



מבזקי הארות פסיקה 21 | ינואר 2014, 5-21

על זהות לאומית

יעקב שפירא*

1. מבוא. 2. פסק דינו של בית המשפט המחוזי. 3. פרשת טמריין.
4. התייחסות בית המשפט המחוזי לפסק דין טמריין. 5. פסק דינו של בית המשפט העליון. 6. סיכום.

1. מבוא

לפני כחמש-עשרה שנים כתבה פרופ' פנינה להב כי "בני הדור הנוכחי אינם מתחבטים בשאלה אם הם יהודים או ישראלים [...] אך אין זאת אומרת ששאלות המתח בין אחדות וייחוד, יהודיות ומודרניות, פסו מן העולם. השאלות חיות, בוטות, ובועטות".¹ ניבאה ולא ידעה את אשר ניבאה – פסקי הדין, נשוא ענייננו, אכן מוכיחים ששאלת הזהות הלאומית עדיין מנסרת בחללנו. המערערים, רובם רשומים כיהודים וחלקם כבני לאומים אחרים ובהם: ערבי, דרוזי, בודהיסטי, ובורמזי, פנו אל בית המשפט המחוזי בירושלים בבקשה למתן פסק דין הצהרתי שלפיו הם בני הלאום הישראלי. זאת, על מנת שפסק הדין ישמש תעודה ציבורית לצורך שינוי פרטי הלאום שלהם במרשם האוכלוסין. בין המערערים דמויות ציבוריות ידועות: פרופ' עוזי אורנן, אורי אבנרי, פרופ' יוסף אגסי, שולמית אלוני, אלון אולארצ'יק ויהושע סובול. א.ב. יהושע עמד לאחרונה על מהות בקשה מעין זו וראה בה טענה לקיומה של "אומה ישראלית חדשה, מנותקת ומתנתקת מכל זהות יהודית גלותית, היסטורית או דתית (ברוח ה"כנעניות") [...]. דרישה לחפיפה

* ד"ר למשפטים. ממונה, מחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט עברי), משרד המשפטים; מרצה בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית. הדברים משקפים את עמדתו האישית של הכותב.
¹ פנינה להב "זהות אישית וזהות קולקטיבית, מודרניות ויהודיות בפרשת שליט" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 409, 437 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוזן שמיר עורכים, 1998) (להלן: להב "זהות אישית וזהות קולקטיבית").



הולכת ומתעצמת בין האזרחות לבין הזהות. כלומר טשטוש הזהות ההיסטורית הישראלית והמרתה באזרחות כללית בלבד נוסח הזהות האמריקאית או האוסטרלית.² בית המשפט המחוזי לא נעתר לבקשה,³ ואף הערעור לבית המשפט העליון נדחה.⁴ אולם לא הרי נימוקו של בית המשפט המחוזי בדחיית הבקשה כנימוקיהם של שופטי בית המשפט העליון, ואף אלו האחרונים הביעו עמדות שונות בעניין. להלן, אבקש להידרש לגישות שונות אלו.

2. פסק דינו של בית המשפט המחוזי

שופט בית המשפט המחוזי (כתוארו אז), נעם סולברג, סבר שאמנם ניתן מבחינה נורמטיבית לבחון את הנושא בכלים משפטיים, אולם מבחינה מוסדית הנושא איננו שפוט. לטעמו, "השאלה שעל הפרק איננה שפיטה: אופיה הדומיננטי הוא ציבורי, אידיאולוגי, חברתי, היסטורי ופוליטי; ואיננו משפטי".⁵ לפיכך, הכרעה בשאלה זו תגרום "לפגיעה באמון הציבור בשפיטה".⁶ השופט סולברג תמך יתדותיו בדבריו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, הפרופ' אהרן ברק: "שופט אינו צריך להיות נושא דגל של הסכמות חברתיות חדשות. עליו לתת ביטוי לערכי יסוד המוכרים בחברתו ולא ליצור אותם".⁷ בהתאם לכך, הוא פסק: "הפלטפורמה שמציעים המבקשים כבסיס להכרה בקיומו של לאום ישראלי – מרשם האוכלוסין – אין בכוחה לשאת בנטל. רישום

2 א.ב. יהושע "מיהו ישראלי" הארץ – דעות 13.9.2013 www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2118280. לטעמו של יהושע, "המדינה היא ישראלית ולא יהודית; שהרי 'ישראל' הוא השם המקורי של עם ישראל. 'יהודי' הוא שם נספח מאוחר שהופיע בפעם הראשונה בגלות (בהקשר של מרדכי היהודי אשר בשושן הבריה, ששידך את אחייניתו בנישואי תערובת למלך אחשוורוש)". שם. מעבר לעניין הסמנטי, יהושע מדגיש שהזהות הישראלית היא הזהות היהודית השלמה באשר טמונה בה זהות לאומית ריבונית, להבדיל מזהות יהודית גלותית.

3 ה"פ (י-ם) 6092/07 אורנג' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 15.7.2008).

4 ע"א 8573/08 אורנג' נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 2.10.2013) (להלן: ע"א אורנג').

5 פרשת אורנג', לעיל ה"ש 3, פס' 42 לפסק דינו של השופט סולברג.

6 שם, בפס' 50.

7 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 47 (2004).



על זהות לאומית

טכני-סטטיסטי זה, לא יכול להיות תחליף לדיון אצל הרשות המבצעת, להליכי חקיקה בכנסת, לויכוח מדעי-אקדמי ולשיג ושיח ציבורי.⁸

3. פרשת טמריץ

בקשה זו של הכרה בלאום ישראלי איננה חדשה, היא הופנתה אל בית המשפט המחוזי בתל אביב עוד בשנת 1970⁹ והשופט יצחק שילה החליט לדחותה בטעמים נוקבים לגופו של עניין, בלא שראה את העניין כלא שפיט. בפסיקתו הוא קבע: 1. אמנם ההשתייכות ללאום תלויה בהרגשתו הסובייקטיבית של האדם, אך אין בית המשפט בן חורין להימנע מבחינתה כאשר הנסיבות החיצוניות אינן עולות בד בבד עם תוכנה של הבקשה. 2. אין אדם יכול ליצור בהבל פיו לאום חדש ולטעון כי הוא משתייך אליו. 3. לא קיימת אומה ישראלית בנפרד מהעם היהודי. "יהודי" ו"ישראלי" הם למעשה שמות נרדפים לאותו לאום, אותה תרבות ואותה שפה.

באותם ימים, בית המשפט העליון החליט פה אחד לאשר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב¹⁰ (להלן: פרשת או פסק דין טמריץ). הנשיא שמעון אגרנט הדגיש "כי אין משמעות למבחן ההרגשה הסובייקטיבית של אדם פלוני בדבר השתייכותו ללאום אלמוני, בלי שניתן לקבוע, על-פי קריטריונים כלשהם, שאותו לאום הוא בנמצא", ובהמשך "המידות האתניות והקנינים התרבותיים, המייחדים את הקיבוץ הלאומי ומבדילים אותו מקיבוצים לאומיים אחרים, הינם גורמים אובייקטיביים".¹¹ הוא הוסיף וקבע שאף אם יוכח בפניו שיש לאום ישראלי, עדיין לא יתאפשר ליהודי להירשם

8 פרשת אורנו, לעיל ה"ש 3, בפס' 60. המדינה צידדה בנימוק זה של פסק הדין וכתבה בעיקרי הטיעון שהוגשו לבית המשפט העליון, בעקבות ערעורם של המבקשים: "מכל מקום, כפי שחזרנו וציינו, מקומה של המחלוקת בשאלה אם קיים לאום ישראלי, שהוא נפרד מהלאום היהודי, הוא בזירה של הרשות המכוננת, המחוקקת והמבצעת ובזירה הציבורית-פובליציסטית, אך, בכל הכבוד, לעמדתנו – לא בבית-המשפט. מחלוקת זו אינה שפיטה" (סעיף 16 להשלמת טיעוני המדינה, הוגשו ביום י"ג חשון תשע"ג, 29.10.12).

9 ת"ב (ת"א) 907/70 טמריץ נ' מדינת ישראל, פ"מ עב 287 (1970).

10 ע"א 630/70 טמריץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 197 (1972) (להלן: ע"א טמריץ).

11 שם, בעמ' 201, 203.



כבן לאום זה, שכן: "גם אם נניח כי יש ליהודי בישראל, בנוסף לזהותו היהודית, זהות ישראלית (במשמעות האתנית), אין עובדה זו צריכה להשפיע על עצם הזדהותו עם הלאום היהודי".¹² בקשר לכך, אגרנט לא היסס מלנקוט בעמדות לאומיות עקרוניות. לטעמו, אומה צריכה לשמור על אחדותה ולמנוע קיומם של רסיסי קבוצות. כיהודי אמריקני, הוא הזכיר את הפילוג של מדינות הדרום ממדינות הצפון בארצות הברית. אגרנט, כדרכו בבג"ץ "קול העם", מציין שהמחויבות לשמירת אחדות העם היהודי נלמדת מתוך מגילת העצמאות: "מדינת ישראל הוקמה – כך הוצהר במגילת העצמאות – כ'מדינה יהודית בארץ ישראל' [...] בחלק האופרטיבי של מסמך היסטורי זה חוזרת ההכרזה כי 'מדינת ישראל תהיה פתוחה לעלית יהודים ולקיבוץ גלויות', דבר הטומן בחובו [...] את המשימה של מיזוג הגלויות ל'עם אחד'.¹³ הוא מוסיף: "לא ציינתי את הדברים הללו [...] אלא כדי להטעים כי המאורע הגדול של הקמת מדינת ישראל [...] לא בא אלינו על-מנת שיחול פירוד בקרבו של העם היושב בציון, כך שהוא ייפצל וייפגל לשני לאומים – יהודי מזה, ו'ישראלי' מזה. פילוג כזה, אילו התהווה חלילה, היה עומד בסתירה למטרות הלאומיות, שבגללן הוקמה המדינה".¹⁴ נוכח כך, הוא מסכם: "אם קיים היום בארץ – 23 שנים בלבד אחרי הקמת המדינה – 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, באשר העקרון של זכות ההגדרה העצמית הלאומית אינו יכול לשמש לה צידוק".¹⁵ הנשיא אגרנט נידרש אף למניע של המבקש ושולל אותו מכל וכל: "מדבריו של המערער ניכר שהוא והשייכים למחנהו רואים בעובדה, שהם בעלי השקפת עולם אנטי-דתית, את הסימן העיקרי להיבדלותם מהאומה היהודית ולזיקתם לאומה 'ישראלית' נפרדת. אולם, הסימן הזה, אין בו כלום, לא רק מפני שישנם יהודים רבים שהם בעלי השקפת עולם

12 שם, בעמ' 205.
13 שם, בעמ' 221.
14 שם.
15 שם.



על זהות לאומית

כנ"ל אך אשר אינו עולה על דעתם לכפור בהשתייכותם לאומה היהודית. אלא גם משום שמדינת ישראל, היא מדינת העם היהודי, הושתתה על יסודות ליברליים-חילוניים, כגון – ואף אלה מדברי מגילת העצמאות – 'חופש דת, מצפון, חינוך ותרבות'".¹⁶ אף השופט צבי ברנזון, שנודע בגישתו הליברלית¹⁷, הסכים לפסיקתו של הנשיא אגרנט וציין ש"המערער היה רחוק מאד מלהוכיח קיומו של לאום ישראלי".¹⁸ השופט (כתוארו אז) יצחק כהן פסק כי לפי הגדרת מיהו יהודי בתיקון חוק השבות בשנת 1970, ותיקון חוק מרשם האוכלוסין בהתאם, הרי שההשתייכות ללאום היהודי נעשית לפי מבחן אובייקטיבי בלבד: קיום התנאים שבהגדרת "יהודי" בחוק השבות. נוכח עמידתו של המבקש גיאורג טמרין בדרישות מבחן זה, עליו להירשם כיהודי.¹⁹

4. התייחסות בית המשפט המחוזי לפסק דין טמרין

השופט סולברג התלבט בפסק דינו כיצד הוא רואה את הסוגיה כלא שפיטה ואילו השופטים הנזכרים ראוה כשפיטה, ואף חרשו בה שדה עמוק. בהתייחסו לכך, הוא העלה שני כיוונים הסותרים זה את זה. ראשית הוא ניסה לאבחן בין הבקשה שבפניו ובין העניין שנידון בעבר. האבחנה היא בכך שהמבקשים שבפניו כוללים גם יהודים וגם שאינם יהודים, בעוד שבפרשת טמרין דובר במבקש יהודי. לטעמו, "לא דומה אפשרות להכרה בלאום ישראלי לגבי יהודי, להכרה בלאום זה לגבי בני לאומים שונים".²⁰ אכן, דבריו הנחרצים של הנשיא אגרנט, שניכר כי יצאו מהלב, התייחסו למגמת הפילוג בעם היהודי של המבקש. אולם מסופקני אם הנשיא אגרנט היה סוטה מפסק דינו לו היו באים בפניו יהודים ושאינם יהודים כאחד, ומבקשים להכיר בהשתייכותם ללאום ישראלינפרד.

16 ע"א טמרין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 222.

17 ראו יורם שחר "הטיטות המוקדמות של הכרזת העצמאות" עיוני משפט כו 523 (2003). שם מובאת הצעתו של השופט ברנזון להגדיר את מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. הצעה זו לא התקבלה.

18 ע"א טמרין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 225.

19 שם, בעמ' 226.

20 פרשת אורנג, לעיל ה"ש 3, בפס' 57 לפסק דינו של השופט סולברג.



לדעתי, הוא היה פוסק אף ביתר שאת כי נוכח כך שמדינת ישראל הוגדרה כמדינת העם היהודי, הרי שאין להכיר בלאום ישראלי הכולל את תושבי הארץ כאחד, יהודים ושאינם יהודים. רואה אני אותו מזכיר בהקשר לכך את ייחודיות הלאום היהודי הכולל אף את בני התפוצות, וזאת תוך הסתמכות, כדרכו, על הכרזת העצמאות.

באפשרות השנייה, ביקש השופט סולברג לטעון כי למעשה אף בפסק דין טמריין דחה הנשיא אגרנט את בקשת הרישום בטענת חוסר שפיטות אף שהיא לא נאמרה על ידו במפורש.²¹ לטעמו, דבריו של אגרנט: "כי אז מגמה ספרטיסטית זו, אין לראותה כמגמה לגיטימית ומן הנמנע להכיר בה", מביעים טענת חוסר שפיטות.²² אולם למקרא פסק דינו הנחרץ של הנשיא אגרנט, קשה לקבל ניתוח זה. כפי שפורט לעיל, הנשיא אגרנט לא היסס להביע בסוגיה זו עמדה עקרונית ערכית ואידאולוגית. דבריו המצוטטים אינם מתייחסים לנמנעות בית המשפט מלדון בבקשה אלא לחוסר הלגיטימיות של הבקשה. אמנם בבקשה אחרת הנוגעת למרשם, סבר הנשיא אגרנט כי הסוגיה העולה בה אינה שפיטה ואין בידו להכריע בה. סוגיה זו הייתה בקשת רישומם של ילדים לאם שאינה יהודייה כיהודים, אשר נידונה בבג"ץ שליט הראשון.²³ העתירה לבג"ץ הוגשה בטרם נקבעה בחוק השבות ובחוק מרשם האוכלוסין בהתאם, הגדרה ל"יהודי". ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון דאז, השופט משה זילברג, סבר כי מדובר בסוגיה עקרונית הדורשת הכרעה: "השאלה העומדת לדיון בפנינו עולה בערכה וחשיבותה על כל מה שנידון בבית-משפט זה למן יום היותו לבית-משפט ישראלי ועד היום הזה. על אף היותה, מן הבחינה הקונקרטיית, שאלה אישית, פעוטה, מצומצמת, הרי הדיון בה ובמרכיביה האידאולוגיים, יצריך חשבון-נפש נוקב ויורד עד התהום, עם יישותנו כעם,

21 זאת, בהסתמך על מאמרה של פרופ' דפנה ברק-ארוז, שופטת בית המשפט העליון דהיום, שבו היא טוענת שחרף צמצום יחסי בדוקטרינת השפיטות, נזקק בית המשפט העליון לשיקולי שפיטות, גם אם באופן סמוי. ראו דפנה ברק-ארוז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט 3 (2008).

22 ע"א טמריין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 226.

23 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 447 (1970).



מהותנו כלאום, ותפקידנו המדיני-ציוני בהחייאת הארץ הזאת".²⁴ לדעתו של השופט זילברג, הכרה בזהות לאומית יהודית שאיננה תואמת את דרישות ההלכה תגרום לכך שיצטרפו לעם היהודי נוצרים ומוסלמים באמצעות הבעת זהות יהודית בלבד. הוא סיים את פסק דינו בהכרזה דרמטית: "החיפוש אחרי מבחן חדש של זהותנו הלאומית, מהווה למעשה שלילה גמורה של המשך קיומו של העם היהודי. משמעותו היא: תם ונשלם! אין ציונות יותר, אין מורשה, אין היסטוריה, ישנה רק שאיפה להקים מדינה חדשה, ללא עבר ומסורת, על חופו המזרחי של הים התיכון".²⁵ שלא כשופט זילברג, הנשיא אגרנט לא נבהל מבקשת רישומם של ילדי שליט כיהודים וסבר שאין בידו להכריע בעניין: "הבעיה העומדת לפנינו – אם פקיד הרישום מצווה לרשום את ילדי העותרים כיהודים בפריט של 'לאום', אף-על-פי שאם הילדים לאו יהודיה היא – איננה נתונה לפתרון משפטי, כי אם לפתרון שכולו מונח בתחום האידיאולוגי. כיון שבתחום זה קיימים, לדעתי, חילוקי דעות עמוקים בקרב הציבור הישראלי, הריני סבור, שאין לנו להתערב בהחלטת המשיב השני [פקיד הרישום], כי הפרט הנידון [סעיף הלאום] חייב להישאר ריק".²⁶ הנשיא אגרנט הציג בהקשר זה מחד גיסא, את "הציונות הדתית האדוקה" הסוברת ש"אפיו של העם היהודי כדת-לאום בעינו עומד"²⁷ ונוכח כך "בן של אם גויה ואב יהודי" איננו יהודי.²⁸ מאידך גיסא, הציג הנשיא אגרנט את "בעלי האוריינטציה הלאומית-הטהורה" הסוברים כי "בתקופה המודרנית [...] אין לראות עוד את דת ישראל [...] כסימן היכר מובהק של האומה היהודית". הוא הוסיף כי "המדינה הוותיקה על יסודות ליברליים-חילוניים, כגון הבטחת 'חופש, דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות'

24 שם, בעמ' 492.

25 שם, בעמ' 503.

26 שם, בעמ' 574. זו הייתה אף עמדתו של השופט לנדוי (כתוארו אז), אשר הדגיש שעקב "חילוקי הדעות הכנים השוררים בציבור" אין בידי בית המשפט מקור משפטי להכריע בסוגיה. שם, בעמ' 530.

27 שם, בעמ' 588.

28 שם, בעמ' 589.



(מדברי האכרזה על הקמת המדינה)²⁹. "אולם, לדעתו, "במשך עשרים ואחת שנות קיומה של המדינה לא באה, באשר לשאלת מקומה של דת ישראל, הכרעה חותכת וחד-משמעית [...] הנטייה שהסתמנה [...] היא הנטייה שלא להכריע"³⁰. נוכח כך, הוא סבר "כי שורת הצדק אינה מחייבת, שננקוט עמדה לגבי הבעיה האידיאולוגית הנדונה, כאשר ברור לנו שלא קיים לגביה קונסנסוס אצל החלק הנאור של הציבור וכי עמדתנו תהא מבוססת אך ורק על הדעה הפרטית [...] שלנו עצמנו"³¹. בהקשר לכך הוא העלה את החשש של פגיעה באמון המערכת: "הלוא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא [כך מובא], כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות"³². לדעתו: "תפקידה של המדינה הוא התפקיד – כך מלמדת התורה הדמוקרטית – למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנעות משותפת [...] אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי"³³.

עולה כי טענת חוסר השפיטות והחשש מהפגיעה באמון השופטים אשר העלה כבוד השופט סולברג בהקשר להכרעה בשאלת קיומו של לאום ישראלי, מהדהדים גם בדברי הנשיא אגרנט בהקשר לשאלת רישומו של ילד שאביו יהודי ואמו אינה יהודייה (בטרם תיקון חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין בהתאם). אולם נמנע הוא מלהשתמש בקו פסיקה זה עת שדן הוא בשאלת קיומו של לאום ישראלי. הנשיא אגרנט לא ראה מניעה חוקית לרשום בן לאב יהודי ולאם שאינה יהודייה כיהודי, אולם שלל מכל וכל את

29 פרשת שליט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 588–590.

30 שם, בעמ' 590.

31 שם, בעמ' 600.

32 שם.

33 שם בעמ' 602. זאת ועוד, פרופ' פנינה להב ניתחה במאמרה את פסק דינו של הנשיא אגרנט. לטעמה, אגרנט אימץ את "תורת ההליך המשפטי", וגרס ש"בהיעדר כלל משפטי או קונסנוס חברתי שיאיר את הדרך", השופט "רשאי או אפילו חייב להימנע מהכרעה". ראו להב "זהות אישית וזהות קולקטיבית", לעיל ה"ש 1, בעמ' 434.



על זהות לאומית

הלגיטימיות בהכרה בלאום ישראלי. אעיר כי מבחינתו של אגרנט יש היגיון רב בהבחנה זו. שאלת רישום מי שאמו אינה יהודייה כיהודי במרשם האוכלוסין איננה מערערת את הזהות הלאומית של העם היהודי. אף בהלכה היהודית היו מי שסברו כי יש להגדיר את אלה כ"זרע ישראל".³⁴ בהתאם לכך, הרב יעקב מדן ופרופ' רות גביון הציעו באמנתם לשנות את כותרת המרשם ל"בן העם היהודי" כך שהיא תכלול גם את אלה.³⁵ לעומת זאת, הכרה בלאום ישראלי, המובחן מהלאום היהודי, מערערת את תפיסת הלאומיות היהודית הרואה את העם היהודי, לפי זהותו האתנית, כקבוצה לאומית אחת. עקב כך, הנשיא אגרנט יצא בפסק דין טמריין בשצף קצף כנגד מגמה זו וכינה אותה "מגמה ספרטיסטית" שאין לתת לה לגיטימיות ושאינן להכיר בה.³⁶

5. פסק דינו של בית המשפט העליון

בית המשפט העליון אישר את תוצאת פסק דינו של השופט סולברג שלפיה אין להיעתר לבקשתם של המערערים. אולם יש הבדל רב בין העמדות השונות שהובעו על ידי שופטי ההרכב. השופט עוזי פוגלמן בוחן את הסוגיה בגישה מרוחקת, ולעומת כתיבתו הרגשית והמעורבת של הנשיא אגרנט בסוגיה זו, כתיבתו של השופט פוגלמן היא אקדמית וביקורתית. הוא מציין ש"בעולם מקובלת ההבחנה בין כמה דגמים של לאום ותפיסות של לאומיות: לאומיות אזרחית, שבה ישנה זהות בין הלאום לבין האזרחות הפוליטית [...] לאומיות אתנית-תרבותית, שבה ההשתייכות של פרט לקבוצת הלאום היא בעיקרה תוצאה של מאפיינים אובייקטיביים משותפים (שפה, דת, תרבות והיסטוריה

34 הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל: "אפילו אם הם בני גוייה הרי מזרע ישראל המה, ואלה הם בבחינת צאן אוכדות, וירא אנכי, שאם נדחה אותם לגמרי על ידי זה שלא נקבל את הוריהם לגרות, נתבע לדין ויאמר עלינו: 'את הנדחת לא השיבותם ואת האובדת לא בקשתם' (יחזקאל ל"ד)". ראו שו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סימן סה; שו"ת משפטי עוזיאל, כרך ב, יו"ד סימן נח. נוכח כך, הורה הרב עוזיאל להקל בגיורם. יושם אל לב, עניינינו ברישוםם של אלה במרשם ולא בהכרה בהם כיהודים לעניין המעמד האישי.

35 ניתן לצפות באמנה בכתובת האינטרנט: www.gavison-medan.org.il

36 ע"א טמריין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 221.



משותפת).³⁷ בניגוד לפריסת החזון הציוני על ידי הנשיא אגרנט, מציין השופט פוגלמן באופן עובדתי כי הלאומיות האתנית-תרבותית היא "התפיסה הנוהגת כיום בישראל ביחס למונח 'לאום', שהמערערים שלפנינו מבקשים לאתגר אותה" [ההדגשה שלי – י.ש.].³⁸ בעוד שהנשיא אגרנט ראה בהכרה בלאום הישראלי איום על החזון הציוני, השופט פוגלמן מכנהו אתגר. אמנם לטעמו, "המקום הטבעי לדיונים הללו אינו בין כתלי בית המשפט, אלא בזירות אחרות של השיח הציבורי והכתיבה האקדמית".³⁹ אך עם זאת, בכך לא עוצר השופט פוגלמן. מחד גיסא הוא סובר שבכל אופן אין על בית המשפט למשוך את ידו מלתת פסק דין בעניין, ומאידך גיסא, הוא רואה לנכון לייצג למערערים כיצד להביא לידי ביטוי את זהותם הלאומית במרשם האוכלוסין. בנוגע להכרעה השיפוטית, סבור השופט פוגלמן כי על המערערים היה לשכנע את בית המשפט שיש מקום לסטות מהלכת טמריין, והם לא עשו כן: "דא עקא, שמלבד פריסת תפיסת עולמם הסדורה בנדון, לא הציגו המערערים תשתית עובדתית לכך שתפיסתו של הצבור הכללי את המושג 'לאום' השתנתה מימי פסק הדין בעניין טמריין ועד ימינו אנו".⁴⁰ בכך, הוא נותן אמנם תוקף להלכת טמריין אך זאת תוך ציון שתוקפה מותנה בעמדתו של הציבור הכללי על אודות מושג ה"לאום". לעומתו, הנשיא אגרנט ביקש להדגיש את מוחלטות פסיקתו: "[המחוקק] לא העלה כלל על דעתו את האפשרות של היווצרות לאום ישראלי אשר אדם יהודי יכול לראות את עצמו כמשתייך אליו [...] ממילא יש לייחס לו, למחוקק, את הכוונה שלא יתחשבו באפשרות שכזאת ושם ביום מן הימים תבוא בקשה כנ"ל מצד יהודי איזה שהוא, אזי לא ייזקקו לה. הפירוש הזה הוא מחויב, לדעתי, הואיל וכפי שצוין [...] [בפרשת] קול העם [...] במידה שמגילת העצמאות 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו...' מחובתנו לשים אל לבנו את הדברים

37 ע"א אורנג, לעיל ה"ש 4, פס' 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן.
38 שם.
39 שם, פס' 21.
40 שם, פס' 25.



על זהות לאומית

שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה⁴¹ (ההדגשה שלי – י.ש.). לעומת פנייתו של הנשיא אגרנט אל הגדרותיה העקרוניות של הכרזת העצמאות בדבר מהותה ואופייה של המדינה, מבקש השופט פוגלמן להיבנות מפרטי המרשם. עצם ההבחנה בין לאום לבין אזרחות שוללת היענות לבקשת המערערים, שכן תפיסתם בנויה על זהות בין הלאום לבין האזרחות. נוכח כך, הוא פוסק שיש לדחות את בקשת המערערים.

עם זאת, השופט פוגלמן מציע למערערים לבקש למחוק את לאומם ולהישאר רשומים כאזרחים ישראלים בלבד. לא לחינם הועלתה הצעה זו. ראשית, היא מביעה את עמדתו שחרף אי-יכולת ההיענות לבקשה, מן הראוי כי יתאפשר למערערים לבטא את זהותם הלאומית במרשם ככל שניתן. שנית, תוך כדי העלאת ההצעה, מביע השופט פוגלמן עמדה משפטית עקרונית בנוגע אליה. מחיקת הלאום לא תמיד התאפשרה על ידי בית המשפט. מקום שבית המשפט השתכנע שהבקשה אינה כנה הוא סירב להיענות לה. כך היה בפרשת טמריין, הנזכרת לעיל, שבה התבקש בית המשפט בסעד חילופי להורות על מחיקת סעיף הלאום. הנשיא אגרנט פסק שכיוון שהמניע לבקשת המחיקה הוא השינוי התחיקתי של חוק השבות בנוגע להגדרת יהודי, אין להיענות לבקשה זו. השופט פוגלמן קובע כי אין כך הם פני הדברים בעניין המערערים שבפניו: "המערערים, הרשומים חלקם כיהודים בסעיף הלאום וחלקם כבני לאומים אחרים, אינם מבקשים להביע את מורת רוחם מההגבלות שנקבעו בחקיקה על רישום אדם כ'יהודי' בסעיף הלאום, אלא מבקשים כי יינתן ביטוי אמיתי להגדרתם העצמית הסובייקטיבית"⁴². לטעמו, "אם ישתכנע בית המשפט בכנות הצהרתם של המערערים כי הם אינם חפצים להירשם עוד כבני הלאום שאליו הם רשומים כיום, נראה כי יש מקום להחיל הלכה זו גם ביחס אליהם. להשקפתי, תוצאה זו מתחייבת גם מעיקרון כבוד האדם, שכן בתיוגו של אדם כבן לאום שאליו הוא אינו חש זיקה, פוגעים אנו בזכותו להגדרה עצמית"

⁴¹ ע"א טמריין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 222.

⁴² ע"א אורנון, לעיל ה"ש 4, פס' 26.



(ההדגשה שלי – י.ש.)⁴³ בכך, קובע השופט פוגלמן כי ההשתייכות הלאומית נקבעת בהתאם לתחושה הסובייקטיבית של הפרט. לעומתו, הנשיא אגרנט סבר כי כל עוד יש לפרט זיקה ללאום אין הוא יכול לבקש את מחיקת רישומו.

אגרנט פסק שמחיקת הרישום אפשרית רק אם לפי מבחן אובייקטיבי חדל הפרט מלהשתייך ללאום: "אכן, יכולות להיות סיבות שונות לכך, שאדם חדל להשתייך ללאומו, בלי שהצטרף עדיין ללאום אחר, כגון, למשל, המקרים 'השוליים', בהם 'נעקרו' בני אדם מסביבתם הלאומית, בלי שהספיקו להזדהות, הזדהות גמורה, עם החברה הלאומית החדשה אליה עברו לגור".⁴⁴ הוא לא היסס מלקבוע כי מר טמרין "איננו שייך למקרים האלה". יתירה מכך, השופט (כתוארו אז) יצחק כהן אף סבר שלאחר תיקונו של חוק השבות "את השתייכותו של המערער ללאום יהודי יש לקבוע לפי מבחן אחד בלב[ב]ד] והוא אם קיימים לגביו התנאים שבהגדרת 'יהודי' בחוק השבות [...] אין נפקא מינה, אם המערער או 'יהודי' אחר רוצה או אינו רוצה להיות רשום כ'יהודי' ולצרכי הרישום אין חשיבות להרגשותיו והשקפותיו".⁴⁵ לפי עמדה זו, אין בידי אזרח יהודי הזכות להירשם כחסר לאום שכן על המרשם לשקף עמידה במבחן אובייקטיבי שנקבע בחוק. השופט פוגלמן בוחר שלא להזכיר עמדה זו ומעדיף על פניה את עמדותיהם של השופטים ברנזון, ויתקון ועציוני אשר קבעו כי אף לאחר תיקון חוק השבות שמורה לאדם הזכות שלא להשתייך ללאום כלשהו. לטעמם, חרף קביעת קריטריונים להגדרתו של "יהודי" אין לרשום אדם ככזה אלא אם כן הוא מעוניין בכך.⁴⁶ השופט פוגלמן מודע לכך שקביעותיהם של השופטים ברנזון, ויתקון ועציוני נגעו למערער אשר הצהיר על עצמו כקוסמופוליט. זאת, בניגוד למערערים המבקשים לייסד לאום ישראלי. אולם לטעמו "יש מקום להחיל הלכה זו גם ביחס אליהם".⁴⁷ מסופקני אם הנשיא אגרנט היה

43 ש.ם.
44 ע"א טמרין, לעיל ה"ש 10, עמ' 224.
45 ש.ם, בעמ' 226.
46 ע"א 448/72 שי"ק נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כוז(2) 3, 8 (1973).
47 ע"א אורנג, לעיל ה"ש 4, פס' 26.



על זהות לאומית

מסכים לכך, נוכח ההבחנה בין אדם המבקש שלא להשתייך ללאום כלשהו ובין מי שמעוניין לייסד לאום חדש ומבקש למצוא לו ביטוי באמצעות רישומו כאזרח בלבד. אכן, השופט חנן מלצר יצא כנגד עצתו של השופט פוגלמן למערערים: "הדבר אינו מקובל עלי – קודם כל מאחר שהדבר לא נתבקש על ידי המערערים בגדר ההליך [...] זאת ועוד, ניתן להתווכח אף על האבחנות שהעלה חברי בהקשרים הללו".⁴⁸ הוא אף הוסיף כי "על לאום בדרך כלל קשה מאד 'לוותר'".⁴⁹ בהתאם לכך, מצדד השופט מלצר בגישתו של השופט (כתוארו אז) יצחק כהן כי מבחן ההשתייכות ללאום היהודי הוא אובייקטיבי לפי תיקונו של חוק השבות.

השופט מלצר יצא אף כנגד עמדתו העקרונית של השופט פוגלמן והחזיר אותנו לפסק דינו של הנשיא אגרנט בפרשת טמריין: "אני סבור שמסקנתו של הנשיא אגרנט בפסק דינו המונומנטלי בהלכת טמריין [...] כוחה עדיין עימה".⁵⁰ בעקבות כך, לא קיבל השופט מלצר אף את פסיקתו של השופט סולברג כי העניין לא שפיט. לטעמו, "ככל שמדובר בבני הלאומים השונים החיים בישראל – בשלב זה אין מקום 'לאחד' את הלאומים הנפרדים ולקבצם משפטית ב'לאום ישראלי' חדש וכוללני, שכן הדבר נוגד הן את אופיה היהודי של המדינה והן את אופיה הדמוקרטי [...] מדינת ישראל הוקמה וקיימת כמדינה יהודית ודמוקרטית כפתרון עבור העם היהודי [...] אין איפוא עיגון משפטי לרצונם של המערערים לבטל את 'יהדותה' של המדינה ולהפוך את כל אורחיה לבעלי 'לאום ישראלי'".⁵¹

48 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט מלצר.
49 שם.
50 שם, פס' 10.
51 שם, פס' 12.



6. סיכום

בראשית שנות השבעים של המאה הקודמת, בחן הנשיא אגרנט את אפשרות ההכרה בלאומיות הישראלית באופן עקרוני וסבר שנוכח חזון הלאום היהודי אשר בוטא במגילת העצמאות, בית המשפט מחויב לסרב להעניק לאדם פסק דין הצהרתי שלפיו הוא בן הלאום הישראלי. אולם בשנות האלפיים, סבר בית המשפט המחוזי כי סוגיה זו אינה שפיטה, ואחד משופטי בית המשפט העליון הצהיר כי הלכה זו מותנית בתפיסתו של הציבור הישראלי את מושג הלאום. זאת, תוך הכרה בכנות בקשת המערערים והמלצה להם לבקש למחוק את רישומם כבני הלאום היהודי. רק אחד משופטי בית המשפט העליון – השופט מלצר – קבע נחרצות כי הלכתו של הנשיא אגרנט חיה וקיימת. מעניין להיווכח כי נשיא בית המשפט העליון, אשר גרוניס, לא ראה לנכון להידרש למחלוקתם העקרונית של חבריו בהרכב. ייתכן שהנשיא גרוניס העדיף את גישתה של פרופ' רות גביון הממליצה כי בית המשפט ימשוך ידיו מסוגיות אידאולוגיות.⁵² אולם אם כך, היה עליו לצדד בפסק דינו של השופט סולברג אשר סבר כי הסוגיה אינה שפיטה מבחינה מוסדית. הוא לא עשה כן אלא קבע שתוצאות פסיקות חבריו מקובלות עליו, תוך ציון שאיננו מוצא מקום להידרש למחלוקתם.

חרף דחייתם הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליון, המערערים לא אמרו נואש ופנו אל נשיא בית המשפט העליון בבקשה לקיום דיון נוסף בעניין.

פרופ' אורנן אף ניהל הליכים שונים לשם שינוי מרשמו במרשם האוכלוסין כאזרח מכוח ישיבה לפי סעיף 3 לחוק האזרחות.⁵³ זאת, בניגוד לרישומו כאזרח מכוח שבות לפי סעיף 2(ב)(1) לחוק האזרחות, הקובע כי אזרחות מכוח שבות נקנית "למי שעלה ארצה או נולד בה לפני הקמת המדינה - מיום הקמת המדינה". בית המשפט

⁵² רות גביון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995).

⁵³ ס' 3 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.



על זהות לאומית

העליון⁵⁴ בחר שלא להיכנס להיבט הערכי ודחה את ערעורו של פרופ' אורנן בטענה שהוא לא הצליח לסתור את טענת המדינה שהאזרחות אכן ניתנה לו מכוח שבות. צוין שאם המערער מבקש לטעון שמבחינה נורמטיבית לא היה מקום לתת לו אזרחות מכוח שבות שכן הוא אינו יהודי, היה עליו להגיש עתירה כנגד ההחלטה המנהלית ולא בקשה לסעד הצהרתי. הוסף, כי אף אם המערער יגיש עתירה כזו יהיה עליו לעמוד מול טענת השיהוי שכן האזרחות ניתנה לו ב-1952.

לאחר שהערעור לא צלח, עתר פרופ' אורנן בנושא לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק.⁵⁵ השופט יצחק עמית דחה את העתירה שכן "היא מהווה למעשה 'שידור חוזר' וערעור על פסק דינו של בית משפט זה [...] אלא שהלכה פסוקה עמנו כי בית משפט זה, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, אינו יושב כערכאת ערעור נוספת על החלטות אחרות של בית משפט זה בשבתו כבית משפט לערעורים".⁵⁶ השופט יורם דנציגר הסכים לפסק דינו של השופט עמית, אולם השופט אליקים רובינשטיין נדרש אף לפן הערכי-עקרוני וכתב: "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, היא פיקדון יקר מכל יקר שהופקד בידינו, היא מימוש הרעיון הציוני, היא המדינה היהודית היחידה בתבל, עם שעליה לחתור לשוויון ראוי למיעוטים; ובית משפט זה אינו הכתובת לשחיקת מהותה ואופיה".⁵⁷ נמצא שאף בהקשר לבקשה זו של פרופ' אורנן, רק שופט אחד בבית המשפט העליון, השופט אליקים רובינשטיין, נדרש לפן הערכי של הסוגיה ולא רק לפן המשפטי-פרוצדורלי.

פניותיו החוזרות ונשנות של פרופ' אורנן ושל חבריו, נוסף לפניות אחרות בעניין המרשם,⁵⁸ מקעקעות את פסיקת בית המשפט העליון שטרם נסתרה ושלפיה מהות

54 ע"א 5220/12 אורנן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.7.2012).

55 בג"ץ 8140/13 אורנן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.12.2013).

56 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית.

57 שם, פס' 1 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

58 כדוגמת פניות בנוגע לרישום מתגיירים כיהודים. ראו בג"ץ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה – תנועת ש"ס נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג(2) 723 (1989); בג"ץ



תפקיד המרשם הוא איסוף סטטיסטי.⁵⁹ אכן, עוד השופט לנדוי (כתוארו אז) כתב בעניין "שליט":

"אם כל זה הוא ענין של מה בכך, מדוע נלחם העותר בעקשנות כזאת על עתירתו, ומדוע עורר הדיון בעתירה זאת התעניינות כללית כזאת בציבור על כל חוגיו, בארץ וגם ביהדות התפוצות? האמנם לכלל העם בשגגה' בהבנת חשיבותו של המרשם?".⁶⁰

אף השופט אנגלרד חלק על עמדתו של הנשיא ברק וציין שלא ניתן להתייחס אל המרשם כעניין ניטרלי וסטטיסטי:

"עדיין אחד מסימני ההיכר האופייניים של המחלוקת האידיאולוגית הוא המאבק על סמלים הנעדרים לעיתים ממד מהותי. אין ספק כי הסמל, כשלעצמו, הוא בעל משמעות עצומה בעיני בעל ההשקפה, לכן ההצבעה על חוסר ממשותו של הסמל אינה יעילה ואין בכוחה להפחית במשהו את משקלו הכבד של המטען הרגשי המלווה את המאבק על הסמל בתור שכזה".⁶¹

שופטים ומלומדים נוספים עמדו על כך,⁶² אולם בית המשפט העליון מחזיק בדעתו.⁶³

1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995); בג"ץ 5070/95 נעמת – תנועת נשים עובדות ומתנדבות נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721 (2002).

בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 244 (1963).

פרשת שליט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 526.

פרשת נעמת, לעיל ה"ש 58, פס' 2 לפסק דינו של השופט אנגלרד.

דבריו של הנשיא אגרנט בפרשת שליט, לעיל ה"ש 23, בעמ' 598; דבריו של השופט טל בפרשת פסרו, לעיל ה"ש 58, בעמ' 705–709; דבריו של השופט טירקל בפרשת נעמת, לעיל ה"ש 58, בעמ' 764; דבריו של השופט רובינשטיין בבג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין, פ"ד סא(3) 537, 575 (2006); איתן לבונטין "מגדל פורח באוויר: הלכת פונק-שלזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" משפט וממשל יא 129 (2007); שחר ליפשיץ וגדעון ספיר "מיהו המחליט בשאלה מיהו יהודי? על פרשת שליט ותפקידו הראוי של בית המשפט בחברה דמוקרטית" מחקרי משפט כב 269, 289 (2006); מנשה שאוה "לשאלת תוקפם ורישומם של נישואי תערובת שנערכו בפני קונסול זר בישראל" הפרקליט מב 188, 216 (1995); מנשה שאוה "רישום והכרה

59

60

61

62



על זהות לאומית

לסיום אעיר כי במהלך בג"ץ שליט הציגו הנשיא אגרנט והשופט לנדוי (כתוארו אז) למחוק את סעיף הלאום מהמרשם ובכך להימנע ממחלוקות מעין אלו, אולם הממשלה סירבה לכך.⁶⁴ עוד קודם לכן הבהיר ראש הממשלה דוד בן גוריון במכתבו אל חכמי ישראל בשנת 1958 בעניין מיהו יהודי כי אין בכוונתו למחוק את סעיף הלאום:

"ההצעה למחוק ממרשם האוכלוסין את הלאום מתאימה אולי לתפיסה של ה'כנענים', אם יש עוד כאלה, אבל לא לאזרח יהודי של מדינת ישראל. העם היהודי בישראל הוא חלק לעת עתה [...] של העם היהודי, ומחיקת הלאום מתעודה של יהודי בארץ ישראל היא התחלת המחיקה של היותנו חלק של העם היהודי."⁶⁵

לפני כעשור, פרופ' רות גביון חזרה והציעה למחוק את פריט הלאום תוך שכתבה: "איני מבטלת כלל ועיקר את המשמעות העמוקה של השתייכות לאומית. להפך, אפשר, ולטעמי צריך להמשיך ולחנך אנשים על תפיסה הרואה בזהותם הדתית או הלאומית רכיב חשוב באיכות חייהם. אבל אין הכרח שדיון זה בענייני זהות ילווה ברישום מוסמך מטעם המדינה."⁶⁶ אולם הצעה זו לא התקבלה, לפחות לעת הזו, וזאת ככל הנראה

של צו אימוץ זר במסגרת משפחה לסבית: הצורך בעיון מחדש בהלכת פונק-שלוזינגר ובתיחום גבולותיה" **קריית המשפט** א 103, 132 (2001).

63 ראו לדוגמה את פסיקת הרוב בבג"ץ **בן-ארי**, לעיל ה"ש 62. הנשיא ברק חזר שם על דבריו כי "הלכת פונק שלזינגר – אשר נפסקה לפני כארבעים שנה – ממשיכה לעמוד בתוקפה. בכל הנוגע לרישום הפריטים של לאום ודת היא קובעת כי תפקיד המרשם הוא "תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי" שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

64 ראו ד"כ 56, 725 (התש"ל) בדברי שר המשפטים דאז, יעקב שמשון שפירא.

65 שם. נימוק אחר שלו היה ביטחוני: "לאור מצבנו המיוחד, כשאין אפשרות מעשית לפקח פיקוח של קבע ושל ממש על כל גבולות המדינה בפני אנשים המסתננים אל המדינה מן הארצות השכנות [...] מן ההכרח הוא שתושב חוקי בישראל יוכל בכל עת לזהות את עצמו". אעיר כי נימוק זה אינו מחייב את אזכור פריט הלאום מעבר לאזרחות.

66 יואב ארציאלי **אמנת גביון-מדן עיקרים ועקרונות** (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003). את האמנה ניתן למצוא בכתובת www.gavison-medan.org.il/FileServer/27a4aad85c3fc341bf53ad667e175b4b.pdf. הרב מדן חלק על הצעתה אולם תמך בשינוי שם הלאום במרשם ל'עם ישראל'. ראו שם, בעמ' 29. זאת, לא כמוכנו אצל המערערים. ראו א.ב. יהושע, לעיל ה"ש 2.



מבזקי הארות פסיקה 21 | ינואר 2014
א(י)ני ישראל?

בהתאם לדבריו הנזכרים של השופט אנגלרד בדבר חשיבותו של הסמל, ובניגוד לתפיסה המבקשת לראות במרשם עניין "ניטרלי וסטטיסטי". הישארותו של פריט הלאום במרשם האוכלוסין מעוררת שאלות בדבר הזהות הלאומית, וכדבריה של פרופ' פנינה להב בראשית דברינו: שאלות אלה לא פסו מן העולם, הן חיות, בוטות, ובוועטות.