

“לאום ישראלי” בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע”א 8573/08 אורנן נ’ משרד הפנים

מאת

אלכסנדר זרצקי*, אסית שובל** ושירלי יוסרי***

א. מבוא. ב. שאלת הלאום הישראלי בפסיקה והמחלוקת בנוגע לפסק הדין בעניין אורנן; 1. רקע עובדתי; 2. הכרעת בית המשפט – הלכת טמרין, שפיטות מוסדית ומה שביניהן. ג. ניתוח ביקורתי של הכרעת בית המשפט העליון; 1. הרציונלים שביסוד שאלת השפיטות המוסדית והרלוונטיות שלהם לעניין אורנן; 2. המתח הפנימי בהכרעת בית המשפט העליון – פסילת שיקולי שפיטות מחד גיסא והכרעות מהותיות מאידך גיסא. ד. דרכי הכרעה חלופיות; 1. הכרעה לפי מתווה פונק-שלזינגר ותכליתו הסטטיסטית של חוק המרשם; 2. הכרעה לפי עילת הסבירות. ה. סיכום.

א. מבוא

בע”א 8573/08 עוזי אורנן נ’ שר הפנים דן בית המשפט העליון בבקשה לשינוי תקדים. התבקשה בו הכרה בקיומו של לאום ישראלי לצורך הרישום במרשם האוכלוסין, אשר יחליף רישום של לאומים מוכרים אחרים, ובראשם הלאום היהודי.¹ בית המשפט דחה את הבקשה. בעשותו כן קבע כי אין לסטות מן ההלכה שנפסקה בע”א 630/70 טמרין נ’ מדינת ישראל, שבו נדונה שאלה זהה.² בעניין טמרין קבע בית המשפט כי המבחן לקיומו של לאום הוא אובייקטיבי ולפי מבחן זה הכריע כי לא הוכח קיומו של לאום ישראלי.

בעתירתם לבית המשפט המחוזי, ואחר כך בערעורם לבית המשפט העליון, טענו המבקשים כי הקביעה העובדתית בעניין טמרין היא ארכאית וכי יש לשוב ולדון בשאלת קיומו של הלאום הישראלי. המבקשים גרסו כי חל שינוי המצדיק את הפיכת ההכרעה השיפוטית והוסיפו כי דחיית הערעור תשפיע רבות על ערבי ישראל, משלא תינתן להם ההזדמנות להשתייך ללאום מדינת ישראל. לפיכך ביקשו להכיר בקיומו של הלאום הישראלי. כתבי הטענות של המבקשים לא דנו בשאלה אם יש לשקול שינוי של המבחן המשפטי החל – הוא המבחן המכונה “המבחן האובייקטיבי”, אלא כאמור גרסו כי חל שינוי מהותי בנסיבות המחייב מתן לגיטימציה לשינוי הלאום לפי בחירה. השופט סולברג בבית המשפט המחוזי בחן את הסוגיה וקבע כי היא אינה שפיטה מבחינה מוסדית וכי זוהי מלאכת המחוקק לקבוע מסמרות בעניין. השופט ראה בנושא עניין מהותי ומורכב עד מאוד ולפיכך החליט כי אין לבארו בין כותלי בית המשפט. בערעור לבית המשפט העליון נקבע כי הסוגיה שפיטה מבחינה מוסדית וכי לא התגבש לאום ישראלי על פי המבחן האובייקטיבי.

* סטודנט לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטת חיפה וחבר מערכת כתב העת “הארץ דין” לשנת הלימודים תשע”ד.

** סטודנטית לתואר ראשון במשפטים באוניברסיטת חיפה וחברת מערכת כתב העת “הארץ דין” לשנת הלימודים תשע”ד.

*** סטודנטית לתואר ראשון במשפטים ופסיכולוגיה ולתואר שני במשפטים באוניברסיטת חיפה. חברת מערכת כתב העת “הארץ דין” לשנת הלימודים תשע”ד. ברצוננו להודות לפרופ’ אמנון רייכמן על הנחיתו המעשירה, לסגני העורכים שי אוצרי וקרן חכים על הערותיהם והארותיהם המצוינות וכן, לשאר חברי המערכת שתורמו ברעיונותיהם המגוונים.

1 ע”א 8573/08 עוזי אורנן נ’ משרד הפנים (2013) (להלן – עניין אורנן)

2 ע”א 630/70 טמרין נ’ מדינת ישראל, פ”ד כו(1) 197 (1972) (להלן – עניין טמרין).

בהארה זו נבקש לבחון את הכרעתו של בית המשפט העליון במבט ביקורתי. טענתנו העיקרית אינה מופנית כלפי הקביעה כי שאלת קיומו של לאום ישראלי היא שפיטה, ובשאלה זו נראה כי התרומה שנוכל להרים לטובת השיח הקיים היא מועטה; אך יש מחלוקת בעניין השפיטות, אך היא באה לידי ביטוי ברור בגישותיהם של השופט סולברג מחד גיסא ושופטי הערעור מאידך גיסא. תחת זאת נבקש להתמקד באופן שבו הכריע בית המשפט בשאלה לגופה. טענתנו היא כי יש מתח פנימי בין הכרעתו של בית המשפט כי השאלה שפיטה, ובין האופן שבו נימק את סירובו לעדכן את הכרעתו משנות השבעים בעניין קיומו של הלאום. בפרט נראה כי בעודו מפנה את העותרים לכנסת, בהנמקתו של בית המשפט יש כדי לפגוע באפשרות לקיים שיח פוליטי ודיון ציבורי עתידי בשאלת התקיימותו של לאום ישראלי. לנוכח כל האמור, נטען כי גם אם מדובר בשאלה שפיטה, לרשות בית המשפט עמדו דרכים עדיפות להכריע בסוגיה שיש בהן כדי לצמצם את החששות שביסוד דוקטרינת השפיטות המוסדית.

סדר הדיון יהיה כדלקמן: תחילה נציג את מסקנות בית המשפט, אשר קבע כי המבקשים לא עמדו בנטל הוכחת התגבשותו של לאום ישראלי. לאחר מכן נציג את הכרעותיהם של בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון בשאלת השפיטות המוסדית ואת הנמקותיהם להכרעות הללו. בהמשך נפנה בפרק השלישי לבחינה ביקורתית של הכרעת בית המשפט העליון, כפי שצוין לעיל. נראה שמחד גיסא, בית המשפט היה ער לכך שסוגיית הלאום הישראלי מעוררת את החששות שעמדו ביסוד דוקטרינת השפיטות המוסדית מאז ומתמיד, ואף עושה שימושים בשיקולים אלה. דא עקא, למרות מודעתו של בית המשפט לחששות אלה, הוא בחר לנמק את הכרעתו בשיקולים שבמהות יהדותה של המדינה ושלא להיצמד להלכה שלפיה הרישום הוא סטטיסטי במהותו. הנמקה זו לא צמצמה את החשש שפסק הדין יפגע בהתפתחות הדיון הציבורי או חלילה יפגע באמון הציבור בבית המשפט, והיא אף החריפה אותו.

בפרק הרביעי נציע דרכי הכרעה חלופיות אשר לטעמנו מתאימות יותר לתפקידו המוסדי של בית המשפט בסוגיה. כדי לבסס דרכים אלה, נסקור את גישת בית המשפט לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן – חוק המרשם) לאורך השנים. נראה כי מוטב היה לו בית המשפט היה ממשיך במתווה ששורטט בעניין **פונק-שליזינגר** – ההלכה המרכזית בנושא רישום פרטי המעמד האישי.³ הכרעה על בסיס מתווה זה הייתה מצמצמת את הפגיעה בשיח הציבורי העתידי. אחר כך נבחן את עילת הסבירות, אשר בעת מתן פסק הדין בעניין **טמרין** טרם הוכרה במשפט הישראלי. לדידנו, משהוכרה במשפט הישראלי, היה על בית המשפט להיזקק לה בעניין **אורנן**, ובתוך כך לאפשר שיח ציבורי בשאלות עובדתיות ונורמטיביות על ידי הגבלת הכוח השיפוטי להיות הגורם המכריע בעניין. בצעדים חלופיים אלה היה כדי למזער את החשש מיתר מעורבות שיפוטית בסוגיה ערכית ממדרגה ראשונה, המתאימה לדיון פורה בזירות ציבוריות ובירוקרטיות כאחד.

ב. שאלת הלאום הישראלי בפסיקה והמחלוקת בנוגע לפסק הדין בעניין אורנן

1. רקע עובדתי

בעניין **אורנן** פנו המערערים, אזרחי ישראל הרשומים כבני לאומים שונים, אל בית המשפט כחלק ממאבקם להכיר בלאום הישראלי ובהשתייכותם אליו.⁴ הכרה זו יכלה לשמש תעודה ציבורית אשר תאפשר למערערים לשנות את סעיף הלאום במרשם האוכלוסין לפי חוק המרשם.⁵ שאלת קיומו של הלאום הישראלי לצורך רישום במרשם האוכלוסין נבחנה בעבר

3 בג"ץ 143/62 **פונק-שליזינגר נ' שר הפנים**, פ"ד יז 225 (1963) (להלן – הלכת **פונק-שליזינגר**).

4 המערער 1, פרופ' עוזי אורנן, החל במאבקו להכרה בלאום הישראלי לפני יותר מעשור. הוא הקים את עמותת "אני ישראלי" אשר חבריה הצהירו כי הם משתייכים ללאום הישראלי. פנייתו של אורנן למשרד הפנים בבקשה להירשם כבעל לאום ישראלי נדחתה בהישען על הלכה אשר נרחיב בעניינה בהמשך. לאחר מכן החל אורנן במאבק משפטי כדי לשנות הלכה זו, וגלגוליו של מאבק זה הם שהביאו לבקשה הנוכחית.

5 ס' 19 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

בפסיקה והוחלט כאמור כי אין לאפשר רישום מסוג זה,⁶ אולם המערערים סברו כי יש לשוב ולבחון קביעה זו על רקע הנסיבות כיום.

המערערים גרסו כי אזרחי המדינה מהווים את הלאום שלה ולכן שלילת קיומו של הלאום הישראלי שוות ערך לשלילת קיום מדינת ישראל.⁷ לטענתם, עם הקמת המדינה קם הלאום הישראלי המבדיל בין אזרחי המדינה ליהודי התפוצות, וזאת אף בהסתמך על לשונה של מגילת העצמאות אשר הדגישה שתושבי המדינה מרכיבים את הלאום שלה.⁸ ולא זו אף זו, המערערים ביססו את טיעונם על דברי חקיקה מראשית הקמת המדינה אשר משתמשים במונח "לאום" ולדידם מעידים על קיומו של לאום ישראלי.⁹ זאת ועוד, המערערים גרסו כי אין לפרש את המונח "לאום" כעניין דתי או אתני, אלא יש לראות בו "לאום המדינה במובנו המשפטי" תוך הדגשת אפשרותו של אדם להשתייך אליו.¹⁰ הכרה בלאום הישראלי תיתן ביטוי לעקרונות השוויון,¹¹ שכן גם אם הרישום נועד לצרכים סטטיסטיים אשר משמעותם מוגבלת, ההבחנה שהוא יוצר בהישענו על מרכיב אתני דתי פוגעת בשוויון. יש לתת לכל אזרח אפשרות לבחור לאיזה לאום להשתייך, וכך לא ייכפה על אדם רישום שאינו משקף את תפיסתו כלפי עצמו.¹² לתמיכה בטענות שהועלו על ידי המערערים, לא הובאו ראיות ממשיות לקיומו של לאום ישראלי,¹³ ואף הרחיקו המערערים לכת וטענו כי "הלאום הישראלי, הזהות הישראלית, הישראליות, כל אלה עובדה שאינה טעונה הוכחה".¹⁴ המערערים ראו בבקשתם פנייה בעלת אופי משפטי המשפיעה מעשית על חיי היומיום, ועל כן סברו כי אין על בית המשפט להתנער מהחלטה בסוגיה בטענה שאינה שפיטה מוסדית.¹⁵ משרד המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה, כמשיבים לבקשה, סברו כי הנושא אינו שפיט מוסדית, שכן השפעותיו רבות משמעות ונרחבות ויש לבררו בשיח הציבורי והאקדמי.¹⁶

בבואו להכריע בעניין, נשען בית המשפט העליון על ההלכה שנפסקה בעניין **טמרין**, אשר בו נדונה שאלה זהה: האם יש מקום להכיר בקיום הלאום הישראלי לצורך הרישום במרשם האוכלוסין?¹⁷ בעניין **טמרין** נקבע כי המבחן שבו יש להשתמש כדי להכריע בסוגיה הוא אובייקטיבי, וכי אין משמעות לתחושתו הסובייקטיבית של אדם. בחינת השאלה על פי המבחן האובייקטיבי הביאה את בית המשפט לידי הכרעה כי לא הוכחה התגבשותו של לאום ישראלי נפרד מן הלאום היהודי

6 עניין **טמרין**, לעיל ה"ש 2.

7 עניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1.

8 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ך 1. המערערים ביססו את טענתם על האמרות "העם העברי העצמאי בארצו" ו"בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל", המוזכרות בהכרזה.

9 פקודת אוניות (לאומיות ודגל), התש"ח-1948. לפי פקודה זו כאשר אנייה נרשמת במדינת ישראל, "לאומיותה היא של מדינת ישראל"; לאחר מכן חוקק חוק הספנות (כלי שיט), התש"ך-1960, אשר החליף את פקודת האוניות וקבע: "לאומיותו של כלי שיט הרשום לפי חוק זה היא ישראלית".

10 ס' 15 להצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם (התקבלה ב-10.12.1948 בעצרת הכללית של האומות המאוחדות).

11 בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט(4) 94 (1995).

12 עניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 3 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

13 המערערים הצביעו על כך שבשונה מעניין **טמרין**, לעיל ה"ש 2, דחיית בקשתם משמעה הכרזה כי ערבי לעולם לא יוכל להשתייך ללאום מדינת ישראל, בשונה ממדינות אחרות שבהן אזרחים משתייכים ללאום מדינתם. בהקשר זה, כפי שיהודי ארה"ב הם אמריקנים ויהודי בלגיה הם בלגים, ללא פגיעה במעמד דתם כיהודים, כך יש לאפשר זהות לאומית אחידה לאזרחי ישראל. זאת ועוד, בשונה מבעבר, ומנסיבות עניין **טמרין**, מדובר בקבוצת אזרחי ישראל המאוחדים בתפיסתם ובהרגשתם כבני הלאום הישראלי המעוניינים לשאת בגאווה את שם לאום מדינתם. ראו ס' 18-19 לבקשה לדיון נוסף בעניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1.

14 ס' 22 לבקשת המרצת הפתיחה מטעם העותרים בה"פ 6092/07 **עוזי אורנן נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו 15.7.2008) (להלן – עניין **אורנן מחוזי**).

15 שם. וכן: בג"ץ 910/86 **רסלר נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 474 (1988). בעניין זה נקבע כי נהוג להבחין בין שני מישורים של שפיטות: שפיטות נורמטיביות ושפיטות מוסדיות. שפיטות נורמטיביות בוחנת את השאלה אם קיימות אמות מידה משפטיות להכרעה בסכסוך הנתון לפסיקת בית המשפט. בבואנו להכריע אם סוגיה היא שפיטה נורמטיבית, נשאל אם יש כלים משפטיים שבעזרתם נוכל להכריע בסכסוך. השפיטות המוסדית בוחנת את השאלה אם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או אולי ראוי שהסכסוך יוכרע בידי מוסד אחר כגון הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת.

16 עניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 4 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

17 עניין **טמרין**, לעיל ה"ש 2.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורנן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט(1)** 91 (תשע"ה)

במדינת ישראל, ולפיכך נדחתה הבקשה.¹⁸ עוד נקבע כי יש תלות מהותית בין המושג "יהודי" לבין המושג "ישראלי", וכי אין מקום לטעון שחל פירוד בין העם היהודי לאומה הישראלית.¹⁹ בהנמקתו הציג בית המשפט תפיסת לאום אקסקלוסיבית שלפיה אין אדם יכול להיות בעל יותר מלאום אחד.²⁰ ועוד נקבע כי זהות ישראלית אינה שוללת הזדהות עם העם היהודי. כלומר גם כאשר אדם מרגיש כי הוא חלק מן הלאום הישראלי, ייתכן שהפן היהודי שבזהותו יהיה המועדף, ובמקרה כזה נראה את האדם כבעל לאום יהודי. זאת ועוד, נקבע כי אמנם לעמים נתונה הזכות להגדרה עצמית לאומית, אך ל"ריסיסי עמים" אין זכות כזאת כדי להימנע מבידול ופילוג של האוכלוסייה.²¹

2. הכרעת בית המשפט – הלכת טמרין, שפיטות מוסדית ומה שביניהן

בית המשפט המחוזי, מפי השופט נעם סולברג, קיבל את עמדת המדינה וסבר כאמור כי יש לסטות מהלכת עניין **טמרין** ולקבוע כי הנושא אינו שפטי מבחינה מוסדית. הערכאה הדיונית קבעה אפוא כי מצב הדברים העובדתי והמשפטי השתנה באופן המצדיק סטייה מההלכה שנקבעה בעניין **טמרין**, שכן ההכרעה בשאלה, טכנית ככל שתהא, היא רבת משמעות ורבת השפעה. לשיטתו, אמנם ניתן לבחון את הסוגיה בכלים משפטיים, אך לא ראוי לעשות זאת, שכן היבטה המשפטי של הסוגיה טפל ואילו היבטה המדיני-לאומי-חברתי עיקרי.²² כלומר הודגש ש"אופיה הדומיננטי (של הסוגיה) הוא ציבורי, אידיאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי; ואיננו משפטי".²³ יתרה מזו, צוין כי תכליתו של חוק המרשם היא סטטיסטית גרידא ולכן אין הוא יכול לשמש פלטפורמה לבחינת שאלה כה חשובה כמו קיומו של לאום.²⁴

לעומתו, בית המשפט העליון קבע בעניין **אורנן** שהנושא שפטי מוסדית ודן בשאלת קיומו של לאום ישראלי לגופה, במובן זה שבחן אם הונחה תשתית עובדתית איתנה דייה להוכחת קיומו של לאום ישראלי. לפי הלכת עניין **טמרין** והמבחינים שנקבעו בה, החליטו שופטי בית המשפט העליון לדחות את הערעור וקבעו כי לא הוכח קיומו של לאום ישראלי. לשיטת בית המשפט העליון, עצם עיגון פרט הלאום בחוק המרשם מצביע על כך שראוי שסוגיה זו תתברר בבית המשפט,²⁵ וכך נקבע בפסיקות קודמות בסוגיות הנוגעות לפריטי הדת והלאום. לשון אחר, לנוכח הפרשנות הצרה לחוק המרשם ולנוכח הפסיקות בנוגע לפרטי הרישום לפי פרשנות זו, אין סיבה שהנושא לא יהיה שפטי מבחינה מוסדית,²⁶ ואף אין סיבה לסטות מההלכה שנקבעה בעניין **טמרין**.

מורכבות השאלה שהועלתה לדיון לא הוטלה בספק הן בבית המשפט המחוזי הן בבית המשפט העליון. לא זו אף זו, בבית המשפט העליון ציין השופט פוגלמן שאכן היה ניתן לקבוע בקלות כי מדובר בסוגיה שאינה שפיטה לנוכח מורכבותה, לולא נכלל פרט הלאום בחוק המרשם.²⁷

18 שם.

19 שם, בעמ' 205.

20 שם, בעמ' 221.

21 שם. וכן: עניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 10 לפסק דינו של השופט פוגלמן, אשר מדגיש שהכרה בלאומיות ישראלית טומנת בחובה סכנה להתפוררות הלאום היהודי.

22 עניין **אורנן מחוזי**, לעיל ה"ש 14.

23 שם, בפס' 42 לפסק דינו של השופט סולברג.

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

25 עניין **אורנן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

26 שם, בפס' 22 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

27 שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

ג. ניתוח ביקורתי של הכרעת בית המשפט העליון

1. הרציונלים שביסוד שאלת השפיטות המוסדית והרלוונטיות שלהם לעניין אורן

כאמור, בהארה זו לא נבקר את קביעתו של בית המשפט העליון בעניין שפיטותה המוסדית של שאלת קיומו של הלאום הישראלי. נראה כי התרומה שנוכל להרים בסוגיה זו אינה גדולה. תחת זאת נבקש לטעון כי גם בהנחה שמדובר בשאלה שפיטה מבחינה מוסדית, ראוי ששאלת קיומו או אי-קיומו של הלאום הישראלי תידון במסגרות שיח אחרות, ובעיקר בכנסת, והדבר מתחייב גם מגישתו של בית המשפט. במילים אחרות, בית המשפט העליון הכיר בכך שחלק מהרציונלים שבבסיס דוקטרינת השפיטות המוסדית מתקיימים בעניין **אורן**. רציונלים אלה היו צריכים אפוא להשפיע על דרך הנמקתו של בית המשפט בכלים המשפטיים שעמדו לרשותו. אלא שכאן נקלע בית המשפט למעין סתירה פנימית: מחד גיסא, הדוקטרינה שלפיה פעל – הלכת עניין **טמרין** – נשענת על ההכרה כי לרשות השופטת מלוא הכלים לקבוע, אובייקטיבית, את קיומו של לאום זה או אחר. מאידך גיסא, כאמור, בית המשפט הכיר בכך שסוגיית קיומו של לאום היא עניין לרשויות אחרות, ובראש ובראשונה הכנסת, לעסוק בה. נבסס טענתנו זו באמצעות בחינת הרציונלים שביסוד דוקטרינת השפיטות המוסדית והתקיימותם בעניין **אורן**.

נקודת המוצא לדיון בשפיטות המוסדית היא ההבנה שהתדיינות משפטית מציבה את הסוגיה הנדונה, ככל שמדובר בסוגיה שנויה במחלוקת, בקדמת הבמה של השיח הציבורי, שכן משמעות הדיון המשפטי היא כי השופטים יידרשו להכריע לכאן או לכאן. לכן הביקורת על דיון משפטי בשאלה השנויה במחלוקת ציבורית, כגון שאלת קיומו של לאום ישראלי, היא שדיון זה תוחם את גבולות השיח לטענות משפטיות בלבד.²⁸ כלומר כשבית המשפט נותן מענה לסוגיה רחבת היקף, מושתקות טענות ערכיות, חברתיות ותרבותיות שאין להן מעמד משפטי פורמלי. השיח הציבורי הופך למעשה לתמונת ראי של הדיון המשפטי והתוצאה היא משפיזציה של השיח הציבורי.

מבחינה משפטית, דוקטרינת השפיטות המוסדית נועדה למנוע פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. התפיסה המודרנית בנוגע להפרדת הרשויות מבקשת למנוע ריכוז של כל הפונקציות השלטוניות בידי רשות אחת, והיא מבוססת על בניית גשרים וערוצי שיח בין שלוש הרשויות,²⁹ הזכות למעמד חוקתי מתוקף חוקת המדינה (בישראל מעמד זה נקבע בחוקי היסוד).³⁰ להחלטות בית המשפט העליון בעניין **אורן** יש פוטנציאל להביא לידי ריכוז סמכויות בידי הרשות השופטת. החלטתו של בית המשפט לדון בסוגיית קיומו של לאום ישראלי לגופו של עניין, כאשר על פניו מדובר בהחלטה אשר האופי הדומיננטי שלה הוא פוליטי,³¹ מחייבת הנמקה שיפוטית המשמרת ככל האפשר את המרחב הראוי לפעילותן של הרשויות האחרות.

לא זו אף זו, לעצם הגדרתה של השאלה המשפטית ישנה חשיבות. כשבית המשפט נדרש להכיר בעצם קיומו של לאום ישראלי לצורך רישום במרשם האוכלוסין, הא ותו-לא, ניתן לחשוב על כלים דוקטרינריים ורטוריים שיש בהם כדי לסייג את ההחלטה לצרכים טכניים אלה, בלי שבית המשפט ישים עצמו במוקד ההכרעה הערכית-פוליטית. אולם כאשר בית המשפט קובע כי באופן אובייקטיבי לא התגבש לאום ישראלי, הוא מספק מענה חד ומחייב לשאלה שמצויה בלב לבו של השיח הציבורי-פוליטי. יש חשש של ממש שבהכרעה שכזאת בית המשפט מצנן, ואולי אף מיתר, דיון אצל הרשויות האחרות בשאלת קיומו של הלאום הישראלי.³²

28 דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות – הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 3–8 (התשס"ח).

29 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

30 חוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78; חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69; חוק-יסוד: הממשלה, ס"ח התשס"א 158.

31 עניין **רסלר**, לעיל ה"ש 15, בעמ' 519. ראו את גישתו של השופט שמגר המציע את מבחן "האופי הדומיננטי של הנושא" בבואו להכריע בשאלת שפיטותה של סוגיה.

32 פרופ' מנחם מאוטנר בכנס פוליטיזציה של המשפט (21.04.2010). : <https://www.youtube.com/watch?v=MaGOIzc8ydM>.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט(1)** 91 (תשע"ה)

לפיכך, וכפי שציין בית המשפט פעמים מספר, יש לתת את הדעת על השפעת המעורבות השיפוטית על אמון הציבור בבית המשפט כגוף נטול פניות.³³ מגמת הצמצום של דוקטרינת השיטות המוסדית הביאה את בית המשפט לדון יותר ויותר בשאלות פוליטיות במהותן, מגמה אשר יכולה להביא לפגיעה באמון הציבור ואף להגברת הלחץ למינוי שופטים על פי מפתח אידאולוגי.

"אמון הציבור אינו דבר נתון. אסור לקבל את קיומו כדבר מובן מאליו. אמון הציבור הוא עניין נזיל. יש לטפחו. קל יותר לפגוע בו מאשר לשמור עליו. שנים של מאמץ יכולות לרדת לטמיון בשל החלטה אומללה אחת".³⁴

בגלל שהסוגיה טעונה מבחינה ערכית, לו בית המשפט היה פוסק אחרת – דהיינו פוסק שקיים לאום ישראלי המובחן מהלאום היהודי – היה בית המשפט נצבע בצבעים פוליטיים עזים אף יותר, והאמון בו היה נפגע במובן זה שחלקים מן הציבור היו עלולים לראות בפסיקתו גישה "פוסט ציונית". דווקא משום כך – משום שהדיון אינו ניטרלי מבחינה פוליטית והוא מאיים לפגוע במעמדו הציבורי של בית המשפט אם יפסוק לטובת המבקשים – מוטב היה לו בית המשפט היה נוקט זהירות רבה יותר.³⁵

אין אנו טוענים כמובן שעל בית המשפט לכלכל צעדיו לפי מידת האהדה להחלטותיו בקרב הציבור. יתרה מזו, ייחודו של בית המשפט הוא בכך שאין הוא מוסד רובני הפועל לפי רחשי הציבור, להבדיל מבית הנבחרים. מאידך גיסא, הכרעה לגוף העניין בסוגיות כגון קיומו או אי-קיומו של לאום ישראלי עלולה להציב את בית המשפט בפני דילמות שלא קל ואולי אף אי-אפשר לפתור בעזרת כלים משפטיים מהותיים. לכן לדעתנו צריך לבחור כלים משפטיים שיאפשרו לבית המשפט לצמצם את התפקיד השיפוטי בסוגיות טעונות, ואת השפעות הפסיקה על תחומי הפעילות של הרשויות האחרות ועל מעמדו של בית המשפט כגוף ניטרלי אשר יתרונו ביישום הדין בתום הליך הוגן.

2. המתח הפנימי בהכרעת בית המשפט העליון – פסילת שיקולי שפיטות מחד גיסא והכרעות מהותיות מאידך גיסא

ניתוח הכרעתו של בית המשפט חושף לדעתנו מתח פנימי בפסק הדין. מחד גיסא, נראה כי על אף שבית המשפט ער היטב לטעמי דוקטרינת השיטות המוסדית ולנגיעתם לעניין אורן הוא בוחר שלא לייחס להם חשיבות יתרה.³⁶ יתרה מכך, בית המשפט בחר לנסח את הכרעתו בדרך שאינה מצמצמת את החששות שביסוד השיקולים, ולא זו בלבד אלא שהיא אף מחריפה אותן.

הטעמים שביסוד דוקטרינת השיטות המוסדית באו לידי ביטוי כמעט בכל שלב במהלכו של בית המשפט. בית המשפט העליון סבר כי קבלת הערעור היא מורכבת מבחינה עיונית וכי רגישותה הציבורית של הסוגיה גבוהה. הוא ציין כי הרבדים הרבים הטמונים בסוגיה מעסיקים את מדינת ישראל מאז הקמתה, ולכן אל לבית המשפט לקבוע בה מסמרות. בהקשר זה הזכיר בית המשפט העליון מחלוקת בסוגיית היהדות, השאלה אם מדובר בדת או בלאום, ומכאן גזר בית המשפט את עומקה

33 אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** 292 (התשמ"ז): "הדבר החשוב ביותר שיש לשופט הוא אמון הציבור בו, כלומר, תחושת הציבור שהשופט עושה צדק על פי משפטו". וכן: "תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית ובלתי תלויה הוא אמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך שהרשות השופטת עושה צדק על פי דין. זהו אמון הציבור שהשפיטה נעשית באופן הוגן וניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה".

34 שם.

35 ראו: בג"ץ 390/79 **דויקאט נ' ממשלת ישראל**, פסק דינו של השופט לנדוי, פ"ד לד(1) 1 (1979): "רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו האחר בדחייה נרגשת"; אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 228 (2005).

36 ברק-ארז, לעיל ה"ש 28. ראו את טענתה של פרופ' ברק-ארז, שבית המשפט ממשיך להתבסס על שיקולי שפיטות מאז זנח את עילת השיטות, אלא שהוא עושה כן באופן מוסווה.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושרלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

של ההכרעה הנדרשת ממנו בנוגע לקיומו של לאום ישראלי (ולנבדלותו מן הלאום היהודי) ובנוגע לזהותה של מדינת ישראל כמדינת כל אזרחיה או מדינה יהודית – נושאים השנויים במחלוקת פוליטית מובהקת אשר אל לו לבית המשפט להתערב בהם.³⁷ עוד עולה מנימוקי של בית המשפט העליון כי השלכותיו של הדיון הן רחבות ואף נוגעות ליהודי התפוצות ולתפיסתם כנבדלים מאזרחי מדינת ישראל. הכרה בלאום הישראלי עלולה להפריד איזון עדין בין מרכיבי הלאומיים והתרבותיים של המדינה ולהשפיע על כלל הזהויות הקשורות לעניין, בישראל ומחוצה לה.³⁸ זאת ועוד, בית המשפט העליון ציין במפורש כי המקום הטבעי לדיונים מסוג זה הוא השיח הציבורי והכתיבה האקדמית, ולכן כותלי בית המשפט הם זירה ציבורית מתאימה פחות ויש לנהוג בה בריסון.³⁹ לבסוף אף ציין בית המשפט כי נטל ההוכחה המוטל על המערערים הוא גבוה במיוחד משום השיקולים המוסדיים הכרוכים בבקשתם מבית המשפט להתערב בנושא.⁴⁰

לדעתנו מצב שבו שיקולי אי-שפיטות ממלאים תפקיד של ממש בהכרעה, ובכל זאת בית המשפט נמנע מלקרוא לילד בשמו, הוא בעייתי כשלעצמו, אלא שהבעייתיות בפסק הדין אינה מתמצית בכך. כאמור, פסק הדין לוקה במתח פנימי, ולמרות מודעותו של בית המשפט לשיקולי השפיטות המוסדית, הוא בוחר לנמק את הכרעתו בנימוק מהותי תוך שימוש בתכנים מרכזיים וחשובים. כלומר אין התאמה בין כוונתו המוצהרת של בית המשפט לקיים דיון צר ההולם את הסוגיה הטכנית שלפניו לאור מודעותו לשיקולי השפיטות המוסדית, לבין אופן הכרעתו בפועל בהתעמקו בנימוקים הנוגעים לשרשי החברה הישראלית.

כך, בבואו לבחון במבחן אובייקטיבי אם קיים לאום ישראלי, הניח השופט מלצר תחילה יסודות לדיון. הוא התמקד בהיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית והסתייע במגילת העצמאות ואף בספרות מקצועית.⁴¹ יסודות אלה הביאו את השופט מלצר לידי מסקנה שבקשת המערערים חותרת תחת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית וציין במפורש כי אי-אפשר להכיר בקיומו של לאום ישראלי לאור "יהדותה הקונסטיטוציונית" של מדינת ישראל.⁴² כלומר ליהדות המדינה מעמד חוקתי, ואם נכיר בקיומו של לאום ישראלי, ייתכן שנערער מעמד זה. עוד ציין השופט מלצר כי בכוחה של ההכרה המבוקשת לערער את הסולידריות בין יהודי העולם, סולידריות אשר מדינת ישראל מנסה לטפח.⁴³ בהמשך לכך ציין את הרדיפה אחר העם היהודי לאורך ההיסטוריה ואת הצורך החיוני בסולידריות דגן. לבסוף סיכם השופט מלצר את הכרעתו כך:

"מדינת ישראל הוקמה וקיימת כמדינה יהודית ודמוקרטית כפתרון עבור העם היהודי, שסבל רדיפות קשות במרוצת הדורות והוכה אנושות בשואה, וזהו גם אחד הטעמים להגדרתה – מבחינה חוקתית – ככזו. אין איפוא עיגון משפטי לרצונם של המערערים לבטל את 'יהדותה' של המדינה ולהפוך את כל אזרחיה לבעלי לאום ישראלי."⁴⁴

כך גם קבע השופט פוגלמן בפסק דינו כי השלכותיו של דיון זה רחבות עד מאוד והן נוגעות ליחסיה של מדינת ישראל עם יהודי התפוצות,⁴⁵ השופט פוגלמן המשיך וקבע שלמעשה העותרים מבקשים לחזק את גישת הלאומיות האזרחית, שלפיה לאומיותו של אדם נקבעת על פי רכיבים סובייקטיביים כגון שייכות רעיונית ורצון האזרחים, על חשבון גישת הלאומיות האתנית שלפיה לאומיותו של אדם נקבעת על בסיס רכיבים אובייקטיביים כגון מוצא אתני ובסיס גנטי. יש לתת את הדעת על

37 עניין **אורן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 18 לפסק דינו של השופט פוגלמן; רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 35.

38 עניין **אורן**, לעיל ה"ש 1, בפס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

39 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

40 שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

41 שם, בפס' 3-5 לפסק דינו של השופט מלצר.

42 שם.

43 שם, בפס' 7 לפסק דינו של השופט מלצר.

44 שם, בפס' 12 לפסק דינו של השופט מלצר.

45 שם, בפס' 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורנג' נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

כך שכאשר בחר השופט פוגלמן לדחות את העתירה לגופה, הוא חיזק את משקלה הסגולי הרב של תפיסת הלאומיות האתנית בשוק הרעיונות.

השופט פוגלמן המשיך וקבע שאדם אינו יכול להשתייך לשני לאומים נבדלים, ובכך למעשה ביטא תפיסת לאום אקסקלוסיבי אשר אמנם קיבעה את מעמדה כתפיסת הלאום הדומיננטית בישראל, אך מעמד זה אינו הנחת יסוד חיונית לקיומה של מדינת ישראל וגם הוא שנוי במחלוקת ציבורית.

לדעת השופט פוגלמן, קיומה של אפשרות להירשם כבעל לאום ישראלי יכול להשפיע על כלל אזרחי ישראל, גם על מי שאינם חפצים להשתייך ל"עם ישראלי". השופט פוגלמן אף הפנה לדברי מלומדים הטוענים שהכרה רשמית ב"עם ישראלי" עלולה דווקא להדיר את אזרחי ישראל הערבים שלא ירצו להשתייך ללאום הישראלי.

דברים אלה של השופטים מלצר ופוגלמן ממחישים את הצרימה שמלווה את פסק הדין, צרימה שמקורה בחוסר ההלימה בין רטוריקת פסק הדין לבין הבסיס שעליו נשענת אותה רטוריקה. נראה שקביעות אלה לכל הפחות מרדדות את האפשרות לשיח פוליטי עתידי ללא משקלת שיטיל בית המשפט לצד זה או אחר.

בחירה זו מתמיהה במיוחד לאור ההלכה, שבית המשפט עצמו מזכיר בפסק הדין, הקובעת כי תכליתו של חוק המרשם היא סטטיסטית גרידא,⁴⁶ דבר שלכאורה היה מאפשר לבית המשפט לנסח על נקלה את קביעותיו בניסוח טכני ובלי להיזקק לקביעות המהותיות שהביע.

ד. דרכי הכרעה חלופיות

בעניין **אורנג'** קבע בית המשפט, לאחר דיון בנושא, כי אין לאום ישראלי. עם זאת ציין בית המשפט כי אין בקביעה זו כדי להעיד כי אכן אין לאום ישראלי מבחינה סובייקטיבית, וכי המבקשים יכולים להמשיך במאבקם הציבורי ללא כל קשר להכרעה השיפוטית.⁴⁷ למרות ניסיונו של בית המשפט להציג את הכרעתו כאחת שאינה חורצת את גורלו של הלאום הישראלי, נראה כי להכרעתו פוטנציאל ממשי לסכל את מאבקם הציבורי של המבקשים: כיצד יוכלו המבקשים להמשיך במאבקם לאחר שבין המשפט קבע כי מבחינה אובייקטיבית אין לאום ישראלי, ולאחר שכמה מהשופטים אף קבעו שהכרה בלאום כזה אינה מתיישבת עם העיקרים הקונסטטוטיוניים של המדינה?

מוטב היה, כאמור, לו בית המשפט היה חוזר למושכלות ראשונים ודן בראש ובראשונה בתכליתו הסטטיסטית של המרשם.

1. הכרעה לפי מתווה פונק' שלזינגר ותכליתו הסטטיסטית של חוק המרשם

סוגיית הלאום נבחנה כבר בשנות השישים המוקדמות בעניין **רופאייזן** שנדון ב-1962, כלומר בטרם נחקק חוק המרשם.⁴⁸ הפרשה עסקה ביהודי אשר המיר דתו לנצרות, שימש כומר וניתן לו אישור לקבל אזרחות ישראלית, אולם לא התאפשר לו לרשום עצמו במרשם כיהודי-נוצרי. רישום כאמור היה מעניק לכומר זכויות מכוח חוק השבות.⁴⁹ הפרשה הוכרעה בהתחשב במערכת היחסים המיוחדת שבין הנצרות ליהדות, ובסופו של דיון נוקב נקבע כי אין אדם יכול להירשם כיהודי אם בחר בדת

46 שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

47 שם, בפס' 27 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

48 בג"ץ 72/62 **רופאייזן נ' שר הפנים**, פ"ד טז 2428 (1962).

49 חוק השבות, התשי"ב-1950, ס"ח 51.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

אחרת, ובמיוחד הנצרות.⁵⁰ כאמור, ההכרעה ניתנה על סמך חוק השבות, אשר לדעת בית המשפט הוא חוק חילוני בטיבו, וכך יש לפרשו, אלא שכחוק חילוני הוא ער לזוויות הלכתיות בקובעו כי אין אדם יכול להיחשב לצורכי חוק זה כיהודי אם המיר דתו לנצרות.

כעבור זמן לא רב, בשנת 1963, נדון עניין **פונק-שליזינגר**,⁵¹ ובו דן בית המשפט בסוגיית רישום נישואיו של זוג אשר נישא בטקס אזרחי. דובר בנוצרייה מבלגיה וביהודי אזרחי ישראל. הקביעה המהותית בפסק הדין הייתה באשר לחשיבות פרטי המרשם. נקבע כי פרטי המעמד האישי לא יהוו ראיה לאמיתות תוכנם, בשונה משאר פרטי הרישום. קביעה זו הסתמכה על הנחיות הרישום ה"חילוניות" אשר תוקפן פג זמן לא רב קודם לכן.⁵² בפרשה הוצגו נתוני המעמד האישי כחסרי מהות. לדידו של השופט זוסמן, אין לדון בתוקף הנישואים ובנכונות פרטי הרישום אלא בסמכותו של פקיד הרישום לסרב לבקשת רישום הנישואים מצד הזוג.⁵³ בעשותו כן, הפריד בית המשפט בין הגדרת "יהודי" לצורכי רישום, לבין הגדרתו לצורכי זכאות לפי חוק השבות. כלומר הרישום הוא טכני, ואין לראותו כחורף גורלות בדין המהותי. במהלך זה ניסה בית המשפט להימנע ככל האפשר מלדון בשאלות רגישות, אשר עוררו לא אחת דיון ציבורי סוער.⁵⁴ עניין **פונק-שליזינגר** היה למעשה קו פרשת המים, במובן זה שהוא ביסס תכלית טכנית סטטיסטית למרשם האוכלוסין ובכך השפיע רבות על המשך הדיון בסוגיה.⁵⁵ הסתמכות זו נשתמרה גם לאחר חקיקת חוק המרשם בשנת 1965.⁵⁶

במרוצת השנים נשתמר אמנם האופי הטכני אשר יוחס לרישום הלאום, אך לצד זאת התקיימו גם דיונים מהותיים, למשל לצורכי חוק השבות. מתח זה בא לידי ביטוי בעניין **שליט**, לדוגמה.⁵⁷ לעתים התקשה בית המשפט לדבוק בתכלית הצרה והסטטיסטית אשר ניתנה למרשם בעניין **פונק-שליזינגר**.⁵⁸ לא למותר לציין כאן את הערתו של השופט פוגלמן בנוגע לחוק המרשם ולדיונים המשפטיים המתעוררים בעקבותיו. אם חוק המרשם, ואף הרישום עצמו, הם חסרי נפקות משפטית, נשאלת השאלה אם אין הרישום מיותר. השופט פוגלמן ציין כי כבר בפסיקה קודמת עלו תהיות באשר להכרחיותו של חוק המרשם בגלל הבעייתיות שהוא מעורר והדיונים המשפטיים המורכבים והסוערים שנתלים בו.⁵⁹ ואכן, כבר בעניין **שליט** הראשון הביע השופט ויתקון את השגותיו בנוגע לחוק וקרא לזיום חקיקה שתבטל אותו.⁶⁰

לדעתנו, חזרה למתווה של עניין **פונק-שליזינגר** וצמצום השאלה לתכליתו הסטטיסטית של חוק המרשם, היה בהן כדי להסיר את החשש שההכרעה תתפרש על ידי הציבור כהכרעה מהותית, וכן את החשש שההכרעה תרדד דיון ציבורי אפקטיבי בעתיד בדבר קיומו של לאום ישראלי. אלא שכאמור בית המשפט בחר לבחון סוגיות אלה לגופו של עניין תוך ייחוס משמעות אקספרסיבית למרשם אשר אינו תואם את התכלית הסטטיסטית.⁶¹

50 ד"כ 2231, 24 (התשי"ח).

51 הלכת **פונק-שליזינגר**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 225.

52 ד"כ 2231, 24 (התשי"ח).

53 הלכת **פונק-שליזינגר**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 244, 249.

54 איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר – הלכת פונק-שליזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129, 139 (2008).

55 נציין כי יוקרתה של הלכת **פונק-שליזינגר** נשמרה עד היום, נראה. ראו בג"ץ 3045/05 **בן ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים**, פ"ד סא(3) 537 (2006) (להלן: פרשת **בן ארי**), שם אושר, בהתבסס על הלכה זו, רישום נישואים של זוגות חד-מיניים אשר נישאו בקנדה.

56 שם, פסי' 8 לפסק דינו של הנשיא ברק.

57 בג"ץ 58/68 **שליט נ' שר הפנים**, פ"ד כג(2) 477, 532 (1970) (להלן – פרשת **שליט הראשונה**).

58 לבונטין, לעיל ה"ש 5454, בעמ' 158.

59 עניין **אורן**, לעיל ה"ש 1, בפסי' 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

60 פרשת **שליט הראשונה**, לעיל ה"ש 57. בפרשה זו נדרש בית המשפט לראשונה לאחר חקיקת חוק המרשם לשאלת רישום פרט הלאום. בהכרעתו התמקד בית המשפט בכך שאין מדובר בפרט רישום הנושא מטען ראייתי, ולפיכך קבע כי מדובר ברישום בעל משמעות טכנית וסטטיסטית.

בהסתמך על הלכת **פונק-שליזינגר**, לעל ה"ש 3, אף ציין בית המשפט כי "חשיבותו של הרישום היא רק סטטיסטית, ובמיוחד לגבי רישום הדת והלאום ערכו קרוב לאפס". דעת המיעוט באותו עניין התמקדה באופייה המהותי של הסוגיה וסברה כי אמנם ניתן להכריע בעניין באמצעות חוק המרשם, אולם מהלך שכזה יהיה בחירה בדרך הפעולה הקלה ביותר, ואילו האידאל הוא שסוגיה זו לא תתברר בין כותלי בית המשפט.

61 עניין **אורן מחוזי**, לעיל ה"ש 14.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

נשאלת השאלה, מדוע לא הבחין בית המשפט בין שאלת רישומו של לאום ישראלי לבין שאלת קיומו האובייקטיבי של לאום זה?

הקושי טמון כבר בהלכת עניין **טמרין** שבו התיימר בית המשפט לשים עצמו פוסק בעניינה של עובדה אובייקטיבית לעומת בחינה התואמת את תכליתו הסטטיסטית של חוק המרשם. כלומר הביסוס למסקנותיו של בית המשפט, בקובעו כי אין לצאת מגדרי ההלכה הקיימת בנושא קיומו האובייקטיבי של הלאום הישראלי, נוגד את ההלכה כי רישום פרט הלאום אינו בגדר עניין מהותי. בית המשפט היה יכול לסטות ממבחנה האובייקטיבי של הלכת עניין **טמרין**, להבחין בין שאלת הרישום לשאלת הקיום ולהימנע מקביעה כה מהותית ועקרונית לחברה הישראלית. לשם המחשת חשיבות קביעתו האובייקטיבית של בית המשפט, הבה נתאר לעצמנו, למשל, שמוגשת לבית המשפט בקשה להכיר בקיומו של לאום פלסטיני. האם ישתמש בית המשפט במבחן "אובייקטיבי" כלשהו? סביר שאם ינקט מבחן כזה, יוכר לאום כאמור. האם ראוי שבית המשפט הוא שיכיר בקיום הלאום הפלסטיני?

לפיכך עמדתנו היא כי דרך המלך בנושא הייתה לחזור להלכת **פונק-שלינגר**, שממנה סטה בית המשפט בעניין **טמרין**. הלכת **פונק-שלינגר** היא שמשקפת את עמדתו של המחוקק באשר לחוק המרשם, ומחייבת מתן הכרעה טכנית, צרה ומצומצמת בסוגיות אלה.

2. הכרעה לפי עילת הסבירות

דרך משפטית נוספת המשתלבת בהגיונה של הלכת **פונק-שלינגר**, ואשר יכלה גם היא לצמצם את הפגיעה בדיון ציבורי אפקטיבי עתידי, נסמכת על השימוש בעילת הסבירות. בעת מתן פסק הדין בעניין **טמרין** טרם פותחה עילת הסבירות ולפיכך משקבע בית המשפט בעניין **טמרין** כי המבחן לקיומו של לאום הוא אובייקטיבי, היה עליו להידרש בעצמו לשאלת קיומו של לאום זה או אחר.

אלא שבשנים הרבות שחלפו מאז נדון עניין **טמרין** פותחה עילת הסבירות, וכפי שנראה להלן, היא יכולה לשמש כלי בידי בית המשפט לצמצום ההשפעות השליליות של הכרעה בסוגיית רישום הלאום הישראלי.

עילת הסבירות מוכרת בשיטת המשפט המקובל משכבר הימים, אך רק בשנות השמונים היא נתקבלה בפסיקה הישראלית במתכונתה הנוכחית כעילה עצמאית לבחינת שיקול הדעת המנהלי.⁶² פסק הדין המרכזי המעגן את עילת הסבירות כעילה עצמאית פוזיטיבית בשיטת המשפט הישראלית הוא פסק הדין בעניין **דפי זהב נ' רשות השידור**.⁶³ בפסק הדין קבע השופט ברק שהרשות המנהלית, בהפעלה את שיקול הדעת אשר ניתן לה בחוק, נהנית מחופש בחירה בין כמה דרכי פעולה חלופיות. עם זאת, עקרון הסבירות קובע מתחם שבו החלופות ייחשבו לסבירות בנסיבות העניין. חריגה ממתחם זה, דהיינו קבלת החלטה המעניקה משקל בלתי סביר לשיקול רלוונטי זה או אחר, תיחשב לבלתי סבירה. אמת המידה לבחינת חוסר הסבירות היא אמת מידה אובייקטיבית של האדם הסביר, או של "הרשות השלטונית הסבירה".⁶⁴

עילת הסבירות אינה בוחנת אם פועלה של הרשות היא ראויה וטובה בעיני המשפט אלא אם החלטת הרשות נמצאת בתוך מתחם ההחלטות של רשות סבירה בהתחשב בתשתית העובדתית ובמכלול השיקולים הרלוונטיים שעליה לשקול. יתרה מזו,

62 מיכל טמיר "על חוקיות ועל סבירות: בעקבות בגץ בקמן נ' שר העבודה והרווחה" **הפרקליט** נ 185 (תשס"ח).

63 בג"ץ 389/80 **דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור**, פי"ד לה(1) 421 (1980). ראו דבריו של השופט ברק: "מתן אמצעי פיקוח אובייקטיבי שאינו מותנה במניע פסול תורם תרומה חשובה לפיקוח שיפוטי על שיקול הדעת המנהלי. פיקוח זה נהנה אף מלגיטימיות ברורה, שכן לא יעלה על הדעת, כי המחוקק הראשי הסמיך את הרשות המנהלית לפעול בצורה בלתי סבירה".

64 שם, עמ' 439.

אלכסנדר זרצקי, אסית שובל ושירלי יוסרי, "לאום ישראלי" בין רישום לקיום: הרהורים בעקבות ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים", **הארץ דין ט** (1) 91 (תשע"ה)

בהיעדר פגיעה בזכות יסוד, הרשות נהנית ממתחם סבירות רחב, ורק חוסר סבירות קיצוני, המתבטא בסטייה מהותית היורדת לשורש ההליך, יביא להתערבות שיפוטית.⁶⁵

ראוי לציין כי עליית קרנה של עילת הסבירות התרחשה בד בבד עם ירידתה של דוקטרינת השפיטות בישראל, ואף ניתן להצביע על קשר בין המגמות המנוגדות במובן שעילת הסבירות ביססה את מקומה על חשבונה של עילת השפיטות המוסדית.⁶⁶ להבדיל מדוקטרינת השפיטות, המחייבת את בית המשפט להכריע לכאן או לכאן אם הסוגיה שפיטה אם לאו, עילת הסבירות מעניקה לבית המשפט כלים רכים יותר המאפשרים להגמיש את מתחם הסבירות.⁶⁷ בענייננו, ביסוס עילת הסבירות ושימוש בה לצורכי בחינת פעולתה של הרשות, מאפשרים לבית המשפט לפקח על פעולת הרשות, תוך שמירה על הפרדת רשויות במובן המכיר בכך שלפניו ניצבת עמדה מגובשת של הרשות, המהווה תוצר של הליך קבלת החלטות.⁶⁸

תמוה אפוא שבעניין **אורן** נמנע בית המשפט מלהשתמש בכלים שעילת הסבירות מקנה לו. בית המשפט היה יכול לנסח את השאלה שלפניו כשאלה אם ההליך הפרוצדורלי שפקיד הרישום נקט לפי מבנה הדין הפוזיטיבי חורג ממתחם הסבירות. כך בית המשפט היה יכול לבחון אם רשימת הלאומים שהפקיד ביסס עליה את החלטתו לפי סעיף 119ג' לחוק המרשם,⁶⁹ ואופן הרכבתה, נמצאים במתחם הסבירות של החלטות מנהליות. על ידי ניסוח השאלה באופן זה, היה נמנע בית המשפט מהצורך לקבוע באופן פוזיטיבי שאין בנמצא לאום ישראלי (כפי שקבע בית המשפט בעניין **טמרי** כשלא עמדה לרשותו עילת הסבירות). בית המשפט היה יכול להסתפק בנימוק כי החלטתה של הרשות אינה חורגת ממתחם הסבירות, גם אם היא אינה ההחלטה היחידה האפשרית. כך לשם המחשה, יכול בית המשפט לקבוע שהחלטת משרד הפנים שלא לכלול את הלאום הישראלי ברשימת הלאומים אינה חורגת ממתחם הסבירות אף שגם החלטה מנוגדת יכלה להיכלל במתחם זה. כך, בית המשפט יכול לתת את דעתו על סוגיה שהובאה לפניו, בלי לקבוע קביעות ערכיות שישפיעו על הדיון בנושא בספרה הציבורית.

לשימוש במתחם הסבירות בפרשה יש יתרונות רבים: ראשית, דיון בסבירות ההחלטה ותו לאו משמר שיח ציבורי ואף מאפשר את הפרייטו, כיוון שהכרעת בית המשפט אינה נחרצת. זאת ועוד, הקביעה כי עמדת הרשות כלולה במתחם הסבירות אך אינה ההחלטה הסבירה היחידה עשויה לעודד את המחוקק לעסוק אף הוא בשאלה זו. יתרה מזו, הישענות על הלכת **פונק-שליזינגר** ושימוש בעילת הסבירות היו פותרים את המתח הפנימי שבפסק הדין. כך בית המשפט לא היה מצטייר כמי שמדבר אחד בפה ואחד בלב, במובן זה שלא היה מצד אחד מתאר את הסוגיה כבעלת אופי טכני בלבד, ומצד אחר בוחן אותה במבחני מהות. שימוש במתחם הסבירות היה מונע דיסוננס זה אשר נוצר. ולא זו אף זו, שמירה על הלכת **פונק-שליזינגר** ודבקות בבחינת סבירות ההחלטה היו מחזקות את התכלית הסטטיסטית של חוק המרשם. לבסוף נוכל לומר כי גישה זו הייתה מיטיבה גם עם בית המשפט ושומרת על מקומו האובייקטיבי בקונפליקט בעל מטען חברתי ופוליטי מובהק.

כל זאת, כמובן, בהנחה שבית המשפט היה מגיע לאותה החלטה, דהיינו היה מכריע שהחלטת הרשות שאין בנמצא לאום ישראלי אינה חורגת ממתחם הסבירות. יש לקוות שבית המשפט, בבואו לבחון את עמדת הרשות בעניין ההכרה בלאום זה או אחר, לרבות לאום ישראלי, היה מקפיד לוודא שהרשות אכן אוספת נתונים עובדיתיים באשר לקיומו של הלאום בלב פתוח ובנפש חפצה, ובפעולותיה אינה מונעת היווצרותו של לאום שכזה. היבט זה חשוב גם כדי שלא לסכל את התכלית הסטטיסטית של החוק, וכמובן כדי שלא לדלל את ערוצי השיח הפוליטיים-עיוניים בחברה. לצערנו, יש רגלים לטענה שדווקא החלטתו של בית המשפט העליון היא שחשופה לביקורת מעין זו.

65 בג"ץ 1/81 ויקי שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365 (1981). ראו דעתו של השופט שמגר.

66 ברק-ארז, לעיל ה"ש 28, בעמ' 3-8.

67 מיכל שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" **משפטים** יב 102 (תשנ"ב).

68 בג"ץ 217/80 **זאב סגל נ' שר הפנים**, פ"ד לד (4) 429 (1980).

69 המבקש לתקן את פרטי הלאום במרשם האוכלוסין מחויב להמציא תעודה ציבורית המעידה על השינוי. הפקיד בוחן את התאמתם של התנאים והדרישות לפי הנוהל להשלמת/תיקון פרטי הדת והלאום של משרד הפנים, הקובע שבעת שמאן דהו חפץ לתקן את סעיף הלאום במרשם, עליו לצרף אסמכתאות שיתמכו בבקשתו. ראו סי' 119 לחוק מרשם האוכלוסין; סי' 3.9 לנוהל 2.8.0001 של רשות האוכלוסין וההגירה "נוהל השלמת/תיקון פרטי הדת והלאום" (1.6.2014).

ה. סיכום

בהארה זו ביקשנו לבחון את החלטתו של בית המשפט העליון בעניין **אורנן**. הכרעת בית המשפט בעניין זה מעוררת תמיהה בנוגע לקביעה כי הנושא שפיט מבחינה מוסדית, אלא שהזירה השיפוטית אינה המקום להכרה בלאום זה או אחר, כל זאת כאשר הדוקטרינה השיפוטית הנוהגת נשענת על מבחן אובייקטיבי המחייב את בית המשפט לקבוע בדיוק זאת. בהארטנו הצגנו את ההשפעות השליליות שעלולות להיות לדיון בנושא קיומו של לאום ישראלי ולהכרעה בו בין כותלי בית המשפט. טענו שגם אם נניח שמדובר בשאלה שפיטה, הרציונלים שביסוד דוקטרינת השפיטות בכל זאת בולטים בענייננו, והיו צריכים להשפיע על בית המשפט בבואו לנמק את קביעותיו.

לאחר מכן הצגנו את הסתירות הפנימיות בהכרעת בית המשפט העליון. הצבענו על כך שבית המשפט קבע שהסוגיה שפיטה מבחינה מוסדית, אך מנגד השתמש בשיקולים התומכים באי-שפיטות מוסדית כדי לבסס את הכרעתו שאין לאום ישראלי לצורך הרישום במרשם. הבאנו דוגמאות מתוך פסק הדין להמחשת חוסר ההלימה בין תכלית חוק המרשם, שהיא תכלית סטטיסטית, לבין אופי הנמקתו של בית המשפט שליווה את התכלית הסטטיסטית בטיעונים מהותיים.

לבסוף ביקשנו להציע חלופות אפשריות לדרכו של בית המשפט העליון. טענו שמוטב היה לו לבית המשפט העליון לו היה הולך בדרך שנסללה בעניין **פונק-שליזינגר**, כלומר היה דבק בתכלית הצרה הסטטיסטית של חוק המרשם, ונמנע מלהקנות למרשם אופי אקספרסיבי. לאחר מכן הצגנו את עילת הסבירות ואת תפקידה המרכזי בשיטת המשפט הישראלית, וכן טענו שבאמצעות עילת הסבירות בית המשפט יכול להדיר רגליו מהכרעות לגופו של עניין בסוגיות חוץ-משפטיות. כך למעשה בית המשפט יכול רק לבחון אם פועלה של הרשות נמצא במתחם הסבירות או חורג ממנו, ולחייב את הרשות לבחון בעצמה את התשתית העובדתית ולהפעיל את שיקול דעתה בהסתמך על שיקולים רלוונטיים ולא על שיקולים זרים. בכך היה נמנע הצורך לנדוד למחוזות הנמקה נפתלים אשר יש בהם כדי לפגוע בלכידות הדוקטרינה, במעמדו של בית המשפט ובחיוניותם של שדות שיח חברתיים-פוליטיים.