

יוסף בן-נושה: הרשות השופטת ודיני-המשפחה

עם הקמת המדינה ומאז ועד היום עדים אנו למשברים חברתיים ומדיניים חוזרים הפוקדים את הציבור הישראלי סביב הבעיה של יחסי לאום-דת-מדינה. אחד הנושאים השנויים במחלוקת חריפה ביותר במשברים הנ"ל הוא דיני המשפחה הנהוגים בישראל.

דיני המשפחה הנהוגים כיום בישראל לגבי העדות השונות קובעים טכס-חובה דתי בעת עריכת הנישואים אף אם אין בני-הזוג דתיים, ואפילו הם אנטי-דתיים. כידוע, אין אפשרות להינשא בארץ בטכס-נישואים אזרחי.

תכנם המהותי של הדינים החלים על הקמת המשפחה, הזכויות והחייבים בין בני-הזוג והתרת הנישואים, מקורם בחברות-קמאיות לפני אלפי שנים וקשה לישובם עם העקרונות של זכויות האדם ושוויון המינים המקובלים בעידן שלנו.

הניגוד בין חופש המצפון, המושרש בחברה הישראלית התוססת והריבוית, והמובטח בהכרזה על הקמת המדינה, לבין הכפייה הדתית—כלומר, אותם חוקים בעלי תוכן דתי שאינם מקובלים על חלק ניכר מן החברה הישראלית—עורר במשך השנים התנגדות ציבורית חריפה ולוחמת לחוקים אלה.

הניגוד בין הכללים המהותיים של דיני המשפחה השוררים בארץ לאותם כללים הנראים לרובה של החברה הישראלית מתקבלים על הדעת, צודקים ותואמים את עקרונות הצדק, השוויון בין המינים וזכויות האדם, החריף בלי ספק את ההתנגדות האמורה והוליד את המאבק הציבורי והמשפטי לתיקון המצב הקיים.

נושא אחר השנוי במחלוקת מרעישה הוא: "מיהו יהודי?" כמו בדיני-המשפחה כך גם כאן מקורה של הבעיה המתעוררת נעוץ בתהליכי התמורה והחילון שעברו על אותם חלקים של העם היהודי שהיו בארץ-ישראל לאומה בעלת מולדת, שפה משותפת, כלכלה עצמאית ומדינה ריבונית.

ההתנגשות לא היתה באה לעולם והמאבק לא היה פורץ לולא תהליך החילון המאפיין את התפתחות היישוב העברי ואת התפתחות המדינה מאז קומה. חילון זה חותר להפרדה בין הדת ללאום ובין הדת למדינה ולקביעת גבולות ברורים העשויים להעמיד את המסגרת הנחוצה ליחסים הוגנים ביניהם.

חילון זה אינו תהליך המיוחד למדינתנו בלבד. זהו תהליך האפייני למאה שלנו והוא חלק בלתי-נפרד מהתפתחותן המודרנית של המדינות המתקדמות. אחת התכונות ההכרחיות למדינה מודרנית היא הכושר להסתגל לתביעות המשתנות של החברה. כיום אין המדינה יכולה להישאר אדישה כאשר חוק מן המאה העשרים

לפני הספירה שורר בדיני-משפחה של המאה העשרים לספירה. המצב החוקי בענייני משפחה אצלנו כיום אינו ממלא אחר דרישות החברה אלא הוא בבחינת עונש עליהן, והרי זו מן התכונות האפייניות למשטרי-רודנות.

כך אין מדינה יכולה להצהיר בהכרזה על הקמת המדינה שהיא מבטיחה חופש-מצפון לכל תושביה ובתוך כך לכפות חוקים המפלים בין אזרח לאזרח מטעמי דת ו/או לאום והמקפחים את זכויותיהם מטעמים אלה.

ב-1961, משסיימתי את שירותי הצבאי ואת פרק לימודי, החלטתי לקום למאבק למען עקרונות אלה של חופש המצפון, הפרדה בין הדת והמדינה וחילון החברה והמדינה העברית.

נוכח היעדר האפשרות של שינוי כלשהו בדרך התחיקתית, החלטתי לצאת למאבק זה בדרך של התדיינות בין כתלי בתי-המשפט, מתוך תקווה שבמסגרת המוסד המופקד על השלטת הצדק ייתכן לחולל אותם שינויים משפטיים הנחוצים כדי להקל על הכנסת-אף גם לאלצה-לבצע את התיקונים הדרושים במעמד-הדברים. המאבק הוא למען תיקון חברתי, משפטי ומדיני, ואף שאותה זכות השמורה לאדם להיות דתי שמורה לו גם להיות אנטי-דתי, אין זה מאבק אנטי-דתי כל-עיקר. אחת הטעויות הגסות שנכשלים בה לא מעטים מראשי המדינה ורשויותיה השונות היא אי-הבחנה בין מאבק למען הפרדה בין הדת למדינה לבין מאבק אנטי-דתי. עירוב-פרשיות זה הוא לא פעם מקור לדימאוגיה ציבורית המפריעה לליבון הבעיות לגופן.

הדימאוגיה המשתלטת כיום בכל המחנות המעורבים בפרשה זו מצטיינת בבורות מדהימה לגבי עצם הענין השנוי-במחלוקת. כך נמצאו קלריקאליים שאינם יודעים מה הם ממזר ועגונה וחילוניים הסבורים שהליקויים החמורים בדיני-המשפחה בישראל כיום כולם מקורם בדינים הדתיים. גישה דומה אפיינית לאלה הסוברים שביטולו של החיוב ברשום הפריט לאום מחוק מירשם האוכלוסים משמעו מחיקת האומה ועילה לאבל קיבוצי.

לפיכך ראוי לעמוד כאן על מספר עובדות ועקרונות-יסוד החיוניים להבנת הנושאים הנ"ל. תיאור זה חיוני במיוחד לכל התולים תקוות רבות בשינוי יסודי של המצב הקיים על-ידי "תיקונים דתיים" כמו גם לכל הסבורים כי יש להעדיף את הדינים הקיימים מפני שהם "שלנו".*

בהקשר זה ראוי להדגיש במיוחד את תפקידו של בית-המשפט העליון מחמת השפעתו המכרעת בסוגיות הנ"ל. מעניינות במיוחד עמדותיהם השונות של השופטים שהגיבו, כל אחד על-פי דרכו, על התופעות שהובאו בפניהם ועל המאבק שהתרחש לעיניהם. וכך אמר מ"מ נשיא בית-המשפט העליון בשעתו, כב' השופט מ. זילברג, במשפט רייכרט, אחד המשפטים בו התבקש בית-המשפט העליון להכיר בחוקיותם של "גישו-אים פרטיים":

* כך, אגב, טוענים "האחים המוסלמים" להנהגת המשפט המוסלמי כמשפט-המדינה בארצות שרוב יושביהן מוסלמים.

אפתח בבג"צ הראשון, 130/66, כי הוא זורה "אור יקרות וקפאון" על כל שאר ההליכים היגעים והבלתי-ריאליים, שהפרקליט המלומד מטריד בהם את בתי-הדין, בתי-המשפט והרשויות הממשלתיות, תוך מטרה אחת ברורה ובולטת להביא לידי חוכא ואיטלולא את כל מערכת דיני האישות בישראל. בנוהג שבעולם אדם פונה לבית-המשפט, שוטח לפניו את בקשתו, ומיד הוא (בית-המשפט או בית-הדין) יודע מה מבוקשו של האיש, ומה הוא האינטרס הלגיטימי שיש לו בנושא הבקשה. כאן, בממלכת הבג"צים שהוגשו על-ידי הפרקליט המלומד—ובייחוד הראשון שבהם—הכל צפון, נסתר, מוסווה, מתחמק; מבקשים דבר אחד, ומתכוונים להיפוכו של דבר; מנסחים בקשה רחבה, ומכתיבים לבית-הדין את השביל הצר "ממוקש", עליו לנוע בו כדי להגיע אל המסקנה החבויה, אותה חומד בקרב לבו הפרקליט המלומד. *

השיב על הדברים הללו מ"מ נשיא בית-המשפט העליון כיום, כב' השופט י. זוסמן:

אם יתבעו העותר או אשתו זיכוי ממס-הכנסה מפאת היותם נשואים, או אם יתבע אחד מהם תשלום גימלה מהביטוח הלאומי, החומר שבידיהם—כוונתי בעיקר לסירוב הרבנות לאשר רווקותם עקב טקס הקידושין שערכו—עשוי לשמש ראיה להוכחת תביעתם. משרד האוצר והביטוח הלאומי יכירו בהם כנשואים. מה טעם ישמור משרד-הפנים על רישומם הקודם ויחזיק אותם כרווקים? האם באמת העותר ובא-כוחו הם המביאים לידי חוכא ואיטלולא את מערכת דיני האישות בישראל?

מזווית-ראייה אחרת, וחשובה לא פחות, ראה את המאבק הנ"ל באותו משפט כב' השופט מ. לנדוי:

על כן אני מצטרף למסקנת הנשיא שלהבדיל מן הזוג גורפינקל-חקלאי, אין לעותרים אינטרס, המופר על-ידי החוק, לאישור הקידושין הפרטיים שערכו לעצמם, וכנגד זה ישנו אינטרס ציבורי מכריע למנוע את האגדרלמוסיה בסדרי הנישואין של יהודים, הקיימים במדינה על-פי החוק, שהיתה באה בעקבות הריסת הסכר בפני עריכת קידושין פרטיים בסיטונות. [ולא רק במקרים של חוסר מוצא אחר] ניתן לשער שאנרכיה כזאת היתה מקרבת את הנהגת הנישואין האזרחיים במדינה, כי רבים היו משתכנעים שאין דרך אחרת להחזרת סדר מינימלי בענייני המעמד האישי; ואולי זו האסטרטגיה לטווח ארוך העומדת מאחורי עתירות אלה.

כשאני לעצמי, ברור שאין דעתי נוחה לא מן המצב הקיים ולא מן המצב המשפטי שנוצר כתוצאה מן המאבק המשפטי הנ"ל ואין אני רואה פתרון לבעיות אלא בחקיקת חוק נישואים אזרחיים ומחיקת החיוב ברישום הפריט לאום מספר-החוקים שלנו. המדינה העברית ניצחה בכל מערכותיה הצבאיות בכוח עליונותה החברתית על אויביה, אך עליונות זו היא יחסית בלבד ואין בה משום יתרון-קבע. חברתנו הוכיחה שהיא יכולה לעמוד באתגרים שעברו, אך אין בכך משום ערובה שתוכל לעמוד באתגרים העתידיים לה עוד בלי כל ספק. לעניות-דעתי, החילון הוא אחד מעמודי-התווך אשר יבטיחו למדינה העברית עמידה איתנה באותם אתגרים שעודם לפנינו.

בית-המשפט העליון של ישראל

אין חולקים על השפעתה היסודית והמכרעת של הרשות השופטת בתהליכי קידומן של מדינות מתפתחות באמצעות פרשנות החוקים. השפעה זו ניכרת ביותר באותן מדינות בהן השיטה המשפטית מעניקה מקום בולט לכוחו המחייב של התקדים המשפטי.¹

כאן נשתדל לדון באותם פסקי-דין היכולים ללמדנו עד היכן קיבל עליו בית-המשפט העליון של ישראל את הייעוד הנ"ל ואיך הוא מממשו בפסיקתו השוטפת. פסקי-הדין שינוחחו בבאות מתיחסים לשני נושאים שמאז הקמתה של מדינת-ישראל חוללו שורת משברים חברתיים, מדיניים ומשפטיים חריפים. הנושא הראשון מתיחס לדיני-המשפחה, וביתר פירוט לבעיות הנובעות מהנישואים האזרחיים והדתיים; הנושא השני, לרישום הפריט לאום במירשם-התושבים. לאור הסבך האפייני לשיטה המשפטית הישראלית, מבנה והפעלתה, הכרח להקדים מספר עובדות ומושגי-יסוד להבנת מהותו, היקפו וממדיו של התפקיד שממלא בית-המשפט העליון בדונו בשני הנושאים הנ"ל.

עובדות ומושגי-יסוד

1. ישראל עדיין לא חקקה חוקה-בכתב. העקרונות החוקתיים המתיחסים לצורת ולזכויות האדם והאזרח נכללים בחוקים רגילים ובפסיקתו של בית-המשפט העליון. מצב משפטי זה הוא הרה-פורענות להתקדמותה המדינית והחברתית של מדינה מתפתחת שהרי כל חוק רגיל בכוחו לפגוע ללא סנקציה בזכויות האדם והאזרח הקבועות בחוק מוקדם יותר או בפסיקה. עם זאת, גם יתרון יש לשיטה זו שכן לאור העובדה שבית-המשפט העליון אינו כפוף לחוקה נוקשה שבכתב יש בידו לתת פרשנות ליברלית ומתקדמת ולמנוע בכך תוצאות של הוראות חוקיות מפגרות או של החלטות מינהליות הנוגדות את הרוח הדמוקרטית והליברלית של המערכת החברתית והמדינית של ישראל.
2. החברה הישראלית היא מודרנית, ריבוית, פתוחה, חילונית, אנטי-גזענית, אנטי-קלריקלית ושוויונית במה שנוגע לזכויות האדם והאזרח.²
3. לאור המסיבות המדיניות, החברתיות והבטחוניות בהן מתקיימת מדינת-ישראל מראשיתה אי-אפשר היה להקים ממשלה יציבה אשר תתבסס על רוב המסוגל לוותר על השתתפותה של המפד"ל. כתמורה לשותפותה הקואליציונית דרשה מפלגה זו חקיקתה של סדרת חוקים בעלי אופי דתי המתיחסים לדיני-המשפחה ולמירשם-התושבים אשר תכונותיה מנוגדות בתכלית לתכונות האמורות של החברה הישראלית. הממשלות השונות מצאו לגחוף להיענות לדרישות אלו.
4. החוקים שהוציאו הקואליציות הממשלתיות בזו אחר זו ביחס לנישואים ולמירשם-התושבים הם חוקים דתיים, הכוללים יסודות כפיתיים, קלריקליים, גזעניים ושוללים את זכויות האדם ואת שיווי-הזכויות בין אזרח לאזרח ובין גבר לאשה. יתירה מזו: הם מבוססים על חקיקה שמלפני 3,000 שנה ויותר.

5. בעיצומו של מצב זה פסק בית-המשפט העליון בסדרה של פסקי דין כי אף שאין לנו תחוקה כתובה יש לפרש את חוקי המדינה על יסוד ההנחה שמדינת-ישראל היא מדינה מודרנית, דמוקרטית, ליברלית ומתקדמת, ובה כל מה שלא נאסר במפורש על-ידי החוק מותר לעשותו; יש שויון-זכויות לשני המינים, וזכויות-היסוד של האדם הן חלק בלתי-נפרד ממערכת חוקיה.³

6. אי-תלותה של הרשות השופטת ביתר הרשויות בישראל היא עובדה מושרשת ומסורתית בשיטה הדמוקרטית הישראלית, הן למעשה והן להלכה. שיטת המינויים של שופטים היא ערובה נוספת לאי-תלות זו. לפי שיטה זו מתמנים השופטים על יסוד המלצה של ועדת מינויים המורכבת שלושה שופטים, חברי בית-המשפט העליון, שני חברי-כנסת, שני שרים ושני נציגים של לשכת עורכי-הדין. אם נביא בחשבון שלשכת עורכי-הדין היא רשות ציבורית עצמאית, הנקל להבין שרוב-דעות של שופטים ועורכי-דין יש בו למנוע מינוי שרירותי על-ידי הרשות המחוקקת והמבצעת.⁴

7. על-פי חוק בתי-המשפט מוסמך בית-המשפט העליון לטפל בכל ענין הדרוש לעשיית צדק ושאינו נמצא בסמכותו של בית-משפט אחר. כפי שעוד נראה, הרי באמצעות הבג"צ נעשו הצעדים המשפטיים המכוונים לפתור את הבעיות של רישום הנישואים והלאום.⁵

במכלול חברתי-מדיני-מגוון זה נפל בחלקו של בית-המשפט העליון לפסוק בעניינים עדינים ושנויים-במחלוקת המתיחסים לנישואים ולמירשם-התושבים. בחלק מן הפסי-קות האלו נדון מכאן והלאה.

חלק ראשון: נישואים

א. רישום נישואים אזרחיים מעורבים—פרשת שלזינגר

מקרה שלזינגר הוא, בלי ספק, הראשון והחשוב בפסקי-הדין שהוציא בית-המשפט העליון ביחס לרישום נישואים מעורבים שנערכו בחו"ל.⁶ המדובר הוא בנישואים אזרחיים שנערכו בשנת 1962 בקפריסין בין אזרחית בלגית, קאתולית, לבין אזרח ישראלי, יהודי שניהם תושבי ישראל. לאחר עריכת הנישואין הגישו בני-הזוג את תעודת-הנישואים לשם רישום במשרד-הפנים, וכאן נתקלו בתשובה השלילית המסורתית של משרד זה. (משרד זה נמצא שנים על שנים, עד קיץ ש.ז., בידי נציגי המפד"ל). נגד הסירוב הנ"ל הגיש הזוג שלזינגר בג"צ בפני בית-המשפט העליון, שדן בענין על יסוד הטענות המפורטות בזה:

א. טענות העותרים: פקיד מירשם-התושבים ממלא את תפקידו על יסוד חוק מירשם-האוכלוסים. מטרתו של החוק הנ"ל היא לרשום עובדות ולא לשפוט בענין תקפן המשפטי. מאחר שהמטרה העיקרית של החוק הנ"ל היא סטאטיסטית טהורה, מוטלת על פקיד-הרישום במקרה זה החובה לרשום כי טכס-הנישואים נערך בקפריסין ואין זה מסמכותו לפסוק על תקפם, דבר השייך לבתי-משפט מוסמכים בלבד, הצריכים להחליט בנדון—אם, וכאשר, יתבקשו לעשות זאת על-ידי אחד הצדדים בנישואים. אשר על כן על פקיד-

הרישום לרשום את הנישואים גם אם על-פי שיקול-דעתו הנישואים בטלים ואף במקרה שלא יהיה לו אף צל של ספק בבטלותם זו.

ב. מענות היועץ המשפטי: החוק בישראל אינו מכיר אלא בנישואים דתיים כאשר אחד מהצדדים הוא יהודי על-פי דתו וישראלי על-פי אזרחותו, ועל כן, מאחר שמר שלזינגר היה יהודי וישראלי וחוקו האישי הוא החוק הדתי, הנישואים המעורבים הנ"ל בטלים מעיקרם ואין לרשומם.

בית-המשפט העליון קיבל את טענותיהם של העותרים וציווה על משרד-הפנים לרשום את הנישואים המעורבים הנ"ל. פסק-הדין גרם משבר ממשלתי נוכח תביעת המפד"ל לחוקק חוק מיוחד אשר יבטל את תקפו של פסק-הדין הנ"ל ויאסור את רישומם של נישואים אזרחיים מעורבים. ראש-הממשלה בעת ההיא, דוד בן-גוריון, התיחס לתביעה כאל בזיון בית-המשפט וסירב לתמוך בה.

בית-המשפט העליון קבע, על-ידי פרשנות של חוק-מירשם-התושבים, את חובתו של פקיד-המירשם לרשום את הנישואים המעורבים אף שהם אסורים על-ידי החוק הלאומי, שהוא החוק הדתי.

כבי' השופט יואל זוסמן, כיום ממלא-מקום נשיא בית-המשפט העליון, התבטא בפסק-דינו במונחים המפורטים הבאים:

העובדה שהדין הדתי היהודי פוסל נישואי-תערובת אינה מחייבת בהכרח את המסקנה שבבואנו לדון בענין פלוני על-פי חוק זר נפסול תקפם של נישואין על שום שהם נישואי תערובת. הנישואין ייפסלו, אם פסלותם מתבקשת מטעמים של הסדר הציבורי החיצוני (הבין-לאומי), כמו שנתבאר לעיל, היינו אם שופט ישראלי, בתיתו ביטוי לרגשי הציבור בישראל, חייב יהא לומר, תוקפם של נישואין כאלה אינו מתיישב עם אורח החיים שלנו, יהא מקום עריכת הטכס אשר יהא. במקרה של ספק—תוקף הפעולה נהנה ממנו.

פסול הנישואין, על פי הלכות הדת, יהא שיקול נכבד ביותר, אך אין הוא צריך להיות השיקול היחיד. ציבור ישראל מחולק היום לשני מחנות. מחנה אחד, שומר מצוות או מרביתן, עומד לעומת מחנה אחר, המדגיש את ההבדל בין מדינת-חוק ומדינת-הלכה. השקפותיהם של בני שני המחנות נוגדות אלו את אלו בתכלית. הסדר הציבורי בישראל אין פירושו שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד על המחנה השני. החיים מחייבים יחס של סובלנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה-המידה של השופט אלא מאזן כל הדעות הרווחות בציבור.⁷

ההלכה במשפט שלזינגר נקבעה על-ידי כבי' השופט יואל זוסמן במונחים המפורטים הבאים:

סיכומו של דבר:

- (1) לצורך רישום מעמדה המשפחתי של המבקשת במרשם-התושבים קובע טכס הנישואין שנעשה, ובדיקת תוקפם של הנישואים אינה מעניינו של פקיד הרישום.
- (2) ראיה לכאורה להוכחת הטכס דייה כדי לחייב את פקיד הרישום לרשום טכס נישואין שנעשה.
- (3) נוסף על כך, אין לקבוע בבטחון כי בבוא שאלת תוקפם של הנישואין בפני בית-המשפט או בית-דין—ייפסל תוקפם של נישואי תערובת.

החל משנת 1963, שנת מתן פסק-הדין בענין הנדון, נערכו בקפריסין כ-550 נישואים, והחל משנת 1964 נערכו במקסיקו "באמצעות שליח" כ-450 נישואים. כל הנישואים הנ"ל נרשמו על-ידי משרד-הפנים.

ברור שמבחינת המשפט בטהרתו, חוק מירשם-התושבים הוא בגדר מסגרת כללית המאפשרת פרשנויות שונות והיתה זאת זכותו ההיסטורית של בית-המשפט העליון לבחור על יסוד שיקול-דעתו את הפרשנות הליברלית והסובלנית, וודאי שהיא מנוגדת לרצונם של יוזמי חוק-הנישואים ולמדיניות המינהלית של משרד-הפנים. לשון אחרת: הואיל וחוק מירשם-התושבים השאיר שטח רחב לפרשנות, והואיל וביצועו של החוק על-ידי משרד-הפנים נראה בלתי-צודק בעיניו, ניתנה האפשרות לבית-המשפט העליון להחיל על המקרה הנדון את עקרונות הצדק האמיתיים בניגוד לעקרונות הצדק המקובלים, וזאת בלי לצאת מן המסגרת שקבע לו החוק.

ב. רישום נישואים פרטיים—פרשת חקלאי

על-מנת להקל את הבנתה של פרשת חקלאי, שהיא בגדר תקדים בחיפוש פתרון משפטי לנישואים הנערכים בתוך המדינה והאסורים מטעמי דת, כדאי להבהיר מספר עובדות ומונחי-יסוד המיוחדים לסוג זה של נישואים – הנישואים הפרטיים.

(א) טכס הנישואים החוקי על-פי הדת היהודית מוסיף להיות "פרטי" על אף נוכחותו של הרב העורך. על-פי דיני הנישואים היהודים הדתיים, שהם דיני-המשפחה הרשמיים של מדינת-ישראל, טכס-נישואים הנערך בנוכחות שני עדים הוא בר-תוקף אפילו נערך ללא השתתפות הרב.⁹

(ב) מלבד איסורי הנישואים המעורבים כוללים דיני-המשפחה היהודיים הדתיים סדרה של איסורי נישואין פנים-עדתיים, כגון איסור נישואים בין כהן לגרושה¹⁰ (גם אם הגרושה היא גרושתו) ובין כהן לגיורת¹¹ ועוד איסורים דומים, שהבולט בהם האיסור של יבמה לזר בלי לקבל חליצה.¹²

(ג) ההבדל היסודי בין נישואים מעורבים ונישואים פנים-עדתיים אסורים הוא שהראשונים בטלים-ומבוטלים מלכתחילה ואילו השניים בעלי-תוקף חרף היותם כפופים לסנקציה דתית המבקשת את ביטולם אך אינה פוגעת בתוקף הקשר שנוצר על-ידי טכס נישואים פרטיים בנוכחות שני עדים.

(ד) המצב המיוחד של נישואים פנים-עדתיים האסורים נוצל על-ידי בני הזוג כהן-בוסליק (מקרה של כהן וגרושה) בשנת 1953 לשם עריכת נישואים בנוכחות שני עדים ובעזרתו של עו"ד דוד גנור. לאחר שנערך הטכס נתבקש משרד-הפנים לרשום את הנישואים, ולאחר סירובו הוגשה לביהמ"ש המחוזי בקשה למתן פסק-דין הצהרתי על תוקף הנישואים הנ"ל. עורך-הדין שערך את הטכס הואשם בעבירה של מיטרד ציבורי.¹³ כאשר הובא הענין בפני ביהמ"ש העליון בדרך של עירעור, פסק בית-משפט זה כך:

מה משמעותה של כל הדברים האמורים? לא רק עיקוף החוק אני רואה כאן, כי אם רמיסה ברגל-גאווה על אורח-חיים קבוע ומקובל בין יהודים ומאושר בדרך הנוהג על-ידי החוק; לא רק פריקת עול מרות של בני-סמך, כי אם—וזה חשוב יותר לענייננו—סיכול בזדון של מאמצי השלטונות לקיים בידם פיקוח יעיל על נישואים הנערכים בארץ. כלום אפשר לתאר את האנדרלמוסיה אשר תשתרר בחיי המשפחה אם כל עורך-דין יקבל על עצמו לסדר קידושין ולערוך נישואין ויהפוך את משרדו לתל אשר כל פסולי קידושין

פונים אליו? ולמה עורכי-דין דוקא? למה לא יעסקו בשעות הפנאי שלהם גם רופאים ומהנדסים ורואי-חשבון ואחרים כיוצא בהם בסידור קידושין ובעריכת גישואין? ובשעת הדחק למה לא יטלו לעצמם סמכות זו גם תופסי אומנויות אחרות ובעלי-מלאכה ויושבי-קרנות והולכי-בטל? ולמה דוקא בכסף ובשטר כדרך שעשה המערער? והרי יש דרך שלישית בקידושי אשה. ואף כי הנפש היפה סולדת מדרך זו, וגם חכמים גזרו עליה, הנה לא יכפור איש בכך כי היא עודנה בת תוקף, ואם יעז משהו מצחו באחד הימים להשיא זוג בדרך-לא-דרך זו, ייתכן ולבית-משפט אזרחי לא תהיה ברירה אלא להכריז על כשירותם של גישואים אלה. אך מה תהיינה התוצאות מנישואי-סתר אלה וכיוצא באלה? בני-זוג יחיו חיי אישות, יקימו בתים בישראל ויעמידו ולדות ללא כל פיקוח והסדר; פנקסי-הנישואין שהוכנו במיוחד לכך יהיו משובשים ולוקים בחסר, וכדי מהומה ומבוכה. קיצורו של דבר: במעשהו של המערער אני רואה התערבות בלתי-הוגנת במעגלות המינהל הציבורי והסדר הטוב. הדברים מגיעים לכדי שערוריה ציבורית ועשויים להביא נזק מוסרי חמור לציבור. מעשים אלה מהווים, איפוא, לדעתי, תקלה לציבור, גם אם נתעלם מן ההסכם—כלומר, קשירת הקשר, בין המערער לבין בני-הזוג "שהכניסם לחופה", לגרום תקלה לציבור—אשר הוזכר על-ידי השופט המלומד כתוספת חיזוק להרשעה"¹⁴.

על-פי העובדות הנ"ל היה זה נועז קימעה לחזור על אותו גסיון בשנת 1964. אף-על-פי-כן, ולאור מצבם המשפטי בלתי-הנסבל של הזוגות הנ"ל והיעדר יזמה תחקית נגד פגיעה בזכויות האדם להינשא ללא איסורים מטעמי דת, לא נשאר מוצא אלא לבקש פתרון לבעיה בתוך כתלי בית-המשפט.

הזוג חקלאי (מקרה של כהן וגרושה) ערך אפוא את נישואיו ה"פרטיים" בנוכחות שני עדים, ולאחר שהציגו השנים הצהרות-בשבועה בפני משרד-הפנים ונענו בשלילה הגישו בג"צ נגד אותו משרד. ביהמ"ש העליון דן בענין על יסוד הטענות המפורטות להבא:

(א) טענות העותרים:

- (1) איסור הנישואים בין כהן וגרושה אינו מקובל על-ידי הרוב המכריע של הציבור הישראלי. בנוסף לכך הוא נוגד את עקרונות הדמוקרטיה, חופש המצפון וזכויות האדם המקובלים על-ידי מדינת-ישראל ופסיקתו של בית-המשפט העליון.
- (2) הנישואים הנ"ל הם תקפים על-אף האיסור ואין בידם של נישואים תקפים כדי לפגוע בסדר הציבורי.
- (3) על-פי ההלכה של שלזינגר די בהוכחה לכאורה על קיום טכס נישואים כדי לחייב את פקיד-הרישום לרשםם ועל כן הצהרה בשבועה של עדי הנישואים מהווה מסמך משפטי דיו לצורך רישום הנישואים.

(ב) טענות היועץ המשפטי:

- (1) הנישואים ה"פרטיים", ועוד יותר הנישואים האסורים בין כהן לגרושה, מהווים פגיעה בסדר הציבורי, על-פי מה שהחליט בית-המשפט העליון במקרה גנור בשנת 1953.
- (2) גם במקרה והנישואים הנ"ל אינם בלתי-חוקיים זכאי משרד-הפנים לדרוש מסמך ציבורי אשר יוכיח את עריכתו, או פסק-דין הצהרתי של בימ"ש מוסמך על תוקף הנישואים (במקרה זה, פסק-דין הצהרתי של בית-דין רבני).

בית-המשפט העליון כך פסק:

אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה בהם השתמשו, בערכם

את הקידושין "הפרטיים" ההם. מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקש שים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם חפשיים לנהוג כן. ברצונם לחיות חיי משפחה ולהעמיד ולדות שלא יידבק בהם הפסול החברתי של "מחוץ לנישואין". הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי-פולחני, בהיותו מבוסס על מושגים עתיקי-יומין על מעמד הבכורה של הפהן בעבודת הקודש. הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו (ראה ע"פ 112/50, פד"י, כרך ה, ע' 481, (8), פסקה 21 בע' 493—494). והנה, פותח הדין הדתי עצמו למבקשים מוצא מן המיצר בו הם נתונים. מדוע הם ראויים לגנאי, כשהם נחלצים מן המיצר בדרך זאת?

לאחר שהנישואים ה"פרטיים" הוכשרו מבחינת הסדר הציבורי, החליט בית-המשפט העליון שאין לרשום את הנישואים על יסוד הצהרות-בשבועה—שהרי אלה מסמכים "פרטיים" הם—אלא לאחר קבלת פסק-דין הצהרתי של בימ"ש מוסמך, בית-דין רבני, אשר יצהיר שהנישואים תקפים.¹⁵

בפסק-דין זה הוכרעו שתי בעיות: בעיית הסדר הציבורי, שהוכרעה ברוב-דעות של ארבעה שופטים נגד אחד, והבעיה השניה—של המסמך הנחוץ לרישום—הוכרעה ברוב של שלושה שופטים נגד שניים.¹⁶

אילו הוכרעה הבעיה השניה לטובת העותרים הרי ודאי הוא כמעט שכיום היו נישואים אזרחיים במדינה. כמה שופטים חששו כנראה מפני המיצעד של נישואים "פרטיים" על יסוד הצהרות-בשבועה של עדים, והחליט לעצור התפתחות בלתי-נמנעת זו במהלך המאורעות.

לאחר פסק-הדין הנ"ל פנו בני הזוג חקלאי לבית-הדין הרבני בבקשה למתן פסק-דין הצהרתי. בית-הדין הרבני דן בענין מתוך גישה שלילית מובהקת, כי המדובר היה במתן גושפנקה חוקית לנישואים אסורים אלא שלא היתה לו ברירה והפיר בכך שלאחר עריכת הנישואים ה"פרטיים" אין בני-הזוג רשאים להינשא עם אחר או אחרת כל זמן שלא יתגרשו.

פקיד-הרישום פירש את פסק-הדין כלשונו, ועל-פיו נרשמו הנישואים של בני-הזוג חקלאי בחודש אוגוסט 1964 לאחר מאבק משפטי של שנה וחצי.¹⁷ אף שהבעיה מצאה את פתרונה ההלכתי למעשה, נתקלו בני-הזוג האחרים בקשיים עצומים, וכל מקרה נוסף שהובא בפני בית-הדין הרבני נתקל בחומה משפטית שדחתה את ההליך באמצעות פסקי-דין מתחמקים שלא הצהירו לא על תוקף הנישואים ולא על אי-תקפם. נתבקש אפוא צעד נוסף להשגת פתרון יעיל יותר. צעד זה נעשה מכוח המקרה המפורט בזה, שהוא השלישי בסדרת המקרים הטיפוסיים בפרק הנישואים.

ג. רישום נישואים "פרטיים"—פרשת רודניצקי

מקרה זה דן בזוג של כהן וגרושה שנישאו בנישואים פרטיים בשנת 1965 בנוכחות שני עדים, ולאחר שקיבלו תשובה שלילית מטעם משרד-הפנים פנו לבית-הדין הרבני על יסוד האמור בהלכת חקלאי. בית-דין זה סירב לתת תשובה ברורה ביחס למעמדם האישי של בני-הזוג. בית-הדין הגדול לעירעורים, שבפניו הוגש עירעור על פסק-דין

זה, פסק בפשטות שבמקרה של כהן וגרושה הוא מסרב לתת פס"ד הצהרתי מאחר שהוא מנוגד להשקפותיו הדתיות.

על-ידי בג"צ חדש הגיע המקרה בשנת 1969 אל בית-המשפט העליון. הבעיה המשפטית היתה חמורה. בשנת 1953 קבעה הפנסת שלבתי-דין רבניים תהיה הסמכות ה"בלעדית" לדון בכל ענייני נישואים וגירושים של יהודים בישראל.¹⁸ מצד אחד הרי במקרה של הזוג חקלאי החליט ביהמ"ש העליון שבני-הזוג, שהם כהן וגרושה, זכאים לערוך טכס-נישואים פרטי, אך לא היה בכך משום התקדמות אם היה על בני-הזוג להתמין חמש שנים, כמו במקרה רודניצקי, כדי להגיע לנקודה מתה. ביהמ"ש העליון דן מחדש בכל הבעיות הקשורות לנישואים "פרטיים" על יסוד הטענות שהעלו היועץ המשפטי והעותרים.

ואלו היו טענותיו של היועץ המשפטי:

- (1) בעניני נישואין הסמכות הבלעדית ניתנה לבתי-דין הרבניים כדי להחליט על תוקפם.
- (2) בתי-הדין הרבניים השונים אשר דנו בענין רודניצקי אף פעם לא החליטו שבני-הזוג הם נשואים ועל כן משרד-הפנים אינו חייב לרשום את הנישואים.

ואלו היו טענות העותרים:

- (1) אם כי בתי-הדין הרבניים השונים אשר דנו בענין אף פעם לא החליטו שבני-הזוג הם נשואים, הם גם לא החליטו שבני-הזוג הם רווקים. מה שניתן לומר הוא שאותם בתי-הדין לא עשו במשך 5 שנים אלא להתחמק מחובתם לפסוק כפי שכל שופט חייב לעשות מפני שלאור נימוקים מדיניים-דתיים התנגדו להכיר במה שידעו שהוא נכון, דהיינו, בתוקף הטכס על-פי החוקים הדתיים.
- (2) במקרה זה הוכחה האייעילות של הלכת חקלאי מפני שאם נשאר את הזוגות בידיים של בתי-הדין הרבניים בלבד יעברו דורות בטרם יופו לקבל פסקי-דין הצהרתיים.
- (3) אי לזאת, במקרים כגון המקרה הנדון, לאחר שבני-הזוג נכשלו בנסיונם לקבל פסק-דין הצהרתי מבית-הדין הרבני, מחובתו של בית-המשפט העליון לפסוק בעצמו בענין תוקף הטכס וחובת משרד-הפנים לרשמו.

בית-המשפט העליון פסק לטובת העותרים ברוב-דעות של ארבעה שופטים נגד אחד וניסח את הלכתו בזו הלשון:¹⁹

1. במקרה ובית-הדין הרבני יסרב להשתמש בסמכותו על יסוד נימוקים הנוגעים לסדר הציבורי הדתי, המנוגד לאותו סדר הציבורי של בית-המשפט העליון, יתן בית-משפט זה פסק-דין הצהרתי במסגרת סמכויותיו על-פי חוק-בתי-המשפט ועל משרד-הפנים יהיה לרשום את הנישואים בהתאם להצהרה זו ועל-פי חוק-מירשם-האוכלוסין.
2. בית-המשפט העליון הצהיר שמחמת הספק אסורים בני-הזוג להינשא עם אחר או אחרת כל עוד לא נותק הקשר ביניהם על-ידי גט-פיטורין.

עם מתן פסק-דין זה תם מאבק משפטי שנמשך חמש שנים. מצבם של בני-הזוג במצב דומה השתנה באופן יסודי. מה שנחשב בשנת 1953 מיטרד ציבורי ופגיעה בסדר הציבורי מצדיק כיום התערבות מצד בית-המשפט העליון ומתן הצהרה מטעמו המחייבת את משרד-הפנים לרשום את הנישואים.

ד. מקרים אחרונים של נישואים פרטיים

1. פרשת טובה מלר – אליהו כהן.
 2. פרשת בתיה קידר – שמואל כהן.
 לאחר מקרה רודניצקי הגיעו לבית-המשפט העליון שני מקרים נוספים של נישואים פרטיים שאיפשרו את הרחבתה של הלכת רודניצקי.
 המעניין בשני המקרים האלה הוא ששני הבעלים בשני הזוגות הם אחים ומן הנשים אחת גרושה והשניה יבמה.²⁰
 המקרה הראשון היה זה של טובה מלר ואליהו כהן, כהן וגרושה שערכו טכס של נישואים פרטיים ולאחר-מכן ביקשו פסק-דין הצהרתי על-ידי בית-הדין הרבני.
 כמו במקרה של חקלאי כן גם כאן פסק בית-הדין הרבני שלאחר עריכת הנישואים הפרטיים אין בני-הזוג רשאים להינשא לאחר או לאחרת בטרם יתגרשו בגט-פיטורין.
 אף-על-פי-כן, ועל-מנת למנוע את רישום פסק-הדין במירשם-התושבים, הוסיף בית-הדין בפסק-דינו שאיסור הנישואים הנ"ל אין בו כדי להכיר בנישואים של בני-הזוג ואשר על כן אין לרשום כנישואים. על יסוד האמור בפסק-הדין סירב פקיד-הרישום לרשום את הנישואים. נגד סירוב זה הגישו בני-הזוג בג"צ.²¹
 וכך טענותיו של היועץ המשפטי:

1. החוק מעניק לבתי-הדין הרבניים הסמכות הייחודית בענייני נישואים וגירושים של יהודים בישראל.
 2. פקיד מירשם האוכלוסין היה מנוע מלרשום את הנישואים מאחר שהיה בפניו פסק-דין של בית-הדין הרבני אשר אסר עליו לעשות כן.

ואלו היו טענותיהם של העותרים:

1. פקיד מירשם-התושבים חייב לכבד את הוראות חוק מירשם-האוכלוסין כפי שהתפרשו על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק.
 2. בהתאם לחוק מירשם התושבים יש רק ארבעה סוגים של מעמד אישי: רווק, נשוי, אלמן או גרוש.
 3. לאחר פסק-הדין של בית-הדין הרבני אי-אפשר לומר שבני-הזוג הם רווקים מאחר שאין לדרוש מרווק שיתגרש. על כן יש לרשום את בני-הזוג כנישואים.
 4. התוספת של בית-הדין הרבני בענין איסור רישום הנישואים היא בלתי-חוקית מאחר שאין בסמכותם של בתי-הדין הרבניים לצוות ולאסור על משרד-הפנים לקיים את חובותיו או להימנע מהן, דבר הנמצא בסמכותו הבלעדית של בית-המשפט הגבוה לצדק.

בית-המשפט העליון קיבל את טענות העותרים וציווה על משרד-הפנים לרשום את הנישואים תוך ציון מפורש שהתוספת על איסור הרישום בפסק-דינו של בית-הדין הרבני היא בלתי-חוקית.

המקרה השני כאן הוא זה של בתיה קידר ושמואל כהן.

בתיה קידר היתה אלמנתו של טייס חיל-האוויר שנפל במלחמת 1967. לבני-הזוג לא היו ילדים ולכן היתה האלמנה צריכה לקבל חליצה מגיסה. היא אמנם קיבלה את החליצה, אך על-פי אותו חוק אסור היה לה להינשא לכהן. לפי זה לא נשאר לבני-הזוג אלא להינשא נישואים פרטיים. לאחר ביצוע הנישואים הפרטיים פנו אל בית-

הדין הרבני בבקשת פסק-דין הצהרתי, כבמקרים קודמים. בית-דין זה דן בענין במספר ישיבות, אך כדי להימנע ממתן פסק-דין אשר יתפרש כפסק-דין המספיק לרישום נישואים נתן החלטה בלתי-ברורה ומתחמקת, כפי שנעשה במקרה רודניצקי. נגד התחמקויות אלו הגישו בני-הזוג בג"צ ובית-המשפט העליון נתן פסק-דין הצהרתי לטובתם, כפי שעשה במקרה רודניצקי בשעתו²² ולא עוד אלא שהפעם הוסיף בית-המשפט העליון דגש בבקורת שמתח על התנהגותו של בית-הדין הרבני. ואלה דברי בית-המשפט העליון:

והנה עדים אנו לכך שבמקום שזוג כזה יעבור "תחנה אחת" נוספת ויגיע במהרה למחזור הפצו, הוא מיטלטל בדרך-ייסורים ארוכה של דיונים בענינים צדדיים כמו קיום מצוות הדת על-ידי העדים, סדר הקידושין וכו', אשר בית-המשפט זה כבר החליט בענין רודניצקי כי לא יראה בהם מכשול לאישור הנישואים (שם בע' 718). בולט הדבר לעין שיש כאן לא רק נסיון של השהיה, כי אם רצון של הכשלה ממש. בית-הדין האזורי לפחות הביע את דעתו גלויות נגד אישור הנישואין כפי שעולה מקטעי פסק-דינו שהובאו לעיל, ואף אמר כי עצם הפניה אליו "מהווה גם זילותא דבי דינא חמורה ופגיעה כבדה ביקרו של בית-הדין.

רואה אני כעת כי כנראה הטלנו על הרבנים תפקיד קשה מנשוא שאינם יכולים ואינם מוכנים לעמוד בו. במצב זה, לא לכבודם של הרבנים הוא, ולא לכבודנו אנו, וזה גם לא לטובת הציבור, לתת לענין זה להתגלגל הלאה ללא מעצור וללא תכלית מעשית. לא נאה ולא יאה הדבר כי ענין הנוגע למעמדם האישי של העותרים, והוא חשוב ונכבד להם ויש בו גם אינטרס ציבורי, יוסיף לשמש מעין כדור-משחק משפטי.²³

לאור האמור למעלה, פסק בית-המשפט העליון ברוב-דעות שבני-הזוג אסורים להינשא לאחר או לאחרת כל זמן שלא יתגרשו ואשר על כן יש לרשםם כנשואים. יש לציין שהחל מפסק-דין זה נעשו ההליכים לקבלת פסק-דין הצהרתי יעילים יותר.

חלק שני: רישום הלאום

א. פרשת שליט

חוק מירשם-התושבים קובע שכל תושב המדינה חייב להודיע למירשם-התושבים פרטים אישיים, ובהם "לאום".²⁴ הפריט לאום בחוק זה אינו זהה עם מושג האזרחות.²⁵ המונח המשפטי של "אזרחות" בישראל הוגדר ברור בחוק האזרחות הישראלי, הניתנת לאזרחים בני גזעים שונים ודתות שונות (יהודים, ערבים, דרוזים וכו'). על-פי החוק הנדון, המושג לאום הוא בעל אופי סוציולוגי, גזעי או דתי, אך קשה למדי להגדירו באופן משפטי.

הרישום האמור מתנהל בספר מירשם האוכלוסין, אך חשוב עוד יותר הציון שהלאום זוכה לו בתעודת-הזהות שעל-פי החוק חייב כל תושב לשאתה ולהציגה. האוכלוסיה הישראלית היא רבגונית, היא מורכבת מהגרים מכל קצווי תבל, עדות שונות ברמתן התרבותית, מאמינים לזרמיהם הדתיים השונים, אנשים בעלי עבר משותף ושונה כל-כך בעת-ובעונה-אחת, וכל-אימת ששאלת רישום הלאום מתעוררת לפני בית-המשפט העליון פורצת מחלוקת ציבורית ולאומית חריפה המלווה צל של משבר ממשלתי.

הבעיה מצטמצמת בשאלה הידועה: "מיהו יהודי?" עליה אפשריות שתי תשובות בהתאם להשקפות הקיימות בציבוריות הישראלית:

1. יהודי הוא זה הנחשב יהודי על-פי הדת היהודית, כלומר כל שנולד לאם יהודיה.
2. יהודי הוא זה שאחד מהוריו נחשב יהודי (האב או האם) והוא מרגיש עצמו יהודי על-פי מצפונו ומצהיר על כך בתום-לב.

כאמור, התעוררה הבעיה בכל חריפותה, אף נתלוותה משבר ממשלתי, בפרשה הידועה של רב-סרן שליט.

רב-סרן שליט מחיל-הים הוא בחזקת יהודי הנשוי ללא יהודיה, והוא דרש ממשרד-הפנים לרשום את שני צאצאיו כיהודים. כזכור, סירב משרד-הפנים להיענות לדרישתו, ונגד סירוב זה הוגש בג"צ. בית-המשפט הגבוה לצדק דן בענין בהרכב של תשעה שופטים. צעדו הראשון של בית-משפט נכבד זה היה להמליץ בפני הממשלה שתבדוק אם לא רצוי היה לבטל את החובה של רישום הלאום על-מנת למנוע את הפילוג בעם, שנגרם עקב השאלה הנ"ל.²⁷

מבחינת המשטר הדמוקרטי היתה זאת האפשרות היחידה לישב את הבעיה, שהרי המושג לאום אינו ניתן להגדרה משפטית ולא עוד אלא אף עצם הגדרת התוכן של "יהודי" נמצאת שנויה במחלוקת מתמדת ובמשברים רצופים.

הואיל והמושג לאום, כאמור למעלה, קשור כל-כך להגדרה גזעית ו/או דתית, הרי בהכרח הוא מפלה ומקפח ומנוגד למשטר דמוקרטי. בחברה הישראלית כפי שהיא, חובת הרישום של הפריט הנ"ל היא מן הסממנים שאבד עליהם כלת. כפי שאפשר היה להניח, ולאור לחצה של המפלגה הדתית-הלאומית, לא קיבלה הממשלה את המלצתו של בית-המשפט העליון ועל כן לא נותר לו אלא לפסוק על-פי העובדות וטענות הענין.

פסק-הדין ניתן ברוב של חמישה דעות נגד ארבעה.²⁸ הוא לא הגדיר מיהו יהודי—דבר שלא הוגדר, אגב, גם על-ידי חוק מירשם האוכלוסים—אך הוא נתן פתרון משפטי בצורתו ומתקדם בתוצאתו. למעשה חזר בית-המשפט הגבוה לצדק על ההלכה של משפט שלזינגר ועשה בה שימוש לענין של רישום הלאום.²⁹

וכך אפשר לנסח את ההלכה: פקיד-הרישום אינו מוסמך להגדיר מיהו יהודי. חובתו היא לרשום כיהודים את בניו של שליט ואת כל המגדיר עצמו יהודי על-פי מצפונו ומצהיר כך בתום-לב.³⁰

כאמור, עקף בית-המשפט העליון בפסקו את הבעיה החמורה של הגדרה מהותית של המושג יהודי, שבהכרח היתה נמצאת מנוגדת להשקפה דתית או חילונית, הכל לפי התוצאה, אך עם זאת נתן תשובה דמוקרטית, ליברלית ומתקדמת, על-פי מסורתו, בזה שקבע כי חובתו של פקיד-הרישום לרשום כיהודים את בני שליט וכל שפמותם.

ב. פרשת בן-מנשה

אף שבמקרה שליט נתן בית-המשפט העליון תשובה ליברלית ודמוקרטית לענין רישום ילדים שמסיבות מובנות מאליהן הוריהם מבקשים לרשום כיהודים, הנה

הבעיה העיקרית – ביטולו של רישום הלאום – נשארה ללא פתרון, על-פי המלצתו של בית-המשפט העליון.

כאשר נולדו שלושת ילדיו של העותר במקרה זה, הגיש בכל מקרה בקשה להימנע מלהצהיר על הפרטים דת ולאום לצורך רישום בתעודת-לידה. בכל מקרה טען פקיד-הרישום שהפרטים טעונים רישום על אף סירובו של ההורה. לפיכך סירב העותר לקבל את תעודת-הלידה של כל אחד מילדיו.

בשנת 1967, מיד לאחר המלצתו של בית-המשפט העליון, הגיש העותר בג"צ נגד משרד-הפנים וביקש לחייבו להוציא תעודת-לידה ללא ציון הפרטים דת ולאום. הכוונה היתה ברורה, כלומר להגיע לביטול החובה לרשום את הפריטים דת ולאום בדרך של פסק-דין.⁸¹

בית-המשפט העליון פסק פה-אחד לטובת העותר והחליט להזדקק להלכת שלזינגר, שלגבי המקרה הנידון כך משמעותה:

1. פקיד-הרישום אינו זכאי לרשום עובדה כל שהיא אשר עליה לא הצהיר המצהיר.
2. כל אדם זכאי שלא להצהיר או להגדיר את לאומו.

המקרה הנידון פתח פתח לפתרון הבעיה בין כתלי בית-המשפט – אם גם לא בצורה הרצויה ביותר, כלומר על-ידי חקיקת חוק. הפתרון נעוץ בכך שכיום זכאי כל אזרח לא להצהיר על הפריטים דת ולאום. אם יעמוד כל אזרח על זכותו זו, הרי בכך מבטל הוא בכוחות עצמו את ההפליה הגזעית והדתית בלתי-הנמנעת הנובעת מרישום-חובה של הפריטים הנ"ל.

ג. פרשת הלן זיידמן

המקרה הנודע השלישי שנגע לבעיית רישום הלאום בהתאם לחוק שהיה קיים קודם תיקונו ב-1970 היה המקרה של הלן זיידמן,⁸² חברת הקיבוץ נתל-עוז, לא-יהודיה, שהתגיירה על-פי הנוסח הרפורמי ולאחר גיורה ביקשה להירשם במשרד-הפנים כיהודיה, על יסוד אותו גיור ועל יסוד הגדרת-העצמית בהתאם למצפונה. משרד-הפנים סירב לבצע את הרישום המבוקש, בטענה שהגיור המופר היחיד בישראל הוא האורתודוכסי.

טיעונה של העותרת התבסס על תקדים שליט, אשר על-פיו די היה שהצהיר בתום-לב שהיא יהודיה כדי לחייב את פקיד-הרישום לרשמה כיהודיה. אם נוסף לכך התגיירה הגב' זיידמן, ולו אף כנוסח הריפורמי, ממילא זכויותיה להירשם כיהודיה מתרבות. טיעונה הנ"ל של הגב' זיידמן שיכנע את היועץ המשפטי לממשלה שהתבקש על-ידי בית המשפט העליון להשיב לבג"צ, והוא ענה שעל-פי דעתו יש לרשום את הגב' זיידמן כיהודיה.

כאשר הגיש היועץ המשפטי את תשובתו הנ"ל נוצרה תגובה דראמטית ומצחיקה. המפד"ל איימה בפירוק הקואליציה אם יצווה בית-המשפט העליון על משרד-הפנים לרשום את הגב' זיידמן כיהודיה על יסוד הגיור הרפורמי. כדי למנוע מצב זה נעשה בישראל דבר שעדיין לא קרה בה: הגב' זיידמן נענתה לבקשת הרב הראשי לצה"ל,

כיום הרב הראשי לישראל, הרב שלמה גורן, להתגייר גיור אורתודוכסי נוסח-בזק בתוך מספר שעות, דבר שאיפשר לרשמה כיהודיה על יסוד הגיור האורתודוכסי באותו בוקר בו נקבע הבג"צ ובו היה בית-המשפט העליון צריך להחליט על רישום הלאום.

ד. תיקון חוק השבות וחוק מירשם האוכלוסין

מיד לאחר פסק-דינו של בית-המשפט העליון בענין שליט דרשה המפד"ל את תיקון החוק כדי שבעתיד ברור יהיה שיהודי הוא רק בן לאם יהודיה, כהגדרת ההלכה. התיקון נתקבל תחת איומה של המפד"ל לנטוש את הקואליציה, בעיצומה של מלחמת-ההתשה עם מצרים.³³ תיקון זה קובע שיירשם כיהודי רק מי שאמו יהודיה או שהתגייר. התיקון לא פירט אם הגיור צריך להיות אורתודוכסי או רפורמי. ראוי לציין כי, אף שהמפד"ל ביקשה לבטל לא רק את ההלכה של שליט אלא גם ההלכה של בן-מנשה לא נענתה הממשלה לדרישה האחרונה; כיום, גם אם בוטלה ההלכה של שליט, רשאי כל אזרח שלא להצהיר על הפריטים דת ולאום.

ה. פרשת שי"ק

האחרון במקרים של רישום לאום, והמעניין שבהם מבחינת המאבק המשפטי המכוון לפרשנות ליברלית של חוקים דרקוניים, הוא מקרה שי"ק. ואלו העובדות:

ישעיהו שי"ק נולד בהונגריה, להורים יהודים, וכאשר הגיע ארצה בהיותו בן 11 הצהירה אמו על-פי חוק מירשם-האוכלוסין שבנה הוא יהודי. השקפותיו הפילוסופיות הקוסמופוליטיות של ישעיהו, בהיותו בן 16 שנה, לא תאמו להשתייכות ללאום כלשהו, אף לא ללאום היהודי, ומתוך השקפה זו ביקש שלא יירשם הפריט לאום בתעודת-זהותו ותחתיו יירשם "קוסמופוליט". פקיד-הרישום סירב להיענות לבקשה זו בטענה שהרישום המקורי הוא אמיתי וחוקי ולכן אין שום נימוק משפטי אשר יחייב אותו לשנות רישום זה אלא אם כן יצווה בית-משפט אחרת.

המעמד הנ"ל התרחש בשנת 1953, כלומר טרם אותו מאבק משפטי שהחל ב-1963 הטביע חותמו בנוף המשפטי הישראלי. באין ברירה המתין אפוא מר שי"ק עד שנתן בית-המשפט העליון את פסק-דינו בענין בן-מנשה³¹ ועל יסוד זה הגיש בג"צ נגד משרד-הפנים, בשמו ובשם בנותיו, כשהוא עותר לקבלת תעודות-לידה בשבילן ותעודת-זהות בשבילו ללא ציון הפריט לאום.

בית-המשפט העליון נעתר לעתירתו ביחס לבנותיו לפי שמדובר היה כאן ברישום ראשון ובהתאם לפסק-הדין בענין בן-מנשה חייב הרישום המקורי להיעשות על-פי הצהרת האזרח. לא כן כאשר המדובר בשינוי של רישום קיים, ובמקרה זה היה מר שי"ק צריך לפנות לבית-המשפט המחוזי ולקבל פסק-דין הצהרתי. בית-המשפט העליון לא פירט מה היה צריך להיות תכנון של פסק-דין זה כדי לחייב את פקיד-הרישום למחוק רישום אשר לא רק שחוקי ונכון היה בשעתו אלא שעדיין היה נכון על-פי ההגדרה של תיקון החוק בשנת 1970.³²

בעית תכנו של פסק-הדין ההצהרתי נפתרה בכך שבית-משפט התבקש להצהיר שהעותר זכאי להיות רשום ללא ציון הפריט לאום. טענתי היתה אז שהזכות להגדרה עצמית ולחופש המצפון, המוכרות בהרחבה על-ידי הפסיקה הישראלית,³³ מזכות את העותר, בעת בגרותו, להצהיר על פרטיו האישיים על-פי השקפת עולמו הוא ולא על-פי זו של אמו. נוסף לכך ציינתי את הפאראדוקס אשר במצבו של העותר כלפי אמו וכלפי בנותיו. על-פי המצב שמשרד-הפנים הגן עליו היתה לעותר זכות להצהיר על לאום בנותיו, לאמו היתה הזכות להצהיר על לאומו-הוא, ואילו לו עצמו לא היתה זכות כזאת. בית-המשפט המחוזי פסק נגד טענותי והחליט שמר שי"ק הוא יהודי, בנה של אם יהודיה, ואשר על כן אמיתותו של מירשם-התושבים דורשת לרשמו כיהודי. בית-המשפט העליון, שבפניו הוגש העירעור, לא כך סבר, ולאחר שהעביר תחת שבט בקרתו את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי וקיבל את עירעורי וטענותי החליט שמר שי"ק זכאי להירשם במשרד-הפנים על-פי מצפונו והגדרתו-העצמית. פסק-הדין הנ"ל הוא בעל חשיבות מיוחדת לפי שניתן לאחר תיקון חוק-השבות משנת 1970.³⁴ בית-המשפט העליון מתיחס לאותו תיקון-חוק וקובע שעל אף ההגדרה של "מיהו יהודי" באותו תיקון אין בכוחו להגביל את זכותו של אדם להצהיר על לאומו או להגדיר את עצמו, אף אם אין ספק שהוא יהודי לפי אותה הגדרה.³⁵

סיכום

מכל פסקי-הדין הנ"ל אשר ניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בוטלו כתקדימים רק המקרה של שליט; יתר ההלכות, כגון שלזינגר, חקלאי, רודניצקי ובן-מנשה, נשארו בעינם.

המקרים והעובדות הנזכרים במאמר זה יכלו להיות נושא לדיון מזוויות שונות וחשובות במידה שווה. זווית אחת היא מאבקו של האזרח במדינה דמוקרטית מתפתחת לכיבוש זכויותיו, זווית הכוללת את מאבקם של הזוגות השונים והאזרחים אשר השתתפו במאבקים המשפטיים הנ"ל שנועדו להבטיח את זכויותיהם להינשא ולחיות על-פי צווי מצפונם ולא על-פי גזירות השיתוף הקואליציוני. זווית אחרת, חשובה לא פחות, היא ייעודו של עורך-הדין במדינה מתפתחת הפותחת אפשרויות עצומות ליזמתו, שקידתו ואמונתו במשטר דמוקרטי, כאשר השאיפה לצדק ולקידמה היא נר לרגליו.

אף-על-פי-כן בחרתי להאיר את הסוגיות בזווית של הרשות השופטת. סבור הייתי שאם זאת נענית לזוויות האחרות הרי עתידה של הדמוקרטיה במדינתנו מובטח.

הערות

¹ י. פרידמן: תורת המשפט, הוצאה חמישית, 1967, ע' 429—430. ראה מאותו מחבר, "בתברות משתנה".

² ש.ג. אייזנשטדט: החברה הישראלית—רקע, התפתחות ובעיות, ירושלים, 1967.

³ אמנון רובינשטיין: המשפט הקונסטיטוציוני, 1969; ע' 97.

- 4 חוק השופטים, 1953.
- 5 סעיף 7 של חוק בתי-המשפט, 1957.
- 6 אנריטה אננה קטרינה פונק שלזינגר נגד משרד-הפנים—בג"צ 143/62—פד"י, כרך יז (1), 1963, ע' 225.
- 7 שם, ע' 257.
- 8 שם, ע' 258.
- 9 משה זילברג : המעמד האישי בישראל, 1961.
- 10 יהודים הנושאים את השם כהן או שמות אחרים הנובעים מאותו שורש נחשבים צאצאים של כוהני בית-המקדש ולכן נישואיהם לאשה גרושה נחשבים קשר מכתים ובלתי-טהור.
- 11 הגיורת נחשבת (עקב עברה הנכרי, ולמרות גיורה) בלתי-טהורה בשביל כהן.
- 12 על-פי התנ"ך, ועל-מנת להבטיח את הירושה בתוך המסגרת השבטית של הימים ההם, חייב אחי המנוח שנפטר ללא צאצאים לייבם את גיסתו, או לתת לה חליצה במקרה של סירוב. ללא הסכמת אחיו של המנוח לקיום טכס החליצה אין האלמנה רשאית על-פי הדין להינשא מחדש.
- 13 ע.פ. 208/53, עו"ד דוד גנור נגד היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, כרך ח—ע' 833.
- 14 שם, ע' 838 ו-839.
- 15 שניצה גורפינקל וירחמיאל חקלאי—בג"צ 80/63, פד"י יז (3), ע' 2069, דברי כב' השופט מ. לנדוי.
- 16 ארבעת השופטים היו : מ. לנדוי, צ. ברנזון, א. ויתקון וא. מני. שלושת השופטים היו : מ. זילברג, מ. לנדוי וצ. ברנזון. שני השופטים היו : א. ויתקון וא. מני.
- 17 תיק 465/64, פד"ר, כרך ה, ע' 219.
- 18 חוק שיפוט בתי-הדין הרבניים (נישואים וגירושים)—1953.
- 19 ארבעת השופטים היו : י. זוסמן (כיום מ"מ נשיא בית-המשפט העליון), מ. לנדוי, צ. ברנזון וא. מני. השופט החמישי היה י. קיסטר.
- 20 בג"צ 51/69, אלקנה רודניצקי נגד בית-הדין הרבני הגדול לערעורים ומשרד-הפנים, פד"י כרך כו (1) ע' 704.
- 21 בג"צ 275/71, אליהו כהן וטובה מלר נגד בית-הדין הרבני תל-אביב ומשרד הפנים—פד"י כרך כו (1) ע' 227.
- 22 בג"צ 27/71, בתיה קידר ושמואל כהן נגד בית-הדין הרבני ומשרד-הפנים—פד"י כו (1) ע' 608.
- 23 כנ"ל, ע' 614.
- 24 חוק מירשם האוכלוסין, 1965.
- 25 חוק האזרחות, 1952.
- 26 בג"צ 58/68, בנימין שליט נגד שר-הפנים, פד"י כרך כג (2) ע' 477.
- 27 התפרסמה בכל העיתונים לאחר הישיבה הראשונה בבג"צ 58/68 שהתקיים ביום 26.2.68.
- 28 חמשת השופטים היו : י. זוסמן, צ. ברנזון, א. ויתקון, ח. כהן וא. מני. ארבעת השופטים היו : ש. אגרנט, נשיא בית-המשפט העליון, מ. זילברג, מ"מ הנשיא בתארו אז, מ. לנדוי וי. קיסטר.
- 29 ראה הערות 8, 9 ו-10 הנ"ל.
- 30 מ"מ הנשיא י. זוסמן בבג"צ שליט, ע' 516, ראה הערה 24 הנ"ל.
- 31 ענת, דמיר והגר בן-מנשה נגד משרד-הפנים, בג"צ 4/69, פד"י כרך כד (1), ע' 105.
- 32 הלן זיידמן, בג"צ 67/70 (לא פורסם).
- 33 חוק השבות (תיקון) תשל"ל—1970.
- 34 בג"צ 223/70, תמה, רות וישעיהו שי"ק נגד משרד-הפנים. לא התפרסם.
- 35 ע.א. 448/72 פד"י. כרך כז (2), ע' 3.