

ד"ר מיכל אפרת

נגד

1. הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים

2. שר הפנים

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[29.3.93]

לפני השופטים א' ברק, ש' נתניהו, ת' אור

פסק-דין

השופט א' ברק: לאה וראובן חיים יחדיו כידועים בציבור. לכל אחד שם משפחה משלו. לשניים ילדים משותפים, אשר שם משפחתם כשם המשפחה של שני הוריהם גם יחד. לאה ביקשה לשנות את שם משפחתה לשם משפחת ילדיה. שר הפנים פסל את שינוי השם. לדעתו, השם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור. האם החלטתו היא כדין?

העובדות

1. מיכל אפרת (העותרת) ועוזי אורנן חיים כידועים בציבור. נחתם ביניהם "הסכם לחיי משפחה". העותרת אינה נשואה לאחר. אורנן חי בפירוד מאישה שנשא בעבר, והסכם הפירוד בין השניים אושר בבית המשפט. גט על-פי דיני ישראל לא סודר ביניהם. לעותרת ולאורנן בן ובת. השניים נושאים את שמות המשפחה אורנן-אפרת. שר הפנים לא פסל שם זה.

2. העותרת פנתה (ביום 25.5.89) למשרד הפנים והודיעה על שינוי שמה (מאפרת לאורנן-אפרת). להודעתה צורף מכתב לוואי. במכתב מסבירה העותרת, כי היא מבקשת להיקרא באותו שם שבו רשום בנה (אותה עת טרם נולדה הבת). במעמד הגשת ההודעה נתבקשה העותרת למלא טופס "הצהרה בכתב". בטופס נתבקשה העותרת להצהיר על המניע לשינוי השם, וכן "כי ההודעה איננה מוגשת מתוך רצון לקבל את שם משפחתו של גבר הנושא שם זה". העותרת סירבה ליתן ההצהרה. לאחר זמן (ביום 3.7.89) הודע לעותרת כי שינוי שמה נפסל משום שהוא עלול להטעות ולפגוע בתקנת הציבור. לאחר הולדת הבת (ביום 21.7.89) סירב המשיב לרשום אותה בשם המשפחה אורנן-אפרת, ואף סירב לאפשר לבן העותרת להוסיף להיות רשום בשם המשפחה "אורנן-אפרת". העותרת ומר אורנן עתרו בעניין זה לבית-משפט זה (בג"צ 340/90). המשיב 2 (להלן – המשיב) חזר בו מעמדתו, והבת נרשמה בשם "אורנן-אפרת". עתה שבה העותרת (ביום 17.9.90) וביקשה, כי המשיב ישקול את עמדתו מחדש. פנייתה המחודשת של העותרת נדחתה. שר הפנים שקל בדבר והחליט, כי יש לפסול את השינוי המבוקש בהיותו עלול להטעות ולפגוע בתקנת הציבור. כנגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו.

הטענות

3. העותרת טוענת, באמצעות באת-כוחה, כי שמו של אדם הוא בעל משמעות אישית עמוקה עבורו. רצונה של העותרת לשנות את שמה לא נובע מכוונת תרמית. רצונה הוא לשאת אותו שם שנושאים שני ילדיה. לטענתה, אין כל הטעיה לציבור משינוי השם המבוקש, מה גם שהלכה למעשה היא נושאת שם זה, ואין בכך כל עבירה. כמו כן אין בשינוי המבוקש כל פגיעה בתקנת הציבור. תקנת הציבור משקפת את השקפת העולם הרווחת בחברה בכל עת. היא משתקפת בחקיקה ובפסיקה. המחוקק הישראלי הכיר בזכותם של גבר ואישה לחיות יחדיו בלא נישואין המוכרים על-ידי המדינה. הוא העניק זכויות סוציאליות שונות לבני-זוג "ידועים בציבור". במצב דברים זה אין לראות בחיים משותפים של ידועים בציבור משום פגיעה בתקנת הציבור. זאת ועוד, העותרת מלינה על הפליית כאישה. לטענתה, רק אישה – המבקשת להחליף שם משפחתה – מתבקשת להצהיר כי לא בחרה בשם החדש משום היותו שם של גבר. לבסוף, באת-כוח העותרת מפנה את תשומת הלב לשינוי פסקי-דין של בית המשפט העליון העומדים בדרכה: בג"צ

73/66 זמולון נ' שר הפנים ואח' (להלן – פרשת זמולון [1]); בג"צ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים [2] (להלן – פרשת שי"ק (השנייה)[2]). באת-כוח העותרת

מבקשת לאבחן פסקי-דין אלה. על כל פנים, חלף זמן רב מאז נפסקו, ויש מקום-

לאור שינויי הנסיבות – לבחינה מחודשת של הסוגיה.

4. בדברי תשובתו מפנה בא-כוח המשיב את תשומת הלב לפרשת זמולון [1] ולפרשת שי"ק (השנייה) [2], ומבקש להמשיך בהלכה כפי שעולה מפרשות אלה, ובעיקר מפסק-דינו של השופט לנדוי (אחד משלושת שופטי הרוב בפרשת זמולון [1]). בא-כוח המשיב מצייין, כי "הידועה בציבור" הייתה ידועה שעה שחוקק חוק השמות, תש"ט-ז-1956. המחוקק לא העניק לה מעמד כשל אישה חוקית לעניין שמה היא. זהו הסדר שלילי בכל הנוגע לידועה בציבור. בנסיבות העניין שלפנינו מתקיימת עילת הפסילה של "עלול להטעות". עילה זו אינה מוגבלת להטעות הנעשית מתוך כוונה רעה. היא משתרעת גם על הטעות "אובייקטיבית". זו קיימת בענייננו, שכן יש לציבור אינטרס חיוני שלא יטושטש הגבול בין מעמדה של אישה נשואה לבין הידועה בציבור. לדעת בא-כוח המשיב, עצם העובדה, שהעותרת מבקשת לשאת שם משפחה הזזה לזה של ילדיה, אינו טיעון המכריע את הכף לטובתה. שאלה זו עלתה בפרשת שי"ק (השנייה) [2], וחרץ זאת לא ראה בית-המשפט מקום לסטות מפרשת זמולון [1]. זאת בא-כוח המשיב אין כל הפליה בין גבר לבין אישה לעניין דרישת ההצהרה על הטופס. לבסוף, אין בעבור הזמן כדי לפגום בטעמים שעמדו ביסוד פרשת זמולון [1] ופרשת שי"ק (השנייה) [2]. נהפוך הוא: מאז נפסקו הלכות אלה בוצעו על-ידי המחוקק תיקונים רבים בהוראות חוק השמות. למרות זאת לא ראה המחוקק לשנות את החוק או לקבוע בו הוראות בסוגיה שלפנינו.

המסגרת הנורמטיבית: החוק והפסיקה

5. דיני השמות התבססו, עד לחקיקתו של חוק השמות, על מנהג ונוהג. מצב דברים זה לא הניח את הדעת. על רקע זה חוקק חוק השמות (ראה דברי הסבר להצעת חוק השמות, תש"ט-ז-1956, בעמ' 134). חוק השמות קבע, כי לכל אדם יהיה שם משפחה ושם פרטי (סעיף 2(א)). בצד הזכות לשם משפחה ושם פרטי נקבעה החובה לבחור שם משפחה ושם פרטי (סעיף 8). נקבעו הסדרים לרכישת שם משפחה מלידה (סעיף 3) ומנישואין (סעיף 6). נקבע העיקרון, כי "בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי" (סעיף 10). בחירת השם ושינויו הינם פעולות של הפרט. יש להודיע על בחירת השם או על שינויו לשר הפנים (סעיף 15). הבחירה או השינוי נכנסים לתוקפם לאחר מתן הודעה עליהם לשר הפנים (סעיף 17). השר צריך ליתן – תוך חודש מקבלת ההודעה – תעודה המעידה על הבחירה או על השינוי (סעיף 17) ולפרסם את דבר השינוי ברשומות (סעיף 19), עם זאת נקבע – והוראה זו היא העומדת ביסוד עתירה זו – כי (סעיף 16):

"השר רשאי לפסול בחירת שם לפי הסעיפים 8, 9 ושינוי שם לפי סעיפים 10, 11, 13 אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו".

חוק השמות ציין סייג לשינוי שם, בקובעו, כי אין לשנות שם בתוך שבע שנים מיום תחילת תוקפו של השם הקודם, אלא באישור השר (סעיף 20). כן הודגש, כי קבלת שם, מתן שם, בחירת שם או שינוי שם "אין בהם כדי ליצור או לבטל זכויות או חובות של בעל השם או של זולתו, להוסיף על זכויות כאלה או לגרוע מהן" (סעיף 22). לבסוף נקבע, כי שר הפנים רשאי להעביר לאחר את סמכויותיו לפי חוק השמות (סעיף 23), ומי שרואה עצמו נפגע על-ידי החלטה שניתנה על-פי העברת סמכות מן השר, רשאי לפנות אל השר לקבלת הכרעתו הסופית (סעיף 24).

6. בית המשפט העליון עסק בסמכותו של שר הפנים (על-פי סעיף 16 לחוק השמות) בארבעה פסקי-דין. הראשון הינו בג"צ 71/65 טנדנ' שר הפנים (להלן – פרשת טנדנ' [3]), בעמ' 502). כאן נישאה העותרת לחבר קיבוץ (בשם עוזי רייכרט) "בטקס

נישואין פרטי". העותרת פנתה לבית-דין רבני בבקשה למתן פסק-דין הצהרתי על

כשרות הנישואין. במקביל הודיעה עלה שינוי שם משפחתה לשם רייכרט. מנהל לשכת

מרשם התושבים הודיע לעותרת, כי הוא סבור כי מאחר שהעניין נמצא עדיין בתהליך משפטי, אין היא רשאית לקבל את שם משפחת האיש שטרם הוגדר כאישה לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג-1953; מכיוון שכן, עלול השם החדש להטעות, ומסיבה זו דחה המנהל את ההודעה בדבר שינוי השם. ערעור העותרת לשר הפנים נדחה, ומכאן עתירתה לבית המשפט הגבוה לצדק. עתירתה נדחתה. בית המשפט העליון (מפי השופט ברנזון) פסק, כי אם גירסת העותרת הינה כי היא נשואה לרייכרט, הרי היא מקבלת עם נישואיה את שם משפחת בעלה (לפי סעיף 6 לחוק השמות), ואין לשר הפנים כל סמכות בעניין, ועל-כן העתירה מיותרת. אם, לעומת זאת, אין לראותם כזוג נשוי כל עוד לא נקבע הדבר על-ידי בית-משפט מוסמך, כי אז "אין למצוא פסול בהחלטתו של שר הפנים לחכות לתוצאות הטיפול המשפטי ובניתיים לא לאשר את ההודעה על שינוי השם המבוקש באשר הוא עלול להטעות את הציבור לחשוב שהעותרת כבר נשואה כדת וכדין למר רייכרט, לפני שהשאלה הוכרעה על-ידי בית-הדין המוסמך" (שם).

7. פסק הדין השני – והוא הפסק המרכזי – בדבר סמכותו של שר הפנים לפסול שינוי שם הוא פסק הדין בפרשת זמולון [1]. כאן נדון עניינה של גב' זמולון, אשר הייתה ידועה בציבור כאישתו של מר רוזנהיים. גב' זמולון הייתה נשואה למר זמולון. היא נפרדה ממנו ברדתו לגרמניה, שם השיג פסק-דין של גירושים. על יסוד פסק זה נרשמה העותרת במרשם התושבים כ"גרושה". מר רוזנהיים היה נשוי לגב' רוזנהיים, ונולד להם בן. השניים התגרשו כדת וכדין. לאחר מותו של מר רוזנהיים ראתה עצמה גב' זמולון כאלמנתו. היא הודיעה לשר הפנים על שינוי שמה מזמולון לרוזנהיים, וזאת לאחר שקיבלה פסק-דין הצהרתי (בבית המשפט המחוזי), כי היא ידועה בציבור של המנוח רוזנהיים. שר הפנים פסל את שינוי השם, בהיותו סבור שהשם החדש עלול להטעות. עתירתה של גב' זמולון נשמעה לפני בית-משפט זה בהרכב חמישה שופטים. עתירתה נדחתה ברוב דעות השופטים הלוי, קיסטר ולנדוי, כנגד דעתם החולקת של השופטים ברנזון וויתקון.

השופט הלוי קבע, כי שם חדש "עלול להטעות", אם קרוב לוודאי שהציבור יוטעה לחשוב שידועה בציבור היא אלמנה. טעות זו עשויה לגרום נזק או לפגוע בזכויותיהם של אנשים בלתי ידועים מראש. השופט קיסטר – אשר הצטרף לשופט הלוי – הוסיף, כי קיים חוג אנשים שלא הכירו את גב' זמולון ומר רוזנהיים מקרוב. הם ידעו כי השניים חיו ביחד אך לא ידעו אם הם נשואים כדת או רק ידועים בציבור. כלפי ציבור זה קיים חשש של הטעיה. לגישה זו הצטרף גם השופט לנדוי. הוא הדגיש, כי הזכות לשינוי שם – שאינה מזכויות היסוד של האזרח – אינה זכות בלתי מוגבלת. השר מוסמך לפסול שינוי שם, אם על-פי מבחן אובייקטיבי יש בשינוי (אף שהוא נעשה ללא כוונה רעה) כדי להטעות. ההטעיה כאן היא בחיזוק הרושם שגב' זמולון הייתה נשואה כדין למר רוזנהיים. השופטים ברנזון וויתקון קבעו, כי שיקול-דעתו של שר הפנים הופעל שלא כדין. השופט ברנזון סבר, כי בשינוי השם אין כל הטעיה של הציבור, שכן אלה שידעו את האמת לא יוטעו מעצם השינוי. הוא הדין באלה שבעבר טעו לחשוב שהשניים כבר נשואים, ואילו קבוצת הביניים של בני הציבור, שלא ידעו בעבר דבר ועתה יסברו שהשניים היו נשואים, לגביהם זמולון או רוזנהיים זה היינו הך. השופט ברנזון הסביר את פסק-דינו בפרשת שטנד [3] בכך כי "בנסיבות אלו ראינו להצדיק את החלטת השר באורח זמני כל זמן שענין תוקף הנישואין לא הוכרע בבית-הדין המוסמך" (שם [1], בעמ' 655). השופט ויתקון הסכים עם השופט ברנזון. השופט ויתקון ציין, כי הזכות לשינוי השם היא זכות יסוד, ורק הטעיה, שיש בה כוונה רעה והבאה מתוך מטרה פסולה, יש בה כדי להצדיק מניעת שינוי השם.

8. שני פסקי-דין נוספים בהם עסק בית המשפט העליון בסמכותו של שר הפנים לפסול שינוי שם קשורים בפרשה אחת, היא פרשתם של גב' אייזיק ומר שי"ק. פרשה זו הגיעה לבית המשפט העליון פעמיים. מעשה בגב' אייזיק ובמר שי"ק, אשר חיו יחדיו בלא שנישאו כדין. נולדו להם שתי בנות. הבנות נושאות את שם המשפחה שי"ק. העותרת הודיעה לשר הפנים על שינוי שם משפחתה לשי"ק. עבר חודש, חלפו חודשיים, ואין כל תגובה משר הפנים, לא לעניין מתן התעודה (בתוך חודש מקבלת ההודעה: סעיף 17) ולא לעניין הפסילה (לפי סעיף 16). העותרת פנתה לבית המשפט הגבוה לצדק וזכתה בצו-על-תנאי (בג"צ 353/70, המ' 142/71 אייזיק (שי"ק) נ' משרד הפנים (להלן – פרשת שי"ק (הראשונה) [4]). בתגובה נמסר לה, מפי סגן המנהל הכללי לעלייה ולמרחם, כי שינוי השם נפסל משום שהוא עלול להטעות את הציבור לחשוב שהעותרת נשואה כדין למר שי"ק וכן משום שהשם החדש עלול לפגוע בתקנת הציבור. כן צוין, כי אם העותרת רואה עצמה נפגעת, היא רשאית לפנות לשר הפנים לקבלת הכרעתו הסופית (לפי סעיף 24). בפסק-דינו קבע בית המשפט העליון פה אחד, כי אי-מתן תעודה על שינוי שם בתוך חודש ימים מקבלת ההודעה אינו שולל את הסמכות לפסול את שינוי השם (לפי סעיף 16). מכאן ואילך נחלקו הדעות. השופט לנדוי (עמו הסכים השופט י' כהן) הוסיף וקבע, כי לאחר קבלת הודעתה של סגן המנהל הכללי על העותרת למצות את הליכי ההשגה הקבועים בחוק, ועליה לפנות לשר הפנים. לאור מסקנה זו "לא אוסיף דבר לגוף הענין בטרם עת" (שם, בעמ' 553). השופט ח' כהן סבר, כי משהפר שר הפנים את חובתו ליתן תשובה במועדה, אין הוא יכול להישמע בטענה שהעותרת לא מיצתה את סעדיה. על-כן נכנס השופט ח' כהן לבחינת חוקיותו של מעשה הפסילה. בעניין זה הוא הצטרף לדעת המיעוט בפרשת זמולון [1]. עצם נשיאת שם משותף לחיים בצוותא כידועים בציבור אינו בגדר "עלול להטעות" שבחוק השמות. רק אם שר הפנים סבור, כי שינוי השם לא נעשה בתום-לב אלא בכוונת זדון להטעות, ניתן לפסול הודעה על שינוי שם משפחה של ידועה בציבור לשם המשפחה של הגבר עמו היא חיה.

9. בעקבות פסק הרוב חזר העניין לשר הפנים, והלה החליט לפסול את שינוי השם. הטעמים שנתן הם אותם טעמים שנתנה סגן המנהל הכללי לעלייה ולמרחם. כנגד החלטה זו הוגשה עתירה חדשה, פרשת שי"ק (השנייה) [2]. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות. הנשיא אגרנט (אליו הצטרף השופט י' כהן) פסק, כי דין העתירה להידחות. הטעם לכך הוא ביציבות ההלכה השיפוטית. לדעת שופטי הרוב, הסוגיה זכתה לליבון מלא בפרשת זמולון [1], ואין לומר, כי מאז שנפסקה "אבד עליה כלח בעיני רוב רובם של בני הציבור הנאור" (שם [2], בעמ' 43). הן השקפת הרוב בפרשת זמולון [1] והן השקפת המיעוט "היא כבדת משקל ולפיכך לא יהיה זה מן המידה, אם נכנס מחדש לעבי הקורה של הבעייה..." (שם [2], בעמ' 42). באימרת אגב ציין הנשיא אגרנט, כי הוא נוטה לדעה שהשמטת הידועה בציבור מסעיף 10 לחוק השמות ("בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי") אינה מקרית, וייתכן שהיא מלמדת שהמחוקק לא התכוון להעניק לה ברירה זו. כן ציין הנשיא אגרנט, כי הלכת הרוב בפרשת זמולון [1] אינה פוגעת בחופש הפרט של ידועים בציבור, שכן הם רשאים להשתמש בשם משפחה משותף שלא לצורך רשמי-משפטי ושלא למטרה בלתי כשרה. מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, היה בדעת מיעוט. לדעתו, מבוססת הלכת הרוב בפרשת זמולון [1] על קריאה חלקית, ועל-כן מוטעית, של סעיף 6 לחוק השמות. הוראה זו מאפשרת לאישה נשואה להמשיך ולשאת את שם נעוריה (בלבד או בצד שם בעלה). נמצא, כי חל ניתוק בין עניין הנישואין. כשם שאישה נשואה יכולה לשאת שם משפחה שאינו של בעלה, כן עשויה אישה שאינה נשואה לשאת את שמו של גבר שאינו אישה.

נקודת המוצא: סעיף 16 לחוק השמות

10. הוראת המפתח מצויה בסעיף 16 לחוק השמות, הקובע:

"השר רשאי לפסול בחירת שם לפי הסעיפים 8, 9 ושינוי שם לפי סעיפים 10, 11, 13 אם סבור הוא שהשם החדש עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו. "הסמכות הנתונה לשר הפנים היא סמכות שבשיקול-דעת ("אם סבור הוא"). שיקול-דעת זה חייב להיות מופעל במסגרת דבר החקיקה שיצר את שיקול הדעת. "שיקול הדעת. "שיקול-דעת שניתן לרשות מינהלית – אפילו הוא מולט – צמוד תמיד

לחובה שהרשות חייבת למלאה, היינו לתפקידי המינהל שלמענם הוסמכה הרשות לפעול לפי שיקול-דעתה; ככל שהחופש לבחור יכול להיות גדול, לעולם לא יהא בלתי מוגבל" (השופט זוסמן בד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש [5], בעמ' 1216). "העקרון הכללי הוא כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה..." (מ"מ הנשיא, השופט אגרנט, בבג"צ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות [6], בעמ' 1162). על היקפה של הסמכות, לאור מטרותיה, אנו למדים "בדרך של פרשנות הסמכות" (בג"צ 14/86 לאור ואח' נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות ואח' [7], בעמ' 429). מטבע הדברים, הפרשנות הראשונית נעשית על-ידי בעל הסמכות עצמו. אכן, שר הפנים גיבש לעצמו עמדה באשר לפרשנותו של סעיף 16 לחוק השמות, ובאשר להיקף שיקול הדעת המוענק לו. פרשנות זו מונחת עתה לפני בית המשפט העליון. האו יתחשב בה, כמובן. עם זאת, "הסמכות לפרש את החוק מסורה לבית-המשפט, והרשות המבצעת כפופה לחוק, כפי שיפורש על-ידי בית-המשפט בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים" (השופט הלוי בבג"צ 265, 204, 157/63 בוקסבאום ואח' נ' שר-האוצר ואח' [8], בעמ' 135). השאלה אשר בית המשפט צריך להציב לפניו אינה, אם הפירוש של הרשות המבצעת הוא סביר. השאלה אשר בית המשפט צריך להציב לפניו הינה, מהו הפירוש הנכון של הסמכות השלטונית (ראה בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח' [9], בעמ' 305).

11. סעיף 16 לחוק השמות מעניק סמכות לשר הפנים לפסול הודעה על שינוי שם באחד משני המקרים הבאים: (א) השם החדש עלול להטעות; (ב) השם החדש עלול לפגוע בתקנת הציבור וברגשותיו. מהו תחום הפריסה הנורמטיבי של הוראות אלה? כך, למשל, מהו תחום הפריסה הנורמטיבי של הדיבור "עלול"? במישור הלשוני יש לו לדיבור "עלול" מספר ניכר של משמעויות לשוניות. שם חדש "עלול להטעות", אם ישנה אפשרות, ולו רחוקה ("עלול"), כי מאן דהוא יוטעה. שם חדש "עלול להטעות", אם קיימת ודאות גמורה שכלל הציבור יוטעה. שם חדש "עלול להטעות", אם – כדעת הרוב בפרשת זמולון [1] – קיימת אפשרות להטעה "אובייקטיבית". שם חדש "עלול להטעות" אם – כדעת השופט ח' כהן בפרשת שיי"ק (הראשונה) וכדעת השופט ויתקון בפרשת זמולון [1] – נושא השם החדש מבקש בכך להטעות את זולתו. מבין האפשרויות הלשוניות הרבות, מהי האפשרות המשפטית המעוגנת בטקסט החוק? הוא הדין בדיבור "תקנת הציבור ורגשותיו". כיצד נקבעת תקנת הציבור ומהו תחום פריסתה? התשובה היא ברורה. המשמעות המשפטית היא אותה משמעות לשונית אשר מגשימה את תכליתה של הנורמה החוקה הגלומה בטקסט. עמד על כך השופט זוסמן באומר: "מבחינה מילולית שווה פירושו של בא-כוח המבקש לפירוש השני; מבחינת כללי הלשון שניהם אפשריים. אלא שאין אנו רשאים להתבצר כאן 'במבצר המילון' ולדרוש מלה כהוראתה במילון, כי אם עלינו לגלות את הפירוש שהוא נכון לצורך ענינו, על רקע של מטרת החקיקה..." (בג"צ 328/60 מוסא נ' שר הפנים [10], בעמ' 78).

ובאחת הפרשות ציינתי:

"...מבין המשמעויות הלשוניות שדיבור שבחוק סובל, יש לבחור באותה משמעות, המגשימה את תכלית החקיקה. תפקידו של הפרשן אינו רק לחשוף את קשת המשמעויות הלשוניות שהדיבור יכול לשאת. זהו תפקידו של הבלשן, אך השופט אינו אך בלשן... תפקידו של הפרשן הוא להכריע, איזו מבין קשת המשמעויות הלשוניות היא המשמעות המשפטית, כלומר, המשמעות המגשימה את תכלית החקיקה ומטרותיה... אכן, פרשנות החוק מתחילה במלות החוק, אך לעולם אין היא מסיימת במלות החוק..."

(בג"צ 267/88 רשת כוללי האידרא עמותה ואח' נ' בית המשפט לעניינים מקומיים ואח' [11], בעמ' 736).

אכן, משמעותו המשפטית של טקסט נשלפת מתוך מיגוון משמעויותיו הלשוניות בעזרת אמת המידה של תכלית החקיקה.

12. מהי תכליתו של חוק השמות? מהי "תכלית החקיקה" שעל פיה תיקבע המשמעות (המשפטית) של הדיבור "עלול להטעות" או הדיבור "עלול לפגוע בתקנת הציבור". מקובל עלינו, כי תכלית החקיקה היא המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציות החברתיות והאינטרסים, אשר דבר חקיקה נועד להגשים. תכלית החקיקה הינה מושג נורמטיבי. היא מורכבת מתכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה ומתכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית אשר יוצר החוק ביקש להגשים בשעת חקיקתו. זו "כוונת המחוקק". תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה היא התכלית שדבר החקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית מודרנית. זו "מטרת החקיקה" (בלשונו של זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היובל לפנחס רוזן (מפעל השכפול, ח' כהן עורך, תשכ"ב) 147, 160). על תכלית החקיקה (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) למד הפרשן, בראש ובראשונה, מלשון החקיקה. מתוך לשונו של דבר החקיקה, מסוגו ומטיפוס הסדריו ניתן לעמוד בצורה אינה על כוונתו של המחוקק ועל המטרות שהוא נועד להסדרין בחברה. ההיסטוריה של החקיקה מלמדת על תכליתה. עקרונות היסוד של השיטה וזכויות היסוד של האדם קובעים את תכליתו של דבר החקיקה. חזקה היא, כי תכליתו של דבר חקיקה היא להגשים את עקרונותיה של השיטה ולקדם זכויות אדם בה. עקרונות אלה מהווים "מעין" מטרות נורמטיביות, הפרושה מעל דברי החקיקה כולם (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות [12], בעמ' 75). הם מחללים לכל דבר חקיקה ומהווים את תכליתו. ברוב רובם של המקרים מזדהה התכלית הסובייקטיבית עם התכלית האובייקטיבית. החוק בחברה דמוקרטית מגשימים תכלית, אשר המחוקק ביקש להגשימה.

לעתים אין זהות בין השניים. לא פעם יש לו לדבר חקיקה תכלית אובייקטיבית, שחברי הגוף המחוקק לא העלו כלל בדעתם. עמדתני על כך באחת הפרשות, בצייני:

... "שלום הציבור וחופש הביטוי הם ערכים שחוק העזר נועד להגשימם, לא משום שהובא לידיעתנו מידע על דבר מחשבתם הסובייקטיבית של מחוקקי חוק העזר. כאמור, אין אנו יודעים דבר על התכלית שעמדה לנגד עיניהם, ואין גם כל צורך כי ננחש בעניין זה. שלום הציבור וחופש הביטוי הם ערכים שחוק העזר נועד להגשימם, משום שאלה ערכי היסוד של שיטתנו, והם 'הסביבה החקיקתית' אשר במסגרתה פועלת כל נורמה משפטית..." (בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים ואח' [13], בעמ' 689).

כך, למשל, אנו מעניקים לדבר חקיקה מנדטורי תכלית המאפיינת משטר דמוקרטי. אנו עושים כן לא משום כוונותיו הדמוקרטיות של הנציב העליון, אלא משום ערכיה הדמוקרטיים של מדינת ישראל (ראה בג"צ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי ואח' [14]). בדומה, אנו מייחסים לכל דבר חקיקה תכלית (אובייקטיבית), תוך שאנו קובעים כי רק לשון "מפורשת, ברורה וחד-משמעית" יש בכוחה לסותרן. כוונה סובייקטיבית – אפילו היא קיימת ומוכחת – אינה מספיקה אם אין לה ביטוי מפורש, ברור וחד-משמעי בלשונו של דבר החקיקה (ראה בג"צ 337/81 מיטוני ואח' נ' שר התחבורה ואח' [15]). אכן, "אכן, תכלית החקיקה" הוא מושג נורמטיבי מורכב, אשר באמצעותו הפרשן נותן מובן לדבר החקיקה. מובן זה תואם לרוב את המובן שיוצרי החוק ביקשו ליתן לו. עם זאת – בלשונו של פרופ רדברוך – החוק חכם מהמחוקק (ראה Radbruch "the legal philosophy" g. Radbruch (1950, cambridge) (141, 49 philosophies of lask, radbruch and dubin)).

אכן, לא פעם צריך המחוקק, תוך חיוך על שפתיו, לומר – כפי שהקדוש ברוך הוא אמר שעה שהקשיב לדין ולדברים שבין ר' אליעזר ר' יהושע וחבריו – "נצחוני בני, נצחוני בני" (ראה בבא מציעא, נט, עב[א]). ראה גם מ' אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (י"ל מאגנס, מהדורה 3, תשמ"ח) 215).

היסטוריה חקיקתית

13. מהי תכליתו של חוק השמות? לדבר חקיקה יהיו לרוב תכליות רבות ומגוונות. על-כן, השאלה הניצבת לפנינו הינה, מהי תכליתו של חוק השמות, שהיא רלוואנטית למתן משמעות משפטית לדיבור "עלול להטעות" או "תקנת הציבור ורגשותיו". אפתח במידע על דבר תכלית החקיקה אשר ניתן לשאוב מההיסטוריה החקיקתית. מתוך הצעת חוק השמות אנו למדים, כי ביסוד חקיקתו של החוק עמדו מגרעותיו של המצב המשפטי שקדם לחוק. על-פי מצב דברים זה קבעו המנהג והנהג את שמם של בני אדם. מנהג ונהג אלה שונים היו ממקום למקום ומעדה לעדה. לא פעם קשה היה לעמוד לעיהם. רצוי היה אפוא להחליפם בהוראות חרותות ברורות. זאת ועוד: המצב הישן הכיר בזכותו הבלתי מוגבלת של הפרט לשנות את שמו. לא הוכרה סמכות שיכלה למנוע השינוי – "...אף במקרים שהשינוי בא למטרות של מרמה או שהשם החדש עלול להטעות. על-כן דרוש פיקוח ממשלתי מסוים כדי למנוע מעשי תרמית והטעיה" (שם, בעמ' 134).

לבסוף, נעדרו הוראות המאפשרות לרשות ממשלתית לקבוע שם למי שאין לו שם. יש מקרים לא מעטים שאין לאדם אלא שם אחד בלבד, או שאין יודעים איזה שם מביין שמותיו הוא שם משפחה ואיזה הוא שם פרטי. הדבר מכביד על הרישום במרשם התושבים, בתעודות הזהות ובכל רישום רשמי אחר (שם).

14. על תכליתו הסובייקטיבית של חוק השמות, לעניין מתן שם ושינויו, אנו עשויים ללמוד גם מהצעת חוק היחיד והמשפחה (משרד המשפטים, תש"ז). הצעה זו שהוכנה במשרד המשפטים ופורסמה ב- 1955 – שימשה בסיס לחוק השמות. מרבית הוראות חוק השמות הועתקו כלשונו מהצעה זו. בהסבירה את ההוראה הקבועה עתה בסעיף 10 לחוק השמות ("בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי") קובעת ההצעה, בעמ' 54:

"הצעתנו מקיימת את חופש היחיד לשנות את שמו, הן שם המשפחה והן השם הפרטי, ללא אבחנה ביניהם; אך נראה לנו שיש צורך בפיקוח מסוים כדי למנוע מעשי תרמית ופגיעות בעניני הציבור..."

בהתייחסה להוראת סעיף 16 לחוק השמות, קובעת ההצעה, בעמ' 55:

"הנימוקים להתנגדות של שר הפנים הם שנים בלבד: שהשם החדש עלול להטעות או שהוא עלול לפגוע בתקנת הציבור public order. כוונותיו של מי שמשנה את שמו אינן חשובות; כוונה של תרמית או של פגיעה ציבורית אינה דרושה ואינה מספיקה. לא פורש את מי ובאיזה אופן עלול השם להטעות, ולא הוגדר המושג של 'תקנת הציבור', כשם שהוא אינו מוגדר בסעיף 150 של הצעת חוק הירושה..."

14. מקור אחרון, ממנו ניתן לשאוב מידע על תכליתו הסובייקטיבית של חוק השמות, הוא מההיסטוריה הפרלמנטרית. בהציגו את הצעת החוק לקריאה ראשונה הדגיש שר הפנים את זכותו של כל תושב לשנות את שמו, בלא לאפשר לו שימוש לרעה בזכות זו (ד"כ 20 (תש"ז) 2038). בהציגו את הצעת החוק לקריאה שנייה הדגיש יושב-ראש ועדת הפנים, כי – "יכולים להיות מקרים שהשם המוצע יהא בו משום התגרות באחת הדתות, או ברגש הדת, או ברגש הלאומי. ברור

שבמקרים כאלה, כאשר אדם בוחר לעצמו שם שהשר יכול לראות בו התגרות מסוג זה, יוכל השר להתחשב בכך ולא לאשר את השם" (שם, בעמ' 2437). כן צוין, כי בוועדה הוסף סעיף 22 לחוק, לפיו קבלת שם או שינויו אין בהם כדי ליצור או לבטל זכויות או חובות של בעל השם או זולתו, להוסיף על זכויות כאלה או לגרוע מהן. יושב-ראש הוועדה הדגיש את חשיבותו המיוחדת של סעיף זה. הוא ציין, כי – "מצדדים שונים פנו לוועדה ואף בזמן הדיון בכנסת באה לידי ביטוי הדאגה ששינוי שם עשוי לקבוע זכויות מאטריאליות או שמפוטיות שונות לאדם המשנה את שמו. מתוך כך ראו צורך מצדדים שונים להציע תיקונים לחוק זה הבאים להסדיר שטחים שהם חשובים כשלעצמם, אך אין להם שייכות ישירה לחוק המטפל בשאלת השמות בלבד" (שם). לשון החקיקה, מבנה החקיקה ושיטתה וטיפוסי הסדרה

15. על תכליתה (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החקיקה ניתן ללמוד מלשונה. עיון בדבר החקיקה כיחידה שלמה ואורגנית עשוי להצביע על התכלית המונחת ביסודה. נושא החקיקה, טיב ההסדרים ויחסי הגומלין שביניהם עשויים לשמש בסיס להסקת מטרת החקיקה. "גורם ראשון במעלה לגילוי כוונת המחוקק, חשוב מלשונו, הוא הנושא הנדון ומהות העניין שלמענו ניתן לרשות מינהלית שיקול-הדעת" (השופט זוסמן בד"נ [5] 16/61 הנ"ל, בעמ' 1217). המבנה השיטתי, טיפוסי העניינים המוסדרים, צורת החלוקה של החוק, מיקומן של הוראות, כל אלה עשויים להצביע על היעדים אשר דבר החקיקה נועד (סובייקטיבית ואובייקטיבית) להגשים. אכן, "דרך פרשנות ראויה היא להשקיף על דבר חקיקה כאורגניזם חי המורכב חלקים חלקים, אשר להם תפקידים שונים המבוצעים תוך התאמה הדדית" (ע"א 503/80 זפרן, עו"ד ואח' נ' מוזר, עו"ד ואח' [16], בעמ' 835). זאת ועוד: דבר חקיקה אינו עומד בכדידותו. הוא מהווה חלק ממערך החקיקה. הוא משתלב לתוכו, תוך שאיפה להרמוניה חקיקתית. "כל חוק אינו עומד בפני עצמו... החוקים כולם מהווים מערכת אחת, והם משתלבים בתוכה אלה באלה, תוך הרמוניה חקיקתית" (בג"צ 399/85 [9] הנ"ל, בעמ' 306). אכן, המפרש חוק אחד, מפרש את החקיקה כולה. החוק הבודד עומד ביחס למערך החקיקה במערך של כלים שלובים. מערך החקיקה כולו משפיע על גיבוש תכלית החקיקה של חוק בודד. חוק מוקדם משפיע על תכליתו של חוק מאוחר. חוק מאוחר משפיע על תכליתו של חוק מוקדם. "חוקים חדשים, היוצאים מאת המחוקק, יוצרים 'סביבה' חדשה, ויש בהם כדי להשפיע על פירושו של חוק קודם" (בג"צ 428/86, 429, 431, 446, 448, 463, בשג"צ 320/86 ברזילי ואח' נ' מדינת ישראל ואח' [17], בעמ' 619). "לעתים יוצר חוק, עם חקיקתו, מספר אופציות פרשניות, אך במשך השנים, ועם חקיקתם של חוקים נוספים באותה סוגיה, הופכות חלק מהאופציות לבלתי אפשריות, ואילו אופציות חדשות קמות" (214/81 מדינת ישראל נ' פחימה ואח' [18], בעמ' 828).

16. עיון בחוק השמות מעלה את הנתונים הבאים באשר לתכלית החקיקה: ראשית, חוק השמות הוא חוק "מעורב". יש בו היבט של משפט פרטי ושל משפט ציבורי. הוא מענין לכל אדם את הזכות לבחוק שם, אך הוא מטיל עליו חובה לעשות כן. הוא מענין חופש ניכר בבחירת השם או בשינויו, אך הוא מטיל מגבלו מסוימות על חופש זה. בתחום המשפט הציבורי אין החוק מטיל חובה על אדם, ביחסיו עם זולתו, להשתמש בשמו "הרשמי". הפן הציבורי הוא בעיקרו פורמאלי, ועניינו אופן הקומוניקציה שבין האדם לרשויות השלטון. עמד על כך הנשיא אגרנט, בפרשת ש"ק (השנייה) [2] בציינו בעמ' 49-48:

"... בחוק השמות בא המחוקק לקבוע הסדר משפטי אחיד, שיבטיח כי לכל אדם יהיה שם משפחה ושם פרטי, שרק לפיהם יהיה אפשר לזהותו מבחינה פורמלית-רשמית... בחוק השמות אין זכר לסנקציה פלילית, אשר אדם יהיה צפוי לה, אם לשם זיהויו השתמש בשמות אשר החוק לא הכשירם. גם ענין זה בא ללמד, כי לא התכוון המחוקק לשלול מאדם את הזכות להשתמש בכל שם הנראה לו ושאינו שמו הרשמי, כל אימת שלא נדרש לציין את שמו הנכון ואינה מוסתרת מאחורי זה כוונת מרמה או הונאה."

שנית, בחירת שם או שינוי שם אין בהם כדי להשפיע על זכויות או חובות שהיו קיימות לולא אותו שינוי. על-כן בשינוי שם כדי להשפיע על חובות וזכויות הורים טבעיים, על דיני אימוץ או על זכויותיהם וחובותיהם של ידועים בציבור. שלישית, בכל שינוי שם יש משום אפשרות של הטעיה. בצדק ציין השופט ח' כהן בפרשת ש"ק (הראשונה) [4], כי "אין לך שינוי שם שאינו עלול להטעות – והטעות המידית, והבלתי-נמנעת כמעט, של כל הבא במגע עם משנה השם ולא הכירו קודם לכן, הוא ששמו החדש הוא שמו המקורי" (שם, בעמ' 549). אכן, במספר שיטות משפט (כגון בשווייץ ובהולנד) קיים קושי ניכר בשינוי שם, ויש שהוא מחייב אישור המלך או המווקק. לא זו הייתה דרכו של חוק השמות. החוק מכיר בחופש היחיד לשנות את שמו ומונע את הדבר במקרים מיוחדים. רביעית, חוק השמות מבוסס על האפשרות שבני-זוג, אשר נישאו זה לזה כדת וכדין, יישאו שמות משפחה שונים (סעיף 6). אפילו התגרשו בני הזוג, רשאים הם להמשיך בשם הקודם (סעיפים 6 ו-7). החוק מכיר אפוא ב"הטעיה" הטמונה במצב דברים זה, שבו לגבר ולאשה שמות משפחה שונים, דבר המעיד לכאורה שאינם נשואים, בעוד שלמעשה הם נשואים כדת וכדין. הוא הדין בגבר ואישה שיש להם שם משפחה זהה, דבר העשוי להעיד על היותם נשואים, ולמעשה הם התגרשו זה מזה כדת וכדין. בצדק ציין מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, בפרשת ש"ק (השנייה) [2], כי - "המחוקק ניתק את ענין השם מענין הנישואין. אשה נשואה יכולה לשאת שם נעוריה, ואשה שאינה נשואה יכולה לשאת שמו של אישה" (שם, בעמ' 54).

חמישית, הידועה בציבור נזכרת בחוק השמות פעמיים. בפעם האחת נקבע (סעיף 3), כי ילד שנולד כשואמו אינה נשואה לאביו מקבל את שם המשפחה של האם. אולם אם רצתה האם שיקבל את שם משפחת האב והאם הייתה ידועה בציבור כאשתו, יקבל הילד את שם המשפחה של האב. נמצא, כי חוק השמות מאפשר לאישה ידועה בציבור לגרום לכך ששם המשפחה של ילדה יהא כשם משפחת האב, גם אם האב אינו מסכים לכך. במקרה זה יהא שם המשפחה של הבן

שונה משם המשפחה של אמו – אף זו "הטעיה" שהחוק מאפשר אותה. פעם נוספת שמוזכרת הידועה בציבור היא לעניין מתן שם פרטי לנולד. הכלל הוא, ששמו הפרטי של נולד נקבע על-ידי הוריו. אם הילד נולד כשאמו אינה נשואה לאביו ואף אינה ידועה בציבור כאשתו, יינתן לו שם פרטי על-ידי אמו בלבד (סעיף 4).

17. חוק השמות משלב בחובו הוראות "אזרחיות-מטריאליות" עם הוראות "שלטוניות-מינהליות" (ראה הצעת חוק היחיד והמשפחה הנ"ל, בעמ' 50). הוא משתלב אפוא הן עם המשפט הפרטי והן עם המשפט המינהלי. במסגרת המשפט הפרטי, הוא מצוי על הגבול שבין משפט אזרחי לבין דיני המעמד האישי, וניתן לאפיין אותו כבעל אופי "מעין מעמד אישי" (מ' אלון, חקיקה דתית (הקיבוץ הדתי, תשכ"ח) 120). השופט לנדוי ציין בפרשת זמולון [1], כי אינו יודע אם ניתן להגדיר את חוק השמות כאחד מחוקי המעמד האישי, "אבל אין לי ספק שקיים קשר הדוק בין שני נושאים אלה..." (שם, בעמ' 669). עם זאת יש לציין, כי מרכז הכובד של חוק השמות הוא בצד "האזרחי". אין בנטילת שם או בשינוי שם כדי להעניק לפרט זכות או להטיל עליו חובה שלא היו נתונים לו או מוטלים עליו בטרם נטילת השם או שינויו (סעיף 22). אמת, חוק השמות "נושק" בסוגיות חשובות של משפחה, נישואין וגירושין, ידועה בציבור, אימוץ וכיוצא בהם עניינים הקושרים את שמו של אדם למעמדו המשפחתי. עם זאת, אין חוק השמות מסדיר סוגיות אלה, והוא אף לא נועד להסדירן. חקיקה מאוחרת קבעה הסדרים ספציפיים בענייני משפחה (במובן הרחב). בלא ששינתה מחוק השמות עצמו. דוגמה יפה לכך הוא עניין האימוץ. חוק השמות קובע (סעיף 1), כי "ילד" – לרבות ילד מאומץ. כן נקבע, כי "קטין שאומץ מקבל שם משפחת מאמצו"... (סעיף 5). הסדרים אלה נקבעו, למרות שאותה עת עוד לא היו דינים מהותיים באשר לאימוץ. חוק האימוץ הראשון חוקק ב-1960 (חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960), ארבע שנים לאחר חקיקתו של חוק השמות. עולה מהאמור, שמטרתו של חוק השמות לא הייתה לקבוע כל הסדר מהותי של דיני האימוץ. הוא הדין באשר לידועים בציבור. עד לחקיקתו של חוק השמות חוקקו מספר חוקים שקבעו הסדרים מהותיים באשר לידועים בציבור. הכנסת המשיכה בחקיקה נרחבת בעניין זה לאחר חקיקתו של חוק השמות, ואף הגבירה אותה (ראה א' בן-דרור, הידועה

בציבור – נישואים ללא נישואין (קוק, תשנ"ג)). אכן, חוק השמות קובע את המסגרת החיצונית – את "השם" תרתי משמע – ואילו המהות הפנימית של הדינים קבועה בדיני המשפט השונים. ניתוק זה בין "דיני המעמד האישי" לבין "דיני השמות" מודגש יפה כאשר אנו בוחנים את שמו של תאגיד ודרכי שינויו. פקודת החברות כללה הוראה באשר לרישום שמה של חברה שהוא כשמה של חברה קיימת "שיש בו כדי להטעות" (סעיף 24). ב-1975 תוקנה פקודת החברות (חוק לתיקון פקודת החברות (מס' 13), תשל"ה-1975), וההוראה כיום (סעיף 36(א)) לפקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983) קובעת, כי לא תירשם חברה בשם שהוא שמו של חבר-בני-אדם הרשום כדין בישראל או דומה לו "עד כדי להטעות". כן נקבע, כי לא תירשם חברה "בשם העלול לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו" (סעיף 36(א)(3)). הוראה דומה מצויה בחוק העמותות, תש"ם-1980 (סעיף 4(א)), לפיה "לא תירשם עמותה בשם העלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו..." אכן, אותה "נוסח לשון" הקבועה בחוק השמות קבועה בפקודת החברות, נוסח חדש] ובחוק העמותות. אלה האחרונות בוודאי אינן עוסקות "במעמד האישי" של התאגיד, אלא בשמו "החיצוני" והפורמאלי. עם זאת, אין לכחד כי קיים קשר טבעי בין הצורה לבין התוכן, בין "השם" לבין "המהות". עמד על כך השופט לנדוי בפרשת זמולון [1], בצינו, בעמ' 669:

"טעם חשוב להסדר תחיקתי בנושא זה הוא ששם המשפחה של אדם משמש לא רק לזיהויו האישי כלפי כולי עלמא, אלא לפי המקובל בחברה גם סימן היכר בעיני כל ליחוס הילדים אל הוריהם ולמעמד האשה הנשואה בתור שכזאת".

זאת ועוד: חוק השמות – "בפן המינהלי" שלו – עוסק ברישום שם על-ידי שר הפנים. חוק השמות אינו קובע את ערכו הראייתי של רישום זה. עשה שהוחק חוק השמות, עמדה בתוקפה פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949. אף פקודה זו אינה קובעת את משקלו ההוכחתי של הרישום. הסדרים בעניין זה באו רק עם חקיקתו של חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. חוק זה – שהוחק תשע שנים לאחר חוק השמות – קובע, כי הרישום במרשם מהווה ראיה לכאורה לנכונות הרישומים באשר לשמות (סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין). מהותה של הוראה זו ואופייה נדונו בהרחבה בפסיקתו של בית-משפט זה (ראה: בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר-הפנים [19]; בג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח' [20]). פסיקה זו ניתנה, מטבע הדברים, לאחר חקיקתו של חוק השמות.

עקרונות היסוד של השיטה

18. מקור נוסף ממנו ניתן ללמוד על תכלית החקיקה הוא עקרונות היסוד של השיטה. חוק הינו – בלשונו של השופט זוסמן – "יצור החי בסביבתו" (בג"צ 58/68 [20], בעמ' 513), הוא משתלב בסביבתו הנורמטיבית, משפיע עליה ומושפע ממנה. סביבה נורמטיבית זו כוללת "עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות..." "ע"א 165/82 [12] הנ"ל, בעמ' 75). היטיב להביע זאת השופט אגרנט בקובעו, כי:

"הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (בג"צ 73/57, 87 חברת "קול העם" בע"מ ואח' נ' שר-הפנים [21], בעמ' 884).

על-כן אנו מפרשים דבר חקיקה על רקע התפיסה, כי הוא נועד להגשים זכויות אדם, לקיים את שלטון החוק והפרדת הרשויות, להבטיח צדק ומוסר ולהגן על קיומה

של המדינה וביטחונה (ראה ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת [22], בעמ' 218). עקרונות יסוד אלה הם "הנשמה היתרה" (כלשונו של השופט אלון בע"א 391/80 מירה ומיכאל לסרסון ואח' נ' שיכון עובדים בע"מ [23], בעמ' 264) של שיטת המשפט. חזקה היא,

כי כל דבר חקיקה נועד להגשימם. תהא תכליתו הספציפית של כל דבר חקיקה אשר תהא, חזקה היא, כי תכליתו הכללית היא להגשים את עקרונות היסוד של השיטה (ראה בג"צ 1/88, 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו ואח'; סיעת העבודה בעיריית תל-אביב-יפו ואח' נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו ואח' [24]). כמוכן, חזקת תכלית

זו ניתנת לסתירה. עם זאת, כאשר תכלית ספציפית מבקשת לפגוע בזכויות אדם, עליה למצוא ביטוי בלשונו המפורשת, החד-משמעית והברורה של דבר החקיקה עצמו (ראה):

בג"צ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש [25], בעמ' 267; בג"צ 337/81 [15] הנ"ל, בעמ' 359). כאשר תכלית כללית אחת (כגון, כבוד האדם) נוגדת תכלית

כללית אחרת (כגון, סדר ציבורי), תיקבע התכלית הכללית בדרך של איזון בין

התכליות הסותרות. אכן, לא פעם צועדים עקרונותיה הכלליים של השיטה זוגות זוגות של ניגודים. ליד התיזה מצויה האנטי-תיזה, הפתרון לניגודים אלה אינו בהתעלמות מהם, אלא "בהעמדת עקרונות אלה זה בצד זה, מתן משרל ראוי לכל אחד מהם, ובאיזון בין העקרונות בנקודת החיכוך"

19. ביסודו של חוק השמות מונחים מספר עקרונות יסוד, המגבשים את תכליתו. העיקרון האחד הוא זכות האדם לקבוע לעצמו שם ולשנותו. עמד על כך השופט ויתקון בפרשת זמולון [1] באומרו, בעמ' 655:

"זכותו של אדם בגיר לשנות את שמו היא אחת מזכויות היסוד, שהמשפט מעניק לו במדינה חפשית. אפילו תאמר כי זכות זו אינה מן החשובות ביותר, ראויה היא שנשמור עליה מכל משמר. בכגון דא יאה להיות קנא. חרותו של אדם, קטנה או גדולה, מן הדין לפרשה ביד רחבה."

השופט לנדוי, באותה פרשה, הסתייג מגישה זו. "...אינני למד עדיין שהזכות לשינוי השם (להבדיל מזכותו של אדם ששמו לא ישלל ממנו) היא אחת מזכויות היסוד של האזרח. אינני יודע אם היא תוארה כך אי-פעם עד כה, והייתי שומר את תואר הכבוד הזה לזכויות החיוניות באמת לחרותו של אדם" (שם, בעמ' 669). לעומת זאת, ראה הנשיא אגרנט בפרשת ש"ק (השנייה) [2] בזכותו של אדם לשנות את שמו "זכות מזכויות החופש של האזרח" (שם, בעמ' 49). נראה לי, כי לצורך העתירה שלפנינו ובהיעדר טענה לזכות אדם נוגדת – אין לנו צורך לאפייין במדויק את

עוצמת זכותו של אדם לשנות את שמו. בין אם היא זכות יסוד ובין אם היא זכות שאינה יסודית, ודאי שהיא חירות המוענקת לפרט במדינה דמוקרטית. אכן, המשפט המקובל (באנגליה ובארצות-הברית) הכיר בחופש (liberty) של כל פרט לשנות את שמו כרצונו, ובלבד שאין בכך כדי להונות או לגרום נזק (ראה -halsbury, the laws 35the;652- of england(1981,th. Ed., by lord hailsham 4,london)651

.th ed., by r. Walton, vol 5,encyclopedia of forms and precedents london

(1990,29)7.

20. שמו של אדם הוא חלק מאישיותו. הוא האני החברתי שלו. הוא המפתח שבאמצעותו הוא צועד בשבילי החברה. אין הוא קוד זיהוי בלבד. הוא ביטוי לאישיות, לרגש, לחובה, למסורת ולייעוד. בתקופות היסטוריות שונות אומצו שמות שונים, ותהפוכות הגורל הביאו רבים לשנות את שמם (ראה הערך "שם, שמות" האנציקלופדיה העברית (חברה להוצאת אנציקלופדיות, כרך לא, תשל"ט) 1007). חברה דמוקרטית האמונה על פלורליזם מכבדת את חירותו זו של הפרט. היא מכירה ומוקירה את חירושות להיקרא בשם כרצונו ואת החופש שלו לשנות את שמו, אם הוא סבור כי שם אחר מתאים לו יותר. "חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסבלנות, ואף בניסיון להבין את האחר" (הנשיא שמגר בע"א 294/91 [26] הנ"ל, בעמ' 481). אכן, הכרה בכוחו של אדם לשנות את שמו היא הכרה באוטונומיה של הרצון הפרטי, המהווה זכות אדם בכלל חברה דמוקרטית. חופש זה של הפרט לשנות את שמו חשוב לו במיוחד, כאשר שמו הקודם גורם לו קשיים. דבר זה בולט במיוחד בידועה בציבור, אשר שם משפחתה שונה משם המשפחה של בן-זוגה ושל ילדיה.

21. זכות אדם של פרט אחד היא לעתים חובתו של פרט אחר. אם ראובן רשאי לשנות את שמו כרצונו, הוא עשוי ליטול לעצמו שם הפוגע בשמעון. כשם שחברה דמוקרטית מבקשת להכיר בחופש הרצון הפרטי של האחד, היא מבקשת גם למנוע פגיעה בלתי ראויה באחר. זאת ועוד: בצד האינטרס של הפרט בשם זה או אחר, קיים האינטרס הציבורי. אינטרס זה פועל ברמות שונות. רמה אחת עניינה רגשות הציבור, העשויים להיפגע אם רשויות השלטון יכירו בשינוי שם המעורר

סלידה או זעם. רמה אחרת עניינה האינטרס הציבורי בקיומם התקין של סדרי המעמד האישי, אשר במרכזה עומד מוסד הנישואין ומוסד המשפחה. עמד על כך השופט לנדוי בפרשת זמולון [1], בציינו, בעמ' 668:

"הסכנה היא שמתוך אהדה לידועה בציבור – באותם מקרים בהם היא ראויה לאהדה – נפגע בסדרי המעמד האישי הכלליים במדינה, שיסוד מוסד להם הנישואין כדין. באין שמירה על יסוד זה מתערערת יציבות המשפחה כתא הראשוני של החברה".

אכן, אינטרס הציבור הוא שלא להגביר "את ערבוּב התחומין בשטח הרגיש של המעמד האישי, (שם, בעמ' 670). אמת, החקיקה והפסיקה העניקו הכרה הולכת וגוברת במוסד של "ידועים בציבור" (ראה: ד' פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג (תשל"ג-ל"ד); 459מ' שאוה, "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ו (תשל"ג-ל"ד) 484; ח"פ שלח, "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים (תשל"ה-ל"ו) 119, ובכך צמצמו את "הפערים" שבין הדין הדתי החל בענייני נישואין וגירושין לבין ההסדר החילוני אשר נקבע בחקיקה ופותח בפסיקה (ראה א' רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (פפירוס, תש"ן) 327. עם זאת, עדיין קיים הבדל מהותי בין מוסד הנישואים כדת וכדין הנערך בתור, אקט ציבורי של המדינה" (המשנה לנשיא, השופט אלון בבג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל ואח' נ' שר הדתות ואח'] 27[בעמ' 692), לבין מוסד ה"ידועים בציבור", המבוסס בעיקרו על הסכם בין הצדדים בלבד (ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר, כרך א, תשמ"ד) 103, 116. כשם שזה אינטרס הציבור להכיר בכל אחד ממוסדות אלה, כן זהו גם אינטרס הציבור שלא לטשטש את הגבול ביניהם מעבר למתבקש ממהותם הפנימית של כל אחד משני מוסדות אלה.

"עלול"

22. בחנתי נתונים שונים באשר לתכליתו של חוק השמות. חלקם של נתונים אלה

מוביל לכיוון אחד, חלקם מוביל לכיוונים נוגדים. כאשר התכליות אינן מתיישבות, נדרשות פעולות "שקילה" ו"איזון". עיון בהיקף סמכותו של שר הפנים לפסול שינוי בשם מצביע על כך כי סמכות זו מותנית בכך שהשר סבור ששינוי השם "עלול" להטעות או "עלול" לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו. מה תחום פריסתו של הדיבור "עלול" בהקשר שלפנינו?

23. הדיבור "עלול" מצביע על קשר סיבתי בין סובב למסובב. השאלה המתעוררת הינה באשר לאינטנסיביות של קשר זה. האם "עלול" משמעותו קיומה של אפשרות (קרובה או רחוקה), או שמא מהותו הינה ודאות (קרובה או מיידית). התשובה לשאלה זו אינה טמונה במשמעותו הלשונית של הדיבור "עלול", אלא במשמעותו המשפטית. משמעות זו נקבעת על רקע תכליתה של הוראה זו. ראינו כי תכליתה של הוראה זו הינה, בין השאר, באיזון העקרוני הראוי בין שני עקרונות יסוד. מחד גיסא עומדת זכות האדם של הפרט המבקש שינוי השם, ומאידך גיסא ניצב האינטרס (הפרטי והציבורי) שבמניעת הטעיה או פגיעה בתקנת הציבור וברגשותיו. נראה לי, כי במצב דברים זה, "עלול" משמעותו קיומה של אפשרות שהיא "קרובה לוודאי" להטעיה או לפגיעה בתקנת הציבור או ברגשותיו. הטעמים העומדים ביסוד השקפתי זו הם שלושה: ראשית, הערכים המתנגשים בענייננו הם זכות האדם לקבוע לעצמו שם, מחד, והאינטרס (הציבורי והפרטי) למניעת הטעיה או פגיעה בתקנת הציבור, מאידך. שיטת משפט המעניקה משקל נכבד לזכויות אדם שואפת, מטבע הדברים, לנוסחת איזון המכירה בחשיבותה של זכות האדם. במצב דברים זה יש לשלוש קשרים סיבתיים המסתפקים ב"נטיה רעה", או "סיבתיים אמצעית" (בלשונו של השופט אגרנט בבג"צ 73/53,

87 [21], בעמ' 884). תחתם יש לאמץ "נוסחת איזון" הדורשת רמה גבוהה של הסתברות. הנוסחה של "ודאות קרובה" מקיימת דרישה זו. שנית, בנסיבות דומות, בהן התנגשו ערכים דומים, נקט בית המשפט העליון – שעה שנתן תוכן נורמאטיבי לדיבור "עלול" – נוסחת איזון זו של "קרוב לוודאי" (ראה, בנוסף לבג"צ 37/53, 87[21]

גם בג"צ 680/88 [14], בעמ' 631). אכן, הנוסחה "קרוב לוודאי", כמשקפת את תוכנו הנורמאטיבי של הדיבור "עלול" בהקשר של התנגשות בין זכותא דם לבין אינטרס הציבור, הייתה "לאבן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הגלומים בה מקובלים על הכל, עד שאין עוד להרהר אחריהם (השופט ד' לויין בבג"צ 243/82 זכרוני נ' הוועד המנהל של רשות השידור ואח'] 28[בעמ' 765). שלישית, בפרשת זמולון [1] הניח השופט הלוי, אחד משופטי הרוב, כי מבחן "הקרוב לוודאי" הוא המבחן הראוי לקביעת תוכנו של הדיבור "עלול" בחוק השמות. השופט הלוי ציין, כי "עלול להטעות" משמעותו "אפשרות-קרובה-לוודאי של הטעיה" (שם, בעמ' 652).

"להטעות"

24. קבענו, כי סמכותו של שר הפנים לפסול שינוי שם מותנית בכך כי קיימת ודאות קרובה לכך ששינוי השם יביא לתוצאה, אשר המחוקק ביקש למונעה. מהי תוצאה זו, ומהו היקף פריסתה – בעניין זה מבחין חוק השמות בין שתי תוצאות שיש למונען. האחת הטעיה והשנייה פגיעה בתקנת הציבור וברגשותיו. נדון בכל אחת מתוצאות אלה בנפרד. התוצאה האחת שיש למונעה היא הטעיה. שאלת המפתח הינה, מהו היקפו של הדיבור "להטעות" בהקשר שלפנינו. בעניין זה נחלקו הדעות בפרשת זמולון [1]. הרוב סבר, כי הדיבור "להטעות" מצביע על אמת מידה אובייקטיבית, שאינה תלויה בכוונתו של משנה השם. עמד על כך השופט לנדוי בפרשת זמולון [1] בציינו, בעמ' 670:

"לפי פשוטן של המלים 'עלול להטעות' הן קובעות מבחן אובייקטיבי גרידא."

ובעמ' 672:

"... יודגש שאנו עוסקים באפשרות אובייקטיבית של הטעיה, ואין בכך כל הטלת דופי בעותרת, שמא יש לה כוונה רעה להשתמש באישור השינוי, המבוקש על-ידיה להונאת הבריות".

גישה דומה נקט השופט הלוי, אשר ציין, כי "אין חושדים בכשרים, והמבחן לשאלה אם השם החדש 'עלול להטעות' הוא לעולם אובייקטיבי (שם, בעמ' 652). זו הייתה גם השקפתו של השופט קיסטר (שם, בעמ' 663). לעומתם סבר השופט ויתקון, כי המבחן להטעיה הוא סובייקטיבי. כותב השופט ויתקון, שם, בעמ' 657-658:

"סבורני שאפילו תאמר שיש בשינוי זה משום הטעיה, אין זו אלא אותה

'הטעיה' הטמונה בכל שינוי שם, ושאינן בהטעיה זו עילה לפסילת השם אלא אם כן מצטרפת אליה מטרה פסולה וכוונה רעה.

.....

ההטעיה לא תבוא כתוצאה מעצם שינוי השם, אלא מניצולו לרעה של אותו שינוי".

בפרשת שי"ק (הראשונה) [4], אימץ השופט ח' כהן את גישתו ה"סובייקטיבית" של השופט ויתקון. השופט ח' כהן ציין, כי שם חדש "עלול להטעות", אם הוא "בא בכוונת זדון להטעות את השלטונות, או גוף או אדם פלוני, ולהציג לפניכם את השם החדש כמצג-שוא במרמה"

(שם, בעמ' 551). בפרשת שי"ק (השנייה) [2] ציין השופט אגרנט, כי "...הפירוש,

שהמלים 'עלול להטעות' בסעיף 16 לחוק טומנות בחובן מבחן אובייקטיבי (דעת הרוב), אינו פחות מתקבל על הדעת מהפירוש שהן מכילות מבחן סובייקטיבי (דעל המיעוט)" (שם, בעמ' 42). לפנינו אפוא "מקרה קשה", שבו שתי האפשרויות הן לגיטימיות, והשאלה הינה איזו מבין השתיים היא המחייבת.

25. ההכרעה בין התפיסה האובייקטיבית לבין התפיסה הסובייקטיבית לדיבור "להטעות" מותנית בתכלית החקיקה. בהקשר שלפנינו – כלומר במסגרת תכליתו של חוק השמות – יש ליתן, לדעתי, לדיבור "להטעות" משמעות אובייקטיבית. משמעות זו כוללת בחובה גם את ההיבט הסובייקטיבי. על-כן עלול שינוי שם להטעות, הן אם הוא מכוון להטעות והן אם אין למבקש השינוי כוונה כזו אך הלכה למעשה עלול השינוי להטעות. הטעמים לגישתי זו הם שניים: ראשית, מטרתו של חוק השמות בעניין שלפנינו הייתה, כפי שראינו, כפולה: מחד גיסא, ביקש החוק למנוע מעשה תרמית. מאידך גיסא, ביקש החוק למנוע פגיעה בענייני הציבור. לשם הגשמתן של מטרות אלה מן הראוי הוא שלא לצמצם את משמעות הדיבור "להטעות" אך לאותם מצבים בהם קיימת אצל מבקש השינוי כוונה להטעות. ראינו, כי בדברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה הנ"ל נאמר במפורש, כי "כוונותיו של מי שמשנה את שמו אינן חשובות; כוונה של תרמית או של פגיעה ציבורית אינה דרושה ואינה מספיקה" (עמ' 55), אכן, הצורך להגן על הציבור מחייב מבחן אובייקטיבי, שלא יהא מותנה בכוונתו של מבקש השינוי. אין זה מתקבל על הדעת לאפשר שינוי, אשר נעשה אמנם מתוך תמימות, אך שמביא, הלכה למעשה, להטעיה של פרט אחר או להטעיה של הציבור. זאת ועוד: שינוי השם אינו כרוך בהליך שיפוטי אלא בהליך מינהלי. יקשה מאוד על רשויות השלטון לבסס כוונת הטעיה, והעמדתה של דרישה (סובייקטיבית) זו עשויה לרוקן את הסמכות השלטונית מכל תוכן ממשי. כגנה על האינטרס הציבורי מחייבת מתן מובן אובייקטיבי לדיבור "להטעות". לבסוף, הדיבור "להטעות", בהקשר שלפנינו, אינו מהווה יסוד בהטלת אחריות (אזרחית או פלילית) על המטעה, אלא בסיס לפיקוח ציבורי. אף לעובדה זו השלכה על מתן משמעות "אובייקטיבית" לדיבור "להטעות". שנית, מבחינה "שיטתית" ועל-פי מבחן "ההסדר הטיפוסי" דומה סמכותו של שר הפנים למנוע נטילת שם או שינוי שם של פרט בשל כך שהוא "עלול להטעות" לסמכותם השלטונית של רשויות ציבור שונות באשר לנטילת שם או שינוי שם של תאגידיים. כפי שראינו, לשון הסמכות היא דומה ביותר. הלכה פסוקה היא, כי לעניין תאגידיים הדיבור "להטעות" נושא בחובו משמעות אובייקטיבית. עמד על כך השופט זוסמן, בצינו:

"אין טוען, כי המשיבה בחרה בשמה, כדי שלקוחותיה יחשבו ששני המוסדות המתחרים זה בזה קשורים זה בזה, תוך כוונה לרמות. אמת נכון הדבר, אף באין כוונה כזאת, ימנע בית-המשפט חברה מלהשתמש בשמה, אם הדמיון בין השמות יוצר סכנת הטעיה ממשיית..." (ע"א 210/65 בנק אגוד לישראל בע"מ נ' בנק "אגודת ישראל" בע"מ [29], בעמ' 675).

בפרשת זמולון [1] הסתמך השופט הלוי על פסיקה שעניינה שמות תאגידיים, והצביע על כך שגם בסוגיות אלה ניתן למנוע אישור שמו של תאגיד העלול להטעות. הפסיקה קבעה, כי "עלול להטעות" בהקשר זה משמעותו אובייקטיבית (ראה Hendriks v. Montagu [70]646, at (1881)

26. שינוי שם "עלול להטעות", אם קיימת ודאות קרובה, כי בעקבות שינוי השם תתרחש הטעיה. מה מהותה של "הטעיה" זו? בעניין זה נחלקו הדעות בפרשת זמולון [1]. הרוב קבע, כי די לה להטעיה שתתבטא בכך כי חלק מהציבור יסבור כי השם החדש מצביע על קשר של נשואים כדת וכדין, בעוד שהלכה למעשה הקשר הוא של ידועים בציבור בלבד. המיעוט בפרשת זמולון [1] ושופטי המיעוט בפרשת שי"ק (הראשונה) [4] והשנייה) [2]] לא ראו בכך הטעיה מספקת. גדר

הספקות הוא זה: האם לעניין חוק השמות מתקיים היסוד של "להטעות", אם מוכח אך זאת, כי השם החדש עשוי להביא חלק מהציבור לחשוב שנושאת השם החדש היא נשואה בעוד שלמעשה היא ידועה בציבור כנשואה. האם שוני זה, בין החזות כפי שהיא עולה מהרישום לבין המציאות כפי שהיא עולה מהדין, יש בו כדי לבסס הטעיה? לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. עילת ההטעיה, בנסיבות העניין שלפנינו, מצריכה "דבר-מה" נוסף, מעבר לעצם הפער בין החזות החיצונית (המעידה על נישואים כדת וכדין) לבין המציאות הנורמטיבית (שעניינה יחס של ידועים בציבור). ארבעה טעמים תומכים בגישתי זו: ראשית, הטעיה, מעצם מהותה, אינה מסתפקת בפער בין חזות לבין מציאות. הטעיה מדגישה את ההסתמכות של אדם על המצג העולה מתוך החזות, ופעולות או מחדלים כתוצאה מכך. כך הוא דין ההטעיה בחוזים (ראה ע"א 280/87 קופלמן נ' בינקין ואח' [30], בעמ')

757), בסימני מסחר (ראה בג"צ 476/82 ב"ש 497/83 אורלוגר בע"מ נ' רשם הפטנטים, המדגמים וסימני המסחר ואח' [31], בעמ' 158), בחברות (ע"א 210/65 [29] הנ"ל), בכשרות (בג"צ 22/91 אורלי ש. 1985 בע"מ נ' הרב הראשי ליבנה ואח' [32]),

ובבחירות (ה"ב 1/59 כהן-צידון ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת

הרביעית [33]). הוא הדין בענייננו. שם חדש עלול להטעות, אם קיימת ודאות קרובה כי תהא הסתמכות על השם החדש וכי תהא התנהגות בעקבות זאת. השופט ברנזון ציין בפרשת זמולון [1] – תוך ציטוט מהמשפט האנגלי – כי הטעיה הנגרמת בגין שינוי שם קיימת, אם יש בשם החדש משום גניבת-דעת או גרימת נזק ממון (שם, בעמ' 654). אכן, הטענה, כי עצם הפער בין חזות לבין מציאות מהווה הטעיה, אינה אלא טענה, כי מתן אפשרות לידועה בציבור לשאת שם כנשואה פוגע במעמד הנישואים. טענה זו חשובה היא, והיא נופלת לגדר החלק האחר של סעיף 16 לחוק השמות, שעניינו פסילת שם חדש העלול לפגוע בתקנת הציבור. בכך נדון בנפרד. אך כל עוד טענת הפסילה מעוגנת בהטעיה, יש להצביע על כך, כי הלכה למעשה יש הסתמכות על החזות החיצונית ועל פעולה או מחדל עקב כך. אכן, השופט לנדוי בפרשת זמולון [1] היה ער לקושי זה. הוא מציין, בעמ' 671:

"מה שהסברתי יוצא שבאישור רשמי על שינוי שם של הידועה בציבור לשם הגבר עמו היה חיה או היתה חיה, מוטנה ממילא סכנה של הטעיית הציבור, משום אותו חשש של ערוב התחומין עליו דיברתי; ואחת היא אם אישור רשמי כזה מבוקש מראש, בתחילת החיים המשותפים או בדיעבד, אחרי שהם כבר הסתיימו.

ואם יטען הטוען שטעמים כלליים אלה מקומם תחת הכותרת 'פגיעה בתקנת הציבור' בסעיף 16 ולא זה היה נמוקו של שר הפנים בהחלטת הדחיה שלו, אשיב לו שאמנם השיקולים שהבאתי נוגעים לתקנת הציבור, אבל התחומים יונקים זה מזה, ואותם טעמים עצמם הם הנותנים יסוד לחשש של הטעיה, כלומר לחשש שהציבור יבוא לידי טעות בדבר מעמדה החוקי של הידועה בציבור".

אכן, "טעמים כלליים אלה", שנועדו לשמור על מוסד הנישואים, אין מקומם במסגרת טענת "הטעיה". מקומם במסגרת הטענה באשר ל"תקנת הציבור". במסגרת זו ניתן לפרוס שיקול זה במלוא היקפו. לעומת זאת, הטעיה באשר לשימוש בשם הינה טענה עובדתית, המחייבת הוכחת הסתמכות ושינוי מצב.

27. שנית, חוק השמות מבוסס על חירותו של הפרט לשנות את שמו. שינוי זה

יוצר, כשלעצמו, פער בין חזות לבין מציאות. פער זה הוא הבסיס לצורך לשנות שם, ועל-כן אינו יכול להוות עילה לפסילת שינוי השם. בצדק ציין השופט ח' כהן בפרשת ש"ק (הראשונה) [4], כי:

"... אין לך שינוי שם שאינו עלול להטעות – והטעות המידית, והבלתי-נמנעת כמעט, של כל הבא במגע עם משנה השם ולא הכירו קודם לכן, היא ששמו החדש הוא שמו המקורי. הטעיה מכוונת ומתוכננת היא, אשר זכתה לגושפנקה מאת המחוקק: כל אדם בגיר רשאי לשנות את שמו – רשאי הוא להטעות את הציבור לחשוב ששמו החדש הוא שמו המקורי. נמצא שהחשש להטעיה, כשלעצמו, אינו יכול לשמש עילה לפסילת שינוי השם. יש לפרש את סעיף 16 לחוק לאמור, שההטעיה האמורה שם חורגת בטיבה ובטבעה מגדר כל ההטעיות הנובעות מעצם שינוי השם מאלהיה" (שם, בעמ' 549).

טול שתי נשים המבקשות לשנות את שמן: אחת נשואה כדת וכדין, והיא מבקשת

לשנות את שם משפחתה משם המפחה של בעלה לשם נעוריה. השנייה ידועה בציבור, והיא מבקשת לשנות את שם משפחתה משם נעוריה לשם המשפחה של הידוע בציבור שלה. בהנחה שכל שאר התנאים שווים, מידת ה"הטעיה" בשני המקרים שווה. הכלת זמולון [1] בוודאי לא תחול במקרה הראשון. כל אחד יסכים, כי בגיר רשאי לשנות את שם משפחתו (סעיף 10), וודאי שאישה נשואה רשאית לשאת את שם נעוריה (סעיף 6). טענת "הטעיה" תצרום את האוזן במצב דברים זה. לעומת זאת, על-פי הלכת זמולון [1], קיימת הטעיה במקרה השני. ה"הטעיה" בשני המקרים שווה. השוני ביניהם אינו במידת ההטעיה, אלא במהותה. "תקנת הציבור" היא העומדת ביסוד השינוי, ולא ההטעיה של הציבור. אכן, הטעיה מתקיימת כאשר מוכח, בנסיגותיו של מקרה ספציפי, כי מאן דהוא או הציבור מסתמכים הלכה למעשה על השם החדש ועקב כך מתנהגים באופן שלא היו מתנהגים אילו השם לא שונה. בפרשת זמולון [1] הראה השופט ברנזון, כי בכל הנוגע לידועה בציבור המשנה שמה לשם הידוע בציבור שלה, הוכחה כזו קשה היא. הוא ציין, כי ניתן לחלק את הציבור לשלוש קבוצות: האחת, המורכבת מאלה שידעו וידועים את האמת. כלפי אלה אין כל הטעיה. השנייה, מורכבת מאלה שסברו כל

הזמן כי השניים נשואים כדת וכדין. כלפי אלה לא גרם שינוי השם, כשלעצמו, לכל הטעיה. "אלה היו בטעות שהזוג נשוי כדין, ממשיכים לטעות וימשיכו לטעות, ולשינוי השם לא תהא נודעת כל השפעה על טעות זו" (שם, בעמ' 653). הקבוצה השלישית מורכבת מאלה שלא ידעו כי הגבר והאישה ידועים בציבור, ועתה עשויים לחשוב שהם נשואים. לגבי קבוצה זו מציין השופט ברנזון, כי קבוצה זו מגלה, כשלעצמה, אי-איכפתיות באשר לשמה של הידועה בציבור:

"להם לא אומר השם רוזנהיים ולא כלום. נשיאה רשמית של שם זה על-ידי העותרת, כשם שהיא נושאת אותו כעת באופן בלתי-רשמי, אינה טומנת בחובה כל טעות בדבר קשר כלשהו שלה, כדין או שלא כדין, דווקא עם המנוח הזה. בשביל אלה זהו שם בעלמא שבא לזהותה ולהבדילה מאנשים אחרים. זמולון או רוזנהיים זה היינו הך בשבילם" (שם, בעמ' 653).

כמובן, ניתן להראות כי אחד או אחדים מבני הקבוצה השלישית סמכו על שמה החדש בסוברים שהיא נשואה כדת וכדין, ועשו מעשה שלא היו עושים אילו ידעו שהיא ידועה בציבור. לשם כך לא די להצביע על עצם השינוי בשם. לשם כך יש להצביע על יסודות נוספים ("דבר-מה" נוסף) המבססים הטעיה. על טיעון זה מבקש השופט לנדוי להתגבר בהנמקה הבא:

"בעצם מוכח חשש ההטעיה מניה וביה מתוך טיעון בא-כוח העותרת. הרי הוא אומר שבחיי המנוח הוכטח מעמדה של העותרת כאשר בעיני הבריות, על-ידי עצם היותה במחיצתו והופעתה בחברה יחד עמו. עכשיו, משנפטר המנוח, היא זקוקה לאישור מעמדה (המטעה) ממקור אחר, דהיינו על-ידי הסבת שמה בדרך רשמית, כי אחרת עלול מעמד זה להתרופף במרוצת הזמן. אולם, כפי שהסביר חברי השופט הלוי, גם חיזוקה של טעות, שאלמלא כן היתה פגה במשך הזמן, כמוהו כהטעיה מלכתחילה. אפשרות של הטעיה כזאת קיימת לגבי הקבוצה השלישית של חברי השופט ברנזון (וזה, כמובן, רוב רובו של הצבור) ובמיוחד במשא-ומתן עם רשויות רשמיות ומוסדות אחרים, כל אימת שאדם נדרש לציין את שמו הנכון" (שם, בעמ' 671-672).

אכן, פער בין החזות לבין המציאות קיים. אך פער זה אינו שקול כנגד טעות, וטעות אינה שקולה כנגד הטעיה. אכן, אפשרות של הטעיה בכוח קיימת; חשש של הטעיה פוטנציאלית קיים, אך ודאות קרובה להטעיה אינה בנמצא.

28. שלישית, התופעה של שינוי שם אינה מיוחדת לנו. בפסק-דינו בפרשת זמולון [1] הצביע השופט ויתקון על ניסיונם של בני אדם להסתיר על-ידי שינוי שמותיהם את מוצאם או השתייכותם הגזעית, הדתית או הלאומית. הוא הפנה את תשומת הלב לכל אלה המבקשים להשתחרר מזוהתם וסבלם כבני מיעוטים המופלים לרעה במדינות העולם (ראו בעמ' 655): "...בין המקרים המצוטטים ב- C.J.S., שם, שינויי שם מבייטל לבידל, מכהן לקונאסון, מפלוזי לפרים, מפניקלשטיין לפרים, מישראל מרלוביץ לאירווינג מריל, ומסמואל קסטנבאום לסטנלי קינגסלי" (שם, בעמ' 656). מוסיף השופט ויתקון, שם:

"ברור שבחברה פלורליסטית רוב השמות מעידים על השתייכותו של אדם לקבוצה זו או אחרת, ובבחרו שם שאינו מתאים לקבוצתו האמיתית, מסתיר הוא פרט חשוב בקשר לזהותו, מעמדו ואישיותו, זוהי ללא ספק, 'הטעיה' אך לא הטעיה מסוג ההטעיות, שבעטיין מקפח אדם את חירותו לבחור לו שם כאוות נפשו".

האם גם בישראל לא נאפשר לבן עדה אחת לבחור בשם המאפיין עדה אחרת משום שהדבר "עלול להטעות"? האם יהודי לא יוכל להחליף שמו לשם המאפיין ערבי ולהפך, רק משום שהדבר "עלול להטעות"? ומדוע נאפשר לעברת את שם המשפחה – הרי הדבר "עלול להטעות"? אכן, בכל המקרים הללו ישנה אפשרות רחוקה של הטעיה פוטנציאלית, אך ודאות קרובה להטעיה ממש אינה קיימת.

29. רביעית, חוק השמות עצמו מבוסס על ההכרה, כי עשוי להתקיים פער בין שמה של אישה לבין מצבה המשפחתית. אישה נשואה רשאית לשמור על שם נעוריה (סעיף 6). אישה נשואה, אשר נתגרשה מבעלה (הראשון) ונישאה בשנית, רשאית לשמור על שם המשפחה מנישואיה הראשונים (השווה סעיף 7). מצבים אלה, ואחרים שכמותם, מקובלים במסגרת חוק השמות. אפילו תאמר כי הדבר "עלול להטעות", הרי זו הטעיה שחוק השמות מאפשר אותה. במה שונה, מנקודת מבט ה"עלול להטעות" – להבדיל מנקודת המבט של פגיעה בתקנת הציבור – מצבה של אישה נשואה, הנושאת את שם המשפחה של בעלה והמשנה את שמה לשם משפחת נעוריה, מאישה ידועה בציבור, מצבה של אישה נשואה, הנושאת את שם המשפחה של הידוע בציבור שלה? ואם "הטעיה" אחת נסבלת במסגרת חוק השמות, מדוע אין "הטעיה" אחרת נסבלת במסגרתו? עמד על כך השופט זוסמן בפרשת ש"ק (השנייה) [2] בצינו, בעמ' 56:

"הראיתי כי לפי סעיף 6 לחוק, אשה נשואה רשאית לשאת שם שאינו שם בעלה, ואם תמצא לומר שהדבר עלול להטעות, הואיל והיא עשויה להתחזות כמי שאינה נשואה לבעלה, נעלה מכל ספק הוא, שהחוק לא חשש מפני הטעיה כזאת, שכן הוא בעצמו התיר אותה... כאשר בוחרת אשה בשם של גבר שאינה נשואה לו, אין בכך בהכרח משום ימרה של נישואין. מי שידוע הלכת סעיף 6 הנ"ל, חייב גם לדעת שאם גבר ואשה נושאים שמות שאינם זהים, ייתכן שהם, אף-על-פי-כן, נשואים זה לזה, ישעיהו ש"ק ובלה אייזיק יכולים להיות זוג נשוי ויכולים להיות זוג לא נשוי. השמות אינם אינדיקציה למעמדם".

מכיוון ש"השמות אינם אינדיקציה למעמד", אין בשינוי השמות, כשלעצמו, כדי ליצור מצב דברים של "עלול להטעות". נדרש "דבר-מה" נוסף כדי ליצור תשתית של הטעיה. זאת ועוד: מותר לאדם בישראל להשתמש בשם משפחה שאינו שם משפחתו, ושימוש כאמור כשלעצמו אינו מהווה עבירה פלילית. בצדק ציין השופט אגרונט בפרשת שיק (השנייה) [2], כי "בחוק השמות אין זכר לסנקציה פלילית, אשר אדם יהיה צפוי לה, אם שלם זיהויו השתמש בשמות אשר החוק לא הכשירם" (שם, בעמ' 49). אף עניין זה מגדיל את ההסתברות, ש"השמות אינם אינדיקציה למעמד", ואין בזהות השם כשלעצמה כדי להטעות.

עלול "לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו"

30. שר הפנים רשאי לפסול בחירת שם או שינוי שם, אם הוא סבור שהשם החדש עלול לפגוע בתקנת הציבור או ברגשותיו. נראה לי כי סמכות זו היא "המקום הגיאומטרי" הנכון לבחינת שינוי שם שידועים בציבור מבקשים לערוך. בפרשת זמולון [1] לא ניתן היה לבחון את שינוי השם במסגרת זו, שכן שר הפנים נימק את החלטתו בכך ששינוי השם "עלול להטעות". בפרשה שלפנינו התבסס שר הפנים הן על ההטעיה האפשרית והן על תקנת הציבור, ועל-כן ניתן לבחון שאלה זו בהקשרה של העתירה שלפנינו.

31. מדוע עלול שינוי השם לפגוע בתקנת הציבור? הטענה הינה זו: מעמד המשפטי של בני-זוג הנשואים כדת וכדין שונה בישראל ממעמד המשפטי של הידועים בציבור. קיים פער בין מעמד הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור ללא נישואין. פער זה משקף את תקנת הציבור הישראלית. מתן אפשרות לידועה בציבור לשנות את שם משפחתה לשם משפחתו של הידוע בציבור שלה מטשטש פער זה, ובכך פוגע בתקנת הציבור. "... יש ויש לצבור אינטרס חיוני שלא יטושטשו התחומין בין מעמד האשה הנשואה או האלמנה, שהיתה נשואה, ובין 'מוסד' הידועה בצבור" (השופט לנדוי בפרשת זמולון [1], בעמ' 670). הכרה בכוחה של הידועה בציבור לשנות שמה לשם הידועה בציבור שלה תגרור אחריה "פריצה בסדרי המעמד האישי" (שם), והיא תביא לידי כך כי "נזכה בדיעבד גם את הידועה בצבור בסימן ההיכר המובהק של מעמד אשה נשואה..." (שם). בכך "נגביר את ערוב התחומין בשטח הרגיש של המעמד האישי" (שם). עמדה זו מעוררת שתי שאלות: האחת, מהי תקנת הציבור בהקשרו של חוק השמות; והשנייה, האם מתן אפשרות לידועה בציבור לשנות שם משפחתה לשם משפחתו של הידוע בציבור שלה פוגע בתקנת הציבור. נעמוד על כל אחת משאלות אלה בנפרד.

"תקנת הציבור"

32. "תקנת הציבור" משמעותה הערכים, האינטרסים והעקרונות המרכזיים והחיוניים, אשר חברה נתונה בזמן נתון מבקשת לקיים, לשמר ולפתח. אלה הם "אושיות הלאום, הרוח, החברה או המשק של ישראל" (ראה א' לבונטין, ברירת הדין (משרד המשפטים, תשמ"ז) 118). "תקנת הציבור משקפת את אושיות היסוד של הסדר החברתי..." (הנשיא שמגר בע"א 661/88 חיימוב נ' חמיד ואח' [34], בעמ' 84). תקנת הציבור הינה המכשיר המשפטי, אשר באמצעותו החברה מבטאת את "האני מאמין" שלה. באמצעותו היא יוצרת מסגרות נורמטיביות חדשות ומונעת חדירה של הסדרים נורמטיביים בלתי ראויים למסגרות הקיימות. אכן, תקנת הציבור הינה כלי מרכזי, אשר בעזרתו שיטת המשפט שומרת על עיקרי ערכיה כנגד מוקדי כוח שונים אשר מבקשים ליצור נורמות משפטיות או פעולות פיסיות הנוגדות ערכים אלה. זהו מכשיר שבאמצעותו נשמרת "הפעולה התקינה של מוסדות המשפט החיוניים לחברה" (י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק ג') משפטים ד(תשל, ב-ל"ג) ד 31, 57. "תקנת הציבור" הינה החומה, אשר באמצעותה שיטת משפט נתונה, בזמן נתון, שומרת על "ציפור נפשה" מפני הסדרים (נורמטיביים ופיסיים) המבקשים לפגוע בה. הסדרים אלה יכול שיהיו חיצוניים ויכול שיהיו פנימיים. כך, למשל, באמצעות העיקרון של "תקנת הציבור" שיטת משפט

מכוונת את הפעלתם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי בדבר הפעלת משפט זר במשפטנו.

על-כן נפסק, כי "ישנם מקרים – יוצאים מן הכלל – בהם מתן תוקף לדין הזר

ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים, ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של ציבור ישראל, יהיה עלינו לפסלו" (השופט זוסמן בבג"צ 143/62 [19], בעמ' 256). בדומה, באמצעות העיקרון של "תקנת הציבור" שיטת משפט מכוונת את האוטונומיה של הרצון הפרטי. בצדק ציין פרופ' טדסקי, כי הכלל של תקנת הציבור הוא אחד העקרונות הגלומים בשיטת משפטנו,

בהיותו סייג כללי להכרת הדין באוטונומיה הפרטית על כל היבטיה" (ג' טדסקי,

"שליחות לאחר המוות" עיוני משפטי י (תשמ"ד-מ"ה) 257, 272). וברוח דומה ציין

השופט שמגר, בהתייחסו ל"תקנת הציבור" בדיני החוזים:

"הבסיס העיוני המונח ביסוד הכללים, שעל-פיהם בוחנים תקפותן של

התקשרויות לפי אמת-המידה של תקנת הציבור, טמון בהשקפה, כי ההימנות על קבוצה חברתית, או על סוג אנשים מוגדר, גורר עמו, לעתים, התחייבויות בעלות משקל כה מכריעה וכה קובע מבחינה חברתית וציבורית, עד כי אין להסכים

שפלונני הנמנה על הקבוצה או סוג האנשים יפרוק מעל עצמו, באמצעותה של התקשרות חוזית גרידא, את עולה של התחייבות כגון זו" (ע"א 614/76, 675 פלמונית ואח' נ' אלמוני; אלמוני נ' פלמונית ואח' [35], בעמ' 93).

אכן, באמצעות עקרון "תקנת הציבור" מבטיחה שיטת המשפט, כי רמה מינימאלית מסוימת של התנהגות ראויה תחול בתחומי המשפט הפרטי _ע"א 294/91 [26]. על-כן, צוואה או חוזה אינם תקפים אם תוכנם או מטרתם נוגדים את תקנת הציבור (ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 34 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, כפי שנתפרש בע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין וערעור שכנגד [36]).

33. על "אושיות" היסוד של הסדר החברתי המהווים את "תקנת הציבור" לומד

השופט ממקורות שונים. הוא מסיק אותם ממסמכי היסוד של השיטה (כגון חוקי יסוד, הכרזת העצמאות), ממערך החקיקה ומעקרונות היסוד ההלכתיים. השופט מגבש עמדה בדבר עיקרי הסדר החברתי, מתוך "מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים" (מ' לנדוי, "הלכה ושיקול-דעת בעשיית משפט" משפטים א(תשכ"ח-כ"ט) 292, 306). עליו לתת ביטוי ל"רעיונות היסוד עליהם מושתת המשפט החוקתי שלנו" (שם, בעמ' 307). על השופט לאתר, לגבש ולהפעיל את האני מאמין הלאומי והבסיסי של החברה והשיטה, שהרי "זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה

של מערכת החיים הלאומיים שלו" (השופט אגרנט בבג"צ 73/53, 87 [21] הנ"ל, בעמ' 884). הקו המנחה, אשר צריך לכוון את השופט בקביעתה של תקנת הציבור, נקבע על-ידי השופט לנדוי בדבריו הבאים:

"עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ ואח' נ' מזיאר [37], בעמ' 1335).

במקורם כוונו דברים אלה לתוכנה של "תקנת הציבור" בדיני החוזים. במשך השנים הם הפכו לאמת מידה כללית, אשר השופט צריך לפעול על פיה במתן תוכן נורמאטיבי לתקנת הציבור על היבטיה השונים (ראה בג"צ 58/68 [20] הנ"ל, בעמ' 520). אכן, בהתייחסו לתוכנה של "תקנת הציבור" במסגרת חוק השמות, פנה הנשיא אגרנט אל "עיני רוב רובם של בני הציבור הנאור" (פרשת שי"ק (השנייה) [2], בעמ' 43). בקביעת ההשקפות המקובלות על "רוב רובם של בני הציבור הנאור" אין השופט

עורך משאל עם זוטא. עליו להכיר את החברה בתוכה הוא חי ואת תפישותיו של הציבור הנאור שבתוכה. עליו ללמוד על הקונצנזוס החברתי, על האושיות הערכיים המשותפים לבני החברה. עליו לספוג את האתוס המשפטי ועקרונות היסוד העושים את החברה לחברה דמוקרטית. עליו לבטא "את המצפון הציבורי הכללי ואת השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה..." (ע"א 294/91 [26] הנ"ל, בעמ' 532). עליו לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארעי והחולף. עליו לשקף את "דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו הציבור ולא דעותיהם הקטבויות של אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו" (השופט עציוני בבג"צ 124/70 שמש ואח' נ' רשם החברות [38], בעמ' 516).

34. בקביעתה של "תקנת הציבור" יש להשקיף על שיטת המשפט כעל מכלול. "תקנת הציבור" הינה תקנתו של כלל הציבור – על גווניו, דעותיו, אמונותיו, עדותיו ודתותיו – כפי שהיא נראית מזווית הראייה של הציבור הנאור. אכן, תקנת הציבור מוסקת לאחר בחינת מלוא היקפם של הערכים והעקרונות של שיטת המשפט. אמת, בתחומים ספציפיים אלה או אחרים עשויה להתקיים מדיניות משפטית המאפיינת תחומים אלה. בקביעת "תקנת הציבור" יש להתחשב במדיניות משפטית זו, אך אין לזהות את תקנת הציבור עמה. תקנת הציבור היא ההפשטה הכוללת, המתחשבת במכלול קווי המדיניות המשפטית המפוזרים בשיטת המשפט. אכן, תקנת הציבור היא ההפשטה הרעיונית של המוסדות וההסדרים של מכלול השיטה. מכאן, שאין לזהות את תקנת הציבור בישראל עם המדיניות המשפטית המונחת ביסוד הדין הדתי (ראה רוזן-צבי, בספרו הנ"ל, בעמ' 80). בצדק ציין השופט לנדוי כי:

"זו השקפתו של בית-הדין הרבני על האינטרס הציבורי, השקפה הנזונית מאדיקותו הדתית. לבית-משפט זה השקפה אחרת על מה שהאינטרס הציבורי דורש בענין זה... השקפה הנשענת על חוק המדינה שהוחק על-ידי נציגי הציבור כולו – אדוקים וחופשיים כאחד – עבור הציבור כולו" (בג"צ 51/69, המ' 379/69 רודניצקי נ' ביה"ד הרבני הגדול לערעורים ואח' [39], בעמ' 715).

עם זאת, אין לנתק בין השניים. הדין הדתי הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. "תקנת הציבור" של הדין הדתי אינה מזדהה אמנם בהכרח עם "תקנת הציבור" של המשפט הישראלי. עם זאת, אין "תקנת הציבור" של הדין הדתי "תקנת ציבור" של דין זר (ראה אנגלרד, במאמרו הנ"ל). אכן, "תקנת הציבור" של המשפט הישראלי היא מושג מורכב, כללי ומופשט. היא ניזונה מכלל ערכיה, עקרונותיה ומדיניותה של שיטת המשפט בישראל. היא מתגבשת מתוך נקודת מבט של הציבור הנאור, אשר מתחשב במורכבות ובפלורליזם של החברה הישראלית. היא "מכוונת לציבור בכללותו" (רוזן-צבי, בספרו הנ"ל, בעמ' 82). על-כן, אפילו יחס משפטי מסוים נחשב כאסור או כחטא על-פי הדין הדתי, אין בכך בלבד

להפוך יחס זה כנוגד את תקנת הציבור בישראל. אכן, תקנת הציבור מתחשבת במכלול הדעות וההשקפות הרווחות בציבור. עמד על כך השופט זוסמן, בצינינו:

"פסול הנישואין, על-פי הלכות הדת, היא 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 הנמדגיש 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" (בג"צ 143/62 [19] הנ"ל, בעמ' 257).

35. מילוי תוכן נורמאטיבי לדיבור "תקנת הציבור" מחייב את השופט לגבש את השקפותיה הערכיות הבסיסיות וארוכות הטווח של שיטת המשפט. המשימה אינה טכנית אלא מהותית. בצדק ציין השופט שמגר, כי:

..."הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה..." (ע"א 614/76, 675 [35] הנ"ל, בעמ' 94).

בקביעת תוכנה הנורמאטיבי של "תקנת הציבור" על השופט לפעול באובייקטיביות. עליו לשקף את השקפות היסוד של הציבור הנאור, ולא את השקפות היסוד שלו (ראה ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל [40], בעמ' 574). עמד על כך השופט לנדוי, שעה שטבע את מטבע הלשון של הציבור הנאור, באומרו:

"אין זאת אומרת, שבית המשפט רשאי להתערב כרצונו ביחסי חוזה, לפי

השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלו, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב" (ע"א 461/62 [37] הנ"ל, בעמ' 1335).

על השופט לשקף, במסגרת תקנת הציבור, את מכלול הערכים היסודיים של הציבור הנאור, גם אם ערך זה או אחר אינו מקובל עליו. עמדתי על כך באחת הפרשות, בהקשר של הדיבור "תקנת הציבור", בצינינו:

"בית המשפט אינו נותן ביטוי לתחושותיו הסובייקטיביות. בית המשפט חייב

ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה בה הוא חי ופועל" (ע"א 294/91 [26] הנ"ל, בעמ' 532).

על השופט לשקף את האמונות ארוכות הטווח של החברה. עליו להימנע מלהטיל על החברה את אמונותיו הפרטיות. עמד על כך השופט קרדו, בצינינו:

Their standard must be an objective one. In such matters, the thing that i believe to be right. It is what i may reasonably

B.n. cardozo, the nature of the believe that some other man of normal intellect and " reasonably look upon as right (conscience might judicial process(1921,new haven)89).

היטיב להביע זאת הנשיא אגרנט, בצינינו:

"הלוא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק..." (בג"צ 58/68 [20] הנ"ל, בעמ' 600).

דרישה זו לאובייקטיביות מטילה נטל כבד על השופט. עליו להיות מסוגל להבחין

בין הרצוי האישי לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו

כפרט לבין תפישותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך, שייתכן כי דעותיו

האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להבדיל הברור היטב בין "אני מאמין" האישי שלו לבין "האני מאמין" של האומה. עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו ומרוסן כלפי עמדותיו. עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט. עמד על כך השופט פרנקפורטר (frankfurter) בצינינו:

We may not draw on our merely personal and private notions and" ...disregard the limits that bind judges in their judicial function

Discipline and ...to practice the requisite detachment and to achieve sufficient- objectivity no doubt demands the judges the habit of self

rochin v. (1952)Criticism, incertitude that one's own views are incontestable and- self " alert tolerance toward views not shared(California

[69]171- 170, at).

שופט מקצועי מסוגל לעמוד בנטל זה. חינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית בה הוא חי הכנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד. אין כשופט המקצועי, המודע למגבלות המוטלות עליו בחברה דמוקרטית. "כמדמין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם" (הוריות, י, א-ב [ב]). הנה כי כן, "דרושה עירנות לרחשי התקופה והמקום, אולם

דרושות גם זהירות והליכה בתלם שיפוטי מחושב..." (הנשיא שמגר בע"א 661/88 [34] הנ"ל, בעמ' בעמ' 85).

36. עד כה עמדתי על ההיבט העקרוני של הדיבור "תקנת הציבור". למותר לציין,

כי בצד משמעותו העקרונית של הדיבור "תקנת הציבור" קיימת משמעותו המיוחדת

בהקשר זה או אחר. הקשר זה יכול שיהא הלכתי – וזאת כאשר עקרון "תקנת הציבור" מופעל בדרך הלכתית. הקשר זה יכול שיהא חקיקתי-וזאת כאשר עקרון "תקנת הציבור" מופעל באמצעות החקיקה. במקרה אחרון זה, כמו כל דיבור בדבר חקיקה, תוכנו של הדיבור "תקנת הציבור" נקבע על-ידי סביבתו או הקשרו. לא הרי "תקנת הציבור" בחוק הירושה (ראה סעיף 143 לחוק הירושה) כהרי "תקנת הציבור" בחוק עזרה משפטית למדינת חוץ [נוסח משולב],

תשל"ז-1977 (סעיף 12; ראה גם בג"צ 676/84 טיים אינק. נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח' [4], ולא הרי "תקנת הציבור" בשני אלה כהרי "תקנת הציבור" בפקודת החברות [נוסח חדש] (סעיף 36); או בחוק החוזים (חלק כללי) (סעיף 30; ראה: ע"א 614/76, 675 [35]; ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח' [42]; ע"א 148/77 ש' רוט ואח' נ' ישופה בניה בע"מ [43]). עם זאת, עיקר תוכנה של "תקנת הציבור" יונק מהמסגרת הכללית, ומהמשמעות העקרונית. דומה, שהמשותף בין כל המצבים בהם נזקקים ל"תקנת הציבור" עולה על המפריד. אכן, יש לה ל"תקנת הציבור" גרעין בסיסי וכללי, המקרין עצמו על ההקשרים המיוחדים והמושפע מהם. נפנה עתה ל"תקנת הציבור" בחוק השמות ונבחן את מהותה לאור הטענה, כי הפער בין מעמד הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור משקף את תקנת הציבור הישראלית.

תקנת הציבור והידועים בציבור

37. חוק השמות מסמיך את שר הפנים לפסול בחירת שם או שינויו, אם השם החדש עלול לפגוע בתקנת הציבור. כפי שראינו, העמדה המשפטית – כפי שמצאה ביטויה

בפרשת זמולון [1] – הינה, כי תקנת הציבור היא שלא לטשטש ושלא לערבב התחומים

בין מעמד האישה הנשואה או האלמנה לבין מעמד הידועה בציבור. הטענה הינה, כי הכרה בכוחה של ידועה בציבור ליטול לעצמה את שם המשפחה של הידוע בציבור שלה מזכה את הידועה בציבור בסימן היכר מובהק של האישה הנשואה. אכן, מקובל עלי, כי שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו "התא הראשוני... של החברה האנושית" (השופט חשין בע"א 238/53 כהן ואח' נ' היועץ המשפטי [44], בעמ' 53), הוא "מוסד המוכר על-ידי החברה כאחד היסודות שבחיי

החברה" (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח' [45], בעמ' 1030). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואים הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת

הציבור בישראל. בני זוג הנשואים כדת וכדין יוצרים סטטוס (ראה לבונטין, על

נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (מפעל השכפול, תשי"ז)), וקיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו של סטטוס זה ובהסדרת הכניסה אליו, היציאה ממנו והיקף הזכויות והחובות המגבשות אותו.

38. בצד מוסד הנישואים כדת וכדין, וסטטוס הנישואים הנגזר ממנו, קיים בישראל המוסד של הידועים בציבור. זוהי יצירה משפטית ישראלית, פרי החקיקה והפסיקה (ראה: פרידמן, במאמרו הנ"ל; שאוה, במאמרו הנ"ל; שלח, במאמרו הנ"ל). "מוסד זה בא לעולמו של המשפט בישראל בקול ענות חלושה, אך חדר עמוק עד לשיתויו... (אלון, בספרו הנ"ל חקיקה דתית, בעמ' 119). גרמו ליצירתו של מוסד זה

תפיסות עולם של מדיניות רווחה (ראה השופט ח' כהן בע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר [46], חומרת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין (ראה השופט ויתקון

בפרשת זמולון [1], בעמ' 666, והשופט לנדוי, שם, בעמ' 668, וכן דברי השופט

לנדוי בבג"צ 80/63 גורפינקל ואח' נ' שר-הפנים (להלן – פרשת גורפינקל) [47],

בעמ' 2069; ראה גם בג"צ 89/83 לוי נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח' [48], בעמ' 499), והתנגדות חלק

מהציבור לנישואין דתיים (ראה שלח, במאמרו הנ"ל, העומד על שלושה טעמים אלה; ראה גם פרידמן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 460). קיימת מחלוקת סופרים בשאלה, אם בן הזוג הידוע בציבור מהווה סטטוס. יש הסבורים, כי התשובה היא שלילית (ראה שאוה, במאמרו הנ"ל, בעמ' 501). אחרים סבורים, כי לידוע בציבור סממנים ניכרים של סטטוס (פרידמן, במאמרו הנ"ל, בעמ' 465). הפסיקה עסקה בשאלה זו אך מעט, ובאחת הפרשות נפסק, כי אין לראות בידועים בציבור כסטטוס (ראה ע"א 384/61 [46]). בפרשה אחרת ציינה המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, כי הוענקו לידועים בציבור "זכויות כאילו היו נשואים (היינו מבלי להקנות להם 'מעמד')..." (ראה בג"צ 89/83 [48] הנ"ל, בעמ' 500) ובדין

הנוסף באותו עניין הוסיפה, כי "הידועה בציבור אל זכתה, כידוע, למעמד על-פי דין (סטאטוס) בדומה לבן הזוג הנשוי..." (ד"נ 13/84 לוי נ' יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת ואח' [49], בעמ' 296).

39. בין הסטטוס של הנשואים כדת וכדין לבין מעמד הידועים בציבור כנשואים קיימים הבדלים חשובים. עם זאת, אין לומר כלל ועיקר, כי כל כולו של פער זה

משקף את תקנת הציבור בישראל, המחייבת שמירתו של הפער ואולי אף הרחבתו. אכן, מוסד הידועה בציבור נוסד בשל צורך לפתור בעיה חברתית בישראל. בצדק צוין, כי "קיים קשר סיבתי בין יצירת מוסד הידועה בציבור לבין המציאות המשפטית הקיימת של הסדר דיני נישואין וגירושין לפי דין תורה..." (אלון, בספרו הנ"ל, חקיקה דתית, בעמ' 153). צורך זה, אשר יצר את המוסד של ידועה בציבור, גרם להמשך התפתחות בחקיקה ובפסיקה. אין אפוא כל מקום לקביעה, כי כל היקפו של הפער בין סטטוס הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור משקף תקנת ציבור ישראלית הגורסת שמירת הפער והמשקיפה בשלילה לכל ניסיון להקטינו. אכן, אילו גרסנו, כי הפער בין מעמד הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור משקף כל כולו את תקנת הציבור בישראל, הגורסת שמירת הפער או הרחבתו, היינו חייבים לומר, כי כל מעשה חקיקה חדש וכל הלכה שיפוטית חדשה המקטינים פער זה נוגדים את תקנת הציבור בישראל. השקפה זו אין לקבל. הכנסת קיבלה בעבר רשימה ארוכה של חוקים, המעניקים זכויות לבן זוג הידוע בציבור. הניתן לטעון כי חקיקה זו נוגדת את תקנת הציבור בישראל? בצדק שואל השופט ברנזון:

"הכנסת הכניסה את הידועה בציבור תחת כנפי חסותה במספר רב של חוקים והעניקה לה זכויות כספיות וחמריות שונות. כלום ייתכן שהמוסר הציבורי וטובת הציבור לא עמדו לעיני המחוקק בעת חקיקת החוקים הללו?" (ע"א 563/65 יגר (פלינק) נ' פלביץ ואח' [50], בעמ' 249).

אכן, חקיקה מקיפה זו לא רק שאינה נוגדת את תקנת הציבור בישראל, אלא היא מהווה חלק מאבני המסד הבונות את תקנת הציבור. כפי שראינו, תקנת הציבור מוסקת ממקורות שונים. קו עקבי של חקיקה הוא מקור חשוב ואמין, ממנו ניתן להסיק על תקנת הציבור בישראל.

40. זאת ועוד: בסגירת הפער בין מעמד הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור היה שיתוף פעולה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. בצד פעולת החקיקה, אשר הכירה במוסד הידועים בציבור, עומד המפעל ההלכתי, אשר המשיך במדיניות המשפטית שנקט המחוקק. אכן, אם הכנסת רואה בהענקת זכויות לידועים בציבור פעולה ראויה, אך טבעי הוא שהרשות השופטת לא תראה בכך פעולה הנוגדת את טובת הציבור. בצדק ציין השופט ברנזון, כי:

"המחוקק ראה לטוב לפניו לזכות את הידועה בציבור – גם בהיותה אשרת איש אחר – בהנאות מהנאות שונות. האם בני חורין אנו לנשא את עצמנו מעל למחוקק ולפסוק כי היסוד להענקת הזכויות הללו – ההסכם לחיות כבעל ואשה – רעוע ומערער? כלום יש שני סוגי מוסר וטובת הציבור, אחד בחקיקה ואחד בפסיקה?" (ע"א 563/65 [50] הנ"ל, בעמ' 249).

אכן, המושג "תקנת הציבור" הוא מושג-גג, המשקף את מלוא המדיניות המשפטית של שיטת המשפט כפי שהיא באה לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה גם יחד. בין אלה קיימים "כלים שלובים", המתגבשים בתודעתו של הציבור הנאור. אך טבעי הוא, שקו חקיקתי עקבי משקף תקנת ציבור אשר לה השפעה – גם אם לא הכרעה – על הגיבוש הסופי של תקנת הציבור הישראלית. מתוך הגישה ההלכתית, אשר הכירה במעמדם של הידועים בציבור ובכך המשיכה בקו אותו החל המחוקק, ניתן להצביע על ארבעה סוגי עניינים, או מישורים: המישור הראשון עניינו פירוש הוראות החוק המתייחסות לידועים בציבור. בהקשר זה ניתן להצביע על כך כי בית-המשפט "הרחיב את גבולות מוסד הידועים בציבור, ... הוא צמצם את הדרישות הפורמליות והקל בנטל הראיות הנדרש, כדי להרים את נטל השכנוע להוכחת מצב של ידועים בציבור" (רוזן-צבי, בספרו הנ"ל, בעמ' 304; וכן ע"א 481/73 רוזנברג, עו"ד, מנהל עצובן אלזה ברגמן נ' שטסל [51]; המישור השני עניינו הלכות שיפוטיות, שנפסקו תחילה לעניין בני-זוג נשואים, ואשר הוחלו גם לעניין הידועים בציבור. כך, למשל, נפסק, כי הלכת שיתוף הנכסים חלה גם לעניין החיים יחדיו כידועים בציבור:

"...בסיסה המשפטית של הלכת השיתוף הוא בהסכם משתמע בין הצדדים ולא בעצם אקט הנישואין. כשם שהנישואין אינם תנאי מספיק, כך גם אין הם תנאי הכרחי, שכן גמירת דעתם של בני הזוג לשיתוף יכול שתשתכלל מאורח חייהם המשותף כידועים בציבור..." (ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן [52], בעמ' 448).

ראה גם ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן וערעור שכנגד [53]. המישור השלישי

נוגע להלכות החוזה האסור. חוק הוא כי חוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל (סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי)). במסגרת הוראה זו נפסק, כי חוזה בין ידועים בציבור אינו נוגד את תקנת הציבור ואינו בטל. כך, למשל, נפסק, כי הסכם מפורש למזונות בין ידועה בציבור הנשואה לאחר ואשר ננטשה על-ידי לבין הידוע בציבור שלה אינו בטל בהיותו נוגד את תקנת הציבור. וכך פסק השופט ברנזון:

"הסכם בעל תוכן שהמערערת טוענת לו, אין בו שום דבר אסור, אין בו שום

דבר בלתי-מוסרי ואין בו שום דבר נגד טובת הציבור, גם אם נתלוו אליו חיי אישות והבטחת נישואין בעתיד כאשר ייווצרו התנאים לכך. משני הדברים הללו הנלווים להסכם העיקרי, הראשון – חיי גבר עם אשה גם כשאחד מהם עדיין

נשוי – אינו נגוע באי-חוקיות. הרי זהו המקרה הנפוץ למדי של הזוג הידוע בציבור כבעל ואשה. וכבר הוחלט על-ידי בית-משפט זה, ברוב דעות, כי הסכם כזה להיות כבעל ואשה שלא בנישואין אינו בלתי-חוקי. הוא אינו פוגע במוסר הציבורי ואינו נוגד את טובת הציבור... (ע"א 563/65 [50] הנ"ל, בעמ' 249).

ובפסיקה מאוחרת נכון היה בית המשפט העליון לבחון, אם אין מקום להכיר בחובת תשלום מזונות בין ידועים בציבור מכוח הסכם משתמע. ציינתי, כי "...מוכן הייתי להרהר אחר הלכה זו, תוך שהייתי מוכן, לכאורה, לבסס את זכותה של אישה

למזונותיה לאחר הפירוד גם על הסכם מכללא, אשר תוכנו משתנה, כמובן, על-פי נסיבותיו של העניין... (ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן [54], בעמ' 531). באותה פרשה הועלתה מחדש הטענה, כי הסכם בין ידועים בציבור בטל בהיותו נוגד את תקנת הציבור. טענה זו נדחתה בזו הלשון:

"דומה כי כיום, לאחר החקיקה הענפה המעניקה זכויות מסוימות לידועה בציבור כלפי צד שלישי, שוב אין מקום לטעון, כי מה שהמחוקק ראה כתואם את טובת הציבור ביחסים עם צד שלישי יהא נוגד את טובת הציבור ביחסים שבין בני הזוג בינם לבין עצמם" (שם, בעמ' 532).

41. מישור רביעי עניינו הפעלת סמכות שלטונית. לשר הפנים הסמכות לרשום פרטי מעמד אישי במרשם. התעוררה השאלה, אם יש לרשום ידועים בציבור אשר ערכו טקס נישואין פרטי כנשואים. נפסק, כי אם קיימת מניעה ממשית – בין מניעה הנעוצה באיסור מן הדין ובין מניעה עובדתית – לנישואין כדת וכדין, יהא על שר הפנים לרשום את בני הזוג במרשם האוכלוסין כנשואים, ובלבד שיצטיידו בפסק-דין של ערכאה דתית הקובע את מעמדם האישי של בני הזוג עקב מעשה הקידושין הפרטי (פרשת גורפינקל [47]). בית המשפט סירב לדחות את העתירה בשל חוסר ניקיון-כפיים של העותרים, שערכו טקס נישואין פרטי. השופט לנדוי ציין כך:

"אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה בהם השתמשו, בערכם את הקידושין 'הפרטיים' ההם. מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם חופשיים לנהוג כן. ברצונם להיות 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 הכהן בעבודת הקודש. הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו..." (שם, בעמ' 2069).

יצוין, כי בפרשת גורפינקל [47], סברו שופטי המיעוט (השופטים ויתקון ומני), כי אין צורך בפסק-דין של ערכאה דתית, ועל פקיד המרשם לעפול על-פי ראיות לכאורה, שהצדדים מספקים. לימים הסתבר, כי בתי הדין הרבניים מסרבים ליתן את האישורים הנדרשים. במצב דברים זה החליט בית המשפט העליון, כי הוא עצמו ייתן, "דרך אגב", את הפסק הנדרש, ועל פיו יירשמו הידועים בציבור כנשואים (בג"צ 51/69, המ' 379/69 [39]). בית המשפט העליון הדגיש, מפי השופט לנדוי, כי בהכרעתו זו הוא מבטא את "מה שהאינטרס

הציבורי דורש בענין זה..." (שם, בעמ' 715; ראה גם בג"צ 330,275/71 כהן ואח' נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו ואח' [55]; בג"צ 29/71 קידר ואח' נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו ואח' [56]). כלום יעלה על הדעת כי פסיקה זו – המקרכת סוג מסוים של ידועים בציבור למעמד נשואים כדת וכדין – נוגדת את תקנת הציבור בישראל?

42. הדגשתי, כי הפער בין סטטוס הנשואים לבין מוסד הידועים בציבור אינו

משקף את תקנת הציבור בישראל. ציינתי, כי אין מקום לטענה כי תקנת הציבור

בישראל הינה לשמור על פער זה ואף להרחיבו. עם זאת, אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. אין לגרוס כי צמצום הפער ואף ביטולו משקפים את תקנת הציבור בישראל. שיטת המשפט בישראל, בדומה לשיטות משפט מודרניות בדמוקרטיה נאורות, שומרת על סטטוס הנשואים ואינה מזהה את מוסד הידועים בציבור לסטטוס זה. אכן, לעתים ניתן לנמק תוצאה זו בטובתם של הידועים בציבור עצמם (ראה ע"א 384/61 [46] הנ"ל). אך תהא טובתם שלהם אשר תהא, לא הרי נשואים כדת וכדין, עליהם חל מכלול דינים הקשור לסטטוס הנישואים, כהרי ידועים בציבור, אשר אינם נהנים ממעמד הבכורה של סטטוס הנשואים. על רקע זה הוחלט, כי אין לראות חוסר סבירות של מחוקק משנה באי-הענקת גימלאות לידועה בציבור של שופט שנפטר (בג"צ 89/83

הנ"ל; ד"נ 13/84 [49] הנ"ל). אך למעלה מזאת: בית-משפט זה פסק, וחזר ופסק, כי בני-זוג המשתתפים בטקס קידושין פרטי פוגעים בסדר הציבורי (ראה: ע"א 238/53

[44] הנ"ל; בג"צ 80/63 [47] הנ"ל; ע"א 450/70 רוגוזינסקי ואח' נ' מדינת ישראל

[57]; ע"א 373/72 טפר ואח' נ' מדינת ישראל [58]). עמד על כך הנשיא אגרנט, בציניו:

"...כל אדם המשתתף בקידושין פרטיים או נותן ידו לעריכתם עושה מעשה

הפוגע בהכרח – ללא קשר לשאלה, אם קידושין כאלה שרירים אם לאו – בסדר הציבורי שקבע החוק לענין דרכי הכניסה לברית הנישואין על-ידי יהודים בישראל, ולא עוד, אלא פותח פתח רחב לכל אותן תוצאות הלווי החמורות והמזיקות, שצמחו בעבר מקידושין נסתרים, על גילוייהם השונים ואשר ההסדרים, שהונהגו בשטח זה על-ידי משפט המדינה, נועדו למנוע אותן ולעקרן. אכן... התריעו נגדם גם שופטים נכבדים של בית-משפט זה בכל פעם שבא לפנייהם מקרה של קידושין פרטיים, בהדגישם את תוצאות ההפקרות בחיי המשפחה הישראלית והאנדרלמוסיה בעניני נישואין וגירושין בכללותם, אשר דרך לא דרך זו של כניסה לברית של קיום חיי אישות, עלולה להביא בעטייה" (בג"צ 130/66-158, 132 שגב ואח' נ' ביה"ד הרבני והרבנות הראשית לצפת [59], בעמ' 527).

בית המשפט הדגיש, כי האינטרס הציבורי מכתוב "שהצדדים יסדירו את נישואיהם, באין כל מניעה לכך, לפי הסדר שנקבע לצורך זה על-ידי משפט המדינה..." (שם, עמ' 533). על גישה זו עמד גם השופט לנדוי באותה פרשה בציינו:

... "אין לעותרים אינטרס, המוכר על-ידי החוק, לאישור הקידושין הפרטיים שערכו לעצמם, וכנגד זה ישנו אינטרס ציבורי מכריע למנוע את האנדרלמוסיה 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)" (שם, בעמ' 557).

מטעם זה סירב בית המשפט להעניק סעד מקום שבני-זוג ערכו טקס קידושין פרטי, למרות שניתן היה, על-פי הדין האישי החל עליהם, לערוך טקס נישואין כדת וכדין. על-כן נמנע בית המשפט מלידת פסק-דין למוזנות לאישה, שקיימה טקס קידושין פרטי ושבן-זוגה זנח אותה (ע"א 32/81 צונג נ' שטל וערעור שכנגד [60]). המשנה לנשיא, השופט אלון, הדגיש, כי:

"מדיניות משפטית זו בדבר שלילת תוקפם של נישואין פרטיים יסודה בעקרון-על של שמירה על תקנת הציבור, מינהל תקין וסדרי חברה בסיסיים, אשר משמעות מיוחדת נודעת להם בקביעת תוקף מעמד הנישואין והתוצאות הנובעות ממעמד זה, הן לעניין היחסים שבין בני הזוג בינם לבין עצמם והן לעניין היחסים שביניהם לבין הציבור בכללו" (שם, בעמ' 766).

השופט אלון הדגיש, כי יש למנוע מצב דברים שבו "בני הזוג ייהנו מכל התוצאות, הנובעות ממעמד של נישואין שיסודו בטקס נישואין פרטי, שלפי המדיניות המשפטית המקובלת עלינו נוגד את תקנת הציבור וסדרי חברה בסיסיים...". (שם, בעמ' 770). גם מקום שלא ניתן היה לערוך נישואין על-חפי הדין הדתי, כגון שאחד מבני הזוג אינו יהודי, סירב בית המשפט להכיר בנישואין פרטיים בין בני הזוג עמד על כך השופט ויתקון, בציינו:

"נישואין הנערכים בצורה פרטית לגמרי ולא לפני רשות מוסמכת חילונית או דתית אינם עולים בקנה אחד עם מושגי מינהל תקין ודרישות החברה המודרנית... לאדם מן הישוב, הרגיל אצל סדרי שלטון ומשפט מודרניים, מזור הדבר, שמעמד כה חשוב כמעמד של נישואין ניתן להיווצר על-ידי אקט פרטי ואינו זקוק לשום גושפנקה ציבורית, ולא לגושפנקה הניתנת על-ידי רשות ממלכתית חילונית ולא לגושפנקה הניתנת על-ידי רשות דתית" (ע"א 373/72 [58], בעמ' 13-12).

43. הנה כי כן, תקנת הציבור בישראל מכירה במוסד הידועים בציבור. בעניינים שונים הצדיקה תקנת הציבור הרחבת זכויותיהם של ידועים בציבור, אם ביחסיהם ההדדיים ואם ביחסים כלפי צד שלישי. עם זאת, אותה תקנת ציבור עומדת על משמר סטטוס הנשואים ועל קיומם של נישואין כדת וכדין ומסרבת לראות בידועים בציבור כנשואים לכל דבר ועניין. אכן, תקנת הציבור בישראל לעניין הידועים בציבור היא מורכבת. אין נוסחת קסם שיש בכוחה לפתור את כל הסוגיות. המציאות העובדתית והנורמטיבית היא סבוכה ורבת פנים, ועמה תקנת הציבור עצמה. הציבור הנאור, אשר על-פי אמת המידה שלו נתפסת תקנת הציבור, משקיף על תופעת הידועים בציבור "ברגשות מעורבים". מחד גיסא, מוכר הצורך שהוליד את המוסד של הידועים בציבור. מאידך גיסא, מובנים הסיכונים הטמונים לסטטוס הנישואים ממוסד הידועים בציבור. כתוצאה מכך קיים מתח רב ביסודות המרכיבים את תקנת הציבור בכל הנוגע לידועים בציבור. מתח זה מוצא, למשל, את ביטוי, מקום שמתנגשת זכותה של האישה שנישאה כדת וכדין עם זכותה של הידועה בציבור. תקנת הציבור מבקשת להגן על זכויותיהן של שתי הנשים, אך הכרה בזכותה של האחת עשויה לפגוע בזכותה של האחרת. כתוצאה מכך מתבקשות לעתים הבחנות דקות ודקיקות, הלוקחות בחשבון את הרבגוניות של המצבים האפשריים.

44. פתרון חד-משמעי לבעיית הידועים בציבור אינו בידי בית המשפט. אין

בעניין זה קונסנסוס בחברה הישראלית, ואין לצפות מבית המשפט כי יכריע באופן מובהק לכיוון זה או אחר. בית המשפט מגבש את תקנת הציבור, כפי שהיא משתקפת מזווית הראייה האובייקטיבית שלו. הכרעות חד-משמעיות בסוגיה רגישה זו יכולות לבוא אך מגורמים לבר-שיפוטיים. יש הסבורים, כי פתרון הבעיה הוא בהנהגת נישואין אזרחיים (ראה א' רובינשטיין, "הזכות לנישואין" עיוני משפט (תשל"ג-ל"ד) 433). אחרים סבורים, כי הפתרון ימצא בתחומי המשפט העברי עצמו (ראה אלון, בספר הנ"ל, החקיקה הדתית, בעמ' 153). כך או כך, בית המשפט עצמו אינו יכול ואינו צריך לפתור את הבעיה בבסיסה. אין לצפות מבית המשפט, כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים, ובית המשפט סירב לכך בעקביות (ראה ע"א 450/70 [57]). עמד על כך השופט ויתקון, בציינו:

"מאבקם של המערערים והחוגים החושבים כמוהם על זכותם להינשא שלא במסגרת דתית, כבודו במקומו מונח, אך עליהם להפנות את תביעתם אל הנמען הנכון, הוא המחוקק. אין פתרון לבעייתם אלא בדרך של נישואין אזרחיים הנערכים מטעם המדינה ללא התחשבות בהשתייכותם (או חוסר השתייכותם) הדתית של הצדדים. אין לבקש מבתי-המשפט לפתור את הבעיה..." (ע"א 373/72 [58] הנ"ל, בעמ' 13).

וברוח דומה ציין השופט עציוני:

"ברור לכל מי שעוקב אחרי עבודת הכנסת ודעות המפלגות השונות שעניין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי וכי עדיין לא נפלה ההכרעה להנהגת נישואין אזרחיים, הכרעה שתקבל צורה משפטית נאותה. ומה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור?" (שם, בעמ' 15).

התוצאה המתקבלת רחוקה מלהניח את הדעת. "משבר המשפחה" – עליו כתב פרופ' טדסקי לפני למעלה מעשרים שנה – לא נפתר, ודומה שאף החריף (ראה ג' טדסקי, "משבר המשפחה וחסידי המסורת" מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (י"ל מאגנס, ג' טדסקי עורך, תשכ"ד) 282). עם זאת, במסגרת העיקרון של תקנת הציבור, וכמידת שיקול הדעת הניתן לרשות השופטת כחברה דמוקרטית, על בית המשפט לשקף את תפיסות היסוד של הציבור הנאור. על רקע זה נפנה עתה לבעיה המיוחדת העומדת להכרעתנו בעתירה זו. שינוי שם ותקנת הציבור

45. ידועה בציבור מבקשת לשנות שם משפחת נעוריה לשם משפחה חדש. שם זה מורכב משם המשפחה של הידוע בציבור עמו היא חיה (והמסכים לשינוי) ומשם משפחת נעוריה. זהו גם שם המשפחה של שני ילדיהם. האם כדי קבע שר הפנים, כי שינוי זה פסול הוא, שכן הוא פוגע בתקנת הציבור? הפגיעה הנטענת בתקנת הציבור, כפי שראינו, עניינה בטשטוש וערוב התחומים בין מעמד האישה הנשואה לבין מעמד הידועה בציבור. ודאי שטענה זו במלוא היקפה אינה יכולה לעמוד. אין היא תופסת, על פניה, מקום שנישואין כדת וכדין אינם אפשריים בשל מניעה – בין מניעה מן הדין ובין מניעה עובדתית. במצב דברים זה, ועל-פי פסיקתו של בית-משפט זה, רשאים הידועים בציבור – לאחר עריכת טקס קידושין פרטי ולאחר פנייה לבית-משפט מוסמך

להירשם במרשם התושבים כנשואים (ראה בג"צ 51/69, המ' 379/69 [39]). כלום יעלה על הדעת שהאישה לא תוכל, בנסיבות אלה, שלנות את שם משפחתה? אך נראה לי כי טענה זו אינה נכונה גם במקרים אחרים של ידועים בציבור, בהם אין קיימת מניעה לנישואין כדת וכדין. אכן, דעתי הינה, כי שינוי שמה של ידועה בציבור לשם המשפחה של הידוע בציבור שלה (בין בתוספת שם משפחת נעוריה ובין בלא תוספת זו) או בשינוי שמו של ידוע בציבור לשמה של הידועה בציבור אינם פוגעים בתקנת הציבור בישראל. שלושה הם טעמי;

46. ראשית, הכרה בשינוי השם אינה מעניקה לידועה בציבור כל זכות שלא הייתה נתונה לה לפני השינוי. חוק השמות קובע (בסעיף 22) כי:

"קבלת שם, מתן שם, בחירת שם ושינוי שם לפי חוק זה, אין בהם כדי ליצור או לבטל זכויות או חובות של בעל השם או של זולתו, להוסיף על זכויות כאלה או לגרוע מהן"

הפער הקיים בין סטטוס הנשואין לבין מעמד הידועים בציבור – פער עליו עמדנו בהרחבה – לא משתנה על-ידי הכרה בשינוי השם. שינוי השם אך משקף את המציאות (המשפטית והעובדתית) הקיימת. אכן, אם הידועה בציבור תציג עצמה בשם החדש בלא אישורו של שר הפנים, היא לא תעבור כל עברה. מטרת השינוי היא אך להתאים את המצב (העובדתי והמשפטי) הקיים בפועל לרישומים במרשם התושבים. החקיקה וההלכה השיפוטית הכירו במוסד הידועים בציבור. מוסד זה משקף מציאות חברתית מסוימת. גברים ונשים חיים יחדיו, מקיימים משפחה ומנהלים משק בית. הם מהווים תא משפחתי. שינוי שם המשפחה משקף מציאות זו. יש הסבורים כי מציאות זו ראויה היא. אחרים סבורים כי היא שגויה, אך הכול מסכימים כי היא קיימת. אין לפתור את בעיותיה של מציאות זו "בעזרת השם". שינוי שם המשפחה הינו תוצאה נגזרת מהמציאות הקיימת. אין היא מוסיפה עליה ואין היא גורעת ממנה. היא ביטוי למצב הקיים.

47. שנית, לכל אדם נתונה החירות לשנות את שמו. זוהי זכות אדם (יחסית) שחוק השמות מכיר. פסילת שינוי שמה של ידועה בציבור מכוונת אפוא למנוע ממנה זכות הנתונה לכל אדם אחר, וזאת רק משום שהיא ידועה בציבור. אכן, כפי שראינו, תקנת הציבור בישראל רגישה לצמצום הפער בין סטטוס הנשואים לבין מעמד הידועים בציבור. בעניין שלפנינו אין לנו עניין בהרחבת זכויותיה של אישה שאינה נשואה כדת וכדין משום שהיא ידועה בציבור. בעניין שלפנינו עניין לנו בצמצום זכות הנתונה לכל אדם באשר הוא אדם, רק משום שאותו אדם הוא ידוע בציבור. צמצום זכות כזה אינו מתבקש מתקנת הציבור בישראל, ולכאורה אף נראה שהוא פוגע בה. ודוק: איננו קובעים כי הזכות לשינוי שם, הנתונה לאישה הנשואה כדת וכדין, נתונה גם לידועה בציבור. כפי שראינו, "אשה מקבלת עם נישואיה את שם משפחת אישה... (סעיף 6) ואין היא זקוקה לשינוי השם להסכמתו של שר הפנים. לא כן ידועה בציבור, שאינה "אשה נשואה" ואשר צריכה לקבל את אישורו של שר הפנים לשינוי השם. יחד עם זאת, איננו מוכנים לקבוע כי הזכות לשינוי השם הנתונה לכל אדם אינה נתונה לה משום היותה ידועה בציבור. אכן, מקובל עלינו, כי היותה ידועה בציבור אינו מעניק לה זכות מיוחדת לשינוי שם, אך לא מקובל עלינו כי זכותה הרגילה לשינוי שם נשללת ממנה בשל היותה ידועה בציבור. נראה לי כי הצהרת זכותה של אישה אך בשל היותה ידועה בציבור אינה מתבקשת כלל מאותו איזון עדין המשקף את תקנת הציבור בישראל בעניין זה. זכותה של ידועה בציבור לשנות את שם משפחת נעוריה אינו מעוגן בהיותה ידועה בציבור, ועל-כן הכרה בשינוי אינה מבוססת על שינוי בזכויותיהם של ידועים בציבור. זכותה של ידועה בציבור לשנות את שם משפחת נעוריה מבוססת על כך כי "בגיר רשאי לשנות שם משפחתו ושמו הפרטי" (סעיף 10). מניעת פסילותיו של השינוי אין בה אפוא כל הענקת זכויות חדשות ונוספות לידועים בציבור, ואין בה כל נקיטת עמדה בסגירת הפער בין סטטוס הנשואים לבין מוסד הידועים בציבור. על-כן אין לראות במניעת פסילת השם דבר הנוגד את תקנת הציבור.

48. שלישית, חוק השמות מכיר בכך שקיים ניתוק בין סטטוס הנשואים של בני-הזוג לבין שם משפחתם. "המחוקק ניתק את ענין השם מענין הנישואין" (מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, בפרשת ש"ק (השנייה) [2], בעמ' 54). אישה נשואה יכול שחרף נישואיה תתמיד בשם נעוריה (סעיף 6). אפילו קיבלה, עם נישואיה, את שם המשפחה של בעלה, היא רשאית לחזור לשם נעוריה (סעיף 7). על רקע זה – ובהתחשב בהכרת המשפט הישראלי במוסד הידועה בציבור – אין לראות בכך שידועה בציבור מחליפה את שם משפחתה לשם המשפחה של הידוע בציבור שלה, כביטוי לנישואין כדת וכדין. כפי

שראינו, השינוי בשם המשפחה אינו "עלול להטעות". ואם כך, כיצד זה עשוי הוא לפגוע במעמד האישה הנשואה ובתקנת הציבור? בצדק ציין פרופ' רובינשטיין, כי:

... "קשה ליישב את עמדת הרוב [בפרשת שי"ק (השנייה) [2 – א' ב'] עם ההכרה המפורשת, שנתן המחוקק בחוק השמות למעמדה של הידועה בציבור ועם מדיניותו הכללית של המחוקק בדבר העדר זיקה הכרחית בין שם האשה לבין מעמדה כאשה נשואה" (רובינשטיין, במאמרו הנ"ל, בעמ' 447, ה"ש 39).

49. בצד שלושה נימוקים כלליים אלה יש להוסיף נימוק רביעי, מקום שלידועים

בציבור ילדים משותפים. חוק השמות קובע את הדין באופן הבא (סעיף 3):

"ילד מקבל מלידה את שם משפחת הוריו. היו להורים שמות משפחה שונים, מקבל הילד את שם משפחת אביו, זולת אם הסכימו ההורים שיקבל את שם משפחת האם; אולם ילד שנולד כשאמו אינה נשואה לאביו, מקבל מלידה את שם משפחת אמו, זולת אם רצתה האם שיקבל שם משפחת האב והאב הסכים לכך או שהאם היתה ידועה בציבור כאישתו, ואם הסכימו ההורים, יקבל את שמות המשפחה של שניהם".

נמצא, כי ילדים של ידועים בציבור מקבלים את שם המשפחה של האם, ובהסכמת שני ההורים, את שמות המשפחה של שני ההורים. עם זאת, אם רצתה זאת האם הידועה

בציבור, יקבלו הילדים היא עיקרון יסודי של משפטנו (ראה: ע"א 255/81 י" קוט נ' ד' קוט (קטין) באמצעות אמו עטי אקנין ואח' [62], בעמ' 243; ע"א 310/82 פלונית על-ידי האפוטרופוס שלה נ' היועץ המשפטי לממשלה [63]), והיא בוודאי מרכיב

מרכזי של תקנת הציבור בישראל. כאשר הרצון שלנות את שם המשפחה של ידועה בציבור

לשם המשפחה של הידוע בציבור שלה (או להפך) מכוון לטובת הילדים, קשה להבין

כיצד ניתן לפסול את שינוי השם בשם העיקרון של תקנת הציבור. אכן, אם שם המשפחה של הילדים הוא שם המשפחה של שני ההורים, כיצד ניתן לקבוע כי שינוי שם המשפחה של אחד ההורים לזה של ילדיו, לטובתם שלהם, נוגדת את תקנת הציבור? עמד על כך השופט ח' כהן בפרשת שי"ק (הראשונה [4] בצינו, בעמ' 550-551):

... "טובת הילדים אשר נולדו ואשר גדלים בבית הורים שאינם נשואים זה לזה, היא מחייבת שמירה קפדנית על קשרי המשפחה הרגילים והמקובלים ושם אחיד לכל בני המשפחה אינו אלא סימן ההיכר החיצוני לקשר זה. טובה זו לילדים, והדאגה לשלומם ולשלמות מסגרת המשפחתית, שקולה בעיני המחוקק כנגד כל 'תקנת ציבור' אפשרית בחיי נישואין כשרים כדת. ואם טובת הילדים מחייבת שייקרא עליהם שם אביהם אשר בביתו הם גדלים, אם כי אמם אינה נשואה לו – על אחת כמה וכמה מחייבת טובת הילדים שאמם תישא את שם אביהם ולא תצא חוצצת את מסגרת המשפחה."

50. סיכומו של דבר: אין שר הפנים רשאי לפסול שינוי שם משפחה של אחד מהידועים בציבור לשם המשפחה של השני בטענה כי דבר זה, כשלעצמו, יש בו כדי לפגוע בתקנת הציבור בישראל. תקנת הציבור בישראל מכירה במוסד של הידועים בציבור, תוך שהיא שומרת על כך שיקום פער בין מוסד זה לבין הסטטוס של הנשואים כדת וכדין. תקנת ציבור מורכבת זו אינה נפגעת בשינוי של שם המשפחה. שינוי זה מכוון להתאים את שם המשפחה למציאות (העובדתית והמשפטית) של חיים משותפים. אין בו יצירה של זכויות חדשות. אין הוא ביטוי לזכותה של האישה כידועה בציבור, אלא ביטוי לזכותה של הידועה בציבור כאישה. זכות אדם זו אינה נוגדת את תקנת הציבור בישראל. מודע אני לכך כי "מלחמת השמות" עשויה ליהפך למעין סמל

של מאבק בין המצדדים בהרחבת זכויותיהם של הידועים בציבור לבין המצדדים בצמצום

זכויותיהם. לדעתי, יש להוציא את שינוי השם מהמאבק האידיאולוגי הזה. שינוי

שם אינו צריך להפוך לסמל. שינוי שם אינו נגזר ממעמד הידועים בציבור, ואין

מעמד זה צריך להשפיע עליו.

51. בטרם אסיים חלק זה של פסק-דין, ברצוני לעמוד על שתי טענות, האחת שהועלתה על-ידי בא-כוח שר הפנים

והאחרת שהועלתה על-ידי באת-כוח העותרת. הטענה הראשונה היא, כי חוק השמות הסדיר במפורש שינוי שם (פרטי ומשפחה) של ילדי ידועה בציבור (סעיפים 3 ו-4). אין בחוק השמות כל הוראה מפורשת באשר לשינוי בשם המשפחה של הידועים בציבור עצמם. שתיקה זו שקולה כנגד הסדר שלילי. טענה זו אין בידי לקבלה. במובנה "החזק" מובילה טענה זו למסקנה, כי ידועה בציבור אינה זכאית לשנות את שם משפחת נעוריה, אפילו הסכים לכך שר הפנים.

מסקנה משפטית זו מופרכת על פניה. מההסדר החיובי באשר לשמלם של ילדיה של ידועה בציבור אין להסיק הסדר שלילי באשר לשמה שלה. המחוקק הסדיר את שם המשפחה

של הילדים מתוך דאגתו לטובתם (ראה דברי השופט ח' כהן בפרשת שי"ק (הראשונה)

[4], בעמ' 550). אין להסיק מכך דבר לרעתה של הידועה בציבור עצמה. במובנה

"החלש" גורסת טענה זו, כי "...אם המחוקק קובע הסדרים מפורשים לגבי שינוי השם, הנובע בתוקף החוק מיחסי האישות בין אשה לבעלה החוקי, ושותק לגבי הידועה בציבור, אות הוא שאין הוא מביט בעין יפה על שינוי דומה כתוצאה מן היחסים בין הידועה בציבור ובין הגבר עמו היא חיה" (השופט לנדוי בפרשת זמולון [1], בעמ' 670). ברוח דומה העיר הנשיא אגרנט באימרת אגב, בפרשת ש"ק (השנייה) [2], כי:

..."העובדה, שהמחוקק פסח בהסדרו האמור על הידועה בציבור' ולא נתן לה

את הברירה להיקרא על שם האיש שהיא ידועה בציבור כאשתו, האם אין היא

מלמדת שהמחוקק לא התכוון שתהיה לה ברירה שכזאת. שאם לא תאמר כן, אין להבין משום מה לא קבע לגביה אותו הסדר שקבע לגבי האשה הנשואה, כשם שקבע את

ההסדר האמור בסעיף 3, בו נתן לידועה בציבור את הברירה, כי הילד שנולד לה

מהאיש שהיא ידועה בציבור כאשתו יקבל את שם משפחתו" (שם, בעמ' 47).

אכן, המחוקק הבחין יפה בין האישה הנשואה לבין הידועה בציבור. האישה הנשואה "מקבלת עם נישואיה את שם משפחת אישה" (סעיף 6). שר הפנים אינו רשאי לפסול שינוי שם משפחה זה. לעומת זאת, הידועה בציבור החיה עם גבר אינה מקבלת כתוצאה מכך, את שם המשפחה של הגבר עמו היא חיה. על הידועה בציבור להודיע על שינוי שמה, ובידי שר הפנים הסמכות לפסול את שינוי השם (סעיף 16). נמצא, כי זכותה של האישה הנשואה לשינוי שמה לשם בעלה היא "מוחלטת" (כלומר, אינה מותנית בהסכמת שר הפנים), ואילו זכותה של הידועה בציבור לשינוי שמה לשם הגבר שעמו היא חיה היא "יחסית" (כלומר, כפופה לכוח הפסילה של שר הפנים). בצדק ציין הנשיא אגרנט, כי "המחוקק לא התכוון שתהיה לה ברירה שכזאת" (שם), כלומר, ברירה שאין עמה סמכות לשר הפנים, אך מכאן לא נובע, כי כל בקשה של כל ידועה בציבור תיתקל בטענת הפסילה הכוללת כי היא עלולה להטעות או כי היא נוגדת את תקנת הציבור. אמת, זכותה של הידועה בציבור לשינוי שם משפחתה לשמו של הגבר שעמו היא חיה היא "חלשה" יותר מזכותה של האישה הנשואה לשינוי שם משפחתה לשמו של בעלה. אך מכאן אין להסיק, כי המחוקק אינו מביט בעין יפה על שינוי בשמה של הידועה בציבור. כל שניתן וצריך להסיק הוא, שלעניין הידועה בציבור ביקש המחוקק לאפשר פסילת שינוי השם אם יש בכך כדי להטעות או כדי לפגוע בתקנת הציבור. הבדיקה של שר הפנים צריך שתהא אינדיווידואלית וספציפית ומעוגנת בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. אין להסיק משתיקת החקיקה באשר לזכותה (המוחלטת) של הידועה בציבור עמדה שלילית כנגד שינוי שמה. אכן, לעניין שינוי שמה של ידועה בציבור, דינה כדין כל אדם בגיר. אין חוק השמות מעניק לה זכות יתר (הנתונה לאישה הנשואה: סעיף 6) ואין הוא שולל ממנה זכות (הנתונה לכל אדם בגיר). אמת, אין חוק השמות מביט על הידועה בציבור בעין יפה (במובן זה שאין הוא מעניק לה זכות מוחלטת), באותה מידה אין עינו של החוק צרה בידועה בציבור (במובן זה שאין בו הוראה מפורשת השוללת את זכותה). המחוקק מביט על הידועה בציבור בעיניים פקוחות, כעל כל בגיר אחר המבקש לשנות את שמו. עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, בצינו, שם, בעמ' 54-55:

"משקבעה הכנסת בסעיף 10 שאדם בגיר רשאי לשנות שמו, ובסעיף 6 גילתה

דעתה, כי נישואין יכול שיגרמו, לנטילת שם הבעל, מה היה

עליה עוד להוסיף? דין הוא שאשה נשואה מקבלת אוטומטית שם בעלה, אם לא בחרה בשמה הקודם... אילו חפצה הכנסת במסגרת סעיף 6 לחוק לעסוק גם

בדין פנויה, היה אולי מקום לקבוע, במקביל לקביעת סעיף 2, שלא תורשה לשנות שמה לשם האיש אלא אם היתה ידועה בציבור' כאשתו. אך על כך

בוודאי לא נתן איש את דעתו, וכוחות הפסילה הנתונים בידי השר לפי סעיף 16 לחוק דיים כדי למנוע שימוש לרעה."

52. הטענה השנייה באה מפי באת-כוח העותרת. היא מפנה את תשומת הלב לעובדה, כי בעת הגשת ההודעה לשינוי שם משפחתה נתבקשה העותרת למלא טופס הצהרה, וזו לשון הטופס:

"הצהרה בכתב אני הח"מ, מגישה בזה הודעה על שינוי שמי ל..... והנני מצהירה בזה, כי המניע לשינוי השם

הוא..... וכי ההודעה איננה מוגשת מתוך רצון לקבל את שם משפחתו של גבר הנושא שם זה.

בכבוד רב,

....."

טופס הצהרה דומה אינו קיים לגבי גבר המבקש לשנות את שם משפחתו. לדעת באת-כוח העותרת, יש בכך הפליה פסולה ואסורה של נשים לעומת גברים. בתשובת המשיב נקבע, כי-

"עמדת המשיבים בסוגיה זו, להלכה ולמעשה, הינה בננוגע לגברים ולנשים. עם זאת, נוהג שבעולם הוא שהבעיה מתעוררת לרוב בנוגע לנשים, כעולה גם מכל המקרים שהגיעו בפני בית-המשפט".

לדעתי, טופס זה – פסול הוא, וזאת משני טעמים: ראשית, משום שיש בו הפליה פסולה של אישה. לפני למעלה מארבעים שנה קבעה הכנסת, כי "דין אחד יהיה לאשה

ולאיש לכל פעולה משפטית" (סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951). הוראה זו חלה גם לעניין חוק השמות. חוק זה, ככל חוקי המדינה, מתפרש על בסיס ההנחה, כי תכליתו הינה לקיים שוויון בין המינים (ראה: בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות ואח' [64]; בג"צ 953/87, 1/88 [24]).

זכותו של ידוע בציבור לשנות את שם משפחתו, כאמור בסעיף 10 לחוק השמות, וזה לזכותה של ידועה בציבור לשנות את שם משפחתה. סמכותו של שר הפנים – במסגרת סעיף 16 לחוק השמות – לפסול שינוי שם של ידועה בציבור וזה לסמכותו לפסול שינוי שם של ידוע בציבור. אשר-על-כן, טופס המכוון לשינוי שם של נשים בלבד פסול הוא; שנית, לאור פסק-דין זה, שוב אין כל חשיבות לכך שמטרת שינוי שמה של אישה היא לקבל את שם משפחתו של גבר הנושא שם זה, כשם שאין כל חשיבות לכך שמטרת שינוי שמו של גבר היא לקבל את שם משפחתה של אישה הנושאת שם זה.

סטייה מתקדים

53. הגעתי לסוף הדרך. וסופה של הדרך מביא אותה לתחילתה. הסוגיה שלפנינו

נדונה בהרחבה בפרשת זמולון [1]. בפרשת שי"ק (השנייה) [2] סירב בית המשפט

העליון לחזור ולעייין בה מחדש. האם לא מן הראוי הוא לקבוע, כפי שקבע הנשיא

אגרנט בפרשת שי"ק (השנייה) [2]:

... "ראשית, כי הבעיה שלפנינו זכתה לליבון מלא בענין בג"צ 73/66 (פרשת זמולון [1] – א' ב') הנ"ל, ושנית, שגם הנמקת שופטי הרוב, גם זו של שופטי המיעוט, היא כבודת משקל ולפיכך לא יהיה זה מן המידה, אם ניכנס מחדש לעבי הקורה של הבעיה..." (שם, בעמ' 42).

האין לומר, כפי שנקבע בפרשת שי"ק (השנייה) [2], כי יציבות ההלכה מצדיקה שלא נסטה מהלכת זמולון [1] ? לדעתי, מן הראוי הוא לבחון את הסוגיה מחדש -

כפי שאכן עשיתי – וזאת משני טעמים: ראשית, פרשת זמולון [1] – ובעקבותיה

פרשת שי"ק (הראשונה) [4] ופרשת שי"ק (השנייה) [2] – התמקדו רובן ככולן

בשאלה, אם שינוי שמה של ידועה בציבור "עלול להטעות".

שר הפנים ביסס את פסילת שינוי השם על טעם זה, ופסק הדין כולו עוסק בשאלה זו. כפי שביקשתי להראות, זו אינה נקודת המבט הראויה. "המקום הגיאומטרי" של הבעיה אינו בהטעיה האפשרית, אלא בטיעון בדבר תקנת הציבור. אכן, השופט לנדוי (בפרשת זמולון [1]) והנשיא אגרנט (בפרשת שי"ק השנייה [2]) היו מודעים לקושי זה,

תוך שהביעו דעתם, באימרות אגב, לעניין תקנת הציבור. השאלה המרכזית בדבר "תקנת הציבור" לא זכתה לעיון מקיף ולבחינה מדוקדקת, ומכאן הצידוק לעסוק בה מחדש. שנית, מאז נפסק הדין בפרשת זמולון [1] עברו למעלה מעשרים ושש שנים. מאז נפסק הדין בפרשת שי"ק (השנייה [2]) חלפו למעלה מעשרים שנה. עקרון תקנת הציבור – אשר במסגרתו יש להכריע את הדין – משקף את תפיסות היסוד החברתיות ביום מתן פסק הדין (ולא ביום חקיקתו של חוק השמות). תקנת הציבור – ותפישותיו של הציבור הנאות העומדות במרכזה – אינה עניין סטטי. הוא מושג דינמי. תקנת הציבור "מעצם הווייתה היא מושג גמיש, המשתנה משיטת משפט

אחת לרעותה, על-פי המקום והזמן..." (הנשיא שמגר, בע"א 661/88 [34] הנ"ל,

בעמ' 84). "... אך מובן הוא שהתפיסות בכגון דא משתנות עם חלוף העתים ומבטאות

תמיד את אמונותיה ודעותיה של אותה התקופה" (ע"א 614/76, 675 [35] הנ"ל, בעמ' 94). אכן, "העיקרון של 'תקנת הציבור' משקף את תפיסות היסוד של השיטה, ואלה משתנות עם השינויים הכלליים החלים בעם ובמדינה..." (ע"א 294/91 [26] הנ"ל, בעמ' 532). תקנת הציבור נמצאת אפוא בתנועת מתמדת. הקטגוריות של "תקנת הציבור" אינן סגורות, והן משתנות על-פי השינויים הבסיסיים והעקרוניים החלים בחברה ובמשפט. אכן, השקפותיו של הציבור הנאור – הקובעות את מהותה של תקנת הציבור משתנות בתנועת החברה על פני ההיסטוריה. כל דור רואה עצמו כדור מודרני, ומה שנראה כתואם את השקפות הציבור הנאור בעבר אינו תואם השקפות אלה בהווה. ומה שנראה לנו, בני הדור הזה, כמשקף את השקפות הציבור הנאור, יראה בוודאי באור שונה בדורות הבאים. כשם שראוי הוא שנעייין מחדש במה שנתפס בעבר כתקנת הציבור, כן בוודאי יהא ראוי בעתיד כי יעיינו בחדש במה שנתפס כתקנת הציבור כיום. אכן, ספרה של ההלכה השיפוטית הוא פתוח, וכל העת נכתבים בו פרקים חדשים. אלה נבנים על העבר, משקפים את ההווה, ומהווים תשתית לעתיד. התנועה היא בלתי פוסקת. השינוי הוא מתמיד. מאז נפסק הדין בפרשת זמולון [1], בפרשת שי"ק (הראשונה)

[4], ובפרשת שי"ק (השנייה) [2], חלו שינויים ניכרים בחקיקה, בפסיקה ובמציאות

החברתית באשר לידועים בציבור. ההלכה נבחנה בכור המציאות מזה ובמבחן העיוני מזה. רבות נכתב עליה. המחוקק המשיך בחקיקה המעניקה זכויות לידועים בציבור ומטילה עליהם חובות (ראה, לאחרונה, חוק העונשין (תיקון מס' 30), תש"ן-1990, לעניין עבירות מין במשפחה; חוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991). כל אלה יצרו "סביבה" נורמטיבית חדשה, המצדיקה בחינה מחודשת של ההלכה. אכן "לכל

חוק וחוק יש מציאות מסוימת, ועם השתנותה היסודית, משתנה מאליו גם החוק"

(מ"מ הנשיא, השופט זילברג בבג"צ 222/68 המ' 15/69 חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' נ' שר המשטרה [65], בעמ' 158). בצדק ציין השופט אגרנט, כי "בתתו את דעתו (כפי שהוא חייב לעשות) על המטרה העומדת מאחורי סעיף החוק הנדון,

גם חלילה לו, לבית-המשפט, להתעלם מתנאי-הזמן המתחדשים שלאורם יש לקיים

אותה מטרה" (ע"א 65/49 פריזלר נ' וויס [66], בעמ' 892). אכן, לא הרי

בחינה מחודשת של הלכה קודמת המתרחשת סמוך להיווצרותה, כהרי עיון נוסף

לאחר עבור זמן כה רב. עמד על כך חברי השופט אור בקובעו:

"בית המשפט העליון כערכאה השיפוטית העליונה מופקד על קביעת ההלכה

באותם עניינים הבאים לפניו. במסגרת תפקידו זה, וכדי שיוכל למלאו כהלכה, יש, אמנם, לשמור על חופש אינטלטואלי לשופטים המכהנים בו, כולל הסמכות לשנות מהלכה קיימת במקרים המצדיקים זאת. עם שינוי העתים, ועמם שינוי אורחות חיים, צורכי הציבור, שינוי בתפיסות הציבור הנאור וכיוצא באלה

שינויים, הערכה מחדש ושינוי ההלכה עשויים להיות מוצדקים" (ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל [67], בעמ' 237).

המקרה שלפנינו נופל למסגרת זו. אכן, גם בשיטות משפט, בהן קיים אימוץ קפדני של הלכת התקדים, אין מפעילים הלכה זו בכל חומרתה, מקום שההכרעה קשורה לתפיסות יסוד חוקתיות ולמגמות יסוד של תקנת הציבור. עמד על כך השופט רייט (wright) בציינו:

It seems dear that, generally speaking, a rigid method of precedent" is inappropriate to the construction of a constitution which has to

.be applied to changing conditions of national life and public policy

An application of words which might be reasonable. And just at some

"time might be wrong as mischievous at another time(Precedents", wright

. Cambridge 1,j8(1943). 134, 118

זאת ועוד: אין לנו עניין כאן בהלכה קיימת, אשר עקרון ההסתמכות יצר בעקבותיה ציפיות, אשר תיפגענה קשות בגין שינויה. עניין לנו באופן הפעלת סמכות שלטונית, כך שכתוצאה משינוי ההלכה לא תוטל, מחד גיסא, כל מעמסה נוספת על הציבור או על פרט, ומאידך גיסא, יורחבו זכויות אדם. במצב דברים זה, הקשר הקושר אותנו עם העבר – אף שהוא קיים תמיד – אינו חזק מספיק,

כדי למנוע – לאחר עבור למעלה מעשרים שנה – בחינה מחודשת ואף שינוי של

ההלכה הקיימת. מתקיים, בעניין שלפנינו, המבחן, לפיו ראוי הוא לסטות מתקדים

קודם, "אם השיקולים התומכים בדין החדש משקלם עולה על השיקולים התומכים בדין הישן ומהו הנזק הנגרם בשל עצם השינוי" (ראה רע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח [68], בעמ' 172). יצוין, כי בפרשת שי"ק (השנייה) [2] הדגיש הנשיא אגרנט, כי להשקפתו אין לומר, כי מאז נפסקה פרשת זמולון [1] – והיה זה קצת למעלה מחמש שנים קודם לכן – "אבד עליה כלח בעיני רוב רובם של בני הציבור הנאור" (שם [2], בעמ' 43). בענייננו, עבר זמן רב מאז הלכת זמולון [1], ואף כי אין לומר כי אבד עליה הכלח, הרי ראויה היא לבחינה מחודשת ולשינוי, וזאת על-פי אותן הלכות הצמן הגורסות יציבות. בצדק ציין פרופ' פאונד, כי:

(1923, cambridge) "law must be stable and yet it cannot stand still". 1.(r. Pound interpretation of legal history

מן הכלל אל הפרט

54. העותרת (גב' אפרת) ומר אורנג' הם ידועים בציבור. להם שני ילדים, הנושאים את שמות המשפחה אורנג'-אפרת. העותרת הודיעה על שינוי שם משפחתה מאפרת לאורנג'-אפרת. הטעם המונח ביסוד השינוי הוא הרצון להיקרא בשם המשפחה של ילדיה. בפני שר הפנים עמדו אן נתונים אלה. על בסיס תשתית ראייתית זו

פסל שר הפנים את השינוי, שכן הוא עלול להטעות והוא עלול לפגוע בתקנת הציבור. כפי שעולה מפסק-דינו, אין בעצם הנתונים, כי ידועה בציבור מבקשת לשנות שם משפחתה לשם המשפחה של הגבר עמו היא חיה, ושהוא אבי ילדיה, כדי להוות תשתית ראייתית לקביעה, כי שינוי השם עלול להטעות, או כי שינוי השם עלול לפגוע בתקנת הציבור. בהפעלת שיקול-דעתו של שר הפנים נפל אפוא פגם, המחייב התערבותנו. בהיעדר כל טענה אחרת – מעבר לעצם היותה של העותרת ידועה בציבור באשר להטעיה או לפגיעה בתקנת הציבור, אין מנוס מהפיכת הצו-על-תנאי למוחלט.

התוצאה היא, כי אנו הופכים הצו-על-תנאי למוחלט, במובן זה שפסילת שינוי שמה של העותרת מתבטל. המשיב יישא בהוצאות העותרת בסכום כולל של 5,000 ש"ח.

השופט ש' נתניהו: אני מסכימה.

השופט ת' אור: 1. העותרת, מיכל אפרת, וחברה לחיים, עוזי אורנן, חיים

כידועים בציבור. מחייהם המשותפים נולדו להם בן ובת. שם משפחתם של שני הילדים הוא אורנן-אפרת. העותרת פנתה למשרד הפנים בבקשה לשינוי שם משפחתה מ"אפרת" ל"אורנן-אפרת", שם אותו היא נושאת בפועל ובו היא גם מוכרת וידועה בין מכרייה. רצונה של העותרת הוא, ששם משפחתה יהא זהה לזה של ילדיה. היא זה לטובתה שלה, וכן – כפי שהדגישה העותרת בפנייתה למשיב 2 (להלן-המשיב) – לטובת ילדיה, שתהיה זהות בשמות המשפחה שלה ושלם. שר הפנים סירב לבקשתה של העותרת, בהסתמך על סעיף 16 לחוק השמות (להלן-החוק), כשנימוקו הוא שהשם החדש עלול להטעות ולפגוע בתקנת הציבור, במובן זה שהציבור עלול לחשוב בטעות שהיא נשואה למר אורנן.

2. אומר כבר בתחילה, שאהדתי נתונה לעותרת. אף כי אין היא נשואה למר אורנן הם חיים כבעל ואישה לכל דבר: הם דבקו זה בזו לחיות תחת קורת גג במשק בית משותף וגמרו אומר להקים משפחה בישראל. לעניין זה אף חתמו על "הסכם לחיי משפחה". מחייהם המשותפים נולדו להם בן ובת, וכל רצונה של העותרת הוא ששם

משפחתה יהא כשל ילדיה. לכן מבקשת היא, כי השם שיירשם במרשם האוכלוסין ובתעודת הזיהוי שלה יהיה שם המשפחה בו היא מוכרת בלאו הכי. שינוי זה של שמה לא יהיה בו שינוי של השם בו היא מוכרת בחיי היום-יום, ואין בו, על-פי מצוות החוק, "כדי ליצור או לבטל זכויות או חובות של בעל השם או של זולתו, להוסיף על זכויות כאלה או לגרוע מהן" (סעיף 22 לחוק). על שום מה יימנע הדבר ממנה?

מתקשה אני להבין, על מה ולמה תימנע ממנה ומילדיה התווית המבוקשת, לפיה בני

משפחה אחת הם.

סעיף 10 לחוק מקנה לכל בגיר בישראל את החופש לשנות את שם משפחתו ואת שמו הפרטי. זה הכלל אשר ביסודו חירות האדם במשטר דמוקרטי לבחור לו שם ולשנותו על-פי מאווייו. מאויים אלה יכול שינבעו מצרכים שונים: חברתיים, לאומיים או אישיים. לעתים קרובות רצונו של המבקש לשנות את שמו מונע על-ידי רגשות חזקים. ראוי, על-כן, שרצונו זה של כל אזרח יכובד ככל שאך ניתן, כל עוד אין הוא סותר כלל אחר, חשוב ממנו, אשר מתיר הגבלות על שינוי שמו של המבקש. האם התקיימו בענייננו נסיבות המצדיקות את סירוב המשיב להתיר לעותרת את שינוי שם משפחתה כמבוקש על-ידיה, מן העילה שהשם שבחירה עלול להטעות או לפגוע בתקנת הציבור?

3. כשבא אני לבחון שאלה זו, לא די באהדה ובנטיית לב. השאלה הדורשת תשובה לצורך ההכרעה בגורלה של העתירה היא, אם על-פי פרשנותו הנכונה של הוראות החוק, ובעיקר אלה המתירות למשיב לסרב לשינוי שם (סעיף 16 לחוק), ובהתחשב בעובדות המקרה בענייננו, יש מקום להתערב בהחלטת המשיב ולהיעתר לעותרת.

חברי, השופט ברק, בחן בפסק-דינו היסודי ורחב ההיקף את השאלה על כל צדדיה והיבטיה והראה, כי לא הייתה הצדקה להתנגדות המשיב לשינוי שמה של העותרת

וכי יש לעשות את הצו-על-תנאי החלטי. כזו היא גם דעתי. נוכח פסק-דינו המפורט

של חברי נותר לי להוסיף אך מעט. עם זאת, בשל חשיבות השאלה שהועמדה להכרעה ובשל התוצאה אליה אנו מגיעים בפסק-דין זה, תוצאה שיש עמה סטייה מהלכה קודמת, רואה אני מקום להבהיר, בקיצור, את עיקרי הדברים, העומדים ביסוד הצטרפותי למסקנת חברי.

4. האם שינוי השם המבוקש על-ידי העותרת עלול להטעות? מהי אותה הטעיה

בה דן סעיף 16 לחוק? דעתי היא, שההטעיה בה דן הסעיף אינה מתייחסת לאפשרות, כשלעצמה, שמי מהציבור עלול לסבור, בשל השם החדש אותו מבקש אדם לעצמו, כי מעמדו המשפחתי שונה ממה שהינו באמת. קיימות מספר הוראות בחוק, מהן ניתן ללמוד, כי החוק משלים עם המצב, לפיו השם אינו משקף בהכרח את הסטטוס המשפחתי לאמיתו. מכאן, שאין לסרב לשינוי שם רק משום שיהיה בו, לכאורה, כדי להטעות ביחס למצבו המשפחתי של מבקש השינוי. ההוראות אליהן מכוונים דבריי הן אלו:

א. בסעיף 22 לחוק נקבע מפורשות, שאין בשם של אדם, לרבות שם שבא לו עקב שינוי שמו, ליצור, לבטל, להוסיף או לגרוע מזכויות או מחובות של בעל השם

או של זולתו. הסעיף מצביע אפוא על כך שהמחוקק ראה וצפה את האפשרות, ששמו

של אדם לא ישקף נכוחה את מעמדו האישי הנכון, כולל את מצבו המשפחתי, והשלים עם קיומה של אפשרות כזו. לפיכך, בשינוי שם משפחה של אישה אין בהכרח כדי ללמד על כך שנישואיה פקעו, וקבלת שם זהה לשם של גבר פלוני אינה מלמדת על כך שהשניים נשואים

ב. אכן, החוק כולל מספר הוראות, שמהן ניתן להסיק ברורות שהמחוקק ראה להפריד בין שם משפחה של אישה לבין מצבה המשפחתי. על-פי סעיף 6 לחוק, אישה שנישאה רשאית לשאת את שם משפחתה הקודם. אם אלו הם נישואיה הראשונים, יהיה שם משפחתה כשם משפחתה מבית הוריה; ואם הייתה נשואה קודם לכן לאחר, תוכל להמשיך לשאת את שם משפחתו של בעלה הקודם. ברור, שגם במקרה זה השם עלול להטעות לגבי מצבה המשפחתי. במקרה הראשון, אין בשם משפחתה לשקף את היותה נשואה לבעלה. במקרה השני, הציבור עלול לחשוב בטעות שהיא עדיין נשואה לבעלה הקודם.

ג. על-פי סעיף 7 לחוק, אישה שנישואיה פקעו רשאית להמשיך ולשאת את שם

משפחת בעלה שנישואיה עמו פקעו וכן רשאית לחזור לשם משפחתה הקודם, אפילו

היה זה שם משפחה של מי שקודם הייתה נשואה לו. גם כאן עלול שם משפחתה להטעות. אם תבחר אישה להישאר בשם נישואיה, עלולים לחשוב בטעות שהיא עדיין נשואה למי שנישואיה עמו כבר פקעו; ואם תבחר לחזור לשמה הקודם מנישואין קודמים, עלולים לטעות ולחשוב שהיא נשואה למי שהתגרשה ממנו עוד לפני נישואיה האחרונים (שגם הם פקעו).

ד. סעיף 11 לחוק מאפשר, בתנאים מסוימים, אם גם בהיתר המשיב, שאחד מבני-זוג הנשואים זה לזו ישנה את שמו לשם אחר. על סמך האמור, ניתן לסכם, כי לגישת המחוקק שם משפחה אינו צריך לתאום בהכרח את המצב המשפחתי לאמיתו. ממילא, אין זה מן הראוי ששם משפחה זהה לשניים

ה"ידועים בציבור" ייחשב כ"עלול להטעות", במובן סעיף 16 לחוק, ויעמיד לשר הפנים סמכות למנוע את שינוי שמה של האישה לשם זה. כפי שקובע חברי, השופט ברק: "מכיוון ש' השמות אינם אינדיקציה למעמדם', אין בשינוי השמות, כשלעצמו, כדי ליצור מצב דברים של "עלול להטעות" (פיסקה 29 של פסק-דינו; וכן הציטוט מדברי מ"מ הנשיא זוסמן בפרשת שי"ק (השנייה) [2], בעמ' 56).

אכן, כפי שביאר חברי, השופט ברק, בפסק-דינו באר היטב, אין שינוי שם משפחתה של ידועה בציבור לשם משפחתו של הידוע בציבור, עמו היא חיה, "עלול להטעות" במובן סעיף 16 לחוק.

5. האם יש בשינוי השם המבוקש פגיעה בתקנות הציבור? שאלה זו, אף כי הוזכרה בפרשת זמולון [1], ובפרשת שי"ק (השנייה) [2], לא זכתה שם לדיון נרחב על כל צדדיה, שכן הדגש הושם על האפשרות של הטעיה בשינוי שם המשפחה.

גם בעניין זה נראים לי נימוקיו של חברי, השופט ברק, הן נימוקיו הכלליים לכך שאין בשינוי השם המבוקש פגיעה בתקנת הציבור, והן אלה הנוגעים למצב המיוחד בענייננו, בו העותרת מבקשת ששם משפחתה ישונה ויהיה זהה לזה של ילדיה, שינוי שיש עמו התחשבות בטובת הילדים.

6. כמו חברי התלבטתי גם אני בשאלה, אם יש מקום לסטייה מהתקדים שנקבע בפרשת זמולון [1]. פסק הדין ניתן בהרכב חמישה, ובפרשת שי"ק (השנייה) [2] דעת

הרוב הייתה, שאין מקום לסטות מההלכה שנקבעה בו. בע"פ 2251/90 [67] התייחסתי בהרחבה לזהירות בה על בית המשפט העליון לנהוג בבואו לסטות מההלכה שנפסקה על-ידי, אף שההלכה פסוקה זו אינה מחייבת אותו על-פי הוראת סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. בהתאם לנסיבות המקרה שם סברתי גם אני, שלא היה זה מן הראוי לסטות מההלכה.

שונים פני הדברים במקרה בו אנו עוסקים בפסק-דין זה. כפי שמזכיר חברי, השופט ברק, חברו בענייננו מספר שיקולים, המצדיקים בחינה מחדש של ההלכה:

מאז נפסקה ההלכה חלף זמן ניכר, ובמשך תקופה זו הורחבה ההתייחסות בדברי חקיקה

שונים למעמדה של "הידועה בציבור", והמציאות היום היא שונה: זוגות רבים יותר

מבעבר בוחרים לחיות יחד כ"ידועים בציבור", אם משום שהדין הדתי מונע מהם להינשא ואם מטעמים אידיאולוגיים או אחרים, התלויים בבני הזוג עצמם. למצב דברים זה גם בית-משפט זה אינו יכול להיות אדיש: לאחר חלוף תקופה ארוכה יחסית מתבקשת בחינה מחודשת של ההלכה, ואם שגויה היא – מן הראוי לשנותה.

שינוי ההלכה בענייננו אין בו, מצד אחד, פגיעה בזכויות מוקנות של אדם מסוים, של קבוצת אנשים מסוימת או של הציבור בכללותו; ומאידך גיסא, יש בו משום הרחבה של חירות הפרט והמצפון של קבוצת אנשים – אלה הידועים בציבור – לממש את זכותם לבחור ולשנות את שמם כפי רצונם, ומבלי שזכות זו תהא כפופה לאפשרות ההתערבות רחבה מצד הרשות בהפעלת זכות זו. ובמקרה של התערבות פסולה, כפי שאמנם קרה בענייננו, יוענק לאותם פרטים סעד כנגדה. לכן יש להוסיף את ההתייחסות הרחבה בפסק-דינו של חברי, השופט ברק, לשיקולים ולנימוקים רבים, אשר לא כולם זכו להתייחסות בפרשת זמולון [1], ובפרט, הבחינה של סוגיית הפגיעה האפשרית ב"תקנת הציבור". עניין זה על היבטיו השונים לא נבחן בפרשת זמולון [1], למרות שבו, כמבואר בפסק-דינו של חברי, השופט ברק, תלוי גורלה של עתירה זו.

7. על סמך כל האמור מסכים אני, שדין הצו-על-תנאי להפוך להחלטי הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט ברק.

ניתן היום, ז' בניסן תשנ"ג (29.3.93).