



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1775/19

בג"ץ 2309/19

לפני :

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ע' ברון
כבוד השופט ד' מינץ

- העותרים בבג"ץ 1775/19 :
1. ראיסה מרינציבה
 2. ז'אנה מרינציב
 3. איליה מרינציב
 4. יארין גרשמן
 5. המרכז לסיוע משפטי לעולים
 6. גלובל עלייה

- העותרות בבג"ץ 2309/19 :
1. טטיאנה שפונט
 2. טטיאנה סלזנובה

נ ג ד

- המשיבים בבג"ץ 1175/19 :
1. שר הפנים
 2. מנכ"ל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול

- המשיבים בבג"ץ 2309/19 :
1. שר הפנים
 2. רשות האוכלוסין וההגירה

עתירות למתן צו על תנאי

- בשם העותרים בבג"ץ 1775/19 : עו"ד ניקול מאור ועו"ד נועה דיאמונד
בשם העותרות בבג"ץ 2309/19 : עו"ד ילנה דובין

- בשם המשיבים בבג"ץ 1175/19 :
ובבג"ץ 2309/19 : עו"ד רועי שויקה ועו"ד אבי טוויג

פסק-דין

השופט י' עמית:

האם אלמנתו של זכאי שבות (בן ליהודי או נכד ליהודי) זכאית למעמד עולה מכוח חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות או החוק)? זו השאלה שהונחה לפתחנו בעתירות שלפנינו.

רקע נורמטיבי

1. סעיף 1 לחוק השבות מעגן את זכותו הטבעית של כל יהודי לעלות ארצה. דיו רבה נשפכה על חשיבותו של חוק השבות ומעמדו בישראל, ועל כן אסתפק בהבאת

דבריו של כב' הנשיא ברק בבג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 429-428 (2004) (להלן: עניין טושביים):

"אכן, חוק השבות הוא אחד מהחשובים שבחוקיה של ישראל, אם לא החשוב שבהם. אף שאין הוא 'חוק יסודי' בצורתו הוא בוודאי חוק יסודי במהותו [...]. הוא היסודי בחוקים כולם, והוא, בלשונו של דוד בן-גוריון, 'חוק-השתיה של מדינת ישראל' (ד"כ 6 (תשי" 2036). זהו מפתח הכניסה למדינת ישראל, שהוא ביטוי מרכזי להיותה לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינה יהודית [...] הוא ביטוי לזכות ההגדרה העצמית של עם ישראל".

חוק השבות תוקן בשנת 1970, בעקבות בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים ופקיד הרישום, מחוז חיפה, פ"ד כג 477 (1970) (לפירוט השתלשלות העניינים ראו דנג"ץ 1197/16 פלונית נ' מדינת ישראל- שר הפנים, בפסקאות י"א ו-י"א והאסמכתאות שם (9.11.2016)). בעקבות התיקון נוספו לחוק, בין היתר, סעיפים 4א(א) ו-4א(ב):

זכויות בני משפחה

4א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.

למען הנוחות, בניו ונכדיו של יהודי, שאינם יהודים בעצמם, ייקראו להלן זכאי שבות. בנוסף, אשתמש להלן במונחים יהודי וזכאי שבות בלשון זכר, ובמונחים אלמנה ובת זוג בלשון נקבה, אך למותר לציין כי הדיון רלוונטי לשני המגדרים.

2. הנה כי כן, בני משפחתו הלא יהודיים של יהודי עשויים להיות זכאים לעלות ארצה מכוח חוק השבות בזכות הקשר המשפחתי שבינם לבין היהודי, אף אם אותו יהודי איננו עוד בין החיים. סוג מסוים של בן משפחה בולט בהיעדרו מסעיף 4א, והוא הורה נוכרי של יהודי או של בן זוג של יהודי. בהקשר זה קבעה כב' השופטת ארבל כי "בכך מבטא חוק השבות את השקפתו כי איחוד המשפחות יחול בעיקרו כלפי מטה, לעבר הצאצאים, ולא כלפי מעלה, לעבר ההורים" (בג"ץ 6247/04 גורודצקי נ' שר הפנים, בפסקה 39 (23.3.2010) (להלן: עניין גורודצקי)).

3. ברבות השנים נדרש בית משפט זה לבחון את גבולותיו של סעיף 4א באופן קזואיסטי, בכל עת שהתעוררו נסיבות עובדתיות שלא הובהרו במפורש בחוק. כך, לדוגמה, בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999) (להלן: עניין סטמקה) נקבע כי יהודי אשר נולד בארץ או עלה מכוח זכות השבות לפני שנישא, אינו יכול להעניק את זכות השבות לבת זוגו. כב' השופט (כתוארו אז) חשין הסביר כי "יהודי זה – בין שנולד בארץ בין שעלה ארצה בזמן-מזמן-הזמנים – זכותו לשבות מיצתה עצמה, וממילא אין לא-יהודי שיוכל לספח עצמו לזכות שאינה עוד בנמצא" (שם, בעמ' 758. בקשה לדיון נוסף בפסק הדין נדחתה, דנג"ץ 3063/99 רביניקוב נ' שר הפנים (22.8.2000)). בנוסף, בבג"ץ 8030/03 סמילוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(6) 115 (2004) (להלן: עניין סמילוב) נקבע כי פירוק התא המשפחתי, למשל על ידי התנעת הליכי גירושין או ביטול אימוץ, מנתק את הקשר המשפחתי ליהודי ומבטל את זכויות השבות של בני משפחתו. משך זמן ממושך שבו חיים בני המשפחה בנפרד עשוי להעיד על התפרקות המשפחה, אך פרידה מכורח הנסיבות לא בהכרח תיחשב כפירוק התא המשפחתי (שם, בפסקה 14; בג"ץ 5517/16 יעקובוב נ' שר הפנים, בפסקה 42 והאסמכתאות שם (24.4.2018) (להלן: עניין יעקובוב)).

עוד נקבע כי זכות השבות לא תינתן לבני משפחה כאשר הקשר המשפחתי איננו פן ואמיתי, למשל במקרים של נישואין פיקטיביים או כשעולה ספק בנוגע לקשר אימוץ (ע"פ 3363/98 קניאז'ינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 479 (1999); עניין יעקובוב, בפסקאות 25-27 ו-38-42; בג"ץ 7321/12 לזרב נ' רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, בפסקאות 10-12 לפסק דינו של השופט פוגלמן (19.4.2017)). בהקשר זה יצוין כי משרד הפנים גיבש מספר נהלים המסדירים את הטיפול במשפחות שבהן עלול להתעורר ספק בנוגע לכנות הקשר (ראו, לדוגמה: נוהל מס' 5.2.0010 "נוהל הטיפול במתן מעמד לבני זוג, האחד זכאי שבות והשני לא, שנישאו פחות משנה לפני עלייתם" (1.8.2005); נוהל מס' 5.2.0007 "נוהל הטיפול במתן מעמד לקטין שאומץ ע"י זכאי שבות בטרם העליה" (1.8.2005)).

4. רלוונטי במיוחד לענייננו הוא עניין גורודצקי – שם נקבע כי אלמנתו של יהודי רשאית לעלות ארצה מכוח חוק השבות, כל עוד לא נישאה מחדש והקימה תא משפחתי אחר מזה שחלקה עם בעלה המנוח. פירוט בנוגע לנימוקים לקביעה זו יובא בהמשך, אך לעת עתה ראוי להדגיש כי גבולות הגזרה של עניין גורודצקי הוגבלו לדיון באלמנות של יהודים. בעתירות שלפנינו, לעומת זאת, מתעוררת סוגיית זכויותיהן של אלמנות של זכאי שבות.

5. ומכאן לעתירות. טרם נצלול לעומקם של דברים נציין כי שתי העתירות, שהוגשו בהפרש של שלושה שבועות, עוסקות בסוגיה זהה – זכויותיהן של אלמנות זכאי שבות לפי חוק השבות. תחילה נשמעו טענות הצדדים בדיונים נפרדים, אך לאחר שהוחלט על הוצאת צו על תנאי והגשת תצהיר תשובה התקיים דיון מאוחד בעתירות. בשים לב לדמיון בין שני ההליכים, החלטתנו בהם ניתנת במאוחד.

רקע עובדתי

6. העותרות בבג"ץ 2309/19 והעותרת 1 בבג"ץ 1775/19 הן אלמנות של בנים ליהודים, שבקשותיהן למעמד עולה מכוח חוק השבות נדחו בשל היותן אלמנות של זכאי שבות ולא של יהודים. עם זאת, לעותרות בבג"ץ 2309/19 ניתנו אשרות לישיבת ארעי בישראל (א/5), אשר ניתנות לחידוש מעת לעת ועד לתקופה של חמש שנים, ולעותרת 1 בבג"ץ 1775/19 הוצע להגיש בקשה מכוח נוהל מתן מעמד להורה לחייל (נוהל 5.2.0036). יצוין כבר עתה כי תוקף הרישיון של העותרת 2 בבג"ץ 2309/19 פג ביום 12.2.2020 ולא הוארך מאז.

7. בג"ץ 2309/19: כעולה מן העתירה, העותרת 1 נישאה בשנת 1988 ובני הזוג תכננו לעלות ארצה יחד עם בתם, אך פטירתו של אב המשפחה קטעה תכניות אלו. בהמשך, בשנת 2015, עלתה בתם של בני הזוג ארצה מכוח חוק השבות (בהיותה נכדה ליהודי), ובשנת 2017 נולד לה בן, הוא נכדה של העותרת 1. בהמשך אותה השנה הגיעה העותרת 1 ארצה כתיירת וביקשה לשנות את מעמדה למעמד עולה. בקשתה סורבה ביום 29.4.2018, ובהמשך הוחלט ליתן לה אשרה מסוג א/5. ערר שהגישה נדחה ביום 4.9.2018.

העותרת 1 לא אמרה נואש, וביום 12.12.2018 פנתה לממונה על חופש המידע ברשות האוכלוסין בבקשה לקבל את הנוהל הרלוונטי בנושא אלמנות של זכאי שבות. ביום 2.1.2019 נתבשרה העותרת 1 כי לא קיים נוהל כתוב המסדיר את הנושא, והיא הופנתה לפסק הדין המנחה בסוגיה, בג"ץ 848/16 ד"דנקו נ' שר הפנים (1.3.2017). גם בעתירה זו נדונה שאלת זכויותיה של אלמנה של זכאי שבות, אך העתירה נמחקה לאחר שמשדר הפנים הסכים ליתן לעותרת אשרה שהייה בהתאם ל"נוהל הורה קשיש" (נוהל 5.2.0033).

8. נסיבות חייה של העותרת 2 דומות: היא נישאה לבעלה בשנת 1990, והלה נפטר בשנת 2005; בתם של בני הזוג עלתה ארצה מכוח חוק השבות בשנת 2016. העותרת 2 הגיעה אף היא לישראל כתיירת וביקשה לשנות את מעמדה לעולה, אך בקשתה נדחתה, וחלף זאת הונפקה לה ביום 13.2.2019 אשרה מסוג א/5. ערר שהגישה על ההחלטה נדחה ביום 3.7.2019.

בעתירה צוין כי העותרת 2 עוברת כיום טיפולים רפואיים, אותם היא נאלצת לממן מכיסה מכיוון שאשרה מסוג א/5 אינה מזכה בזכויות סוציאליות. מטעם המשיבים נמסר כי ניתן לקבל שירותי בריאות גם עם אשרה מסוג זה, אך העותרת 2 לא שהתה בישראל די זמן על מנת שתתגבש זכאותה לכך. ביום 19.9.2019 יצאה העותרת 2 את ישראל ומאז לא שבה. זאת, כך על פי הנטען, מכיוון שהעותרת 2 נאלצה לחזור לאוקראינה על מנת לעבור את הטיפולים שאינה זכאית למימנם בישראל. מתגובת המשיבים נלמד כי נוכח שהותה הממושכת של העותרת 2 מחוץ לישראל ומשלא פנתה להאריך את רישיונה, פג תוקפו של הרישיון, והיא אינה זכאית נכון להיום לשירותי בריאות בישראל. עוד נמסר מטעם המשיבים, כי ככל שתבחר העותרת 2 לחזור לישראל, ייבחן אם מרכז חייה נמצא בארץ ובהתאם תיקבע זכאותה, בין היתר לשירותים רפואיים, בהתאם לקבוע בחוק.

9. בג"ץ 1775/19: העותרים הם אלמנה לזכאי שבות (בן של יהודי), שלושה מילדיה וכן שני ארגונים שחרטו על דגלם את הסיוע לעולים. לפי הנטען, האלמנה ובעלה שמרו על קשרי המשפחה ביניהם עד למות הבעל בשנת 2016, וזאת על אף שהתגרשו "באופן פורמלי" ונישאו מחדש. שלושה מילדי הזוג עלו ארצה מתוקף זכויותיהם כנכדים של יהודי, בעוד שבתם הבכורה נשארה באוקראינה ואינה בקשר עם משפחתה. האלמנה הגיעה ארצה בתחילת שנת 2018 כתיירת ובקשתה למתן תעודת עולה נדחתה ביום 18.12.2018, אך כאמור, הוצע לה להגיש בקשה חלופית מכוח נוהל מתן מעמד להורה לחייל, מכיוון שילדיה שירתו בצה"ל לאחר עלייתם. ערר שהגישה האלמנה נדחה ביום 5.2.2019, ובמכתב הדחייה צוין כי ההחלטה התקבלה בהתאם להנחיה הנוגעת לאלמנות זכאי שבות. לטענת העותרים, בקשתם לעיין בהנחיה זו נדחתה מכיוון שמדובר "בהנחיה פנימית שאין להפיץ ברבים" – אך בהמשך הגיע לידיהם עותק מן ההנחיה האמורה, אשר צורף כנספח ע/10 לעתירה (להלן: מסמך ההנחיה).

10. בשתי העתירות הודגש כי בעליהן של האלמנות-העותרות שמרו על זיקתם ליהדות. הוסבר כי באוקראינה, ארץ מוצאן של העותרות, הלאום נקבע לפי האב ולא לפי האם – כך שגם בנים ליהודים נחשבים כיהודים, אף אם לפי ההלכה אינם כאלה.

טענות הצדדים

11. המחלוקת בין הצדדים לעתירות מתמקדת באופן פירושו של סעיף 4א לחוק השבות ובשאלה אם ישנה הצדקה להבחנה בין אלמנות של יהודים לבין אלמנות של זכאי שבות. לא למותר לציין כי בעבר היו מקרים שבהם אושר לאלמנות של זכאי שבות לעלות ארצה מכוח חוק השבות. ברם, כעולה מתגובת המשיבים, מזה מספר שנים, ולכל המאוחר מאז שנת 2016, עמדתם הסדורה של המשיבים היא כי סעיף 4א לחוק אינו מקנה זכויות כלשהן לאלמנות של זכאי שבות.

12. העותרות בבג"ץ 2309/19 טענו כי מסעיף 4א עולה כוונה ברורה להתיר לאלמנות של זכאי שבות לעלות ארצה. נטען כי המחוקק התכוון לכלול גם אלמנים ואלמנות כ"בני הזוג" שלהם מוענקת זכות השבות לפי סעיף 4א(א), וכי ניתן להסיק זאת מהעובדה שסעיף 4א(ב) מורה במפורש כי זכות השבות תקפה בין אם היהודי בחיים ובין אם לאו, מה שהעניק זכות עלייה עצמאית לכלל בני המשפחה הנזכרים בסעיף 4א(א).

נטען כי מלשון החוק לא עולה כוונה להבחין בין אלמנות של יהודים לבין אלמנות של זכאי שבות, וכי אין הצדקה מהותית להבחנה שכזו. כאמור לעיל, בעניין גורודצקי נקבע כי אלמנות של יהודים רשאיות לעלות ארצה אם לא נישאו מחדש, ונטען כי יש לאפשר זאת גם לאלמנות של זכאי שבות.

לחלופין, וככל שישנה דו-משמעות בלשון החוק, טענו העותרות כי תכליתו של חוק השבות מצדיקות את העדפת הפרשנות המיטיבה עמן. בפרט הודגש כי זיקתן של אלמנות למשפחותיהם של בני זוגן, ולעם היהודי בכלל, איננה מתנתקת אוטומטית עם מות הבעל. מה עוד, שבענייננו נשתמרה זיקתן המשפחתית של העותרות לילדיהן, שהם כזכור זכאי שבות מתוקף היותם נכדים של יהודי.

העותרות הוסיפו וטענו כי יש לפרש את המצבים המחריגים את תחולתו של חוק השבות בצמצום, וכי פרשנותם של המשיבים לסעיף 4א מפלה אותן לרעה גם ביחס

לבנות זוגם של זכאי שבות שעודם בחיים, אשר רשאויות לעלות ארצה מתוקף סעיף 4א(א). נטען כי אין הצדקה ל"ניתוק" הקשר בין בני הזוג בעת פטירת זכאי השבות, שכן בין האלמנה לבעלה נשמרים הן הקשר הרגשי והן מגוון קשרים משפטיים (כגון קצבת שארים וזכאות למזונות מן העיזבון) אשר מעידים על שרירותו של הקשר הזוגי. ממילא, נטען, רצונם של בעליהן המנוחים של העותרות היה כי כל משפחתם תגור יחד בישראל, ולכן יש לקבל את העתירה גם מטעמים של כיבוד רצון המת ו"אינטרס ההסתמכות של המנוח".

13. העותרים בבג"ץ 1775/19 העלו טענות דומות לאלו שהובאו לעיל, לצד מספר טענות נוספות. בפרט נטען כי המחוקק גילה דעתו בעת חקיקת התיקון בשנת 1970 באשר לתחולת החוק על אלמנות זכאי שבות, וכי אם תיאלצנה האלמנות לשהות בישראל מכוח אשרות ארעיות, תהיה האלמנה תלויה בילדיה באופן העלול לפגוע בהשתלבות הילדים בחברה הישראלית. עוד נטען כי מתן מעמד שונה לאלמנה ולילדיה יגרור פיצול פנים-משפחתי, אשר מנוגד לתכליתו של חוק השבות ואף עלול להרתיע משפחות של זכאי שבות מהעלייה ארצה, כגון "אלמנה של בן ליהודי עם ילדים קטנים (שהם כמובן זכאי שבות כנכדים ליהודים)".

14. נוסף על כך, בשתי העתירות הועלו טענות הנוגעות לאופן החלתה של הפרשנות החדשה מטעם המשיבים. נטען כי ישנו טעם לפגם בשינוי המדיניות מבלי שקדמה לכך גושפנקה מטעם המחוקק, כמו גם בכך שהמשיבים לא פרסמו את ההנחיה החדשה בזמן אמת, בשנת 2016. אציין בהקשר זה כי מסמך ההנחיה אשר צורף לעתירה בבג"ץ 1775/19 נושא את התאריך 3.5.2018, דהיינו לפחות כשנתיים לאחר החלת ההנחיה. בבג"ץ 2309/19 נטען גם כי ההנחיה מיושמת בשרירותיות, שכן נודע לעותרות על מקרה שבו אלמן לזכאית שבות זכה למעמד עולה בשנת 2017.

15. המשיבים טענו כי פרשנות לשונית ותכליתית של סעיף 4א מובילה למסקנה כי אלמנה של בן או נכד ליהודי לא באה בגדר הסעיף ולא זכאית לזכות שבות מכוחו. לשיטתם, סעיף 4א(ב) לחוק, לפיו אין נפקא מינה אם היהודי עודנו בחיים, לא חל על פטירה של בן או נכד ליהודי, ובהינתן הוראה זו, סעיף 4א(א) המדבר על בת זוגו של זכאי שבות לא יכול לשאת בתוכו את המונח "אלמן".

עוד נטען, בין היתר, כי תכליתו של חוק השבות חלות בעוצמה פחותה באשר לאלמנות של זכאי שבות, שכן מתן מעמד עולה לאלמנות אלו איננו מעודד כשלעצמו עלייה של יהודים ארצה. זאת, בין היתר, מפני שאלמנות של זכאי שבות מחזיקות

בקשר "רופף" יחסית ליהודי שאת עלייתו מבקש חוק השבות לעודד. כמו כן, מצב הדברים שעמד לנגד עיני המחוקק בחוקקו את סעיף 4א(ב) היה פטירת היהודי ועליית משפחתו הקרובה ארצה, ולא פטירה של אחד ממקבלי הזכאות.

16. המשיבים ציינו כי עמדתם בדבר פרשנות חוק השבות במקרים דומים הובאה בעבר לפני בית משפט זה שלא מצא להידרש לה, והדגישו כי גם במקרים דנן ביכולתן של העותרות לשהות בישראל עם ילדיהן גם ללא זכויות מכוחו של חוק השבות: כאמור, לשתי העותרות בבג"ץ 2309/19 ניתנה אשרה לישיבת ארעי מסוג א/5, וביכולתה של העותרת בבג"ץ 1775/19 להגיש בקשה מכוח נוהל הורה לחייל. אולם, העותרות סברו כי בכך אין די, ונטען כי האלמנות-העותרות זקוקות להטבות המגיעות עם מעמד עולה, ובהן ביטוח בריאות, כמו גם לוודאות המתלווה למעמד קבוע שאינו תלוי בחידוש עתי. העותרות בבג"ץ 2309/19 הוסיפו וטענו כי הגבלת העותרות למעמד "זמני ונחות" פוגעת בזכותן החוקתית לאזרחות ובזכותן לשוויון.

התפתחויות נוספות

17. בעקבות הדיון בבג"ץ 2309/19 חידדה רשות האוכלוסין וההגירה את הנחיותיה בדבר מתן מעמד לאלמנות זכאי שבות. לפי ההנחיה המתוקנת (שצורפה כמש/1 לתגובת המשיבים מיום 5.12.2019), אלמנה לבן ליהודי מוגדרת כמי שהייתה נשואה לבן של יהודי ולהם ילדים משותפים, ומאז פטירתו של בן הזוג זכאי השבות אין ולא היה לאלמנה בן זוג. הטיפול במעמד של אלמנה זו יהיה בהתאם לנסיבות הנוגעות לילדיה המשותפים עם בן זוגה זכאי השבות: אם כל ילדיה בעלי מעמד עולה ושוהים בישראל, ניתן לאשר לאלמנה באופן מיידי אשרה לישיבת ארעי מסוג א/5 שתוארך מעת לעת עד לתקופה של חמש שנים, ולאחר מכן, ניתן יהיה לאשר לאלמנה מעמד של תושבת קבע. אם רק חלק מילדיה בעלי מעמד עולה ושוהים בישראל וחלקם האחר בחו"ל, ניתן לאשר לאלמנה מעמד מסוג ב/1 כללי לתקופה של שנתיים, ואחריהן אשרת ישיבת ארעי מסוג א/5 שתוארך בכל שנה ועד לתקופה של חמש שנים.

ביחס לשני המקרים צוין כי בכל שלב יש לבחון אם חל שינוי בנסיבות, אם ילדי האלמנה ממשיכים לשהות בישראל ואם מרכז חייה של האלמנה עודנו בישראל. כמו כן, צוין כי ככל שהאלמנה תהא זכאית למעמד מכוח נוהל ייעודי (נוהל מתן מעמד להורה לחייל או נוהל הורה קשיש), היא תוכל לשדרג את מעמדה מכוחו.

אשר לאלמנה של נכד ליהודי, ההנחיה קובעת כי ככלל, אלמנה זו אינה זכאית למעמד או לרישיון שהייה כלשהו. ככל שמדובר בנסיבות חריגות, תועבר בקשתה לבחינת מטה מינהל האוכלוסין.

18. בהמשך, נעתרנו לבקשת העותרים בבג"ץ 2309/19 לקבל את עמדתם של נשיא הקהילות הרפורמיות בארה"ב ושל שרת הקליטה והעליה לשעבר (שעלתה בעברה מברית המועצות) בשאלה שבמחלוקת, על רקע היכרותם עם מציאות חייהן של הקהילות היהודיות בתפוצות.

19. ביום 26.12.2019 ניתן צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא תוענק לשלוש העותרות שלפנינו אזרחות ישראלית ומעמד עולה מכוח הוראות חוק השבות. התקיים דיון נוסף שבו נשמעו טענות הצדדים וחודדו הסוגיות שבמחלוקת, וכעת בשלה העת למתן פסק הדין.

ומכאן לסוגיה הפרשנית הדורשת את הכרעתנו. למען הנוחות ופשטות הדיון, בכל הנוגע לטענות במישור העקרוני-הפרשני, העותרות בבג"ץ 2309/19 והעותרים בבג"ץ 1175/19 יכוננו מעתה והלאה יחדיו כ"העותרות". ככל שתידרש התייחסות פרטנית למי מהעותרות-אלמנות זכאי השבות, הדבר יצוין במפורש.

דיון והכרעה

20. למען בהירות התמונה, נשוב ונציב לנגד עינינו את נוסח סעיף 4א לחוק השבות על כלל הוראותיו:

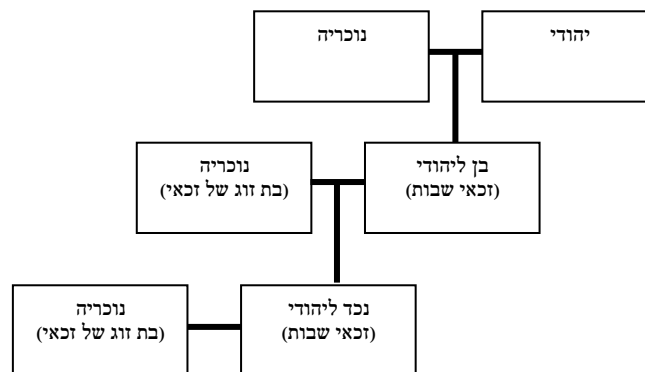
זכויות בני משפחה

4א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודדו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.

(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).

לנוחות הקורא, נתרגם את האמור בסעיף 4א לתרשים:



21. עד לתיקונו בשנת 1970, חל חוק השבות על "יהודי", וזאת מבלי שהמחוקק מצא לנכון להגדיר מיהו יהודי (חיים כהן "חוק השבות" חיים כהן – מבחר כתבים 312, 314 (אהרון ברק ורות גביזון עורכים, 1991)). במסגרת התיקון, נוסף לחוק סעיף 4ב שהגדיר לראשונה יהודי לעניין החוק כ"מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". במקביל, נוסף סעיף 4א שהרחיב את מעגל הזכאים לזכויות מכוח חוק השבות לבני משפחה מסוימים של יהודי שאינם יהודים בעצמם (בג"ץ 1188/10 פוזרסקי נ' משרד הפנים, בפסקה 22 (31.7.2013) (להלן: עניין פוזרסקי)). כבר נאמר כי תיקון זה לחוק השבות מהווה "שינוי בצופן הגנטי המכוון את דרכו" (עניין סטמקה, בעמ' 747), וכי קשה שלא לחוש בשתי מגמותיו הסותרות לכאורה, המשלימות זו את זו: האחת מצמצמת ותוחמת את הגדרת היהודי במסגרת אובייקטיבית, והשנייה מרחיבה ומקנה זכויות למי שאינם יהודיים באופן מובהק (שם, בעמ' 754; בג"ץ 5345/13 קסהון נ' משרד הפנים, בפסקה כ"א (27.3.2017)). בהקשר זה נאמר כי "דווקא רוחב היריעה הנפרס לזכאות מכוח סעיף 4א מחייב בחינה מדוקדקת, כנדרש על פי סעיף 4ב" (שם).

בהסדר שנקבע בתיקון לחוק הבחין אפוא המחוקק בין היהודי, המקור שממנו נובעת זכאות בני משפחתו, לבין בני המשפחה שאינם יהודיים. מובן כי ככל שבני משפחת היהודי הם יהודים כהגדרתם בחוק, זכאים הם לזכות שבות מקורית, והם אינם באים בגדרו של סעיף 4א לחוק.

22. כעולה מלשון סעיף 4א לחוק, סעיף 4א(א) שבו העניק את זכויות היהודי לילד ולנכד של היהודי, לבן זוגו של היהודי, ולבן זוגו של הילד ושל הנכד של היהודי. לצד זאת, סעיף 4א(ב) קבע את העיקרון שלפיו לעניין זה, אין נפקא מינה אם היהודי עודו בחיים ואם עלה ארצה או לא. מהאמור עולה באופן מפורש כי אלמן או אלמנה של

יהודי באים בגדרו של הסעיף וזכאים לזכות שבות (עניין גורודצקי, בפסקה 21). כאמור, השאלה הפרשנית הניצבת בפנינו היא אם דין זהה חל על אלמנטיהם של זכאי שבות.

על מנת להכריע במחלוקת, אבחן תחילה את לשון החוק והחלופות הפרשניות שהוצעו על ידי הצדדים. לאחר מכן אמשיך בבחינת תכלית החקיקה, זו הסובייקטיבית העולה מדיוני מליאת הכנסת ומדיוני ועדת הכנסת שדנה בה, וזו האובייקטיבית העולה מדבר החקיקה בכללותו.

23. לשיטת המשיבים, לשון החוק מהווה בענייננו הן נקודת המוצא הן נקודת הסיום. מהטעמים שיפורטו להלן, דעתי שונה.

24. תחילה יש לציין כי גם המסקנה הפרשנית שאליה מבקשות להגיע העותרות לא נסמכת על הוראת סעיף 4א(ב) לחוק. סעיף זה קובע כי אין נפקא מינה אם היהודי עודנו בחיים או אם לאו, ואינו מתייחס למצב דברים שבו זכאי השבות הוא זה שנפטר. כפי שטענו המשיבים, בסעיף 4א(ב) המחוקק מצא לנכון להשתמש בתיבה "יהודי", שהוגדרה במפורש ובמובחן מבני משפחתו של היהודי הנזכרים בסעיף 4א(א).

25. טענת העותרות מתמקדת דווקא בלשונו של סעיף 4א(א). לגישת העותרות, סעיף 4א(ב) אמנם קובע את העיקרון כי אין נפקא מינה אם היהודי נפטר, אך שותק ביחס למצב שבו הנפטר הוא זכאי השבות, ואין להסיק על קיומו של הסדר שלילי. לשיטתן, יש לפרש את המונח "בן זוג של ילד ושל נכד של יהודי" שבסעיף 4א(א) לחוק ככולל גם "אלמן" ו"אלמנה", ואין ליצור מצב שבו בגדרי סעיף אחד תינתנה פרשנויות שונות לאותו מונח. ביסוס למסקנה זו נמצא לשיטתן בכך ש"היהודי" הוא מקור הזכויות של כל בני המשפחה הנזכרים בסעיף, והאחרונים עשויים מקשה אחת, ללא כל הבחנה ביניהם. על כן, זכויות היהודי, בין אם נפטר ובין אם לאו, בין אם עלה ארצה ובין אם לאו, מוקנות לכל אחד מבני המשפחה – לרבות לבנות הזוג של זכאי השבות – באופן ישיר, שווה, ועצמאי. כך, ניתן לראות גם את האלמנה כתובעת זכות מכוחו של היהודי, במעין "שרשור" של הזכות (היהודי גורר את בנו זכאי השבות שבא מכוחו ואת אלמנתו של בנו, וכך גם לגבי הנכד שבא מכוחו של היהודי ואלמנתו של הנכד).

המשיבים מנגד סבורים כי בת הזוג שעליה מדבר סעיף 4א(א) אינה כוללת את אלמנתו של זכאי שבות. המשיבים מכירים בכך שבדברי חקיקה ובהקשרים שונים ניתנות משמעויות שונות למונח "בן זוג" כך שהוא יכול לשאת בתוכו באופן עקרוני גם את הפירוש "אלמן". עם זאת, לשיטתם, במקרה הנדון אין לקרוא את סעיף 4א(א) במנותק מהוראת סעיף 4א(ב) שבאה לבאר את הוראותיו.

26. אכן, כעמדת המשיבים, ניתן לטעון כי מהוראת סעיף 4א(ב) לחוק ניתן להסיק כי בהקשר הספציפי של סעיף 4א(א), המחוקק לא סבר כי המונח "בן זוג" כולל גם

אלמן ואלמנה. זאת מכיוון שאם המונח "בן זוג" כולל בתוכו אלמן ואלמנה, לא היה צורך להבהיר בסעיף 4א(ב) שאין נפקא מינה אם היהודי עודנו בחיים, וחזקה כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק. לגישה זו, מכיוון שסעיף 4א(ב) מתייחס למצב שבו היהודי הוא זה שנפטר, יש נפקא מינה למותו של זכאי שבות, באופן שמוציא את אלמנתו מתחולת החוק.

מנגד, עמדתן של העותרות אף היא איננה משוללת יסוד. הטענה כי לבת הזוג של זכאי השבות זכות שבות עצמאית המוקנית לה ישירות מהיהודי, עולה מהפשט של הסעיף. בחירתו של המחוקק הייתה להקנות את זכויות היהודי "לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי", וזאת ללא כל הבחנה או מדרג בין בני המשפחה הזכאים. ודוק: הנוסח שנבחר לא הקנה את זכויות היהודי "...לילד של יהודי ולבן זוג; לנכד של יהודי ולבן זוג", ואם כך היה, ניתן היה לטעון כי זכותו של בן הזוג נובעת ונגזרת מזכותו של זכאי השבות. קשורה לכך גם טענת העותרות כי הקשר בין אלמנתו של זכאי השבות ליהודי לא ניתק עם מות הבעל זכאי השבות, והאלמנה זכאית לזכות שבות בשל הקשר שלה ליהודי ולעם היהודי בכללותו, כשם שזכאים לכך בת זוגו של היהודי, בנו ונכדו.

לשיטת המשיבים, נקודת המוצא של טענה זו לוקה בבסיסה, מכיוון שמעמדה של בת זוג של זכאי שבות אינו זהה למעמדם של יתר בני המשפחה, בפרט אלה הקשורים ליהודי בקשר דם. אלא שהבחנה זו בין בני המשפחה הנזכרים בסעיף, חורגת מלשונו הפשוטה של סעיף 4א(א), שכאמור אינה מעידה על קיומם של "מעמדות" בין בני משפחתו של היהודי.

הנה כי כן, לשון החוק יכולה לשאת שתי פרשנויות אפשריות. לכן, על מנת להכריע בין החלופות הלשוניות יש להידרש לתכליות חוק השבות וסעיף 4א שבו, ומבין החלופות האפשריות יש לבחור את זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה (רע"א 10011/17 מיטל הנדסה ושירותים בע"מ נ' סלמאן, בפסקה 22 והאסמכתאות שם (19.8.2019); ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פסקה 14 (3.2.2019); בע"מ 2255/19 פלוני נ' פלונית, פסקה 23 (23.2.2020)).

פרשנות תכליתית

27. "כידוע, תכלית החוק מורכבת מתכלית סובייקטיבית – המטרה שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות החוק; ומתכלית אובייקטיבית – המטרות, הערכים והעקרונות

שנועד להגשים דבר חקיקה בחברה דמוקרטית ומודרנית" (ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, בפסקה 34 (14.5.2012)). תכלית החוק נלמדת ממקורות שונים, פנימיים וחיצוניים, ביניהם, מבנה החוק ומטרותיו, ההיסטוריה החקיקתית ועקרונות היסוד של השיטה (שם; עניין גורודצקי, בפסקה 24).

28. אפתח בבחינת התכלית הסובייקטיבית.

בהצעת החוק הממשלתית המקורית לתיקון משנת 1970, נוסח סעיף 4 באופן

הבא:

בן זוג וילדים
4א. הזכויות של יהודי לפי חוק זה [...] נתונות גם לילדו
ולבן-הזוג וכן לילד ולבן הזוג של הילד, להוציא יהודי-
מומר שבהם.

בדברי ההסבר הקצרים להצעה, צוין כי מטרת התיקון היא להעניק את זכות העלייה והזכויות הנובעות ממנה לבני משפחתו של יהודי אף אם הם עצמם אינם יהודיים (דברי הסבר להצעת חוק השבות (תיקון מס' 2) התש"ל-1970, ה"ח 36, 36). יושם אל לב כי מנוסח זה נעדרת התייחסות לבת זוגו של הנכד, ולא נכללה בו הוראת סעיף 4א(ב) המבהירה את חוסר התלות הפיזית ביהודי.

29. לטענת העותרות (פסקאות 37-39 לעיקרי הטיעון בבג"ץ 1775/19), מניסוחו המקורי של הסעיף ניתן להסיק כי ייתכן שבתחילת הדרך, המחוקק הבחין בין שתי קבוצות בעלות מעמד שונה: הראשונה – משפחתו הגרעינית של היהודי, ילדו ובת זוגו, שגורלם נקשר ביהודי, והשנייה – ילדו של הילד (הנכד) ובת זוגו של הילד, שגורלם נקשר בילדו של היהודי. לו נוסח זה היה מתקבל, ניתן היה לטעון כי זכאותם של הנכד ושל בת זוגו של הילד מחייבת את נוכחותו הפיזית של ילדו של היהודי, הוא זכאי השבות.

אלא שהניסוח שנבחר שונה מזה שבהצעת החוק המקורית, מה גם שנוספה לה הוראת סעיף 4א(ב) המדגישה את חוסר התלות בנוכחותו הפיזית של היהודי. אפרט.

הצעת החוק נדונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט (להלן גם: הוועדה או ועדת הכנסת) שהכניסה בה שינויים וקבעה את נוסח הסעיף הקיים כיום. הדיון בהצעת החוק העלה התנגדויות מכיוונים שונים, בעיקר בנוגע להגדרת מיהו יהודי אך גם בשאלת

הענקת זכויות לבני משפחתו הלא יהודיים של היהודי (עניין גורודצקי, בפסקה 26). כך למשל, הובעה התנגדות מצד חברי כנסת חרדיים שחששו כי הענקת זכויות ללא יהודיים תעודד נישואי תערובת ותביא לישראל נשים נוכריות וילדיהן (שם, בפסקה 27 והאסמכתאות שם).

30. על כוונת המחוקק בחוקקו את סעיף 4א ניתן ללמוד מדיוני הוועדה ומדיוני מליאת הכנסת. כך הסביר היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, את משמעות הסעיף, בהתייחסו לנוסח המקורי שהופיע בהצעת החוק:

"סעיף 4א דן בזכויות של יהודי לפי חוק השבות [...] הזכות שיש ליהודי לעלות ארצה מוענקת בכוח התיקון המוצע לקטגוריות נוספות של אנשים המפורטות כאן. ז.א, כל הוראות בחוק השבות הנוגעות ליהודי מועברות לקטגוריות נוספות, שמיד אזכיר אותן. המילים 'הזכויות של יהודי' הן למעשה טרמין טכני, ביטוי כולל לקבוצה של זכויות, בלי שזה יהיה קשור לעלייתו לארץ של יהודי קונקרטי מסויים...

[...]

למי הכוונה להעניק את הזכויות האלה? [...] זכויות אלה מוענקות עתה לילדו של יהודי, לבן זוג של יהודי, וכן לילד ולבן זוג של הילד. בנסחנו הצעה זו ראינו לנגד עינינו – לדוגמה – המצב בברית המועצות. למשל: בן לאב יהודי ואם לא יהודיה; ההורים נפטרו בינתיים, או נהרגו, והבן מחליט לעלות ארצה; הוא בבחינת ילדו של יהודי. אבל בעלייתו הוא מביא לא רק את עצמו אלא גם את ילדיו ובן הזוג שגם הוא לא יהודי. ז.א, הסעיף הזה עושה העברה של זכויות של יהודי לילדו, גם איננו יהודי, לבן הזוג, גם אם איננו יהודי, ולבן הזוג ולילדו של הילד" (פרוטוקול ישיבה מס' 13 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, 8-9 (11.2.1970) (להלן: פרוטוקול הדיון מיום 11.2.1970, (הדגשה הוספה).

וכך הציג יו"ר הוועדה, חז"כ שלמה בן מאיר, את הצעת החוק בדיון שבו אושרה בקריאה שנייה ושלישית בכנסת:

"[...] הבעיה השלישית שהחוק בא לפתור היא בעיה של מתן זכויות, מבחינה סלקטיבית, לאלה שאינם יהודים אבל יש להם קשר עם העם היהודי, על ידי כך שבן-זוג, הורה, סבא או סבתא היו יהודים..." (ד"כ י"ז 1118 (התש"ל) (להלן: דברי הכנסת)).

31. כפי שהדגימו המשיבים בכתבי טענותיהם, ניתן לומר כי מצב הדברים העיקרי שעמד לנגד עיני המחוקק בחוקקו את סעיף 4א(ב) לחוק היה מצב של פטירת היהודי (ולא פטירת זכאי השבות) ועליית משפחתו הקרובה לארץ, כשהדגש הושם על עליית שני דורות של צאצאים:

"ח.י צדוק: [...] אשר לעניין העיקרי. הבה נבדוק האם מחוץ לחה"כ פרוש, שמציע למחוק את הסעיף, אנחנו מאוחדים לגבי התוכן. אנחנו באים להעניק את הזכות לעלות ואת הזכויות של עולה לשני דורות של בני ליהודים, בין שהם עולים עם היהודי, ממנו שואבים את הזכויות הללו, ובין שהם באים בנפרד, בין אם אותו יהודי חי או לא חי.

מ. ביבי: יש שמסכימים לזה אבל רוצים להוסיף עוד.

ח.י. צדוק: אבל קודם-כל נבהיר לעצמנו את ענין שני הדורות. בעקבות הדברים של היועץ המשפטי הייתי חושב שהביטוי 'לילדו' משאיר מקום לאי בהירות [...] לכן מוטב לומר 'לילד של יהודי' ו'לבן הזוג של יהודי' במקום לילדו ולבן הזוג ולא לחסר במילים. אם נאמר זאת, אולי לא יהיה צורך להגיד במילים מפורשות מה שאמרתי קודם, בין שעולים יחד או בנפרד, ובין שאותו יהודי נמצא בחיים או לא נמצא בחיים" (פרוטוקול הדיון מיום 11.2.1970, עמ' 13, הדגשה הוספה).

וראו דברי היועץ המשפטי לממשלה בדיון מיום 16.2.1970:

"אתייחס להצעות לשינוי הנוסח שהועלו כשנקודת המוצא היא, כמובן, כוונת המנסחים...
[...]"

למי התכוונו להעניק זכויות? התכוונו להעניק זכויות לבת הזוג של היהודי ולילד של היהודי, בין אם הם עולים ארצה יחד או ובין אם הם באים לבדם; בין אם היהודי בחיים ובין אם הלך לעולמו. כקוריוז רוצה אני להזכיר שתוך כדי הניסוח חשבנו ברגע מסויים לכתוב 'בין אם הוא חי ובין אם נפטר' אך זנחנו רעיון זה לטובת קביעת העקרון שמדובר על קומפלקס של זכויות המועברות לסוג אחר של אנשים. כמו כן התכוונו להעניק זכויות אלה לבן של הילד במעמדו כנכד של היהודי ולא כקטין, והוא אמנם יכול להיות בן 80. נמנענו מלהשתמש במילה 'קטין' ביודעין" (פרוטוקול ישיבה מס' 14 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, 6-7 (16.2.1970) (להלן: פרוטוקול הדיון מיום 16.2.1970)).

32. אך העותרות מפנות להמשך דבריו של היועץ המשפטי לממשלה, לביסוס הטענה כי המחוקק התכוון להעניק את זכות השבות גם לאלמנתו של זכאי שבות:

"מדוע כתבנו את הסיפא 'להוציא יהודי מומר'? היינו ערים לכך שכאשר מדברים על זכויות של יהודי המוענקות לילדו ולבן הזוג, הכוונה לילד ולבן הזוג שאין להם מעמד של יהודי לפי סעיף 4ב', שהרי לו היה להם מעמד של יהודים, לא היו זקוקים לסעיף זה. זו יכולה להיות אותה אשה שהיא בת דת אחרת, וזו המציאות שאנו עומדים בפניה. טפילתי במקרה של אשה מברית-המועצות הטוענת שאין לה דת. זו אולי מציאות המקילה במידה מסויימת, אך אם נבחן היטב את הדבר, ייתכן שיתברר כי סבה היה פרבוסלבי, ואנחנו לא שוללים זאת, כי איננו אומרים שמעמדה הוא מעמד של יהודי, אלא שיש לה זכות לעלות ארצה. אפשר להקשות עוד יותר – כיוון שנקודת המוצא היא שיהודי העולה ארצה, צריך שיתאפשר לו להביא עמו את אשתו ואת ילדיו (זו היתה הדוגמה הקלאסית), אפשר לשאול מדוע להרחיב מסגרת זו בכלל. אבל אנחנו לא התכוונו להגביל את ההוראה רק לאלה העולים יחד ארצה, אלא אמרנו שאם הסבא היהודי הלך לעולמו וגם הבעל מת, שמורה לאשה זכות זו לעלות לישראל מתוך הקונצפציה הבסיסית שמי שבא לישראל יצטרף לעם היהודי במוקדם או במאוחר. מפני זה אני שולל את הצעת היושב ראש לגבי ההצהרה שאינו בן דת אחרת [הצעה לשנות את הנוסח 'להוציא יהודי-מומר שבהם' ל-'להוציא מי שמרצונו משתייך לדת אחרת' – י"ע] שהרי כאשר מדובר על הצטרפות לעם היהודי הכוונה לטווח ארוך, היינו לאחר שהאיש חי בארץ ומתערה בה הוא משתלב.

היו"ר י.ש. בן-מאיר: זו הוכחה לגבי בן הזוג, אך לא לגבי הילד הבא לבדו.

מ. שמגר: בכלל רוצה אני לומר שמסוכן מאוד להיכנס לדוגמאות, כי כל קזואיסטיקה מטעה. בצרפת, למשל, אנו יודעים שבנים למומרים חוזרים למסלול.... " (שם, עמ' 7-8, הדגשה הוספה).

לכאורה, התבטאות היועץ המשפטי לפיה " [...] לא התכוונו להגביל את ההוראה רק לאלה העולים יחד ארצה, אלא אמרנו שאם הסבא היהודי הלך לעולמו וגם הבעל מת, שמורה לאשה זכות זו לעלות לישראל [...] " – מתייחסת לסוגיה שבה עסקינן ותומכת בעמדת העותרות. עם זאת, לטענת המשיבים, דברי היועץ המשפטי שמגר לא נאמרו ביחס לאלמנת זכאי שבות, בן ליהודי.

לדידי, ספק אם כטענתם, ניתן לקרוא את האמירה "אם הסבא היהודי הלך לעולמו וגם הבעל מת (הדגשה הוספה – י"ע)" כמתייחסת לשתי הזכאויות הניתנות מכוח פטירתו של היהודי: זו הניתנת לצאצאי היהודי שנפטר ("אם הסבא היהודי הלך לעולמו") וזו הניתנת לאלמנתו של היהודי ("וגם הבעל מת"). מנגד, יש ממש בטענתם כי דברי היועץ המשפטי נאמרו במסגרת הדיון על הסיפא של סעיף 4 בנוסחו המקורי ("להוציא יהודי-מומר שבהם"), ולא בקשר לפטירתו של היהודי, כך שהדיון לא עסק באופן ישיר בשאלת זכויותיה של אלמנת זכאי שבות.

33. חיזוק של ממש לגבי הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק לשיטת העותרות, נמצא בדברים שאמר בהמשך הדיון המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, פרופ' ידין:

" [...] את מי רוצים אנו לזכות בזכויות אלה? אני הבנתי שרוצים לזכות באותן זכויות שציינתי גם את אשתו של היהודי, גם את ילדו ואת בת זוגו וגם את נכדו. כמובן, אפשר להציע לצמצם את המסגרת, אך הצעת הממשלה כפי שאני מבין אותה, כוללת את כל אלה. כיוון שהנוסח המוצע נתן כל כך הרבה אפשרויות לפירושים שונים, צריך לבנות את העניין אחרת ולומר שזכויות אלה נתונות לילד ולנכד של יהודי, כי כך אפשר לדעת שאחרי היהודי מתייחסים לשני דורות, ולא יותר. אשר לבני הזוג, לאחר שדיברנו על בנו ונכדו של יהודי צריך להתייחס לבן זוגו של יהודי, שאותו ודאי רוצים לכלול, ולבן זוגו של ילדו.

[...] נראה לי שיש בכל זאת לשקול אם לא להבהיר אי-תלות זו, האומרת שאין נפקא מיניה אם היהודי, שמכוחו מוענקות הזכויות בסעיף זה, עודו בחיים או עלה ארצה. אם נלך בדרך זו, פירוש הדבר יהיה שאין זה חשוב אם אותו יהודי, שממנו יצאה כל אותה השורה, עודנו בחיים, אלא העניין פועל גם אם הוא מת [...] כלל זה חל לא רק על היהודי, כי אם גם על בנו, כלומר אם הנכד תובע זכויות של עולה, אין זה חשוב אם אביו שהוא הבן של היהודי עלה כבר ארצה או שהוא כבר אינו בחיים. פירוש הדבר שכל אחד עומד בפני עצמו, בלי להיפגע מכך שהאדם, שממנו הוא יונק את זכויותיו, עלה כבר ארצה או שאינו עוד בחיים" (שם, עמ' 8-9, הדגשות הוספו).

דברי המשנה ליועץ המשפטי מתארים במידה רבה את הנוסח שהתקבל לבסוף בדיוני הוועדה. מעבר לכך, התקבלה ההצעה להוסיף לרשימת בני המשפחה את בת זוגו של הנכד, אך נדחתה ההצעה להוסיף את נינו של היהודי (פרוטוקול ישיבה מס' 18 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-7, 3-4 (4.3.1970)). בהקשר זה אמר יו"ר הוועדה

בן-מאיר, במהלך אישור התיקון בכנסת, כי "מוכרחים באיזה מקום למתוח קו, וקו זה נמתח לגבי הנכד" (דברי הכנסת, בעמ' 1120).

34. בנקודה זו אשוב ואזכיר כי הדיון בוועדה עורר התנגדויות, וניתן למצוא התבטאויות המבקשות להימנע מפרשנות מרחיבה של דבר החקיקה. כך למשל סגן שר הפנים דאז, יוסף גולדשמיט, הדגים מקרה שבו נכד ליהודי ובת זוגו, בני 50, פרוטסטנטים, מבקשים לעלות לארץ לפי חוק השבות, וכן מקרה שבו מבקש לעלות ארצה נכד ליהודי בן 80 שאין לו ולדור שקדם לו כל זיקה ליהדות. על כך אמר כי "לי נדמה שהחוק לא מרחיק לכת עד כדי כך" (פרוטוקול הדיון מיום 11.2.1970, עמ' 10). חשש דומה עלה גם בדברי חבר הוועדה הלוי (פרוטוקול הדיון מיום 16.2.1970, עמ' 6-5).

עם זאת, הסתייגויות אלה לא התקבלו לבסוף. מדברי היועץ המשפטי שמגר אנו למדים כי כוונת המחוקק הייתה להכיר בזכות הנכד מכוח מעמדו העצמאי כנכד ולא כקטין נלווה. עניין זה חודד גם על ידי המשנה ליועץ המשפטי פרופ' ידן, בהדגישו כי כלל זה לא חל רק על היהודי אלא גם על בנו, ו"כל אחד עומד בפני עצמו, בלי להיפגע מכך שהאדם, שממנו הוא יונק את זכויותיו, עלה כבר ארצה או שאינו עוד בחיים". בנוסף הוכרה גם זכות השבות של בת זוגו של הנכד, וכותרת הסעיף שהייתה "בן זוג וילדים" שונתה ל"זכויות בני משפחה". כל אלה מעידים על תפיסה המרחיבה את זכות השבות אל מעבר למשפחתו הגרעינית של היהודי ללא תלות בנוכחותו הפיזית.

35. בדיון במליאת הכנסת הובעו נימוקים שונים לחקיקתו של סעיף 4א. יו"ר הוועדה הסביר כי הענקת הזכויות לבני משפחת היהודי נבעה מהתקווה כי "על-ידי כך תקויים המצווה של "ושבו בנים לגבולם", ואלה שנותקו, הוצאו מתוך העם היהודי – על ידי בואם לישראל ימצאו את הדרך לחזור לחיק אבותיהם, יצטרפו לעם היהודי לפי ההגדרה, יתגיירו, ייהפכו לחלק ממנו ויגדילו גם את כוחנו בארץ" (דברי הכנסת, בעמ' 1118). נימוקים נוספים שהוצגו על ידי חברי כנסת היו עידוד עלייתם של יהודים והשוואת זכויותיהם של בני משפחה במשפחות מעורבות (עניין גורודצקי, בפסקה 26 והאסמכתאות שם). חשוב לענייננו הנימוק שהוצג להוספת סעיף 4א(ב), וכך אמר יו"ר הוועדה: "סעיף קטן (ב) – ונאמר לנו, כי כזאת היתה גם כוונת הממשלה – אומר: 'אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו'. כי זכות זו ניתנת לאנשים בשל קירבתם לעמנו, ולא מתוך בואם יחד עם איש מסויים" (דברי הכנסת, בעמ' 1119).

36. הנה כי כן, ניתן לומר כי מצב הדברים העיקרי שאותו ראה המחוקק בחוקקו את סעיף 4א(ב) לחוק היה פטירת היהודי ועליית שני דורות של צאצאים ארצה. לצד זאת, התבטאויות המשתתפים בדיוני הכנסת מלמדות על כוונה להקנות לבני משפחתו של היהודי זכות שבות שאינה תלויה בנוכחותו הפיזית של היהודי הנובעת מקרבתם שלהם לעם היהודי. זאת ועוד, מדברי היועץ המשפטי לממשלה אף יש בסיס לסבור כי האפשרות שאלמנת זכאי שבות תעלה ארצה לאחר פטירתם של היהודי וזכאי השבות עמדה לנגד עיני המחוקק, ושאיפתו הייתה כי חוק השבות יחול גם בנסיבות אלה.

37. בענייננו, "התכליות הסובייקטיביות משתלבות עם התכליות האובייקטיביות" (עניין גורודצקי, בפסקה 28), וכך סיכמה השופטת ארבל בעניין גורודצקי את תכליות סעיף 4א לחוק:

" [...] הראשונה, עידוד מי שאינו יהודי על-פי ההלכה אך יש לו זיקה משפחתית ליהודים לעלות לישראל ולהצטרף לעם היושב בציון כאמצעי למניעת התבוללות; השנייה, עידוד יהודים הנשואים בנישואי תערובת לעלות לישראל ומציאת פתרון למשפחות מעורבות; השלישית, עשיית צדק על-ידי השוואת הסטאטוס של בני משפחה מעורבת שעולים לישראל, בלי שחלק מבני המשפחה ידרשו לעמוד במבחני חוק האזרחות בעוד האחרים יקבלו מעמד אוטומטי; הרביעית, איזון בין ההגדרה המסורתית לבין ההגדרה הלאומית של המונח 'יהודי' בחוק השבות, כפי שעלה מדיוני הכנסת; החמישית, איחוד משפחות והגשמת הזכות לחיי משפחה משותפים" (שם, בפסקה 33, הדגשות הוספו).

מטבע הדברים, לא בכל המקרים מובילות כל חמש תכליותיו של סעיף 4א למסקנה אחת ויחידה, ועל כן הודגש בעניין גורודצקי כי "תכלית העל הכללית" של חוק השבות היא להבטיח כי יהודים יעלו לארץ ישראל (שם, בפסקה 35). מסקנה זו בוטאה גם בעניין סמוילוב: "הוראת סעיף 4א שלחוק השבות נועדה אפוא להוות כלי-עזר להגשמת תכליתו העיקרית של חוק השבות; לא אך שכל יהודי באשר הוא יהא זכאי לעלות לישראל, אלא שיהודים אכן יעלו לישראל" (שם, בפסקה 9; וראו גם עניין פוזרסקי, בפסקה 25; עניין יעקובוב, בפסקה 24). עוד נאמר כי סעיף 4א נותן מענה למשפחות מעורבות ומקל על עלייתן, ובכך מעודד הלכה למעשה את עלייתם של יהודים ארצה – היא תכליתו המרכזית של החוק (עניין פוזרסקי, בפסקה 25; ראו והשוו לבג"ץ 3203/10 שטה נ' שר הפנים, בפסקאות 9-10 (20.8.2013) (להלן: עניין שטה)).

38. לשיטת העותרות, כל בני המשפחה הנזכרים בסעיף 4א(א) – לרבות בנות הזוג של זכאי השבות – נמצאים "בשורה אחת", ולגבי כולם אין נפקא מינה אם היהודי עודנו בחיים אם לאו. אלה זכאים לזכויות אוטונומיות הנובעות מהקשר המשפחתי אל היהודי מקור הזכות ואינן תלויות בנוכחותו הפיזית, שכן כדברי יו"ר הוועדה בן מאיר, "זכות זו ניתנת לאנשים בשל קירבתם לעמנו, ולא מתוך בואם יחד עם איש מסויים" (דברי הכנסת, בעמ' 1119).

39. לפרשנות זו של החוק ניתן למצוא תמיכה מסוימת בספרות המקצועית שעסקה בנושא ואליה הפנו העותרות. כך, התיקון משנת 1970 לחוק תואר כמרחיב את מעגל הזכאים לעלייה לבני המשפחה הנזכרים בסעיף 4א(א), וצוין כי "לכל אלה הוענקו זכויות עלייה עצמאיות ושוות" (רות גביזון שישים שנה לחוק השבות: היסטוריה, אידאולוגיה, הצדקה 48) (מרכז מציל"ה למחשבה ציונית, יהודית, ליברלית והומניסטית, 2009). עוד צוין שם כי סעיף 4א [...] מעניק לבני משפחה של יהודים זכות עצמאית להיחשב זכאי עלייה. בלי קשר לשאלה אם בן המשפחה שמכוחם הם עולים חי או הגיע עמם, ובלי קשר לשאלה מהי זיקתם שלהם לעם היהודי..." (יועזר כי המחברת תומכת בצמצום זכות השבות של בני משפחה של יהודים, שם, בעמ' 76-79).

בדומה, במאמרו "הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח דעת" הפרקליט לח(ב)(2) 637, 641 (התשמ"ח-תשמ"ט), ציין אשר מעוז את הדברים הבאים:

"בעת הדיונים בועדת החוקה חוק ומשפט הוסף לסעיף 4א המוצע סעיף 4א(ב) ובו הורחבו במפורש הזכויות המוענקות, על-ידי אותו סעיף, גם לגבי קרובים שהיהודי שמכוחו הם תובעים את הזכויות לא עלה ארצה או שאף אין הוא עוד בחיים. הוספתו של סעיף 4א, בנוסח שנתקבל, מקהה במידה רבה את עוקצו של סעיף 4ב, שכן השאלה אם אדם הנו יהודי כהגדרתו בחוק לא תשפיע על זכותו לעלות לישראל ולרכוש את אזרחותה, ובלבד שאחד מהוריו – או מהורי בן זוגו – עד דור שלישי הנו יהודי" (הדגשה הוספה – י"ע).

לשיטתו של המחבר, ההנמקה הבסיסית להענקת זכויות לבני משפחת היהודי הייתה מניעת פיצול של בני המשפחה בכל הנוגע לאופן קבלת מעמד, והכללת אלו שבעלי קשרי דם לעם היהודי בין מקבלי זכות השבות. הנמקה רחבה יותר לעליית בני

המשפחה הייתה התקווה כי אלה ייקלטו בציבור היהודי היושב בארץ וירצו להצטרף אליו (שם, בעמ' 640-641. יוער כי המחבר תומך בהרחבת חוק השבות כך שיחול על צאצאי היהודי [דור רביעי] העולים עם היהודי ארצה).

התבטאות דומה ניתן למצוא בפסיקתו של בית משפט זה בעניין סטמקה:

”בני משפחה לא-יהודים של יהודי, רואים אותם, במובנים מסוימים, כמי שסיפחו עצמם לעם היהודי, ועל-כן מקנה להם החוק זכויות עצמאיות משלהם; זכאים הם לזכויות עולה גם אם עולים הם ארצה, בלא היהודי (מקור הזכויות) – בין שאותו יהודי עלה ארצה בין שלא – וגם אם אותו יהודי אינו עוד בין החיים” (עניין סטמקה, בעמ' 756, הדגשה הוספה).

40. אלא שבעוד שנדמה כי לא תהיה מחלוקת על כך שזכות הנכד עומדת בפני עצמה ואינה תלויה בנוכחות אביו, בנו של היהודי (וכך עולה במפורש מדברי המשנה ליועץ המשפטי בדיוני הוועדה), שונים הם פני הדברים ביחס לבת הזוג.

זכות השבות המשנית המוענקת לבני משפחתו הלא יהודים של היהודי היא זכות הנגזרת מכוח זכות אבות (מיכאל קוריןאלדי חידת הזהות היהודית – חוק השבות – הלכה למעשה 95 (2001) (להלן: קוריןאלדי); עניין טושביים, בעמ' 447). זכות הבן של היהודי וזכות הנכד נובעות מכוח קירבתם אליו, בעוד שזכות השבות של בן הזוג ניתנת לו מכוח קירבת חיתון (ראו אצל קוריןאלדי, בעמ' 95). לכך יש להוסיף כי ככל שאנו הולכים ומתרחקים מ”מעגלי הקרבה” מן היהודי, כך נחלשת זיקתם של בני משפחתו אליו ולעם היהודי בכלל. זיקת הנכד חלשה מזיקת הבן, זיקת הנין חלשה מזיקת הנכד וכן הלאה, וכך לכאורה גם ביחס לבנות הזוג. קשר הזוגיות הוא בר-ניתוק ואיננו מתגבש באופן אוטומטי. זכות שבות בשל קשר זוגיות מותנית בקיומו של קשר, ולא כל מי שהיה ל”בן זוג” של זכאי שבות זכאי לזכות שבות בעצמו. כאמור לעיל, לא די בקשר פורמלי, וספק בכנות הקשר או קיומו של הליך פרידה או גירושין יוציא את בן הזוג מגדרי החוק. זאת ועוד, בפסיקה נקבע כי המועד הקובע לצורך בחינת זכאות בן הזוג לזכויות מכוח סעיף 4א(א) הוא במועד העלייה (עניין פורטסקי, בפסקה 36 והאסמכתאות שם) או קודם לעלייה (עניין שטה, בפסקה 12), ולא במועד יצירת הקשר בין היהודי לבין בן משפחתו (עניין פורטסקי, בפסקה 36).

הנה כי כן, שיקולים שונים מושכים לכיוונים נוגדים.

41. שונה פירוק הקשר מחמת פרידה או גירושין, מפירוק הקשר בשל פטירתו של אחד מבני הזוג, וכבר נפסק כי פרידה שלא נבעה מבחירה אלא מכורח נסיבות כגון קשיים כספיים או טיפול בבן משפחה חולה, אינה בהכרח מעידה על התפרקות התא המשפחתי (עניין יעקובוב, בפסקה 42 והאסמכתאות שם).

בעניין סמילוב, נאמר על ידי השופט (כתוארו אז) חשין:

"תירגום העיקרון לדרכי פירושה – ולקביעת תחומי התפרשותה – של הוראת סעיף 4א לחוק השבות ישמיענו כי המונחים 'בני משפחה', 'בן זוג' או 'ילד' של יהודי שבאותה הוראת-חוק יש ונכון לפרשם 'פירוש לשוני דינמי', פירוש העולה בקנה אחד עם תכליתו העקרונית של חוק השבות כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 1 בו (פרשת סטמקה, בעמ' 749-750). 'פירוש לשוני דינמי', קרא: שבות כהוראת סעיף 4א שלחוק תוענק אך ורק לבני-זוג ובני-משפחה לא יהודים שקשרו גורלם בגורלו של יהודי שחוק השבות חל עליו – וממילא קשרו גורלם בגורלו של העם היהודי – ובה-בעת לא תינתן זכות לשבות למי שלא קשרו אותו קשר-גורל, אף אם מחזיקים הם בסטטוס פורמאלי של היותם בני משפחה. הבחינה לזכות השבות בחינה מהותית היא – בחינת קשר הגורל, ולא אך בחינה פורמאלית – בחינת קשר הנישואין או קשר ההורות כבענייננו" (שם, בפסקה 10, הדגשה הוספה).

42. ברוח דברים אלה, אני סבור כי קיימים מקרים שבהם פטירתו של בן הזוג זכאי השבות אינה מעידה בהכרח על התפרקות התא המשפחתי ועל ניתוק הקשר ליהודי ולעם היהודי, ככל שקשר כזה היה קיים עוד קודם לכן. ככלל, בני זוג המקיימים קשר זוגיות כן קושרים את גורלם זה בזה, ואין להסיק מפטירתו של אחד מבני זוג כשלעצמה על ניתוק הקשר. בדומה, אין להסיק כי פטירתו של אחד מבני הזוג מביאה בהכרח לניתוק קשר הגורל שקשרו בני הזוג עם העם היהודי.

טול למשל מקרה שבו בן ליהודי ובת זוגו הנוכרייה, מקיימים במשפחתם אורח חיים יהודי, ובת הזוג הנוכרייה ממשיכה לקיימו גם לאחר פטירת בן זוגה הצאצא ליהודי. בעשותה כן, ממשיכה בת הזוג לממש את קשר הגורל שקשרה עם העם היהודי, ויש לראות בה כמי שבחרה להצטרף לעם היהודי. באופן זה שומרת האלמנה על "קרבתה לעמנו", באופן המצדיק לתת לה מעמד מכוח סעיף 4א לחוק.

דוגמה נוספת תמצא במקרה שאותו הדגימו העותרים בבג"ץ 1775/19 (פסקה 43 לעיקרי הטיעון מיום 25.10.2020), ובו יהודי ששכל את בנו מבקש לעלות ארצה יחד עם כלתו-האלמנה ונכדיו הלא יהודיים. במקרה זה הבן היהודי, זכאי השבות, אינו בין החיים, אך האלמנה מקיימת קשר קרוב עם ראש המשפחה היהודי העולה ארצה, כמעשה רות המואביה שדבקה בחמותה נעמי ובחרה לעלות עמה לארץ ישראל (וראו עניין גורודצקי, בפסקה 41). אף על פי כן, לגישתם של המשיבים במקרה זה, מות זכאי השבות מוציא את האלמנה מתחולתו של חוק השבות. ספק בעיני אם הדבר עולה בקנה אחד עם רוחו ומהותו של החוק.

43. לא מדובר במקרים תיאורטיים גרידא, והיבטים מסוימים בדוגמאות שהזכרנו מתקיימים לכאורה בחלק מהעותרות שלפנינו. כך, למשל, נטען כי בעלה של העותרת 1 בבג"ץ 1775/19 (בן ליהודי) היה פעיל בקהילה היהודית והוכר על ידי הסביבה כיהודי; העותרת הייתה מוכרת כאשתו של יהודי ואימצה לעצמה אורח חיים יהודי; ילדיהם הזדהו כיהודים וקיבלו חינוך יהודי בחו"ל; וכפועל יוצא שלושה מתוך ארבעת הילדים (העותרים 2-4) בחרו לעלות ארצה ולשרת בצבא ההגנה לישראל. ניתן לטעון כי גם במצב דברים זה, בבחירתה של האלמנה לבוא ארצה ולחיות לצד ילדיה, מבקשת היא לקשור את גורלה בגורלו של העם היהודי ולשמור על קרבתה אליו. גם העותרות בבג"ץ 2390/19 הדגישו כי הקהילות היהודיות בארץ מוצאן לא מבחינות בין מי שנולד לאם יהודייה לבין מי שנולד לאב יהודי, וכי זיקתן למשפחה היהודית נשתמרה חרף מות הבעל.

44. כפי שנאמר, עניין גורודצקי חשוב לענייננו שכן גם בו נדון עניינה של אלמנה, אם כי שם דובר באלמנתו של יהודי, ולא באלמנה של זכאי שבות. שם, נדחתה הטענה כי אלמנת יהודי אשר נישאה מחדש זכאית לזכויות מכוח סעיף 4 לחוק השבות. השופטת ארבל עמדה על כך שבן זוגו של היהודי אינו עומד במרכז החוק, ואף על פי כן החוק מכיר בזכויות אלמנת יהודי, בשל ההנחה שהאלמנה עודנה קשורה למשפחה היהודית שבראשה עמד היהודי, ומכיוון שבכך מתמלאות תכליות חוק השבות: עידוד ילדי הזוג – יהודים או זכאי שבות בעצמם – לעלות ארצה; ומניעת פיצול המשפחה או פיצול הסטאטוס בין יחידה (שם, בפסקה 37). נקבע, כי תכליות אלה אינן מתקיימות מקום שבו נישאת האלמנה מחדש. הטעם שניתן לכך היה כי האלמנה קשרה עצמה למשפחה חדשה, ממנה היא יונקת את זכויותיה, וברי כי אין היא יכולה לדרוש זכויות ממשפחתה הקודמת (שם, בפסקה 38).

45. המשיבים הפנו לדברי השופטת ארבל בעניין גורודצקי לתמיכה בטענותיהם בדבר מעמדו של בן הזוג בחוק השבות:

”גם על-פי תפישה חילונית-לאומית הרואה את הגדרת היהודי באופן רחב יותר מהתפיסה המסורתית-דתית, הרי שבן הזוג הלא יהודי אינו עומד במרכזו של חוק השבות ותכליתו אינה מכוונת אליו (ראו גם עניין טושביים, בעמ' 427, 446). יש לציין כי הדבר שונה אצל צאצא של יהודי, אשר גם אם אינו יהודי על-פי ההלכה זיקתו ליהדות נקבעת מרגע לידתו לאדם יהודי באמצעות קשר הדם. על הבחנה זו ניתן ללמוד מהוראות חוק השבות עצמו. יש לשים לב כי בני זוג שנפרדו כאשר אחד מהם יהודי, בן הזוג הזר אינו זכאי לשבות מכוח חוק השבות על אף שגם לגביו ניתן לטעון כי מתקיימות בחלקן תכליות חוק השבות [...]. לעומת זאת, צאצאו של יהודי יהיה זכאי לשבות ללא קשר למצב הזוגי של הוריו או לחיים משותפים עימם. נראה כי ניתן ללמוד מכך על רצונו של המחוקק להפריד בין מעמדו של בן זוגו של יהודי לבין מעמדו של צאצאו של יהודי. קשר הדם הוא שמסביר הבחנה זו” (שם, בפסקה 36, הדגשות הוספו; וראו גם עניין סטמקה, בעמ' 757).

אני נכון להניח שקשר דם ליהודי מניב זכויות חזקות יותר מאשר קשר זוגיות עם יהודי. עמדנו לעיל על כך שקשר הזוגיות הוא בר ניתוק, ובשל כך, פרידה של בני הזוג תמנע מתן זכות שבות לבן הזוג הלא יהודי של זכאי שבות. לעומת זאת, קרע ביחסים בין הורה לילד לא ינתק את הקרבה המשפחתית המהותית שביניהם וזכות השבות של הילד לא תתאיין או תפקע (וראו הדוגמא שהוזכרה בדיוני מליאת הכנסת, על בת ליהודי שבחרה לעלות ארצה ולהתגייר חרף התנגדותו של אביה היהודי, ועל כך נאמר ”שהרוצה לבוא יכול לבוא, ואנו מקווים כי ירצה גם להיפך לחלק מן העם היהודי”; דברי הכנסת, בעמ' 1119-1120). לכן גם אין לומר כי אלמנה שנישאה מחדש ממשיכה לקיים את קשר הגורל שקשרה עם בן זוגה היהודי ועם עמו, באופן המכניס אותה בגדרי החוק.

עם זאת, גם בהנחה שקשר דם מניב זכויות חזקות יותר מקשר זוגיות, ותוך הכרה בכך שבן הזוג הלא יהודי אינו עומד במרכזו של חוק השבות – איני סבור כי הדבר שולל את פרשנות העותרות במקרים שלפניי. החוק מניח כי אלמנת היהודי עודנה קשורה למשפחת היהודי (עניין גורודצקי, בפסקה 37), והעניק לה זכויות שבות בשל קרבתה לעמנו. אין לשלול באופן גורף קשר שכזה בין משפחת היהודי והעם היהודי לאלמנת זכאי שבות, קשר שיעלה בבחינת קשר גורל ויצדיק לראות באלמנה כזכאית שבות בעצמה.

תחולת חוק השבות על אלמנת זכאי שבות – בחינה תכליתית

46. חלק מתכליותיו של סעיף 4א לחוק באות לידי ביטוי בהענקת זכות שבות לאלמנותיהם של זכאי שבות. כפי שהודגם לעיל, אף שהאלמנה איננה יהודית על פי ההלכה, היא יכולה להיות בעלת זיקה משפחתית ליהודי או לעם היהודי בכללותו, גם אחרי מות בן זוגה זכאי השבות. בכך, עלייתה תגשים את כוונת המחוקק להעניק את זכות השבות לבני משפחת היהודי "בשל קירבתם לעמנו". כפי שהוסבר לעיל, מדיוני ועדת הכנסת ניתן להסיק, לטעמי בהסתברות גבוהה, כי מצב דברים זה אף עמד לנגד עיני המחוקק בחוקקו את סעיף 4א לחוק. אף לא למותר להזכיר כי בת זוגו של הנכד נוספה לקבוצת הזכאים אף כי לא נכללה בהצעת החוק המקורית, מה שיכול להעיד על מעמדה וחשיבותה בעיני המחוקק.

עליית האלמנה ארצה אמנם לא תסייע באופן ישיר במניעת התבוללות, אך תאפשר לאלמנה להצטרף לעם היהודי כהגדרתו ההלכתית, להפוך לחלק ממנו ו"להגדיל את כוחו בארץ". דומה כי גם לכך ייחל המחוקק. כמו כן, הענקת זכות שבות לאלמנות זכאי שבות תיתן מענה למתח הקיים בין ההגדרה ההלכתית שלפיה יהודי הוא מי שנולד לאם יהודיה, לבין ההגדרה הלאומית של המונח "יהודי" כמי שנולד לאב יהודי, מצב שלטענת העותרות עודנו שריר וקיים בקרב יוצאי מדינות ברית המועצות לשעבר אף ברבות השנים שחלפו מאז תוקן החוק. כמו כן, ועניינן של העותרות יוכיח – הענקת זכות שבות לאלמנת זכאי שבות עונה על התכלית השלישית והחמישית שנזכרו בפסק דינה של השופטת ארבל בעניין גורודצקי: הגשמת הזכות לחיי משפחה והשוואת מעמדה של האלמנה לזה של ילדיה זכאי השבות, אף כי לא זו המשפחה המעורבת שאליה מכוונת מטרתו העיקרית של החוק.

47. אף לא נעלמו מעיני דברי השופטת ארבל בעניין גורודצקי, עליהם התבססו המשיבים, ואביא דברים בשם אומרם:

"ערה אני לכך כי יתכנו מקרים בהם גם אלמן או אלמנה של יהודים הנישאים מחדש מקיימים במידה מסוימת אחר תכליותיו של חוק השבות. כך הדבר למשל במקרה בו מתפרקת משפחתו השניה של האלמן והוא מעוניין לעלות ארצה בעקבות או יחד עם ילדיו היהודים. במקרה זה מתקיימת הן התכלית של עידוד יהודים לעלות ארצה, שכן יתכן שילדי בני הזוג לא ירצו לעלות ארצה ללא אביהם או אימם. כמו כן מתקיימת התכלית שלא לפצל משפחות בין באופן פיזי ובין פיצול בסטאטוס של כל אחד

מבני המשפחה. עם זאת, איני סבורה כי יש בכך כדי להצדיק את פרשנותה של העותרת. ראשית, מקרה זה רחוק הוא מגרעינו הקשה של חוק השבות ומתכליתו הבסיסית והעיקרית שהינה עלייתם של יהודים ארצה. מתחדד הדבר כאשר מדובר בבן זוג של יהודי ולא בצאצאו, כאמור לעיל. תמיכה נוספת במסקנה זו ניתן למצוא בעובדה שחוק השבות אינו מעניק זכות שבות כלפי מעלה, דהיינו להורה נוכרי של יהודי, או של בן זוג של יהודי (קורנאלדי, בעמ' 97). בכך מבטא חוק השבות את השקפתו כי איחוד המשפחות יחול בעיקרו כלפי מטה, לעבר הצאצאים, ולא כלפי מעלה, לעבר ההורים. לפיכך תכליתו של החוק לאיחוד משפחות תקבל משקל נמוך כאשר המטרה היא לאחד את המשפחה עם אם או אב המשפחה הנוכריים לאחר שאלו התאלמנו ונישאו מחדש. שנית, מקרים מעין אלו יכולים להיפתר באמצעות חוק האזרחות או באמצעות הוועדה לעניינים הומניטאריים [...] ולבסוף, יתכנו מקרים רבים אחרים שאינם מקיימים את תכליותיו של חוק השבות. כך במקרה בו התחתן האלמן מחדש עם אישה לא יהודיה ומקיים איתה תא משפחתי חדש. כך במקרה בו מבקש האלמן שנישא מחדש לעלות לישראל מבלי שמי מבני משפחתו עלה או מעוניין לעלות לישראל" (שם, בפסקה 39, הדגשות הוספו).

איני מקל ראש בכך שבדומה לעניין גורודצקי, הענקת מעמד לאלמנת זכאי שבות מתרחקת מגרעינו הקשה של חוק השבות ומתכליתו הבסיסית – עלייתם של יהודים ארצה, וכבר נקבע בפסיקה בהתייחס להוראת סעיף 4א(ב) כי חריג זה בא להעיד על הכלל, כשאת פירושו ותחומי פרישתו יש לגזור מייעודו (עניין סמולוב, בפסקה 9; וראו גם עניין סטמקה, בעמ' 758). ניתן אף לטעון כי ענייננו מוקשה עוד יותר, מכיוון שעסקינן באלמנה או באלמן של זכאי שבות ולא באלמנה או אלמן של יהודי, כך שילדי בני הזוג אינם יהודים בעצמם והקשר ליהודי מתרחק.

48. ואף על פי כן, סעיף 4א(ב) קובע את העיקרון כי בני משפחתו הלא יהודיים של היהודי זכאים לעלות לישראל גם אם הם לא נלווים ליהודי, הוא מקור זכויותיהם. לכן, מטבע הדברים ובאופן אינהרנטי, מימוש זכות העלייה של בני המשפחה לא יוביל בהכרח לעליית יהודי ארצה, למרות שעליית יהודים היא "תכלית העל" של החוק. יש לזכור כי עניין גורודצקי חריג בנוף הפסיקה במובן זה, שבמקרים רבים שבהם נדרש בית המשפט לפרשנותו של סעיף 4א לחוק, היעדרותו של היהודי או זכאי השבות לא עמדה בלב העניין. במקרים רבים סעיף 4א לחוק נדון כשעלה חשד לכנות הקשר בין הטוען לזכות שבות לבין בן משפחתו הזכאי, או כשעלה ספק בטיב יהדותו, ועל רקע זה הושם הדגש על תכליתו הבסיסית של החוק.

זאת ועוד. יש לזכור ולהדגיש כי בעניין גורודצקי נדונה זכותה של אלמנת יהודי שנישאה מחדש, ו"משנישאה אלמנתו של יהודי מחדש מאבדת היא את זכאותה לשבות מכוח בעלה המנוח" (שם, בפסקה 40). הבדל זה משמעותי לענייננו. בנישואיה החדשים מבקשת האלמנה לנתק את קשר הגורל שיצרה עם בן זוגה הזכאי, אך אין להסיק באופן אפריורי כי פטירתו של אחד מבני הזוג כשלעצמה מובילה לניתוק הקשר.

מסיפורה של רות המואבייה, הסיקה השופטת ארבל על כוח בחירתה של האלמנה: "אם בוחרת היא לקשור את גורלה בגורלו של העם היהודי מתקבלת היא על ידו בברכה, ואף יכול שצאצאיה יהיו גדולי ישראל. אך אם בוחרת היא בדרך אחרת אין העם היהודי מחויב עוד כלפיה, שכן היא בחרה לנתק את גורלה מזה של העם היהודי [...]" (שם, בפסקה 41). הדברים יפים לענייננו, וקיימים מקרים שבהם בחירתה של האלמנה תלמד על זיקה לעם היהודי חרף מות בן זוגה זכאי השבות. כך, העותרות הדגימו מקרה שבו בכוונת זכאי שבות ובת זוגו לעלות לישראל, אך סמוך לפני מועד העלייה נפטר בן הזוג הזכאי, למשל בשל מחלה שערכה את עלייתם. כפי שטענו העותרות, קשה לטעון כי זיקתה לעם היהודי שונה באופן מהותי מזיקתה של בת זוג של זכאי שבות שהספיקה לעלות עמו ארצה לפני מותו.

קיצורו של דבר, שבמקרה של פטירת בן זוג, להבדיל ממקרה של פטירה ונישואים מחדש, עשויה להישמר קרבתה של בת הזוג לעם היהודי, באופן שיגשים את כוונת המחוקק להעניק לה זכות שבות.

שיקולים נוספים

49. קיימים שיקולים רלוונטיים נוספים, חלקם נזכרו בעניין גורודצקי, אשר משליכים על התוצאה הפרשנית הראויה בענייננו.

50. תחולת חוק השבות "כלפי מטה": כפי שהוזכר, אחד מהנימוקים שהובאו לדחיית טענות העותרת בעניין גורודצקי היה העיקרון לפיו המחוקק בחר להחיל את חוק השבות "בעיקרו כלפי מטה לעבר הצאצאים, ולא כלפי מעלה, לעבר ההורים" (שם, בפסקה 39; וראו גם קורנאלדי, בעמ' 97, 182). בהקשר זה אציין כי הצעת חוק פרטית להוספת הורה של יהודי לגדרי סעיף 4א(א) לא הבשילה לכדי חוק חרות (הצעת חוק השבות תיקון מס' 3, התשמ"ה-1985, וראו אצל קורנאלדי, בעמ' 97).

מחד גיסא, יש בדברים כדי להפחית מהמשקל שיש לתת לעליית הורים בעקבות ילדיהם, לרבות במקרה של אלמנות זכאי שבות. עם זאת, העותרות הפנו לתוכניות מסוימות כגון "נעל"ה" (נוער עולה לפני הורים), "תגלית", "מסע" וסל"ה (סטודנטים לפני הורים), שנועדו לעודד צעירים בני הדור השני והשלישי להכיר את ישראל ולעלות ארצה. הדבר יכול להעיד כי כיום קיימת פרקטיקה המעודדת צעירים לעלות ארצה עוד בטרם עשו זאת הוריהם, במטרה "שאלה יהיו כוח חלוץ לקראת עליית משפחותיהם בעקבותיהם" (מתוך אתר האגודה לקידום החינוך ירושלים, נעל"ה – נוער עולה לפני הורים. בכתובת <https://www.kidum-edu.org.il/naale>).

51. מתן מענה שלא מכוח חוק השבות: גם עניין זה נזכר בפסק הדין בעניין גורודצקי כאחד מהנימוקים לדחיית העתירה.

חוק השבות איננו הנתיב היחיד שדרכו ניתן להגיע לישראל ולהשתקע בה. גם בהיעדר זכות שבות, ביכולתם של בני משפחתו של יהודי לשהות בישראל מכוחן של הוראות אחרות, כגון חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; חוק האזרחות, התשי"ב-1952; או קבלת מעמד מטעמים הומניטריים. נזכיר כי בעקבות הדיון בעתירות חודד מסמך ההנחיות לאורו נבחנות בקשות פרטניות של אלמנות זכאי שבות, ומכוחו ניתן לאשר מעמד שלא מכוח חוק השבות לאלמנתו של בן ליהודי, בתנאים המפורטים שם (וראו פסקה 15 לעיל).

52. ענייננו בסוגיה עקרונית של פרשנות חוק, וככל שתתקבל עמדתן של העותרות הן יהיו זכאיות למעמד עולה על כלל הזכויות והמשמעויות הנלוות לכך. ניתן להבין אפוא את טענתן כי מתן מעמד מכוח חוקים או נהלים אחרים פוגע בזכויותיהן.

מעבר לכך, ברמה הפרקטית, העותרות הצביעו על קשיים העולים מהמדיניות המעוגנת במסמך ההנחיות באופן המבסס את טענותיהן. כך, מסמך ההנחיות מתייחס רק לאלמנת בן ליהודי שיש לה ילדים משותפים עם המנוח, שכולם או חלקם עלו ארצה. ככלל, ההסדר לא מכיר בזכותן של אלמנת נכד ליהודי ואלמנת בן ליהודי ללא ילדים לקבל מעמד בישראל. בנוסף הצביעו העותרות על כך שאין בהנחיה התייחסות לעלייתה של אלמנת בן יהודי יחד עם ילדיה, שיכולים גם להיות קטינים (ונטען כי במקרה זה יאבדו הקטינים את הסיוע שניתן לעולים חדשים); על כך שההסדר מעניק לאלמנה מעמד ארעי, למצער לתקופה שאינה קצרה; ועל כך שמעמדה של האלמנות יהיה כפוף לבחינה עיתית המלווה בחוסר וודאות ותלוי הלכה למעשה בילדיהן שעלו ארצה.

עוד הדגישו העותרות את ההבדלים בזכאות לביטוח בריאות שניתנת לעולים ולמקבלי מעמד מכוח חוקים אחרים. נזכיר כי העותרת 2 בבג"ץ 2309/19 טענה כי נאלצה לעזוב את ישראל ולחזור למדינת מוצאה על מנת לעבור טיפולים רפואיים שלא היתה זכאית למימנם בישראל, וגם המשיבים בתגובתם מסרו כי עותרת זו לא שהתה בישראל די זמן על מנת שתתגבש זכאותה לשירותים רפואיים בהתאם לאשרה שברשותה.

53. אכן, לא נעלם מעיני המשיבים מצבן הייחודי של אלמנות של בנים ליהודים בעלי זיקה לישראל (זיקה המתבטאת לשיטתם בעלייתם ארצה של ילדיה, זכאי שבות בעצמם), מה גם שלטענת המשיבים, במקרים שבהם נמצא כי הדבר מצדיק זאת, ניתן מעמד לאלמנות של זכאי שבות שביקשו לחיות עם משפחתן בישראל. עם זאת, נוכח המסקנה הפרשנית אליה הגעתי המבוססת על כוונת המחוקק; ונוכח המשמעויות שיש לקבלת מעמד מכוח חוק שבות לעומת הסדרים אחרים – איני סבור כי השיקול בדבר קיומם של הסדרים אלטרנטיביים יכול לגבור. מקובלת עליי טענת העותרות כי יש לאפשר לכל אלמנת זכאי שבות להוכיח את זיקתה לישראל גם במנותק מעלייתם של ילדיה המשותפים עם בן זוגה המנוח, וככל שתוכיח זיקה זו, תוכל לזכות למעמד עולה בישראל.

54. פרשנות המשיבים את החוק ויישומה בפועל: בשולי הדברים אך לא בשולי חשיבותם. כפי שכבר הוזכר, מעמדת המשיבים נלמד כי לפי הנמסר מ"נתיב" – הגוף הפועל בקרב יהודים ובני משפחותיהם במרחב ברית המועצות לשעבר – אושרו בעבר בקשות לקבל מעמד עולה של אלמן או אלמנה של זכאי שבות. מכאן שבניגוד לעניין גורדוצקי, גורמים הפועלים מטעם המשיבים סברו בעבר כי יש בכוחו של חוק השבות להעניק מעמד עולה לאלמנת זכאי שבות, וכך גם נעשה בפועל במקרים מסוימים (המשיבים הוסיפו וציינו כי הסוכנות היהודית, שהיא הגורם האמון על בדיקת זכאות עולים מהמדינות השונות למעט מדינות ברית המועצות לשעבר, לא אישרה זכאות עלייה לאלמנות של זכאי שבות). המשיבים אישרו כי רק החל משנת 2016, ולאחר שנמצא כי בחלק מהמקרים ניתן מעמד לאלמנות של בנים ליהודי – גובשה עמדתם הסדורה בנושא והוחלט כי אין להעניק מעמד עולה במקרים כגון דא (העותרות בבג"ץ 2309/19 טענו כי המדיניות העדכנית של המשיבים מיושמת בשרירותיות, וכי נודע להן על מקרה שבו אלמן לזכאית שבות זכה למעמד עולה גם בשנת 2017, אך בתגובת המשיבים מיום 7.7.2019 נטען כי מדובר בטעות).

ככלל, ניתן לייחס משקל לעמדתה הפרשנית של הרשות המיישמת את הוראת החוק ולפרקטיקה הנוהגת (ע"א 3847/16 עגלי תל שווק בקר בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד החקלאות ופיתוח הכפר, בפסקה 10(ב) והאסמכתאות שם (11.3.2018); בג"ץ 9021/20 עזבון המנוח אהוביה סנדק ז"ל נ. משטרת ישראל- ימ"ר תל אביב, בפסקה 10 לפסק דיני (14.1.2021); ע"א 7488/16 זליגמן נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ (31.5.2018) שלגביו תלוי ועומד כיום דיון נוסף, דנ"א 4960/18)). אכן, רשות מינהלית רשאית לשנות את האופן שבו היא מפרשת את סמכותה, בהתקיים טעם ראוי לכך (עניין סטמקה, בעמ' 742; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 223 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010); השוו לעניין טושביים, בפסקה 20). עם זאת, צירוף הנסיבות בענייננו מחליש את המשקל שיש לתת למדיניות המשיבים במקרה דנן, שמא אף להיפך. הדברים אמורים בעיקר ביחס לאי אחדות בפרשנות הסעיף עד שנת 2016 לערך, ולכך שהלכה למעשה, ניתנו לאלמנות ולאלמנים של זכאי שבות מעמד עולה מכוח החוק.

לכך יש להוסיף את היעדר פרסום המדיניות העדכנית שגובשה ב"זמן אמת" בשנת 2016. הפרסום מתחייב לנוכח ההשלכות המשמעותיות שיש לפרשנות המשיבים את חוק השבות, ומהעובדה שנהלים אחרים בנושא זכאי שבות, כגון אלו שצוינו בפסקה 3 לעיל, פורסמו זה מכבר באתר רשות האוכלוסין. הימנעות מעדכון הציבור על אודות שינויים בפרשנות חוק השבות עלולה לפגוע באינטרס ההסתמכות של אלו המבקשים להגיע ארצה מכוחו של החוק.

התוצאה הראויה

55. לסיכום: לשון החוק סובלת את שתי החלופות הפרשניות שהוצעו על ידי הצדדים, ולא נותנת תשובה חד משמעית לשאלה שבפנינו. התבטאויות המשתתפים בדיוני הכנסת ביחס לסעיף 4 לחוק והשינויים שנערכו בנוסח הסעיף תוך כדי הליך החקיקה, מלמדים על כוונת המחוקק להקנות לבני משפחתו של היהודי זכות שבות שאינה תלויה בנוכחותו הפיזית של היהודי, וזאת בשל קירבתם לעם היהודי. בנוסף יש בסיס לסבור כי עלייתה של אלמנת שבות לאחר פטירת היהודי ובן זוגה שהוא בן ליהודי, עמדה לנגד עיני המחוקק שסבר שחוק השבות חל עליה.

על רקע זה, ומתוך התפיסה כי בחינת הזכאות לזכות השבות היא בחינה מהותית של קיום קשר גורל – מצאתי כי קיימים מקרים שבהם פטירתו של בן הזוג זכאי השבות לא תעיד על התפרקות התא המשפחתי ועל ניתוק הקשר ליהודי ולעם

היהודי. קיומו של קשר שיעלה בבחינת קשר גורל – יצדיק לראות באלמנה כזכאית שבות. בכך עלייתה תגשים את כוונת המחוקק להעניק את זכות השבות לאלו הקרובים לעם היהודי, ותאפשר לה להצטרף לעם היהודי כהגדרתו ההלכתית, להפוך לחלק ממנו ולהגדיל את כוחו בארץ. כמו כן, הענקת זכות שבות לאלמנת זכאי שבות תיתן מענה למתח הקיים בין ההגדרה המסורתית לבין ההגדרה הלאומית של המונח "יהודי", תאפשר גם הגשמת הזכות לחיי משפחה והשוואת המעמד של האלמנה לזה של ילדיה זכאי השבות. חיזוק למסקנה זו מצאתי בעובדה שעד לשנת 2016, חלק מהגורמים הפועלים מטעם המשיבים העניקו מעמד עולה לאלמנים ולאלמנות של זכאי שבות.

56. בנסיבות אלה, שלילה גורפת של חוק השבות על אלמנת זכאי שבות לא יכולה לעמוד. כשבאלמנות זכאי שבות עסקינן המבקשות לעלות לישראל – ובדיון שבפנינו טענו המשיבים כי לא מדובר במספר רב של מקרים – יש קשת רחבה של מקרים ודוגמאות, והשאלה אם האלמנה נחשבת עדיין לבת זוגו של הזכאי ואם הענקת זכות שבות מקיימת את תכליות החוק – תלויה בנסיבות המקרה.

אין משמעות הדבר כי כל מי שקיימה בעבר קשר זוגיות עם זכאי שבות שנפטר, תהא זכאית "באופן אוטומטי" לזכויות מכוח חוק השבות. רק אלמנה המקיימת קשר גורל עם העם היהודי, וניתן לראות בה כבת זוגו של זכאי שבות, תהא זכאית לזכויות מכוח החוק. כך, לדוגמה, קשה להלום מצב שבו פלונית נישאה לזכאי שבות שנפטר כעבור זמן קצר, מבלי שנולדו להם ילדים משותפים, ובנישואין אלה יהיה כדי להקנות לפלונית מעמד לפי חוק השבות. גישה זו מביאה לשיטתי לתוצאה מאוזנת, התואמת את לשון חוק השבות ואת תכליותיו. אני סבור כי גישה זו אף עולה בקנה אחד עם מדיניות המשיבים במקרים קרובים, בהם נערכת בדיקה פרטנית בהתקיים ספק בדבר כנות הקשר בין יהודי או זכאי שבות לבין בן משפחתו.

אלמנה שנישאה מחדש תאבד את זכאותה לשבות מכוח זכותו של בן זוגה המנוח, כפי שנקבע בעניין גורודצקי. מבלי לקבוע מסמרות, דומה שניתן יהיה להתחשב בנסיבות נוספות המלמדות על הקשר של בני הזוג ועל זיקת האלמנה ליהודי וליהדות. בין היתר, ניתן יהיה להתחשב בתקופת הקשר הזוגי; משך הזמן שחלף בין פטירת זכאי השבות למועד העלייה; קיומם של ילדים משותפים וילדים זכאי שבות בפרט; עלייתם של הילדים ארצה; וכיוצא בזה. מובן כי אין מדובר ברשימה ממצה.

57. שונה המציאות דהיום מהמציאות ששררה בישראל בשנת 1970, עת נוסף סעיף 4א לחוק השבות. ייתכן כי השינויים והתמורות שחלו בנתוני העלייה לישראל מצדיקים בחינה מחודשת של מדיניות העלייה והיקף התפרשותו של חוק השבות (על התאמתו של חוק השבות למציאות העכשווית, ראו באופן כללי אשר כהן יהודים לא-יהודים: זהות יהודית ישראלית ואתגר הרחבת הלאום היהודי 80-84) (בסדרה יהדות ישראלית, אבי שגיא וידידיה צ' שטרן עורכים, 2005); גדעון ספיר "האם חוק השבות עודנו מוצדק?" ספר אדמונד לוי (2017)). מכל מקום, עניין זה הוא למחוקק לענות בו. כל עוד ניצבת הוראת סעיף 4א לחוק על מכונה, איני סבור כי היא נועדה לשלול שלילה גורפת זכות שבות של אלמנת זכאי השבות, כמוסבר בהרחבה לעיל.

נחזור ונזכיר כי ילדיהם של העותרות שלפנינו הם זכאי שבות שקשרו את גורלם בישראל, עלו לארץ חלקם שירתו בצה"ל ונישאו והקימו משפחה בישראל. קשה היה להישאר שווה נפש לדבריה של באת כוח העותרת בבג"ץ 2309/19, שהעידה על עצמה כי הגיעה לארץ כנערה בודדה במסגרת תוכנית נעל"ה, שירתה בצה"ל ביחידה קרבית ולא העלתה על דעתה שאמה לא תהיה זכאית לעלות אחריה. השיקול של אי הפרדת ילדים מהוריהם ואי פיצול המעמד של בני המשפחה מטה את הכף לעבר גישתן של העותרות. אכן, גרעינו הקשה של חוק השבות ותכליתו העיקרית היא עידוד עלייתם של יהודים ארצה, אך משהכיר המחוקק בזכותו של הבן ושל הנכד זכאי השבות, באה לידי ביטוי התכלית של שמירה על התא המשפחתי, ומכאן ההכרה בזכותה של אלמנה של זכאי שבות.

58. אשר על כן, אציע לחבריי לעשות את הצו-על-תנאי שניתן לצו מוחלט, במובן זה שנורה למשיבים כי יינתנו לעותרות בבג"ץ 2309/19 ולעותרת 1 בבג"ץ 1775/19 אזרחות ישראלית ומעמד עולה מכוח הוראות חוק השבות.

בנסיבות העניין ולנוכח התוצאה אליה הגעתי, המשיבים ישאו בהוצאות העותרים בבג"ץ 1775/19 והעותרות בבג"ץ 2309/19 בסך 7,500 ₪ (סה"כ 15,000 ₪).

ש ו פ ט

השופט ד' מין:

לעמדת, יש להעדיף את פרשנות המשיבים לסעיף 4א לחוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות או החוק) באופן שאלמנת ילד או אלמנת נכד של יהודי לא תהיינה מוגדרות כ"זכאיות שבות". על כן לשיטתי דין העתירות להידחות.

1. חוק השבות, הוא אחד מהחוקים החשובים ביותר. יש שכינהו החשוב שבחוקי ישראל. חוק יסוד במהותו. היסודי שבחוקים (בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 426 (2004)). וכדברי השופט נ' הנדל בבג"ץ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים (2.8.2010):

"לעניות דעתי, אין חוק עלי ספר החוקים המבטא טוב יותר כחוק השבות את ייחודה ההיסטורי של הקמת מדינת ישראל ותכליתה בשנת 1948. החוק ממזג בין ההיסטוריה, התרבות והדת; בין העבר, ההווה והעתיד; בין השאיפה, החלום והמציאות; בין מעוף השמיים, עפר הארץ ומצולות הים." (שם, פסקה 2).

אכן חוק חשוב. רבות נכתב עליו. על פרשנותו. על יישומו בנסיבות שונות. על מגמותיו. על תכליותיו. על כוונותיו. חברי השופט י' עמית הרחיב בדבר. לא אחזור על הדברים אלא במידה הנחוצה לשכנע בצדקת עמדתי. אדרבה, הדיון בענייננו קצר. הוא קצר מפני שלעמדתי הוא צריך להתחיל ולהסתיים בנקודת המוצא, בפרשנות הלשונית שאינה עולה בקנה אחד עם פרשנות העותרים (לעתים יכוננו מבקשי הסעד העותרים ולעתים העותרות, לפי העניין והקשר הדברים המתבקש). ואם קיימת היתכנות פרשנית תכליתית כעמדתם, היא חורגת מפשטותם של הדברים. אבהיר את דבריי.

הפרשנות הלשונית

2. ראש לכל בפרשנות דבר חקיקה, ועל כך אין חולקים, היא לשון החוק. כך בפרשנות כל דבר חקיקה וכך גם בפרשנות חוק השבות (בג"ץ 6247/04 גורודצקי נ' שר הפנים, פסקה 20 (23.3.2010) (להלן: עניין גורודצקי)). נקודת המוצא לכל בחינה פרשנית הינה לשון החוק. היא זו שקובעת את המסגרת אשר בתוכה תפעל התכלית החקיקתית. הצמדות בית המשפט ללשון החוק עומדת באחד מיסודותיה של הסמכות השיפוטית וגבולותיה. כפי שנאמר בעניין גורודצקי: "תפקידו של השופט הינו לפרש את החוק ולא ליצור אותו". רק אם הלשון סתומה או מתפרשת באופנים שונים, יש לתור אחר תכליתה. אך גם אז, הפרשנות התכליתית אינה כלי דרכו ניתן לאמץ אל תוך החוק משאלות לב. היא אינה אמצעי להעלאת פרשנות המסדרת עם התוצאה המבוקשת או התכלית הסובייקטיבית הרצויה של הפרשן.

3. לאחרונה במסגרת רע"א 7451/19 עזבון המנוח גבריאל אטולין נ' דרויש (12.10.2020), אמרתי את הדברים הבאים:

"בהתאם לתורת הפרשנות המקובלת, יש להידרש תחילה ללשון החוק והמשמעויות אותן היא יכולה לשאת. הלשון היא זו הקובעת את גבולות פרשנות דבר החקיקה (ע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה בע"מ, פסקה 27 (26.1.2020); ע"א 8096/17 סקוק נ' איסחקוב, פסקה 14 לפסק דינה של השופטת י' וילנר (3.2.2019); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ, פסקה 18 (26.2.2012); אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה, 97 (1993)). רק כאשר הלשון נושאת בקרבה מספר משמעויות לשוניות אפשריות, תיבחר הפרשנות המשפטית העולה מלשון החוק אשר מממשת בצורה המיטבית את תכליתו (עע"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פ"ד (סד) 2) 353, 376-377 (2010); בע"מ 2255/19 פלוני נ' פלונית, פסקה 23 (23.2.2020); דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית לישראל, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (12.9.2017))." (שם, פסקה 6).

ומה מורה לנו לשון החוק בענייננו?

4. במסגרת תיקון מס' 2 לחוק (חוק השבות (תיקון מס' 2), התש"ל-1970 (להלן: התיקון)) הוספו סעיפים 4א ו-4ב לחוק. סעיפים אלו מורים כך:

4א(א). הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

(ב). אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודדו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.

(ג). ...

4ב. לענין חוק זה, 'יהודי' – מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת.

5. מבנה סעיף קטן (א) לסעיף 4 מסודר וברור: ברישא הסעיף מדובר על מהות הזכויות המוקנות (זכויות השבות של יהודי לפי החוק); אמצע הסעיף עוסק בזכות האנשים עליהם יחולו הזכויות שיש להם זיקה ליהודי (צאצאיו של יהודי ובני זוגם); וסיפא הסעיף מדבר על החרגי הרחבת מעגל הזכאים (ממיר את דתו היהודית). באמצע הסעיף כלולות שלוש קטגוריות: האחת, ילד ונכד של יהודי; השנייה, בן זוג של יהודי; והשלישית, בן זוגו של ילד ושל נכד של יהודי. גם סעיף קטן (ב) מסודר וברור. סעיף זה המתייחס לסעיף קטן (א) שלפניו ומבהיר כי הזכאות לשבות המוענקת למי שיש לו זיקה ליהודי לפי סעיף קטן (א) אינה ניטלת ממנו רק בשל פטירתו של היהודי או בשל כך שלא עלה היהודי לישראל. על פי פשוטו של מקרא אפוא, הרחבת מעגל הזכאים גם במקרה ש"יוצר" הזיקה ו"יוצר" הזכות – היינו היהודי נפטר או לא עלה לישראל, חל כאשר קיימת זיקה אליו. המעגל אינו מתרחב במקרה של פטירה או של הימנעות מלעלות לישראל, שעה שמדובר באדם שאין לו זיקה ישירה ליוצר הזכות, אלא יש לו רק זיקה של חיתון ("זכאי לשבות" כהגדרת חברי) לאדם אחר (ילד או נכד) שיש לו זיקה ליהודי יוצר הזכות. היינו זיקה לזיקה. לאותם בעלי הזיקה הישירה (הילד או הנכד של היהודי) אין את הכוח להעביר, לאחר מותם, לבעלי הזיקה אליהם את הזכאות לשבות שהם זכו לה מיוצר הזכות. זאת על שום מה? על שום שהם אינם נחשבים יהודים לפי ההגדרה שבסעיף 4 לחוק. הסעיף מבדיל אפוא מפורשות בין יהודי שמכוח הזיקה אליו בעל הזיקה זכאי לשבות, לבין זכאי לשבות מכוח זיקה, שנטול כוחות להקנות לבעל הזיקה אליו זכאות לשבות. על אותו עיקרון מושתתת גם ההבחנה בין הזכות הנגזרת מכוח זכות אבות לבין זו הנגזרת מקרבת חיתון (ראו פסקה 40 לחוות דעתו של חברי). לו ביקש המחוקק להרחיב את המעגל לכלל הקטיגוריות המפורטות בסעיף קטן (א), חזקה עליו כי היה כותב בסעיף קטן (ב): "אין נפקא מינה אם אדם שמכוחו נתבעת זכות ... עודו בחיים ...". מתוך כך, שההגדרה מצומצמת רק ליהודי ולא לכל אדם – מכלל הן אתה שומע לאו. לדידי אין היתכנות סבירה לפרשנות אחרת.

6. אכן, העיקרון של "מכלל הן אתה שומע לאו", אינו כלל ברזל. לעתים המובן המשתמע של הטקסט יכול להיות שלילי ("הסדר שלילי"), שמשמעותו שההסדר שנקבע במפורש לא יחול על סוגיה שלא הוסדרה במפורש; ויכול להיות חיובי ("הסדר חיובי"), שמשמעותו כי ההסדר שנקבע במפורש כן יחול על סוגיה שלא הוסדרה במפורש (וראו: אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים מה 573, 584 (2016)). הבחירה בין שתי האפשרויות האמורות, היא בחירה פרשנית הנעשית בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים (רע"א 4990/05 ממן נ' עיריית הרצליה, פסקה 18 (7.10.2009) והאסמכתאות שם). במקרה דנן, לשיטתי כאמור קשה עד בלתי אפשרי

לסבור כי מדובר בהשמטה או בחסר מקרי וללמוד מתוך מה שכתוב בסעיף שהכוונה הייתה להרחיב את הגבולות לעבר מה שלא כתוב בו. מדובר אפוא "בשתיקה מדעת" (דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי (12.9.2017)). על כן, אין מקום להקנות זכאות לשבות לאלמן או לאלמנה של ילד או נכד של יהודי, שתחולתם של אלו הוצאו בכוונת מכוון מגדריו של החוק. אלמן או אלמנה של יהודי - כן. אלמן או אלמנה של ילד או נכד של יהודי - לא (וראו לעניין החלתו של כלל ההסדר שלילי בחקיקה: ע"א 8511/18 פקיד שומה נתניה נ' דלק הונגריה בע"מ, (26.1.2020); ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" אגודה חקלאית שיתופית של קצינים משוחררים בע"מ (בפירוק), פ"ד יד 1549, 1549 (1960); ע"א 73/50 דעואל נ' פטרזילקה, פ"ד ו 599, 605 (1952); בג"ץ 6301/18 השופטת רונית פוזננסקי כץ נ' שרת המשפטים, פסקאות 30-32 לחוות דעתו של השופט ע' פוגלמן (27.12.2018); אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); אהרן ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית כרך ראשון 443-483 (1992)).

7. משמעותו של דבר היא, כי פטירתו של יהודי אינה משפיעה על זכאותו של ילדו, של נכדו, של בן זוגו ושל בן זוגו של נכדו או ילדו. לעומת זאת, כאשר מנותקת הזיקה בין הילד או הנכד לבין בן זוגם - הן בשל גירושין והן בשל פטירה - פוקעת מיניה וביה הזיקה לזיקה שהייתה לבן הזוג האמור עם היהודי. לשיטת העותרים יש לפרש את המונח "בן זוג של ילד ושל נכד של יהודי" שבסעיף 4א(א) לחוק ככולל גם "אלמן" ו"אלמנה" ואין ליצור מצב שבו בגדרי סעיף אחד תינתנה פרשנויות שונות לאותו מונח. אלא שלדעתי, חרף השתדלותם הפרשנית של העותרים, אין מקום לחרוג מפשטותם של הדברים. אם לא כן, ואם פרשנותם של העותרים באה בחשבון, תישאל השאלה כאמור מדוע ראה המחוקק בסעיף 4א(ב) לחוק לייחד את הרחבת מעגל הזכאים גם בעת פטירת מזכה הזכות רק ליהודי ולא ליוצאי חלציו.

8. בכך ניתן למעשה לסיים את הדיון. שכן, כאמור מקום בו הפרשנות הלשונית היא ברורה, אין מקום להידרש לתכלית החוק. עם זאת, כדי שהמלאכה לא תימצא חסרה, אדון גם בתכלית החוק, המובילה לעניות דעתי לאותה תוצאה.

הפרשנות התכליתית

9. עובר לתיקון, מעגל הזכאים לשבות כלל רק מי שהוגדר כיהודי. מטרת התיקון הייתה להרחיב את מעגל הזכאים לשבות כדי להכליל גם את בני משפחתו שאינם יהודים של יהודי המוגדר באופן מפורש בסעיף 4ב לחוק. כפי שציינתי במסגרת בג"ץ 5517/16 יעקובוב נ' שר הפנים (24.4.2018):

"בית משפט זה עמד לא אחת על פירושו ה"לשוני דינמי" והתכליתי של סעיף 4א האמור, ועל יחסי הגומלין בינו לבין סעיף 4ב (בג"ץ 8030/03 סמוילוב נ' שר הפנים, פ"ד נח(6) 115 (2004); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 749 (1999)). בעוד שהגדרת יהודי על פי סעיף 4ב עוסקת בהגדרת יהודי לפי ההלכה היהודית, סעיף 4א(א) לחוק השבות מרחיב כאמור את מעגל הזכאים לשבות. ביסוד חקיקתו עמד החשש כי יהודי התפוצות, אשר יצרו קשרי משפחה עם מי שאינם יהודים, יימנעו מלעלות לישראל ככל שהדבר יהא כרוך בפירוק התא המשפחתי שלהם. על כן, באמצעות סעיף 4א(א) ביקש המחוקק לנטרל את התמריץ השלילי לעלייתם של אלה ארצה, אגב הקניית מעמד של עולים לבני משפחתם שאינם יהודים (בג"ץ 3203/10 שטה נ' שר הפנים, פסקה 9 (20.8.2013); בג"ץ 1188/10 פוזרסקי שר הפנים, פסקה 25 (31.7.2013); עניין גורודצקי, פסקה 33; עניין סטמקה, 756-755; בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 835 (1989)). שילובם של שני סעיפים משלימים אלה מסייע בהגשמת התכלית העיקרית שבבסיס חוק השבות, שהיא עידוד יהודים החיים מחוץ לישראל לעלות ארצה תוך שמירה על אחדות משפחתיהם." (שם, פסקה 24; וראו גם: בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793 (1989)).

וכפי שנאמר בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999) (להלן: עניין סטמקה) מפי השופט (כתוארו אז) מ' חשין:

"קשה שלא לחוש בשתי מגמות המושכות לצדדים בתיקון זה של חוק השבות. מעבר מזה, המגמה הברורה לתחום את הגדרת ה"יהודי" במסגרת אובייקטיבית – תוך זניחת היסוד הסובייקטיבי – ומעבר מזה, הקניית זכויות של יהודים גם למי שבעליל אין הם יהודים. הן לעניינו של חוק השבות הן לעניינו של חוק מרשם האוכלוסין, "יהודי" הוא – בדרכה של ההלכה היהודית – רק מי שנולד לאם יהודייה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת. בה-בעת, ובמגמה נוגדת לכאורה, קונים זכויות של "יהודים" – לעניין שבות – גם בני משפחתו הקרובים של יהודי, אף שאין הם יהודים (ראו עוד דברי חבר-הכנסת משה סנה בדיוני הכנסת: ד"כ 57 (תש"ל) 1134-1133).

שתי מגמות אלו – מגמות סותרות-לכאורה, ואפשר לא רק לכאורה – נועדו, כל אחת מהן, לתכליתה, ובסופם-של-דברים אמורות הן להשלים זו-את-זו. הגדרת ה"יהודי" נועדה לשמור על אחדות הלאום היהודי על-פי המסורת המקובלת, והרחבת זכות השבות לבני משפחה כוונה לשמור על אחדות המשפחה אשר אחד מבניה הוא

יהודי. נישואי-תערובת הינם תופעה רווחת בקרב יהודי התפוצות, והחשש היה כי שלילת זכויות מבן-משפחה שאינו יהודי עלולה להניא יהודים מִעֲלֹת ארצה: שיהודים לא יסכימו לעלות ומשפחתם אינה עמם. אכן, הוראת סעיף 4א נועדה בעליל למשפחה של נישואי-תערובת, במגמה שלא להביא לפיצולה ובמטרה לעודד את עלייתה ארצה. מגמה זו האחרונה ביקש המחוקק להגשים על דרך הקניית זכויות שבות לבן משפחתו של יהודי, גם בלא להכיר בו כיהודי. (שם, עמ' 754-755).

בית המשפט בעניין גורודצקי סיכם את תכליותיו של סעיף 4א לחוק כך:

"ניתן לסכם את תכליותיו של סעיף 4א לחוק השבות בחמש אלו: הראשונה, עידוד מי שאינו יהודי על-פי ההלכה אך יש לו זיקה משפחתית ליהודים לעלות לישראל ולהצטרף לעם היושב בציון כאמצעי למניעת התבוללות; השנייה, עידוד יהודים הנשואים בנישואי תערובת לעלות לישראל ומציאת פתרון למשפחות מעורבות; השלישית, עשיית צדק על-ידי השוואת הסטאטוס של בני משפחה מעורבת שעולים לישראל, בלי שחלק מבני המשפחה ידרשו לעמוד במבחני חוק האזרחות בעוד האחרים יקבלו מעמד אוטומאטי; הרביעית, איזון בין ההגדרה המסורתית לבין ההגדרה הלאומית של המונח "יהודי" בחוק השבות, כפי שעלה מדיוני הכנסת; החמישית, איחוד משפחות והגשמת הזכות לחיי משפחה משותפים." (שם, פסקה 33).

10. ברם, למגמות אלו ישנם גבולות. כפי שנאמר לא פעם, אחד מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית הינו כי מדינת ישראל הינה מדינה יהודית ומדינת העם היהודי (אהרן ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה (1993) בעמ' 429-428 (להלן: ברק, פרשנות החקיקה); אהרן ברק "ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית ודמוקרטית" מנחה ליצחק – קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו 31 (1999)). ככזו, אחת ממטרותיה הינה לעודד ולסייע לאלו המשתייכים לעם היהודי, על כל זרמיו וגווניו, לעלות לישראל ולבנות בה את ביתם (וראו עוד בעניין זה: בג"ץ 7625/06 רגצ'ובה נ' משרד הפנים, פסקה 22 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (31.3.2016)). אלא כפי שנפסק בעניין גורודצקי:

"גם לשיטת אלו שמכירים בזכויותיו של בן זוג זר להגירה אל המדינה בה שוהה בן זוגו, אין חובה של המדינה ליתן זכויות אלו לבני זוג אשר נפרדו אחד מהשני, בין אם מרצונם ובין בשל המוות שהפריד ביניהם, בייחוד כאשר בן הזוג הזר טרם היגר והתיישב במדינת מוצאו של בן זוגו." (שם, פסקה 28).

11. ללמדך שהזכות המוקנית לבן הזוג אינה זכות בלתי הדירה. היא חלשה יותר מזכותו של אדם הקונה את זכאותו בשל קשר דם שיש לו עם יהודי, שאז היא בלתי ניתנת לערעור. יתר על כן, התכלית המצוינת בפסיקת בית משפט זה השזורה בה כחוט השני היא כאמור לעודד עלייה ארצה של יהודים שנישאו בנישואי תערובת. אך כפי שנאמר בעניין סמילוב:

”סעיף 4א מייחס חשיבות גם לקשר שקשרו אותם בני משפחה עם העם היהודי – לא אך עם אותו יהודי המבקש לעלות. כך (למשל) יש להבין ולפרש את הוראת סעיף 4א(ב) לחוק השבות, ולפיה ”אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודד בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו”, ואולם חריג זה בא להעיד על הכלל, ועולה הוא בקנה אחד עם תכליתו העיקרית של החוק. פירושו ותחומי פרישתו של סעיף 4א של חוק השבות ייגזרו אפוא מייעודו, דהיינו: הוראת החוק תפורש בדרך שתבטיח כי יהודים שנישאו בנישואי תערובת לא יירתעו מהגשמת זכותם לעלות לישראל; כך – אך לא מעבר לכך” (ההדגשה שלי, שם, עמ’ 120).

רוצה לומר, ישנם גבולות למגמת הרחבת התכולה של סעיף 4א לחוק ואין מקום להרחיב את היריעה עד שיכלו שפתותינו מלומר די.

12. כפי שנאמר לעיל, קיימת הבחנה מהותית ומשמעותית בין הרחבת מעגל הזכאים שיש ביניהם קשר דם לבין הרחבתו אל עבר אלו שחיבורם ליהדות נובע מקשרי חיתון. בעוד שקשר דם בין יוצר הזכות לבין בנו ולבין בן בנו הוא בבחינת חוט משולש שלא במהרה יינתק, קשרי חיתון הם יחסים הניתנים לפרימה, לפירוד, לגירושין ולפטירה. בן הזוג נעדר זכות אבות של יוצר הזיקה והוא חי מקיומו של קשר הסכמי עם הזכאים לשבות מכוח יוצר הזכות. בהעדר קשר, התכלית של הגשמת עלייתו של נעדר הקשר ארצה מאבדת מערכה. אכן בעניין זה חברי מבחין בין פירוד מפאת אונס – פטירה, לבין פירוד מפאת הסכמה – גירושין. במקרה של פירוד מפאת פטירה אין הדבר משפיע לדעת חברי על קשירת הגורל בין שני בני הזוג. מכאן גם אין מקום להשקפתו להסיק על ניתוק קשר הגורל שקשרו בני הזוג עם העם היהודי. טיעון זה במבט ראשון אכן משכנע. אלא שפועל יוצא ממנו הוא כי המחוקק נתן את דבריו לשיעורין, ומקדמת דנא הלכה היא לפנינו שאין המחוקק עושה כן (ע”א 206/57 ברוכמן נ’ רכצמן, פ”ד יא 1297 (1957)). היינו, פעם הוא רואה את ניתוק קשר הנישואין כרלוונטי ופעם לא. פעם קיימת חשיבות לכך שהקשר הזוגי חי וקיים, ופעם אין לכך חשיבות. פרשנות מעין זו לעניות דעתי רופפת.

13. חברי הביא בחוות דעתו מקרים היפותטיים התומכים לדבריו בפרשנותו, שבהם ההיגיון מחייב שתוכר זכות השבות לאלמן מזכאי שבות. דוגמה אחת היא של בן זוג הממשיך לקיים אורח חיים יהודי וממשיך לקשור את גורלו שקשר עם העם היהודי, חרף פטירת בן זוגו זכאי השבות. דוגמה שניה היא יהודי ששכל את בנו המבקש לעלות לישראל יחד עם כלתו האלמנה ונכדיו הלא יהודים. דוגמאות אלו אכן שובות לב. אך שואל אני: גם אליבא דדעת חברי, ישנו הבדל בין בן-זוג הגרוש ובן-זוג אלמן שנישא לאדם אחר ולא נותר קשור בקשרי עבותות לעם היהודי, לבין בן-זוג שהתאלמן ולא קשר את גורלו עם אדם אחר. ברם, ייתכן שגם לבן הזוג הגרוש ולבן הזוג האלמן שנישא בשנית ישנם ילדים הזכאים לשבות ולא מן הנמנע שבן הזוג, חרף גירושיו מבן הזוג הזכאי לשבות או חרף נישואיו עם אחר, עדיין מקיים אורח חיים יהודי מפאת ילדיו. זאת ועוד. נשאלת השאלה מה דמו של נכד של יהודי שנשא לאישה נכריה, אשר אינו מאבד את זכאותו לשבות, אדום יותר מאמו אשר התאלמנה מאביו ונישאה אף היא לנכרי. הנכד לא מאבד את זכאותו לשבות ואילו גם לעמדת חברי, אימו כן מאבדת את זכאותה. הרי על פניה "התכלית" זהה. זה כמו זו וזו כמו זה נמצאים באותו מצב ובאותו ריחוק רגשי מהעם היהודי היושב בציון. ללמדך, שכוחו של זכאי השבות גדול יותר, מכוחה של האלמנה שכוחה רופס ולעתים נכנסת לגדרה של "בן זוג" לפי סעיף 4א(א) ולעתים לא.

14. אכן לתור אחר תכלית במקום שבו לשון החוק אינה חד-משמעית, הכרחית. אלא כפי שנאמר בלשון ציורית מפי השופטת א' פרוקצ'יה בע"מ 2190/06 מדינת ישראל נ' Bueno Gemma, פסקה 40 (13.5.2008): "הפרשנות התכליתית איננה סוס פרא הדוהר למרחבים בלא רסן. היא דומה יותר לסוס מאולף, הנע בתלם חרוש, שאת תחומיו וגבולותיו מגדירים הלשון והנוסח". ובלשון אחרת שלה: "שהרי ההתחקות אחר התכלית לעולם נתונה היא בגדריה של המסגרת הלשונית, על פי מתחם האפשרויות שהלשון מציבה, ולא מעבר לכך" (שם, פסקה 39). בענייננו, יש אכן רגליים לפרשנות חברי המבוססת על התכלית החקיקתית שבמקרה והאלמנה נישאת בשנית הקשר שלה עם העם היהודי מתפוגג ואין מקום להעניק לה זכות שבות. ברם, כאמור, המחקק לא ראה להבחין בינה לבין רעותה שלא נישאה. אדרבה, לפי הפרשנות החלופית המאומצת על ידי חברי כפרשנות אפשרית, דין בן זוג של זכאי לשבות זהה לדין בן זוגו של יהודי. מה לי אפוא במסגרת הפרשנות, אם בן הזוג התאלמן ונישא בשנית, ומה לי אם נותר גלמוד באלמנותו. המסקנה המתבקשת היא כי אין הבדל בין השניים. כך או כך, בעת ניתוק הקשר, מתפוגגת הזכאות. בין אם האלמנה נישאה בשנית ובין אם לאו.

15. בעניין זה סומך אני את שתי ידי על מה שכתב חברי בפסקה 47 לחוות דעתו, כי כיוון שבענייננו מדובר באלמנה של זכאי לשבות ולא באלמנה של יהודי, כך שילדי בני הזוג אינם יהודים בעצמם, הקשר של האלמנה ליהודי מתרחק. אלא שלבסוף בחר חברי לראות בזיקה שנוצרה בין העותרות לבין העם היהודי כזיקה שוות ערך לבת זוג של יוצר זיקת היהדות – היהודי. דעתי כאמור שונה, ולמרות שאני רואה טעם לראות בעניינן של העותרות זיקה בת ערך לעם היהודי, קשה לי מאידך גיסא לראות כיצד מצבן טוב יותר מילדו של נכד יהודי המנהל אורח חיים יהודי כשר למהדרין שהמחוקק אינו מכיר בו כזכאי שבות. ללמדך, שיש למתוח את הקו במקום כלשהו, וזו מלאכתו של המחוקק ולא של בית המשפט.

16. חברי גם הביא ולו על דרך הדרש את מעשה רות המואביה כדי להצביע על הקשר הכן שיכול להתקיים בין כלה נוכריה לבין חמותה היהודיה. עניין זה עלה לא פעם בפסיקת בית משפט זה הדנה בחוק (וראו: עניין גורודצקי, פסקה 41; עניין סטמקה, עמ' 756; בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 500 (1969)). אין ספק כי דבקותה של רות ביהדות מהווה זרקור מאיר עיניים ומורה דרך לכל מי שמעוניין לקשור את גורלו לעם ישראל ולאלוהיו. האם ניתן לתאר מילים יפות ומרגשות יותר מאלו של רות: "כי אל אשר תלכי אלך ובאשר תליני אלין. עמך עמי ואלוקיך אלקי. באשר תמותי אמות ושם אקבר. כה יעשה ה' לי וכה יוסיף כי המות יפריד ביני ובינך" (רות א, טו-טז). ולא בכדי לאחר שנולד לרות בן מבעז, מספר הכתוב כי בירכוה הנשים: "והיה לך למשיב נפש ולכלכל את שיבתך כי כלתך אשר אהבתך ילדתו אשר היא טובה לך משבעה בנים. ותקח נעמי את הילד ותשתהו בחיקה ותהי לו לאמנת. ותקראנה לו השכנות שם לאמר ילד בן לנעמי ותקראנה שמו עובד הוא אבי ישי אבי דוד" (רות ד, טו-יז). אכן קשר הדוק-חזק-מרגש בין החמות לבין הכלה. כל המוסיף גורע. אך את זאת יש לזכור, רות התגיירה ומסתבר כי לפי חז"ל עברה תהליך שבו כוונותיה וזיקתה ליהדות נבחנו על ידי חמותה בקפידה. וכך מספרת הגמרא (בבלי, יבמות, מז ע"ב):

"ואין מרבים עליו ואין מדקדקים עליו (אין מרבים על הגר דברי איום ואין מדקדקים עמו יותר מדי). אמר רבי אלעזר מאי קראה (מהו הפסוק המלמד על כך)? דכתיב (שכתוב) 'ותרא כי מתאמצת היא ללכת אתה ותחדל לדבר אליה' (רות א, יח). אמרה לה (נעמי לרות) אסיר לך תחום שבת (אסור לנו לצאת מחוץ לתחום שבת). (השיבה לה רות לנעמי) 'באשר תלכי אלך'. אסיר לך יחוד (אמרה נעמי לרות – אסור לנו להתייחד עם איש שאסור עלינו).

(השיבה רות לנעמי) 'באשר תליני אלין'. (אמרה לה נעמי לרות) מפקדינן שש מאות וי"ג מצות (אנו מצווים לשמור שש מאות ושלוש עשרה מצוות). (השיבה לה רות לנעמי) 'עמך עמי'. (אמרה נעמי לרות) אסיר לך עבודת כוכבים (אסור לנו לעבודת עבודה זרה). (רות השיבה לנעמי) 'ואלקיך אלקי'. (אמרה לה נעמי לרות) ארבע מיתות נמסרו לב"ד (ישנם ארבע מיתות המסורות לבית דין להעניש את החוטאים). (רות השיבה לנעמי) 'באשר תמותי אמות'. (אמרה לה נעמי לרות) ב' קברים נמסרו לב"ד (קוברים את אלו שנידונו למיתה בשני קברים). (השיבה לה רות) 'ושם אקבר'. מיד (נעמי הבחינה כי רות אינה נרתעת מדבריה) 'ותרא כי מתאמצת היא ללכת אתה ותחדל לדבר אליה.'"

ביטוי דומה לשיחה זו מתועד במדרש (רות רבה ב, כב):

"ותאמר רות אל תפגעי בי לעזבך לשוב מאחריך' (רות א, טז). מהו אל תפגעי בי. אמרה לה לא תחטא עלי לא תסבין פגעיך מני לעזבך לשוב מאחריך (תחדלי מלנסות לשכנעני שלא להתגייר, שכן תפגעי). מכל מקום דעתי להתגייר אלא מוטב על ידך ולא על ידי אחרת. כיון ששמעה נעמי כך התחילה סודרת לה הלכות גרים. אמרה לה בתי אין דרכן של בנות ישראל לילך לבתי תיאטראות ולבתי קרקסאות שלהם. אמרה לה 'אל אשר תלכי אלך'. אמרה לה בתי אין דרכן של ישראל לדור בבית שאין שם מזוזה. אמרה לה 'באשר תליני אלין' 'עמך עמי' אלו עונשין ואזהרות 'ואלקיך אלקי' שאר מצות."

גיור לחוד ושבבות לחוד אפוא. גיור תלוי ברצון. שבבות תלויה בזיקה. התניית השבבות בחוזקו של הרצון, סוטה מהתכלית.

17. מעבר לכל האמור, נראה לי כי אימוץ עמדתו של חברי לפיה זכאותה של אלמנה לשבבות תלויה נסיבות, מוקשית. לפי חברי, אלמנה כאמור, תימצא לעתים זכאית לשבבות ולעתים לא. לדעתו, ניתן יהיה להתחשב בתקופת הקשר הזוגי; במשך הזמן שחלף בין פטירת זכאי השבבות למועד העלייה; בקיומם של ילדים משותפים וילדים זכאי שבבות בפרט; בעלייתם של הילדים לישראל; ועוד כיוצא בזה. ברם, אימוץ עמדה זו סוטה מהכלל לפיו בפרשנות דבר חקיקה יש לשאוף להשגת הוודאות המשפטית האפשרית (וראו: ברק, פרשנות החקיקה, עמ' 583-584). לעניות דעתי היא גם אינה עולה עם דבר המחקק ועם רצונו שלא להעמיד את דבריו תלויי נסיבות ולשיעורין. הסעיף מורה מי הם הזכאים לשבבות ואנו למדים מכך מי הם אשר אינם באים בגדרי הזכאים. הסעיף אינו מורה לעתים כך ולעתים אחרת.

18. העותרים תלו את יהבם בין היתר על כך שבעבר היו מספר מקרים בהם אושרו בקשות לקבלת מעמד עולה עבור בן זוג של בן או נכד של יהודי אף לאחר פטירתו של הבן או הנכד של היהודי. המשיבים אישרו את שינוי המדיניות והסבירו שעשו כן בשנת 2016. חברי רואה בכך נסיבה המטה את הדין לעבר קבלת עמדת העותרים. אני לא רואה בכך נתון שיש לקחתו בחשבון. לא לכאן ולא לכאן. הלכה היא עמנו כי רשות מינהלית רשאית לשנות מדיניות שאימצה בעבר והיא אף חייבת לבחון את הצורך בשינוי כזה מעת לעת (בג"ץ 4252/17 ח"כ ד"ר יוסף ג'ברין נ' הכנסת (14.7.2020); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 204 ואילך, 258-257 (2010) (להלן: ברק-ארז)). זאת בלבד שתעשה כן על יסוד שיקולים ענייניים, ללא הפליה, ותעמוד בדרישות של סבירות ומידתיות (רע"ב 4779/17 אבו-צעלוק נ' שירות בתי הסוהר, פסקה 48 (22.3.2020); בג"ץ 794/17 זיאדה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פסקה 120 לחוות דעתו של המשנה לנשיאה ג'ובראן (31.10.2017); בג"ץ 3805/06 אדרעי נ' משרד הביטחון, אגף השיקום, פסקה 11 (15.9.2011)). האמור נכון גם לגבי יישום הדין ופרשנותו (והשוו: בג"ץ 8634/08 אלחננוב נ' משטרת ישראל, פסקה 26 (16.11.2010)). יפים לעניין זה דברי השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין סטמקה:

"רשות שפירשה את סמכותה בדרך מסוימת – ולו לאורך-זמן – ולימים מגיעה היא לכלל מסקנה כי שגתה בפירוש וכי סמכותה היא אחרת משפירשה אותה בעבר, לא זו בלבד שרשאית היא לחזור בה מנוהגה הלוקה אלא שחייבת היא לעשות כן. על-פי המחוקק יקום דבר, והחוק נשאר על עומדו – לא נשתנה – אך באשר הרשות טעתה בפירושו." (שם, עמ' 742).

לא נפל אפוא דופי בידי המשיבים שראו לנכון לפרש את הדין בצורה שונה מבעבר. אדרבה, על כך נאמר, מוטב מאוחר מאשר אף פעם.

20. ולבסוף אציין כי קשה להתעלם מעניינן האישי של העותרות. אלא שלשם כך ישנם פתרונות חלופיים שהמשיבים שוקלים אותם בכל מקרה נתון. אלמנות של זכאי שבות המעוניינות לקשור את גורלן לגורל עם ישראל בארצו, אינן נזנחות. לכל אחת ימצא פתרון הראוי לה. אך אין במצוקה זו כדי לשנות את פרשנות החוק. השיקולים שמנה חברי שהם לדעתו ראויים לבחינת הזכאות לשבות, לדעתי ראויים לבחינת הזכאות לקבלת הפתרון החלופי הנכון.

על כן, אם תישמע עמדתי, העתירה תידחה.

ש ו פ ט

השופטת ע' ברון:

1. במחלוקת שנפלה בין חבריי, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיע חברי השופט י' עמית – כי יש לעשות את הצו על תנאי שניתן למוחלט, ולהורות למשיבים ליתן לעותרות בבג"ץ 2309/19 ולעותרת 1 בבג"ץ 1775/19 אזרחות ישראלית ומעמד עולה מכוח חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות).

סעיף 1 לחוק השבות קובע את עקרון היסוד שלפיו כל יהודי זכאי לעלות לארץ ישראל; וסעיף 4 לחוק מרחיב את מעגל הזכאים לזכות השבות ולזכויות נוספות מכוח חוק זה, גם לבני משפחה של יהודי שאינם יהודים בעצמם:

(א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.
(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.
(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).

הנה כי כן, לפי סעיף 4א(א) לחוק – זכות השבות של יהודי נתונה גם לבן זוג של היהודי, לילד ולנכד של היהודי, ולבני הזוג של הילד ושל הנכד של היהודי (וביחד להלן: זכאי שבות, כהגדרתו של השופט עמית).

סעיף 4א(ב) לחוק מוסיף ומבהיר כי זכות השבות נתונה לזכאי השבות גם אם היהודי שמכוחו נתבעת הזכות אינו בין החיים עוד. בענייננו מתעוררת שאלה אחרת, והיא: האם הזכות הנתונה לבן זוג של בן של יהודי ממשיכה להתקיים גם כאשר בנו של היהודי אינו עוד בין החיים, אם לאו. דעתי היא שככלל יש להשיב על שאלה זו בחיוב. דומני כי עמדתי ועמדתו של השופט עמית בעניין זה קרובות, ובכל זאת אבקש להצביע על הבחנה הקיימת בין גישותינו.

2. בשונה מחברי, אינני סבורה כי "ככל שאנו הולכים ומתרחקים מ'מעגלי הקרבה' מן היהודי, כך נחלשת זיקתם של בני משפחתו אליו ולעם היהודי בכלל"

(בפסקה 40 לפסק דינו). לטעמי לשונו של סעיף 4א(א) לחוק השבות היא ברורה, וניכר ממנה כי לכל אחד מזכאי השבות נתונה זכות שבות שוות ערך ועצמאית, הנובעת במישרין ממי שהוא יהודי ומקשרי המשפחה עימו. אין בלשון החוק כל אחיזה לקיומו של מדרג בין זכאי השבות מבחינת טיב או עוצמת הזכויות הנתונות להם, ואין בסעיף 4א(א) יסוד להבחנה בין כאלה שהם בעלי זכות שבות "ישירה" ובין בעלי זכות שבות "עקיפה".

כפי שכבר הובהר בפסיקתו של בית משפט זה, תכליתו של סעיף 4א(א) היא "להבטיח כי יהודים ממשפחות מעורבות לא יימנעו מלעלות לישראל בשל חשש לגורל בני משפחתם שאינם יהודים ולמעמדם בישראל"; וסעיף זה "נועד למנוע קרע בין בני משפחה יהודים המבקשים לממש את זכותם לפי חוק השבות ולעלות לישראל, לבין בני משפחתם האחרים שאינם יהודים" (ראו: דברי חברי השופט ד' מין ב-בג"ץ 2934/16 זדגנידזה נ' שר הפנים, פסקה 17 (8.11.2018) וההפניות הרבות שם; בג"ץ 842/16 אבבה נ' רשות האוכלוסין וההגירה, פסקה 9 (13.8.2018)). תכלית זו מתקיימת ביחס לכל אחד מזכאי השבות בהיותם בני משפחה אחת, וגם בשל כך אין מקום ליצור הבחנה בינם לבין עצמם בכל הנוגע לטיבה או עוצמתה של זכות השבות הנתונה להם.

3. אין זאת אלא שגם לבת זוג של ילד של יהודי נתונה זכות שבות עצמאית הנובעת מהיותה של בת הזוג בעצמה בת משפחה של היהודי; ואין נפקא מינה אם הקשר המשפחתי מקורו בקשר זוגיות או שמא בקשר דם. עצם פטירתו של הבן של היהודי איננה מנתקת את אלמנתו ממשפחתו של בן זוגה ואינה מדירה אותה מחיק משפחתו של היהודי. אף לא ראוי שכך ייקבע. כידוע, לאלמנה נתון מעמד מיוחד בתורה כמי שבעל כורחה נדחקה לעמדה מוחלשת – "כָּל אֶלְמָנָה וְיָתוֹם לֹא תַעֲנוּן. אִם עֲנָה תַעֲנֶנָּה אֹתוֹ, כִּי אִם צָעַק יִצְעַק אֵלַי - שָׁמַע אֲשָׁמַע צַעְקוֹתָיו. וְחָרָה אַפִּי וְהָרַגְתִּי אֶתְכֶם בְּחֶרֶב, וְהָיוּ נַפְשֵׁיכֶם אֶלְמָנוֹת וּבְנֵיכֶם יִתְּמִים" (שמות כב 21-23). מכל מקום, אלמנה איננה גרושה והמנוח איננו בעלה לשעבר, הוא בעלה המנוח. בהינתן האמור, לעמדת התוצאה המתחייבת היא שככלל זכות השבות של בת זוג של בן של יהודי ממשיכה לעמוד לה גם במקרה שבו בן זוגה נפטר.

אבקש בהקשר זה להתייחס גם לסעיף 4א(ב) לחוק השבות, המבהיר כי זכות השבות הנתונה לזכאי שבות ממשיכה לחול גם כאשר היהודי שמכוחו נתבעת זכותם אינו בין החיים עוד. לטעמי, סעיף זה אינו יוצר הסדר שלילי ביחס לתחולתה של זכות השבות כאשר מדובר בפטירתו של בן של יהודי והטוענת לזכות היא בת זוגו שהיתה לאלמנה. ניכר שהמחוקק מצא להתייחס באופן מפורש לשאלת תחולת זכות השבות במקרה של מות היהודי, אך משום היותו המקור לזכות השבות של בני משפחתו כולם.

לא זה המצב כאשר מדובר בבן של יהודי, או בכל זכאי שבות אחר מקרב המשפחה, ועל כן אין להסיק מאום מכך שאותה אמירה מפורשת לא נאמרה על ידי המחוקק ביחס אליהם.

4. אמנם ייתכנו מקרים שבהם פטירתו של בן של יהודי תביא להתפרקות התא המשפחתי ולניתוקה של בת הזוג שלו ממשפחתו של היהודי, ואגב כך מהקשר לעם היהודי; ודוגמא מובהקת לכך היא נישואין מחדש של האלמנה לאדם אחר, וקשירת גורלה בגורלו. כפי שציין השופט עמית, כבר נקבע בפסיקה כי זכות השבות לא תעמוד לבני משפחתו של יהודי מקום שבו הקשר המשפחתי אינו פֶּן ואמיתי (ראו למשל: בג"ץ 8030/03 סמוילוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(6) 115 (2004)) – וההלכה הפסוקה בעניין זה שרירה ויפה גם מקום שבו מדובר באלמנת בנו של יהודי. ואולם עמדת המוצא היא כנות הקשר המשפחתי, ועל כן הנטל להוכיח כי האלמנה התנתקה ממשפחתו של בן זוגה שנפטר (שהוא בן של יהודי) מונח לפתחו של הטוען לכך.

בעתירות שלפנינו אין ולא יכול להיות חולק בדבר כנות הקשר שבין העותרות שהן אלמנות של בנים של יהודים, ובין משפחת היהודי שמכוחו הן זכאיות לזכות השבות והעם היהודי בכלל. ילדיהן עלו מכוח זכות השבות לארץ ישראל, חלקם שירתו בצה"ל וכאן בנו את ביתם. התכלית של שמירת התא המשפחתי ועידוד העלייה לישראל מתקיימת בעניינן של העותרות במלוא עוזה, ומחייבת להעניק להן את הזכויות הנתונות בחוק השבות לבת זוג של בן של יהודי.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות השופטים י' עמית וע' ברון לקבל את העתירות, כנגד דעתו החולקת של השופט ד' מין.

ניתן היום, כ"א באלול התשפ"א (29.8.2021).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט

עכב 19017750_E14.docx

<http://supreme.court.gov.il> ; אתר אינטרנט, *3852, 077-2703333 מרכז מידע, טלי