ציבורי – ספיר – 3.10.2008

**חוק השבות**

**סמוך להקמת המדינה נחקק חוק בעל אופי חוקתי אבל הוא חוק רגיל (למרות שהוא נעשה לאחר החלטת הררי). החוק מקנה לכל יהודי באשר הוא את הזכות לעלות ולהתאזרח. בתוך החוק לא נכללה ההגדרה ליהודי – כיוון שיש מקום לסברה, כפי שטוען השופט זילברג, שהדבר יעורר מחלוקת ושההגדרה מיהו יהודי היא שאלה שעשוייה לעורר חוסר הסכמה. לכן, בחוק, לא נכללה הגדרה ליהודי. סמוך לשנת 70' תיקנו את החוק והוסיפו הגדרה ליהודי, אבל גם הגדרה זו היתה הגדרה עמומה שהתעלמה מחלק ממרכיבי ההגדרה. במקרה של שנת 70' ההגדרה בחסר היתה באופן מכוון, ולפיכך יש לנו דוגמא למקרה שבו המחוקק משתדל "לחמוק" מהכרעה בנושא שהוא ראשוני באופיו, ומגלגל את השאלה הזאת לפתחה של הרשות המבצעת, כשבסופו של דבר השאלה מתגלגלת ומגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. המחוקק שלנו מאציל מסמכותו בעניינים ראשוניים. יש לנו כאן מקרה שבו המחוקק הראשי, מטעמים השמורים עמו, מעדיף לא להכריע בשאלה מסויימת ומעביר אותה הלאה. אלא שכאן יש לנו מקרה** האצלה נסתרת**. "האצלה גלויה" – זה מקרים בהם מואצלת הסמכות באופן ברור – גם לגבי הסדרים ראשוניים. "האצלה נסתרת" – האצלה זו היא סמוייה, שכן המחוקק מאמץ הגדרה ליהודי, ובמובן הזה הוא ביצע את מלאכתו, אבל מאחר והגדרה זו היא הגדרה עמומה, מישהו ייצטרך להשלים אותה ולמלא אותה בתוכן שלא נמצא בה כרגע. בהאצלה גלוייה יודעים מה המחוקק מתכוון ומה לא – אך בהאצלה סמוייה לא יודעים מה המחוקק התכוון. יש מצב שבו אפילו לא יודעים מי קיבל החלטה ולמה.**

**1950 – חוק השבות – אומר שכל יהודי זכאי לעלות ארצה, ולא אומרים מיהו יהודי. פרשת האח דניאל – נולד כיהודי, בתקופת השואה עסק בהצלת יהודים, התנצר, הצטרף למסדר הכרמיליטי – ואחרי מלחמת העצמאות היגר לישראל, הצטרף למסדר הכרמליטי ומבקש להרשם כיהודי ולקבל תעודת עולה. בקשתו מסורבת ברוב של 4 נגד 1 והנקודה המעניינת היא שבאופן שבו השופט זילברג, מבחינה הלכתית צרופה רופהייזן דניאל הוא כנראה יהודי, אלא שבכל זאת – לאור העובדה שהתנצר הוא אינו נחשב ליהודי.**

**1968 – בנימין שליט – קצין בחיל הים, מתחתן במהלך שהותו עם סקוטית לא יהודיה. אישתו, אן, מקבלת תעודת תושב כחסרת דת. נולדים ילדים – ולאור נתוני האב הילדים מקבלים אזרחות ישראלית. השאלה והמחלוקת מתעוררת סביב חוק מרשם האוכלוסין – האב מבקש לרשום את ילדיו כחסרי דת ובסעיף הלאום כיהודים. בקשתו לא מתקבלת. לדבריו של שליט יש כאן מהות לגבי הסובייקטיביות – שכן ילדיו מתנהגים כיהודים. בית המשפט העליון בהרכב של 9 שופטים פונה בפנייה לממשלה ומבקש ממנה למחוק את סעיף הלאום ממרשם התושבים – וזאת כיוון שההכרעה בשאלה הזאת היא גדולה ממידותיו של בית המשפט, זאת לאור העובדה שהשאלה היא אידאולוגית במהותה ולא משפטית. לפיכך, היא גם שנוייה במחלוקתה בציבור הישראלי ולכן לא נכון שהשופטים יקבלו החלטה. בית המשפט מכריע בסוף ברוב של 5 נגד 4 – לאור העובדה שהממשלה לא קיבלה את עמדת בית המשפט – הם חייבו את משרד הפנים לרשום את הילדים כחסרי דת ובעלי לאום יהודי. החלטת בית המשט עוררה סערה ציבורית – עד כדי משבר קואליציוני ותיקון של חוק השבות וחוק מרשם האוכלוסין. חוק השבות מתוקן במובן זה שמוספת לו הגדרה ליהודי. חוק מרשם האוכלוסין מתוקן במובן זה שיהודי במרשם הוא לפי חוק השבות. לפי חוק השבות – יהודי הוא בן לאם יהודיה או שהתגייר ואינו בן דת אחרת. אח"כ הוסיפו את המשפחה הקרובה והרחיבו את זכאי השבות (לא הרחיבו את הגדרת היהודי אלא מי זכאי להשבות). בהגדרה** מי שהתגייר **– לא הגדירו מי נחשב שהתגייר, והשאלה חוזרת בחזרה אל המערכת הפוליטית.**

**שנת 19 – פרשת פסרו גולדשטיין – פסרו וגולדשטיין נישאים נישואים אזרחיים ועוברת גיור לא אורתודוכסי. הגב' פסרו מבקשת להרשם כיהודיה ולזכות בתעודת עולה ובאזרחות מתוקף הגיור שעלתה. בקשתה מסורבת כיוון שהגיור שהיא עברה לא קיבל את אישור הרבנים הראשיים. בית המשפט העליון, בהכרעת רוב קובע שפקודת העדה הדתית/המרה אינה רלוונטית ואומר שהוא לא מחליט בנושא הזה. בית המשפט מוסיף עוד פסקה ומבהיר את הטעם האמיתי שהם אינם מכריעים: מן הראוי שההכרעה תתקבל ע"י המערכת הפוליטית ומבקש מהמערכת הפוליטית להבהיר מיהו יהודי ומיהו גר ואז בית המשפט יכריע בנושא. בעקבות זה הממשלה מחליטה על הקמת וועדה בראשותו של עו"ד יעקב נאמן, שבו חברים נציגי כל הזרמים הדתיים ונציגי היהדות החילונית והוועדה מגיעה להצעה מעניינת: יש לחלק בין תהליך ההכנה לגיור ובין אקט הגיור עצמו. יוקם מוסד ארצי לגיור, ובמוסד הזה תהיה חשיפה ל- 3 הזרמים: אורתודוכסים, קונסרבטיביים ורפורמים – ובמובן זה יש כאן הליכה לקראת או הכרה רשמית בסטטוס של הקונסרבטיביים והרפורמים – אבל אקט הגיור עצמו יתבצע מול בית דין של 3 רבנים אורתודוכסים והאורתודוכסים יושבים על עצם ההחלטה על האם לגייר את הפרט או לא. עו"ד אורי רגב, ביקש שהרבנים הראשיים יכירו בהסכם הזה. אורי רגב ביקש למעשה לטרפד את ההסכם הזה בעצם הבקשה. וברגע שרגב נענה בשלילה – אז הרפורמים משכו את ידם מההסכם ואחריהם גם הקונסברבטיביים משכו ידם מההסכם. לא ניתן היה להגיש המלצות חתומות ע"י כל חברי הוועדה. המחוקק לא אמר את דברו בעניין – ואז חוזרים לבית המשפט העליון ושם כבר מונחת את העתירה הבאה...:**

נעמ"ת **– כללה מס' תיקים שאוחדו, בחלק מהם התבקש גם מרשם וגם שבות, ובחלק נדרשה רק בעיית מרשם. בית המשפט העליון מחליט לפצל את התיקים ובשלב הראשון יידונו רק התיקים שבהם מועלית שאלת המרשם בלבד (בלי שאלת השבות). התיקים היותר מורכבים, שבהם יש גם שאלה של שבות וגם שאלה של מרשם לא יידונו, ובתחילה ידונו רק הנושאים הקשורים רק בנושא המרשם. ברק משתמש למעשה ברציונאל שפותח בפרשת שליט 1969 – רציונאל זה מדבר על זה שצריכים לרשום מישהו כיהודי ומי שצריך לרשום הוא פקיד המרשם. אבל לפי ברק אין לפקיד המרשם סמכות החלטה. בית המשפט אומר שלשאלת המרשם אין שום משמעות אמיתית – כיוון שבחוק מרשם האוכלוסין עצמו נאמר, במפורש שמה שאמור ברשומה לגבי לאום לא מהווה ראייה לשום דבר. אם זה כך, אז זה חסר משמעות. ולכן אם מישהו מבקש להרשם כיהודי – יש לרשמו כיהודי. זו טענה שנאמרה כבר בפרשת שליט ופותחה עוד בשנת 1960 בנושא נישואין אזרחיים (פס"ד פונק-שלזינגר) – שם אמרו השופטים שאין לפקיד סמכות להחליט כיוון שמה שכתוב שם אין משמעות ולא מהווה ראייה ולא שמץ ראיה לשום דבר – ולכן אם אומרים שהם נישאו בחו"ל ויש הוכחה לנישואין הללו – אין בעיה לרשום!**

**לגבי התיקים העוסקים גם בחוק השבות וגם במרשם –** פרשת טושביים הראשונה **– אנשים שהתחילו את הגיור שלהם בארץ וסיימו אותם בחו"ל: מתחילים את הגיור בארץ ומסיימים אותו בחו"ל וזה משפר את הסיכוי של אנשים לקבל שבות. הבקשה שלהם מגיעה והם כצפוי מסורבים בטענה שהאנשים הגיעו לישראל כאינם יהודים, התגיירו – אבל לא זכאים לשבות (ולא בגלל שעברו גיור קונסרבטיבי או רפורמי) כיוון שחוק השבות מתייחס לכאלה שאינם נמצאים בארץ. האנשים האלה לא עולים בדרי חוק השבות כיוון שהם כבר בארץ. אי אפשר לתת אזרחות למי שמגיע ארצה ואז מתגייר.... לדברי המדינה, מתן אישור כזה יציף את הארץ בכל מיני מהגרים שיבואו לארץ ויתגיירו ואז יהיו זכאים לשבות. ברק אומר שמבחינתו אין חשיבות לסדר ורוב השופטים דוחים את טענת המדינה (המדינה אומרת שאינם זכאים לשבות). פה, כמו בפרשת פסרו, בית המשפט אמנם דוחה את הטענה אבל אינו קובע עמדה וחוזר שוב למחוקק ומבקש ממנו לדעת מה נחשב לגיור.** פרשת טושביים השנייה **– המדינה אינה חולקת על כך שחוק השבות מכיר בתוקפו של גיור שנערך מחוץ לישראל, לא משנה על איזה זרם מדובר. המדינה אומרת שבאשר סוג הגיור (קונסרבטיבי, אורתודוכסי, רפורמי) – מכירים בכל סוגי הגיורים אבל יש מגבלה אחת: מתגייר המצטרף לקהילה. בן אדם צריך לבוא לקהילה ולהשתלב בה לחלוטין ולהיות חלק מקהילה יהודית מסויימת. ברק דוחה את האמירה הזאת של המדינה – הוא אומר שכולם שווים ותקפים לגבי חוק השבות. אומר ברק שבפרשת נעמ"ת נקטנו בדרך של לא קשור לקהילה ספציפית (מדוע לא די להסתפק בזה שהליכי הגיור יהיו טובים). המסקנה מבחינתו של ברק שדי בכך שהאחראים לכך בקהילה יצהירו שהם עברו גיור כמו שצריך להיות. ברק מוסיף ואומר שבית המשפט אינו כפוף לגופי פרשנות שהוקמו ע"י הממשלה, וכל עוד לא תהיה הכרעה של הכנסת בנושא – הפרשנות היא של בית המשפט. וכך בית המשפט הכיר בגיורים שנעשים בחו"ל, הגם שהם קונסרבטיביים/רפורמיים (זה עוד לא רלוונטי לגיורים של הארץ).**

**מה יכול/צריך בית המשפט לעשות בסיטואציה שבה המחוקק נמנע במכוון מקבלת החלטה? כשמתבוננים על חוות הדעת של השופטים השונים מוצאים 4 גישות עקרוניות:**

1. גישת השופטים הדתיים – הכרעה לגופו של עניין **– שבית המשפט יציע הגדרה ליהודי. הגדרה סובסטנטיבית שמושתתת על השקפת עולמו של השופט.**
2. גישת שופטי הרוב לדורותיהם – מבקשת לשמור על נייטראליות **– איך עושים את זה? בדיוק אותו טריק של פונק-שלזינגר – בית המשפט לא מכריע כיוון שהמרשם אין לו משמעות, ואם זה ככה אז בעצם לא אומרים כלום. את זה אומרים 5 שופטי הרוב בפרשת שליט ובפרשיות הבאות. לגישה זו יש בעיה ברמת התוצאה (שאינה ניטראלית) והמוטיבציה של השופטים אינה ניטראלית. השופטים אינם מסתירים, לכאורה, את המוטיבציה שלהם. כי האמירה שאין למרשם האוכלוסין שום משמעות – אינה נכונה לכאורה כי לעיתים הסמל הוא המהות. הציבור תופס את ההחלטה של בית המשפט כמי שמחליט כנגד המדינה הגם שלכאורה אין החלטה עקרונית לבית המשפט. יש אמירה שעצם אי ההכרעה יש בה כמן הכרעה – לכיוון הליבראלי. שופטי הרוב מקבלים את עמדת שליט ונותנים לו את מה שהוא ביקש וכך גם בפרשת נעמ"ת. לסיכום; גישה זו אומרת שהשופטים רוצים להשאר נייטראליים אבל הם למעשה לא נייטראליים.**
3. קבלת הכרעת המדינה **– יש מחוקק שנמנע מלהחליט אבל רשות מבצעת שכן מחליטה. השופט לנדוי והשופט אגרנט אומרים בפרשת שליט – שהם מקבלים את הכרעת הרשות המבצעת.**
4. גישת השופט טירקל – הצעת מנגנון שמכריח את המחוקק לקבל החלטה**.**