] יורשה לנו גם להעיר כי אמון **מוחלט** ודיוק **מוחלט** אין במשפט כלל, ואשרי המאמין אם ימצאם במקום אחר.

בזה, "הלאום" הוא פרט רישום שמהותו ומטרתו אינם בהירים, ואף לא ברור כיצד לתומכו בראיות, ואילו "אזרחות" היא מעמד משפטי רשמי, קל יחסית להוכחה ובעל השלכות מוגדרות. כל אלה אצורים באותו מרשם ומכונים לעיתים "סטטיסטיקה". אולם לכל אחד מהם אופיו שלו, אמינותו שלו, והתכליות המיוחדות שהוא משרת.

(ב) רישום המין והשם הפרטי: המחשה קצרה של חשיבות הרישום הפרסונלי

רישום המין אינו מסב קושי בדרך-כלל. אולם מה למשל דינו של טרנסג'נדר, אשר נולד עם איבר מין גברי אך מרגיש ומתנהג כאישה (או להפך)? האם די בהצהרה בתום-לב כדי שזכר יירשם כנקבה? ומה לגבי טרנס-סקסואל, קרי, אדם שעבר ניתוח לשינוי מין? בפועל משרד הפנים מוכן לשנות את רישום המין רק בעקבות ניתוח. אלא שהטרנסג'נדרים ברובם המכריע אינם עוברים ניתוח כזה, והם נידונים אפוא למצוקה גדולה כמעט בכל תחומי החיים, כנשים הנושאות תעודות-זהות של גברים (או להפך).[113] טלו למשל את סעיף 211 לחוק העונשין,[114] הקובע מאסר שנה ל"גבר הנכנס בלבוש אשה למקום המיוחד לנשים" – ומייד אתם עומדים על קשייו של אדם שזהותו הרשומה עומדת בסתירה לזהותו הרגשית, הגופנית והמגדרית.

אם שינוי ברישום המין מחייב לעת עתה ניתוח – מה הדין, בהקשר זה, לגבי שינוי השם הפרטי? לכתחילה הסכים משרד הפנים לשנות שם גברי (יהודה) או נשי (יהודית) לשמות דו-מיניים בלבד (כגון שרון), אך סירב לשנות שם גברי לשם נשי ולהפך. בא שר חדש והביא רוח חדשה: בחודש יוני 2004 קבע שר הפנים פורז, ברוח העקרונות הליברליים של מפלגתו, כי טרנסג'נדרים יוכלו לשנות את שמותיהם גם ללא ניתוח לשינוי מין.[115] נותרה סוגיית הרישום בפרט "המין" עצמו, ומי יודע מה יֵלד יום. הרי נקל להבין את קשייו של גבר-מלידה שתצלומו בתעודת-הזהות נחזה כתצלום אישה ואשר ייתכן אף ששינה את שמו מיהודה ליהודית – ובכל-זאת ליד תצלומו ושמו הנשיים התעודה מציינת כי מדובר בזכר. אכן, קשים חייהם של **מר** יהודית כהן או **גברת** יהודה לוי. הרישום ושינויו אינם "סטטיסטיקה" מבחינתם אלא עולם ומלואו; ומצוקתם ממחישה היטב כי רישום ממלכתי – להבדיל מרגש פנימי – הוא אחד המפתחות המכריעים למעמדו של אדם בחברה.

---

[113] ראו פרוטוקול ישיבה מס' 130 של ועדת הכנסת לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-15, 3478 (27.6.2001) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/maamad/2001-06-27.html, תחת הכותרת "טראנסג'נדרים – בעיות ייחודיות". ראו עוד את המסמך "דע את זכויותיך" שהכינה בשנת 2005 חברת-הכנסת אתי לבני, יושבת-ראש הוועדה לקידום מעמד האישה, אשר פירט, בין היתר, את זכויות הטרנסג'נדרים: www.knesset.gov.il/committees/heb/material /data/mammad2005-02-22.doc.

[114] חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864.

[115] המדיניות הנוכחית נקבעה לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה. ראו את המסמך "דע את זכויותיך", לעיל ה"ש 113, בעמ' 7.

(ג) רישום דת ולאום כציון של זיקה לקולקטיב

רישום תאריך הלידה נועד לציין **עובדה** ותו לא. ייתכן אומנם שתאריך לידתו של פלוני אינו ידוע או אינו ניתן להוכחה, ובמקרה כזה יירשם רק תאריך משוער או מקורב; אך יום לידתו של אדם הוא מכל מקום בגדר עובדה, בין אם הוא ידוע ובין אם לאו. כיוצא בזה, רישום המצב האישי משקף **עובדה ומשפט** גם־יחד: שאלה עובדתית היא אם פלונים קיימו טקס ומה עשו בו, אך שאלה משפטית היא אם היה באותו טקס כדי לעשותם נשואים. נוכל עוד לומר שרישום המין משקף בדרך־כלל **תכונה** הטבועה באדם מלידתו. ושונה מכל אלה השם הפרטי, שהוא מעין **סימן־היכר** שהפרט מייחס לעצמו (או שהוריו מייחסים לו), ובדרך־כלל אין עליו עוררין. אבל מה נועד לציין רישום הדת והלאום? האם דת ולאום הם בגדר עובדה? עירוב של עובדה ומשפט? תכונה מלידה? סימן־היכר? שמא דבר־מה אחר?

דת היא עולם נפשי־פנימי של אמונות ודעות, ובה־בעת גם תרבות־חיים וקולקטיב מאורגן וממוסד. ציון הדת יכול אפוא להתפרש בשני אופנים: כשאלה בדבר אמונתו הפנימית־האישית של הנרשם (faith) או כשאלה בדבר זיקתו הקבוצתית־המוסדית (religious affiliation). השאלה הראשונה אינטימית ועיקרה **זהות**, ואילו השאלה השנייה מנהלית־חברתית ועיקרה **זיהוי**. למרבה הצער, גם הבחנה זו טושטשה כמעט לחלוטין. לאמיתו של דבר, עניינם של המרשם ותעודת־הזהות אינו **זהות**, כי אם **זיהוי** (על־אף המונח המטעה ״תעודת־זהות״); לא **מהותו** של אדם, אלא **מיהותו**. אבל דווקא התפיסה הסטטיסטית, שכה השתדלה להדגיש את ההיבט **הטכני** של הרישום, נטפלה מראשיתה אל הרגשתו הסובייקטיבית של הנרשם, אל תום־ליבו ואל זכותו להגדיר את זהותו – כאילו איסוף ״חומר סטטיסטי״ כרוך בבירור רגשות רליגיוזיים, כאילו ביורוקרטיה של רישומים עוסקת בשאלות אינטימיות של זהות, וכאילו למדינה ולפקידיה יש עניין או רשות לעסוק בעולם הדעות והאמונות של הפרט.

בשינויים המחויבים, שלא נוכל כאן להאריך בהם, הלאום דומה מבחינה זו לדת. כמו ״דת״, גם ״לאום״ עשוי להתפרש הן כתודעה אישית־פנימית והן כזיקה קבוצתית־חיצונית; ושוב נקל להבין כי עניינו האמיתי של המרשם אינו בנפשו של אדם פנימה, אלא בזיקותיו החיצוניות כפרט בקרב הכלל.[116]

ודוק: השתייכות לקולקטיב היהודי עשויה כמובן להעיד על אמונה שבלב, כשם שחברות במפלגה עשויה להעיד על דעה פוליטית. כך גם להפך – דעה ואמונה עשויות להעיד על זיקה קבוצתית. עם זאת, המִתאם בין זיקה קבוצתית לבין אמונה שבלב רחוק מאוד משלמוּת: מחד גיסא, רבים אינם מוכרים כחלק מן הקולקטיב היהודי ובכל־זאת

[116] הלאום חסר בדרך־כלל את הגיבוש המוסדי־הנורמטיבי האופייני לדת או למדינה. אין הוא מקיים, למשל, בית־דין משלו – בית־דין לאומי – לצד בתי־המשפט של המדינה ובתי־הדין הדתיים; וממילא איש אינו מוסמך, או אף רואה עצמו מוסמך, לקבוע באופן נורמטיבי אם פלוני נמנה עם חברי הלאום. ודוק: מדינת־הלאום באה לכאורה בנעלי הלאום עצמו, אך בעשותה כן נטלה על עצמה להסדיר זיקה אזרחית, ולא לאומית.

מקבלים עליהם את עול הדת והאמונה היהודית;[117] ומאידך גיסא, רבים־רבים נמנים עם הקולקטיב היהודי ללא עוררין, ובכל־זאת רחוקים מאוד מעיקרי האמונה הדתית.[118] נמצא שלפחות לצורכי רישום מנהלי – בפנקס מפלגה או במרשם אוכלוסין – אין אלא להתמקד במה שנגלה לעין, ולא במה שצפון בלב.[119] מרשם אוכלוסין של מדינה ליברלית אינו תוהה – ואסור לו שיתהה – על עולמו הפנימי של הנרשם, אלא עניינו במציאות הנגלית, בזיקות השונות שיש לאדם אל זולתו ובמעמדו הממשי של הפרט בקרב הכלל.

3. מקורות התפיסה הסטטיסטית

מניין אפוא ״הגישה הסטטיסטית״ למרשם, הנראית כה שגויה ונטולת יסוד?

ניזכר בדיון על הצעת פקודת המרשם משנת 1949 – אותו דיון שנוהל בחופזה ימים ספורים לפני כינוס הכנסת הראשונה. בפתח הדיון ציין השר גרינבוים כי קיימת הסתייגות אחת בלבד להצעה, ובאותה נשימה השיב עליה: ״מר ניר מבקש למחוק את ציון הדת בשאלון של משרד הרישום... אני חושב **שבסטטיסטיקה**... נחוץ לדעת לאיזו דת שייך האזרח, כמו שנחוץ לדעת לאיזה לאום הוא שייך, מה לשונו ועוד דברים מסוג זה. ציון הדת אינו קשור בשום זכות, **זהו ענין שבסטטיסטיקה בלבד**.״[120] נקל להיווכח כי השר כיוון למה שכינינו ״**רישום פרסונלי**״, ואילו בעל ההסתייגות השיב לו דווקא במונחי **הסטטיסטיקה האנונימית**: ״על סמך הסטטיסטיקה הזאת... יבואו הדתיים במסקנה ש־90% של התושבים הם דתיים [קרי, רשומים כיהודים בסעיף הדת – א' ל'].״[121] לא נותר לשר אלא להתייחס לשני המישורים גם־יחד, אך מבלי להבחין

---

[117] עם אלה נמנים, למשל, ילדי משפחות מעורבות שגדלו כיהודים, בני כיתות יהודיות־נוצריות למיניהן כגון יהודים משיחיים, מתגיירים שטרם השלימו את הליך הגיור, צאצאי האנוסים, קראים, או בני קהילות נידחות שמעמדן מוטל בספק.

[118] כאלה הם, למשל, יהודים חילונים או אתאיסטים. בעיני ההלכה, גם יהודי מומר נותר יהודי (לצרכים מסוימים), אפילו קיבל עליו בפועל עול דת אחרת. ראו, למשל, צבי זוהר ואברהם שגיא **גיור וזהות יהודית: עיון ביסודות ההלכה** 9-10, 228-229 (1995).

[119] השוו לדבריו של השופט זוסמן בפרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24, בעמ' 510-511: ״בין הפרטים החייבים רישום... ישנם גם פרטים 'סובייקטיביים', של עובדות הצפונות בליבו של אדם, כגון דתו... קביעת השתייכותו של אדם לדת פלונית וללאום פלוני נובעת – בעיקר – מהרגשתו הסובייקטיבית של הנוגע בדבר. אמרתי 'בעיקר', הואיל ובמקרים יוצאים מן הכלל ניתן גם לאדם אחר לבדוק את מידת אמיתותו [צ״ל: אמיתות דבריו] של המצהיר על פרט זה.״ ולא היא: בניגוד לדברי השופט זוסמן, השאלה אינה אם יש לקבל את דברי המצהיר כאמת, אלא אם יש לתת לו את הזכות לקבוע בעצמו את מעמדו האישי. ופרשת **שליט** עצמה תוכיח: השאלה מעולם לא הייתה אם שליט דובר אמת או מצהיר על ילדיו בתום־לב, אלא רק אם יוכל לקבוע באופן קונסטיטוטיבי, בעצמו ולפי השקפת־עולמו, שילדיו יהודים.

[120] **מועצת המדינה הזמנית**, לעיל ה״ש 13, בעמ' 6 (ההדגשות הוספו).

[121] שם, בעמ' 7.

ביניהם: "[צריך] לדעת קודם כל מיהו האיש... לאיזו דת משתייך מישהו [במישור **הפרסונלי** – א' ל']... הסטטיסטיקה צריכה לרשום זאת... יש לנו מיניסטריון לעניני הדתות, והוא צריך לדעת את מספר בני הדתות השונות [במישור **הסטטיסטי** – א' ל'], כי עליו מוטל לספק את צרכיהם."[122] בנסיבות אלה חדר המונח "סטטיסטיקה" לעולם המרשם, ומייד סבל מכפל משמעות: הן דיוקן קונקרטי של הפרט המשמש לזיהויו, והן תיאור כללי של אוכלוסייה לצרכים סטטיסטיים באמת.

לא חלפו ימים רבים, והמונח "סטטיסטיקה" מצא את דרכו אל הדין. בפרשת **אבו ראס**[123] – שהלכת **פונק-שלזינגר** נסמכה עליה במישרין – גורשו העותרים מישראל, שבו אליה שלא כדין ועמדו לפני גירוש נוסף. נראה שהשלימו עם גירושם, ובכל-זאת עתרו לקבל תעודות-זהות בטענה שכל אחד מהם הוא "תושב", קרי, "אדם... הנמצא בשטח הפקודה, שלושה חודשים רצופים". ישאל השואל: לשם מה לעותרים תעודת-זהות אם עומדים מייד לגרשם מן הארץ? והתשובה: אין אלא להניח שהתכוונו להסתנן ארצה פעם נוספת, וסברו שהתעודה תמנע **למעשה** את מעצרם וגירושם בפעם השלישית. עותרים אלה, אם כן, הבינו יפה-יפה את חשיבותו ה"מעשית" של המרשם; וגם בית-המשפט העליון רשם לפניו, כעבור זמן קצר, כי **למעשה** אין מגרשים אדם שבידו תעודת-זהות, גם אם **להלכה** אין היא מקנה לבעליה זכות ישיבה בארץ.[124]

בתגובה על העתירה טענה המדינה כי "תושב" אינו **כל** מי שנמצא בארץ שלושה חודשים רצופים, אלא רק מי שנמצא בה **כדין**. אך טענתה נדחתה: "**פקודת מרשם התושבים... כל עיקרה לא בא אלא למטרות של סטטיסטיקה וכיוצא בזה, ואין היא מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות**, פרט – כמובן – לעצם הזכות לקבל תעודת זהות. לפיכך... אין לאמר, כי הכוונה היתה לתושב חוקי בלבד."[125] כלומר, גם תייר שביקש אשרה והתעלם מפקיעת תוקפה יוכל לקבל תעודת-זהות (אם יעז להראות את פניו בלשכת המרשם) – ומייד אחר כך יגורש מן הארץ. והרי זו תוצאה תמוהה, בלשון המעטה.[126]

המעיין בהחלטה ימצא שהקביעה המודגשת לעיל לא נשענה על תימוכין כלשהם. אולם נקל לראות שהיא דומה מאוד – זהה למעשה – לדברי השר גרינבוים, שלפיהם

---

[122] שם, בעמ' 8-9.

[123] בג"ץ 145/51 **אבו ראס נ' המושל הצבאי של הגליל**, פ"ד ה(1) 1476 (1951).

[124] ראו, למשל, בג"ץ 155/53 **כיואן נ' שר הבטחון**, פ"ד ח 301, 304 (1954). וראו עוד בטקסט להלן.

[125] פרשת **אבו ראס**, לעיל ה"ש 123, בעמ' 1478 (ההדגשה הוספה).

[126] סופם של דברים שבג"ץ דחה את העתירה, מחשש שיכשיל את רשויות הביטחון אם יצווה לתת תעודות-זהות ל"עוברי חוק, 'מסתננים' ומבריחי גבול". ומייד התמיהה מתעצמת: מדוע להרחיב את תחולת הפקודה להלכה, ומייד לצמצמה למעשה (משיקולי ביטחון)? מדוע לא לקבוע שהיא חלה מעיקרא רק על תושבים **חוקיים**, ולא על מבריחי-גבול למיניהם?

״[הרישום] אינו קשור בשום זכות, זהו ענין שבסטטיסטיקה בלבד״. ספק אם יד המקרה כאן – נראה שבית-המשפט עיין בדברי השר, ראה לאמצם כמות שהם, ומניה וביה הפכם לעיקרון משפטי מבית-מדרשו של בית-המשפט העליון.

הלכת **אבו ראס** מבשרת על ראשית אחיזתה של התפיסה הסטטיסטית בדיני המרשם, ובה-בעת על ראשית הנתק שנוצר בינם לבין המציאות. פסיקה מאוחרת, הגם שסירבה לסטות מן ההלכה, גילתה בעליל אי-נוחות כלפיה. כך, למשל, העיר השופט אגרנט: ״תמוה הדבר, כי, למשל, אדם המצליח... ל'הסתנן' לארץ ולהתחבא כאן מהשלטונות במשך שלושה חודשים רצופים, בידו לקנות לעצמו, בשל כך, זכות לקבל תעודת זיהוי, כשם שתמוה הוא כי אדם כנ״ל, אשר... נידון לשלושה חודשי מאסר בשל כניסה בלתי חוקית, בידו לרכוש זכות שווה עקב ריצוי מאסרו... [אומנם בפרשת **אבו ראס**] נקבע כי פקודת מרשם התושבים אינה 'מעניקה לנרשם שום זכויות מיוחדות...' [אך] הסבר זה אינו אלא הסבר **להלכה**. אשר **למעשה**, הרי מי שרוכש פנקס זיהוי קונה לעצמו זכות ישיבת בארץ... יתר על כן, לפי חוקים שונים הוענקו זכויות בעלות ערך לסוגים שונים של בני אדם עקב היותם רשומים לפי פקודת מרשם התושבים.״[127] הוא הדין בדברי השופט לנדוי בפרשה אחרת מאותם ימים: ״תעודת הזהות אשר נועדה לשמש רק כאמצעי זיהוי... קנתה לעצמה במשך הזמן חשיבות מעשית העולה על מה שהמחוקק עצמו חזה מראש... לאמתו של דבר, המערכה [כאז כן היום – א' ל'] אינה מתנהלת על זכות המבקשים להשיג אמצעי זיהוי, אלא הם מנסים להשיג בדרך זו יתרון מעשי הנובע מקבלת תעודת הזהות – יתרון אשר החוק אינו מכיר בו.״[128]

למיטב הכרתי, התפיסה ה״סטטיסטית״ הכשילה מלכתחילה פרשנות נכונה של פקודת המרשם. ברוח הסטטיסטיקה נדמה היה שמוטב ״לספור״ גם תושבים בלתי-חוקיים ואף לציידם בתעודות-זהות, שהרי אין בכך כדי להעניק להם זכויות. אבל לאן מובילה הפרשנות הזאת? מדוע יבקש המחוקק לתת תעודת-זהות לאדם הנמצא בישראל שלא כדין? מה הטעם לגרשו ובה-בעת לציידו במסמך רשמי שיסייע לו לשוב ולהסתנן? סופם של דברים שגם המחוקק ראה תמיהות אלה: בחוק המרשם (1965) כבר נקבע כי ״תושב״ אינו כולל עוברי-אורח למיניהם, ובתיקון החוק מתשכ״ח הובהר עוד כי ״תושב״ הוא רק מי שמצוי בישראל **כדין**, כדי למנוע מן השוהה בה שלא כדין את ״הזכויות שהחוק מעניק לתושבים, וביניהן הזכות לקבל תעודת זהות״.[129] בזאת נסתם

---

[127] בג״ץ 112/52 **כלף נ' שר הפנים**, פ״ד(ז) 185, 187-188 (1953) (ההדגשות הוספו).

[128] בג״ץ 237/51 **רבאח נ' שר הפנים**, פ״ד(ז) 488, 491 (1953). ודוק: יש להבחין בין **תוכן** הרישום, בפרטים כגון נישואין או לאום, לבין **עצם** הרישום וקבלת תעודת-הזהות. פרשת **אבו ראס**, לעיל ה״ש 123, עסקה בעצם הזכות לקבל תעודת-זהות, ולא בשאלה מה יירשם בה, ואילו אנו עוסקים בעיקר בשאלה מה יירשם במרשם ובתעודה, קרי, בשאלת תוכן הרישום.

[129] חוק מרשם האוכלוסין (תיקון מס' 2), ס״ח התשכ״ח 28, ודברי ההסבר בה״ח 102.

הגולל על ההחלטה בפרשת **אבו ראס**, ולדעתי גם על הנמקתה ועל התפיסה הסטטיסטית שהנחתה אותה.

"התפיסה הסטטיסטית" של המרשם נקלטה אפוא ישירות מדברי השר גרינבוים בשנת 1949 – דברים שמטבעם היו דברי פולמוס פוליטיים, ולא מִשְׂנָה משפטית סדורה. היא אומצה בפרשת **אבו ראס** כמעט כלאחר-יד, הובילה שם לתוצאה אבסורדית שבוטלה לימים על-ידי המחוקק, עוררה מייד הסתייגות בפסיקה עצמה – אבל אז זכתה בחיים חדשים מכוח הלכת **פונק-שלזינגר**. וככל שהמרשם הוסיף לקנות לעצמו "חשיבות מעשית העולה על מה שהמחוקק עצמו חזה מראש", כן הלך בית-המשפט והתבצר בטענה שלא לכך נועד, והמשיך לעצום עיניים אל מול פני המציאות.

4. האם "הופנמה" התפיסה הסטטיסטית בבית-המשפט עצמו?

זה כמה עשורים "נוזף" בית-המשפט במי שאינם משכילים להפנים שהמרשם אינו קובע דבר והסערה סביבו מיותרת. כלומר: אם פלוני רשום כיהודי, אין פירוש הדבר שהוא אכן יהודי; ואם אינו רשום כיהודי, אין פירוש הדבר שהוא אינו יהודי. כשם שהמדינה צריכה "להפנים" כי רישום אינו קובע דבר, כך המבקשים צריכים להבין כי אי-רישום אינו קובע דבר. אם כך ואם אחרת – אין טעם במחלוקת.[130] ומה עם בית-המשפט? האם בית-המשפט עצמו הפנים כי רישום, כמו אי-רישום, שניהם אינם קובעים דבר?

הבה נעיין למשל בדברי השופט ויתקון, משופטי הרוב בפרשת **שליט** (1970):

> מתכנני החוק והמחוקקים עצמם... ראו את החוק, פשוטו כמשמעו, כחוק שכל תכליתו מרשם וצרכי סטטיסטיקה... בעיה אידיאולוגית... לא יכירנה מקומה בהקשר החוק הפשוט והטכני הזה... מדיניות השוללת מאדם את הזכות לראות את עצמו כבן האומה היהודית עלולה לפגוע בו ובבני משפחתו מבחינה רוחנית, חוקתית וכלכלית ואף להרחיקם מהארץ. אי-מילוי הפריט "לאום", במקרה מיוחד זה, פירושו הפליה קשה.[131]

דברים אלה כתובים על-גבי עמוד אחד של פסיקה, ודומה שכל הקורא בהם צריך לשאול: אם החוק משרת "צורכי סטטיסטיקה" גרידא – כיצד יוכל אי-פעם לפגוע

---

[130] לדוגמה מובהקת ראו ה"פ (מחוזי י-ם) 621/96 **גיגי נ' שר הפנים**, פ"מ נז 454, 461 (1998) (הערכאה הראשונה שדנה בפרשת **נעמת**, לעיל ה"ש 3): "הפסיקה הרלוונטית מדגישה בעיקר את ההיבט נעדר הערך התוכני שיש לרישום [הדת והלאום]. נראה לי ש'קיבול' והפנמה של קביעה זו על ידי הנוגעים בדבר היו מיטיבים עם כל הצדדים, בין הנגלים בין הנסתרים, בכך שהיה בהם כדי לתרום לסילוקה מהחיים הציבוריים של מחלוקת מיותרת... מי שהופך נושא שלא מקופל בו עיקרון של ממש לנושא טעון התייחסות רגשית שיש בה גם גוון דתי עמוק... הם הצדדים עצמם."

[131] פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 533.

באדם "מבחינה רוחנית, חוקתית וכלכלית"? מניין כוחו העצום של "החוק הפשוט והטכני הזה" לחולל "הפליה קשה" ואף להרחיק משפחות מן הארץ, באבחה אחת של רישום או אי-רישום? האם באמת יכול חוק אחד – רישום אחד – להיות כה קל-ערך ועם זאת כה הרסני, הכל בעת ובעונה אחת?

באשר למתכנני החוק, ראינו מניעים חבויים שאולי הדריכו את מחשבתם ואת מעשיהם.[132] אבל אפילו ראו לפניהם חוק פשוט וטכני, השאלה היא לא מה חשבו אלא מה יצא בפועל מתחת ידם. המציאות חזקה ממחשבות ונבואות, החוק חזק ממתכנניו, וכבר לימדנו הנשיא ברק כי תפקידו של בית-המשפט לעשות אנליזה של החוק ולא פסיכואנליזה של המחוקק. חוק המרשם בוודאי אינו הראשון או האחרון שסעיפיו מצטנעים בחזותם הפשוטה, ובכל-זאת רוחשות תחתיהם סוגיות קשות ועמוקות.[133]

עברו שנים מספר, ובפרשת **שלח**[134] (1977) ביקשה המערערת לשנות את רישום הלאום מ"יהודי" ל"עברי". בקשתה נדחתה. בית-המשפט העליון קבע כי אם הלאום היהודי והעברי שונים זה מזה, היה על המערערת להוכיח קיומו של לאום עברי; ואם יהודי ועברי הם רק שמות נרדפים לאותה מהות, אזי הפרט אינו רשאי לכפות על הרשות מינוח משלו הפוגע באחידות ובנוחות המנהלית. בשולי ההחלטה קמה שאלה נוספת: מה דינו של אדם שהוא יהודי ללא עוררין אך מבקש להירשם כבן לאום אחר? מה, למשל, דינו של פלוני הבא ארצה מעבר לים – אולי רק באופן ארעי – ומבקש להירשם כיהודי רוסי או כיהודי אנגלי? בשאלה זו נחלקו הדעות. השופט שמגר ציין כי שאלה זו אינה מתעוררת במקרה הנידון, אך אילו עמדה לפניו היה גורס כי "מן הנמנע לכפות על רשויותיה של מדינת ישראל רישום שיש בו משום התכחשות ליסוד המסד עליו הושתת ומושתת מאז ומתמיד קיומנו הריבוני בארצנו, היינו קיומו של עם יהודי ורציפותו ואחדותו ההיסטוריים".[135] לעומתו, השופט ויתקון סבר כי "רישום כזה של תושב, על אפו ועל חמתו, כבן הלאום היהודי, אינו אלא כפייה מצפונית ופגיעה חמורה באחת מזכויות האדם... ולא נכריח אותו אגב רישומו במרשם התושבים לקבל על עצמו לאומיות והשקפת עולם שאינן לפי רוחו".[136] אבל אם כך ואם אחרת – היכן מהותו

---

[132] ראו לעיל תת-פרק א1(ב).

[133] דוגמה מובהקת היא חוק השבות. השופט זילברג העיר בשעתו כי אין חשיבות יתרה להגדרת "יהודי" בחוק זה: "אין נודעת חשיבות מרובה כל כך לדיוק ההגדרה המשפטית. כי חוק השבות, סוף סוף לא לסכסוכים ולמשפטים נוצר." ראו משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 349 (1957). ובאה המציאות סמוך לאחר-מכן וטפחה על פניו במלוא העוצמה.

[134] ע"א 653/75 **שלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(2) 421 (1977).

[135] שם, בעמ' 429.

[136] שם, בעמ' 430. לעניות דעתי, מבחינת התוצאה הדין במקרה זה עם השופט ויתקון, ויש לרשום את פלוני כיהודי רוסי או אנגלי אם כך ביקש. דעה מנוגדת לזו הביע השופט י' כהן בע"א 630/70 **טמרין נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 197, 226 (1972). לפי גישתו, כל העונה על הגדרת "יהודי" יירשם כיהודי אף בניגוד לרצונו, שכן מאז הוגדר המונח "יהודי" בחוק

הסטטיסטית של הרישום אם יש בו כדי לערער את יסוד "קיומנו הריבוני בארצנו"? והיכן אופיו הטכני אם יש בכוחו לפגוע בזכויות האדם ולכפות על הנרשם לאומיות והשקפת-עולם?

חלפו שנות דור – ועדיין התפיסה הסטטיסטית אינה מופנמת. הבה נקרא בתשומת-לב, למשל, את דברי הנשיא ברק בפרשת **בן-ארי** (2006), אשר סבה כזכור על רישום נישואין: "אין זה ראוי כי בלא הוראה מפורשת בחוק המרשם תוענק לפקיד הרישום – כלומר, לשר הפנים – הסמכות להכריע בשאלות יסוד של החברה הישראלית. אין זה ראוי כי בכל עת בו [צ"ל בה] חל שינוי בראשותו של משרד הפנים יבוא שינוי במדיניות בשאלות מפתח של המדינה."[137] לשון אחרת: על השר ופקידיו לרשום כפי שהתבקשו, שכן לא בידם הסמכות להכריע בסוגיות-היסוד של המעמד האישי. אבל שוב עלינו לעצור ולשאול: האין המרשם סטטיסטיקה מעוטת-חשיבות? האם לא נאמר לנו כי רישום, כמו אי-רישום, אינם קובעים דבר? אם כן, כיצד ייתכן מעיקרא שפקיד הרישום (או השר) יכריע "בשאלות יסוד של החברה הישראלית"? אם ירשום נישואין, למשל, אזי לא רק שלא ישפיע כהוא-זה על דיני הנישואין, אלא אפילו מעמד הנרשמים עצמם לא ישתנה (שהרי רישום לחוד וסטטוס לחוד). מדוע אפוא, אם **ימאן** לרשום, ייהפך לפתע למי שמכריע "בשאלות מפתח של המדינה"? מדוע אין בית-המשפט מפנים כי כשם שרישום הנישואין אינו קובע דבר, כך גם אי-רישומם? מדוע לא יכיר בכך ש"נשוי" ו"רווק", שניהם כאחד, מעידים בעצם על לא-כלום? ואף אם הרישום נתפס כסמל, ומתדיינים למיניהם רואים בו מצע למאבק אידיאולוגי – מדוע יסכים בג"ץ לתת להם במה ולהשתתף עימם במחזה?

הגיעו בעצמכם: אילו הפנים בית-המשפט את הלכתו שלו, היה עליו לומר לגב' פונק-שלזינגר (בשנת 1963) כי משעה שקיבלה אשרת-קבע ונותרה רק שאלת הרישום, עניינה שוב אינו נמנה עם אלה ש"הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק".[138] לכן, כדי שתוכר כאישה נשואה עליה לפנות לבית-המשפט המוסמך, ואילו הרישום הוא עניין סטטיסטי גרידא, שאינו משפיע על זכויותיה ומעיקרא אינו נושא למתן סעד בבג"ץ.[139] אילו דבק באמיתו, היה עליו להסביר למר שליט (בשנת 1970) כי

המרשם, "אין נפקא מינה, אם [נרשם יהודי] רוצה או אינו רוצה להיות רשום כ'יהודי' ולצרכי הרישום אין חשיבות להרגשותיו והשקפותיו". מן הראוי להעיר שתיתכן גם עמדת-ביניים: פלוני לא יירשם כרצונו על אפה וחמתה של המדינה, אך גם לא יירשם כיהודי על אפו וחמתו שלו. כלומר, סעיף הלאום יושאר ריק.

[137] פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 61, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

[138] כאמור בס' 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

[139] הוא הדין בהליך אזרחי. כידוע, קיים מרכיב של שיקול-דעת במתן סעד הצהרתי, אשר נועד רק לצורך של ממש. היכן אם כן צורך של ממש אם הפסק ניתן לשם רישום בלבד, והרישום עצמו אין לו נפקות או השפעה על זכויות? השוו לדבריו של השופט לנדוי בפרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 530.

האופן שבו יירשמו ילדיו אינו משפיע כהוא-זה על מעמדם או זכויותיהם, וכי דלתו פתוחה אם יתברר אי-פעם אחרת. אילו הפנים בית-המשפט את התפיסה הסטטיסטית שכה עמל לבנותה, היה עליו לומר דברים דומים לכל מבקשי הרישום מאז ועד היום, בתחום הנישואין כמו בתחום הדת והלאום: *״רישום אינו קובע דבר, וכך גם אי-רישום. אין כל זכות שלכם שנפגעה או יכולה להיפגע. המחלוקת כולה מיותרת מן הבחינה המשפטית, ובית-המשפט אינו זירה מתאימה לניהול מאבק ציבורי או אידיאולוגי במישור הרגשי והסמלי גרידא.״*[140]

מובן שהאמור לעיל אין פירושו הפקרות בניהול המרשם או העדר ביקורת שיפוטית. הכל מבינים כי תפקידו של הפקיד לרשום, וכי בדרך-כלל ירשום את הודעות הנרשם. אין הוא רשאי למעול בתפקידו, לתקן רישומים על דעת עצמו, לכפות על נרשם רישום שאינו רוצה או לסרב מתוך שרירות לרשום מה שכל פקיד סביר היה רושם. כיוצא בזה, אין הוא רשאי לחשוד ולהקשות ללא יסוד. אבל מובן שלא באלה שורש המחלוקת. אם הפקיד מסרב למשל לרשום נישואין בין גבר לגבר, כפי שהיה בפרשת **בן-ארי**, הרי אין טענה רצינית שהוא נוהג **בשרירות**. אם נודה על האמת, אין זה רישום שגרתי (גם אם ראוי שיהיה), ואין הוא דומה לרישומי יומיום של שם או כתובת או נישואין ״רגילים״. אכן, האמת אינה שפקיד הרישום מתעלם מן הדין או עושה דין לעצמו, אלא שהדין בכבודו ובעצמו עומד נבוך ומהסס. ואם הסירוב לרשום אינו שרירות גרידא, ואם ממילא אין הרישום קובע דבר – לשם-מה יילכד בית-המשפט בסערה שהיא לדעתו מיותרת, ומדוע ישחית זמן ומאמץ על סעד נטול ערך?

בכל הכבוד, דומני שהדין נקלע זה עשרות שנים לסתירה פנימית עמוקה. התפיסה הסטטיסטית נעשתה מזמן מצוות אנשים מלומדה, מילים-מילים על דפי הפסיקה. אבל אפילו נאמניה אינם דבקים בה באמת. מדעת או בבלי-דעת הם נכשלים ביישומה – שהרי אין לה כל יסוד, ומעולם לא היה.

---

[140] אפשר להרהר בשאלה מה היה קורה אילו נמנע בית-המשפט מעיקרא מלהכריע בפרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בפרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24, ובכל יתר הפרשות שאחזו בעקביהן. בסוגיית הנישואין נראה לי שאם כך ואם אחרת היה דרוש פתרון לבעייתם של פסולי-החיתון והזוגות המעורבים. שונה הדבר בסוגיית הדת והלאום: אלמלא הוכרעה פרשת **שליט** כפי שהוכרעה, תיקון חוקי השבות והמרשם לא היה בא לעולם באותה שעה, לטוב ולרע; ומי יודע כיצד היו הדברים מתפתחים, וכיצד היה הדבר משפיע על פרקים מכריעים בהיסטוריה של מדינת-ישראל. מכל מקום, באופן שבו נהג למעשה, היה לבית-המשפט חלק מכריע בהפיכת המרשם למוקד חריף של התדיינות משפטית עד עצם היום הזה.

ד. הרישום כראיה לנכונותו

יד-ביד סובבים "התפיסה הסטטיסטית" והניסיון לשלול מן המרשם את ערכו הראייתי. רוצה לומר: בהיותו "חומר סטטיסטי" אין הרישום יכול לשמש ראיה; ואם תאמר שאינו ראיה, ממילא אין צורך להקפיד כל-כך על דיוקו, ואחת דינו להישאר "חומר סטטיסטי". יד-ביד במעגל. על התפיסה הסטטיסטית עמדנו. נפנה עתה אל "דיני הראיות" של המרשם, וניווכח שגם הם שגויים ומשוללי יסוד מעיקרם.

1. מושגי-יסוד

ייאמר מייד כי הדין הנוגע לערכו הראייתי של המרשם אפוף מבוכה כה רבה, עד שראוי לנסות להבהיר, בתכלית הקיצור, את מושגי-היסוד של הדיון.

מהי ראיה? ראיה היא כל מה שעשוי להוכיח דבר הטעון הוכחה, ובכלל זה אמירה, מסמך, חפץ, התנהגות ועוד. מצד אחד יכולה ראיה להיות חותכת, ופירוש הדבר שבית-משפט, קל וחומר רשות מנהלית, **חייבים** לראותה כראיה מכרעת לאמיתותה. מצד שני יכול הדין לשלול מראיה רלוונטית כל כוח של הוכחה, ופירוש הדבר שלבית-משפט (אם כי לאו דווקא לרשות מנהלית) **אסור** להסתמך עליה, אלא חובתו להתעלם ממנה במילוי תפקידו השיפוטי. כך היא, למשל, עדות-שמיעה שאינה קבילה. מצד שלישי יכולה ראיה רלוונטית להיות ראיה "סתם", ופירוש הדבר שבית-משפט או רשות מנהלית **רשאים** להסתמך עליה, כראיה יחידה או לצד ראיות אחרות, הכל כפי אמינותה ומשקלה בנסיבות העניין. כידוע, סוג מיוחד של ראיה "סתם" הוא תעודה ציבורית, קרי, מסמך או רישום שערכה רשות רשמית במהלך מילוי תפקידה.[141] תעודה כזאת חזקה עליה שנעשתה כראוי, ובדרך-כלל יהא לה משקל רב. אולם מובן שחזקה זו ניתנת להזמה בכל מקרה קונקרטי; ואפילו החזקה מתקיימת והתעודה כשרה, עדיין תוכן התעודה יכול להיסתר מכוח תעודות או ראיות אחרות. מטבעו, רישום במרשם האוכלוסין של המדינה הוא דוגמה מובהקת לתעודה ציבורית.

מהי ראיה **לכאורה**? כפי שהדין מתפרש, ספק אם המילה "לכאורה" נושאת משמעות כלשהי. אם בכלל, תפקידה להבהיר (למעלה מן הצורך) כי ראיה "לכאורה" **אינה** ראיה חותכת.[142] לכן, מקום שתעודה ציבורית משמשת ראיה לכאורה להוכחת

---

[141] ס' 29 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, נ"ח 421. כידוע, תעודה ציבורית היא בבחינת עדות-שמיעה – לענייננו עדות רשומה על מה שאמר פלוני לפקיד הרושם – והיא קבילה משום שהיא מוכרת כאחד החריגים הרבים לכלל הפוסל עדות-שמיעה.

[142] להלכה, ראיה או ראיות לכאורה (prima facie evidence) פירושן חומר ראיות שדי בו להוכיח את הטעון-הוכחה, אם לא הוזם או נסתר. מן הבחינה הטכנית של דיני הראיות, השימוש במונח זה עשוי להבהיר כי אם ראיה לכאורה נמצאה מהימנה ונותרה לבדה בזירה,

האמור בה, פירוש הדבר שתהא ראיה קבילה ״סתם״ ותישקל לפי ערכה, ממש כפי שהייתה נשקלת ללא המילה ״לכאורה״. אם יתעורר ספק או יימצאו ראיות סותרות, ייקבע משקל התעודה על רקע כלל חומר הראיות; ואם נותרה התעודה לבדה בזירה, מבלי שהוזמה או נסתרה, הרי תספיק בדרך־כלל לשם קביעת ממצא.

זו כל התורה על רגל אחת – ואין אלא לתהות כיצד הסתבכו הדברים כל־כך בכל הנוגע למרשם.

2. ״דיני הראיות״ של הלכת פונק-שלזינגר

> הפקודה הנ״ל לא שיוותה לרישום במרשם התושבים כוח של ראיה או הוכחה לשום דבר... לענין קביעת גילו של אדם לצורך גיוסו לצבא משמש הרישום בספר התושבים ראיה לכאורה, לא מכוח הפקודה הנ״ל, אלא מכוח התוספת לחוק שירות הבטחון... בסעיף 4 להנחיות [הרישום] נאמר, כי על פי הוראות קבע של הרבנות הראשית ומשרד הדתות, אין רושם נישואין סומך על הרישום לצורך מילוי תפקידו, והם רשאים לנהוג כך; מי, אם כן, חייב לסמוך על הרישום?[143]

כמה וכמה שגיאות ותקלות נפלו בדברים המצוטטים לעיל מפרשת **פונק-שלזינגר**, וננסה לעמוד עליהן אחת לאחת.

ראשית, הדברים המצוטטים עומדים בסתירה בולטת לגישתו של בית־המשפט עצמו. דווקא לנוכח הקביעה שרישום הגיל אינו משמש ראיה לכאורה מכוח הפקודה (אלא מכוח חיקוק אחר), מן הראוי להביא דברים שאמר בית־המשפט אך שנה קודם. באותו מקרה דובר בקביעת גיל לצורך קבלת גמלה מן הביטוח הלאומי,[144] ומעבר להמחשה נוספת של חשיבות הרישום לצרכים מעשיים, בולטים לעניינו דברי השופט ברנזון: ״**חזקה היא שהרישום בתעודת הזהות, שהיא מסמך רשמי, הוא נכון**״;[145] וכן דבריו של השופט כהן: ״אמת נכון הדבר – כפי שטוען בא־כוח היועץ המשפטי לפנינו – כי **כל עוד לא פסק בית משפט מוסמך אחרת, עומד הרישום הרשמי במרשם התושבים בחזקת אמת**״.[146] והרי אלה דברים מפורשים העומדים בסתירה מוחלטת לאמור בפרשת **פונק-שלזינגר** ומדברים בעד עצמם.

אזי אין לה צורך בתוספת כלשהי, ודי בה לקבוע ממצא ואף להכריע את הדין. היא נבדלת לפיכך מראיה שהדין אוסר הסתמכות עליה כראיה יחידה גם אם נמצאה מהימנה.

[143] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 249.

[144] ע״א 395/60 **עמרני נ׳ היועץ המשפטי לממשלה**, פ״ד טו 594 (1961).

[145] שם, בעמ׳ 602 (ההדגשה הוספה). יצוין כי השופט ברנזון הצטרף בהסכמה לדעת הרוב בפרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1.

[146] פרשת **עמרני**, לעיל ה״ש 144, בעמ׳ 604 (ההדגשה הוספה).

שנית, מסתבר שהקטע המצוטט עומד בסתירה גלויה אפילו לדברים שהובאו בפרשת **פונק-שלזינגר** עצמה. בית-המשפט הסתמך כזכור על הנחיות הרישום משנת 1958, ואין אלא לעיין בהן כפי שצוטטו בפסק-הדין עצמו: ״כשפקיד הרישום אינו רואה סיבה לכאורה להטיל ספק בפרטים הנמסרים לו... או... אם נחה דעתו שלכאורה הוכחו לו פרטים אלה, כי אז חייב פקיד הרישום לרשמם; **והעובדה שהתעודה אשר הוא נותן על רישומיה תעמוד בחזקת כשרות ותוקף ותהא עשויה להוכיח את הכתוב בה**, אינה מעלה ואינה מורידה לגבי דידו כלל [סעיף 5 להנחיות]... כל מסמך שנעשה בידי עובד ציבור... במילוי תפקידו, ובכלל זה **כל הרשום במרשם התושבים ובתעודת הזהות עצמה, חזקה עליו שתכנו אמת** [סעיף 9]... **אולם החזקה הזאת ניתנת להזמה; אין היא הוכחה אלא לכאורה בלבד** [סעיף 10].״ שוב לפנינו דברים מפורשים. ושאלה גדולה היא כיצד קרה שהלכת **פונק-שלזינגר** קבעה כי אין לרישום כל ערך ראייתי – אף לא לכאורה – ובה-בעת ציטטה כלשונן, בהרחבה ובהסכמה, את ההנחיות הקובעות במפורש את ההפך.

שלישית, מעיקרא אין צורך שפקודת המרשם תשווה לרישום כוח של ראיה. בעיקרו של דבר, ראיה אינה שואבת את כוחה מן החוק, אלא מכך שאפשר ומותר להסיק ממנה מסקנה רלוונטית בנסיבות העניין (ובלבד שהיא קבילה). יתר על כן, רישום במרשם הוא מעצם טבעו תעודה ציבורית – לא משום שפקודת המרשם קובעת כך, אלא משום שכך רואים אותו דיני הראיות הכלליים המעוגנים כיום בפקודת הראיות. אין אפוא צורך – ומעולם לא היה – בהוראה מיוחדת המקנה לרישומים במרשם ערך ראייתי. גם בלעדי הוראה כזאת, רישום במרשם רשמי של המדינה הוא מטבעו ראיה טובה וקבילה להוכחת נכונותו.

רביעית, השופט זוסמן לא דייק בתוכנו של סעיף 4 להנחיות, אף שקודם לכן צוטט הסעיף במדויק. למעשה, **לא** נאמר בו שרושמי נישואין אינם סומכים על הרישום, אלא שהם מחויבים ״לא לסמוך **רק** על הרשום בתעודת הזהות, אלא לחקור בעצמם את הבאים להינשא״. כלומר, **מותר** לרושמי נישואין להסתמך על הרישום, אך חובה עליהם לבקש גם ראיות אחרות לשם חיזוק או תוספת. במציאות, משמעות הדבר ברורה: אדם שיבוא להינשא ברבנות והוא רשום למשל בתור ״חסר דת״, שלא לומר ״נוצרי״ – פשיטא שייתקל בהרמת-גבה, וספק אם טענות שישמיע יזכו בהתייחסות כלשהי. לעומתו, אדם שיבוא להינשא והוא רשום כ״יהודי״, בדרך-כלל יקבלו אותו (בהעדר ספק מיוחד), ורק יבקשו שיוסיף ראיות קלות-ערך, כגון עדות של שניים מחבריו שהוא אכן יהודי.[147] רוצה לומר: אפילו לצורכי הרבנות הרישום במרשם הוא תנאי הכרחי, אם

[147] ומה משמעותה של ראיה כזאת? האם חבריו של אדם, בני-גילו, יכולים להעיד כי נולד מרחמה של פלונית הנחזית כאמו? וכי עמדו בחדר-הלידה? יתר על כן, היכולים הם להעיד כי האֵם שממנה נולד היא אכן יהודייה – היא, ואמה לפניה, וסבתה ואם-סבתה? מפאת קוצר היריעה לא נוכל עוד להרחיב על משמעות העדות כי פלוני הוא יהודי.

כי אינו תנאי מספיק;[148] והשאלה אינה אם הרבנים (או זולתם) **חייבים** להסתמך על הרישום, כפי שהציג זאת השופט זוסמן, אלא אם הם **רשאים** לעשות זאת ואם הם עושים זאת בפועל.

אם דרושה הוכחה נוספת לערכו של הרישום עוד בימי הפקודה, נוכל לשוב אל משבר ההנחיות של 1958. הנה עדותו של אחד מגיבורי המשבר, חבר-הכנסת זרח ורהפטיג:

> בתוקף תפקידי כסגן שר הדתות פניתי... לשר הפנים וכתבתי: ...״הרישום בתעודת הזהות משמש לעתים כאסמכתא עבור רושמי הנישואין וכן לבתי הדין הדתיים״... [עוד] כתבתי לשר הפנים... כי אמנם ״מרשם התושבים אינו קובע מבחינה משפטית את המעמד האישי של התושב, אך מאידך הרי היתה הנחה, כנהוג בכל העולם, שהפרטים הרשומים בתעודה רשמית המוצאת על ידי משרד ממשלתי הם מדויקים... [ההשמטה במקור – א' ל'] לכן היו רושמי הנישואין מכל העדות מתחשבים בתעודת הזיהוי כהוכחה לכאורה ולא היו בודקים אחריה אלא אם כן נתעורר אצלם חשד״.[149]

כלומר, כבר בימי הפקודה שימש הרישום ראיה עבור רושמי נישואין ובתי-דין דתיים, קל וחומר עבור רשויות אחרות. נותר להדגיש שאפילו כיום הרשויות הדתיות מסתמכות על הרישומים בפרטי המעמד האישי,[150] אף שסעיף 3 לחוק המרשם מבקש במפורש לשלול מרישומים אלה כל ערך ראייתי.

סיכומם של דברים: אין לדעתי כל ספק כי מיום היווסדו שימש המרשם ראיה לנכונותם של כל הפרטים שנרשמו בו, הן במציאות והן בדין, ולא היה כל יסוד לקביעה אחרת בהלכת **פונק-שלזינגר**.[151] למרבה הצער בא סעיף 3 לחוק המרשם, והפך שגיאה של בית-המשפט לשגגה שיצאה מלפני המחוקק.

---

[148] אם נרצה, כאן הדוגמה להבחנה בין ראיה סתם לבין ראיה לכאורה. הרישום ״יהודי״ משמש ראיה ומסתמכים עליו; אבל אין הוא prima facie evidence במובן המשפטי-הטכני, משום שנאסר על הרבנים להסתמך עליו כראיה **יחידה**.

[149] ורהפטיג, **לעיל** ה״ש 35, בעמ' **156-157**.

[150] **לביסוס** טענה זו ראו גם פרשת **מילר**, **לעיל** ה״ש 92, בעמ' **440**.

[151] ראו עוד פלק, **לעיל** ה״ש 16, בעמ' **201-202**, המראה כי הן ביסודן של תקנות שעת חירום (רישום תושבים) והן ביסודה של פקודת המרשם עמדה ההנחה כי הרישום ישמש ראיה לנכונותם של הפרטים הנרשמים. כך עולה גם ממכתבו של בן-גוריון לחכמי ישראל. וניתנה אמת להיאמר, שהדבר ברור לחלוטין גם בפקודה לפי פשוטה: טלו את ס' 3(ג), הקובע כי מתפקידם של משרדי הרישום להוציא העתקים ותמציות מן המרשם ולמסור ידיעות על שמו של תושב ועל כתובתו – לשם מה להוציא העתקים ולתת ידיעות אם אי-אפשר להסתמך עליהם ואין מה לעשות בהם?

3. סעיף 3 לחוק המרשם

בהשפעתה של הלכת **פונק-שלזינגר** חוקק סעיף 3 לחוק המרשם, הקובע כי "הרישום במרשם, כל העתק או תמצית ממנו וכן כל תעודה שניתנה לפי חוק זה יהיו ראיה לכאורה לנכונות פרטי הרישום המפורטים בפיסקאות (1) עד (4) ו-(9) עד (13) לסעיף 2". רוב פרטי הרישום זכו אפוא שהחוק יכיר בהם כראיה לנכונותם, ואילו פרטי המעמד האישי הוצאו מן הכלל. לגבי אלה האחרונים, כפי שקבע (בטעות) השופט זוסמן בפרשת **שליט**, "נשאר הדין כמו שהיה למן שנת 1949";[152] והשופט כהן ציין כי סעיף 3 לחוק המרשם היה "הדרך הפשוטה לשלול מאת הרישום בפרטים אלה כל ערך הוכחתי, ולו רק לכאורה בלבד".[153]

לעניות דעתי, מוטב היה לסעיף 3 אילולא בא לעולם: **להקנות** כוח ראייתי לרישום לא היה צורך, אלמלא הלכת **פונק-שלזינגר**, שהרי ראינו כבר שכוחו עימו גם ללא הקניה מפורשת; ועד כמה שביקש המחוקק **לשלול** כוח ראייתי מפרטי המעמד האישי – הרי לדעתי לא הצליח, ואת מילותיו בעניין זה השחית לריק.

הנה הקושי: אם הרישום "יהודי" (למשל) אינו ראיה לנכונותו, אזי מה הוא? לפי הדין הקיים, התשובה היא שהרישום הוא רק ראיה לכך שפלוני בא לפני פקיד הרישום ואמר את המילים "יהודי אני" (מבלי שהפקיד ראה יסוד לחשוד בתום-ליבו).[154] לכן, אם תובע פלילי יטען שפלוני לא בא למלא את חובת הרישום, יבוא הרישום ויעיד כי בא ומילא את חובתו; אם יטען מאן-דהוא שפלוני אמר לפקיד את המילים "ערבי אני", מייד יעיד הרישום על המילים שיצאו מפיו באמת; אבל אם יבוא אדם ויטען שפלוני אינו יהודי – הרישום אינו רלוונטי, שכן הוא אינו מעיד כלל על לאומו או על דתו של הנרשם. אִמרו מעתה: רישום המעמד האישי כמוהו כעדות-שמיעה – הוא ראיה למילים שיצאו מפי הנרשם אם דרוש להוכיח את עצם אמירתן, אבל אין הוא ראיה שאותן מילים היו אמת.

הבה ננית, אם כן, שהרישום "יהודי" מעיד אך ורק על המילים שיצאו מפי הנרשם. אולם בהלכת **פונק-שלזינגר** עצמה נאמר כי חזקה על מילים אלה שהן אמת, וגם בפרשת **שליט** הודגש כי "אזרח הבא למסור הודעה כמצוות החוק עומד בחזקת דובר

---

[152] פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 509. לעיל הראינו כי לתפיסה זו של הדין למן שנת 1949 מעולם לא היה יסוד.

[153] שם, בעמ' 489.

[154] כך נקבע כבר בס' 4 להנחיות הרישום של 1958: "אין הרישום משמש הוכחה לאמיתות הפרטים שנרשמו, אלא רק משום הוכחה למילוי חובת הרישום". ראו עוד את מכתבו של חיים כהן לבן-גוריון במסגרת "משאל החכמים" (בן-רפאל, לעיל ה"ש 17, בעמ' 224); וכן את דבריו בפרשת **רופאייזן** (לעיל ה"ש 42, בעמ' 2444), שעליהם חזר בפרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 486: "הרישום במרשם התושבים שפלוני הוא בן הלאום היהודי... מוכיח אך זאת בלבד, שאותו פלוני ביקש את פקיד הרישום לרשום את לאומו כיהודי... לשון אחרת, הרישום אינו אלא ראיה על הצהרה שנמסרה לפני הרושם."

אמת".[155] קמה אפוא שאלה פשוטה: אם הצהרת הנרשם היא אמת-לכאורה רגע לפני הרישום, כיצד ייתכן שאותה הצהרה ממש – דווקא לאחר שנערכה כדין במסמך רשמי – אינה בחזקת אמת ואין לה שום יחס אל האמת? מה אירע בעת התיעוד הרשמי של ההצהרה (ושל מסמכים העשויים לתמוך בה) שהיה בכוחו להופכה מאמת-לכאורה למילים ריקות בעלמא?

כידוע, מה שנראה והולך ומגעגע כברווז הוא אכן ברווז. אם הרישום מעיד שהנרשם אמר "יהודי אני", ואם חזקה על הנרשם שאמר אמת, אזי חזקה היא שהמילים "יהודי אני" היו אמת. אם נוסף על כך מדובר ברישום רשמי שעשה פקיד במהלך מילוי תפקידו, משום שלא ראה יסוד לחשוד בדברי הנרשם או משום שדרש ידיעות ומסמכים לאימותם וקיבלם באופן שהניח את דעתו – מהו הרישום אם לא ראיה לנכונותו? מה הטעם לקבוע כי הוא אינו ראיה לנכונותו אם לכל הדעות מותר לראות בו ראיה למילים שאמר הנרשם, ואם יש להניח שמילים אלה היו אמת? נותרו רק דברי השופט לנדוי בפרשת **שליט**: "הרישומים במרשם – וגם רישומי הדת והלאום – הם בבחינת 'תעודה ציבורית' במובן פקודת העדות, ונראה לי שאם כי אין הם ראיה לכאורה, עדיין הם בגדר ראיה כלשהי."[156] ראיה כלשהי – משמע ראיה.

סעיף 3 לחוק המרשם היה יכול להישאר בגדר מילים ריקות אילולא היה גם מקומם. לבוּשְׁתנוּ, הוראתו מודפסת (באותיות קטנטנות) על-גבי מיליוני תעודות-זהות, למען ייוודע ברבים שמדינת-ישראל מציידת את תושביה בתעודה רשמית, רושמת בה אי-אלה פרטים שחובה לרושמם ולתעדם לפי חוק, ואז קובעת בעצמה, על-גבי אותה תעודה, כי אין לפרטים הרשומים כל יחס אל האמת, אף לא לכאורה.

מה, אם כן, תפקידו של סעיף 3 לחוק המרשם? השופט לנדוי סבר כי נקבע בחוק "רק לשם יתר זהירות, כדי לא לכבול את ידי בתי הדין הדתיים בדונם בעניינים של המעמד האישי".[157] אומנם כן; אולם את התפקיד הזה מילא כבר סעיף 40 לחוק – "רישום לפי חוק זה אינו פוגע בדיני איסור והיתר לעניני נישואין וגירושין" – כך שסעיף 3 רק חזר בעניין זה על מה שכבר נאמר. שמא יש לסעיף 3 גם תפקיד אחר?

כפי שהתפתח, בעיקר בדור האחרון, חוששני שתפקידו האמיתי של סעיף 3 מתמצה בשיכוך כאבים במקרה הטוב ובסוג של אחיזת-עיניים במקרה הרע – הכל בעיני המתבונן. רוצה לומר: כל אימת שפורצת מחלוקת רישום והחלטה שיפוטית עלולה להצית אש, תפקידו של סעיף 3 הוא לצאת אל ההמונים, להרגיע, ולהכריז בקולי-קולות כי המרשם אינו קובע כלום ואין לחשוש מפניו. הוא סעיף שאין **מיישמים** אותו, אלא **משתמשים** בו. הוא סעיף של יחסי-ציבור, ללא תוכן משפטי. וכל המאמין להכרזותיו – ייגרע ויבושם לו.

---

[155] פרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 506 (מפי השופט זוסמן).

[156] שם, בעמ' 526.

[157] שם. וראו לעיל עדותו של זרח ורהפטיג, סמוך לה"ש 149.

4. ערכו הראייתי של רישום זר

כיצד רואה מדינת־ישראל רישומים רשמיים מארץ זרה? התשובה פשוטה: רישום רשמי זר הוא תעודה ציבורית, קרי, ראיה טובה לנכונותו – וזה הרי היסוד לחובת הרישום לפי הלכת **פונק־שלזינגר** עצמה. נמצא שכל רישום רשמי בעולם זוכה בישראל בכבוד הראוי לו, פרט לרישום שנערך בישראל עצמה. באשר לפקידי הרישום בארצות זרות, אם יסרבו להסתמך על המרשם כדי לרשום נישואין שנערכו בישראל, הרי ימלאו בכך בקפדנות אחר הדין הישראלי, ולמדינת־ישראל לא תהיה כלפיהם כל טרוניה. לא נכביר מילים על מצב־דברים זה, אשר אינו מוסיף כבוד למדינת־ישראל ולדיניה, ורק על תופעה אחת נצביע במפורש.

לפי נוהלי משרד הפנים, התיעוד הסובייטי של לאום הוא ראיה מרכזית לקביעת יהדותם של עולים־בכוח לפי חוק השבות.[158] כלומר, הרישום הסובייטי קובע מי יהודי לצורכי שבות ומרשם כאחד, בעוד הרישום הישראלי אינו קובע דבר, גם כאשר הוא מבוסס על הרישום הסובייטי. לפיכך, יהודי שעלה ארצה מחבר־העמים מוטב לו שישמור היטב על התיעוד הסובייטי המקורי המעיד עליו כבן הלאום היהודי. רק עליו יוכל אותו יהודי להסתמך אם יידרש אי־פעם להוכיח את לאומו בישראל (או בארץ זרה), ואילו הרישום הישראלי לא יועיל לו במאומה, לפי הדין כפשוטו, אף שהוא נסמך בעצמו על הרישום הסובייטי. זו תמונת הדין, למרבה הצער, ואין כמעט צורך לומר שתמונת המציאות היא אחרת, כפי שנוסיף וניווכח להלן.

ה. הפקיד הרושם ומדיניות הרישום

> הענין השנוי במחלוקת יכול שיהא קשה ומסובך... אל לו לפקיד הרישום לשכוח, שאם יאבה ליטול לידו סמכות שיפוטית ולפסוק בענין הצריך לדעתו להכרעה, בידו לא ניתנו הכלים לעשות כן. והואיל והפקודה הנ״ל מחייבת את האזרח בהודעת פרטים לשם רישום ואת הפקיד ברישומם ובמתן תעודת זהות, אין הדברים יכולים להסתיים בתיקו; על־כרחך אתה אומר: הפקיד חייב לרשום מה שאזרח אומר לו.[159]

1. הערה קצרה על מצבים של תיקו וסילוק ספקות

דרך העולם היא שמחלוקת המסתיימת בתיקו אינה מבשרת שינוי של המצב הקיים, אלא דווקא שימורו. אם בתביעה אזרחית הראיות מצביעות על תיקו – אות הוא שהתביעה תידחה והמצב הקיים ייוותר בעינו; אם בהצבעה על החלטה הקולות שקולים

---

[158] קורינאלדי, לעיל ה״ש 77, בעמ׳ 179-181, 245-254 (נספח יב).

[159] פרשת **פונק־שלזינגר**, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 244, 249.

– אות הוא שההחלטה **לא** התקבלה; אם פקיד רישום המקרקעין מהסס אם לרשום עסקה פלונית – אות הוא שיימנע לפי שעה משינוי הזכויות הקיימות עד לבירור ממצה או עד שיקבל הוראה מוסמכת, וכמוהו ינהגו גם פקידי הרישום אצל רשם החברות, רשם המשכונות, רשם העמותות, רשם הפטנטים, רשם סימני־המסחר ורַשָמים אחרים שלא באנו למנותם.[160] כך כמעט בכל הֶקשר ובכל מקום – ובכל־זאת לא כך בהלכת **פונק-שלזינגר**. לפי הלכה זו, ״תיקו״ מבשר דווקא שינוי בקיים; ולא רק שינוי במרשם, כפי שראינו, אלא שינוי בעולם האמיתי של זכויות וחובות. דרך העולם לחוד והלכת **פונק-שלזינגר** לחוד.

מבחינה נורמטיבית, חידה היא בעיניי מדוע ספק או תיקו **מחייבים** את הפקיד לרשום ובכך לקבוע דה־פקטו מצב חדש.[161] ודוק: שאלה **מהותית** היא אם יש לרשום, למשל, נישואין בין גברים או גיור רפורמי, וההכרעה **לגופה** עשויה ליפול לשני הכיוונים. אבל בכל המקרים הקשים, שהיו ועוד יהיו, אני מתקשה להבין מדוע ״על־

---

[160] אני ער להבדלים הניכרים שבין פקיד הרישום הראשי לבין רַשָמים אחרים העושים את מלאכתם לפי דין – הבדלים של כשירות לכהונה, סמכויות לפי דין, מהות המרשם ואופי הרישום. עם זאת, סבורני שכל הרַשָמים, וכן כל פקידי הרישום הסרים למרותם, כפופים לאותה זהירות ״טבעית״ המתחייבת בניהולו של פנקס רשמי ובביצוע רישומים שיש בהם ספק. זאת ועוד, סבורני שההבדלים בין רַשָמים שונים נעוצים לא־מעט בהיסטוריה ובטכניקה של החקיקה, ולאו דווקא במהות התפקיד. לא הרי רַשָמים שירשנו מן החקיקה המנדטורית כהרי רַשָמים שנולדו בחקיקה הישראלית, ולא הרי פקודת המרשם השלדית משנת 1949 כהרי החקיקה הישראלית המודרנית הנוטה ליתר פירוט. אכן, דומני שאילו נחקק חוק המרשם כיום, יש מאין, הרי מן הסתם הוא היה קובע שפקיד הרישום הראשי יהא בעל כשירות לשמש שופט שלום (לכל־הפחות), ואף יקבל לידיו סמכויות הנתונות לוועדת חקירה לפי ס׳ 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, התשכ״ט-1968, ס״ח 28. השוו, למשל, ס׳ 118 ו-120 לחוק המקרקעין, התשכ״ט-1969, ס״ח 259 (לגבי הממונה על מרשם המקרקעין); ס׳ 25 ו-30 לחוק הנאמנות, התשל״ט-1979, ס״ח 128 (לגבי רשם ההקדשות); ס׳ 5 ו-68 לפקודת סימני המסחר [נוסח חדש], התשל״ב-1972, נ״ח 511 (לגבי רשם סימני־המסחר); ס׳ 3 לפקודת הפטנטים והמדגמים, חא״י ב 1653, ולעומתו ס׳ 157 לחוק הפטנטים, התשכ״ז-1967, ס״ח 148 (לגבי רשם הפטנטים); ס׳ 3 ו-12 לתקנות המשכון (סדרי רישום ועיון), התשנ״ד-1994, ק״ת 734 (לגבי רשם המשכונות); כל אלה ועוד. מעבר להערה זו, קצרה היריעה מלהרחיב.

[161] זאת ועוד, הכל מבינים כי אפשר להימנע מרישום, אבל קשה הרבה יותר לרשום תחילה ואחר כך למחוק. גם זה טבע העולם, והוא אף נשקף מהוראות החוק: משהוגדר המונח ״יהודי״, נקבע שלא יהיה בהגדרה החדשה כדי לפגוע ברישומים ישנים (ס׳ 3א(ג) לחוק המרשם). כלומר, מי שכבר נרשם כיהודי יישאר רשום כך גם אם הוא **אינו** עונה על ההגדרה החדשה. מה אפוא ההצדקה למהר ולרשום ולקבוע בכך ״עובדות בשטח״? אם הדין לגופו יוכרע אי־פעם **לטובת** מבקשי הרישום – יבואו־נא כל המעוניינים ויירשמו כדין. אבל מניין ההכרח הנורמטיבי לתת למבקשים מעמד דה־פקטו ששוב לא יישלל מהם, גם אם הדין יוכרע **לרעתם**?

כרחך אתה אומר: הפקיד חייב לרשום מה שאזרח אומר לו״; ומדוע אם ״יש לדבר פנים לכאן ולכאן... עליו לבצע את הרישום״.[162]

2. דמות הפקיד הרושם

אילו חיינו מפי הלכת **פונק-שלזינגר** לבדה, היה עלינו להאמין שהמרשם שבוי בידי קבוצה עלומה של פקידי רישום, היושבים מסוגרים בחדריהם ומתיימרים להכריע בכל יום מחלוקות מסובכות. תמונה זו מחייבת כמובן לחלץ את המרשם משביו ולהבהיר לפקידים את המקום הראוי להם – ומכאן דברי השופט זוסמן המצוטטים למעלה.

על גישה זו של בית-המשפט נמתחה ביקורת סמוך לאחר מתן פסק-הדין, ודומני שמוטב להביאה כלשונה:

> למעשה נהגו פקידי הרישום בדרך שלישית מלבד אלה המתוארות בפסק הדין: הם רשמו פרטים כגון גיל ומצב משפחתי על פי הודעת הנוגע בדבר והתעודות המוגשות על ידו. אם התעורר ספק בלבם הן בצד העובדתי והן בצד המשפטי – הם העבירו את התיק להנהלת האגף כדי לקבל חוות דעת של היועץ המשפטי של משרד הפנים. אם נמצא הספק בלתי מבוסס ניתנה להם הוראה לרשום את הפריט, ואילו אם הספק נשאר בעינו, ההנחיה היתה להודיע לאדם הנוגע בדבר שלא ירשמו את הפריט עד אשר ימציא פסק דין הצהרתי מבית המשפט המוסמך. אף על פי שפקיד הרישום איננו איפוא בר-הכי לקבלת החלטות שיפוטיות, הרי הוא נהנה מעצה משפטית. יתר על כן – החלטותיו אינן קובעות דבר, אלא הוא רק מפנה את האזרח לערכאה המתאימה. פסק הדין [בפרשת **פונק-שלזינגר** – א' ל'] מחייב את פקיד הרישום שלא להתחשב בפיקפוקים שלו אפילו אם התאשרו על ידי היועץ המשפטי במשרד ואולי גם על ידי היועץ המשפטי לממשלה. עליו לתת את ידו ליצירת ניגוד בין המשפט המהותי לבין ספר רשמי והתעודות הניתנות על-פיו.[163]

הייתה זו ביקורת פשוטה וכמעט מובנת מאליה, ומוטב היה אילו נשמעה. אך גם בחלוף דור נאמר כי ״פקיד זוטר״ אין תפקידו לדקדק בעובדות או בדין;[164] כי במקרה של ספק אל לו לפסוק אלא לבצע את הרישום;[165] וכן כי ״שאלות של עם ולאום, של דת ומדינה... הכרעות היסטוריות הן, ובהיותן מה שהן, אך מוזר – אף מגוחך – הוא הטיעון

---

[162] ראו פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3.

[163] פלק, לעיל ה״ש 16, בעמ' 204-205.

[164] פרשת **גיגי**, לעיל ה״ש 130, בעמ' 461.

[165] פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3, בעמ' 736.

כי פקיד המרשם אמור להכריע בהן".[166]

ראינו לעיל את הסתירה הפנימית שבדין: אם הפקיד אינו פוסק, הרי לא יפסוק ולא יכריע בין שירשום ובין שיסרב, ומכל מקום לא יהא להחלטתו ערך נורמטיבי ואיש לא יהא מחויב בה. ראינו עוד כי שאלה גדולה היא מדוע יוביל הספק דווקא לרישום, ולא לאי-רישום. והנה נוכחנו כי גם מהבחינה המנהלית אין לדין הקיים יסוד: לאמיתו של דבר, פקיד הרישום אינו שופט-מטעם-עצמו, אלא זרועה הארוכה של המדינה; לא את דעתו שלו הוא אוכף, אלא הנחיות שקיבל "מגבוה"; והספק בכל "המקרים הקשים" נעוץ לא בשאלה עובדתית כגון גילו של פלוני, אלא בשאלה משפטית על רקע עובדות ידועות. ממילא, הטענות אינן מכוונות כלפי פקיד זה או אחר שחרג מן השורה, אלא כלפי מדיניות הרישום המוכתבת מלמעלה – ובעצם כלפי הדין המהותי עצמו, שהוא המקור האמיתי לכל הקשיים.

דמות הפקיד הרושם היא מטרה נוחה: קל לציירו כמי שחורג מעקרונות-היסוד של הדין המנהלי, ואז "לשלול" ממנו סמכות שהוא מתיימר כביכול ליטול לעצמו. קל להציבו ולהיאבק בו, כמעין דחליל משפטי, ולהקימו מפעם לפעם על-מנת לשוב ולהפילו. אלא שלא הפקיד עיקר. לא הוא המטרה, ולא בו יש להתמקד. המטרות האמיתיות הן הדין המהותי והמדיניות המעוגנת בו – ועם אלה קשה יותר להתמודד.

3. מדיניות רישום ושינויה

לאחרונה בא הנשיא ברק בפרשת **בן-ארי**, ובמקום דמות-הצללים של הפקיד הזוטר העמיד את דמות-האמת של שר הפנים: "אין זה ראוי כי בכל עת בו חל שינוי בראשותו של משרד הפנים יבוא שינוי במדיניות בשאלות מפתח של המדינה."[167] ומייד קמה שאלה חדשה: האומנם לא ייתכן שינוי במדיניות הרישום עקב חילופי גברי במשרד הפנים? האומנם "משמעותו של חוק קבועה ועומדת ואינה יכולה להשתנות עקב שינויים בהרכב הממשלה"?[168] לא נוכל להעמיק כאן בסוגיה הגדולה (והמוזנחת) של פרשנות החוק במסגרת הרשות המבצעת. אך פעם נוספת עלינו לנסות להעמיד את הדברים באור הנכון.

(א) שינוי מדיניות היישום של חוק השבות

הנה שאלה חשובה ומעשית לכל הדעות: מה דינה, בגדרי חוק השבות, של אזרחית זרה לא-יהודייה שנישאה ליהודי ישראלי? האם היא זכאית לזכויות שבות לפי סעיף 4א לחוק, כבת משפחתו של יהודי? החל בתיקון חוק השבות ועד 1995 הייתה התשובה שהיא אכן זכאית; אבל אז, באישור בית-המשפט, שונתה המדיניות והוחלט ההפך.[169]

---

[166] פרשת **גולדמן**, לעיל ה"ש 68, פס' 16 לפסק-הדין.

[167] פרשת **בן-ארי**, לעיל ה"ש 61, פס' 14 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

[168] דברי השופט זוסמן בפרשת **שליט**, לעיל ה"ש 24, בעמ' 515.

[169] ראו קורינאלדי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 100-105.

אִמרו מעתה: אילו נישאה גב' פונק למר שלזינגר בין 1970 ל-1995, היא הייתה זכאית לעלות ארצה ולקבל מייד אזרחות ישראלית; אך אילו נישאה לו אחרי 1995, הרי הייתה נדרשת להליך ממושך ותובעני של התאזרחות, תחת עינם הפקוחה של השלטונות. נמצא שלא רק משמעות של חוק ״סתם״ אינה ״קבועה ועומדת״, אלא אפילו משמעותו של חוק השבות – ראש וראשון לכל החוקים כולם.

הנה שאלה מעשית נוספת: מה דין ילד שנולד להורים נוכרים אם אחד מהוריו התגייר **לאחר** לידתו? האם הוא ״ילד של יהודי״ הזכאי לעלות ארצה? לכתחילה נקבע שהוא זכאי, ובלבד שבמועד העלייה ההורה יהודי. חלפו שנות דור, ובשנת 2001 הוחלט ההפך: אין הוא זכאי, שכן ״ילד של יהודי״ נקבע במועד הלידה.[170] נותר רק להדגיש כי שינוי מדיניות זה לא זכה אפילו באישור שיפוטי, אלא נרקם כולו בתוככי המִנהל. ואם המִנהל יכול לשנות את המדיניות כלפי מבקשי עלייה, לשבט או לחסד – האם לא יוכל לשנות את המדיניות, מקל וחומר, כלפי מבקשי רישום?

(ב) שינוי מדיניות היישום של חוק המרשם

דברים מפורשים על שינוי מדיניות אמר בית-המשפט העליון במסגרת פרשת **נעמת**. מדובר באנשים שבאו לישראל כלא-יהודים, למדו כאן לימודי יהדות, ״קפצו״ לחוץ-לארץ על-מנת להתגייר, ואז שבו ארצה וביקשו לעלות ולהירשם כיהודים. הם עתרו לבג״ץ לאחר שבקשתם סורבה, וכל העת שהו בארץ מכוח רישיון לישיבת-ביקור שתוקפו הוארך מזמן לזמן. כאשר תוקף הרישיון עמד לפוג ללא אפשרות של הארכה נוספת, ביקשו העותרים צו-ביניים כדי לקבל מעמד של תושבים ארעיים עד לבירור העתירה העיקרית.[171] דא עקא, הענקת מעמד ארעי הייתה גוררת רישום במרשם, ומדיניותו של שר הפנים הייתה ״שלא לרשום במרשם האוכלוסין – אפילו לתקופת ביניים – מי שלגישתו אינו זכאי מלכתחילה להיות רשום בו״.[172] מה עשה בית-המשפט? החליט, בעקבות החלטה דומה במקרה קודם, ״לדחות את ההכרעה בשאלת מתן צו הביניים לתקופה של ארבעה חודשים. שכן, בתקופה זו, **אפשר שמדיניות [שר הפנים] תשתנה לאור חילופי השלטון**, והמשיבים יסכימו להעניק למבקשים רשיון לישיבת ארעי מסוג א/5 עד לסיום הדיון בעתירה.״[173]

נמצא שהמדיניות לא רק עשויה להשתנות בשל חילופי שלטון גרידא,[174] אלא לעיתים אפילו **מחכים לה** שתשתנה בטרם תוכרע עתירה נגד השלטון הנוכחי.

---

[170] שם, בעמ' 97-100.

[171] בג״ץ 2859/99 **מקרינה נ' שר הפנים**, פ״ד נח(5) 412 (2004) (הליך-ביניים במסגרת פרשת **נעמת**, לעיל ה״ש 3). לנגד עיניהם של העותרים עמד אפוא אותו צורך שהדריך בשעתה את גב' פונק-שלזינגר, והוא לשהות בארץ כדין.

[172] שם.

[173] שם (ההדגשה הוספה).

[174] ראו גם את שינוי המדיניות ביחס לרישומם של טרנסג'נדרים, סמוך לה״ש 115 לעיל.

4. פרשת בן-ארי כמשל

בפרשת **בן-ארי**[175] הוחלט כזכור לרשום נישואין שנערכו בין גבר לגבר. כידוע, סוגיה זו של נישואין בין בני אותו מין היא רבת-פנים ומורכבת מאוד. אפילו בעולם הליברלי היא מעוררת מחלוקת עזה, שלא כאן המקום לתארה. אבל כדרך הפסיקה אצלנו, עיקר ההחלטה הוא רק חזרה על הלכת **פונק-שלזינגר**: יש לרשום, משום שאין סמכות לא לרשום. הא ותו לא.

בפועל, הלכת **בן-ארי** משמשת מעין ״רשיון ייבוא״ אוטומטי, ללא בדיקה מהותית, לכל סטטוס שנוצר מעבר לים ומבקשים לייבאו ארצה. למחר יינשאו בחוץ-לארץ ישראלים שהם אב ובתו המאומצת (או בנו המאומץ), או אֵם חורגת ובנה (או בתה), או אח ואחיו-למחצה או אחותו-למחצה, או קרובי-דם אחרים למיניהם, או כיוצא באלה זוגות (ואולי שלישיות?) שטרם ראינו כמותם.[176] לכאורה, לפי הדין הקיים, יוכל הזוג הטרי לשוב מחוץ-לארץ עם המעמד שרכש, לחייב את מדינת-ישראל לתת לו ביטוי במרשם האוכלוסין, ואגב כך לזכות בהכרה דה-פקטו גם מחוץ לגדרי המרשם. תושבי ישראל יוכלו אפוא לשוט בעולם ולערוך status shopping כאוות נפשם, אם מחמת אהבה ואם לצורך ״מעשי״ כלשהו – ותפקידו של הדין יהא לאמץ כל סטטוס מבלי שנבדק, להעמיד פנים שרק האריזה הגיעה ולא התוכן, להכריז **דה-יורה** שמדובר בסטטיסטיקה ותו לא, ולהכיר **דה-פקטו** בסטטוס חדש, אך ורק מפני שמישהו כבר הכיר בו לפנינו.

---

[175] לעיל ה״ש **61**.

[176] כל הסבור שדוגמאות כאלה קלוטות מן האוויר, מוטב לו שייטול קורה מבין עיניו. ראו, למשל: Carolyn S. Bratt, *Incest Statutes and the Fundamental Right of Marriage: Is Oedipus Free to Marry?* 18 FAM. L.Q. 257 (1984); Martha M. Mahoney, *A Legal Definition of the Stepfamily: The Example of Incest Regulation*, 8 BYU J. PUB. L. 21 (1993); Christine M. Metteer, *Some 'Incest' is Harmless Incest: Determining the Fundamental Right to Marry of Adults Related by Affinity Without Resorting to State Incest Statutes*, 10 KAN. J. L. & PUB. POL'Y 262 (2000); Courtney M. Cahill, *Same-Sex Marriage, Slippery Slope Rhetoric, and the Politics of Disgust: A Critical Perspective on Contemporary Family Discourse and the Incest Taboo*, 99 NW. U. L. REV. 1543 (2005). בסוגיה כולה יש להבחין בין חקיקה פלילית האוסרת על קרובים לקיים יחסי-מין לבין חקיקה אזרחית המונעת אותם מלהינשא; והמעיין ימצא שלא תמיד יש התאמה בין שני האיסורים (ראו לעיל מאמרה של Mahoney, ובו נספח המפרט את הדין במדינות ארצות-הברית). באשר לישראל, לא מכבר התבשרנו על פלוני שהתאהב בבתו המאומצת – בָּתה הביולוגית של אשתו – ואז עבר להתגורר עימה ואף הוליד עימה ילד. ראו רונן טל ״עזב את אשתו כדי להתחתן עם הבת שלהם״ **ידיעות אחרונות**, **19.1.2001**, **6** וההפניות בכתבה למקרים דומים מעבר לים.

למעשה, נישואין בין בני אותו מין נערכים לפי שעה במספר קטן מאוד של מדינות, ביניהן בלגיה והולנד (שהייתה הראשונה בעולם שהכירה בנישואין כאלה).[177] מדוע אפוא נסעו הזוגות העותרים לקנדה הרחוקה, ולא לאירופה הקרובה?[178] שאלה זו לא נשאלה ואינה מוזכרת כלל בפסק־הדין, אך התשובה פשוטה: שלא כמדינות אחרות, קנדה לא התנתה את עריכת הנישואין בכך שמי מבני־הזוג יהא אזרח או תושב שלה. בודדה בקרב המיעוט, קנדה הייתה המדינה **היחידה בעולם** שאפשרה לזוג גברים ישראלים לנסוע אליה כתיירים ליום־יומיים, להתחתן ולשוב הביתה.[179]

יש שאלות נוספות שאפשר היה לשאול, אבל דיינו בעיקר. בפרשת **פונק-שלזינגר** נערכו נישואין אזרחיים בין גבר לאישה – נישואין שזה מאות שנים הם חלק מהדין ברוב המדינות המתוקנות; ואילו בפרשת **בן-ארי** נערכו נישואין בין גבר לגבר – נישואין שאך זה מקרוב הותר לעורכם במדינה אחת ויחידה בעולם, ואשר במדינות אחרות הוצאו במפורש מגדר הדין. האם יש גזרה שווה בין המקרים?[180] לדעתי, יש להשיב על כך בשלילה.

סוגיית הנישואין בין זוגות של גברים או בין זוגות של נשים ראויה לפתרון חקיקתי, ואולי ראוי גם שבית־המשפט ידון בה **לגופה**.[181] אבל ספק רב, לדעתי, אם ראוי שבית־המשפט ייתן בסוגיה מעין זו הכרעה המתחזה לאי־הכרעה, בפרט שאותה הכרעה נשענת כולה על הלכה מנהלית נושנה בדבר סמכויות הפקיד הרושם – הלכה שגויה מלכתחילה, מלאה פגמים וסתירות, בלתי־ניתנת ליישום, המנותקת מהדין ומהמציאות ומההיגיון כולם כאחד.

---

[177] A.B.A. Section of Family Law, *A White Paper: An Analysis of the Law Regarding Same-Sex Marriage, Civil Unions, and Domestic Partnerships*, 38 FAM. L.Q. 339, 407–412 (2004).

[178] והרי לצורך נישואין אזרחיים ״רגילים״, בין גבר לאישה, הישראלים ״קופצים״ לקפריסין הקרובה.

[179] קנדה (וליתר דיוק טורונטו שבקנדה) נעשתה אפוא אבן שואבת לזוגות מן העולם כולו: "It soon became widely known in the United States, and indeed throughout the world, that Canada was the first country in the world to offer same-sex marriage to persons who were neither citizens nor residents of the country. Same-sex couples have flocked to Toronto to marry." Douglas Elliot, *The Canadian Earthquake: Same-Sex Marriage in Canada*, 38 NEW ENG. L. REV. 591, 614 (2004).

[180] ראו גם את דעת המיעוט של השופט רובינשטיין בפרשת **בן-ארי**, לעיל ה״ש 61, בעמ׳ 25 ואילך, שם הבחין בין העניין שנדון בפרשת **בן-ארי** לבין הלכת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש 1.

[181] למחלוקת בשאלה המהותית נלווית גם השאלה מיהו שמכריע. יש הטוענים כי תפקיד זה שמור למחוקק בלבד, ולא לבית־המשפט. כשלעצמי, איני רואה **הכרח** שבית־המשפט ימשוך ידיו וימתין למחוקק עד בוש.

ו. תמונות מהמציאות

נותר לעמוד על כמה תמונות מהמציאות: שתיים הממחישות את קריסת הדין בחיי-המעשה, עד שאפילו בבית-המשפט אי-אפשר ליישמו; ושתיים המראות את כוחו של המרשם בגיבוש התודעה ואת עוצמת האתגרים שעודם טמונים בו לחברה ולמדינה.

1. האיסור להעביד יהודי בשבת

צוהר מאלף אל מציאות המרשם נפתח לא מכבר בסדרה של אישומים על העבדת יהודים בשבת, וראשונה בסדרה הייתה פרשת **גוד נייט סנטר**. העובדות היו פשוטות בתכלית: מפקח עבודה ביקר בשבת בחנות של התאגיד הנאשם – המעביד – ושוחח שם עם פלוני שנחזה כעובד. לאחר שהציג את עצמו, רשם מפי העובד כי הוא מועבד בשבת וכי הוא יהודי. מכאן כתב-האישום, אשר נסמך, בין היתר, על תמצית מרישום העובד במרשם האוכלוסין, שבה פריט הלאום מראה ״יהודי״ ופריט הדת ריק. העובד עצמו לא נקרא כלל להעיד.

במערכה הראשונה[182] קבע בית-הדין האזורי לעבודה שהמדינה לא הוכיחה ולו לכאורה את היות העובד יהודי. עדות המפקח כי העובד **אמר לו** שהוא יהודי היא עדות-שמיעה בלתי-קבילה, ואילו רישומי הדת והלאום אינם ראיה לנכונותם. המעביד זוכה אפוא, אף מבלי שנדרש להשיב על ההאשמה. **במערכה השנייה**[183] ערערה המדינה לפני בית-הדין הארצי, וזה פסק כי דברי העובד ותמצית הרישום די בהם לבסס לכאורה את כתב-האישום. המעיין ימצא שהחלטה זו, עם כל סבירותה בראי המציאות, אינה מסבירה בראי הדין מדוע יש להשיב על אישום פלילי שאינו נשען על שום ראיה קבילה. ובכל-זאת הוחזר הדיון אל בית-הדין האזורי כדי שידון באישום לגופו. **במערכה השלישית**[184] שב בית-הדין האזורי וזיכה את הנאשמת. טעמו היה שהתביעה אומנם הוכיחה **לכאורה** שהעובד יהודי – כפי שפסק בית-הדין הארצי – אך לא הוכיחה זאת **מעבר לספק סביר**; וזאת, בפרט, ״כאשר ברור שישנם מקרים שבהם גם מי שאינם יהודים נרשמים במרשם האוכלוסין כ׳יהודים׳״.[185]

כעבור זמן קצר, ובפרשה אחרת, הבהיר בית-הדין הארצי את עמדתו: ״תמצית הרישום משקפת מידע **אובייקטיבי** המצוי במשרד הפנים. מידע זה מקורו בפרטים

---

[182] תב״ע (אזורי נצרת) נז/8-78 **מדינת ישראל** – **גוד נייט סנטר בע״מ**, תק-עב 97(3) 786 (1997).

[183] דב״ע (ארצי) 14/97-8 **מדינת ישראל** – **גוד נייט סנטר בע״מ**, פד״ע לג 221 (1998).

[184] תב״ע (אזורי נצרת) נז/8-78 **מדינת ישראל** – **גוד נייט סנטר בע״מ**, תק-עב 99(3) 312 (1999).

[185] שם, בס׳ 39ו לפסק-הדין. בית-הדין הדגיש כי אף ש״המאשימה לא הוכיחה במידה הנדרשת כי [העובד] יהודי, אין בכך כדי לקבוע שהוא, כביכול, **איננו** יהודי״. שם, בס׳ 35 לפסק-דינו הסופי של בית-הדין האזורי. נשוב להדגיש שהעובד אינו צד כלל להליך הפלילי נגד המעביד, ויכול שעמדתו לא תישמע כלל בטרם ״יוכחו״ דתו ולאומו.

הנמסרים עם לידתו של אדם או בפרטים **שמסר האדם על עצמו** במהלך חייו. פרטים אלה משקפים את המציאות, **לפחות על פי עמדתו של האזרח**... בהעדר ראיה לסתור, מהווה הרישום ראיה מספקת לעניין הוכחת יהדותו של כל עובד״.[186] אִמרו מעתה: רישום הלאום אינו רק ראיה, אלא די בו לקבוע ממצא מכריע במשפט פלילי (בהעדר ראיה לסתור). נותר רק לתמוה כיצד אפשר להתגבר כה בקלות על הוראתו של סעיף 3 לחוק המרשם (הגם שהוזכרה בפסק־הדין), ולא פחות מכך – כיצד יכול הרישום לשקף, בעת ובעונה אחת, הן ״מידע אובייקטיבי״ והן מידע ״שמסר האדם על עצמו״ ומשקף את המציאות ״על פי עמדתו״. אולם תמיהות אלה לא זכו לעת עתה במענה של ממש: בקשת רשות ערעור נדחתה בבית־המשפט העליון,[187] וכמוה גם בקשה לדיון נוסף.[188]

שלב אחד הסתיים, ומייד בא זה שאחריו. פרשת **נוי**[189] סבה שוב על העבדת עובדים שבסעיף הלאום שלהם צוין ״יהודי״ בעוד סעיף הדת הושאר ריק. הפעם הייתה הטענה שגם אם הרישום מוכיח שהעובדים הם יהודים בלאומם, לא הוכח שהם יהודים גם בדתם; ומאחר שהחוק חל דווקא על יהודים **בדתם**, שוב לא הוכח האישום אף לא לכאורה. בית־הדין הסכים: הוא ציין שלכאורה מרכיב הדת הוא הדומיננטי, ולא מרכיב הלאום, ומכל מקום ראה לאמץ את הפרשנות המקילה עם הנאשם בהליך פלילי (מכוח סעיף 34א לחוק העונשין). לפיכך, ״מאחר שלפחות אחד הפירושים הסבירים של המונח 'יהודי' בסעיף 7 לחוק שעות עבודה ומנוחה (אם לא הפירוש הסביר ביותר)... הוא שהעובד הוא יהודי על פי דתו, הרי שהמאשימה לא הוכיחה את אחד מיסודות העבירה״.[190] ושוב זוכו הנאשמים־המעבידים (חברה בע״מ ושני מנהליה), אף מבלי להשיב על ההאשמה.

---

[186] ע״פ (ארצי) 1003/00 **הנדימן עשה זאת בעצמך בע״מ – מדינת ישראל**, פד״ע לח 262 (2002), ס׳ 11 לפסק־הדין (ההדגשות הוספו).

[187] רע״פ 10687/02 **הנדימן עשה זאת בעצמך בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נז(3) 1 (2003).

[188] דנ״פ 3211/03 **הנדימן עשה זאת בעצמך בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, תק־על 2003(2) 1307 (2003).

[189] תב״ע (אזורי נצרת) נז/8-66 **מדינת ישראל – חב׳ ר. נוי (96) בע״מ**, תק־עב 99(1) 41 (1999).

[190] שם, בס׳ 40 לפסק־הדין (הסוגריים במקור). ביום 15.4.2004 פורסם מטעם משרד התעשייה, המסחר והתעסוקה תזכיר חוק שעות עבודה ומנוחה (תיקון – סירוב לעבודה מותרת במנוחה שבועית), התשס״ד-2004, www.moit.gov.il/NR/exeres/B47BA278-3468-4B3D-852C-F75E96848642.htm. לפי החוק הקיים, אדם המסרב לעבוד בימי המנוחה השבועית ״על פי איסור שבמצוות **דתו**״ – אין להפלותו בקבלה לעבודה (ס׳ 9ג) ואין לחייבו לעבוד באותם ימים (ס׳ 9ד). לפי דברי ההסבר, התזכיר מבקש להחיל הוראה זו גם על מי ״שהכרתם **הלאומית** היא המביאה אותם לסרב לעבוד במנוחה השבועית ובחגים״.

תם ולא נשלם. בפרשה נוספת, הפעם במסגרת אישום לפי חוק עבודת הנוער,[191] קבע בית-הדין הארצי כי הרישום "יהודי" בפרט הלאום מעיד גם על פרט הדת, אף-על-פי שזה האחרון הושאר ריק:[192] "לצורך הוכחת היותו של העובד 'נער יהודי'... מספיק הרישום 'יהודי'... בפרט הלאום, כראיה לכאורה – הניתנת לסתירה – גם לענין פרט הדת."[193] כלומר, לא זו בלבד שרישום הלאום הוא ראיה ללאומו של הנרשם, אלא הוא ראיה גם לדתו! בכל הכבוד, ואפילו נתעלם מקשיים אחרים, קשה ליישב תפיסה זו עם קביעת בית-הדין הארצי עצמו, שלפיה הרישום "[משקף] את המציאות, לפחות על פי עמדתו של האזרח". אם הרישום משקף מציאות ועמדת האזרח חשובה, מדוע להתעלם מכך שלא נרשם דבר בסעיף הדת או נרשם "חסר דת"? ואם אומנם **הדת** היא הדומיננטית בדיני העבודה והמנוחה, מדוע לפנות דווקא אל סעיף הלאום שכתוב בו "יהודי", ולא אל סעיף הדת שהושאר ריק?

הרבה יש ללמוד מסדרת הפרשות שלעיל. יכולנו להציגה רק בתכלית הקיצור, וכל הרוצה יעמיק וילמד. אולם מסקנה אחת ניתנת להיאמר בפשטות ובקצרה: אפילו נקבע בחוק מפורש כי רישום הדת והלאום אינו ראיה לנכונותו – המציאות אינה יכולה לסבול חוק כזה, ואפילו בתי-המשפט אינם מסוגלים ליישמו.

2. הוכחת יהדות לצורכי שבות ומרשם

נתאר לעצמנו פלוני המבקש לעלות ארצה בעקבות הוריו או הורי-הוריו, שעלו שנים רבות לפניו ואולי כבר הלכו לעולמם. היוכל להסתמך על העובדה שמי מאותם הורים או הורי-הורים נרשם בישראל כיהודי? אם אִמו רשומה כיהודייה, היוכל להביא ראיה מהמרשם שהוא עצמו יהודי? אם סבו רשום כיהודי, היוכל להביא ראיה מהמרשם שהוא "נכד של יהודי" הזכאי לזכויות שבות (גם אם אינו יהודי בעצמו)? לפי הדין כפשוטו התשובה היא לא, שהרי הרישום אינו ראיה לנכונותו. אבל מה תהא התשובה במציאות?

העותר בפרשת **אדישוויליי** בא ארצה בעקבות אמו, שנרשמה כיהודייה וזכתה באזרחות ישראלית.[194] הוא ביקש אפוא לקבל אזרחות ישראלית כבן לאם יהודייה, וכן להביא ארצה את משפחתו. פניו הושבו ריקם. מסתבר כי בעיירה שממנה בא שגשגה תעשיית זיופים של תעודות, ונפל חשד של ממש לא רק על המסמכים שהמציא בעצמו, אלא גם על אלה שהמציאה אמו לפניו. התקבלה אפוא החלטה לא לסמוך על תעודות

---

[191] חוק עבודת הנוער, התשי"ג-1953, ס"ח 128.

[192] ע"פ (ארצי) 1004/00 **אלוניאל בע"מ – מדינת ישראל**, פד"ע לח 488 (2003), ס' 11 לפסק-הדין.

[193] מה הדין בפלוני שנולד לאם יהודייה אך בחר להותיר ללא רישום את פרטי הלאום והדת גם-יחד? אם נלך בדרכו של בית-הדין הארצי, נדמה שבמקרה כזה תוכל התביעה להמציא תמצית רישום ביחס **לאמו** של פלוני; ואִם האֵם נרשמה כיהודייה, אזי בהעדר ראיות לסתור ייחשב גם בנה כמוה, אם ירצה ואם ימאן.

[194] בג"ץ 713/00 **אדישוויליי נ' מינהל האוכלוסין – משרד הפנים**, דינים עליון נט 73 (2001).

שמקורן באותה עיירה; והגם שהמדינה השלימה עם רישומה הקיים של האֵם, הרי בקשת העותר עצמו סורבה. לא נותר לו אלא לנסות להסתמך על הרישום הישראלי של אמו, כאמור בפסק-הדין: "טוען העותר, כי הוא הרים את הנטל המוטל עליו, בכך שהוכיח כי אימו רשומה כיהודיה... אין בידינו לקבל טענה זו. **אכן, רישום האם כיהודיה עשוי להוות ראיה לכאורה**, אולם בדיקת המשיב העלתה חומר ראייתי למכביר [המעמיד את רישום האם בספק], ולמצער, מעבירה היא שוב את הנטל אל כתפי העותר."[195]

אנו מסכימים כמובן בלב שלם: בפועל ובראי ההיגיון הרישום הוא אכן ראיה לכאורה, בבית-המשפט או מחוץ לו, ורק בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה לא היה מקום להסתמך עליו. אבל היכן סעיף 3 לחוק המרשם? והיכן הלכת **פונק-שלזינגר** ובנותיה? אלה לא נזכרו כלל בהחלטה, ונדמה שכה מובנת-מאליה המחשבה שרישום ממלכתי הוא ראיה לתוכנו, עד שבלהט הדיון וההנמקה "נשכח" כליל הדין הקובע את ההפך.

3. מיהו ערבי

בחודש מרס 1999 הורה בג"ץ לממשלה לנמק מדוע לא תבטל את מינוים של מקצת נציגיה במועצת מקרקעי ישראל, ומדוע לא "תמנה תחתם חברים ערבים בשיעור המהווה ייצוג הולם מכלל חברי המועצה".[196] בטרם נמשכו ההליכים הודיעה הממשלה כי בתוך זמן קצר תמנה חבר ערבי למועצה, ומה שאירע כעת הבהיר כי השאלה "מיהו ערבי" מפגרת אך במעט אחרי אחותה הבכירה ממנה – השאלה "מיהו יהודי". לנוכח הצעתו של שר התשתיות למנות למועצה פלוני בן העדה הדרוזית, קבע היועץ המשפטי לממשלה כי הממשלה לא תמלא בכך את חובתה למנות **ערבי**. לשון אחרת: לצורך המינוי שעל הפרק דרוזי אינו "ערבי". סופם של דברים שהממשלה עמדה בדיבורה ומינתה ערבי (לא-דרוזי) למועצה. אבל זרע המבוכה כבר נטמן, ומייד נקלט והחל לפעול את פעולתו כאמור להלן.

במקביל לעתירה למינוי ערבים למועצת מקרקעי ישראל נעשה מאמץ להבטיח ייצוג הולם לערבים במגזר הציבורי בכללותו, וזאת בהשראת החקיקה המחייבת ייצוג הולם לנשים. מכאן שתי הצעות חוק שיזם חבר-הכנסת עזמי בשארה, אשר נועדו להבטיח ייצוג הולם לערבים בדירקטוריונים של חברות ממשלתיות ובשירות המדינה. הממשלה מצידה הסכימה עם הצעות חוק אלה, ונותר רק לחוקק ולברך על המוגמר. אלא שאז נקבע כאמור כי דרוזי אינו ערבי, ומלאכת החקיקה הסתבכה: אם דרוזים אינם ערבים, אזי אפליה מתקנת לטובת הערבים לא תחול עליהם. אי-לכך, עוד בטרם יבשה

---

[195] שם, פס' 5 לפסק-הדין (ההדגשה הוספה).

[196] בג"ץ 6924/98 **האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נה(5) 15, 25 (2001).

הדיו על הצעת חבר־הכנסת הערבי בשארה, קמה לצידה יוזמה חדשה של חבר־הכנסת הדרוזי סאלח טריף, שנועדה להבטיח ייצוג הולם לדרוזים.[197]

בסופו של דבר הושלם מהלך החקיקה, וגם הצ'רקסים קיבלו את שלהם: סעיף 18א1 לחוק החברות הממשלתיות קובע כי ״(א) בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסיה הערבית... (ג) לענין סעיף זה, 'האוכלוסיה הערבית' – לרבות האוכלוסיה הדרוזית והצ'רקסית״.[198] באותה רוח תוקן גם סעיף 15א לחוק שירות המדינה (מינויים).[199]

ימים יגידו אם הוראות אלה יזכו בפרשנות בהירה ומוסכמת על הכל.[200] לענייננו, לעת עתה, די להביא מעט מהדיון שנערך סביבן בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת – דיון הממחיש כי דווקא הרישום בתעודת־הזהות הוא זה שקבע את התודעה ואת המציאות, ובסופו של דבר סלל גם את דרכו של החוק:

> **סאלח טריף**: על פי החלוקה, כפי שמופיעה בתעודת הזהות, ברישום לפי הלאום, הצעת החוק המבורכת שהביא חבר הכנסת עזמי בשארה לא היתה חלה מבחינה משפטית גם על הדרוזים והצ'רקסים...
> **עזמי בשארה**: ...אני מאד מבקש מחבר הכנסת טריף שלא יחלק אותנו לעדות – מוסלמים, נוצרים, דרוזים... עכשיו, פעם ראשונה בהיסטוריה אתה עושה הבחנה חוקית [בין ערבים לדרוזים – א' ל'].
> **סאלח טריף**: לא, יש לי תעודת זהות, אני נולדתי לזה. יש לי תעודת זהות שכתוב עליה ״דרוזי״...[201]
> **איוב קרא**: בתעודת הזהות שלי הלאום שלי הוא דרוזי, מה לעשות. חבר הכנסת בשארה נגד החוק [באומרו שהדרוזים הם ערבים – א' ל']... לדרוזים כתוב בתעודת הזהות שהלאום הוא דרוזי...

---

197 שתי היוזמות אוחדו לבסוף, כמוסבר להלן. ראו הצעת חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 13) (ייצוג הולם לאוכלוסיה הערבית), התש״ס-2000, ה״ח 345, מטעם חברי־הכנסת בשארה וטריף. חבר־הכנסת טריף הסביר כי נזעק להגיש את הצעתו בדבר ייצוג הולם לדרוזים עקב קביעתו של היועץ המשפטי לממשלה כאמור לעיל. ראו דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, להלן בה״ש 201 ו-202.

198 חוק החברות הממשלתיות (תיקון מס' 11), התש״ס-2000, ס״ח 207. לכל הדעות, הצ'רקסים אינם ערבים.

199 חוק שירות המדינה (מינויים) (תיקון מס' 11), התשס״א-2000, ס״ח 77.

200 בבג״ץ 10026/01 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל**, פ״ד נז(3) 31 (2003), נידונה הטענה שהאפליה המתקנת לטובת ערבים אינה מיושמת בקצב נאות. העתירה נדחתה. ועדת־משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט החלה לעקוב אחר יישום החוקים החדשים, בין היתר בעזרת דוחות סטטיסטיים מיוחדים של נציבות שירות המדינה.

201 מתוך הדיון לקראת הקריאה הראשונה – פרוטוקול ישיבה מס' 90 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 198 (21.2.2000).

עזמי בשארה: הדרוזים הם לא מוסלמים?...
איוב קרא: הדרוזים הם דרוזים... מה שכתוב לי בתעודת הזהות זה מה שנכון... מדינת ישראל משקרת? כתוב לי דרוזי, הלאום דרוזי והדת דרוזית, מה הבעיה... אני אביא לך את תעודת הזהות שלי ותראה מה כתוב בה. הוא קובע לי מה אני... [עקב התלהטות הרוחות הוכרזה הפסקה]
טלב אלסאנע [חבר-כנסת בדווי]: ...עכשיו נכנסים לשאלה מיהו ערבי ואנחנו לא רוצים להיכנס לזה.[202]

עינינו הרואות מה כוחו של הרישום ומה גדול חלקה של תעודת-הזהות בגיבוש התודעה, וממילא גם בעיצוב פניהם של החברה והדין. הדברים מדברים בעד עצמם, ומוטב רק להזכיר שאם כך בבית-המחוקקים, קל וחומר בקרב הציבור הרחב. עוד עינינו רואות כי השאלה "מיהו ערבי" כבר הציבה את רגלה בכניסה – ולא בפעם הראשונה.[203] ספק אם יהיה אפשר לשוב ולסגור עליה את הדלת. ואולי לא ירחק היום והמשפט הישראלי ימצא את עצמו נאבק בשאלות כגון רישומם (ומעמדם) של "ערבי" בן למשפחה מעורבת או "דרוזי בן דת אחרת", ועוד כיוצא באלה שאלות רישום ביחס למגוון הדתות והלאומים שבהם התברכנו.

4. לידתו של לאום ישראלי?

כפי שראינו לעיל, ההגדרה הסטטוטורית של המונח "יהודי" (1970) הביאה מתדיינים רבים אל בית-המשפט[204] – מהם שרצו בתואר "יהודי" ולא זכו בו, ומהם שרצו דווקא לנער את חוצנם מאותו תואר, מאחר שהגדרתו שוב לא תאמה את השקפת-עולמם. אחד מאלה האחרונים היה אדם שביקש לשנות את רישומו בסעיף הלאום מ"יהודי" ל"ישראלי".[205] הנשיא אגרנט דחה את בקשתו, ובתום דיון ארוך קבע שאין כלל לאום ישראלי שהמבקש יוכל להשתייך אליו (לפחות לעת עתה). בהמשך ציטט הנשיא ממגילת-העצמאות, ואז הוסיף:

---

[202] מתוך הדיון לקראת הקריאות השנייה והשלישית – פרוטוקול ישיבה מס' 120 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 441 (16.5.2000). הדיון כולו, שרק את חלקו הבאנו, ממחיש יפה את המבוכה סביב מושגי הדת והלאום כשלעצמם – ולא רק בקרב יהודים.

[203] ראו בג"ץ 436/77 **בן מוחמד נ' שר הפנים**, פ"ד לב(1) 306 (1977). בפרשה זו עתרו שני אחים לשינוי רישום הלאום מ"דרוזי" ל"ערבי". הם הבהירו, בין היתר, כי "אם אמנם רואים הם עצמם כבני העדה הדרוזית מבחינת ההשתייכות הדתית, הרי רואים הם עצמם כבני הלאום הערבי מבחינת העבר ההסטורי, ערכי תרבות וכיוצא באלה". שם, בעמ' 308. העתירה לא נידונה לגופה, והעותרים הופנו לבית-המשפט המחוזי. ראו עוד נפאע, לעיל ה"ש 19.

[204] ראו לעיל תת-פרק א2(א).

[205] פרשת **טמרין**, לעיל ה"ש 136.

> המאורע הגדול של הקמת מדינת ישראל... לא בא אלינו על מנת שיחול פירוד בקרבו של העם היושב בציון, כך שהוא ייפצל וייפלג לשני לאומים – יהודי מזה, ו'ישראלי' מזה. פילוג כזה, אילו התהווה חלילה, היה עומד בסתירה למטרות הלאומיות, שבגללן הוקמה המדינה... [ומשמעותו הייתה] סיכול המטרות ההן וחתירה מתחת לאחדותו של העם היהודי כולו. לפיכך, אם קיים היום בארץ... קומץ אנשים – ואפילו יותר מזה – המבקשים להיבדל מהעם היהודי ולקנות לעצמם את המעמד של אומה ישראלית נפרדת, כי אז מגמה ספרטיסטית זו, אין לראותה כמגמה לגיטימית ומן הנמנע להכיר בה... [וטמונה בה] הסכנה של גרימת התפוררותו הפוליטית והסוציאלית של העם כולו.[206]

הדברים ברורים: רישום הלאום הישראלי נתפס במחשבתו של הנשיא אגרנט כהכרה בקיומו. רישום יחיד נראָה כה מסוכן בעיניו עד שאיים לסכל את מטרות הקמתה של המדינה, לתת לגיטימציה לתנועה בדלנית המבקשת מעמד של לאום נפרד, לזעזע את אחדות האומה היהודית בארץ ובתפוצות, ולגרום להתפוררותו הפוליטית והחברתית של עם־ישראל כולו. האם אי־פעם נאמרו בבית־המשפט דברים רחוקים כל־כך מענייני יומיום של ביורוקרטיה, סטטיסטיקה ומִנהל? והנה, כמה פסקאות לאחר־מכן דן הנשיא בבקשתו החלופית של המבקש, שאם אין רושמים אותו כישראלי לפחות ימחקו את רישומו כיהודי. אבל בקשה זו נדחתה אף היא, שהרי ״מטרתו של מרשם האוכלוסין היא אך לאסוף חומר סטטיסטי״,[207] ואין הוא זירה להביע בה מורת־רוח ממעשי המחוקק. לא נותר לנו אלא לשוב ולהצביע על תופעה סכיזופרנית שספק אם יימצאו רבות כמותה: סכיזופרניה של רישום שברגע אחד הוא סכנה לדמותו ולעצם קיומו של העם היהודי, וברגע שאחריו הוא רק ״חומר סטטיסטי״ שאינו קובע דבר, אינו מעיד על דבר, ״נעדר ערך תוכני״,[208] ״יכול שיהא נכון ויכול שיהא לא־נכון, ואיש אינו ערב לנכונותו״.[209]

השאיפה לרשום לאום ישראלי לא התפוגגה, כמובן. לפני שנים מספר הוגשה לבג״ץ עתירה מטעם שלושים ושמונה יהודים, ערבים, דרוזים ואחרים, אשר ביקשו כולם להירשם כישראלים בלאומם, ותהו מדוע זה טבלת הלאומים המשמשת את משרד הפנים כוללת מאה שלושים וחמישה ערכים, ודווקא הערך ״ישראלי״ חסר בה. בעצת

---

[206] שם, בעמ' **221**. דברים אלה צוטטו בהסכמה על־ידי השופט לנדוי בפרשת **שלח**, לעיל ה״ש **134**, בעמ' **426**. יצוין שהשופטים אגרנט ולנדוי נותרו במיעוט בפרשת **שליט**, לעיל ה״ש **24**, וניכר שלא הצטרפו לחסידיה המובהקים של הלכת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש **1**. ראו גם את הסתייגותו של השופט לנדוי מהלכה זו בפרשת **גורפינקל-חקלאי**, לעיל ה״ש **16**, בעמ' **2071**.

[207] פרשת **טמרין**, לעיל ה״ש **136**, בעמ' **223**.

[208] דברי בית־המשפט בפרשת **גיגי**, לעיל ה״ש **130**.

[209] פרשת **פונק-שלזינגר**, לעיל ה״ש **1**, בעמ' **249**.

בג"ץ נמחקה העתירה והוגשה מחדש לבית-המשפט המחוזי בשבתו כערכאה מנהלית;[210] ושם, לפני חודשים אחדים, קיבלו הצדדים את הצעת בית-המשפט לדון בה כתביעה אזרחית.[211] נותר רק להמתין להחלטה.

האם קם בארץ לאום ישראלי, שיזכה בביטוי רשמי במרשם האוכלוסין? האם סוגיית "מיהו יהודי" תרד לפי שעה מהבמה, ובמקומה תעלה ותבוא הסוגיה "מיהו ישראלי"? האם "ישראלי" יהודי-לשעבר, חסר דת, עודנו יהודי? האם מותר להעבידו בשבת? האם יַקנה לצאצאיו זכויות שבות? האם ילדיה של "ישראלית" יוכלו להירשם בבגרותם כיהודים? האם "ישראלי" ערבי-לשעבר או דרוזי-לשעבר עודנו חלק מ"האוכלוסייה הערבית" הזכאית לאפליה מתקנת? השאלות נערמות ומשמעותן ברורה. רק את מקצתן הצגנו כאן, ולא נתפתה להשיב עליהן. אך יהיו התשובות אשר יהיו – מה להן ולהלכות המרשם הקיימות? בפרשת **בן-ארי** (2006) פסק בית-המשפט שיש לרשום נישואין בין גבר לגבר (שנערכו בקנדה) מבלי לדון כלל בסוגיות המהותיות הגלויות לעין.[212] ובכן, היש לרשום את הלאום הישראלי מבלי לבחון מהו לאום ואם קיים בכלל לאום ישראלי, ולהכריז שוב שרישום אין פירושו הכרה? בפרשת **נעמת** (2002) הסביר בית-המשפט שהחובה לרשום גיורים שנעשו בחוץ-לארץ "מבוססת על הגישה כי [שאלת תוקף הגיור] היא שאלה לא פשוטה, שפקיד הרישום אינו רשאי להכריע בה".[213] ובכן, מאחר שקיומו של לאום ישראלי אף הוא שאלה לא-פשוטה – האם מטעם זה בלבד חייב הפקיד לרושמו? שמא בעולם המציאות ייוולד לעינינו לאום ישראלי, ורבבות יבואו לחסות תחת כנפיו, רק משום שבעולם הדין התעוררה סביבו "שאלה לא פשוטה"? זאת ועוד, אם ירשום הפקיד רק משום **שאסור** לו להכריע, הרי מניה וביה יניח את אבן-הפינה ללאום הישראלי, ובכך יכריע גם יכריע בשאלה שנאסר עליו להכריע בה. האם זו המערבולת שראוי כי הדין יתגבש בתוכה? והאם שוב ייאמר וייזמז לנו שהכל סטטיסטיקה, השאלה אינה חשובה כל-כך והרישום הוא רק רישום?[214]

---

[210] בג"ץ 11286/03 **אורנן נ' שר הפנים** (טרם פורסם, 20.9.2004). לכתב-העתירה המקורי ראו www.nevo.co.il/Psika_word/kitvey/0147.doc. מידע נוסף על ההשתלשלות הדיונית עד הנה ראו באתרו של העותר הראשי: www.2all.co.il/Web/Sites/ornan.

[211] ראו עת"מ (מנהליים י-ם) 591/06 **אורנן נ' משרד הפנים** (טרם פורסם, 20.3.2007). ראו גם את בקשת ההצטרפות לעתירה בבש"א (מנהליים י-ם) 2108/06 **אבנרי נ' משרד הפנים** (טרם פורסם, 27.12.2006).

[212] ראו לעיל תת-פרק ה4.

[213] פרשת **נעמת**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 750. ראו גם לעיל הטקסט סמוך לה"ש 66.

[214] ודוק: בית-המשפט יכול להביט ישירות בעיני הסוגיה, לעמוד על מלוא משמעותה, ואז להחליט שהיא אינה שפיטה. בכך יסטה כמובן מכל מהלך הפסיקה עד הנה, אבל הגם שלא יכריע לגוף העניין, תהא זו התבוננות מציאותית ואמיתית בסוגיות שעל הפרק. לבל יהא ספק, איני מציע כאן שום עמדה לגבי סוגיית הלאום הישראלי – לא בשאלה אם ראוי

סוף-דבר

יכול הדין לשוב ולהכריז שהרישום בפרטי המעמד האישי אינו קובע דבר ואין לו ערך. אך אם אפילו ערכאה פלילית נסמכת עליו, כפי שראינו סביב העבדת יהודים בשבת, מה יעשו הרשויות והאדם ברחוב? האומנם רישום לחוד וסטטוס לחוד? האין הרישום עצמו מציאות שהיא גם סטטוס?

מעבר לחשיבות הרישום לצורכי הדין, ומעבר להשפעתו על התודעה הקולקטיבית ועל שאלות של מדינה ולאום, מוטב לשוב ולהדגיש גם את חשיבותו המכרעת לצורכי הפרט והחברה. נקל להבין, למשל, את קשייו של פלוני אשר רואה את עצמו כאדם נשוי ומציג את עצמו ככזה בכל מקום, ובכל-זאת הוא רווק בספח של תעודת-הזהות ובכל מגע שיש לו עם הרשויות. נקל גם להבין עד כמה יתקשה אלמוני להציג את עצמו לאורך זמן כיהודי – במפורש או במשתמע, בפני שכנים או במקום העבודה – אם המרשם קובע אחרת. במוקדם או במאוחר יתלחשו הבריות מאחורי גבו וישאלו לא רק מיהו **באמת** – יהודי או לא-יהודי – אלא מניין הפער בין מה שאמר על עצמו לבין מה שהרישום אומר עליו. אכן, אפילו מי שאינם מביטים על הזולת במשקפיים דתיים או לאומיים, ואחת היא להם אם פלוני הוא יהודי כדת וכדין (למשל) – גם הם מייחסים חשיבות ליושרו ולאמינותו. חזקה על כולנו שנביט בחשדנות, או לפחות נתהה ונשאל, על מי שהתגלתה סתירה בין דמות היומיום שאימץ לעצמו (אף אם בכנות גמורה) לבין דמותו הרשומה.

הנה כי כן, הרישום כמוהו ככרטיס-ביקור שהנרשם מקבל מן **המדינה** על-מנת שיוכל להציגו **בחברה**. הוא מאפשר לאדם להציג את עצמו ולהתקבל אצל זולתו כיהודי או כערבי או כל כיוצא בזה, בשלל הֶקשרים פורמליים ולא-פורמליים, מבלי לחשוש שיואשם ביום מן הימים בהטעיה וביצירת מצגי-שווא. ממילא יש לרישום חשיבות מעשית עצומה, במיוחד ל״מצטרפים חדשים״ כגון גֵרים. הוא מַפתח יקר-ערך לא רק ליתרונות המעוגנים בדין (לרבות הזכות לאפליה מתקנת), אלא גם ליתרונות הרבים שחברי קולקטיב דתי או לאומי מעניקים זה לזה, כל העת ובכל תחומי החיים, מכוח הסולידריות הטבעית שביניהם. אכן, כשם שבני משפחה אחת ״מעדיפים״ זה את זה באופן טבעי ומבלי שהדין יכפה אותם, כך גם בני דת אחת או לאום אחד. המבקש להירשם כיהודי או כערבי מבקש אפוא לא רק את הכרת החוק – שממילא הכל שווים בפניו[215] – אלא את הכרת החברה הסובבת, שבעיניה **לא** הכל שווים.

אמת פשוטה היא שרישום – ובעיקר אי-רישום – הם יסוד מכריע בדרך שבה אדם מוכר בעיני הזולת, והרישום כולל לפיכך לא רק מרכיב הצהרתי אלא גם מרכיב

מעיקרא שתעבור את מחסומי השפיטות, ולא בשאלת ההכרעה הנכונה או הרצויה אם תעברם ותתברר לגופה.

[215] אם נדייק, לבל נואשם גם אנו בניתוק מן המציאות, מוטב אולי לומר שהכל **אמורים** להיות שווים לפני החוק, והמציאות יכולה רק לשאוף לכך.

קונסטיטוטיבי של ממש. אין הוא רק משקף את המעמד הקיים ערב הרישום, אלא הוא עצמו יוצר מעמד ומקנה הכרה חברתית. הגיעו בעצמכם: מי שנחזה כיהודי (למשל) לפי רישום רשמי, וממילא רואים אותו כיהודי ומתייחסים אליו כיהודי ברשויות המדינה, ואף אין דרך להבדילו מכלל היהודים – הרי מניה וביה ייראה יהודי גם בעיני רוב־רובה של החברה, וייעשה אם כן יהודי לכל דבר. רוצה לומר: גם מי שרק נרשם כיהודי סופו להיות מוכר כיהודי ולהיעשות במוקדם או במאוחר יהודי **באמת**. ואם אישה היא זו שהוכרה כיהודייה, הרי מניה וביה יירשמו ויוכרו כיהודים גם ילדיה וילדיהם אחריהם. בכל אלה טמונה משמעות הרישום, ויש לראותה בכל חשיבותה ובאור הנכון.

* * *

נשוב אל דברי השופט ויתקון בפרשת **שליט**: ״מדיניות השוללת מאדם את הזכות לראות את עצמו כבן האומה היהודית עלולה לפגוע בו ובבני משפחתו מבחינה רוחנית, חוקתית וכלכלית ואף להרחיקם מהארץ.״[216] בכל הכבוד, אני סבור שדברים אלה, כפי שנוסחו, החטיאו את המטרה. זכותו של אדם להגדיר את זהותו **בעיני עצמו** אינה אלא זכותו לחופש מצפון. אין בה רבותא. בעולם ליברלי אין עוררין כי אדם יכול לראות את עצמו בכל אור שירצה, וחלילה למדינה לחטט במה שמצוי בנפשו פנימה. אדרבה, אפילו בעולם ההלכה מוכנים להכיר בחופש מצפון מעין זה. היטיב לומר זאת שאול ליברמן, חוקר התלמוד וחתן פרס ישראל, שהיה מן המשיבים ה״הלכתיים״ ב״משאל החכמים״ של בן־גוריון: ״אדם שאביו ישראל ואמו גויה, והוא עומד וצווח: רואה אני את עצמי כישראל גמור מבטן ומלידה... ברור שרשאי הוא אותו אדם לראות את עצמו כישראל גמור... וכשם שאין אנו רשאים לכוף עליו את רצוננו אנו שלא יראה את עצמו כיהודי, כן אין הוא זכאי לכוף עלינו את דעתו הוא שאף אנו נכיר בו כיהודי.״[217]

אכן, השאלה אינה אם יש לאדם ״הזכות לראות **את עצמו** כבן האומה היהודית״, אלא אם יש לו זכות משפטית שכך יראו אותו **אחרים**. השאלה היא אם יוכל לכפות את הגדרתו העצמית על **המדינה**, ועד כמה יוכל רישום ממלכתי לשמש בידו אמצעי הקובע את דמותו בעיני **החברה**. שאלות מעין אלה הן מורכבות ועמוקות מאוד, לדעתי. במיוחד בעידן הליברלי, הן מהוות אתגר של ממש ביחסים שבין היחיד לבין הכלל. ממילא, הן מציבות אתגר של ממש למשפט. הן עשוית להתעורר ברישום שֵם, מצב אישי, מין, דת, לאום, ואפילו מען או מקום לידה.[218] הדעת נותנת שהן עתידות אך להחריף בעתיד

---

[216] פרשת **שליט**, לעיל ה״ש 24, בעמ׳ 533. ראו לעיל הציטוט הרחב יותר והביקורת עליו, בטקסט הסמוך לה״ש 131 ואילך.

[217] בן־רפאל, לעיל ה״ש 17, בעמ׳ 236-237.

[218] ראו בג״ץ 3607/97 **סואעד נ׳ משרד הפנים** (לא פורסם, 19.5.1999). בפרשה זו ניתן צו על־תנאי, ביום 11.12.1997, בזו הלשון: ״1. מדוע לא מאפשרים המשיבים לעותרים לשאת את שם כפרם, חוסנייה, ככתובתם בתעודת הזהות שלהם; 2. מדוע לא רושמים המשיבים את שם כפרם של תושבי הכפר חוסנייה כמענם בתעודת הזהות שלהם.״ בעקבות הצו

הנראה לעין – וזאת ככל שיתחזק האינדיבידואליזם; ככל שימשיכו להשתנות סדרי-עולם, כגון דמותם של נישואין ומשפחה ואף עצם הדיכוטומיה בין גברים לנשים;[219] ככל שתידרש המדינה להימנע מסיווג הפרט כפי שהיא רואה אותו, ובה-בעת להכיר בו ולהתייחס אליו כפי שהוא רואה את עצמו; ככל שתתפשט האפליה המתקנת; ככל שתעמיק ״הזהות הרשומה״ את אחיזתה במגוון רחב של הֶקשרים, הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי.[220]

כדי להתמודד עם שאלות-היסוד של המרשם, ספק אם נוכל להמשיך להיבנות לאורך זמן מהלכת **פונק-שלזינגר** ומהדין הבנוי עליה. מעבר לכל הטעויות, הסתירות והפגמים שבדין הקיים, דומני שלא יהא זה מכובד, וספק אם יהא זה מועיל, להמשיך להתייחס למרשם כאל סטטיסטיקה, להשלים עם תהום עמוקה כל-כך בין הדין לבין המציאות החברתית והמנהלית, ולשמר להלכה – אך מבלי לקיים אפילו בבתי-המשפט – את הקביעה המוזרה והמקוממת שלפיה רישום ממלכתי אינו ראיה לנכונותו. דומה אפוא שהגיעה העת להישיר מבט אל האמת כהווייתה, ואת המגדל הפורח באוויר לבנות מחדש על יסודות הדין ועל קרקע המציאות.

התחייבה המדינה לפעול להכללת הכפר בתוספת הראשונה לתקנות מרשם האוכלוסין (רישום מען), התשל״ד-1974, ק״ת 1384 (החלטה מיום 23.6.1998), וסופם של דברים שהעתירה נמחקה תוך חיוב המדינה בהוצאות. הייתכנו שאלות נוספות כיוצא בזה? טלו פלוני המתגורר ביישוב חדש או בלתי-מוכר: האם הוא רשאי, כרצונו, ״להסתפח״ ליישוב סמוך או להתנתק ממנו לצורכי רישום המען? האם, להבדיל, יכול נרשם לדרוש כי בפרט המען יירשם, למשל, ״מזרח-ירושלים״ ולא ״ירושלים״? ״אלקדס״ ולא ״ירושלים״? כי מקום הלידה הרשום יהא ״ניו-יורק״ ולא ״ארצות-הברית״? ״רוסיה״ ולא ״ברית-המועצות״? ״פלסטין״ ולא ״ישראל״? לא נתיימר להשיב. דיינו לומר שייתכנו עוד שלל מחלוקות מעין אלה כל אימת שלפרט יש עניין מיוחד, מטעם זה או אחר, באופן הרישום של המען או מקום הלידה.

[219] ראו לעיל תת-פרק ג2(ב).

[220] דומה שהביורוקרטיה המודרנית אך מגבירה את חשיבותה של ״הזהות הרשומה״. בהקשרים רבים – ובפרט במגע מרחוק עם רשויות ציבוריות או מעין-ציבוריות – זהותו של אדם היא זהות מנוּרֶת, וירטואלית, המגולמת כל-כולה במסמכים וברישומים. ראו, למשל: Tseming Yang, *Choice and Fraud in Racial Identification: The Dilemma of Policing Race in Affirmative Action, the Census, and a Color-Blind Society*, 11 MICH. J. RACE & L. 367, 378–380 (2006).