

פרופ' משה זילברג
שופט בית המשפט העליון לישראל

המעמד האישי בישראל

האוניברסיטה
של ירושלים
הפקולטה
למשפטים

פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית
מס. 4

אקדמון

בית ההוצאה של הסדרות הסטודנטים של האוניברסיטה העברית
ירושלים, תש"ב 1965

לזכר בני בכורי

עמוס

ערגת נפשי עד כלות ימי

כ"ו באייר תרצ"ג — ב' בכסלו תשי"ז

כל הזכויות שמורות לבית ההוצאה

All rights reserved

מהדורה רביעית תשכ"ה 1965

דפוס סיון בע"מ, ירושלים



ספרי זה מקורו נעוץ בהרצאות שהרציתי תוך שלוש השנים האחרונות
בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית. במסגרת סדרת הרצאותי
על „דיני אישים, משפחה וירושה“. חלקו הראשון דן בתוצקה המנדטורית,
וחלקו השני — בנדבכים העליונים שנוספו עליה על ידי המחוקק הישראלי.
מקום נכבד הוקצה בו להלכה הפסוקה, כפי שנתגבשה ביודיקטורה המקומית,
ביחוד הישראלית.

מטרת המחבר היתה לתת סקירה שיטתית, „מעודכנת“, של הלכות
המעמד האישי בישראל על פי חוקי הארץ. למען שלימות ההרצאה ובידור
הבעיות הכרוכות בהלכות אלה, נדונו בספר גם דיני ישראל, אם בקצירת
האומר ואם בהרחבת הדיבור, הכל לפי מקומו ושעתו של הנושא המסויים.
תשומת לב מיוחדת הוקדשה בו לתחומי המשפט, בהם „מתנגשים“ — או
„נושקים אהרדי“ — החוק החילוני והחוק הדתי. תקוותי, כי ימצאו בו ענין
ותועלת, הן הסטודנט המתלמד והן המשפטן המקצועי.

את פסקי הדין ציטטתי בשם כותבם כאשר היו חילוקי דעות בין
השופטים, או כשנכתבו *vota separata* על ידם; תארי השופטים —
כתאריהם בשעת מתן פסקי הדין.

תודתי אמורה בזה לפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית,
ובראש ובראשונה לידידי הדיקן, פרופ' בנימין אקצין, על עזרתם האדיבה
בהוצאה לאור של הספר.

מ. ז.

ירושלים, יום ב' בכסלו תשי"ח

תוכן הענינים

חלק ראשון

התחיקה המנדטורית

8—3 פרק א': עניני המעמד האישי בכלל

1. „נומרוס קלאוזוס“ / הצד השחה שבהם .. 3
2. מעמדם המיוחד 3
3. „לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הרתי“ / הדין כ„פונקציה“ של הדין .. 4
4. מירוש מונחי המעמד האישי / השוואה עם כללי המיון בתורת המשפט הבין לאומי הפרטי / אבחנה כן הכול במין והבדל בין 6

31—9 פרק ב': עניני המעמד האישי בפרט

1. „דיונים“ — „תביעות“ 9
2. עניני נישואין או גירושין / פירות נכסי מלוג / כלל הזכויות והחובות הנובעות מיחסי הנישואין 10
3. הצהרת תקפם או בסילותם של נישואין / קביעת העובדה של עריכת סכס הנישואין 13
4. שידוכין / תביעת הפרת שידוכין / אומיה של הביעה זו בדיני ישראל 14
5. „אלימוני“ ו„מיינסנס“ / הגדרת שני המונחים כיודיקטורה המנדטורית / בדיקה השאלה מחוש על ידי כית המשפט העליון הישראלי בענין רוונבוים / דעותיהם של שלושת השופטים / הכרעת השאלה בבית הדין המיוחד 17
6. מזונות ילדים ושאר קרובים / הגדרת מזונות האב כ„צדקה“ בדיני ישראל / אף על פי כן — מזונות האם במובן הוראת דבר המלך / הטעם לכך .. 27
7. שאר עניני המעמד האישי / אפיטרופסות / כשרות יוחסין של קטנים ואימוצם / תביעה לקביעת אבהות, האם היא ענין של המעמד האישי / צחאות / צחאה בלתי היררה 30

(א) אזורי הארץ

1. מושלימים / האם הם בני "עדה רתית" / גור הספיקות / פסקי דין לכאן ולכאן / החלטת וקן השופטים בענין גורובוב / החלטת נשיא בית המשפט העליון הישראלי בענין פרוכטר .. 32
2. יהודים ונוצרים .. 40
3. סמכות מקבילה / האם ההסכמה לשיפוט הומכת אותה מ"מקבילה" ל"יחודית" / הנפקא מינה שבדבר .. 40
4. צורת ההסכמה .. 45
5. ההסכמה לשיפוט בעניני קסנים / הלכת כאוואס / הבקורת עליה כבית המשפט העליון הישראלי / תביעות ממונות לידים / ממונות הילד — חלק מהר צאות האם: הלכת מינשטיין / הסכמת ההורים, כאפטרופסים טבעיים, מחייבת את הילד: הלכת גליק / הגבלת הלכה זו על ידי בית המשפט העליון הישראלי במשפטי משקה ואילמן / תביעות החוקת לידים .. 45
6. עיקר וספל / הלכת ברזילי / שני פניה של הלכה זו: לחיוב ולשלילה / הקריטריון ל"ספלות" / אין "ספלות" בטעדים אלטרנטיביים: הלכת שיבלי / האם דבר שאינו הוא גופו מעניני המעמד האישי, יכול אף הוא להיות ספל לעיקר / תשובה לכך מתוך ניתוח חלקה השני, השלילי, של ההלכה .. 57
7. בעית החברות בכנסת ישראל / החברות בכנסת בקריטריון להשתייכות אל העדה היהודית / ראשית צמיחתה של הלכה זו / נוקשותה של ההלכה / הרתיעה מפני הסקת המסקנות האחרונות שבה, שבאה לידי גילוי במשפט קפלן / אחת המסקנות האחרונות הללו: כי העדה היהודית היא עדה שאין בה לידים" / המשך קיומה של ההלכה אחרי קום המדינה / צמצומה ההדרגתי על ידי השימוש ברעיון ה"מגיעות" / פסקי הדין בענין עמיצור / ביטולה של ההלכה על ידי המחוקק הישראלי .. 62
8. סמכותו של בית הדין הרבני לגבי התרת נישואין שונים / נוסחו המקורי של סעיף 181 בפקודת

9. החוק הסלילי, 1936 / הליקוי שנתגלה בו במשפט מלניק / נוסחו המחוקק משנת 1947 / מתן ההיתר — החלטה שיפוטית, והוא ענין המעמד האישי / סעיף 181 (ד) מרחיב את סמכות הרבנים / תנאי לתקפו של ההיתר: חלות "התקן היהודי" (דיני ישראל) על כשרותם המטריאליית של הנישואין הראשונים / חלות התקן היהודי עקב הפניית התוק הלאומי אל חוק מקום המושב .. 76
9. הסמכות בעניני המעמד האישי של בני עדות שונות / הוראת סימן 55 (רישא) של דבר המלך / אם הפניה לוקן השופטים היא חובה או רשות / החלטת נשיא בית המשפט העליון הישראלי בענין פרוכטר / באיזה תנאים חלה הוראת סימן 55 גם על נתינים זרים / הדיסקרציה הנתונה לזקן השופטים (נשיא בית המשפט העליון) .. 82

(ב) נתינים זרים

1. נתין זר / ההגדרה המתוקנת משנת 1935 / בעל אזרחות כפולה, שהאחת מהן היא ארצישראלית / חסר נתינות .. 87
2. סמכות בתי המשפט / הוראת סימן 64 (1) של דבר המלך .. 89
3. "הנוגעים לנתינים זרים" / דעתו של השופט דה קומרמונו, כי שני הצדדים חייבים להיות נתינים זרים / ביטול השקפה זו על ידי בית המשפט העליון הישראלי / בעניני ירושות וצחאות, הקובעת היא נתינותו של המנוח .. 90
4. פסקי המקעת נישואין / ההגדרה המתוקנת משנת 1935 / חלה גם על הוראת סימן 64 (1) / "כיסול נישואין" כולל את שני הסוגים: "נתונים לכיסול" ו"בטלים מעיקרא" / אסמכתאות לכך / בטילות הנישואין עקב פגם שבצורה .. 91
5. הצהרת תקפם של גידושין שנערכו קודם לכן / הגם היהודי — אקט פרטי: הלכת וולקנברג / התוצאות החשובות שצמחו מהלכה זו / הצהרת בית המשפט המחוזי בענין איטינגווסרמן / הרחבת הרעיון על ידי בית המשפט העליון הישראלי בענין אנגור .. 95

6. צו למחן גם / צו מסוג זה שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בענין בוגאיד / ביטול הצו על ידי בית המשפט העליון / שלושת נימוקיו של השופט פרומקין / בחינת הנימוקים מתוך הלכות הגירושין של דיני ישראל / סיכ הגירושין / אחד העיקרים: רצונו של הבעל / הגט הוא מעושה שלא כדין, כאשר אין הדין נותן שכופין אותי / אימתי כופין אותו להוציא / שלוש המחלוקות העיקריות בין הנימוקים / האם הגט שהיה ניתן כתוצאה מן הצו היה מעושה שלא כדין / האם היה הצו מסק הפקעת נישואין במובן סימן 64 (1) / ניתוח הרעיון שהונח על ידי השופט פרומקין בהלכת חלקנברג. והמסקנה העולה הימנו לגבי הצו הנ"ל .. 100
7. פסק ביטול נישואין, הנודד אחרי ביטול למפרע של האזרחות הארצישראלית / היש בו משום הפקעת נישואיו של "נחץ זר" / פסקי הדין בענין ביכובסקי .. 128
8. הוראת הסיפא של סימן 64 (1) — הגבלה של סמכות / קביעת עובדות השוללות את חלות ההרב בלה, אם יש בה משום "רס יודיקסא" .. 132
9. סמכותם של בתי הדין הדתיים המושלמים / תיקון נוסחו של סימן 52 בשנת 1939 / בענינים כאלה / סמכותו של בית המשפט המחוזי כאשר המושלמי הוד, לפי החוק הלאומי, נתון לא לסמכות ייחודית אלא לסמכות מקבילה / היוכל במקרה זה להתדיין מתוך הסכמה בפני בית הדין הדתי .. 132
10. סמכותם של בתי הדין העדתיים / ההסכמה מועילה לכל, פרט למחן פסקי הפקעת נישואין / גם יהודי / ביטול נישואין / היתר מאה רבנים / הסמכות לכך על פי הוראות דבר המלך / פסקי הדין שדנו בשאלה זו בענין סילבר / פסק דינו של בית המשפט המחוזי / מכיר בתקפם של הנישואין השניים — אף על פי שלא התגרש ממנה (מן האשה הראשר נה), בשל החלת חוק הדומיטיל על כשרות הנישואין / בדיקת השאלה מכתנית החוק הלאומי של בני הווג, הוא החוק האנגלי / נישואין מונוגמיים, "נוצריים" / נישואין "פוליגמיים" — פוליגמיים בבוח / איהכרה בנישואין פוליגמיים בשל היותם "לא נוצריים" / נפוג אחר מן ההשקפה הנאת

- כתקופה האחרונה / הנסיה להכיר בנישואין פולרי גמיים הכשרים לפי חוק הדומיטיל, אפילו אם בני הווג הם בריטיים, ובלבד שלא יתנו להם "תרופות האישות" / אין מקום תפיסה לסיני זו כבית המשפט הארצישראלי, אפילו אם הוא מורכב שופטים כריטיים / אפשר היה, אפוא, להכיר הכרה מלאה בכשרות הנישואין השניים, בלי לבדוק את כשרותו "החילונית" של ההיתר / פסק דינו של בית המשפט העליון / הוא החיל את חוק הדומיטיל על ההיתר, וראה את השלשת הגט כשכיל הגש"תסית" כמעשה גידושין של הבעל / בקורת על השקפה זו מכחינת דיני ישראל / החום דרכו גרשום והתרתו / השלשת הגט, סיבה וסעמיה / גם ההיתר וגם השלשת הגט אינם מפיקעים את קשר הנישואין / מסקנות לגבי סמכותו דאו של בית הדין הרבני .. 134
11. ההסכמה לשיפוט במקרה של זונ "מעורב" / היש צורך גם בהסכמת כן הווג הארצישראלי / דיוק מתוך נוסחו של סימן 65 .. 170

פרק ד': החוק המטריאלי בעניני המעמד האישי, לפי דבר המלך .. 172—344

- (א) אורחי הארץ ונתינים זרים בפני בית הדין הדתי
1. בית הדין הדתי הן על פי דיני העדה / איהתערבות בפסיקתו שהיתה שלא כדין העדה / איהתערבות בפסיקתו שהיתה שלא כתוק החילוני / אימתי תהיה הפסיקה שלא כחוק תריגה מסמכות / פסק הדין בענין גושיאחן .. 172
2. פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי / איהכרה, מטעם זה, בפסק דינו של בית הדין הדתי / היש להבחין כנידון זה בין פסקי דין "אין פרונום" לבין פסקי דין "אין רס", שאינם מצדיכים ביצוע .. 176
3. דיני ירושה בבית הדין הדתי / חלוקת נכסי מולק ומטלטליק על פי חוק העדה / לכקשה צר מעוניין — חלוקה על פי החוק העותומני .. 181
4. ירושת נכסי מירי / חלוקתם — על פי החוק העותומני .. 182

5. הוראות התוק העותומני / השיטות השונות לגבי סדר הנחלות / השיטה הפרגטלית והשיטה הגרדואלית / שיטת דיני ישראל — פרנסלית טהורה ובלתי מוגבלת / שיטת החוק העותומני — פרנסלית יחסית ומוגבלת / סעיף 2 של החוק / ייצוג, וירושה לפי גופים / השחאה עם עקרון „הירושה כקבר” של דיני ישראל / אין הייצוג פועל אלא אם כן המייצג, המיוצג והמנוח קרובים קרבת דם, שמקורם כהורה משותף תוך אחת משלש רדגות הירושה / התור צאות המעשיות מכלל זה / סעיף 3 של החוק / החוק על פיו נידונה „חוקיותו” של הילד / השחאה עם העקרון הנוהג, לפי סעיף 23 של פקודת הירושה, בבית המשפט המחוזי / סוג וייצוג / סעיף 4 של החוק / הפסוק „עבוד לאותו הורה וכן שהוא הבעל או האשה שלו” / האם בא זה למעט הורים זקנים שאינם נשואים זה לזה / הסעיפים 5, 6 של החוק / ירושת בני הווג / מקורות ירושה „מעורבים”: של קרבת דם ושל חיתון / זיתור וייצוג / הירוש שחיתור אינו „חשוב כמת” / הנקודות כהן סטה המחוקק העותומני מהר

ראות החוק הגרמני 182
 (ב) אורחי הארץ בפני בית המשפט האזרחי

1. הבעית כהא הידיעת — שימושו של החוק הדתי בבית המשפט האזרחי 211
 2. סימן 47 של דבר המלך / „חוק אישי” / לא פורש בחוק, אלא בירדיקטורה / פירושו: לגבי אורח הארץ, כן עזה מוכרת, החוק הדתי של העדה / החוק המסדיאלי, ולא הפרוצסואלי / הטעם בכך / הבחנה בין „עדי ראיה” „עדי קיום” / דיני ישראל בנוגע לעדי קידושין — הוראות החוק הדתי לגבי כשרותם של עדי קיום — הוראות מטריאליות (סוב) סטנטיביות) של החוק הרתי / פסק הדין האנגלי במשפט „התברכות הנישואין” של גולדסמיד נגר ברומר 211

3. מיווגו של החוק הדתי עם כללי המשפט הבין לאומי הפרטי / משפט טנבוים / איזהו החוק התל על כשרות נישואי של נתין זר שהתאזרח לאחר מכן / החלטת בית המשפט המחוזי: דואים אותם באספקלריא של החוק הנוכחי / החלטת בית המש-

פט העליין: הל החוק ששרר על הצדדים בעת עריכת הנישואין / משפט סקורניק / גישואין שהיו כשרים לפי החוק הפולני ובסלים לפי דיני ישראל / נמצאו כשרים, הן בבית המשפט המחוזי והן בבית המשפט העליין, תוך החלת עיקרי המשפט הבין לאומי הפרטי / הנונים השונים כגישה השופ” סים / טעמו של השופט המחוזי כהן: הפעלת תחולתו של החוק האישי תוך תחומי ההלכה הכל-לית של המשפט הבין לאומי הפרטי, מטעמי הסדר הטוב והמוטר הציבורי / טעמו של ממלא מקום נשיא בית המשפט העליין, השופט אולשן: סימן 47 של דבר המלך מפנה הוא גופו אל כללי המשפט הבין לאומי הפרטי, התלים כאן בארץ מכוח הוראת סימן 46 / טעמו של השופט אגרנט: החלה ישירה של כללי המשפט הבין לאומי הפרטי מכוח הוראת סימן 46 / טעמו של השופט ריתקון: הואיל ושאלת כשרות הנישואין היתה כאן שאלת כשרות הצורה, הולכין, לפי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי, לפי חוק מקום עדיכתם / הערתו של השופט ויתקון לגבי חובת בית הדין הרתי לנהוג לפי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי / משמעות העובדה, כי סימן 46, המחיל כאן בארץ את יסודי המשפט המקובל, מטפל אך ורק בשיפוטם של בתי המשפט האז-

רחיים 219

4. במשפט סקורניק לא עשו שימוש ישיר בהוראת סימן 64 (2) של דבר המלך, אף על פי שבעלי הדין, בתור חטרי נתינות, היו „נתינים ורים” / ההלכה שנקבעה לאחר מכן על ידי שופטי הרוב של בית המשפט העליין במשפט הביגמיה של הרשנהורן, כי חוקי הלאומי של הנתין חוד במובן סימן 64 (2) הוא החוק הלאומי שלו כיום המעשה / הסתייגותו של הנשיא אולשן כלפי החלת העקרון הגיל על משפטים אזרחיים 233

5. גישואי יהודים שנערכו על פי דין תורה כלכד, ושלא היו כשרים לפי חוק יום המעשה / הרעה שהובעה על ידי השופט אולשן במשפט סקורניק: „יתכן כי במקרה כזה יחולו שיקולים אחרים או נוספים” / קחי יסוד שהונחו על ידו לבידור השאלה / דעתו של השופט אגרנט: יש להכיר בתקפם של גישואין אלה / טעמו ונימוקו: המשפט העברי הנו

אף הוא חוקו הלאומי של היהודי הנוד במרכז סימן 64 (2) / יחילו את המשפט העברי „לשם המטרה הטובה צמת של מחר תוקף לנישואין כאלה“ / המשפט העברי — חוק דתי או לאומי? / דעתו של פרופ' פינברג / הלאומיות הכפולה של היהודי הנוד לפי משנתו של השופט אגרנט / החלת אותו חוק לאומי המכיר בתקופת של הנישואין, בין אם זה המשפט העברי בין אם זה חוק מדינת הנתינות / היש אסמכתא לכלל כזה גם לנבי שאלות של כושר / בעית הברירה בין הלאומיות השונות של אותו אדם בספרות המשפטית המודרנית / דעתם של הסוברים הצדפתים באטיסול וניכואה / תורת הלאומיות האפקטיבית / סעיף 5 של אמנת האג משנת 1930 / המגמה היא להחיל את חוקיה של לאומיות אחת בלבד / האפשר לעשות שימוש בעקרונות אלה כאשר הברירה היא בין שתי לאומיות, שהאחת מהן היא לאומית-תרבותית, זה שניה מדינית-אזרחית 237

6. כיצד משפיעה ההכרה באקסטים הקודמים על מי הלבט סקורניק, על כשרות האקסטים שנעשו אחרי קבלת האזרחות / גרושה בגירושין אזרחיים בלבד, שנישאה בישראל בסכט נישואין יהודי דתי / פסק דינו של השופט ד"ר קיסטר, כי אין להכיר בתוקף הנישואין / הבקורת שנמתחה על פסק הדין / התשובה לכך / הכרתו של בית המשפט האזרחי בגירושין האזרחיים, עדיין אינה ערשה את האשה כשירה בעניניו להתקדש כדת משה וישראל. 251

7. הלבט סקורניק ושאלות של כושר / יהודי ישראלי היושב ישיבת קבע בחוף לארץ, וגושא שם לא יהודיה על פי חוקי המקום / „פיצול הסטאטוס“ / לא ניפטר מצרה זו, אלא אם כן תכופל גם הוראת סימן 64 (2) 255

8. התנגשות שני חוקים מקומיים / איחוד החוק האישי שיחל בית המשפט האזרחי בבואו לדרך, באורח אינצידנטלי, בכשרות נישואיהם של זוג נוצרים ישראליים שנתיירו: החוק הדתי הנוצרי דאו, או החוק הדתי היהודי והאידינא / דיני ישראל בנוגע לבשרות הנישואין ההם / רמז של תשובה לשאלה דנן בנימוקי פסק דינו של השופט כהן כמשפט סקורניק 256

9. אזרחי הארץ שאין להם בכלל „חוק אישי“ / כגון: טרוסטנטים / ענין גורוכוב / החלטתו של זקן השופטים, כי בית המשפט יחיל את „חוקי האישות הצדפתיים בעת עריכת הנישואין“ / פסק דינו של בית המשפט המחוזי / שימושו האלטר נטיבי בחוק אנגלי טטאטוטורי / היה זקן השופט טים מוסמן להחלים את החלטת הנ"ל / היש יסוד חוקי לעצם הרעיון שהובע בהחלטה ההיא / ניתוח הוראת הסיפא של סימן 64 (1) / עולה הימנה, כי אם בני הנוג הם אזרחים ארצישראליים, ואינם שניהם יחד לא יהודים ולא מושלימים ולא נוצרים, יכול בית המשפט המחוזי לתת להם אפילו פסק דין של גירושין / בזה מצויה, לכאורה, אסמכתא לרעיון הנ"ל 259

10. דיני ירושה כבית המשפט האזרחי / גם נכטי מולק ומלטלין של מודיש, אזרח הארץ, מתחלקים על ידו לפי סדר הנחלות של החוק העותומני .. 263

11. קביעת הסוג או האופי / ההוראה יוצאת הרופן האמורה בסעיף 23 של פקורת הירושה / קובע — החוק הדתי או הלאומי של התובע, ולא של המנוח גופו / תוצאות מופלאות של ההוראה / שתי נשים, שכל אחת מהן, לפי החוק שלה, היא אשתו החוקית היחידה של המנוח / כיצד יחולק העזבון / פסק דינו של הנשיא אולשן במשפט דניאל / המעמד נקבע לפי החוק האישי, חלוקת הנכסים — לפי החוק החל על חלוקתם / בעיה מיוחדת: כאשר הסוג הנקבע לתובע על פי החוק האישי שלו, הוא יצור ביניים שאין לו אח ורע בחוק החל על חלוקת העזבון / למשל, ילד סבע, נתין צרפתי, כהתחשב עם הוראת סעיף 758 של הקודם האזרחי הצרפתי 263

12. נפילת הירושה / השיטות השונות / „הירושה המושלכת“ של החוק הרומאי / בדיני ישראל — נפילה מיידית, עם מותו של המוריש / ההשפעה האוצלת על סוגיא זו מן המחלוקת אם „יש כריה“ או „אין כריה“ / הקשר הרעיוני בין הנפילה המיידית ואפשרות החיתור / ההכרל שבין פשוט ובכור או בין חלק הפשיטות וחלק הבכורה של הבכור לגבי ויתורו של הירוש / חשיבות מעשית

מנ הכללים / הרעיון המונח ביסוד שנים האחרונים:
 שלא תיטוב הנחלה מ"שבת" ל"שבת", אלא אם כן
 הוכח סדר הפטירות הגורד אחרי הסבה זו / כללי
 המשפט העברי כפתרון יעיל ומעשי ביותר לפתרון
 רוב הבעיות המתעוררות בקשר עם שאלת סדר
 הפטירות / חלות הכללים גם על אלה שמתו שלא
 מתוך סכנה משותפת 314

16. צוואות / צוואה כצורה אורחית / פסק הדין של
 בית המשפט העליון המנדטורי בענין הרשקוביץ /
 צורה וכושד / פסק דינו של בית המשפט העליון
 הישראלי בענין קונראדט / הצמצום לשאלות של
 צורה 322

17. צוואה בלתי הידירה / היכול בית המשפט האזרחי
 לאשר, בתור "צוואה אורחית", צוואת בריא, בלתי
 הידירה, של יהודי, אודת ארץ / גדר הטפיקות:
 הגדרת המונח "צוואה" בטעף 2 של פקודת הירד
 שה / דיני ישראל לגבי צוואת שכיב מדע וצוואת
 בריא / העקרונות העיקריים בנוגע לכל אחת מה?
 / פסק הדין של בית הדין המיוחד בענין ברנוביץ
 / האם צוואת בריא, בלתי הידירה, חופסת לאחר
 מיתה / המסקנות העוללות לצמות מכך לגבי
 הוראת טעף 12 של פקודת הירושה 325

18. הומן הקובע את כשרות הצוואה / פסק הדין של
 בית המשפט העליון הישראלי בענין כספריוט /
 הקובע את כשרות הצוואה, הן מבחינת הכושד והן
 מבחינת הצורה, הוא חוק יום הפטירה / סטיה מן
 הכללים המקובלים לגבי אקטים אחרים, והטעם
 לכך / האם תחול הלכת בספריוט גם על צוואה
 בלתי הידירה 331

19. עניני המעמד האישי של חסרי נתינות / נידונים
 על פי החוק הדתי של העדה שלהם / פסק הדין
 של בית המשפט העליון המנדטורי בענין פרייברגר
 / האם זה הוא מכוח טימן 47, או מכוח סימן
 64 (2) 333

(ג) נתינים זרים בפני בית המשפט האזרחי

1. מבוא 335

2. החוק הלאומי / "חוק המולדת" במקום חוק מקום
 המושב המקובל באנגליה / הטעם לכך 335

לדינים אלה, כאשר הדין כחלוקת העובון מתנהל
 בפני בית הדין הרבני 269

13. נפילת הירושה לפי החוק העותומני / טעף 1
 של החוק / עקרון הנפילה המיידית / אף על פי
 כן — אפשרות של ויתור / נוהג בתי המשפט /
 הויתור עוקר את הירושה למטרע / האפשר לתור
 לטובת יורש מסויים / פסקי דינם של השופטים
 זוסמן ויתקון בענין גושליב 280

14. סדר הפטירות / האסכולות השונות / תור מטויים,
 או סימולטניות / היתרונות והחסרונות שבכל אחת
 מהן / השיטה האנגלית הנוכחית: תור לפי הקשר
 שות / טעף 184 של אקט הקנינים 1925 / המצב
 לפי המשפט המקובל / פסקי הדין בענין חייג
 באמצע המאה התשע עשרה / פסקי הדין האנגליים
 במשפט פסי, שניתנו לאחר תחולת האקט הנ"ל /
 ניתוח פסקי הדין של בית המשפט לערעורים ושל
 בית הלורדים / הויתור על האפשרות הפיסית
 של חרומניות הפטירות / סידרש הדיבור "ארי
 ודאות מי מהם האריך ימים יותר" / ההלכה
 שנקבעה בבית הלורדים / האם הוראת טעף 184
 של האקט האנגלי מחייבת גם את בתי המשפט
 הישראליים / פסקי דינם של השופטים דונקלבלום
 ובקר בבית המשפט העליון בענין בורשטיין / היש
 להחיל על סדר הפטירות את חוקו האישי של
 המוריש / השאלה נתעוררה בבית המשפט העליון
 כמשפט פרובלמסקי / המוריש היה גתין פולגי,
 ובית המשפט החליט, כי יש לקבוע את סדר הפטיר
 דות לפי החוק הפולני / ניתוח נימוקי פסק הדין /
 ההסתמכות בו על פסק הדין האנגלי בענין כהן /
 הרעיון העולה מפסק דין פרובלמסקי, כי קביעת
 סדר הפטירות היא נורמה סובסטנטיבית גם לפי
 הכללים שנהגו כמשפט המקובל / הטעם לכך /
 מחילים על שאלת סדר הפטירות את חוקו האישי
 של המנוח המוריש, ולא את חוקו האישי של המנוח
 האחר, אסר מבוחו תובע בעל הדין חלק בעובון /
 הלכת פרובלמסקי חלה גם על חלוקת נכסי מידי 285

15. ההכרעה בשאלת סדר הפטירות על פי דיני ישראלי
 / ניסוח ארבעה כללים יסודיים / "ודאי" ו"ספק" /
 קרובו של המנוח, וקרובו של בן זוגו / קרובו של
 המנוח, וקרובו של קרובו / אטמכתאות לכל אחד

חלק שני

חוקי המדינה

מבוא 347

פרק ה': חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).

תשי"ג-1953 348-397

1. סעיף 1 של החוק 348

(א) עניני נישואין וגירושין / מה כלול במונח זה.

(ב) של יהודים / יהודים ולא חברי העדה החרדית / ביטול הקריטריון של החברות בכנסת ישראל / מי הוא יהודי / השואה עם השימוש במונח זה בחוק השבות / השוני שביניהם / אין בית המשפט האזרחי יכול לראות אדם כיהודי לצורך חוק שיפוט בתי דין רבניים, אם דיני ישראל אינם רואים אותו כיהודי / אך מה הדין, אם קיים סכסוך פוזיטיבי בין המשפט העברי וחוק דתי אחר / שני פנים לשאלה: סמכות וענין / עניני נישואין וגירושין של יהודים מומרים לדת הקתולית / התמכן סמכות יהודית הנתונה לשני בתי דין / על פי איזה חוק ידון בית המשפט האזרחי את עניני המעמד האישי של כפולי דת / האפשר ללמוד נזידה שוה והיקש מעקרון הברירה לגבי כפולי נתינות / יהודים או גם יהודי / האפשר להחיל כאן את כלל הפרשנות האמור בסעיף 2 של מקודת הפרשנות / פסק דינו של הנשיא אולשן בענין ס. נגד ס.

(ג) בישראל / הדומיננטיות החוקי בארץ כשיבה בארץ רמי / פסק דין ביכובסקי לגבי הביסוי בארץ ישראל המצוי בסעיף 47 של דבר המלך / יהודי המצוי בחוץ לארץ התובע לדין את כן זוגו המצוי בארץ.

(ד) אזרחי המדינה או תושביה / פירוש המלה תושב / הרחבת הסמכות הרבנית משתי בחינות / בית הדין הרבני מוסמך מעתה גם להפקיע את נישואיו של יהודי נתן זר / הפקעת נישואין על ידי בית הדין הרבני, כיצד? / החשיבות המרובה שבדבר.

3. כללי ההפניה / הוראת הסיפא של סימן 64 (2) / הוראתה גם על כללי הפניה אחרים / פסק דינו של השופט אולשן בענין מילר 336

4. חוק לאומי ללא כללי הפניה / יהלכו במקרה זה את החוק הפנימי של מדינת הנתינות / שלא כמו שינהג בית המשפט האנגלי 337

5. נתינויות כפולות / כאשר אחת מהן היא ארצישראלית (ישראלית), הוא בכלל איתו. נתן זר / נתינויות זרות כפולות / הילכו בתי המשפט האזרחיים שלנו לפי המגמה הרחבת בקרב המשפטנים המודרניים, והיא: להעדיף את הנתינות (הלאומיות) האפקטיבית 337

6. הזמן הקובע את כשרות האקס / החוק הלאומי ששרר על הנתן הזר בשעת המעשה / הלכת סקורניק 338

7. ירושה וצאחה / תלויות נכסי מולק ומטלטלין / שאלת סדר המסירות / קביעת הסוג האומי 338

8. בני זוג בעלי חוקים לאומיים שונים / היתכן כי יהיה בעל נשוי ואשתו פנויה / פסק דין ביכובסקי / הבעיה הרומה העשויה להתעורר לגבי בני דתות שונות מאזרחי הארץ 339

9. פסיקה אינצידנטלית ומעשה בית דין / הוראת סימן 47 של דבר המלך / האם ההחלטה האינצידנטלית של בית המשפט האזרחי מהנה רס יודיקסא לגבי משפט אחר / החלטה אינצידנטלית של בית משפט אזרחי בענין הנתון, לגבי דיון ישיר, לסמכותו של בית הדין הדתי / החלטה ישירה של בית הדין הדתי, שבאה בין שני דיונים אינצידנטליים של בית משפט אזרחי / עקרון הרס יודיקסא ומסיקתו של בית הדין הדתי 340

10. ענין התלוי ועומד / ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון הישראלי, כי בית דין דתי לא יזקק לענין של מעמד אישי תלוי ועומד במני בית משפט אזרחי, אם הוא הוגש אליו בחוק 343

(ה) „בשיפוטם הייחודי“ / תרתי משמע.

(ו) „של בתי דין רבניים“ / קביעת הסמכות המי קומית לפי תקנות הדין בבתי הרבניים.

2. סעיף 2 של החוק 365

(א) „נישואין וגירושין של יהודים“ / „היהודים“ — יהודי ויהודיה / ראה מן הסיפא / החירוש שבדבר — לגבי נתינים זרים / נישואי תערוכת שנערכו במני הקונסול / חוק לתיקון תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות), תשי״ז—1956 / לא ביטל פסקא (ב) של תקנה 4 / התוצאה העולה מכך.

(ב) „יערכו בישראל“ / כשרות נישואין וגירושין שנערכו בחוק לארץ / כיצד ידון בית המשפט האזרחי את כשרותם ביונו בה באורח אינצידנטלי.

(ג) „על פי דין תורה“ / פירוש הדבר: על פי דיני ישראל החלים על הפיסת הנישואין והגירושין, הן מכתנית הצורה והן מכתנית הכושר / אם הם לא תפסו לפי דיני ישראל, בית המשפט האזרחי לא יכיר בהם, אף על פי שאינו מודה כמצב המשפטי המזווג את כשרותם בדיני ישראל / הוראת סעיף 2 חלה גם על יהודים זרים שאינם הושבים / ההתייחסות בהוראה זו בבתי משפט זרים / האופי הכפול, הדתי והאזרחי, של נישואין וגירושין על פי דין תורה, והתוצאות הנובעות מכך.

(ד) „יהודי“, בכל סעיפי החוק, גם מי שאינו חבר בכנסת ישראל.

3. סעיף 3 של החוק 371

(א) החירוש לגבי המצב שהיה קיים קודם לכן / ענין שאינו הוא גופו מעיני המעמד האישי / האם עומד בעינו העקרון של עיקר וספל גם לגבי עיני נישואין.

(ב) גט חומרא / פסק דינו של בית המשפט העליון הישראלי בענין חל״פ / „תביעה כנה“ לגירושין, ואפילו לשם קבלת גט חומרא, היא „תביעת גירור ש״ך“ במובן הסעיף.

(ג) „לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג“ / משמעותו של רכיו זה / הסמכות לגבי המזונות — סמכות שבגדרא / לכן לא תהיה לגביהם סמכות ייחודית, אם הנתבע אינו לא אורח ולא תושב.

4. סעיף 4 של החוק 375

(א) הגבלת סמכותו של בית הדין לעומת המצב שהיה קיים קודם לכן / פסק דינו של בית הדין המיוחד בענין רחנבאום / הכרירה בידי האשה: רוצה — מגישה את התביעה לפני בית הדין הרבני, רוצה — מגישה את התביעה לפני בית המשפט המחוזי.

(ב) „או נגד עובדו“ / האם בושלה בכך הלכת אלפרט בנוגע ל„מזונות האלמנה“ / האפשרות לצמצם את הוראת הסעיף למזונות שנתחייב בהם הבעל בחייו / יורשים לא־יהודים של עובד יהודי.

(ג) הסמכות לפי סעיף 4 — רק לגבי מזונות האשה, ולא לגבי מזונות הילדים / פסק דינו של בית המשפט העליון בענין רחמני / על תביעת מזונות ילדים תחול הוראת סעיף 9.

5. סעיף 5 של החוק 381

(א) תביעת חליצה, מעתה, ללא פסק, חביעה מש״ פסית / פסק דינו של בית המשפט העליון המנדטורי בענין שטרימל / אוסיה המשפטי של „ויקה“ בדיני ישראל / יתכן, כי החליצה היתה „ענין של גירושין“ כמובן הוראות דבר המלך / מזונות היבמה בדיני ישראל / תקנת כינוס הרבנים בישראל משנת תש״י.

(ב) סמכותו של בית הדין הרבני לפי סעיף זה לגבי יבם מומר / דיני ישראל בענין זה.

6. סעיף 6 של החוק 387

(א) בעית כפית מתן הגט בדיני ישראל / פסק דינו של בית המשפט העליון המנדטורי בענין בוגאיד.

(ב) „ציהוה בית דין רבני... למפות“ וכו׳ / נקוד על „לכפות“ / הסעם לכך: שמירה על דיני ישראל / שאם לא כן יהיה הגט מעושה שלא כדין אם כמו את הבעל, ו„גט בעל כרתה“ אם כמו את האשה.

(ג) „רשות המיקוח“ הכפולה אשר בסעיף 6 / יתכן, כי החוק הצר כאן את סמכות הרבנים / „מזונות הפחדה“ / פסק דינו של בית המשפט העליון בענין רונצוויג.

(ד) שיקול דעתו של היועץ המשפטי / פסק דינו של בית המשפט העליון בענין זאדה.

(ה) הוראת סעיף 6 וחלותה על יבם מומר.
(ו) זמן ששת החדשים הוא לגבי מתן פסק המאסר על ידי בית המשפט המחוזי / בקשת היעצן המשפטי שהוגשה קודם לכן.

(ז) מקום מתן הצו / בתנאי שהוא יהיה סופי בעת מתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי / מי הוא בית הדין הנותן את צו הכפייה, במקרה שהוגש ערעור על הצו, והוא נדחה על ידי בית הדין הגדול לערעורים / או אם בית הדין הגדול משנה את תנאי הצו / צו כפייה שאינו מטיל חובה מיידית למתן הגט.

7. סעיף 7 של החוק
גם כאן פועל בית המשפט רק אם ניתן צו כפייה / על שום מה קרובה התקופה / חובת החליצה, לפי דיני ישראל, רק כעבור שלשה חדשים מיום מות המת.

8. סעיף 8 של החוק
סופיות הצו / תקנות ק"כ וק"ה של הקנות הדין כבתי הדין בארץ ישראל.

9. סעיף 9 של החוק
(א) חוק שיפוט כתי דין רבניים, מעתה החוק היחיד לקביעת סמכותו הייחודית או המקבילה של בית הדין הרבני בעניני המעמד האישי / הסמכות לאישור צוואות אינה עוד ייחודית, אלא מקבילה / פסק דינו של בית המשפט העליון בענין רצאבי / לא נעשה הסמכות הייחודית לייסוד וניהול הקדשות מכות סימן 53 (3) של דבר המלך.

(ב) "כל הצדדים הנוגעים בדבר" / האם נבדל מונח זה מן המונח "צדדים למשפט" המצוי בס"מ 53 (2) של דבר המלך / פסק דינו של ממלא מקום הנשיא, השופט חשין, בענין דרעי.

10. סעיף 10 של החוק
נועד בעיקר לתקן תקלות שנגרמו על ידי הלכת החברות בכנסת / לא הוכשרו פסקי דין לגבי "לא חברים" שניתנו לפני הקמת המדינה, ואפילו בשנים בהן לא היה כלל כנמצא פנקס חברים / דיון כמעמד בעלי הדין — מהו? / פסק דינו של השופט זוסמן בענין הויזמן / הוראת סעיף זה חלה גם

על ענינים אחרים, אשר לנביהם הוקנתה הסמכות על ידי חוק שיפוט כתי דין רבניים / פסק כפית חליצה שניתן על ידי הרבנים אחרי הקמת המדינה ולפני צאת החוק.

פרק ו': חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951 398—435

1. חוק מסריאלי בעניני המעמד של כל אדם בישראל / מתן עדות, האם הוא כבוד, מעולה משפטית" במובן סעיף 1 / האפשר לפסול עדות אשה מכוח הסיג אשר בסעיף 5 של החוק / ההסכמה לשיפוט, האם היא מהתה הסכמה להתדיין על פי דרכי הדין דיני הראיות של חוק העדה 398

2. השפעת הוראת סעיף 2 על זכותו של הבעל היהודי לאכול סידות נכסי מלוג של אשתו / דיני ישראל בענין סידות נכסי מלוג / הזכות היא ריאלית, חסצית / פסק דינו של בית הדין המיוחד בענין סידס / "אין עוד קיום למוסד של "נכסי מלוג" במשפט הפורטיטיבי המקומי" / זכות אכילת סידות שנרבשה לפני צאת החוק / סעיף 14 של סקודת הפרשנות, המנן על זכויות שנרכשו או שנולדו "לפי הדין המבוטל" / החול כלל זה גם על זכות אכילת הפירות שבוסלה על ידי הוראת סעיף 2 של חוק שינוי זכויות האשה / תשובה לכך מתוך הוראת סעיף 7 של החוק / המלים הפותחות "כל כתי המשפט ינהגו לפי חוק זה", מוסיפות גמן פרוציטואלי להוראות החוק, וממילא הן חלות גם למטרע / "ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפצעים על ידי קשר הנישואין" / המלה "לפני" לאו דוקא / דיני ישראל לגבי נכסים שנפלו לה לאחר שנישאה / מעשה ידיה / דיני ישראל בענין זה / זכותו של הבעל לא כוסלה על ידי החוק / הסעם לבך 400

3. סידוש המונח "אפוטרופוס זבערי" / הוראות המבילה / פסק דינו של בית המשפט העליון המנדטורי בענין חסון / הלבנת אפוטרופוסות בדיני ישראל / האב איננו האפוטרופוס החוקי של הילד / הנטייה שלא למנות קרובים כאפוטרופוסים / השינוי שחל בנידון זה בודדות המאוחרים / משמעות ההוראה של סעיף 3 / "כאחר" / כאשר אחר ההורים

מנוע מלפעול / האמשרות לשימוש בהוראת ס"ק (ב) של הסעיף / "ילדים" / מה מובנו של המונח "ילד" לצורך חוק זה / לימוד היקש מחוץ האפר טרנספורט הממונה של ס"ק (ב) / "טובה הילדים בלבד" / עקרון זה הוא עקרון סופי ומכריע, הוותה מפניו כל כלל משפטי אחר / פסקי הדין שגיתנו על ידי בית המשפט העליון בענין שסינר . . . 407

4. החלת החוק העותומני גם על עזבון נכסי מולק ומטלסלין / ההוראה חלה גם על נכסי-מוריש נר / פסק דינו של בית המשפט העליון בענין סקינור / הוראת ס"ק (ב) של סעיף 4 / נכסים שחולקו בפועל ממש לפני צאת החוק, על פי החוק הקודם / היוכל יורש אחד לחבוע ממשנהו את החלק, או עורך החלק, המגיע לו לפי החוק החדש / דרבי הפרשנות לגבי חוקים רטרואקטיביים / גיחות נוסחו של החוק בס"ק (ב) / האמשרות לצמצם את ההוראה שבו לצו הניתן לפני חלוקת העזבון / צחאות / נכסים שאינם לא "אומת מולק" ולא "מטלסליים", אלא זכויות / נראה שגם על אלה חלה הוראת הסעיף . . . 416

5. הסיב בנוגע לותי איטור והיתר לנישואין ולגירושין / משמעותו של הסיב, כפי שנתבאר על ידי בית המשפט העליון בענין מלחם . . . 419

6. משמעותה של הוראת סעיף 6 / הצורך שהיה בה נוכח נוסחו של סעיף 1 . . . 420

7. הסלת החובה לנהוג לפי חוק זה גם על בתי הדין הרתיים / בית דין דתי שלא נהג לפי חוק זה / פסיקתו — חריגה מסמכות / פסקי דינם של השופ"ט סים גויסיין וברנזון בענין ברייה / נכסי מלוג / הואיל וזכות אכילת הפירות בוטלה על ידי חוק זה, ממילא היא אינה עוד בגדר "ענין של נישואין" כמובן סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, שיצא שנתים אחריו חוק שיווי זכויות האשה / התוצאה העולה מכך לגבי הסמכות / ההסכמה להתדיין לפי דיני העדה / במקרה הסכמה בואת, רשאי בית הדין הדתי לחלק בבסי מולק ומטלסלין גם שלא לפי החוק העותומני / ההסכמה להתדיין לפי דיני העדה, כתיוד סובסנסטיבי על זכות חירושה / נפקא מינה לנכסי חירי / "כל הצדדים"

/ "כל הצדדים הנוגעים בכר" בסעיף 9 של חוק שיפוט בתי דין רבניים / היש הכול כמובנם של שני המונחים . . . 421

8. שתי ההוראות הפליליות אשר בסעיף 8 / ביטול היתר הביגמיה לבני העדה המושלימית / הסענות שנסענו במשפט מלחם / התרת קשר הנישואין בעל כרחיה של האשה / אין עבירה, אלא אם כן הפעולה התירה את קשר הנישואין / דיני ישראל בנוגע ל"גם בעל כרחיה" / גם בעל כרחיה על ידי שליח, או בידיעת הסופר העדים / הוראות הסעיפים 7, 35, של חוק כתי המשפט, תשי"ז—1957 . . . 426

רשימת המקורות . . . 436—454

- א. פסקי דין ישראלים וארצישראלים . . . 436
- ב. פסקי דין אנגליים . . . 442
- ג. ספרות משפטית . . . 443
- ד. מקורות המשפט העברי . . . 445

מפתח הענינים . . . 455—472

- א. לחלק ראשון . . . 455
- ב. לחלק שני . . . 468

חלק ראשון

התחיקה המנדטורית

עניני המעמד האישי בכלל

1. המונח "עניני המעמד האישי" אין מובנו "מוכח מתוכו": הוא הוגדר הגדרה פוזיטיבית כסימן 51 של דבר המלך במועצה, 1922, ומפי הגדרה זו — ומפיה כלבד — אנו חיים לגבי תכנו ומשמעותו של מונח משפטי זה. נקבו שם בשם 11 ענינים שונים, המהווים מעין "נומרוס קלאוזוס"¹, ורק על ידי הרחבתם או הצרתם של תחומי האינדיווידואליים של כל ענין וענין, יכולה היודיקטורה, או הפרשנות המדעית, להשפיע לכאן או לכאן על היקפו הכללי של המושג.

ואף על פי כן, יש משהו משותף, צד שווה, אם לא ככולם ממש — הרי ברובם ככולם של עניני המעמד האישי, כפי שפורטו שם, ובעסיו של זה גידונים הם לא על פי גורמות אחידות², "טריטוריאליזם", אלא על פי החוק האישי של בעלי הדין.

"כי מדוע גידונים עניני המצב האישי על פי החוק הרתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שענינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת העולם — השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' — של הנוגעים ברבר"³.

2. מעמד המיוחד של עניני המעמד האישי בא לידי גילוי, הן מבחינת הדין והן מבחינת הדיין, — גידונים על פי חוקים טריטוריאליים שונים, ונידון גם בפני טריבונלים שונים: בתי משפט חילוניים ובתי דין דתיים, כפי

1 קוטיק נגד הלפסון, ע"א 26/51, ה' פסקי דין 1341; סידם נגד י"ר ההוצאה לפועל, בית דין מיוחד 1/50, ח' פסקי דין 1020, 1024.

2 יצאה חלוקת עזבונו נבסי מירי, שהיא מעניני המעמד האישי, ונידונה על פי גורמה אחידה, טריטוריאליה, היינו: חוק הירושה העותוכני (סעיף 21, פקודת הירושה), לעומת זה, אין הוראת סעיף 4 של חוק שווי זכויות האשה, תשי"א 1951, הוסכת את חוק הירושה העותומני לחוק טריטוריאלי גם לגבי חלוקת נכסי מולק ומסל' לים, שכן עדיין אמרית חלוקתם על פי החוק הדתי, אם נחיימו התנאים האמורים בסעיף 7 שם.

3 קוטיק נגד הלפסון, שם, 1345.

בית הדין הדתי. ראינו כמו כן, כי לגבי אורחי הארץ, חברי העדות המוכרות, דן (בדרך כלל) גם בית המשפט האזרחי את עניני המעמד האישי שלהם על פי הוראות החוק הדתי. אפשר היה, איפוא לצפות לכך, כי בענינים אלה התוצאה המשפטית הסופית תהיה היתר, בין אם נידון הענין בפני בית משפט אזרחי, בין אם הוא נידון בפני בית דין דתי. ולא היא! כי:

„לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדין, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק. למשל: בבית המשפט האזרחי הכל כשרים לעדות, ואפילו בעל הדין גופו, בבית הדין הדתי — לא כל אדם כשר... בדיני ישראל „תרי כמאה, ואם מאת עדים אומרים מת (הבעל), ושנים אומרים לא מת, הרי זו (האשה) לא תנשא. כי היא עדיין ספק אשת איש, ואם נישאה לאחד — תצא...“ ובית הדין הדתי בשום אופן לא יצהיר על כשרותם המחלטת של הנישואין השניים; ואילו בית משפט אזרחי, אילו נודמן לו... לרן בשאלה כגון זו, היה רואי מבריע לצד המאה, והיה פוסק כי הנישואין השניים כשרים.

ולא רק בשל השוני בדיני הראיות, אלא גם בשל הגישה המשפטית השונה אל עצם הנשוא המטריאלי הנידון, לא יתא פסק דינו של בית המשפט האזרחי עולה תמיד בקנה אחד עם פסק דינו של בית הדין הדתי, אף על פי שלכאורה דנים שניהם בענין על פי דיני ישראל. הסיבה לכך היא, בין השאר, בשוני העמדה שלהם כלפי העקרונות המקובלים בתורת המשפט הבין לאומי הפרטי, המחייבים להכיר בתקפן של פעולות משפטיות אשר נעשו בעבר, מחוץ לתחומי המדינה, תחת שלטון חוק זר, כמו: החוק הלאומי של בעלי הדין, חוק מקום המושב שלהם וכו'. ובית הדין הדתי רואה עצמו פטור לגמרי מן הכללים „הכובלים“ הללו, ופרש את מצודתו של החוק הדתי — למפרע, וללא כל סייג — גם על מעשים שנעשו בעבר, על ידי נתינים זרים, מחוץ

שיבואר להלן, אך המופלא שבדבר, כי הבחינה הראשונה, לכאורה החשובה ביותר, לא מצאה לה בטוי הולם בהוראות דבר המלך. למשל, כלל יסודי זה: כי עניני המעמד האישי של אזרחים א"י, חברי העדות המוכרות, נידונים גם בבתי המשפט האזרחיים על פי החוק הדתי של בעלי הדין, — כלל זה לא הובע בפה מלא ע"י המחוקק, אלא נלמד, על דרך הדרש והרמוז, מבטוי אחד המצוי בסימן 47 של דבר המלך. עד כדי כך שעוד בשנת 1939 — כשבע עשרה שנה אחרי היתן דבר המלך — עוד ניסה פרקליט אחד לטעון, כי החוק שיש להחילו הוא — החוק האנגלי⁴! הטענה נדחתה שם, ובתוקף⁵, אך ללא הסתמכות על הוראה מפורשת של החוק, חוץ מהוראת סימן 64 של דבר המלך, המחילה את „החוק הלאומי“ של היתן הזר על עניני המעמד האישי שלו, הרי פקודת הירושה היא החוק המנדר-טורי היחיד (בעניני המעמד האישי). הקובע מה הוא החוק המטריאלי שיש להשתמש בו בבית המשפט האזרחי או בבית הדין הדתי⁶, ואולם הכלל בעינו עומד, והוא מנכסי צאן ברזל של תורת המעמד האישי, כי — בדרך כלל — נידונים ענינים אלה, עד כמה שהם נוגעים לאורחי הארץ, גם בבית המשפט האזרחי, על פי החוק הדתי של העדה אליה משתייכים בעלי הדין. נוסף על כך — ולמעשה, זה עיקרו של דבר — נטל המחוקק, בתנאים מסוימים, את הסמכות לדון מאת בתי המשפט האזרחיים ונתנה לבתי הדין הדתיים של העדות, ודבר זה, על כל פנים, נעשה בהוראות יסוד שנתפרשו בדבר המלך גופו.

3. ראינו, כי עניני המעמד האישי, פעמים נידונים הם בפני בית משפט אזרחי, ופעמים בפני בית דין דתי, והחלוקה לא תמיד היא לפי מהותו של ענין. יש ואתו ענין גופו, יכול שיהא מובא תוך סמכות מלאה לפני בית משפט אזרחי, ויכול שיהא מוגש, על פי הוראת סמכות מקבילה, אל

4 שבלבויס נגד שבלבויס, ע"א 119/39, 7 לבנון 55, 56.
5 ברור הדבר, וברור היה זה כמה שנים, כי במקרה כגון זה החוק האישי הוא החוק הרבני. נאמר על ידי... כי הוא לא הצליח למצא הצהרה כזאת בספקי הדין שנתפרסמו — עכשיו, על כל פנים, הרי הוא לפנינו: שבלבויס נגד שבלבויס שם, שם. ראה גם ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 173; ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אמלבוים 230; קוסיק נגד חלפסון שם, בעמוד 1345.

6 למשל, סעיפים 4, 11, 21.

7 ראה סימנים 53 (2), 54 (2), של דבר המלך.

לגבולות המדינה, והוא רשאי לנהוג כן... ואילו בית המשפט האזרחי, ודאי חשב יתחשב בכללים הללו, לפחות עד שעוד מסויים, גם בדונו בענין עקרונית, על פי דיני ישראל⁸.

נאמרו הרברים כלפי דיני ישראל, אך הם יחולו במידה שווה גם על חוקים דתיים אחרים, בעיקר בשל הרעיון שהובע בקטע השני של הציטטה הנ"ל.

ופירושו של דבר, למעשה, הוא כי בעניני המעמד האישי אין חוק מטריאלי קבוע כמו בשאר ענפי המשפט, אלא הדין מהווה כאן, כביכול, "פונקציה" של הדין, זאת אומרת: תלוי באפיה — הדתי או החילוני — של הערכאה השיפוטית אשר לידה אונה, אולי באקראי בעלמא לטפל ראשונה בשאלה הנידונה. זה הוא הקוץ, בהא היריעה, שבאליה עניני המעמד האישי, ומכאן רוב דובם של הקשיים והסיבוכים אשר המחוקק לא הצליח להתגבר עליהם עד היום הזה.

4. דבר המלך במועצה הוא מעשה תחיקה אנגלי⁹. מונחיו הם אנגליים, האם גם מושגיו אנגליים? הספק שמצא מקום לחול הוא לגבי עניני המעמד האישי, אותם הוציא, כאילו, המחוקק מרשותו החילונית, ושלה אותם אל "מעבר לגבול", לטיפולן ולהכרעתן של שיטות משפט דתיות. השאלה היא: מושגיו של מי קובעים את תכנו והיקפו של "משלוח" זה. מושגיו של החוק המשלה, האנגלי, החילוני, או מושגיו של החוק הדתי, אשר לשמושו נועד המשלוח ההוא? אין זו שאלה של כוח — כי המחוקק הכל שרי ליה — אלא שאלה של פרשנות: למה התכוון המחוקק האנגלי בעשותו את המסירה-מדעת ההיא.

שאלה זו דומה דמיון רב — אך אינה זהה ממש, כפי שנראה להלן — לאחת הבעיות החשובות ביותר של תורת המשפט הבין לאומי הפרטי, היא בעית ה"מיון" או ה"תיאוד" (classification or qualification). מן

המפורסמות היא, כי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי, כפי ששוררים, בצמצום או בריוח, בשיטות המשפט של כל ארצות תבל, מחייבים את בתי המשפט להחיל על מעשים מסוג מסויים, לא את החוק המקומי ("הפנימי"). אלא חוק זר, הקשור מבחינה מסויימת, חשובה בעיני המחוקק, אל המעשה הנדרש, למשל, גישואין שנערכו בחוץ לארץ, ושאלת תקפם מתעוררת בבית משפט אנגלי. אם השאלה הנידונה היא שאלה של "כשר", יחיל בית המשפט, בדרך כלל, על הגישואין הללו את חוק מקום המושב הקבוע של בני הווג (lex domicilii), ואם היא שאלה של "צורה", הוא כרגיל יחיל עליהם את חוק מקום עריכת הטכס (lex loci celebrationis). אך מה הוא החוק אשר ידריך את בית המשפט בבואו להחליט על השאלה הקודמת: מה היא השאלה הנידונה. — שאלה של כשר, או שאלה של צורה? האם שאלה זו תמיד נידונה תהא על פי מיוחד המושגים המקובל באנגליה גופא — חוק מקום בית המשפט הדין בענין (lex fori) או דילמא אף זו עלולה, בתנאים מסויימים, להחרץ על פי דרכי המיון של אחרו חוק זר, אשר אליו עומד "להשלת" הענין הנידון? כזאת היא בתכלית הקיצור והריכות, בעית המיון המעסיקה את טובי המחזות בין חכמי המשפט הבין לאומי הפרטי, מימי "המשפט המלסאי" המפורסם ועד היום הזה¹⁰. הדמיון בינה לבין השאלה שלפנינו (בנוגע למונחי דבר המלך) הוא בזה, שבשתיהן הספק הוא: אם תחוק "המשלוח" או חוק "מקבל המשלוח" הוא הקובע ותוחם את תבנו והיקפו של הענין "המשלוח". שם הברירה היא בין תחוק המקומי והחוק הזר, כאן הברירה היא בין החוק החילוני והחוק הדתי.

הנה במשפט המקובל האנגלי — המחייב גם את בתי המשפט שלנו מכוח סימן 46 של דבר המלך — הודעה הרווחת היא, כנראה, כי שאלת המיון נחרצת על פי ה" lex fori. אסמכתא מפורשת לכך תהא משפט אוגדן¹¹. מכיוון שכך, הרי בהעבירנו את הרעיון mutatis mutandis,

10 מרסק חלק משפט בין לאומי פרטי, מהדורא שניה, עמדים 146 ואילך, על "המשפט המלסאי" של אנטון נגד ברטולו, ראה שם בעמוד 149.
11 Ogdan v. Ogdan (1908), P (C.A.) 46. הפרטים החשובים שם: הבעל נתן צרפתי, שמקום מושבו בצרפת; הגישואין נערכו באנגליה. פסנת גילו (19) היה הבעל, לפי החוק הצרפתי, בלתי כשיר לשאת אשה בלי הסכמת הוריו; ההסכמה לא ניתנה. הברירה הייתה בין חוק מקום הטכס (האנגלי) הממשיך את הגישואין, לבין חוק מקום המושב (הצרפתי) הרואה אותם כבטלים, ומד הסמיכות

8 מפסק דינו של השופט זילברג, בכהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4, 19. השוהה גם את דברי מי"מ הנשיא אולשן בססק הדין, רב החשיבות, סקורניק נגד מקרוניק, ע"א 191/51, ח' פסקי דין 141, בעמודים 159—160.

9 היסוד לסמכות החלתו בארץ ישראל הוא המנדט שהוענק לאנגליה מטעם חבר הלאומים, ושאר המקורות שצויינו באקומה לרבר המלך.

עניני המעמד האישי בפרט

1. סימן 51 של דבר המלך מונה ומפרט את עניני המעמד האישי. וזה לשונו, אחד מקור ואחד תרגום: —

"...For the purpose of these provisions matters of personal status mean suits regarding marriage or divorce, alimony, maintenance, guardianship, legitimation and adoption of minors, inhibition from dealing with property of persons who are legally incompetent, successions, wills and legacies, and the administration of the property of absent persons".

...לצורך הוראות אלה עניני המעמד האישי פירושים: דיונים כנוגע לנישואין או גירושין, אלימוני, מינטננס, אפטרופסות, כשרות היחס ואימוצם של קטנים, איסור השימוש ברכוש אנשים שהחוק פסל אותם, ירושות צוואות, ועזבונות, וניהול נכסי נעדרים".

את המלה suits תרגמתי במלה העברית "דיונים", ולא במלה "תביעות" כפי שמקובל לתרגמה. המונח "תביעה" מתאים יותר לתרגום המלה action, הבאה בסימנים 53 (2), 54 (2). אך למעשה אין כל נפקא מינה בדבר, כי שניהם כאן שמות גרדפים, ומציינים כל הליך שיפוטי, כפי שנקבע על ידי מועצת המלך בערעור שהוגש לפניה על פסק דין של בית המשפט העליון המנדטורי: —

כאן (זאת אומרת: בסימן 54) השתמשו במלה action, כגוראה בתור שם נרדף למלה suit המצויה בסימן 51. אך אחת משתיהן אינה מתאימה בדיוק לציון הליכים שלא על ריב (non litigious). אך על פי כן, נוטים הלורדים להסיק מהדבק הרברים, כי מונחים אלה משמשים כאן במובן רחב וכולל, ומתכוונים לכל הליך בעל אופי משפטי, אשר בו נזקק קים לכוחו של בית משפטי.¹

1 קאהאס וגו קאהאס, ערעור מועצת המלך, 41/42, 43 אלייר 487, 490.

לתחומי השאלה דנן, המסקנה צריכה היתה להיות, כי כל עניני המעמד האישי המנויים בסימן 51 של דבר המלך, יתפרשו לפי המובנים שנתייחדו להם במקורות המשפט האנגלי. אך לא כן נהגו כתי המשפט כארץ, וכמה מהם (מן המונחים הללו) הוגדרו ונתפרשו דווקא על פי ההוראה שנודעה להם בחוק הדתי של העדה הנוגעת בדבר.¹² מכאן, שאחרי ככלות הכל יש הבדל בין שתי הבעיות, הוא לדעתי בזה, שלגבי מדבית המונחים ההם, השוני בין השקפת המשפט החילוני והמשפט הדתי הוא לא במין המושגים, אלא בהסדר תחוקי של הענין הגידוק — שוני לא במין, אלא בדיון — ולכן אין תופסים בהם כללי הקלסיפיקציה המקובלים, לגבי המשפט הבין לאומי הפרטי, בתורת המשפט האנגלית. אילו, למשל, אימץ לו המשפט האנגלי את צורת הפקעת הנישואין הנהגת בדיני ישראל, היינו: על ידי מתן גט מידי הבעל לידי האשה, היה אף הוא קודא לזה divorce, ולא משהו אחר. והוא הדין לגבי הקידושין, או לגבי הצוואה הבלתי-הדירה (irrevocable), של דיני ישראל. אילו היוו חלק של המשפט האנגלי, לא היה נמנע מלקראם בשם marriage ו-will, ולא היה ממיך אותם בדרך-מיון שונה. רק לגבי שנים מן המונחים הללו — הווג המפורסם alimony ו-maintenance — טרחו בתי המשפט לבדוק ולקבוע את מובנם, ואת תחיל-עומת-זה שבהם, על פי מקורות המשפט האנגלי.¹³ והטעם לכך הוא, שדיפרנציאציה מעין זו, לגבי חיוב מזונות לאשה, בכלל אינה קיימת בחוקים הדתיים של העדות.

היה: אם הסכמת ההורים היא ענין של צורה או ענין של כושר. ההכרעה נפלה לצד ההשקפה הראשונה, שהיא ההשקפה האנגלית, הנה אומר: בית המשפט הלך לפי ה-lex fori. ראה גם Simonin v. Mallac (1860), 164 E.R. 917. למשל: שטרק וגו יויר ההוצלים, בג'ק 22/39, 6 לבנון 45, 47, 50; ברנוביץ וגו ברנוביץ, בית דין מיוחד 3/45, 46 אלייר 306, 308, 310—311. ראה להלן פרק ב', סעיף 5.

לחייב את האשה, למסור לבעלה את פירות נכסי המלוג שלה, נתעוררה שאלה זו בצורה עקרונית רחבה, וגרד הספיקות שבה נוסח בזה הלשון: —

„אומר בא כח הבעל: אכילת פירות בנכסי מלוג היא אחד מדי הדברים שאדם זוכה בהם כשנשא אשה; זכות זו נובעת, איפוא מתוך קשרי הנישואין. וכיוון שכך, הרי מהותה של התביעה היא עניני נישואין האמורים בסעיף 53(1), ואף בית הדין הדתי הכתיר את פסקו במלים: „דין ודברים הכרוכים בעניני נישואין“. משיב על כך בא כוח האשה ואומר: „עניני נישואין“ נאמר בסעיף 53(1), „ענינים הנובעים מנישואין“ לא נאמר; נמצא, כי אם אמנם זכותו של הבעל לאכול פירות נכסי מלוג נובעת מקשרי הנישואין, תביעה המבוססת על זכות זו אינה מסוג עניני נישואין, אלא דבר שבדיני ממונות בלבד — לא עיקרי ולא יסודי, אלא טפל לענין הנוגע למצב האישי, ומשום כך אין הסעיף 53(1) חל לגבי תביעה כזאת בכלל“.

השאלה לא הוכרעה בבית המשפט הגבוה לצדק, אלא הועברה לבית דין מיוחד, על פי סימן 55 של דבר המלך, בפסק דין מקיף וממצה ניתח בית הדין המיוחד את המונחים „דבר נישואין“ ומשפט הנוגע לנישואין —

7 „נכסי מלוג“ הם (כדרך כלל) הנכסים שהאשה מכניסה עמה מבית אביה לבית בעלה, או שרכשה אותם לאחר שנישאה. בנכסים אלה הקרן שייכת לאשה, והבעל אוכל את הפירות (כתובות, דף מ"ו ע"ב, ע"ט ע"א וע"ב, ודברים אחרים וולחם). על ההבדלים שבין נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל, עיי' רמב"ם, פרק ס"ז מהלכות אישות, הלכה א', ושו"ע אה"ע, סי' פ"ה; השוה גם לר"ד נגד סטרי קובסקי ע"א 39/55, פסקי דין 1274. התמורה" בעד זכותו של הבעל בפירות נכסי מלוג, היא חובתו לפדות אותה אם נשבתה: „תקנו פרקונה תחת פירות“ (כתובות, דף מ"ו ע"ב).

8 שם, בעמוד 270.

9 „נתעוררה שאלה אם ענין מסוים הוא ענין של המעמד האישי הנתון לסמכותו הייחודית של בית-דין דתי או לא, יועבר הענין לבית דין מיוחד שהרכבו יקבע בסקורה“. הרכבו של בית הדין המיוחד נקבע בסעיף 8(1) של פקודת בתי המשפט 1924, והוא: שני שופטי בית המשפט העליון בצירוף נשיא בית הדין הגבוה ביותר של העדה הדתית הנוגעת בדבר (או שופט שימונה על ידו). הפיר צורה של בית הדין המיוחד נקבעה בתקנות 354 — 357 של תקנות הדין האזרחי 1938.

„בזקקים לכותו של בית משפט (Court)“ — נאמר כאן, ולא לכותו של גוף אדמיניסטרטיבי, חילוני או דתי, ולקביעת קנה מדה זה נודעת חשיבות מעשית מרובה, ביחוד לנבי יהודים. כאשר זוג יהודי מתחתן בפני הרבנים, הטכס נערך על ידם לא בתוך בית דין, אלא בתוך כהני דת. משום כך — ודק משום כך — היה תוקף לנישואין אלה גם לפני שנת 1953, גם אם בני תזוג לא היו חברי כנסת ישראל³. עריכת טכס הנישואין היא אמנם, ענין של נישואין, אך אינה „דין“ בנוגע לנישואין: כי תסר בה היסוד ההכרחי האמור של „הזדקקות לכותו של בית משפט (או בית דין)“, אלמלא זגת — כלומר: אלמלא קביעת הזדקקות זו כקריטריון „דין“ — לא היה, מבחינת אורחיות, תוקף חוקי לנישואין הללו לפני 1953, כי לדון בעניני המעמד האישי של יהודי אשד אינו חבר בכנסת ישראל, לא היה (אז) בית הדין הרבני מוסמך, גם אם כל הצדדים לענין הסכימו לסמכותו⁴.

2. „עניני נישואין או גירושין“ מלה זו: „אוי, לא ידעתי מה פירושה, ועל מה יצאה ללמד. אלטרנטיבה ודאי איננה, ולהפריד בין הדבקים אפשר היה ע"י פסיק בלבד. דומה כי אין לחפש כאן כוונה מיוחדת, וכי הניחש לא ימצא ברור, כי כל אחד מהם הוא ענין של המעמד האישי“.

עניני נישואין, כיצד? ברור הדבר, כי כאלות הנוגעות לבשרותו של האקט, או לתקפו של קשר הנישואין, הן ענין של נישואין, אך האם חלה הגדרה זו גם על יחסי האישות — חובות חכירות כספיות, או אחרות — הנובעים מקשר נישואין?

במשפט סידס⁵, בו נדונה לראשונה סמכותו של בית הדין הרבני

2 כלומר: לפני צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), חשיג-1953, אשר ביטל בכלל את הצורך בהשתייכות ל„כנסת ישראל“.

3 השתה דברי השופט טרומקין, אזגור נגד אזגור, ע"א 22/42, 42 אפלוכום 259, בעמוד 267.

4 ראה להלן פרק ב' (א), סעיף 7.

5 כעצם יכול היה המחוקק שלא להזכיר כלל את עניני הגירושין; שהרי כל ענין של גירושין הוא ממילא ענין של נישואין, אך מכיון שהפקעת נישואין מצאה לה הסדר מיוחד בחוק (סימנים 64, 65, לומר המלך), קשה היה לחתר על כל אוכרה מפורשת של עניני גירושין בסימן ההגדרות.

6 סידס נגד נשיא ההוצ"ט, ב"פ 116/49, ד' פסקי דין 266.

לפי הגומנקלטורה הנקוטה על ידינו: "ענין של נישואין" ודין בנוגע לנישואין — והגיע לידי החלטה, כי גם זכותו של הבעל בפירות נכסי מלוג נופלת לגדרם של שני המונחים הללו, וממילא מוסמך היה בית הדין הרבני, סמכות ייחודית, לרוץ ולהחליט בתביעה שהובאה לפניו כני"ל.¹⁰ קביעתו העקרונית הרחבה של בית הדין מצויה בפסקה חשובה זו: —

אין לצמצם ביטויים אלה למשפטים הטובבים אך על תקפות קשר הנישואין, כי אם מתפשטים הם גם על תביעות לקיום זכויות מסוימות הנובעות ממעמד הנישואין, כגון, למשל, הזכות להחזרת חיי האישות, ולא קיים יסוד הגיוני, מבחינת הסמכות, להבחין בין תביעות כאלה לבין תביעות לקיום זכויות בעלות אופי רכושני או כספי אשר אף הן מקורן במעמד הנישואין.¹¹

וכדי לקדם פני הקושי: אם כן, מדוע לא תחשב גם תביעת המזונות של האשה נגד בעלה כדבר נישואין, ממשיך בית הדין ואומר:

"היה מקום לדאות גם את תביעת האשה למזונותיה בזמן חיי הבעל¹² כדבר נישואין, אילולא הוזכר במפורש המונח "אלימוני" בסימנים האמורים של דבר המלך; אולם מעצם השימוש המפורש בביטוי זה ע"י המחוקק המנדטורי בדבר המלך, אין ללמוד כהכרח "ראיה מן ההפוך", מאחר ויתכן שכונתו היתה להרגיש את ההכחנה שהבדיל, בחלקו את הסמכויות בין בתי המשפט החילוניים והרתיים, לגבי תביעות מהסוגים של "אלימוני" ו"מיינטננס".¹³ קיצורו של דבר — וזו היא לדעתי, משמעות ההלכה שנקבעה ע"י

בית הדין המיוחד — כל החובות והזכויות הנובעות מיחסי האישות של הזוג, פרט לתביעת המזונות של אשה בחיי בעלה, הן בגדר "דבר נישואין" או "ענין של נישואין" במובן הוראות דבר המלך.¹⁴ גם תביעת בעל יהודי למעשה ידיה של אשתו¹⁵ תחשב, לפי זה, כענין של נישואין.

3. כבר נאמר לעיל, כי שאלת תקפם של הנישואין היא ענין של נישואין, ולא דוקא כאשר השאלה סובבת סחור כשרותו הפורמאלית של האקט, אלא גם כאשר תקפו החוקי של האקט תלוי בכושר ההתקשדות של בני הזוג, יחסי קרבה וכדומה.

"הצהרת תקפם של נישואין היא, ללא ספק, ענין של נישואין".¹⁶ תקפם סתם נאמר כאן! גם הצהרת בטיחותם של נישואין, תחשב כענין של נישואין, בין אם הם אך נתונים לביטול, בין אם הם בטלים מעיקרא.¹⁷ ראיה לכך: ע"א 186/37 — מקרה של נישואין נתונים לביטול — וע"א 9/40,¹⁸ בו הנישואין, לפי הטענה, היו בטלים מעיקרא. בשניהם ראה בית המשפט את הדבר כענין של המעמד האישי, והרי אי אפשר להגיע לכך אלא דרך הסוג של "עניני נישואין".

14 אך יתכן, כי תביעת פירות נכסי מלוג לא תחשב כ"ענין של נישואין" במובן הוראת סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. כי חוק זה נחקק אחרי חוק שולי זכויות האשה, תשי"א-1951, אשר סעיף 2 שבו, כפי הנראה, ביטל, מבחינה טובסנסטיבית, את זכותו של הבעל לאבילת פירות נכסי מלוג של אשתו; ראה את הדברים שנאמרו (אמנם רק דרך אגב) ע"י בית הדין המיוחד בראש פסק דין סידס שם, בעמוד 1023.

15 עיין בחובות, דף מ"ו ע"ב, ג"ס ע"ב, ס"ד ע"ב; בנוגע להיקפה של זכות זאת, ראה פסק הדין המעניין שפורסם בקובץ פסקי דין של בתי הדין הרבניים האיזוריים בישראל, כרך א', עמודים 81 ואילך.

16 בהדבוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' ססקי דין 4, 14.

17 אמנם פסק דין כזה, ממש כמו פסק של גירושין, נחשב עכשו, מכוח הוראת סימן 2 (1) של דבר המלך במועצה (תיקון), 1935, כ"פסק דין של הפקעת נישואין, ואסור להתו לנתין זר, אך אין זה סותר את הרעיון, כי מבחינת הקלסיפיקציה של סימן 51 זה הוא "ענין של נישואין". התכונה המאיינת את פסק הגירושין היא, כי הוא כורת את קשר האישות מכאן והבא, ואילו כאן מצהיר בית המשפט כי הקשר לא היה קיים מעולם (במקרה של נישואין שהם בטלים מעיקרא) או שהוא (במקרה של נישואין שהם רק נתונים לביטול) מבטל אותם למפרע עם מתן פסק הדין.

18 קשמן נגד קשמן, ע"א 186/37, 2 לבנון 132.

19 בינוכסקי נגד כינוכסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 173.

10 סידס נגד י"ר ההוצ"ל, ביד"מ 1/50, ח' ססקי דין 1020.

11 שם, בעמודים 1031—1032. כבר במשפט גולדנברג נגד י"ר ההוצ"ל, בדין 105/45, 46 אל"ד 546, בעמודים 549—550, קבע בית המשפט כי תביעה להחזרת חיי האישות היא ענין של נישואין.

12 אם התביעה היא תביעת מזונות של אלמנה יהודיה, היא נחשבת לענין של נישואין כפי שהוחלט באלפרט נגד יושב ראש ההוצאה לפועל, 1 פל"ר 395. זה הוא אחד מתנאי הכתיבה (אף אם לא פורש בשטר הכתובה): משנה כתובה, ג"ב ע"ב.

13 חשזה גם סידס שם, עמודים 1026—1027.

הצהרת תקפם או העדר תקפם של גירושין, תיראה לדעתי הן כענין של גירושין והן כענין של נישואין. שהרי תקפם או העדר תקפם של הגירושין הם, ממילא, הפסקת קיומם או המשך קיומם של הנישואין שקדמו להם.²⁰

אך מצא הספק מקום לחול בו, הן לגבי נישואין והן לגבי גירושין, כאשר השאלה העומדת לדיון בפני בית המשפט היא, אם נתקיים, בפועל ממש, או לא נתקיים, האקט המהווה את הנישואין או הגירושין. האם גם שאלה עובדתית זו היא ענין של נישואין וגירושין, וממילא, ענין של המעמד האישי או לא. למאי נפקא מינה? לשאלה זו: אם שני אזרחים אינם, חברי אגדת העדות המוכרות (או כושלימים), חייבים להביא את השאלה ההיא, מכוח הסימנים 53 (1) ו-54 (1), או סימן 52, לפני בית הדין הדתי, או שיכולים (ואף חייבים) להגיש אותה, כתביעה אזרחית רגילה, לבית המשפט האזרחי?

ונא לדייק היטב בדבר, ושלא לשגות בעירובי תחומין. ידוע לנו, ורדאי הדבר, כי "הצהרה בדבר תקפם של גירושין אשר כבר התשלמו קודם לכן, אינה "פסק של גירושין" (שאין לתתו, כידוע, לנתינים זרים מכוח סימן 64 (1) לדבר המלך במועצתו)"²¹. אפילו הצהרה בנוגע לתקפם! ראייה לכך: פסקי הדין שנהגו בתי המשפט האזרחיים לתת, לנתיני ארצות זרות מסוימות, בנוגע לכשרותו של הגט אשר נערך ביניהם במשרד הרבנות,²² אך עדיין הספק בעינו עומד, אם שאלה בנוגע להתרחקותו הפיזית של האקט ההוא, היא בכלל ענין של המעמד האישי, או לא. יש פנים לכאן ולכאן, ועד כמה שידוע לי עדיין לא הוכרעה השאלה בכתי המשפט.

4. שידוכין. שידוכין — כך היא הדעה הרווחת — אינה ענין של נישואין, ולכן תביעה בשל הפרת שידוכין (breach of promise) אינה ענין של המעמד האישי, והיא נידונה על פי עקרונות המיטפט המקובל, מכוח הוראת סימן 46 של דבר המלך.

20 על הקשר הפנימי בין עניני נישואין וגירושין תעיד האמרה בברזילי נגד סוכה כרמן, ע"א 60/43, 43 אל"ר 217, בעמוד 220: "מירוד משפטי הא... ענין של גירושין הנובע מונח נישואין".

21 כהן—בוטליק שמ, עמוד 15.
22 למשל, אוזוד נגד אוזוד, ע"א 22/42, 42 אפלבוס 259. הפרקטיקה החלה בשנה 1938, ופסק הדין הראשון מסוג זה ניתן ע"י בית המשפט המחוזי, תל אביב, בתיק אזרחי 340/37, איסינג'חסטרמן נגד איסינג, שפורסם בקובץ פסקי הדין של בית המשפט המחוזי תל אביב, 1938, עמודים 31 — 33 (אנגלית).

"גראה הדבר, כי תביעה לפיצויים בשל הפרת שידוכין אינה מעוררת שאלה של המעמד האישי".²³

ובפסק דין אחר, של בית המשפט המחוזי, חיפה, נאמר ביתר פסקנות: —

"בית המשפט סבור, כי הבטחת נישואין היא חוזה אזרחי גרידא, ובתור שכזה אינו ענין של המעמד האישי, ואינו נתון לשיפוטו היהודי, או לשיפוטו בכלל, של בית הדין הדתי".²⁴

כדי להביא פסקי דין אלה בקו אחד עם כללי הפרשנות של מונחי המעמד האישי, כפי שנקבעו ביודיקטורה הארצישראלית,²⁵ עלינו יהיה להניח — אם כי לא פורש הדבר — כי במקרה שני פסקי הדין הללו לא נטען, או לא הוכח, כי החוקים הדתיים של העדות הנוגעות בדבר רואים תביעת הפרת שידוכין כענין של נישואין, שהרי מונח זה, כמו מרבית מונחי סימן 51, מתפרש, כפי שראינו לעיל, על פי מושגי החוק הדתי. ואמנם גם דיני ישראל אינם רואים את התביעה הזאת כענין של נישואין, אלא: או כתביעה חוזית גרידא, או כענין של נזיקין, או כענין שיש בו מזה ומזה גם יחד.²⁶

"כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא,²⁷ כך היו

23 גארוס נגד עזאס, ע"א 129/42, 42 אפלבוס 753, 754.

24 באבא נגד עמבארקי, ת"א 52/29 ביה"מ המחוזי, חיפה, 4 רוסנברג 1254.

25 ראה לעיל פרק א, סעיף 4.

26 בדומה קצת למה שנאמר ע"י בית המשפט המחוזי, חיפה, בענין קרוזש נגד קרוזש, ת"א 263/42, 46 פמ"ן 569, בעמוד 570, ע"ש.

27 "אסמכתא" היא התחייבות תלויה בתנאי, בה יש מקום לחשוש ולהניח, כי המתחייב סמך על בוא המאורע הרצוי לו, ולא גמר בלבו לקיים את התחייבותו הוא במקרה ההפוך. למשל: משחק בקוביא המכביח לשלם — אם יפסיד. במשחק — לתברו את המעות נשוא המשחק, התחייבותו (לדעה אחת) "אסמכתא" היא, ולא קניא, כי הוא "סומך על דבר שאינו, רסבור שיכול לנצח, ופעמים שמנצחין אותו (ר"ש"י סנהדרין, דף כ"ד ע"ב, ד"ה אסמכתא). דיני אסמכתא הם לפי ביטוי של אחד הגדולים "במים שאין להם סוף", ורבו בהם החילוקים האבחנות. יש מצמצמים אותה לתנאים שאין בידי לקייםם — תנאים הזרדיים — ויש גורסים דחקה את ההיפך (ראה תוס' סנהדרין שם, ד"ה כל; תוס' בי"מ, דף ע"א ע"א, ד"ה הבא). "התרופה" שהומצאה כאן על ידי חכמי ספרד נגד פגם האסמכתא היא בזה, שאת התחייבות סקבל האדם על עצמו בצורה החלטית, ללא כל תנאי, והדבר המותנה היא המחילה של תברו, בה, לדעתם, אין תופס סטול אסמכתא (ע"ש בנושאי כליו של הש"ע).

עושים: קונן²⁶ מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרים. ואחר שחייב את עצמו קונן מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך — הרי חוב זה מחול לו מעכשו... ועל דרך זו היו עושים בכל התנאים שבין אדם לאשתו בשידוכים... ויש אומרים שקנס שעושים בשידוכים לקנס החוזר בו, לא הוי אסמכתא, כי כדאי הוא שיתחייב בו החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את חברו²⁹.

„ילמדנו רבנו: על נוסח שטר שידוכין שכתבו בו: בכך לחודש פלוני שירך ראוכלן שידוכין גמורים לבת פלוני בתנאי וכו', ונתחייב בקנין ושבועה שלא לשוך ושלא לקדש אשה אחרת אלא זאת... ולקיום וחזק כל הכתוב לעיל נתחייב כל אחד מהכתוב לשלם לחברו חמשים פרחים אם יבטל שום אחד מהתנאי בנוכח... תשובה אליך הטר: המשוך הוא חייב לפרוע הקנס הכתוב ביניהם אם ישוך אשה אחרת. כיוון שנעשה הקנס כדין³⁰.

לעומת זה דעה אחרת, של אחד האחרונים:

„וגם הקנס שמחייב ליתן למי שחוזר בשידוכין, על כרחך לא מכוח החיוב הכתיבות התנאים הוא בא, דמשום כתיבת התנאים אין לחייבו בקנס, דהוי אסמכתא... ועיקר הקנס שאנו מחייבים למי שחוזר בשידוכים הוא משום הבושת שנתבייש אחד מהצדדים, וכל התנאים והקנינים הנוהגים אצלנו בשעת השידוכין הוא רק לאמת הדברים“³¹.

סיכומו של דבר: תנאי שטר השידוכין (או „שטר התנאים“) אינם — גם לפי השקפת דיני ישראל גופם — ענין של נישואין, וממילא לא ענין של המעמד האישי, ולכן תכיעה על פיהם, עד כמה שהחוק האזרחי מכיר בה, צריכה להיות מוגשת לבית המשפט האזרחי. ואולם „טיבו“ של שטר השידוכין עם הסמכות לרונן בו לחוד, ופירוש המונחים שבו לחוד, עד כמה שמצויים בו — וכרגיל מצויים בו — ביטויים

28 זאת אומרת: מקבלים ממנו קנין, התחייבות ע"י עשיית „קנין“.
29 שו"ע חו"מ סי' ר"ז, סעי' ס"ו.
30 שו"ת מבר"ס, חלק ב', סי' כ"ד; ראה גם מבר"ס, חלק ב', סי' קמ"ב.
31 שו"ת נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חלק י"ד, סי' קמ"ח.

שמקורם הוא בדיני ישראל, יש לפרשם על פי התוראה שנתיהודה להם בדיני ישראל. לא בשל חלות החוק הדתי עליהם, אלא מפני שזו היא בעליל, כוונת הצדדים. אסמכתא לכך אפשר למצוא בפסק דין אחד של בית המשפט העליון³², בו נתעוררה השאלה מה פירוש המלה „נדוניא“ שהשתמשו בה בשטר התנאים, ובית המשפט פירש אותה על פי „המובן התוכן וההיקף שיש לו (למונח זה) בדיני ישראל“³³.

5. „אלימוני“ ו„מיינטנס“. מכל מונחי המעמד האישי זה הוא הזוג המפורסם ביותר וה„מסוכסך“ ביותר: כונתי למחלוקת הרבה אשר ניטשה סביב מונחים אלה כשבע שנים רצופות. ודווקא אותה שעה שנקבעה סופית זהותם ותבונותיהם — בדצמבר 1953 — כבר פגה כהרבה חשיבותם המעשית, נוכח ההסדר החדש של סמכויות בית הדין הרבני לגבי תביעות מזונות של אשה יהודיה, בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. אך עדיין נודעת להם חשיבות עקרונית ומעשית לגבי תביעות מזונות המובאות לפני בתי דין עדתיים אחרים.

תחילת הגדרתם של המונחים הללו היתה במשפט אלפרט³⁴. עמדה לדיון שם סמכותו של בית הדין הרבני לחייב את העוזבן במזונות האלמנה. והשאלה הראשונה שנתעוררה היתה, אם חובת מזונות זו נופלת לגדרו של המונח „אלימוני“, או לא. בסופו של דבר החליט בית הדין המיוחד, כי הדבר הוא „ענין של נישואין“ — להיותו נחשב, גם אם לא פורש, כאחד מתנאי הכתובה³⁵. אך לפני הגיעו למסקנה סופית זו, הוא נטל על עצמו לפרש את המונח „אלימוני“, וכך הוא אמר:

„המלה „אלימוני“, כפי שראינו, באה בסימן 53 (א) של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, ונמנתה שם כאחד הענינים המצויים תוך סמכותו האבסקלוסיבית של בית דין רבני, ואנו חייבים, כך סבור אני, לייחד לה שם את ההוראה הנודעת לה במשפט האנגלי, כי אין כל דבר המצביע על כך, כי הרשות המחוקקת — במקרה זה: הוד מלכותו במועצה — התכוונה להשתמש בה במובן אחר.

32 לרר נגד סטריקובסקי, ע"א 39/55, פסקי דין 1274.
33 שם, עמוד 1280.
34 בית דין מיוחד 1/28, 1 מל"ד 395.
35 לא כתב לה (בכתובה): את תהא יתבא בביתי ופיתונא מנכסי כל ימי מינר (או: מינר) אלמנותיך בביתי — חייב, שהוא תנאי בית דין (משנה כתובה, דף נ"ב ע"ב).

אלימוני במשפט האנגלי היא: או אלימוני תמידית, או אלימוני „פנדנטה ליטה“. הראשונה היא קצבה למוזנות האשה, כאשר ניתן פסק של גירושין או של פירוד משפטי... אלימוני „פנדנטה ליטה“ היא האלימוני אשר, במשפט בעל ואשה, אם לשם גירושין ואם לשם פירוד משפטי, הבעל מצטווה לשלם לאשתו, בין אם המשפט הוגש על ידו בין אם הוגש נגדו, כדי לצייד אותה באמצעים להשגת צדק, או בשביל פרנסתה הרגילה³⁶.

ועדיין לא ידענו, מה פירוש „בן זוגה“ של האלימוני, הוא המונח „מיינטננס“. צעד נוסף זה נעשה בפסק דינו של בית המשפט העליון במשפט הדיד³⁷, בו חוזר בית המשפט, תוך אי אלה תוספות ושינויים, על ההגדרה האמורה, ומצרף אליה את הגדרת ה„מיינטננס“.

המלה „אלימוני“ הוראתה מצומצמת. זו היא הקצבה הניתנת לאשה כאשר בני הזוג נפרדו תוך הסכמה הדדית, או הסכום הנפסק ע"י בית המשפט בתתו צו פירוד משפטי. יש וקצבה מוענקת לאשה כאשר תלוי ועומד ביניהם משפט של אישות, ולזה ייקרא בשם אלימוני „פנדנטה ליטה“. מכאן אפשר להסיק, כי המונח אלימוני חל כאשר היחס של בעל ואשתו עודנו קיים, אך הצדדים חיים בפירוד, אם מתוך הסכמה ואם כתוצאה של צו משפטי, או מפני שמשפט לפירוד או להפקעת נישואין תלוי ועומד ביניהם.

6. מאידך גיסא, המלה „מיינטננס“ מציינים בה תמיד את הקצבה אשר מצטווה לשלם בעל שזנח את אשתו. דבר זה עולה בדורות מנוסחו של אקט הדיון הדחוף (נשים נשואות) 1895, בו האשמה המיוחסת לבעל היא, כי הוא נמנע בודון מלפרנס כראוי את אשתו וילדיו³⁸.

התוספות והשינויים שרמזתי עליהם לעיל הם אלה: בפסק דין אלפרט נכללה במושג „אלימוני“ גם הקצבה הנפסקת לאשה כאשר ניתן פסק של

גירושין, בפסק דין הדיד — רק כאשר ניתן פסק של פירוד (או כשנפרדו מרצון), והיחס של בעל ואשתו עודנו קיים. פסק דין הדיד מכנה בשם אלימוני „פנדנטה ליטה“ את הסכום שהבעל מצטווה לשלם לאשתו כאשר תלוי ועומד ביניהם „משפט של אישות“, ובית דין פירוד: „משפט לפירוד או להפקעת נישואין“, ואילו בפסק דין אלפרט משהרע מונח זה על כל סכום אשר „במשפט בין בעל ואשה“ — זאת אמרת: גם במשפט מוזנות רגיל — הבעל מצטווה לשלם לה, באופן ארעי, כדי לצייד אותה באמצעים להשגת צדק, או בשביל פרנסתה הרגילה. נראה לי כי בנקודה אחרונה זו, השופטים המלומדים לא דקו פודתא בשני פסקי הדין גם יחד. מצד אחד אין ספק בדבר — וכבר רוחות התלכה זה עידן ועידנים — כי בכל תביעת מוזנות, ולא דווקא במשפט של אישות, יכול בית המשפט לתת צו לתשלום מוזנות ארעיים, זמניים, עד לחשבון, לפני הכנסו לבירור התביעה העיקרית גופה, ואפילו אם בין טענות ההגנה של הנתבע מצוייה גם טענת חוסר סמכות³⁹. מאידך גיסא, אין להעלות על הדעת, כי המוזנות *pendente lite* יהיו תמיד בנדר „אלימוני“ אפילו כאשר התביעה למוזנות תמידים היא מסוג „מיינטננס“, שהרי לא יתכן הדבר, כי את הבקשה למתן הצו הזמני תצטרך האשה, למשל, להביא לפני בית הדין הרבני, בעוד אשר תביעתה העיקרית, לתשלום מוזנות תמידים, שהיא בגדר „מיינטננס“, מתבררת ומוכרחה להתברר — בשל התנגדותו של הבעל לסמכות הרבנים — בפני בית המשפט המחוזי, שהשקפה הנכונה היא, לדעתי, איפוא, זו: את הצו הזמני יכול בית המשפט (או בית הדין) לתת בכל תביעת מוזנות המוגשת לפניו, ולא רק במשפט של אישות, אך אופיים של המוזנות הזמניים — אם הם בגדר *alimony pendente lite*, או שהם *maintenance pendente lite* — תלוי באופיה הלכאורי של תביעת המוזנות העיקרית, ואולם מכיוון שכפי שכבר רמזנו לעיל, יכול בית המשפט או בית הדין לתת את הצו הזמני לפני שהוא קובע עמדה סופית כלפי שאלת הסמכות, הרי אין, למעשה, חשיבות מרובה לשאלת הקלסיפיקציה הנ"ל.

פסק דין הדיד הוא הראשון שנתן הגדרה פחות או יותר ממצה לשני המונחים הללו, ובעקבותיו יצאו והלכו בתי המשפט השונים בארץ במשך כל תקופת המנדט. חלוקת הסמכויות נעשתה לפי קו הגבול שנמתח באותו

36 אלפרט נגד זייר ההוצל"ם שם, עמ"ד 397.

37 הדיד נגד הדיד, ע"א 62/37, 2 לכנון 133.

38 הדיד נגד הדיד שם, עמ"ד 135—136.

39 ראה גולדברג נגד זייר ההוצל"ם, כ"פ 105/45, 46 אל"ר 346, בעמ"ד 353.

פסק דין: נפרדו בני הזוג זה מזה, אם מרצון ואם לפי צו, היתה תביעת מוזנותיה של האשה נחשבת ל"אלימוני", והיתה מוגשת — במקרה של אורחים איים, חברי עדה מוכרת — לבית הדין הדתי, ולו בלבד. לא היה פידור, והבעל זנח את אשתו, היתה תביעה כזאת מוגשת לבית המשפט האזרחי (המחוזי), אלא אם בן הסכימו שניהם להתדין, בתביעת "מיינטנס" זו, בפני בית הדין הדתי.

הפרק הראשון אשר נבעה בחומה בצורה זו, היה ערעור רוזנבוים⁴⁰. היה זה מקרה של זניחת האשה על ידי בעלה, שניהם היו יהודים איים, ובית המשפט המחוזי, בלכתו בדרך הכבושה ההיא, ראה את תביעת המזונות כענין "מיינטנס" ופסק, תוך נטילת סמכות לכך, לטובת האשה. אז הגיש הכעל ערעור לבית המשפט העליון, ובית המשפט נתבקש לשבור את המסורת ההיא, ולבדוק מחדש אם השופטים הבריטיים בארץ הגדירו את התחומין בין אלימוני ומיינטנס כהלכה⁴¹. בית המשפט נעתר לבקשה, וגולל על יריעה מאד רחבה את כל הפרשה כולה. השאלה אמנם לא הוכרעה, אלא הועברה על פי סימן 55 לבית הדין המיוחד, אך מעניין מאד להתכונן לדעות שהובעו שם ע"י כל אחד משלשת השופטים שישבו בדין: הנשיא זמורה, השופט הרב אסף ז"ל, והשופט חשין.

פסק דינו של הנשיא פותח בקביעת העובדה, כי ההלכה שנשתרשה בארץ מתוך סיווגם של שני המונחים הללו כנ"ל, מיוסדת על שתי הנחות:

"הנחה אחת היא, שצריך לפרש את מונחי המעמד האישי בתוך חוקת א"י, כמו "אלימוני" ו"מיינטנס", לפי הוראתם במשפט האנגלי... וההנחה השניה היא, שתביעת אשה למוזנות מכעלה שזנח אותה היא לפי המשפט האנגלי, תביעת "מיינטנס" ולא תביעת "אלימוני".

והוא חולק על שתי הנחות גם יחד, — על הראשונה מתוך היסוס⁴² מה, ועל השניה בכירור וכתוקף: —

"אין להניח שהמחוקק רצה להכניס את דיני העדות השונות כולן כאחת לתוך המסגרת של המונחים האנגליים על דקדור קידם. מסגרת כזאת היתה מיטת סדום לדיני העדות למיניהן..."

"לפי דעתי יש משקל רב לסברה שעלינו לפרש את מונחי המעמד האישי לפי דיני העדות השונות, דוקא משום שהמחוקק רצה, כנזכר לעיל, לשמור את המצב הקיים...".
"על כל פנים אין להפריז בעקרון של פירוש המונחים לפי הוראתם במשפט האנגלי ולתלות, למשל, במונח "אלימוני" גם את הגוונים הפרוציטואליים הכרוכים בו במשפט האנגלי..."⁴³

ואשר להנחה השניה, המוטעית כליל לדעתו, אומר הנשיא המלומד:

"גם אם עלינו להגדיר את המונח האנגלי "אלימוני" לפי הוראתו במשפט האנגלי, אני משוכנע, אחרי שבדקתי את המקורות האנגליים, שאין למונח "אלימוני" אותה ההוד-אה האחרונה והמוגבלת אשר השופטים מקדנול ומנינג (הכוונה לשופטי כשפטי אלפרט הוד) נתנו למונח בשעתו"⁴⁴.

והוא מצטט ראשית כל פסק דין נידוילנדי ידוע משנת 1923, מאת השופט סלמונד, ממנו:

"יוצא בעליל שכל תשלומי מזונות, כל זמן שקשר הנישואין קיים, נקראים "אלימוני"; "מיינטנס" נקרא מה שמטלמים אחרי הפקעת הנישואין"⁴⁵.

הגדרת האלימוני כאן אינה עולה בקנה אחד עם הגדרתה במשפט אלפרט, והגדרת המיינטנס סותרת את הגדרתה במשפט הוד, ולאחר בדיקו מקורות נוספים, וכן את אמרת השופט מנינג במשפט הוד, מגיע הנשיא המלומד לכלל מסקנה, כי המונח "אלימוני" כולל כל תביעת מזונות של אשה, ובלבד שתהא מוגשת תוך קיום יחסי האישות בין בני הזוג.

"צדק כבוד השופט מנינג באמרו שהמונח "אלימוני" חל כל זמן שקיימים יחסי בעל ואשה... אבל במחילת כבודו, טעה השופט המלומד לדעתו בהוסיפו כסייג להגדרתו את -

40 רוזנבוים נגד רוזנבוים, ע"א 376/46, ב' ססקים עליון 5.

41 רוזנבוים שם, בעמוד 8.

42 רוזנבוים שם, עמוד 9, פסקה 7; עמיד 9, פסקה 9; עמוד 11, פסקה 14; עמוד 12, פסקה 15.

43 רוזנבוים שם, עמוד 12, פסקה 16.

44 רחנבוים שם, עמוד 13, פסקה 18.

שונה לחלוטין מדעת שני חבריו, היא דעתו של השופט חשין. לאחר יחדו את הדבור על ארבעת סוגי המזונות הנפסקים לאשה על פי משפטי אנגליה. הוא סומך את ידו על ההשקפה שדגלו בה בתי המשפט המנדטוריים בארץ בעקבות פסק דינו של השופט מנינג במשפט הדד, ודואה אותה כנכונה ובלתי מעודערת.

עקרון זה, היינו, כי מזונות אשר האשה תובעת מאת בעלה על סמך זניחה דינם כדרך קצבה מסוג "מיינסנגס" ולא "אלימוני", בין שתביעתה מוגשת לבית דין רתי ובין שהיא מוגשת לבית המשפט האזרחי, עקרון זה הונח ביסודה של שורה ארוכה של פסקי דין, כעקרון שאין מהרהריו אחריו, על ידי בית משפט זה (בתקופת המנדט) בהרכבים אישיים שונים⁵⁰.

כן אין השופט חשין גורס את הדעה, כי תביעת מזונות של אשה יהודיה היא ענין של נישואין במונחן הסימנים 51 ו-53 (1) של דבר המלך, ומצביע על כך כי:

„טענה רומה לזו הופרכה ע"י בית משפט זה (בתקופת המנדט) בבג"ץ 105/45, יש רק להוסיף, כי לאמיתו של דבר, הדי כל זכויותיה של האשה למזונות נובעות מתוך קשדי הנישואין הקיימים בינה לבין בעלה; אולם השאלה היא אם המחוקק, לצורך קביעת סמכות בתי המשפט בתביעות הנוגעות למצב האישי, ראה את המזונות כענין שבנישואין, או שיחד להם דין על אף היותם נובעים מקשדי הנישואין. דעתי היא, כי המחוקק יחד להם מקום ולא התכוון לכלול אותם בתוך המסגרת הרחבה של „עניני נישואין“, או לכרוך את דיניהם, לצורך הסמכות, בדינים החלים לגבי נישואין⁵¹.”

ולבסוף מעלה השופט המלומד נימוק אחד נוסף, המחייב שלא לסטות מן הכללים שהונחו בסוגיא זו בימי המנדט, והוא: יציבות ההלכה. אין השופט המלומד קובע במסמרות, כי „בית משפט זה אינו רשאי לעולמים לסטות מההלכה הפסוקה או אף לסתרה ולהעמיד דין אחר תחתיה“;

50 רונבוים שם, עמוד 24, מסקה 8.

51 רונבוים שם, עמוד 26, מסקה 12; בג"ץ 105/45 המחזר בו הוא גולדברג נגד

י"ד ההוצ'פ, 46 אל"ר 546.

התנאי שהמתידינים צריכים להיות נפרדים דוקא על פי הסכמה או כתוצאה מצו בית המשפט, ולא כלל את המקרה כשהם נפרדים מחמת זניחת האשה על ידי בעלה⁴⁵.

פח, בפסוק האחרון, „נפרדים“ לאו דוקא, הדגש הוא על קיום יחסי הנישואין, ויתואר מקרה של „זניחה“ גם כששניהם דרים בכפיפה אחת. ומכיוון שהמזונות „אלימוני“ ו„מיינסנגס“, שניהם יחד, חופפים את כל סוגי תביעת המזונות של אשה, הדי המסקנה היא, כי המונח „מיינסנגס“ הוראתו היא: תביעת מזונות של אשה אחרי הפקעת קשר הנישואין. חוץ מזה כולל מונח זה גם תביעת מזונות ילדים, או מזונות הורים ושאר קרובים, מקום שהחוק האישי של בעלי הדין מכיר בחובות כאלו⁴⁶.

זו היא המסקנה שהגיע אליה הנשיא המלומד, ובוה הוא הפך כמעט על פיה את קערת ההגדרות שהשתרשו בתקופת המנדט. אף הוא אינו מולול בעקרון יציבות ההלכה, אכל — לפי ביטוי המוצלח אשר הפך בינתים אמרת כנף מפורסמת — „אמת ויציב, אמת עדיף“⁴⁷.

שהיה בדעה עם הנשיא הוא הרב אסף ז"ל. הוא מזדהה עמו לגבי הסיווג של אלימוני ומיינסנגס, אלא שמוסיף על כך את הרעיון — אשר גם הנשיא, בקיצור נמרץ, הצטרף אליו⁴⁸ — כי תביעת מזונות של אשה יהודיה, אפשר לראותה גם כענין של נישואין, וכך הוא אומר:

„נוסף לזה יש, לדעתי, לראות את המזונות שהבעל חייב לתת לאשתו כ„דבר נישואין“, שהרי זהו אחר החיובים העיקריים הנובעים מן הנישואין, וכן קובע הרמב"ם בהלכות אישות והמחבר בשו"ע אה"ע סי' ס"ט: כשנושא אדם אשה מתחייב לה בעשרה דברים, אלו הן העשרה מזונותיה, וכסותה, ועונתה, ועיקר כתובתה, ורפואתה, ולפדותה אם נשבתה, וקבורתה, ולהיות ניונת מנכסיו ויושבת בביתו כל זמן אלמנותה...“⁴⁹.

45 רונבוים שם, עמוד 16, פסקה 24.

46 ראה רונבוים שם, עמודים 10—11, פסקה 12; השוה גם (בנוגע למדשלימים)

אנאבטארי נגד יו"ד ההוצ'פ, בג"ץ 40/45, 45 אל"ר 659.

47 רונבוים שם, עמוד 19, פסקה 32.

48 ראה שם עמוד 18, סוף פסקה 28.

49 רונבוים שם, עמוד 22, פסקה 5.

נקבעו. כידוע, כללים מיוחדים לכך, והוא מבקש להוסיף עליהם עוד אחד, והוא:

„כי אין דוחין הלכה ישנה מפני הלכה חדשה במקום שהרחייה עשויה להביא לידי תקלת הרבים... (ו) המשפט אשר לפנינו וענינים דומים לו, יוכיחו, כי אם נקבע עכשו... שקימת שאלה בדבר סמכותם של בתי הדין המחוזיים לפסוק בעניני מונות מהסוג הנידון כאן, יעוררה הבעלים — אשר יצאו בזמנם חייבים בדינם — במהלך ההוצאה לפועל של פסקי הדין התלויים ועומדים ומהומה ומבוכה ישתדרו בשטח היהסים המשפטיים שבין נשים לבעליהן. יתר על כן: גם הבעלים אשר בשעתם טענו, כי אין הם מסכימים להתדיין לפני הרבנים, ונשיהם הוצרכו לבטל משום כך את התביעות שהביאו בבתי הדין הדתיים, ולתבעם שוב לפני בתי המשפט של המדינה... גם בעלים אלה יטענו עכשו, כי פסקי הדין אשר ניתנו נגדם בטלים מפני חוסר סמכות; ומה תקנה תדרושנה לעצמן נשותיהם של הללו?״⁵²

דעתו של השופט השני היתה, איפוא, ברורה והחלטית לצד דחיית הערעור ואישור פסק הדין, והוא אף התנגד להערכת השאלה לבית הדין המיוחד, אך לא כן סברו הנשיא זמורה והרב אסף ז"ל. ואם כי, בעצם, אף הם לא פקפקו בצדקת דעתם המשותפת — כפי שיש ללמוד מנוסח וניסוח דבריהם — הרי עצם המחלוקת התריפה בין שתי הדעות יצדה כאן, לדעת הרוב, „שאלה“ במובן סימן 55, והענין הועבר להכרעתו של בית הדין המיוחד.⁵³

ושוב צפה ועלתה השאלה לפני בית דין של שלשה — שני שופטי בית המשפט העליון, השופטים אגרנט ולנדוי, ודיין דבני אחד, הרב הוכמן — אך הפעם לא היו חברי בית הדין חלוקים בדעותיהם, וכולם הסכימו לפסק דינו של השופט אגרנט אשר החליט, כי תביעת המונות של הגב' רוזנבוים (רוזנבאום) היתה — אני מדגיש: היתה, בשעת הגשתה, בשנת 1946 — נתונה לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני.

52 רוזנבוים שט, עמוד 30, פסקה 20.
53 רוזנבאום נגד רוזנבאום, בית דין מיוחד 1/49, ד' פסקי דין 1037.

מבחינה אחת, על כל פנים, „שפר חלקו“ והוקל תפקידו של בית הדין המיוחד: על שכמו לא רבץ „סבל הירושה“ של התקדימים המנטוריים, כי הוא, כבית דין מיוחד „שאינו בית משפט במובנו הצר של מונח זה, אינו קשור בהחלטותיו של בית המשפט לערעורים“⁵⁴, והוא ראה מחובתו להכריע בדבר, „ללא הודקקות לתקדימים קודמים שנקבעו ע"י בית המשפט ושבהם הוגדרו המונחים „אלימוני“ ו„מיינטנס“⁵⁵. הוא ראה את הבעיה, כפי שהתבטא, ראייה *primae impressionis*, בעברית מסורתיית: „קרקע בתולה“, ושני סניפי השאלה שהוא התרכז בהם היו: (א) איזהו מקור החוק, החילוני או הדתי, בו יש לחפש את מובנם של המונחים הללו; (ב) מה היא, לפי אותו מקור, ההוראה הנכונה שלהם.

אשר לסניף הראשון — היכן היא ה־ *sedes materiae* — עמדתו של בית הדין היא, כי אין לפדש את המונחים ההם לפי המושגים של דיני העדות השונות. אין הוא גודס את הדעה, כי „המושגים של דיני העדות צריכים לשמש קנה מידה יחיד לבית הדין המיוחד“. הוא מקיש את הבעיה שלפניו לבעית המיון והתאור של המשפט הבין לאומי הפרטי. ומגיע לידי מסקנה, כי את המונחים הנ"ל יש לפרש על פי מובנם במקורות המשפט האנגלי. כבר חווינו את דעתנו לעיל (פרק א', סעיף 4) על קווי הדמיון והשוני שבין שתי הבעיות, ואין היא נסתרת מחמת ההיקש שהשתמש בית הדין המיוחד כנ"ל. בל נשכח: בחפשו אחרי הוראתם הנכונה של אלימוני ומיינטנס, הרי „הנעלם“ המבוקש על ידנו אינו תכנם המשותף של שני המושגים גם יחד — הלה ידוע לנו! — אלא הזה — לעומת זה שבהם, התחום המבריל בין הקטע האחד של כלל תביעות המונות לבין הקטע האחר, המשלים, שבהן, סיווג כזה אינו מצוי כלל בגנזי החוקים הרתיים, ולכן מן הדין הוא כי נמתח ונתאר את הגבול — החשוב לנו בשל חלוקת הסמכויות אשר המחוקק חפץ ביקרה — על פי הקו הדימורקציוני המקובל במשפט האנגלי. כל כוחו של ההיקש אינו אלא כזה שהוא משוה לנגד עינינו את הצורך והנחיצות לקבוע — אם ניתן להאמר כך — „אמצעי חליפין“ ברודים ומוצקים להחלפת המטבעות

54 מדברי זקן השופטים פיזבלד, ברנביץ נגד ברנביץ, בית דין מיוחד 3/45, 46 אל"ר 306 (13 פל"ר 133), שזוטטו מתוך הסכמה ע"י בית הדין המיוחד בענין רוזנבאום שט, עמוד 1042.

— מונחי הלשון — שטבעו הכמי שיטת משפט אחת (פנימית או חילונית) לצורך שימושם במרחבי שיטת משפט אחרת (זרה או דתית).⁵⁶ בית הדין ניגש, איפוא, לבדיקת מובנם האנגלי של המונחים ההם, ולאחר סקרו את המקורות סקרה מקיפה מאד, הוא מגיע אל המסקנה הסופית, כי:

„התכונה המרכזית המאפיינת את התרופה של „אלימוני“ (היא) כי זו היא קצבה עתית, הנקבעת לאשה בתוקף חובת הבעל לדאוג לכלכלתה במשך קיום מעמד הנישואין“.⁵⁷

והיפוכו של דבר — אם כי בית הדין לא ראה צורך לחוות שם את דעתו המפורשת על כך — כי כל תביעת מזונות, מוכרת בחוק, אשר לא נצטיינה כתכונה המאפיינת ההיא, השם „מיינטנס“ יקרא עליה במובן סימן 51 של דבר המלך. הוזה אומר: בית הדין המיוחד סמך את ידו על הדעה שהובעה על ידי הנשיא זמורה בעדעור רחנבוים הנל. מתוך השקפה זו החליט בית הדין, „כי התביעה נשוא הדיון לא היתה כלל ועיקר, שעה שהוגשה לבית המשפט המחוזי בתל אביב, בסמכותו של בית משפט זה, אלא בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. המלים שהודגשו על ידנו מוצאות את ביאורן בפסקה האחדונה של פסק הדין, וזה לשונה: —

„בשעת כתיבת פסק דין זה הוחק חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג-1953, ויש אולי להצטער, נוכח עובדה זו, על אשר הגענו למסקנה אליה הגענו, ואולם, לא ראינו אפשרות משפטית לפסוק את הדין, בענין זה, בדרך אחרת, הואיל ומחובתנו היה לדון בו לפי מצב הדברים שהיה קיים לפני שאותו חוק נכנס לתקפו“.⁵⁸

הכונה היא כאן, כנראה בעליל, לסעיף 4 של אותו חוק, בו נאמר:

„הגישה אשה יהודיה לבית דין רבני תביעת מזונות, שלא אגב גירושין, נגד אישה יהודי... לא חשומע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין“.

56 עיין ודוק בדברים שנאמרו ברונבאום שם, בעמודים 1042—1044.

57 רונבאום שם, בעמוד 1062.

58 רונבאום שם, בעמוד 1063.

סעיף זה נוסח, אמנם, לפני מתן פסק דינו של בית הדין המיוחד הנל, אבל מכיוון שכל פסק דין הקובע את משמעותו של חוק מסויים, קובע אותו *eo ipso* משעת נתינתו (של החוק) — שהרי, כידוע, אין השופט יוצר חוק, הוא רק מפרש אותו — הרי שומה עלינו לפרש גם את הוראת סעיף 4 לאור האינטרפרטציה שניתנה למונח „אלימוני“ בפסק דין רונבאום הנל. ומכיוון שלפי פסק דין זה, כל תביעת מזונות של אשה נשארה נגד בעלה היא בגדר „אלימוני“, הרי סעיף 4 הנל, לא זו בלבד שלא הרחיב את סמכותו של בית הדין הרבני, אלא אף הצר אותה. שכן אלמלא הוראה זו, היה בית הדין הרבני, מכוח סימן 53 (1), מוסמך סמכות אכסלקוסיבית (שיפוט ייחודי) לדון בתביעה המתוארת בסעיף 4, ואילו עתה, נוכח ניסוחו המיוחד של הסעיף — ובשים לב להוראת סעיף 9 של אותו חוק — רק „לא תשמע טענת הנתבע (הבעל) שאין לבית דין רבני שיפוט בענין“, ואילו האשה, התובעת, יכולה גם יכולה להאחז ב„טענה“ זו, ולהגיש, משום כך, מלכתחילה את תביעתה לבית המשפט המחוזי. פירושו של דבר — וזה הוא הפירוש היחיד שאפשר לייחס לסעיף זה — כי בתביעת מזונות, שלא אגב גירושין, מצד אשה יהודיה נגד אישה יהודי, הברירה היא מצתה ביד האשה: רוצה — מביאה את דינה לפני בית הדין הרבני, רוצה — מגישה אותו אל בית המשפט האזרחי (המחוזי), בניגוד לתביעת מזונות אגב גירושין, אשר בה, לפי הוראת סעיף 3 של החוק, יש לבית הדין הרבני (כמו קודם) שיפוט ייחודי לדון בענין.

העולה מכל האמור, כי אף על פי שבית הדין המיוחד שלל את סמכותו של בית המשפט המחוזי לדון בתביעת המזונות שהוגשה לפניו, בשנת 1946, על ידי התובעת הנל, היא עדיין יכולה היתה, אילו בחרה בכך, להביא עתה מחדש את תביעתה לפני אותו בית משפט גופו, בשל המצב המשפטי החדש שנוצר עקב תחולתו של חוק שיפוט בתי דין רבניים וכו', תשי״ג-1953. לכך התכוונו, אין ספק, שופטי בית הדין המיוחד, בהביעם את צערם על המסקנה שהגיעו אליה בענין זה.

6. מזונות ילדים ושאר קרובים. כבר הזכרנו לעיל, כי לא רק מזונות ילדים (על כך אין חולק), אלא גם מזונות הורים ושאר קרובים — אם אך החוק האישי של בעלי הדין מכיר בחובה זו — ל„מיינטנס“ יחשבו, וממילא לענין של המעמד האישי, ואם כי משפט אנאבטאורי⁵⁹ אינו עשוי

59 אנאבטאורי נגד ירר ההתלים, בנין 49/45, אליר 659.

„זה שמאכילו ומשקהו (את האב) זיינו משל אב, אם יש לו, ואם אין לאב ויש לבן כופין אותו וזן אביו כפי מה שהוא יכול“⁶⁶.

מבחינת עצם החובה אין, איפוא, כל פקפוק בדבר, אך הספק העלול להתעורר, לגבי הבעיה דנן, הוא מבחינת אופיה המשפטית של החובה. במקורות ההלכה אנו קוראים:

„וכן פסק ר"י ור"ח דאם אין לאב ממון והבן יש לו, דצריך הבן לפרנסו משלו, דלא יחא אלא אחר... דרב אכפיה לההוא גברא ואפיק מיניה ארבע מאה זוזי (כפה אדם אחד והוציא ממנו ארבע מאות זוזים) לצדקה“⁶⁷.
„לעולם אינו חייב ליתן אפילו אין לו לאב, אלא מדין צדקה“⁶⁸.

ולכן ישאל השואל: כלום אין הגדרה זו שוללת מן החובה ההיא את אופיה „משפחתי“, ומוציא אותה מכלל עניני המעמד האישי? התשובה לכך היא לדעתי: לא! בחוקים דתיים, כמו דיני ישראל, המיוסדים בעיקרם על קונצפציות של צדק ומוסר, קשה בכלל להבחין בין חובה אורחית לבין חובה מוסרית, — ביחוד כאשר שתיהן נתונות לכפיה מצד ערכאה שיפוטית. גם פריעת בעל חוב — מצווה היא, נאמר בתלמוד⁶⁹. לכן סבור אני, כי הקובע כאן הוא לא האופי „משפטי“ של החובה, אלא התוכן הממשי שלה. ומכיוון שחובת הבנים בלפי תריהם היא לא רק לתת להם צדקה, אלא לזון אותם, זאת אומרת: לדאוג לכל צרכיהם, הרי גם היא בשם „מיינטננס“ תקרא, וגם היא ענין של המעמד האישי. ראיה חותכת לכך: מוזנות ילדים שהם למעלה מגיל שש. גם חובה זו מטעם „צדקה“ היא⁷⁰, ואף על פי כן לא טען אדם מעולם כי אין היא ענין של המעמד האישי.

66 טור י"ד, סי' ר"מ; וכן בשו"ע י"ד, סי' ר"מ, סעי' ה'.

67 תוס' קידושין שם, ד"ה אורו.

68 בית יוסף לטור שם. ראה גם ס"ז לשר"ע שם, ס"ק (ו').

69 בתבובת ס"ו ע"א; ראה זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי, חשי"ב, עמודים 8 ואילך.

70 שר"ע אה"ע, סי' ע"א, סעי' א'.

לשמש אסמכתא לכך, כי בו הטל הדגש על המלה „נאפאקא“, המצויה בסעיף 9 (5) לחוק הפרוצדורה של בתי הדין המושלימים — חוק שהוזכר במפורש בסימן 52 של דבר המלך — הרי לאור הדברים שנאמרו בערעור רוזנבוים⁶⁰, יש להכליל את התביעות הן בסוג „מיינטננס“, ולהחיל עליהן משום כך את דיני החוק העדתי. אסמכתא מפורשת לכך, לגבי תביעת מוזנות של הורים יתודים, מצויה בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, תל אביב⁶¹.

וכאן המקום לקדם פני טענה העלולה להישמע כלפי פסק הדין הנ"ל. — טענה שיש לה, לכאורה, על מה שתסמוך בהגדרת אופיה המשפטית של החובה ההיא במקורות ההלכה. אין ספק בדבר, כי דיני ישראל מחייבים את הבנים במוזנות הוריהם⁶². כבר בירושלמי נאמר בשם ר' יוסי:

„הלואי תוויך כל שמועתי בדין לי כהדא (הלואי והיו כל ההלכות שלמדתי ברורות לי כמו זו), שכופין את הבן לזון את האב“⁶³.

בתלמוד בכלי הובעו, אמנם, דעות השוללות כאילו את החובה ההיא⁶⁴. אך הדעה שנתגבשה אצל הפוסקים היא, כי יש להבחין בין אב בעל אמצעי-קיום משלו לבין אב נצרך:

„אם אין ממון לאב ויש ממון לבן, כופין אותו וזן אביו ואמו כפי מה שהוא יכול“⁶⁵.

60 ע"י הנשיא זמורה שם, בעמוד 11, סוף פסקה 12, וע"י הרב אסף ז"ל שם, בעמוד 20, פסקה 2.

61 שנסלר נגד שנמלה, ת"א 123/54, פסקים נתיזרים 451.

62 במקורות הקדומים של ההלכה מובר, כמירוש, רק על מוזנות האב, אך אין זה בא למעט את מוזנות האם: ראה רב"ם, פרק ו' מהלכות מפרים, הלכה ב', המצוטט להלן. הסיבה לא-הזכרת האם במקורות הללו היא, שלא דברו חכמים אלא כהח"י. כי כרגיל ביינות האם מיינלים על בעלה, האב, הם צרכיו של האב, וממילא מהחיים חלק של המוזנות הכגיעים, לאב, מן הבן שלה. קונסטרוקציה מעין זו נעשתה ע"י בית המשפט העליון במשפט אונאסאזי הנ"ל, שם בעמוד 664, ע"ן שם.

63 ירושלמי קידושין, סוף פרק האשה נגזרת.

64 קידושין, רף ל"א ע"ב — ל"ב ע"א.

65 דמכ"ם שם.

תוך תחומי הגדרה זו, מתפרש המונח "צוואה" לפי הוראתו בתוק
הדתי של העדה, אשר בית דינה מוסמך לדון בדבר. ולכן גם צוואה בלתי-
הדירה של מצוה יהודי ארצישראלית, אישורה מסור היה, מכוח הוראת
סימן 53 (1), לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני.⁷⁴

7. שאר עניני המעמד האישי. כאן המונחים אינם קונטרסוכר-
סיאליים — פשוטם כמשמעם — ואין צורך להרחיב בהרבה את הדיבור
עליהם. אסתפק בהערות מעטות אלה:—

אפוסטרופות. משמעותה: נציגות ושליטה על הרכוש והנפש של
קטנים ושוטים. גם תחזוקת ילד (custody) בכלל זה. זה עולה מפסק דינו של
בית המשפט העליון, בו החלט כי "ענין תחזוקת ילד ונהו ענין של המעמד
האישי, אשר בית הדין הרבני רשאי לפסוק בו בהסכמת הצדדים"⁷¹, והרי
אין "אכסניא" אחרת בה אפשר היה לשכן ענין זה.

כשרות יוחסין של קטנים ואימוצם. בלגיטימציה ואימוץ
נוצר יחס של אבהות על ידי אקט משפטי מסויים, ושניהם הם מעניני
המעמד האישי. האם גם תביעת-אבהות, בה מתבקש בית המשפט לקבוע,
כעובדה טבעית, את היחס הזה, היא ענין של המעמד האישי? שאלה זו
נדונה בבית המשפט העליון, והנחה ב"צריך עיון". וכך נאמר שם:

"זו היא שאלה קשה, ויש בה פנים לכאן ולכאן. מצד אחד —
נוסחו המפורש של סימן 51 לדבר המלך במועצה, הקובע,
כאילו, "גומרוס קלאוזוס" לעניני המצב האישי — אחד עשר
במספר — ואינו מונה ביניהם את ענין האבהות. מצד שני —
הרי אימוץ ולגיטימציה של קטנים ודאי עניני המצב האישי
הם, כך נאמר כפירוש באותו סעיף, ומה טעם יש להפלות,
למשל, בין האבהות "המשפטית" של המאמץ מזה, והאבהות
הטבעית של המוליד מזה? על כגון זה אומרים: "יציבא
בארעא, וגירורא בשמי שמיא?"⁷²

צוואות. לפי הגדרת מונח זה בסעיף 2 — סעיף ההגדרות — של
פקודת הירושה:

"...צוואה" פירושה: הצהרה חוקית בכחב של רצון המצוה
בנוגע להסדר רכושו אחרי מותו, וכוללת גם קודיציל"⁷³.

⁷⁴ ברנוביץ נגד ברנוביץ, בית דין מיוחד 3/45, 46 אל"ד 306. אשר לצוואה בעל פה,
ראה הרברים שטאמר ע"י בית הדין המיוחד בענין רחובנאום, ד' פסקי דין, בעמוד
1046, פסקה (1). לא נתעוררה שם, מסום מה, שאלת ההגדרה האמורה בפקודת
הירושה, תראה לי, כי בית הדין לא רצה שם לקבוע הלכה בנוגע לכשרותה של
הצוואה, אלא ביקש רק להוגים בה את דעיון "המטגרת הרצינולית" שהוא דן בה
באותו מקום.

⁷¹ ש"ף נגד ש"ף, כנ"ף 109/53, ד' פסקי דין 543, 544; כן גם באמדו נגד אמדי,
כנ"ף 125/49, ד' פסקי דין 5, בעמוד 13.
⁷² קוטיק נגד חלמסון, ע"א 26/51, ה' פסקי דין 1341, 1343. אך השוה עטיה נגד
ברדה, ע"א 421/54, ט' פסקי דין 1205, פסקאות 4, 5, בעמודים 1208—1209.
⁷³ על הגדרת "קודיציל" ראה הלסבוריהילשם, כרך 34, עמוד 7.

חלוקת הסמכויות לפי דבר המלך

(א) אזורי הארץ

1. מושלימים. הסמכות הרחבה ביותר בעניני המעמד האישי ניתנה, לפי סימן 52, לבתי הדין הדתיים המושלימים. סמכותם ייחודית (אכסקלוסיבית), והיא משתרעת על כל עניני המעמד האישי. אך הגבלה אחת, לא ad rem, אלא ad personam, מוטלת גם על בתי דין אלה: סמכותם מוגבלת לבעלי דין מושלימים בלבד. היה אחד מבעלי הדין מושלימי והשני, למשל, יהודי או נוצרי, אין בית הדין המושלימי מוסמך. מכוח סימן 52, לדון בענין, ופסק הדין שניתן על ידו יהא חסר תוקף חוקי אפילו לגבי בעל הדין המושלימי.
- מי הוא, איפוא, בית המשפט המוסמך לדון בסכסוך כזה? לא ימלט אחד משני אלה: או שהמוסמך לדון הוא בית המשפט האזורי, הוא בלבד. מכוח סימן 47², או שיש לנקוט את הדרך שנקבעה בסימן 55, רישא, בו נאמר:

„כאשר תביעה בעניני המעמד האישי נוגעת לאנשים השייכים לעדות דתיות שונות, יכול כל אחד הצדדים לפנות לזקן השופטים³, אשר... יחליט לאיזה בית משפט תהא הסמכות“.

- 1 קיים „חוק“ שאינו „חוק“ לכלל זה, והוא: אם אחד מבני הווג המושלימים המיר את עותו, והתביעה הנידונה היא ענין של נישואין, גירושין או מזונות מסוג „אלימוני“, במקרה זה יש לבית הדין המושלימי סמכות לדון בענין, אף על פי שאחד מבעלי הדין אינו מושלימי עור, בהתאם לסעיף 4 (2) של סקודת המרת עדה 1927, והוא הדין, „מוטאטיס מוטגוריס“, לגבי בית הדין הרבני, או בתי הדין של העדות הנוצריות..
- 2 לבתי המשפט האזוריים תהיה כמו כן הסמכות לדון, כנתון להוראות חלק זה של דבר המלך, בעניני המעמד האישי, כפי שהוגדרו בסימן 51, של אנשים בארץ ישראל“. זאת אומרת: באין סמכות לבתי הדין הדתיים, נתונה היא לבתי המשפט האזוריים.
- 3 כעת לנשיא בית המשפט העליון, לפי סעיף 10 (ב) של סקודת בתי משפט (הוראות מעבר), תשי"ח-1948, כפי שתוקן על ידי סעיף 1 (ב) של סקודת בתי משפט (הוראות מעבר) (תיקון), תשי"ח-1948.

הברירה בין שתי התשובות דלעיל תלויה בתשובה לשאלה, אם גם מושלימי הוא בן „עדה דתית“ במובן הוראת זו, וגדר הספיקות הוא: אם יש להחיל כאן את הגדרת המונח „עדה דתית“ המצויה בסעיף 2 של פקודת הירושה 1923, ובסימן 3 של דבר המלך במועצה (תיקון) 1939. לפי שתי הגדרות אלה, „עדה דתית“ פירושה: אחת מעשר העדות שנמנו בתוספת לחוקים הנ"ל, או אלה שיתוספו עליהן בעתיד, והעדה המושלימית לא נמנתה עמהן, ולא נתוספה עליהן, וגם בדבר המלך גופו — בחלק הדין בעניני סמכות — לא קורא עליה שם זה⁴.

הנהגה בסקרנו את הידיקטורה הארצישראלית הדנה בסוגיא זו, נגלה בה פנים לכאן ולכאן. במשפט אחד, בו התדיין בעל דין מושלימי עם יריבו היהודי, אומר בית המשפט העליון⁵:

„אף על פי שפשיטת רגל אזורית במה כאיסור השימוש ברכוש, והיא, לפי דבר המלך, ענין המעמד האישי הנתון לסמכותו של בית הדין השרעי (בית הדין הדתי המושלימי), הרי סימן 52 מצמצם את סמכותו של בית דין זה לענינים שבין מושלימי למושלימי, בעוד אשר במקרה כגון זה שלפנינו נתונה הסמכות לבתי המשפט האזוריים לפי סימן 47⁶“.

עד יותר מעניין, ובהרבה קצת ייתר לשאלה שלפנינו, הוא פסק דין אחר של בית המשפט העליון, שם תבע בעל מושלימי את אשתו הנוצרית לדין לפני בית הדין השרעי בנוגע לזכות החזקת הילדים שלהם, ובית הדין פסק לטובת הבעל. כאשר נמסר הפסק ההוצאה לפועל, ציווה נשיא ההוצאה לפועל לעכב את ביצוע הפסק לחודש ימים, על מנת לאפשר לאשה לפנות לזקן השופטים ולבקש מינוי בית דין מיוחד⁷. כאן, כנראה בעליל, פליטת קולמוס, והכוונה היא לא לבית הדין המיוחד הפועל על פי החלק השני של

- 4 אך נא לשים לב לכך: בסוף סימן 65 של דבר המלך במועצה 1922 נאמר: לבתי הדין של עדות הדתיות שאינם בתי דין דתיים מושלימים, לא יהא, על אף כל זה, הכוח לתת פסק המקצת נישואין לנתן זו. משמע כי אלמלא תוספת המלים „שאינם בתי דין מושלימים“, אפשר היה לכלול במתח „בתי הדין של העדות הדתיות“ גם את בתי הדין המושלימים. ראה גם סימן 83 של דבר המלך.
- 5 מאקיה נגד עזבון יוסף מריאל, ע"א 98/27, 1 דסנברג 200, כעמוד 202.
- 6 בחוב שם בסעות: לפי סימן 9.

סימן 55, אלא להחלטת זקן השופטים, על פי החלק הראשון של סימן זה, "לאיזה בית משפט — המושלימי, הנוצרי או האזרחי — תהא הסמכות". כי תפקידו של בית הדין המיוחד הוא שונה לגמרי, והוא איננו מתמנה על ידי זקן השופטים. עמדה שם, איפוא, אותה שאלה ממש שאנו עוסקים בה היינו: אם במקרה כגון זה, זאת אומרת: בסכסוך של עניני המעמד האישי בין מושלימי ונוצרי, יש צורך לפנות תחילה לזקן השופטים כדי להקנות סמכות לבית המשפט — הדתי או האזרחי — ה"מתמנה" על ידו, או שאפשר להגיש את התביעה, או: אף חייבים להגיש אותה מלכתחילה, לפני בית המשפט האזרחי, ולפניו בלבד. והרי מה שנאמר על ידי בית המשפט העליון:

"במשפט סאקיה נגד עזבון יוסף מוראל שהיה ענין של פשיטת רגל אזרחית, פסקו כי שאלה כזאת היא בסמכותם של בתי הדין השרעיים אם כל הצדדים הם מושלימים, אך היא בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים אם אחד מהם אינו מושלימי, וכי סימן 52 של דבר המלך, כפי שתוקן, מקנה לבתי הדין הדתיים המושלימים סמכות ייחודית בעניני המעמד האישי של מושלימים בלבד. ברור, כי בתי הדין השרעיים אינם מוסמכים לדון אלא בענינים הנוגעים למושלימים. כאשר, כמו במקרה דנן, אחד הצדדים הוא מושלימי השני נוצרי, אין סמכות לבית הדין השרעי לדון בענין, ופסק הדין שניתן על ידו הוא חסר סמכות. דבר זה מביא אותנו לקושי אחר, והוא הצו של הנשיא המלומד בערעור על החלטת ממלא מקומו, באותו צו הוא עיכב את ההוצאה לפועל לחודש ימים כדי לתת זמן למבקשת, היא המשיבה שלפנינו, לפנות לזקן השופטים ולבקש מינוי בית דין מיוחד. דעתנו היא, כי בעוד אשר צו העיכוב נכון היה, הרי אותו חלק של הצו אשר נתן רשות למשיבה ללכת לבית דין מיוחד שלא כדין היה, במקרה כגון זה, בו אחד מבני הזוג הוא מושלימי והשני נוצרי, הטריבונאל להכרעת סכסוכיהם הוא בית משפט אזרחי".

7 כדקאן נגד נאסאר, כ"ץ 80/42, 42 אמלכום 512, 513.

ראינו לעיל, כי הדיבור "ללכת לבית דין מיוחד" שבשטא היא או טעות סופר, וכי הכוונה היתה, כי האשה — בשל העובדה, כי בסכסוך זה מעורבים "בני עדות דתיות שונות" — תפנה לזקן השופטים, ותבקש ממנו להחליט, איזה בית משפט — הדתי שלו (המושלימי), הדתי שלה (הנוצרי), או אולי האזרחי — יהא מוסמך לדון בענין, ובית המשפט העליון, כבית משפט גבוה לצדק, אמר כי התפניה לזקן השופטים בטעות יסודה, יען כי, כפי שנאמר שם בפסקנות, "במקרה כגון זה וכו' הטריבונאל להכרעת סכסוכיהם הוא בית משפט אזרחי, פירושו של דבר, כי לא זו בלבד שאין צורך לפנות לזקן השופטים, אלא אף אין כל אפשרות לכך, — שהרי אילו היתה אפשרות כזאת, יכול היה זקן השופטים להעניק את הסמכות לבית הדין הדתי, ומה הוא טעמה של הלכה זו? — רק אחד ואין בלתי: כי הבעל המושלימי אינו בן "עדה דתית" במובן המשפטי של המונח, ולכן אין כאן סכסוך הנוגע "לאנשים המשתייכים לעדות דתיות שונות" במובן סימן 55 הנ"ל.⁵

לעזמת זה מצינו כמה פסקי דין, בהם החיל בית המשפט או זקן השופטים את הוראת סימן 55 גם על בני הדת המושלימית, הוזה אומר, כי ראה גם אותם כבני עדה דתית לגבי הוראה זו. במשפט אחד⁸, אשר פסק דינו הקצר אינו מגלה את כל הפרטים החשובים שבו, העובדות — כפי שבררתי אותן מתוך עיון בתיק המקורי — היו אלו: איש יהודי פנה לבית המשפט המחוזי, חיפה, וביקש לחייב את הנתבעת, אשה מושלימית, להחזיר לו את ילדתו בת השבע הנמצאת ברשותה. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה "על הסף" מחוסר סמכות, באמרו:

"מטרת התביעה היא קביעת אפוסטרופות על ילדה, שהיא ענין המעמד האישי במובן סימן 51 של דבר המלך במועצה על איי. האגשים הנוגעים לתביעה שייכים לעדות דתיות שונות, ובשים לב להוראת סימן 55 של דבר המלך הנ"ל (פסק ראשון), תביעה זו אינה יכולה להמשך בשלב זה, אלא אם כן אחד הצדדים מלא אחרי הוראות הפסק הראשון של סימן 55".

8 ראה מאמר של ד"ר א. לבונטין, לביאור סימן 55 לדבר המלך, הפרקליט, ספטמבר 1955, בעמוד 346.

9 שלמה סאלם לוי אלישך נגד עיישה מאגאיים, בקשות שונות 60/41, 41 אמלכום 418-449.

או פנה האב לזקן השופטים, וביקש ממנו להחליט „איזה בית משפט יהא מוסמך לדון בענין זה“. זקן השופטים הסכים להכנס לבירור הבקשה, ובסופו של דבר החליט, כי בית המשפט המוסמך לדון בענין יהא בית הדין השרעי. וכך הוא אומר: —

„וזה היא בקשה על פי החלק הראשון של סימן 55 לדבר המלך במועצה על א"י, להחליט איזה בית דין רתי 10 ידון בשאלת האפוסטרופסות על קטנה כת שבע בערך. השאלה קשה עד מאד, אך דעתי היא כי בית הדין השרעי הוא הטרי-בונאל המתאים...“

במסיבות אלו מחליט אני, כי בית הדין השרעי הוא בית המשפט המוסמך להחליט בשאלה הנדרונה.“

עינינו הרואות, כי זקן השופטים סמך את ידו והסכים לפסק דינו של בית המשפט המחוזי, בו הוחלט כי גם מושלימי ויהודי הם „אנשים המשתייכים לעדות דתיות שונות“ במובן סימן 55, וכי כל עוד זקן השופטים לא הסמיך אותו לכך, אין בית המשפט האזרחי (המחוזי) מוסמך לדון בעניני המעמד האישי של בעלי דין, אשר האחד מהם הוא מושלימי, והשני יהודי או עדה דתית אחרת. שלא כמו שהוחלט בשני פסקי הדין אשר צוטטו על ידינו לעיל.

ובענין אחר 11, שוב בין יהודי (יהודיה) ומושלימי, הפעם בנוגע לתביעת מזונות של אשה נגר בעלה, נזקק זקן השופטים לבקשה שהוגשה לפניו על פי סימן 55, אלא שבניגוד לעתירתו הספציפית של המבקש, הבעל המושלימי, כי הסמכות תוענק לבית הדין הדתי שלו — בית הדין השרעי — החליט זקן השופטים, כי המוסמך לדון יהיה בית המשפט האזרחי, היינו: בית המשפט המחוזי, ירושלים, אשר בפניו כבר היתה תלויה ועומדת התביעה הנ"ל.

וכאשר, בגלגוליה השונים של התביעה, הגיע הענין לבית המשפט העליון, בערעור על צו מזונות pendente lite שניתן על ידי בית המשפט

10 בבקשה גופה נאמר סתם: בי זקן השופטים מתבקש להחליט „איזה בית משפט יהא מוסמך לדון בענין, אך נראה הדבר, כי במהלך טענותיהם של בעלי הדין לפני זקן השופטים צומצמה המחלוקת לשאלה, איזה בית דין דתי — הרבני או המושלימי — יוסמך על ידו להביע בכסוף ה"ל.

11 סן בלוה (von Blaese) נגד טון בלוה, בקשות שונות 60/52, לא פורסט.

המחוזי לפני פנייתו של הבעל לזקן השופטים, ובא כוחו של הבעל טען, כי אחתה שעה לא היתה סמכות לבית המשפט המחוזי לדון בדבר, אמר בית המשפט העליון:

„מכיוון שעורך הדין אשר הופיע אז בשם המערער שלפנינו ביום ה-30 ביולי (יום מתן הצו הנ"ל), לא הביא בפירושו את דבר הסימן 55 לידעתו של הנשיא המלומד (נשיא בית המשפט המחוזי), אין אנו מוכנים להתערב בצו שלו“ 12.

משמע, שאלמלא פרט פורמלי זה, היה בית המשפט מתערב ומבטל את הצו. אלא שלמרכה הפליאה והתמהון מוסיף בית המשפט שם, כמעט בנשימה אחת, את הדברים הבאים:

„הפנו אותנו לכנ"ץ 80/42 אשר לפום דיהטא מחייב אותנו“.

והן זה הוא פסק הדין, בו הוחלט כזכור, כי כאשר אחד מבני הזוג הוא מושלימי, השני נוצרי (ואין הבדל בין נוצרי לבין בן עדה דתית אחרת), „הטריבוונאל להכרעת סכסוכיהם הוא בית משפט אזרחי“ — וכיצד אפשר היה בכלל להתערב ולבטל את הצו הנ"ל?

סיכומו של דבר: השאלה לא הוכרעה — ביתר דיוק: הוכרעה בהודמנויות שונות לכיוונים שונים — ועדיין אין אנו יודעים, מה היא ההלכה הנכונה בסוגיא משפטית זו. ברצוני רק להוסיף, כי על אף התגרה תברורה של המונח „עדה דתית“ בפקודת הירושה ובדבר המלך המתוקן כ"ל, אפשר ללמד סניגוריה על ה„עבירה“ שעבר זקן השופטים על שני החוקים הללו, בתתו את ההחלטות שצוטטו על ידינו לעיל. כאן, בסימן 55, הדגש הוא על השוני (difference) בין שתי העדות, ואפשר לטעון, במידה מסויימת של הגיון מעשי, כי התנאי היחיד להפעלת סימן זה הוא: כי שני בעלי הדין לא יהיו שייכים לעדה דתית אחת 13, ואם זו היא ה־ratio legis של ההוראה, הרי מותר להשתמש בה, כפי שהשתמשו בה הלכה למעשה, אף על פי שאחד מבעלי הדין, המושלימי, איננו „בן עדה

12 פון בלוה נגד טון בלוה, ע"א 148/42, 42 אמלכתם 650, 652.

13 בדוקאן נגד נאסאר, לעיל הערה 7.

14 וכמובן גם, שלא יהי שניהם בני-עבלי עדה כלל.

לעומת זה מצויה אסמכתא נגדית לכך במשפט אחר שהתנהל (בדרגת הערעור) בפני בית המשפט העליון²⁰. באותו ענין פנה בעל יהודי ארצ-ישראל לבית המשפט המחוזי, וביקש לבטל את נישואיו עם אשתו הלא-יהודיה שנשא אותה בנישואין אזרחיים בקפריסין. הבעל היה, כאמור, יהודי, האשה היתה בת-בלידת, התביעה הוגשה לבית המשפט המחוזי ללא פנייה קודמת לזקן השופטים, ואף על פי כן לא ראה, לא בית המשפט המחוזי, ולא בית המשפט העליון, בעובדה זו שום מניעה לסמכות בית המשפט, וכל הויכוח התנהל שם מסביב לבעיית-סמכות אחרת, והיא: אם ביטול הנישואין מעיקרם, אשר יגרור אחריו למפרע גם את ביטול האזרחות הארצישראלית של האשה, אינו מכניס את המקרה לגדר סימן 64 (1) של דבר המלך²¹, השולל מבתי המשפט האזרחיים את הסמכות לבטל את נישואיו של נתין זר.

ואחרון אחרון מכריע: בשנת 1955 החליט נשיא בית המשפט העליון הישראלי — העומד עכשו במקומו של זקן השופטים המנדטורי — כי אם אחד הצדדים הוא בן עדה דתית, והשני הוא בן-בלידת, כלל, אין הוא מוסמך להשתמש ככוח הגנתו לו על פי סימן 55, והסמכות היא מלכתחילה בידי בית המשפט המחוזי.

„הטענה, כי העובדה שהמתדיינים אינם בני דת אחת, מספיקה להקנות לזקן השופטים את הכוח להעניק סמכות לכל בית דין או בית משפט כפי ראות עיניו, אינה נראית לִי²².”

כי תנאי קודם להחלת הוראת סימן 55 הוא, „שכל אחד מהצדדים יהיה נתון, מבחינת המעמד האישי, לסמכותו של אחד מבתי הדין הרתיים המוסמכים”. ותנאי זה אינו מתקיים כאשר אחד מתם אינו שייך לשום עדה דתית. בזה בוטלה למעשה ההלכה שנקבעה במשפט גורוכוב הנ"ל.

דתית” במונח ההגדרה הכללית הנ"ל. קשה להעלות על הדעת, כי מעיני זקן השופטים נעלם לגמדי דבר ההגדרה היא, וההסבר היחיד, לדעתי, הוא, כי גם במקרה של מושלימי ובעל דינו היהודי או הנוצרי, הוא ראה „שוני של עדות” במונח סימן 55.

אסמכתא לרעיון זה ולהסבר שלו, אפשר למצוא בשתי החלטות אחרות של זקן השופטים על פי אותו סימן גופו. באחת מהן, משפט גורוכוב הידוע¹⁶, המדובר היה בבעל יהודי, ואשה שאינה שייכת לשום עדה דתית, אשר נישאה לו בנישואין אזרחיים בצרפת, ונשוא הדין העתיד היה: תביעה להצהרת ביטול נישואין (בשל היותה לא-יהודיה) או למתן פסק גירושין. (בשל יחסיה עם גבר זר). הבעל פנה לזקן השופטים על פי סימן 55, והגיה את הברירה בידו: או שיעניק את הסמכות לבית הדין הרבני, והלה יבטל את הנישואין מעיקרם בשל היותה „נכרית”¹⁷, או שיקנה אותה לבית המשפט המחוזי, אשר יתבקש על ידי הבעל לתת פסק גירושין על סמך יחסי הניאוף (adultery) הנ"ל. שני בעלי הדין היו אזרחים ארצי-ישראליים, ולכן לא היתה כל מניעה למתן הסעדים הללו, מבחינת הסימנים¹⁸, של דבר המלך. זקן השופטים נזקק לבקשה, והחליט כי הסמכות נתנת לבית המשפט המחוזי, תל אביב¹⁹. החלטה דומה ניתנה לאחר מכן בענין דומה¹⁸, — הפעם היה הבעל יהודי והאשה פרוטסטנטית. זאת אומרת: גם כאן לא היתה האשה שייכת לשום עדה דתית, בי העדה הפרוטסטנטית אינה נמנית בין העדות המפורטות בתוספת לפקודת הירושה, או בתוספת לדבר המלך (תיקון) 1939¹⁹. שתי החלטות אלו עשויות לשמש אסמכתא לכך, כי גם במשפט של עניני המעמד האישי בין מי שהוא בן עדה דתית לבין מי שאינו שייך לשום עדה כלל, אפשר לראות „שוני של עדות” לגבי השימוש בהוראת סימן 55.

15 גורוכוב נגד גורוכוב, בקשות שונות 27/42, 42 אפלבום 187.
 16 כי בדיני ישראל אין קידושין תופסין בנכרית (משנה קידושין, דף ס"ו ע"ב), ואין כל אפשרות לקיום יחסי אישות בעלי תוקף חוקי בין יהודי ולא-יהודי (או בין לא-יהודי ויהודיה), תהא אשר תהא צורת סכס הנישואין או מקום עריכתו.
 17 פסק הגירושין ניתן ע"י בית המשפט המחוזי, תל אביב, בת"א 132/42, 43 פמ"ן 111, ע"י שם.
 18 פיליפסל נגד פיליפסל, בקשות שונות 33/42, 42 אפלבום 326.
 19 ראה שומאלי נגד י"ר הוצ"ל, בג"ץ 51/45, 45 אל"ר 651, 653; שיכלי נגד שיכלי, בג"ץ 85/47, ב' פסקים עליון 454, 459—460.

20 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 173.

21 בצירוף האינטרפרטציה שניתנה למונח „פסק הפקעת נישואין” בסימן 2 (ו) של דבר המלך (תיקון) 1935, לפיה בולל מונח זה גם פסק דין של ביטול נישואין. סימן 2 (ו) גופו דן, אמנם, רק במונח „פסק הפקעת נישואין” הבא בסימן 65 של דבר המלך, אבל ההוראה המורחבת שבו הוחלה גם על סימן 64 (1), כפי שהחליט בית המשפט העליון בקשמן נגד קשמן, ע"א 186/37, 2 לבנון 132.

22 פרוכטר נגד טרוכטר, המרצה 121/55, ס' פסקי דין 1361, 1366.

2. יהודים ונוצרים. הרבה יותר מצומצמת היא סמכותו של בית הדין הרבני של העדה היהודית, וסמכותם של בתי הדין הדתיים של העדות הנוצריות, לפי הסימנים 53, 54, של דבר המלך. סמכותם היא ייחודית רק בעניני נישואין, גירושין, אלימוני ואישור צוואות²³. בשאר עניני המעמד האישי הם מוסמכים לדון רק כאשר כל הצדדים לדיון מסכימים לסמכותם. סמכות זו תקרא בשם "סמכות מקבילה".

סמכותם של בתי דין אלה, הן הייחודית והן המקבילה, מוגבלת לבני עדתם בלבד²⁴. זאת אומרת: בית הדין של העדה מוסמך לדון בענין, רק אם כל בעלי הדין הם מבני עדתו. אם בעלי הדין משתייכים ל"עדות דתיות שונות", זקן השופטים²⁵ הוא הקובע "לאיזה בית משפט תהא חסמכות". הוא יכול להעניק סמכות זו לאחד מבתי הדין הדתיים של בעלי הדין, או לבית המשפט האזרחי, כפי שראינו לעיל.

3. בענינים בני הסמכות המקבילה, תלויה סמכותו של בית הדין הערתי בהסכמתם של "כל הצדדים לדיון". לא תימצא הגדרה ברורה וממצה למונח "צד לדיון", כי הכל תלוי בטיבה וטבעה של התביעה הנידונה. פעמים שיהא מצומצם לבעלי הדין המתדיינים בלבד, ופעמים שיהא כולל את כל אלה שיש להם "מעמד" בענין הנידון. רק דבר אחד ברור: כי תכנו אינו זהה עם המושג "נוגע בדבר" או "מעוניין" (שהם לרעתי הינו חן). וראיה לכך אפשר למצוא בסעיף 9 של פקודת הירושה, בו נאמר:

"נשיא בית המשפט המחוזי רשאי, לבקשתו של אדם המעוניין בעזובו של נפטר... לתת צו האוסר על כית הדין של אחת העדות הדתיות, להכנס לדיון, או להמשיך ולדון, בירושת האדם הנפטר וכו'. בתנאי כי שום צו כזה לא ינתן לאחר שהעזובון כבר חולק על פי הצו של בית הדין הערתי...".

23 לבתי דין אלה, כמו לבתי הדין המושלימים, נתונה סמכות ייחודית לדון גם בעניני יסודם והנהלתם של חוקי הקשות, אך ענין זה אינו מעניני המעמד האישי, ולכן לא נדון בו כלל.

24 שוביטה נגד יודי ההוצאה לפועל, בג"ץ 100/41, 42 אמלכום 83, שיכלי נגד שיכלי, בג"ץ 85/47, ב' פסקים עליון 454, בעמוד 461, אך ראה הערה 1 לעיל.

25 כעת נשיא בית המשפט העליון.

נאמר כאן: "לבקשתו של אדם המעוניין" סתם, בין אם השתתף בדיון בפני בית הדין הערתי, בין אם לא השתתף בו ואף לא הוזמן אליו כלל, וכל זה רק עד לשעת חלוקת העזובון בהתאם לצו של אותו בית דין, — משמע שהעובדה כי אותו אדם מעוניין לא הוזמן לדיון, אינה פוסלת את הצו שניתן, עד כמה שהוא חותך את הדין בין המתדיינים גופם. יתכן, כי במקרים מסויימים יהיה באי-הזמנת האדם המעוניין משום פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, אך פגם בסמכות בשל העדר הסכמה, לא יהיה כאן, כי ההסכמה נדרשת רק מאת "הצדדים לדיון", כפי שנאמר בחוק.

הסכמת הצדדים היא היא המקנה את הסמכות לבית הדין, — אך האם, עקב הסכמה זו הופכת הסמכות ייחודית, אכסלקלוסיבית? למאי נפקא מינה? נפקא מינה למקרה בו, לאחר מתן ההסכמה ולפני התחלת הדיון, פונה אחד הצדדים לבית המשפט המחוזי, היכול בית משפט זה להזקק לאותה תביעה, או לא?

מצד אחד ברור, ואין חולק על כך עוד, כי אם בעלי הדין כבר הביאו את סכסוכם לפני בית הדין הערתי, והלה דן והכריע בו, אין אחד מהם יכול לגולל את הפרשה מחדש בפני בית המשפט האזרחי, אף על פי שמלכתחילה היתה לבית משפט זה סמכות לדון בענין. השאלה נתעוררה לראשונה בענין דינפילד, ושם נאמר:

"מכיוון שכך (כלומר: מכיוון ששני בני הווג הסכימו לסמכות הרכנים), כלום יכולה המשיבה, אשר כבר קבלה צו מבית הדין הרבני, ללכת לבית המשפט המחחי לשם שינוי הצו ההוא? לבית המשפט המחחי יש סמכות, ושום שאלה לא יכולה להתעורר אילו פנו מלכתחילה אליו. אבל מאחר שבית משפט אחד, אשר לו סמכות מקבילה, כבר נבחר על ידי הצדדים, חוכה עלינו לומר, כי אם רוצים באיזה שהוא שינוי של הצו, הרי בית המשפט אשר לו בלבד יש סמכות לדון, הוא בית המשפט אשר דן מלכתחילה בענין. אין אסמכתא בנקודה זו, ואנו מחליטים כך, כדי שיהא סוף למריבות, וכדי למנוע התנגשויות בין בתי משפט בעלי סמכות מקבילה באותו ענין גופו"²⁶.

26 דינפילד נגד דינפילד, ע"א 112/36, 1 לבנון 15—16.

במשפט דינפילד החליט בית משפט זה, כי לא תורשה פרקטיקה של הליכה מבית משפט אחד למשנהו²⁷.

ובמשפט שלישי, בו הסתמך בית המשפט על שני פסקי הדין הנ"ל, תודגש, בלשון יותר משפטית, הרעיון המונח ביסוד פסקי דין אלה. שם ניסתה אשה יהודיה לתבוע מזונות מבעלה בבית המשפט המחוזי. לאחר שבית הדין הרבני, אשר דן קודם לכן בענין תוך הסכמת הצדדים, שלל ממנה את הזכות לקבלת מזונות. בית המשפט העליון אישר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי הדוחה את תביעת האשה, ולאחר צטטו, תוך הבעת הסכמה, את שני פסקי הדין הנ"ל, ממשיך זקן השופטים ואומר:

„הבקשה לבית המשפט המחוזי היא, בעיני כמעט כמו ערעור על פסק דינו של בית הדין הרבני לערעורים. — דבר שאין לו כל סמוכין בחוק...“²⁸.

בכל שלשת פסקי דין אלה, הפניה לבית המשפט המחוזי היתה „לאחר מעשה“, אחרי שכבר ניתן פסק דין על ידי בית הדין הדתי המוסמך, — אבל מה יהא הדין, כאשר הצדדים אמנם הסכימו להתדיין בפני בית הדין הדתי של העדה, אך בטרם הספיק הלה להזקק לענין, מיהר אחד מהם הביא את תביעתו לפני בית המשפט המחוזי? כאן, כנראה בעליל, אין מקום אחיזה לרעיון „הערעור“, ואם, אף על פי כן, תשלל במקרה זה סמכותו של בית המשפט המחוזי, פירושו של דבר למעשה יהיה, כי ההסכמת להשפט בפני בית הדין הדתי מקנה לו סמכות ייחודית לגבי הענין המוסכם, גם אם הוא, בדרך כלל, מעניני הסמכות המקבילה.

ואמנם כך היתה, בנראה, דעתו של בית המשפט העליון כפסק דין אחד²⁹, בו נאמר:

„אשר למשיב השני (בעלה של המבקשת), אין ספק כי הוא הסכים לסמכותו של בית הדין הרבני, בבקשת הנישואין שלהם לרבנות הראשית הצהירו שניהם, המבקשת והמשיב השני, כי הסכימו לכך, שכל עניני המעמד האישי, אלימוני, מיינטנס, כתובה וכו', העלולים להתעורר לאחר מכן, ואשר ביחס אליהם יש לרבנים סמכות ייחודית או מקבילה, יהיו נתונים לסמכותם הייחודית של הרבנים“.

בית המשפט העליון הכיר, איפוא, בתקפו של הסכם זה, והרי מטרת ההסכם — כפי שנוסחו מעיד עליו — היתה, להפוך את סמכות הרבנים, גם בעניני מיינטנס, מסמכות מקבילה לסמכות ייחודית. יתר על כן, גם בלעדי דיוק-לשון זה: הלא כל ערכו של הסכם „מוקדם“ זה יכול להתבטא רק בכך, שלאחר מכן לא יוכל אחד הצדדים לסרב לשיפוטם הממשי של הרבנים בענינים הללו, ואת אומדת: שלא יוכל לחזור בו מן ההסכמה התיא, והדי לפנינו הרעיון, כי ההסכמה מקנה, למעשה, סמכות ייחודית לבית הדין העדתי לגבי הענין המוסכם.

ואין לדאות סתירה לרעיון זה, אלא — אדרבה — אף סיוע מסויים לו, בפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון הישראלי, בטפלו בשאלה דומה. שם עמדה, בין השאר, לדיון אותה הצהרה ממש, והשופט אולשן אמר:

„אין ההצהרה הזאת מהווה הסכם בין הצדדים, היא נכללת בבקשה המופנית למשרד הרבנות בתל אביב בדבר סידור הקידושין. כאשר פקיד משרד הרבנות קיבל מכל אחד מהם את החתימה על ההצהרה הזאת עוד לא היו „צדדים למשפט“ העומד לכידוד...“

נכון שבבג"ץ 62/46 (פסק הדין שהבאנו לעיל)... היתה בפני בית משפט זה הצהרה דומה והחלט, כי היא מחייבת. מעט מאד נאמר בפסק הדין על הנקודה הזאת ואין לדעת איזה טענות נטענו לפני בית המשפט אם בכלל נטענו³⁰.

27 מינץ נגד מינץ, ע"א 51/38, 38 (1) אפלבום 224, 225. ההסכמה לסמכות בית הדין הדתי מחייבת גם לגבי ההליכים המשפטיים שלאחר מכן, אלא אם כן הם „לגמרי נפרדים ואינם מהתים חלק של ההליכים הקודמים“: פיינגבלט נגד יו"ד ההוצלים, בג"ץ 64/45, 45 אל"ר 640, 644. השוה גם רכטמן נגד רבסמן, ת"א 180/37, אוסף פסקי דין מחוזיים תל אביב, 1937, בעמוד 32. אילמן נגד אולמן, ע"א 47/42, אפלבום 231, 234.

29 לוי נגד יו"ד ההוצלים, בג"ץ 62/46, 47 אל"ר 395, 397.

30 גליקסברג נגד יו"ד ההוצלים, בג"ץ 8/48, א' פסקים 210, 216. ראה גם ראשית פסקה 1 בפסק דינו של הרכ אסף, שם עמוד 222.

אך באותו מקום גופו, בין שני הקטעים שצוטטו על ידינו לעיל, מוסף השופט המלומד ואומר:

„בבג” 108/41... אשר ב”כ המשיבה הזכיר בקשר עם השאלה הזאת, לא עמדה לדיון הצהרה בואת; כי שם נידון הסכם מפורש לסמכות בית הדין, שנעשה בין בעל ואשה, בנוגע לשאלת סידור גט, שהתעוררה ביניהם.”

משמע, כי הבקורת שנמתחה שם על ההחלטה בבג” 62/46, עדיין אינה פוסלת את ההנחה, כי אם נעשה בין הצדדים הסכם מסוים, בנוגע לסכסוך קונקרטי העומד להיות מוגש לבית הדין הדתי, לא יוכל אחד הצדדים לחזור בו מהסכם זה.

אסמכתא נוספת לכך יש למצא בפסק דין אחר, בו אמר בית המשפט:

„... סבור אני, כי מאחר שתביעת האשה בפני בית הדין המלקיטי היתה נגד בעלה והילדים, היא אינה יכולה למשוך את ידיה מן התביעה באותו בית משפט ולהגיש אחר כך תביעה חדשה לפני בית משפט אחר לקבלת אותו סעד גופו. אין בני אדם יכולים לרוץ מבית משפט לבית משפט, בנסותם תחילה את האחד ואחר כך את השני, כפי שעלולים להכתיב להם דמיון, נחזות או תקווה.”³¹

בשורות אחרונות אלו מובעים השיקולים המעשיים לקביעת עקרון זה, אך תכנו המשפטי הפורמלי, הוא: כי עצם ההסכם להנחת הסכסוך הקונקרטי בידי בית הדין הדתי, מונע את הצד החוזר בו מלהביא אותו לפני בית משפט אחר. יתכן גם יתכן, כי שניהם יחד יוכלו לעשות כן — כי על ידי כך הם מכטלים את ההסכם שביניהם — אך כל עוד לא בוטל, נתונה בעטיו סמכות, כאילו, ייחודית לבית הדין הדתי בנוגע לענין המוסכם, „ייחודיות” זו נבדלת מחברתה (לגבי נשואין, גירושין וכו’) האמורה בסימן 53 (1) וסימן 54 (1) רק בזה, ששם אי אפשר בכלל, ואפילו תוך הסכמה הדדית, להביא את הענין לפני בית המשפט האזרחי, ולכן לא כרך המחוקק את שתיהן יחד, וקבע להן מדורים שונים בשני הסימנים הנ”ל. אם זו היא הקונסטרוקציה המשפטית הנכונה של העקרון ההוא, הרי תחולתו

31 כאותם נגד כאותם, ע”א 201/43, 43 אל”ר 557, 558. כן גם גרינברג נגד י”ר ההוצל”ם, בג”ץ 32/46, 46 אל”ר 517, בעמוד 518 למעלה.

תקיף גם מקרים, בהם אין הפניה לבית המשפט האזרחי מהורה „ערעור” על פסק דינו של בית הדין הדתי.³²

4 לא נקבעה צורה מיוחדת למתן ההסכמה לסמכות בית הדין. היא יכולה להיות מפורשת — אם בכתב ואם בעל פה — ויכולה להיות הסכמה מכללא, מוסקת, למשל, מעצם הופעתו של הנתבע לפני בית הדין הדתי. בהעדר הסכמה מפורשת —

„התנהגות בעל הדין צריכה להיות כזו, שהמסקנה שהסכים לסמכות מתבקשת מאליה”³³.

„לא הוכחש כי המבקשים הופיעו לפני בית הדין הדתי, ואין טוענים כי עוררו איזו התנגדות לסמכותו של בית הדין, טענתם הראשונה (כי לא הסכימו לסמכותו), איפוא, נופלת”³⁴.

„הלכה רווחת היא, כי אם הנתבע מופיע לפני הרבנים, וטוען לעצם הענין — כתביעת עניני אישות המובאת נגדו — דואים אותו, בדרך כלל, כאילו קיבל עליו את סמכות הרבנים”³⁵.

5. דבר ההסכמה הנדרשת לגבי ענינים העומדים בסמכותם המקבילה של בתי הדין העדתיים, הכשיל בעיות מבציות שונות, וגרר אחריה את התוצאה המורדה, כי כמה וכמה מעניני המעמד האישי, כמעט ואינם יכולים בכלל להשפט בפני בתי הדין הג”ל.³⁶ כוונתי לעניני המעמד האישי הנוגעים לקטינים.

32 השוה גם גליק נגד גליק, ע”א 68/46, 46 אל”ר 449, 450, בו אמר בית המשפט: „בחייבם כך את הילדה, סבורים אנו כי אחד ההורים או שניהם יחד פעלו בתורת אפטרופוס שלה, ולכן רשאים היו לעשות את החזרה, אשר חייב אותם לקבל את סמכות בית הדין הרבני לגבי ענין זה של מעמדה האישי. אמנם שם נעשה ההסכם ע”י ההורים אגב דיון של גירושין בפני הרבנים, אבל הדגש הוטל, ובצדק, על ההסכם, ולא על הדיון הראשון, כי השאלה היתה שם, אם הילדה גופה קשורה בהסכם הלו, והרי היא, על כל פנים, לא היתה „גד” לסכסוך הגירושין.

33 גליקסברג נגד י”ר ההוצל”ם, שם עמוד 215.

34 תורגמן נגד י”ר ההוצל”ם, בג”ץ 49/32, 5 דוסנברג 1610, 1612.

35 עסיה נגד י”ר ההוצל”ם, בג”ץ 71/50, הי פסקי דין 202, 205. ראה גם פסק דינו של מ”מ הנשיא, השופט חשין, בדועי נגד י”ר ההוצל”ם, בג”ץ 86/35, סי פסקי דין 1938, בעמודים 1941—1942, ואת הדברים שנאמרו שם ע”י השופט ברונן בעמוד 1945.

במשפט קאיואס הנודע, מינה בית הדין הדתי האורהודוכסי אשה אחת (ג'מילה) לאפטרופסית על שני ילדיה הקטנים, היא עשתה הסכם מסוים בשמם, והשאלה שנתעוררה היתה, אם אותו מינוי כשר היה או לא. בית המשפט ענה על כך בשלילה; וכך הוא אמר:

„כתעוררת עתה השאלה, אם המינוי הנ"ל של ג'מילה כשר היה. חשובים לענין הם הסימנים 51 ו-54 (2) של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, ובלכתי אהרי ההחלטה של בית המשפט המחוזי (ירושלים), ת"א מס' 54 לשנת 1929, סבור אני, כי אף אם הענין הנידון היה תביעה במובן סימן 54 (2), הרי עובדת העדר-הסכמתם של הילדים הקטנים, די בה כדי לפסול את המינוי, אשר יכול היה להעשות רק על ידי בית המשפט האזרחי המתאים“³⁶.

הוגש עדעוד לפני המועצה הפרטית של המלך, וזו אישרה את פסק דינו של בית המשפט העליון. מטום חשיבותה העקרונית המרובה של החלטה זו, נביא כאן במלואם את עיקרי הדברים:

„... בהעניקו סמכות בעניני המעמד האישי לכתי הדין של העדות הנוצריות השונות... מבהין דבר המלך בסימן 54 בין ענינים מסויימים, נבחרים, המנויים בס"ק (1), אשר ביחס אליהם הוא מקנה סמכות ייחודית לבתי דין אלה, לבין ענינים אחרים של המעמד האישי, אשר בנוגע אליהם הוא מקנה להם סמכות, לפי ס"ק (2), רק אם כל הצדדים ל„תביעה“ מסכימים לסמכות. כאן משמשת כנראה המלה „תביעה“ שם נרדף למלה „דיון“ הבאה בסימן 51. אף אחת מהן אינה מתאימה בדיוק לציון הליכים משפטיים שלא על ריב, אף על פי כן נוטים הלורדים לרזיק מתוך הדבק הדברים, כי ביטויים אלה משמשים במובן כללי ונקיף.

36 אמרתי „כמעט“, כי עדיין נותר פתח צר להבאת הענינים האלה לפני בית הדין הדתי: על דרך של מינוי אפטרופוס „לצורך המשפט“ על ידי בית המשפט האזרחי, כפי שנאמר בזאודה נגד יריר ההוצאה, בנ"ק 24/41, 41 אפלוים 161, 163, עיין שם. אך ראה להלן פרק ג', סעיף 7.

37 קאחאס נגד קאחאס, ע"א 40/40, 8 לבנון 173, 174.

וכונתם היא לכל הליך בעל אופי משפטי, אשר בו נזקקים לכוחו של בית משפט. בהניחם, בלי להחליט, כי אמנם כך הוא, סבורים הלורדים, כי כל הצדדים לבקשת מינוי האפוט-רופסים על שני הקטנים לא נתנו את הסכמתם לסמכות בית הדין הדתי, הואיל והקטנים גופם לא הסכימו ולא יכלו להסכים. כאשר סמכות מוסכמת מצריכה, לשם התהוותה, את הסכמת כל הצדדים, פירושו של דבר בהכרח הוא: הסכמת כל אלה אשר האינטרסים שלהם מעורבים בהליכים המשפטיים. ואם ייאמר, כי הקטנים אינם יכולים לתת הסכמה בעלת חוקף, — עדיין אין זה מצדיק לקיים הליכים משפטיים בלי תהסכמה שלהם. במקרה של סמכות מוסכמת, העדרה של ההסכמה, אם מתוך חוסר רצון להסכים ואם מתוך חוסר יכולת להסכים, הוא פאטאלי באותה מידה ממש³⁸.

עברו כשמונה שנים, בינתיים קמה מדינת ישראל, ובבית המשפט העליון שלה הושמעה לראשונה בקורת חריפה מאד על ההשקפה הזו. היא זו לשונה:

„אם אמנם כך הוא הרבר, היתנו: אם העדר הסכמתם (לשיפוט) של אלה אשר, מעצם טבעם, אינם יכולים להסכים, הוא פאטאלי לגבי סמכותו של בית הדין הדתי, והמסקנה תהא, כי אין סמכות לבית דין זה לא למנות אפטרופוס על קטנים, ולא למנות אפטרופוס על נכסי נעדר, ולא להכריז על לגיטימציה של קטן, ולא לסדר את אימוצו של קטן, ולא להוציא צו איסור להנהלת נכסי פטולים, — מה נשאר עוד מכל „שאר עניני המצב האישי“ אשר, לפי סעיף 53 (2), מוסמך בית הדין הרבני לדון בהם, אם כל הצדדים לענין מסכימים לשיפוט? הגע כעצמך: אחד עשר הם עניני המצב האישי לפי ההגדרה הנתונה בסעיף 51 (1); ארבעה מהם נמנים על סוג הסמכות האכסלוסיבית, ונדונים בסעיף 53 (1); נשארים, איפוא, שבעה ענינים אחרים (מסוג הסמכות המקבילה) אשר אליהם התכוון, כפי שיש להניח, סעיף 53, ס"ק (2); מתוך שבעה אלה, הרוב המכריע שבהם (חמשה במספר),

38 קאחאס נגד קאחאס, ערעור מועצת המלך 41/42, 43 אליר 487, 490.

אינו בא בחשבון כלל לגבי סמכות הרבנים, היות ואין כל אפשרות — לפי ההשקפה המקובלת — כי כל הצדדים לענין יסכימו לסמכות; זאת אומרת: נשארים כאן שני ענינים בלבד, והם: מוזנות מסוג „מיינטננס“ ועניני ידושה, אשר לגביהם אפשרית היא סמכותם של הרבנים, אם כל הצדדים לענין הסכימו לשיפוטם; ואם זו היא כל שארית הפליטה, מדוע הלך המחוקק בגדולות, וכתב: „כל שאר עניני המצב האישי“, שעה שהיה יכול, וגם צריך, לבחור בלשון הרבה יותר צנועה, והרבה יותר אמתית, ולכתוב בפירוש עניני „מיינטננס“ ועניני ירושה?³⁹

ועוד טענה אחת אשר נתעוררה שם proprio motu⁴⁰ על ידי בית המשפט. כסימן 9 (2) של דבר המלך (תיקון) 1939, מכריז המחוקק — „כדי להוציא ספק מן הלב“ — כי על אף האמור בדבר המלך המקורי (משנת 1922), הרי מעשי תחיקה מסויימים, וביניהם תקנות כנסת ישראל, כדון החוק, פירושו של דבר, כי לא יהא פתחון פה ל„מלעזים“ ולא יהיו שומעין לטענה, כי איזו שהיא מן התקנות הללו עוכדת בסתירה להוראות דבר המלך ובשל כך, כאילו, בטלה ומבוטלת. והנה בעברנו על תקנות כנסת ישראל אנו מוצאים ביניהן תקנה אחת — היא תקנה 6 (2) — המקנה בפירוש סמכות לבית הדין הרבני למנות אפטרופסים על רכושם של יתומים קטנים ועל רכושם של נעדרים. אם נכונה היא ההשקפה המונחת ביסוד החלטת מועצת המלך הנ"ל, הרי הקניית סמכות זו נוגדת את הוראת סימן 53 (2) של דבר המלך כמועצה 1922, והיא אינה נוגדת, או לא תחשב כנוגדת, מכוח הוראת סימן 9 (2) של דבר המלך המתוקן הנ"ל. המסקנה היא, כי לפחות מיום הינתן דבר המלך (תיקון) 1939, יהיו הרבנים מוסמכים (אחרי נקיטת הפרוצדורה האמורה בתקנה ההיא) למנות אפטרופסיב על רכושם של יתומים קטנים ונעדרים, וכבר זה בלבד הותר תחת ההשקפה שהונחה ביסוד החלטת מועצת המלך במשפט קאוואס כנ"ל.

ובעצם אפשר היה להרחיב עוד יותר את גבולה של טענה זו. הוראת סימן 9 (2) אינה קונסטטיטטיבית, אלא דקלרטיבית. המלים הפותחות הן:

„כדי להוציא ספק מן הלב מוצהר בזה, כי על אף כל האמור וכר"י, זו היא „אינטרפרסציה אבנתנטית“ של המחוקק לגבי מעשי התחיקה הללו, או לגבי דבר המלך גופו, והיא מכריזה לחפרע, כי מעולם לא היתה סתירה ביניהם. ואם כך הוא הדבר, הרי הוראת סימן 9 (2) מצהירה וקובעת, כי הסענה בדבר העדדי-הסכמתו של הקטין (או הנער) מעיקרא לאו סענה היא, ודבר זה מכשיר בעקיפין את סמכותו של בית הדין הדתי — ולא דוקא של בית הדין הרבני — לגבי כל עניני המעמד האישי הנוגעים לקטינים.

הטענות הללו נראו ככבדות משקל בעיני בית המשפט, אך מכיון שלא תבעו במפגיע את פתרון במקרה הקונקרטי הנידון, הוא הניח את השאלה ב„צריך עיון“, ודחה את הכרעתה לכאן או לכאן „עד להזמנות חדשה“. יתכן, אפוא, כי בבוא היום עוד יסיק בית המשפט העליון, הלכה למעשה, את מסקנותיו מן הבקורת שנמתחה על החלטת מועצת המלך כנ"ל, אך לעת עתה ההלכה הרווחת היא כפי שנקבעה במשפט קאוואס.

שאלה דומה נתעוררה בבתי המשפט בקשר לתביעות מוזנות ילדים, מוזנות ילדים הם, כזכור, בגדר מיינטננס; מיינטננס היא מעניני הסמכות המקבילה; תביעות כאלו מוגשות כדגיל על ידי האשה-האם נגד בעלה אבי הילד, ואם אפילו שנים אלה הסכימו לסמכותו של בית הדין הדתי, כלום אין העיקר חסר כאן מן הספר, והוא הסכמתו של הילד גופו? טענה זו נזרקה לחלל בית המשפט לראשונה בשנת 1943, כמשפט פינשטיין, ובית המשפט פטר אותה — אם ניתן להאמר כך — בצורה אלגנטית למדי, רצוני לומר: כתשובה שאיננה יודדת לשרשו של דבר, ואינה נוטלת מן הבעיה את העוקץ האמתי שבה:

„טענתו העיקרית של המשיב כלפי הבקשה היא, כי פסיקת מוזנות (מוזנות ילד) היא ענין של סמכות מקבילה המצריך הסכמת כל הצדדים לשיפוטו של בית הדין הרבני; כי הילד שהינו קטין אינו יכול להסכים, וכי אפטרופוס „אד ליטם“ היה צריך להתמנות על ידי בית המשפט המחוייב.

41 אילו נתקבלה טענתו של המשיב, כי הצד לתביעת מוזנות זו הוא הילד גופו, כי או יתכן הדבר, שאפילו מינוי אפטרופוס „אד ליטם“, אשר יסכים בשמו של הילד לסמכות בית הדין הרבני, לא היה מועיל להקניית הסמכות, הואיל ולפי תקנות כנסת ישראל (תוקי א"י, חלק ב', ע' 2132), אדם שהוא פתוח מבן 18 אינו יכול

39 פרץ נגד מנהל מחלקת רשום והסדר קרקעות, ירושלים, ב"ץ 109/49, ד' פסקי דין 257, 261.

40 ראה שם, מסקה 8, בעמודים 261—262.

אין אני סבור כי אמנם כך הוא הדבר. האם היא התובעת מוזנות בעד הילד. אלה הם כספים הבאים לפצות אותה על ההוצאות הרובצות עליה בפרנסה את הילד. נראה לי, כי הילד בכלל אינו צד למשפט זה. האם תובעת את היציאות הנגרמות לה בקשר לפרנסת הילד, ואשר הוא עצמו אינו יכול לתבען. אין דבר זה דומה לבקשת אפוסטרופסות, אשר הילד הינו צד לה...⁴².

נוכת להגדרה הרחבה שניתנה על ידי בית הדין המיוחד בענין רונבאום למונח "אלימוני"⁴⁸, המסקנה העקבית מתוך רעיון זה תהיה, כי כל תביעת-מוזנות-ילד המוגשת על ידי אשה נשואה נגד בעלה, תחשב כענין הנתון לסמכותו הייחודית של בית הדין העדתי. שהרי מוזנות אלה אינם אלא פיצוי על "ההוצאות הרובצות עליה בפרנסה את הילד", ואת אומרת: צרכיה היא, וממילא בכללים הם במוזנות, מסוג "אלימוני", חמגיעים לה מאת בעלה. אין מסקנה זו נסתרת מחמת הדברים שנאמרו שם על הסמכות המקבילה החלה על תביעות-מוזנות כאלו, כי הדברים נאמרו כעשר שנים לפני שניתנה החלטת בית הדין המיוחד הנ"ל. — בתקופה בה משלה בכיפה הגדרת ה"אלימוני" וה"מיינטנס" שניתנה על ידי השופט מנינג במשפט הדר.

צעד נוסף בכיוון ה"ליברליזציה" של הסמכת הסמכות הניתנת על ידי הורדים כתביעת מוזנות של ילד, נעשה במשפט ידוע אחר, הוא משפט גליק, שם התדיינו בני הזוג, הורים לילדה, במשפט גירושין וכל הכרוך בזה לפני בית הדין הרבני, ובסופו של דבר הסכימה האשה לקבל גט פיטורין מבעלה, כנגד סכום מסוים שניתן לה כ"סטילוק גמור ומלא של כל המגיע הימנו, לה עצמה, ולמוזנותיה העתידים של הילדה". במעמד סידור הגט נערך הסכם ביניהם, ובו הותנה, כי כל הסכסוכים העלולים להתגלע ביניהם בקשר לאיזה ענין שהוא, ומוזנות הילדה בכלל, יוכרעו על ידי הרבנות הראשית, תל אביב. כעבור כמה שנים הגישה הילדה —

להרשט בפנקסי בנות ישראל, וממילא איננו (לפי ההשקפה המקובלת) חבר העדה היהודית במובן טימן 53, והרבים אינם מוסמכים לזון בחקיעות אף על פי שהסכים לשיטותם (ראה להלן פרק ב, סעיף 7).

42 פנישטין נגד יידי הווצליפ, בנין 9/43, 43 אליד 21, 22.

43 לעיל פרק ב, סעיף 3.

שלא באמצעות אמה, אלא על ידי "ידי קרוב" — תביעת מוזנות נגד אביה לבית המשפט המחוזי, בטענה כי ההסכם ההוא אינו מחייב אותה, לא מבחינה מטריאלית (פטור המוזנות), ולא מבחינה פרוציסוראלית (החובה להביא את הענין לפני בית הדין הדתי). בית המשפט המחוזי דחה את התביעה מחוסר סמכות, ובית המשפט העליון אישר את הפסק, באמרו:

"יתכן כי לילדה ישנן זכויות כאלה (זכויות מוזנות נגד אביה), אך אין אנו מחוויים דעה על כך, האיל והשאלה, אם בכלל תתעורר, צריכה להתרץ על ידי בית הדין הרבני, נוכח העובדה כי בסעיף 7 של חוזה הצדדים הם הסכימו כי, בעתיד, סכסוכים שיתגלעו ביניהם, בעניניהם הם או בעניני הילדה, יוכרעו ע"י הרבנות הראשית, תל אביב. בהיבט כך את הילדה על ידי סעיף זה, סבורים אנו כי אחד ההורים או שניהם יחד פעלו בתורת אפוסטרופוס שלה, ולכן רשאים היו לעשות את החוזה אשר חייב אותה לקבל את סמכות בית הדין הרבני לגבי ענין זה של המעמד האישי שלה".⁴⁴

כאן תבעה הילדה גופה — "הידיד הקרוב" רק ייצג אותה — והשאלה היתה אם היא הסכימה קודם לכן לסמכות הרבנים, ולא היה מקום להשתמש ברעיון האידנטיפיקציה — ויהוי מוזנותיו של הילד עם צרכיה האישיים של האם — אשר הובע במשפט פינשטין, ואף על פי כן סמך בית המשפט העליון את ידו על סמכותו של בית הדין הרבני, וראה אותה, למעשה, כסמכות ייחודית — ואת אומרת: כסמכות המונעת כל בית משפט אחר מלהזקק לתביעה הנידונה — בעטיו של ההסכם אשר נעשה בין הורי הילדה כנ"ל.

הלכת גליק היא הלכה חשובה מאד מאד — היא מכשירה, הרחק מעבר לעקרון פינשטין, את הסמכת הסמכות הניתנת על ידי ההורים — אך ספק בעיני, אם עדיין כוחה המחייב המלא עמה, נוכח ה"ניתוחים" השונים שנערכו בה בפסקי דין שניתנו לאחר מכן על ידי בית המשפט העליון הישראלי. השאלה שהועלתה לפנינו מחדש, נגעה אף היא להסכם מוזנות-ילדה שנערך על ידי ההורים המתגרשים במעמד סידור הגט, אלא ששואו ההסכם היה לא סמכות בית הדין, אלא שעור המוזנות גופו, וכאשר

44 גליק נגד גליק, ע"א 68/46, 46 אליד 449, 450.

הילדה לאחר מכן — היא גופה באמצעות אמה — פנתה לבית המשפט המחוזי בתביעת מזונות נגד אביה, והאב הצביע על ההסכם ההוא, בהסתמכו על ההלכה שנקבעה במשפט גליק, הבחין והבדיל בית המשפט בין התנאי דהתם ותנאי דהכא וחייב את האב בתשלום מזונות שלא על פי ההסכם הנ"ל. וכשהגיע הענין לבית המשפט העליון, כתבתי בפסק דיני — אשר השופט (כעת: הנשיא) אולשן הצטרף אליו — את הדברים הבאים:

„אין אנו גורסים את הבחנתו של בית המשפט דלמטה: בין תנאי הקובע סמכות לדון, לבין תנאי הקובע את שעור המזונות; — כי מה טעם יש להבדיל ביניהם? זה וזה תותך את זכויות הילדה, וזה וזה פוגע באינטרסים שלה. החילוק הוא כשטח אחר. שם בע"א 68/46 (משפט גליק) הניח בית המשפט העליון, בהנחת-עוכדא, כי התורים, בערכם אה ההסכם, התכוונו לקשור על ידו לא רק את עצמם, אלא גם את הילדה. הם הסכימו — לדעת בית-המשפט — כי הסכסכים שיתגלעו ביניהם, „בעניניהם הם או כעניני הילדה“, יוכרעו על ידי הרכנות הראשית, תל אביב... ומכיוון שהם פעלו כך בתורת אפטרופוס או אפטרופסים של הילדה, הרי, לדעת בית המשפט, מחייבים תנאי ההסכם גם את הילדה.

לא כן הוא המצב במקרה שלפנינו. כאן אין ספק בכך — ודבר זה יוצא ברור ומפורש מתוך סעיפים שונים של שני החוזים — כי ההורים עשו את ההסכם כינם לבין עצמם, ולא רצו כלל לקבוע את ההובות המוטלות על כל אחד מהם כלפי הילדה. ומכיוון שכך, הרי ברור כי ההסכם אינו מחייב את הילדה, ואינו עשוי לשמש תריס בפני תביעת המזונות, אשר תוגשה על ידה נגד אביה לבית המשפט המחוזי“⁴⁵.

כזאת היתה דעת שופטי הרוב, אשר ראו את עצמם קשורים כהלכה שנקבעה במשפט גליק, אך לא כן היתה דעתו של הנשיא זמורה, אם כי לעצם הענין הוא הצטרף לשני חכדיו.

45 מפסק דיני של השופט וילברג, משקה נגד משקה, ע"א 42/49, ג' ססקי דין 88, 91—90.

„דעתי היא, כי התחלטה בפסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 68/46, עם כל הכבוד, אינה כהלכה. אין לומר שההורים, שניהם יחד או אחד מהם, יכולים לפעול כאפטרופוסים טבעיים של הקטן, בכות מחייב את הקטן, כאשר הענין נוגע לא באינטרסים של הקטן בלבד, כי אם גם באינטרסים שלהם. ולכן אין ההסכם בין ההורים, הקובע את סכום המזונות שהם מתחייבים, או אחד מהם מתחייב, לשלם לכלכלת הקטן, קושר את הקטן... ולשם הקניית תקף להסכם גם כלפי הקטן יש צורך כמינוי אפטרופוס אדחכי (ad hoc)⁴⁶, אשר ייצג את האינטרסים של הקטן. אך זה ענין של קונסטרוקציה משפטית בלבד, הדבר נובע גם מצרכי הצדק והיושר. באין אפטרופוס מיוחד כזה, יש לפעמים וגם תורים הגונים, מתוך נטיה להתיש את סדר הגירושין או הפירוד ביניהם, יבאו לסדר את שאלת המזונות לילד, בדרך הנראית להם אותה שעה כמספיקה וצודקת, המתגלית לאחר זמן כבלתי מספיקה ובלתי צודקת“⁴⁷.

דברים כדרכנות, ראויים למי שאמרם, אלא שמבחינה מעשית מתקשה אני לדאות את ההתועלת שאפשר להפיק משיתופו של אפטרופוס מיוחד בהסדר עניני הילדים. כל נשכת, כי גם אפטרופוס ad hoc אינו מתמנה על ידי בית המשפט proprio motu, אלא לפי בקשת הצדדים או אחד מהם, וכאשר שני היריבים מופיעים לפני השופט ומבקשים, שניהם יחד, למנות אדם מסויים כאפטרופוס, יתן השופט, כרגיל, את הגושפנקא שלו למינוי זה. היוצא מזה, כי אם ההורים, אם מתוך קלות דאש ואם כמוזמת ודון, יבואו להעדיף את עניניהם הם על האינטרסים החיוניים של הילד, הם יוכלו להפיק את זממם זה על ידי הצעת אפטרופוס אשר יהיה, למעשה, כלי שרת בידם.

התרופה היחידה, היעילה, כלפי גרימת העוול שהצביע עליה הנשיא המלומד היא, לדעתי, זו: שהמחוקק יקבע, כי כל הסכם של מתגרשים

46 בירוסלבי מצינו ביטוי עברי מקורי לאפטרופוס מיוחד זה: „אפטרופוס לשעה“; ירושלבי הרוכות, פרק א', הלכה א', דפוס ונציאה, דף כ"ו ע"א, טור שני, אך יתכן, כי הכתנה היא שם לאפטרופוס זמני.

47 מפסק דיני של הנשיא זמורה שם, בעמוד 92.

הבא להסדיר את עניני הילדים שלהם, לא יהיה בר תוקף, אלא אם כן אושר קודם לכן על ידי האפוטרופוס הכללי, או רשות מוסמכת אחרת אשר תוקם באותו חוק. כל עוד אין הסדר חוקי מעין זה, מוטב להניח את הענינים האלה בידי התורים גופם, מתוך ההנחה הטבעית כי הורים, בני אנוש, לא יקריבו את חיי ילדם בר בטנם על מזבח האינטרסים הפרטיים שלהם, ואם אמנם יתרחש פעם מקרה פרברסי שכזה, והם, בהסכם הגירושין "הפנימי" שלהם, ינסו להסדיר בצורה מקפחת את עניני הילדים שלהם, הרי בבוא היום, וכאשר יועלה הענין לפני כס המשפט, יוכל בית המשפט שלא להתחשב כלל באותו הסכם, ולהעניק לילד את הסעד המתאים. אם אין ראייה לדבר — זכר לדבר יש בפסק דין גליק גופו. נאמר שם כזכור: "יתכן כי לילדה ישנן זכויות כאלה" (היינו: זכויות מזונות נגד אביה). ופירושו של דבר הוא, כי אף על פי שהאשה-האם קבלה מבעלה, במעמד סידור הגט, סכום כסף מסויים לסילוק גמור ומלא של כל המגיע הימנה, הן למזונותיה היא, והן למזונות בתם הקטנה⁴⁸, עדיין יוכל בית המשפט המוסמך, במקרה זה: בית הדין הרבני, לפסוק לה מזונות נגד אביה.

ובמשפט אחר שהגיע אף הוא עד לבית המשפט העליון הישראלי, המדובר היה שוב בתביעת מזונות של ילדה נגד אביה בפני בית המשפט המחוזי, והנתבע הסתמך על הסכם בינו לבין אשתו לשעבר שאושר, במעמד סידור הגט, על ידי בית הדין הרבני, ואשר בו התחייב "לשלם לאשה, עבור מזונות הילדה וכלכלתה", בס"ה חמש לירות לחודש. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה מהוסר סמכות, בקבלו את טענת האבי-הנתבע, כי תביעת המזונות של הילדה אינה אלא נסיון, או "להטוט פרוציסואלי", לשנות את הצו שניתן בשעתו על ידי בית הדין הרבני. בית המשפט העליון, בשני פסקי דין נפרדים, ביטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, והחזיר אליו את הדין.

"דעתנו היא, בכל הכבוד לשופט המלומד, שלא תכסיס פרוציסואלי הוא זה שנגקט על ידי ב"כ המבקשת-המעדרת, אלא תביעת הילדה שונה ונבדלת הכול של ממש מתביעת

48 ראה את הרצאת העובדות של משפט גליק בפסק הדין של משקה נגד משקה, שם בעמוד 89.

האם, שהאב ישלם לה, לכלכלת הילדה, את הסכום שהתחייב לשלמו לאם לפי המוסכם ביניהם"⁴⁹.

"סבור אני כי במקרה רגן לא הוכח כלל כי ההורים, בעשותם את הסכם הגירושין, פעלו גם בשם הילדה. נהפוך הוא: העובדה כי הם התנו למזונות הילדה סכום פעוט, קבוע, תמידי של — 5 ל"י לחודש, ללא תחשבות בצרכי הילדה ההולכים וגדלים, בדרך הטבע, עם גידול הילדה, — עובדה זו מצביעה על כך, כי לא תביעת הילדה וזכויותיה היא היו לנגד עיני ההורים, וכי הם עשו מה שעשו לטובתם הם ובשמם הם בלבד. לכן אין לראות הסכם זה כמחייב את הילדה גופה"⁵⁰.

סיכומו של דבר: כל החילוקים ותאבחונו הללו צמצמו בהרבה את שטח תחולתה של הלכת גליק, והיא תהיה מעתה מוגבלת למקרים נדירים בלבד. מן הראוי לציין כאן, כי במידה מסויימת, ולגבי יהודים, מצאה השאלה את פתרונה בהוראת סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ועוד נדון בזה להלן, בהגיענו לסוגיא זו. השאלה שנתעוררה, כאמור, לגבי אפוטרופסות ומזונות ילדים, נתעוררה גם לגבי תביעות החוקת-ילדים, — custody בלע"ז. גם זה מעניני הסמכות המקבילה, וגם בהן יש צורך בהסכמת כל הצדדים לדיון, על פי סימן 53 (2) וסימן 54 (2). האם הקטין גופו הוא צד לדיון זה? בתקופת המנדט ניתנו שני פסקי דין, אשר מהם עולה — מן האחד בפירוש, ומן השני מכללא — כי יש להשיב בחיוב על שאלה זו. באחד מהם החיל בית המשפט על עניני תהוקת ילד את ההלכה שנקבעה במשפט קאואס לגבי אפוטרופסות, באמרו:

"בעקבות העקרונות אשר הונחו על ידי בית משפט זה בע"א 40/40 (קאואס) ... סבור אני, כי מן הצדק למנות אפוטרופוס ad item, ולהביא את הענין לפני בית המשפט המתאים"⁵¹.

49 מפסק דינו של השופט לנווי, איזלמן נגד איזלמן, ע"א 334/54, ס' מסקי דין 230, 232. ראה גם עטיה נגד ברדה, ע"א 421/54, ס' פסקי דין 1205, בעמוד 1214. 50 מפסק דינו של השופט זילברג, איזלמן שם, בעמוד 234. 51 זאארה נגד יריר הרוצל"פ, בג"ץ 24/41, 41 אפלוכום 161, 163.

ובענין השני, מעשה היה בצו החוקת ילד שניתן על ידי בית הדין הרבני, ובא כוח המבקשת אשר התנגד לכך טען, כי הצו הוא פסול, מכיוון "שבית הדין הרבני לא היה מוסמך לרוך, אלא אם בן הושגה הסכמת הצדדים". סתם ולא פירש בית המשפט: חי — לטענת ב"כ המבקשת — לא הסכים לשיפוט בית הדין הרבני — אך לא יקשה לפתור את החידה בקראנו את התשובה שניתנה לכך על ידי בית המשפט:

"לעיני יושב ראש הוצאה לפועל היה משהו הנראה כפסק דין כסדר בהתלט, והוא נתבקש לבצעו. שאלת סמכותו של בית הדין הרבני למתן אותו פסק דין, היא שאלה אשר יכלה, ומייכת היתה, לבא לידי הכרעה כאשר הענין הגיע לבית הדין הרבני, והמבקשת לא נקטה את הצעדים שהיתה צריכה לנקוט בענין זה".⁵²

ועתה צא וחשוב: אילו המדובר היה בהעדר הסכמתה של האם המבקשת גופה, כיצד אפשר היה לבא בטרוניא עמה על ש"שאלה" זו לא הובאה על ידה לידי "הכרעה" בבית הדין הרבני? כי ממה גפשוך: או שלא הופיעה כלל לפני הרבנים, ולהם אסור היה מלכתחילה להזקק לענין, או שהופיעה והתנגדה — ומה יש לה לטעון עוד? שמע מינה, כי כוננת הטענה היתה להעדר הסכמתו של הילד, על פי ההלכה שנקבעה במשפט קאואט, והיא נדחתה, כפי שראינו רק מן הטעם הפורמאלי הנ"ל.⁵³

ביתר הרחבה נדונה השאלה דנן על ידי בית המשפט העליון הישראלי, אלא שאותו משפט התקיים בשנת 1955, לאחר התגרסם חוק שיפוט כתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, כך שההכרעה הברורה שבו, היא כי הקטין, היהודי, הוא "נוגע בדבר" במובן סעיף 9 של אותו חוק, ויש צורך בהסכמתו לשיפוט הרבנים, עדיין אין בה כדי להכריע, אם הוא גם "צד לריון" במובן הסימנים 53 (2) ו-54 (2) של דבר המלך, —

52 קמלן נגד יריר ההוצאה, בג"ץ 10/41, 41 אפלוס 49, 50.
53 גם במשפט פיינגבלט, לעיל הצ"ה 27, נחצורה שאלה של הערה הסכמה בקשר לתביעת החוקת ילד, אך שם המדובר הוא באמת בחיסר הסכמתו של אחד ההורים (עיין שם דווקא כעמודים 643-644), ולכן אין בו כדי להכריע לכאן או לכאן בשאלה שלפנינו.

ושאלה זו, אשר בה אנו עוסקים כאן, הונחה שם במצריך עיון על ידי השופט חשין, כותב פסק הדין הראשי, עיין שם.

למותר להוסיף, כי כל השאלה שלפנינו כמעט ולא תתפוס כלל, אם נראה כשרירה וקיימת את ההלכה שנקבעה במשפט גליק, כי אין הבדל של ממש בין תביעת מוונות-ילד לבין תביעת החוקת-ילד לגבי שאלה זו. אדרבה: גם בפסק דינו של השופט חשין אשר הוזכר על ידינו לעיל, פתר השופט המלומד את שאלת ההסכמה לסמכות מתוך רעיון האפוסטרופות סות של ההורים (שם, פסקה 9).

6. עיקר וטפלו, כך דרכם של כמה מעניני המעמד האישי: בזיוות מובאים לדין, הם מובאים כרגיל "בצוותא" — תביעת גירושין, מלויה תביעת מוונות, תביעת פירוד עם תביעת החוקת ילדים או מוונותיהם — ביחוד כאשר הצרכאה השופטת היא בית הדין הדתי, הנוהג להכנס בעבי הקורה, ומשתדל להסדיר באופן סופי, אם על ידי השכנת שלום, ואם על ידי כריתת הקשר, את כל יחסי בני הזוג, לכן תתעורר לעתים קרובות השאלה, אם הסמכות הייחודית הנתונה לבית הדין, למשל, לגבי ענין הנישואין או הגירושין, עשויה "לכסות" גם את עניני הסמכות המקבילה — "מיינסטנס", אפוסטרופות, החוקת ילדים וכדומה — המובאים לבידור באותו דיון גופו. למאי נפקא מינה? נפקא מינה למקרה, רגיל ושכיח למדי, בו הנתבע הנאלץ, בשל הסמכות הייחודית, להתדין עם אשתו בענין של נישואין או גירושין, מסרב לתת את הסכמתו לסמכות בית הדין לגבי הענין "הנכפח", העומד — כשהוא לעצמו — בסמכותו המקבילה של בית הדין.

כבר בימי המנדט נתעוררה שאלה זו, והחל להתפתח הרעיון של עיקר וטפלו, במשפט אחד נתן בית המשפט המחוזי צו פירוד בין בעל ואשתו, ומסר יחד עם זה את החוקת הילדים לאשה. הטענה שהושמעה בערעור היתה, כי הוא לא היה מוסמך לא לזה ולא לזה, ובית המשפט העליון, בקבלו את הערעור, סמך ידו על הרברים שנאמרו על ידי יושב ראש ההוצאה לפועל בענין אחר, וזה לשונם:

"לדעתי אין ספק ברבר, כי בית דין דתי הפועל בסמכות הייחודית שהוענקה לו על פי סימן 53 (2) של דבר המלך

54 ורעי נגד יריר ההוצאה, בג"ץ 86/55, ס' פסקי דין 1938; עיין שם בעמוד 1942, סוף פסקה 6.

בעניני נישואין וגירושין בין בעל ואשתו. מוסמך גם לתת צווי-ארעי וצווי-קבע בדבר החזקת ילדיהם הקטינים, וכי כאשר בית דין כזה מוציא פסק גירושין, יש לו הכוח והסמכות לתת הוראות בנוגע להחזקת הילדים בתור סעד מחתוף.⁵⁵

ועל דרך הלימוד של "מכלל הן אתה שומע לאו", ממשיך בית המשפט ואומר:

"כאשר מוגשת בקשה למתן צו פירוד משפטי, וגם מובאת תביעה טפלה לכך ומסתעפת לזכות החזקתו של ילד, הרי אם בית המשפט אשר פנו אליו אינו מוסמך לתת את הפירוד המשפטי שנתבקש לתת, בשל היותו נתון לסמכותו הייחודית של בית משפט אחר, הוא גם אינו מוסמך לתת צו בנוגע להחזקת הילד".⁵⁶

כללו של דבר: הטפל הולך אחרי העיקר. לרעיון זה שני פנים: אחד לחיוב ואחד לשלילה. כאשר לבית המשפט (בית הדין הדתי) נתונה סמכות ייחודית לגבי העיקר, משתרעת סמכות זו גם על הטפל. הטפל "נכלע" כאילו בתוך העיקר. ו"נהנה" מן הסמכות הייחודית שלו. מאידך גיסא — וכאן ה"פן" השני, השלילי, של העקרון — אם לבית המשפט (האזרחי או הדתי) אין סמכות כלל להעניק את הסעד העיקרי, להיותו מסוד לסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי, או של בית דין דתי אחר, אזי אין הוא יכול להעניק גם את הסעד הטפל.

ובאן מתעוררת השאלה: האם כלל זה נכון בשני החלקים שבו? אשר לחלקו הראשון, החיובי, אין עוד ספק בדבר. ההלכה שנקבעה בפסק הדין הנ"ל — הלכת ברזילי — אומצה על ידי בית המשפט העליון בשני פסקי דין אחרים. באחד מהם נתן בית הדין הדתי את צו החזקת הילדים כסעד טפל למשפט של אישות, ובית המשפט אמר:

"המבקש והמשיבה השניה הם בעל ואשתו. הם שניהם ארצישראליים, וכנראה משתייכים לכנסיה הלטינית. נראה,

איפוא, כי ההלכה שנקבעה בע"א 60/43 (משפט ברזילי)... חלה על עובדות מקרה זה".⁵⁷

ובמשפט אחר, נשוא הדיון היה צו החזקת ילדים אשר בית הדין הדתי כרך אותו יחד עם צו פירוד משפטי, טענו נגד סמכותו של בית הדין, ובית המשפט העליון דחה את הטענה באמרו:

"לאחר שעיינת בתקדימים אלה ואחרים... אינני מהסס לקבוע, כי שאלת החזקת הילדים היתה טפלה לצו הפירוד".⁵⁸

בשני פסקי דין אלה, ויקתו של הטפל לעיקר גרדה אחריה את התפשטותה של הסמכות הייחודית של בית הדין הדתי מן העיקר על הטפל, — ועל כך כנראה אין חולקין עוד. אך האם יש לראות את ההלכה היא כרווחת גם בחלקה השני, השלילי, ובצורה התחלטית בה הוגדרה במשפט ברזילי? התשובה לכך תמצא, לכאורה, ביחס שאנו קובעים בין ה"טפלות" וה"תלות". רצוני לומר: בתשובה לשאלה, אם הקובע לגבי התכונות של "טפל" ו"עיקר" היא דרגתם וחשיבותם הרלטיבית של הסעדים המתבקשים, ויש לראות את הסעד כטפל בשל "נחיתות הדרגה" שבו, גם אם הוא יכול להתקיים בלעדי הסעד העיקרי, או דילמא הטפלות אינה אלא "פונקציה" של התלות, ואין הסעד המשני נחשב בטפל, אלא אם כן אין לו קיום עצמאי כלל, או שבית המשפט מלכתחילה נתבקש לתת אך ורק יחד עם הסעד העיקרי.

והנה אם נדייק היטב בפסק דין ברזילי, נזכר לרעת, כי הקלסיפיקציה של עיקר וטפל נעשתה שם על פי קווי ההשקפה הראשונה. אין אנו יודעים את נוסח פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט המחוזי בענין הווא, אבל קל להוכיח, כי צו החזקת הילדים לא הותנה ולא הותלה שם בקיומו של הפירוד המשפטי. שאם לא תאמר כן, מה ראה בית המשפט העליון להזקק שם לרעיון טפלותו של הסעד הווא, ולא אמר בתכלית הפשטות, כי מכיון שצו הפירוד ניתן ללא כל סמכות — שכן ענין זה, כפי שקבע בית המשפט העליון שם, מסוד לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני⁵⁹ — הרי בני

57 סלמן נגד יריר ההוצ'ים, בר"ץ 63/44, 44 אל"ד 792, 793.

58 כאשר נגד יריר ההוצ'ים, בר"ץ 2/46, 46 אל"ד 170.

59 ראה ברזילי שם, בעמודים 220—221.

55 השווה גם לבנוני (חיים) נגד יריר ההוצ'ים, בר"ץ 38/54, ח' פסקי דין 324.

56 ברזילי נגד סובה-ברמן, ע"א 60/43, 43 אל"ד 217, 221—222.

הזוג עדיין לא נפרדו זה מזו, ושוב אין לא קיום ולא זכות קיום לצו החוקת הילדים. ברור, איפוא, כי באותו מקרה נתבקש בית המשפט המחוזי לתת — ונתן — את צו החוקת הילדים ללא קשר פנימי, הכרחי, בינו לבין צו הפירוד. ואם, אף על פי כן, נקרא שם צו החוקת הילדים בשם סעד „טפל“, „מסתעף“ מתוך הסעד „העיקרי“ של הפירוד, הרי היסוד לכך יכול להיות רק בקביעת הערכים הספציפיים של שני הסעדים ההם.

ואם כך הוא הדבר, אם בזה טפלותו של הסעד, יתעורר ספק בלב, אם אמנם צדק בית המשפט בחלקה הנשני של ההלכה, — ובפרט באותה צורה אבסולוטית בה הוגדר בפסק הדין הנ"ל. יש הגיון רב בקביעת ההלכה, כי אם בית הדין הדתי פועל תוך סמכות ייחודית בתביעה העיקרית המובאת לפניו, הוא מוסמך לדון גם בסעדים הטפלים, הסעדים שבגורא, הנספחים לתביעה העיקרית. אך האם מחוייב המציאות וההגיון הוא גם היפוכו של דבר, כי אם לבית המשפט האזרחי אין סמכות לדון בסעד העיקרי, הרי הוא משולל סמכות גם בנוגע לסעד הטפל, בן הסמכות המקבילה, כאשר אותו סעד, על אף היותו „טפל“ במובן ההגדרה דלעיל, אינו תלוי כלל בקיומו של הסעד העיקרי? על כל פנים, זו היא ההלכה שנקבעה במשפט ברזילי, כפי שראינו לעיל.

גימה חדשה להגדרת הטפלות הוכנסה על ידי פסק דין שניתן בבית המשפט העליון הישראלי. באותו ענין ניתן צו פיקוח על קטין מאת בית הדין היווני הקתולי. קדם לו צו „טאעה“ — צו ציות למרות הבעל — אשר לא צייתה לו האשה, ואחריו בא צו של פירוד, — שניהם „עניני נישואין“ הנתונים, מכוח סימן 54(1), לסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי ההוא. נתעוררה השאלה, אם בית הדין מוסמך היה גם לתת את צו הפיקוח הנ"ל. גדר הספיקות היה, אם יש לראות סעד זה כטפל לאחד משני הסעדים האחרים הללו, ובית המשפט אמר, כי אינו טפל לא לזה ולא לזה: לא לצו הפירוד שבא אחריו, מפני שאין המוקדם יכול „להגדר“ אחרי המאוחר, ולא לצו ה„טאעה“ שקדם לו, בגלל ה„תרת דסתר“ שביניהם, וכך אמר בית המשפט:

„אין לומר בשום פנים, כי הפיקוח הוא טפל לו (לצו ה„טאעה“), שהרי כל עיקרו של צו ה„טאעה“ לא בא אלא ליטע השכנת השלום בביתו של הזוג, אילו, למשל, היחה הבקשת מציינת לצו זה, שוב לא היה המשיב הראשון נזקק לתביעת פיקוח. שני סוגי סעד אלה הם, איפוא, בבחינת

„תרת דסתר“, ומטבעם אינם עשויים לשכון ככפיפה אחת. האחד עשוי לשמש, לכל היותר, כסעד אלטרנטיבי לשני. 60.

אין לראות בפסק דין זה הזדהות גמורה עם הרעיון, כי הטפלות היא „פונקציה“ של התלות, אך במידת מה הוא מתקרב אליו בקבעו, כי אם הסעדים הם אלטרנטיביים, אין לראות יחס של עיקר וטפל ביניהם. יתכן כי קריטריון מופשט ברור בכלל אי אפשר יהיה לקבוע כאן, נוכח העובדה כי בתביעת אישות, על פי דוב, הענינים הם כה מעוררים וכה מסוכסכים זה בזה — „מסוכסכים“ תרתי משמע — עד שאין למתוח בדיוק את הקו המבדיל ביניהם. הנה, למשל, גם בענין שהובא לעיל, אילו משמעותם הנבונה של כל הדיונים כולם היתה: שאיפת בני הזוג להסדיר את היחסים שביניהם, אם לשלום ואם לפירוד, יתכן כי בית המשפט היה רואה את הפיקוח כטפל לתביעה העיקרית, אולי משום כך נהג המחוקק הישראלי יתר זהירות בלסונו, בהתקלו בבעיה דומה בסעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נשואין וגירושין), תשי"ג-1953, ובמקום „טפל“ הוא כתב „ברוך“, — ביטוי המניח בקצה יותר רחבה להתגדר בה בקבעו את היהס והקשר שבין הסעדים השונים.

האם דבר שאינו הוא גופו מעניני המעמד האישי, יכול אף הוא להתשב כ„טפל“ במובן ההלכה הנ"ל, ולהכלל, משום כך, תוך סמכותו הייחודית של בית הדין הדתי? דומני, שלא! ראייה לכך: חלקה השני, השלילי, של ההלכה שנקבעה במשפט ברזילי בנ"ל. שני חלקי ההלכה הוגדרו שם באותו נוסח, ובאותה החלטיות ממש; תחומיהם כנראה חופפים זה את זה, וקשה להעלות על הדעת, כי העדר סמכותו של בית המשפט האזרחי לגבי הסעד העיקרי, יפסול גם את הסעד הטפל שניתן על ידו, כאשר זה אינו כלל מעניני המעמד האישי, והוא אף אינו תלוי ואינו חותנה בתקפו או בקיומו של הסעד העיקרי. נראה לי, איפוא, בלי לקבוע מסמרות בדבר, כי תנאי לסמכותו של בית הדין הדתי, או להעדר סמכותו של בית המשפט האזרחי, הוא, כי גם הסעד הטפל יהיה מעניני המעמד האישי.

אמנם בפסק דין ברזילי נאמר: „יש הברל בין אפטרופסות והחוקת ילדים“⁶¹, אך אין זה מוכיח, לדעתי, כי בית המשפט לא ראה ענין אחרון

60 שיבלי נגד שיבלי, בג"ץ 85/47, ב' פסקים עליון 454, 464.

61 ראה שם, בעמוד 222.

זה כלל כענין המעמד האישי. בית המשפט העליון הישראלי קבע כידוע בפרוש, כי "ענין החזקת ילד הגהו ענין של המעמד האישי"⁶², ואין אני סבור, כי היה בכך משום שינוי עמדה כלפי ההלכה שנקבעה בתקופת המנדט. ודאי יש הבדל בין שני הענינים: guardianship היא בעיקר מתן סמכות לייצג את הקטין כלפי חוץ, ו-custody היא מתן דשות לאחד התורים להחזיק את הילד בביתו או ברשותו. עד כאן הם גפרדים ונבדלים זה מזה. אך מכיוון שבשניהם מצוי אלמנט אחד משותף של שליטה ומרות, הרי מבחינת אופיה המשפטי של ה-custody כענין של המעמד האישי, היא כלולה במושג היותר רחב של ה-guardianship. וזו היא, לדעתי, ההגדרה הנכונה של הענין, והיא מיישרת את ההדורין בין שני פסקי הדין הנ"ל.

7. בעית החברות בכנסת ישראל. בין כל הבעיות הסבוכות שנתעוררו בתקופת המנדט, הן בעטית של חקיקה זרה אשר התכרה וגם לא הבינה (ביחוד בשטח משפטי זה) את צרכיה האמתיים של האוכלוסיה, והן בעטית של יודיקטורה אשר לעתים, פשוט, לא מצאה ידיה ורגליה במבדך שנוצר על ידי המחוקק, מצויה בעיה אחת, "מיוחדת", אשר עד היום עומד אתה תוהה ובוהה ושואל: מה טיבו של עובר זה, וכיצד ניתן לו לגרול ולהתפתח ולשבש את דרכי ההגיון וההלכה קרוב ל-25 שנים? ההלכות שצמחו סביב בעיה זו לא שמשו מעולם שום אינטרס, היוני או לא-היוני, מאיזה סוג שהוא. הן רק סייעו בידי אנשים חסרי מצפון להתהמק ממילוי חובותיהם כלפי בני זוגם, ילדיהם או קרובים אחרים. כוונתי לדבר החברות בכנסת ישראל, אשר — כפי שנראה להלן — הוכרו עליה כקנה מידה יחיד לשאלת ההשתייכות לעדה היהודית. הייתי עובר בטיקיה על כל הפרשה הכאובה הזאת, אשר כינתים (בשנת 1953) באה על תיקונה בעזרת המחוקק הישראלי, אלמלא העקבות העמוקות שהשאירה ביודיקטורה הארצישראלית והישראלית, ואשר רישומן ניכר עד היום הזה.

סמכותו של בית הדין הרבני מכוח סימן 53 מותנית, כידוע, בהשתייכותם של בעלי הדין אל העדה הדתית היהודית. משנת 1922 ועד סוף 1927 לא היה בכך משום בעיה מיוחדת. כל יהודי נחשב כבן העדה הדתית היהודית, והשאלה: מי הוא יהודי? לא היה פתרונה קשה יותר מפתרון השאלה, מי הוא מושלימי או נוצרי.

62 סיף נגד שיף, בג"ץ 109/53, ד' ססקי דין 543, 544.

הגה בימים האחרונים של שנת 1927 נתפרסמו תקנות העדה היידי דית⁶³, בעברית: תקנות "כנסת ישראל", אשר, כפי שנראה מיד, הכניסו אנדרדלמוסיה שלמה לבידור השאלה הפשוטה הזאת. באותן תקנות נאמר, כי המונח "עדה במובן התקנות": "כולל כל היהודים אשר, באופן המתואר להלן, רשומים כחברים בעדה".

ובתקנות 17, 18, נקבעה הדרך בה מתנהלים ומתפרסמים פסקי הבוגרים של כנסת ישראל — כי להכלל ברשימות החברים יכול רק "בוגר", היינו: אדם שמלאו לו 18 שנים תמימות⁶⁴ — תוך מתן הודאות מדוקדקות, כמעט פדנטיות, בנוגע לזמן פרסומם, צירופי שמות ומחיקתם.

עברו שנתיים ימים, ניתן פסק דין רבני המחייב בעל יהודי לשלם מזונות לאשתו, הבעל לא ציית. פסק הדין נמסר להוצאה לפועל, נשיא ההוצאה לפועל ציוה לאסור את האיש, והענין הגיע לבית המשפט העליון. כבית משפט גבוה לצדק, כאן תקף הבעל את סמכותו של בית הדין הרבני, בטענה, כי הוא איננו בן העדה הדתית היהודית, הואיל ושמנו אינו רשום בפנקס הבוגרים של הכנסת. בית המשפט אמנם לא קיבל את הטענה, במצאו, כי השלב בו ניתן פסק הדין לא היה אלא המשכו של שלב קודם, אשר בו עוד לא היה קיים הקריטריון הפורמאלי ההוא, — אך תוך כדי אמירה זו הוא קבע לראשונה את הכלל, כי יהודי שאינו חבר רשום בפנקס כנסת ישראל, אינו בן העדה הדתית היהודית במובן סימן 53, וכך נאמר שם:

"הציר עליו סובב הענין הוא, אם הדין האחרון היה בלתי תלוי בדיון אשר נגמר במתן פסק הדין המוצא לפועל⁶⁵, או לא. אם אמנם כך הוא, הרי העדרו של שם המבקש מן הרשימות שפורסמו (הכוונה היא לרשימות חברי כנסת

63 חוקי א"י, חלק ב', פרק 126, עמוד 2132.

64 שם, תקנה 17, בצירוף ההגדרה אשר בתקנה 2, דבר שגם לכך — כפי שהתכסא פרקליט אחר — כי העדה היהודית היתה, "העדה היחידה שאין בה ילדים". על התוצאות הרציניות שהיו עלולות לנבוע מכך, ראה להלן בסעיף זה.

65 כאן נמלה, כנראה בעליל, טעות סופר, צריך להיות: "אם הדין האחרון אשר נגמר במתן פסק הדין המוצא לפועל, היה בלתי תלוי בדיון הקודם, או לא", זאת אומרת: אם היה בלתי תלוי בדיון הראשון בו ניתן פסק מזונות ומני, או לא. זה עולה בחדאות מתוך הדברים שנאמרו שם בשלשת הקטעים הבאים אחרי הקטע שצוטט על ידינו.

ישראל) ישמש, כשלעצמו, מעצור בפני סמכותו של בית הדין הרבני⁶⁶.

פסק דין זה הנה גלים בחוגי הפרקליטים בארץ, והטענה היא היתה חיש מהר לשם דברי, אשר החלו להסתמך עליו בעלי דין בלתי מרוצים, בבא משרר ההוצאה לפועל לבצע פסקי דין שניתנו על ידי בית הדין הרבני. אך עדיין אפשר היה להטיח כלפיה, כי הרעיון שהובע בפסק הדין הנה לא היה אלא אמרת אנב בלתי מחייבת, שכן בסופו של דבר לא נתקבלה טענת הבעל, בשל הקשר שבין שלבי הדיון השונים כגיל, ובית המשפט — אילו רצה בכך — יכול היה להניח אותה בצריך עיון, מאין צורך ונזק להכריע בת במקרה הקונקרטי הנידון. עד שקפץ דוגו של משפט אחר, בו היתה השאלה הזאת לראש פינה של הדין, ובית המשפט העליון הלך לשיטתו, ואישר לגופו של ענין את ההלכה הנ"ל. לדיון עמדה הפעם צוואת יהודי, שהובאה לאישור לפני בית המשפט המחוזי. השאלה השנייה במחלוקת היתה, מי מן השנים — בית משפט זה או בית הדין הרבני — מוסמך לדון בדברי, וגדר הספיקות היתה: אם המצוה היה חבר העדה הדתית היהודית, במובנו הטכני של ביטוי זה, או לא. נשיא בית המשפט סבור היה, כי שאלה זו היא ענין לבית הדין המיוחד על פי סימן 55, חלק שני, אך בית המשפט העליון דחה את הרעה ופסק, כי מכיון שהכל מורים, כי שמו של המנוח לא נרשם בפנקס כנסת ישראל, הרי אין הוא חבר העדה הדתית היהודית, וצוואתו יכולה להתאשר רק בבית המשפט המחוזי. וכך הוא אמר:

„ד"ר עליאש טוען, כי השאלה אם אדם הוא חבר העדה היהודית או לא, היא שאלה של עובדה גרידא... הוכח בהצהרה בשבועה, ולמעשה גם אין חולקים על כך, כי (שמו של) המנוח לא היה בפנקס החברים של העדה היהודית... נראה לנו, כי ההוכחה (צריך להיות: השאלה) אם אדם הנו או איננו, מבחינה טכנית, חבר העדה היהודית, חייבת להיות נתוצת על פי העובדה, אם הוא מצוי או איננו מצוי בפנקס שהותקן כדין בשביל חברים כאלה.

לפי סימן 53 של דבר המלך, ניתנה לבתי הדין הרבניים

של העדה היהודית סמכות ייחודית בנוגע לאישור צוואת של חברי העדה שלהם, פרט לנתינים זרים. מכאן כי אם אדם איננו חבר העדה, אין לבית הדין הרבני כוח כל שהוא לתת איוו החלטה שהיא בנוגע לכשרות הצוואה, ושום הסכמה או טעות מצד בעלי הדין אינה יכולה לתת לבית משפט סמכות, אם אותה סמכות לא חונקה לו על ידי דבר המלך או פקודה. במקרה שלפנינו ברור, כי המנוח לא היה חבר העדה היהודית, וכי, משום כך, בית המשפט היחיד, לו יש סמכות בענין אישור הצוואה, הוא בית המשפט המחוזי⁶⁷.

יצוין כאן דרך אנב, כי קשה להלום, על שום מה ראה בית המשפט העליון את השאלה הנדונה כשאלה של עובדה גרידא. הן, אליבא דכולי עלמא, המצוה לא היה רשום כחבר בפנקס הבוגרים של הכנסת, והשאלה שנתעוררה היתה שאלה משפטית טהורה: אם עובדה דאית זו, שאין איש חולק עליה, עשויה לשלול ממנו את התכונה של חבר העדה היהודית, או לא. התשובה לשאלה זו אוצלת על השאלה שלאחריה היא, אם אישור צוואתו של מצוה זה נתון לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, או לא. — ומדוע אי אפשר היה להעביר את הענין להכרעתו של בית הדין המיוחד על פי סימן 55? אפשר, אולי, להגן על עמדתו של בית המשפט באמרונו, כי הוראת סימן 55 חלה רק כאשר השאלה, אם ענין מסויים הוא ענין המעמד האישי הנתון לסמכותו הייחודית של בית דין דתי, או לא, היא שאלה ad rem, ולא ad personam, אך רעיון זה כלל לא בא לידי ביטוי בקטע שצוטט על ידינו לעיל.

נחזור לענינו. איני יודע, על שום מה מצא בית המשפט לנחוץ להוסיף שם את המלים שהודגשו על ידינו. היינו: כי שום הסכמה מצד בעלי הדין אינה יכולה לתת סמכות וכזו, אך ההברה נורקה לחלל בהי המשפט, וממנה פינה ממנה יתד לכמה החלטות שניתנו לאחר מכן, ברוב זה, על ידי בתי המשפט. הם הורו וחזרו והורו, כי אפילו ההסכמה הברורה ביותר, והממושכת ביותר, מצד יהודי שאינו חבר הכנסת, לסמכותו של בית הדין הרבני, אין בכוחה להכשיר את פסק הדין שניתן. הרי לפנינו אחת מהן, אשר פרטיו הקיצוניים של המקרה עולים מתוך תיאור העובדות בגוף פסק הדין:

66 מיכאקאשוילי נגד יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 5/30, 1 רוסנברג 131, 132.

67 שטרנברג נגד אהרונסון, ע"א 246/40, 41 אטלבוים 17, 18.

המבקשת היתה אשתו של המשיב השני. שני הצדדים הופיעו בבית הדין הרבני מסביב לשנת 1937, ובית הדין הרבני הוציא פסק דין המעניק אלימוני לאשה. כעבור ארבע או חמש שנים, נזכר הבעל בעובדה, כי הוא אינו רשום כחבר בעדה היהודית, ומיד פנה ליושב ראש ההוצאה לפועל וביקש לעכב את בצוע פסק הדין, היות ולכית הדין הרכני לא היתה סמכות להוציא פסק דין ביחס לאדם אשר אינו חבר העדה היהודית. הכל מודים, כי הבעל אינו רשום כחבר העדה היהודית. בית משפט זה ככר הורה, כי כמסיבות כאלו הוא איננו מבחינה משפטית, חבר העדה היהודית. המבקשת טוענת, כי יש להסיק את הסמכות מתוך הסכמה שבהתנהגות, היות ובעלי הדין הופיעו לפני בית הדין הרבני, — אבל שוט כמות של הסכמה אינה יכולה להקנות סמכות לבית משפט, כאשר אותה סמכות תלויה בחוק⁶⁸.

מאמר זה: שום כמות של הסכמה אינה יכולה להקנות סמכות וכו', הפך מטבע לשוני ומשפטי מובהק, שגור בפי כל, והתוצאה היתה, כי כעבור שנים על גבי שנים של סכסוכים והתדיינות בפני הרבנים ובפני משרד ההוצאה לפועל, יכול היה הנתבע להוציא פתאום מתחת ידו את "הנשק הקטלני" ההוא, ולכטל במחי יד את כל פסקי הדין שניתנו נגדו על ידי בית הדין הרבני. יצוין כאן — והדבר עולה גם מתוך פסק הדין שנצטט אותו להלן — כי פנקס הבוגרים של הכנסת מעולם לא התנהל על פי כל תגיהן ודקדוקיהן של התקנות הללו, ולא קל היה לאדם מן השוק לברר ולדעת, אם אמנם נרשם, או עדיין רשום הוא כחוק, בפנקס הבוגרים הנ"ל. ומשניתנה רשות לטעון שוב לא הבחינו, והטענה הגיעה לשיאה במשפט קפלן הנודע⁶⁹. היה זה ענין של אישור צוואה, וציר הדיון היה, אם המצויה, בשעת מותו (בשנת 1942), עדיין רשום היה כחוק — זאת אומרת: בהתאם לתקנות — בפנקס הבוגרים של הכנסת. אין ספק, כי בשנת 1936 היה יצמו רשום באותו פנקס, אבל בינתיים (בשנת 1937) קרה משהו: החוקק שינה ותיקן וסיבך את התקנות, המסובכות כלאו הכי, בנוגע לתיקונו (רויזויה) של הפנקס⁷⁰, אך הועד הלאומי לא שמר בקפדנות על הוראות אלו, והפנקס לא תוקן כחוק, ולא היה "מעודכן" כרבעי.

בוה מצא אחד הפרקליטים קרניים לנגח בהן את עצם חוקיותו של הפנקס, ולבטל על ידי כך את חברותו של המצויה בעדה היהודית, על מנת להגיע אל המסקנה, כי לא בית הדין הרבני, אלא בית המשפט המחוזי, הוא המוסמך לדון באישור הצוואה. בסופו של דבר לא נתקבלה הטענה, אך מעניין הוא לראות ומאלף עד למאד, כמה נפתולים נפתל, ובאיזה דרכים רחוקות נאלץ בית המשפט ללכת, כדי לעקוף את הטענה הפורמאליסטית ההיא, ולהגיע לידי מסקנה הגיונית.

„ההוראות על חיבור הפנקס מצויות בתקנות 17, 18, (כפי שתוקנו), ונראה לנו למעלה מכל ספק, כי הררישות לגבי תיקונו של פנקס שנת 1936 לא נתמלאו, על כל פנים לא עד יום פטירתו של המנוח. לכן נטענה הטענה, ובית המשפט שדן בענין קיבלה אותה, כי המערער, אשר עליו מוטלת היתה חובת ההוכחה, לא הצליח להוכיח כי המנוח, בשעת מותו, היה חבר העדה היהודית. יען כי העובדה שהיא היה חבר העדה בתקופת פנקס 1936, אין די בה כדי להראות, כי הוא עדיין היה חבר בשעת מותו בשנת 1942... ואולם אם דעה זו... נכונה היא, העולה מכך יהיה כי, מבחינה משפטית, לא היה בכלל שום חבר בעדה היהודית. זו היא, כמובן, מסקנה אשר בית משפט יגיע אליה מתוך מורת רוח, — ובעוד אשר נכון הדבר, כי תחיקה של בחירות (electoral legislation) יש לפרשה באופן דווקני, הדי במקרה של דרימשמעות יהא בית המשפט נוטה, כמובן, נגד מסקנה בלתי נוחה שכזאת. מר גויטיין הפנה אותנו לסעיף 5 של המגילה, בו נאמר: „כלל גדול הוא, מעמידים דבר על חזקתו“, ומבקש אותנו להחיל מכסימה זו על המקרה שלפנינו, כדי להשאיר בחיים את פנקס 1936. בשים לב אל הוראה זו, ואל העובדה הנעלה מכל ספק, כי המנוח ראה את עצמו כחבר העדה לאחר שפג תקפו של הפנקס, הגעתי לידי מסקנה, אם כי לא בלי היסוסים, כי הוראות התקנות 17,

69 קפלן נגד קפלן, ע"א 131/42, 42 אמלכום 728.
70 עתון רשמי 663, מיום 28.1.37, תוספת 2, עמוד 27.

68 ענישטיין-ליי נגד יו"ר ההוצ"פ, כ"פ 201/42, 42 אמלכום 569, 370.

18. אינן כה נקיות מדו-משמעות יי, עד כדי לאלץ אותי לסבור, כי ההמנעות מלתקן בדיוק את הפנקס, משמעותה היא כי מבחינה משפטית, לא היה שום חבר בעדה היהודית תוך תקופה של לפחות ארבע שנים⁴².

משמשים כאן בערבוביה: נימוקים משפטיים (קלושים למדי) עם שאיפה חזקה (מובנת למדי) שלא להגיע לידי תוצאות אבסורדיות בהחלט. יתכן, כי אילו נקט בית המשפט את הדרך ההפוכה, והיה מסיק בצורה משפטית-הגיונית, מהלכת החברות בכנסת, את כל המסקנות הקיצוניות שבה, היה מאלץ כזה את המחוקק לבער את "החטא הקדמון", ולבטל — בדרך של חקיקה — את ההלכה שהולידה "יהודים שאינם יהודים", בתלותה את ההשתייכות לעדה ברישום השמות בפנקס. לא היתה זאת טעות או פליטת קולמוס מצד השופטים המלומדים, בכנותם שם את תקנות כנסת ישראל כ"תחיקה של בחירות", כי החלק העיקרי שבהן באמת מטפל בקביעת מודוס, פחות או יותר דימוקרטי, לבחירת גופים ומוסדות מסויימים, — ומתוך הכרה זו אפשר היה לצמצם את הגדרת המונח "עדה" אשר בתקנה 2 למטרת "תחיקת בחירות" זו בלבד, ולא להחיל אותה, אחורנית ולמפרע, על סימן 53 של דבר המלך, אשר ניתן כשש שנים קודם לכן. לא היה בכך משום "עיקום הכתוב", לאחר שבראש תקנה 2 נאמר:

"בתקנות אלה, אם הדבק הדברים אינו מחייב אחרת וכו'".

ואם לא נעשה הדבר, הרי זה הוא רק בשל התקדימים המרובים, אשר הספיקו להצטבר במדוצת הזמן ברוח ההלכה הנ"ל.

במניפסט קפולן הושמעה על ידי בית המשפט הטאלה-התמיהה: כלום יתכן הדבר, כי במשך ארבע שנים תמימות לא היה אף חבר אחד בעדה היהודית? ובעטייה של קושיא זו הגיע לידי סטייה חלקית מן ההלכה והיא כנ"ל. אך באותה מידת הגיון ממש אפשר היה להטיח פליאה-תמיהה אחרת, אשר עלולה היתה לקעקע את כל בירת ההלכה, והיא: היתכן הדבר, כי מבחינה משפטית, העדה היהודית היתה הוהה ותהיה עדה עש"ן בה יודים כלל? ראינו לעיל, כי חבר רשום בפנקס כנסת

ישראל יכול להיות רק בוגר — היינו: אדם (איש או אשה) מבן שמונה עשרה שנה ומעלה — ואם רישום השם בספר הוא הקריטריון היחיד בשאלת ההשתייכות לעדה היהודית, הרי המסקנה תהיה, כי כל עניני המעמד האישי של ילדים, כגון: מזונות ילדים, החזקת ילדים, אימוץ וכדומה, לא יוכלו להיות נידונים בבית הדין הרבני, לא רק מפני שהילד לא הסכים לסמכותם — דבר שהוא בחינת "מכת מדינה" לגבי כל בתי הדין העדתיים — אלא גם, ולמעשה: בעיקר, מפני שהילד אינו אף פעם חבר העדה הדתית היהודית, והתוצאה המעשית אשר חייבת היתה לעלות מכך היא, כי אפילו אם האפוטרופוס ad litem שנתמנה על ידי בית המשפט המחוזי מסכים, בשם הקטין, לסמכותו של בית הדין הרבני, עדיין לא תהיה סמכות לבית דין זה לדון בענינו של הקטין.

ועם כל זה אנו דואים, כי בתי המשפט לא מצו כאן את קבעת כוס ההלכה עד תומה, ולא הסיקו הימנה את המסקנה העקבית הנ"ל. הנה בקראנו, למשל, את פסק הדין שניתן בענין פינשטיין⁴³, אנו למדים מבין השיטין, כי אילו נתקבלה טענתו של המשיב, ומזונות הילד היו נחשבים כענין של הילד גופו, ולא של אמו, היה צורך — וממילא גם אפשרות — לפנות תחילה לבית המשפט לשם מינוי אפוטרופוס ad litem ועם הסכמתו של האפוטרופוס לסמכות בית הדין הרבני, היתה מוקנית לבית דין זה סמכות מלאה וכשרה לתת פסק דין של מזונות ולזכותו ולטובתו של הילד גופו. וגדולה מזו דאינו במשפט גליק⁴⁴, שם קבע בית המשפט בפירושו, כי הסכם ההורים, בו הם פעלו כאפוטרופסי הילדה, מחייב את הילדה להתדיין בעתיד, לגבי מזונותיה היא, לא בפני בית המשפט האזרחי, אלא בפני בית הדין הרבני, — וכיצד יכולה "לא-יהודיה" להתדיין בפני בית הדין הדתי של העדה היהודית?

מתוך שני פסקי דין אלה, ורבים אחרים וזלתם, עולה, כי כאשר אין פסול ברוב מבחינת ההסכמה לסמכות — אם בשל הסכמתו של "האפוטרופוס" רופוס למשפט, ואם בשל הסכמתם של ההורים, האפוטרופסים הטבעיים של הילד — יכול גם יוכל קטין יהודי להתדיין בתובע או נתבע בפני בית הדין הרבני, בלי שיוכלו להטיח כלפיו: אף שמך מצוי בפנקס הבוגרים של הכנסת, ולכן אינך בן העדה היהודית כמו בן סימן 53. הוה

73 לעיל הערה 42.

74 לעיל הערה 44.

71 היכן כאן ה"דו-משמעות" לא פורש, ולמעלה מן הענין נאמר, כי אין ספק בדבר, שדרישות החוק (התקנות) לגבי הרחיבה של הפנקס לא נתמלאו.

72 קמלן שם, עמוד 730.

אומר: על אף נוקשותה של ההלכה התולה את כל הקולר בעובדת רישום השם. עדיין לא הרהיבו להסיק הימנה את המסקנת האחרונה, כי קטין יהודי בכלל אינו יכול להיות בעל דין בריון עניני המעמד האישי המתקיים בבית הדין הרבני.

ואין אני סבור, כי רק בזכותו של "פורה שר של שכחה" נעלם מעיני השופטים הפגם ה"פאטאלי" ההוא. גראה לי, כי בתי המשפט סרבו ביודעין להסיק את המסקנה ההיא, שהיתה הופכת את העדה הדתית היהודית — אם הותר לומר כך — לעדה של "וקני ציון" בלבד. זאת היתה גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה, והיתה גוררת אחריה תוצאות קשות ביותר. כבר העצה היעוצה היא לפנות תחילה לבית המשפט המחוזי לשם מינוי אפוטרופוס ad litem לא היתה מעשית ביותר, ולרווחתה-לשוועתה נוצרו ההלכות שנקבעו במשפטי פינשטיין וגליק. אך הקשיים היו גדלים שבעתיים, וממש אי אפשר היה להתגבר עליהן, אילו נקבעו, כי עניניו של קטין בכלל אינם יכולים לשמש נושא לדיון בפני בית הדין הרבני. הגע בעצמך — וזו היא רק דוגמא אחת מני רבות — כני זוג יהודים עומדים להתגרש זה מזו בגט פיטורין, ומבקשים להסדיר את עניני הילדים שלהם; להסדיר אותם לא כחלק של עניניהם הם, אלא כעניני הילדים גופם: מי ומי יהיה האפוטרופוס על הילד, מהו סכום המזונות שהילד גופו — ולא רק האם כחלק מהוצאותיה — יהא רשאי לתבוע מאביו, וכדומה. שני הרברים, מתן הגט ועניני הילד, קשורים ותלויים זה בזה, ואין לאחד מהם קיום בלעדי השני. הבעל, למשל, אינו מוכן "להוציא" את האפוטרופוס מידו, אלא אם כן תסכים האשה לקבל את הגט. והאשה אינה מוכנה לקבל את הגט, אלא אם כן תתמנה כאפוטרופוסית על הילד. ומכיוון שבמקרים כאלה בני הזוג, כרגיל, אינם מאמינים זה לזה, הרי אין, למעשה, כל אפשרות להסדיר את שני הדברים הללו, אלא אם כן הגושפנקא החוקית הסופית שאין אחריה ולא כלום, תנתן להם בעת ובעונה אחת. כאותו דגע ממש. הכרח הוא, איפוא, כי הרבנים, אשר הם ורק הם יכולים לסדר את מתן הגט, יהיו מוסמכים — הלו יהא רק אחרי קבלת הסמכתו של האפוטרופוס ad litem — להסדיר גם את הענינים האחרים הנ"ל. זה הוא, לדעתי, הטעם אשר בגללו נמנעו בתי המשפט מלשלול מבית הדין הרבני את הסמכות לדון (על פי הסכמה כשרה) בעניניו של קטין יהודי, למרות מה ששלילת סמכות זו היתה המסקנה "ההגיונית" שעלתה מתוך הלכת החברות הנ"ל.

עניניו הרואות, כי הלבת כנסת ישראל אשר חצתה את העדה היהודית

לשנים — יהודים בני העדה היהודית, ויהודים שאינם בני העדה — גדרה אחרית חצאיות וחוסר עקביות בשימוש ההלכה. — ואף זה ארגומנט חזק מאד נגד עצם קיום ההלכה.⁷⁵

וגם אחרי קום המדינה, לאחר שבמשך כמה שנים לא התנהלו בכלל פנקסי הבוגרים של הכנסת, לא פנה זיוה של ההלכה, וגם בית המשפט העליון הישראלי ראה עצמו קשור בתקדימים שהשתדרשו בתקופת המנדט. במשפט הראשון מסוג זה שהגיע לבית המשפט העליון, סמך בית המשפט — אם כי מתוך מורת רוח גלויה — את ידו על התלכה הנ"ל, בצרפו לכך את המלצתו, כי המחוקק הישראלי יתקן את פגימתו של החוק, ויבטל את תנאי החברות בכנסת כתנאי עיקרי לסמכות הרבנים, לפחות בעניני הסמכות חוקרביה המצריכים, בלאו הכי, את הסמכת כל בעלי הדין לסמכות בית הדין הדתי.

שלילת הזכות מיהודים, אף בזמן ששני בעלי הדין רוצים בכך, להתדין בפני בית דינם הרתי היא דבר המתנגד לתגיון ולצדק, ומה אם נתינים זרים (חברי הכנסת) שבשהם באים לדין לפני בית המשפט האזרחי הם נידונים לפי חוקי ארצם... יכולים לתת סמכות לבית הדין הרבני הדין אותם לפי דיני ישראל — אזרחי ארץ ישראל, שגם בבית המשפט האזרחי הם נידונים בדיני אישות לפי דיני ישראל, לא כל שכן שיוכלו לקבל עליהם סמכות בית דין רבני, שהוא המומחה ביותר לדיני ישראל.⁷⁶

75 פסק הדין כענין עמיצוד (להלן הערה 81) אינו עשוי לשמש אסמכתא לכך, כי קטין יהודי אינו נחשב אף פעם כחבר העדה היהודית. אמנם בהחלטתו של י"ר ההוצאה לפועל אשר שמשה נושא לאותו דיון, נתקבלה הטענה כי המבקשת, בעת היותה פחותה מבת 18, לא יכלה להיות רשומה בפנקס חברי כנסת ישראל, אך: (א) טענה זו נכרסה שם יחד עם הטענה האחרת, כי גם לאחר הגיעה לגיל 18 לא היתה רשומה בפנקס; (ב) בית המשפט דחה את כל טענותיו של המשיב מטעמים אחרים. בשל שניים אלה, אין לראות כפסק דינו של בית המשפט העליון "הסכמה מכללא" לכך, כי כל קטין יהודי אינו בן העדה הדתית היהודית.

76 מפסק דינו של השופט הרב אסף, כענין גליקסברג נגד י"ר ההוצאה, בג"ץ 8/48, א' פסקים 210, בעמוד 223, ראה גם את פסקי הדין של הנשיא ומורה רשל השופט אולשן שם, בעמודים 224, 222.

ואפילו בשנת 1954, לאחר שחוק נישואין וגירושין תשי"ג-1953 כבר ביטל את ההפליה בין "חבר" ו"אינו חבר" בכנסת ישראל, הרי כשנודמן לבית המשפט העליון לדון במקרה שקרה לפני צאת חוק זה, הוא החיל עליו — ושוב מתוך איריצון בולט — את ההלכה הנ"ל.

„לעומת זה נראה לי כי... בפרק הומן שבין ה-1.1.53 (יום הגשת הבקשה) וה-4.9.53 (יום תחולתו של חוק נישואין וגירושין), היה בית המשפט המחוזי מוסמך גם מוסמך לדון ולהחליט בבקשת המערערים. הטעם האחר והיחיד לכך הוא. כי בעלי הדין לא היו חברים בכנסת ישראל, וממילא לא חלה עליהם תוראת סימן 53 (1) לדבר המלך במועצה. אמנם אנכי פקפקתי, גם לפני צאת חוק נישואין וגירושין, בנכות ההבדל בין „חבר“ ו„לא חבר“ בכנסת ישראל, ראיתי בו „שם שנתרוקן מתכנו“ בתנאי המציאות החדשה שהחלה עם קום המדינה, אך זו היתה אז ההלכה המקובלת בישראל, ועל פיה הלך בית משפט זה, אם כי מתוך הסתייגויות וצמצום מיט שונים, גם במקרים שקרו אחרי קום המדינה“.

ובענין אחר, הדין אף הוא כאותה בעיה, פתח בית המשפט העליון את פסק דינו במלים אלו:

„ושוב הועלתה לפנינו שאלת החברות ב„כנסת ישראל“ — אותה שאלה יגעה ומייגעה, המאלצת את בתי המשפט לטפל בבידור מושגים ושמות שנתרוקנו מתכנם — נשמות עדטילאין“ שאין להן אחיזה עוד בחיי המציאות. הגיע הזמן, שהמחוקק הישראלי יתן את דעתו על בעיה ישנה-נושנה זו, ויסדיר אותה הסדר של קבע, בדרך של תחיקה מפורשת ברורה ושלמה“.

ואכן מורת הרוח מ„סבל הירדשה“ המנדטורי עשתה את שלה, לפני שהטחנות האיטיות של המחוקק החלו לטחון את הבעיה, ובשנות 1951-1952

77 מפסק דינו של השופט זילברג, בענין כהרבוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ת' פסקי דין בעמוד 15. בנקודה זו לא היו חילוקי דעות בין השופטים שיטבו בדין: עיין שם בפסקי דינם של השופט חשין והשופט ווסמן.

78 גרלר נגד גרלר, בג"ץ 149/51, ה' טסקי דין 1399, 1401.

הובקעו הפרצות הראשונה בחומה בצורה זו, וניתנה רשות לשופט — במקרים מיוחדים, יוצאים מן הכלל — לסטות מן ההלכה הקשה היא. אלו הם ההסתייגויות והצמצומים שנרמו עליהם בציטטה שהובאה על ידינו לעיל. אמר מי שאמר: hard cases make bad law, אבל הם ודאי אינם עושים זאת לגבי אותם „מקרים קשים“ עצמם. הישועה באה מרעיון המניעות, אשר במידה מסוימת כבר השתמשו בו — בשני מקרים דומים — בתקופת המנדט, אמנם לא לגבי החברות בכנסת, אלא לגבי ההשתייכות לעדות דתיות אחרות. במקרה הראשון, מעשה היה במושלמי שהמיר את דתו ולא רשם את ההמרה כחוק, וכאשר משרד ההוצאה לפועל ניגש לבצע פסק מוזנות שניתן על ידי בית דין דתי קתולי, הוא התנגד לכך בטענת חוסר סמכות. בית המשפט דחה את הטענה באמרו:

„... ברור למדי, כי הבעל הציג את עצמו כרומי-קתולי, כדי שנישואיו ייערכו בכנסיה קתולית. בהצהרה בשבועה של האשה נאמר, כי הוא רגיל היה לבקר בשירותי הכנסיה הקתולית... והוא ודאי גילה עובדה זו למי שערך את נישואיו. על ידי הצהרה זו, ועל ידי הסכמתו לעריכת נישואין על פי טכסי הדת הקתולית, יש לדאות את הבעל... כאילו קיבל על עצמו את סמכות הכנסיה הקתולית בענינים הנוב-עים בינו לבין אשתו מתוך הנישואין, והואיל ועל ידי הצגת-עצמו זו הוא השיג את עריכת נישואיו ע"י הכנסיה הקתולית. הרי הוא מנוע עכשו, בדיונים שבינו לבין אשתו, מלטעון כי איננו רומי-קתולי“.

ובמקרה השני, שאף בו היה משום „התדאות כאחר“ מן הבחינה הדתית, אמר בית המשפט:

„שתיים עשרה שנה עובר לנישואיו היה המשיב רומי-קתולי על פי אמונתו. בעת עריכת נישואיו הוא הציג עצמו כרומי-קתולי, ואף אם דרישות הפקודה לא נתמלאו... הרי בדיונים המשפטיים, לפחות בינו לבין אשתו, הוא מנוע מלטעון כי הוא משהו אחר מאשר רומי-קתולי“.

79 עמר נגד יריר ההצל"ס, בג"ץ 6/43, 43 אל"ר 73, 76.

80 בקלוק נגד בקלוק, בג"ץ 7/44, 44 אל"ר 192, 195.

רעיון זה, של המניעות, הועלה כאילו מתהום הנשיה על ידי בית המשפט העליון הישראלי במשפט עמיצור⁸¹, ונעשה כלי להקנות בו את חודה של הלכת החברות בכנסת, אשר גרמה סבל בל ישוער למאות בעלי דין יהודים, ואמנם ענין עמיצור היה מקרה קיצוני, אשר "כל עצמותיו תאמרנה" שאין לתת לבעל דין להתחמק מבעד להרכי ההלכה הפורמאליסטית ההיא. האיש דרש מאשתו, כי תסכים להתגרש ממנו בגט פיטורין כדת משה וישראל, האשה נכנעה לדרישה זו, בהסכמתה הוא הגיש תביעה נגדה לבית הדין הרבני עם "בקשה לסידור גירושין", נתעורר רדת שאלת החוקת הילד ומוזנותיו לאחור סידור הגט, הרבנים נכנסו בעבי הקורה, שמעו טענות, הציעו הצעות, ובסופו של דבר הוסכם, כי הילד ישאר אצל אמו, כי הבעל-האב ישלם לה למוזנותיו סך כך וכך לחודש, וההסכם אושר על ידי הרבנים, וניתן לו תוקף של פסק דין. מיד לאחר חתימת ההסכם — ועל יסוד ההסכם זה — נתגרשו בני הזוג זה מזה בגט פיטורין, הבעל לשעבר נשא לו אשה אחרת, וכעבור כמה חדשים הוא הפסיק לשלם את שעורי המזונות בעד הילד הנ"ל. פסק הדין הרבני חוגש להוצאה לפועל, הבעל טען, כי הוא אינו רשום בפנקסי הבוגרים של הכנסת, ומשלא הצליח להוכיח טענה זו, חזר וטען כי האשה אינה חברה רשומה בכנסת ישראל, והטענה נתקבלה על דעת הנשיא התורן, יושב ראש ההוצאה לפועל. האשה פנתה לבית המשפט העליון (כבית משפט גבוה לצדק) בבקשה לצוות על ביצועו של פסק הדין, ומבוקשה ניתן לה, תוך הסתמכות על רעיון המניעות הנ"ל. ניתנו שלשה פסקי דין נפרדים, השונים זה מזה באי אלה הברלים דקים.

בפסק דיני כתבתי:

"... ההלכה המקובלת, אשר נלך כאן על פיה, היא, כי אין בית הדין הרבני מוסמך לדרון במשפטי אנשים שאינם כולט חברים רשומים בפנקסי כנסת ישראל. היה אחד הצדדים אינו-חבר בכנסת, אין בית הדין מוסמך לדרון בעניני המצב האישי שלו, אפילו אם הוא גופו הסכים לשיפוט הרבנים...

אך בזה עדיין לא הקפנו את כל צדי הבעיה דנן. שאלת ההסכמה של אינו חבר לחוד, ושאלת המניעות לטענת אינו

חבר לחוד. מבחינה רעיונית-הגייונית, אין כל קשר בין השתיים, ואין כל סתירה ביניהן. ההסכמה באה להקנות סמכות למי שאין לו; המניעות באה למנוע תוכחת עובדות השוללות את הסמכות...

נחזור לעניננו... המשיב דנן הוא הוא שדרש גט מאשתו. הוא הוא שהגיש את תביעת הגירושין לבית הדין הרכני. פנייתו זו לבית הדין הרבני פירושה כי לבית הדין יש סמכות לדרון בענינו, וממילא: כי שניהם יחד — גם הוא וגם אשתו — הנם חברים רשומים בכנסת ישראל. התביעה גררה אחריה מתן פסק דין, ופסק הדין הביא אתו בכניפו את סידור הגט. על יסוד פסק דין זה, שראתה אותו במחייב ובר תוקף, הסכימה האשה להתגרש מבעלה, ושניתה את מצבה מן הקצה אל הקצה. נראה לי כי במסיבות אלה, ובשים לב אל ההצהרה ואל ההתנהגות המיוחדת הנ"ל, היא בזה עול משוער עד לב השמים, אם נרשה למשיב להתחמק מחובתו והתחייבויותיו, ולא נראה אותו כמנוע לטעון, כאן או במשרד ההוצאה לפועל, כי הוא ואשתו אינם חברים רשומים בכנסת ישראל⁸².

מפסק דינו של השופט אולשן:

"אני מסכים בי במקרה דנן מנוע המשיב מלטעון כי לא היו קיימות העובדות שהן תנאי לסמכות בית הדין, מפני שיש לראות את עריכת הגט כחלק מההסכם שניתן לו תוקף של פסק דין. המשיב עצמו ביצע אותו חלק מפסק הדין שהיה לטובתו, ועל ידי כך גרם לידי כך שהמבקשת שינתה את מצבה... מפני טעם זה, וטעם זה בלבד, אני סבור כי אין להרשות למשיב להוכיח את המצב לאמתו, כדי לאפשר לו לשלול מהמבקשת את האפשרות לבצע את פסק הדין אחרי שהמשיב כבר הפיק בשביל עצמו את ההנאה מפסק הדין"⁸³.

82 מפסק דינו של השופט זילברג, עמיצור שם, בעמודים 101-102, 104.
83 עמיצור שם, עמוד 105.

81 עמיצור נבו יזיר ההוצאים, בג"ץ 293/52, ד' פסקי דין 98.

השופט המלומד אולשן הטיל, כפי שראינו, את הדגש על כך, שהמשיב ככר ביצע חלק מאותו פסק דין גופו, אשר הוא, עכשו, מבקש את ביטולו. אלמלא פרט זה, כך נראה הרבה, לא היה דואה השופט אולשן במסיבות הענין שהוא עילה להפעלת רעיון המניעות. ובפסק הדין השלישי, פסק דינו של השופט הלוי, נאמר:

„המשיב השני, על ידי תביעתו בפני בית הדין והגשת ההסכם החתום על ידו ועל ידי אשתו לאישור, הביא את אשתו לידי קבלת גט וגרם על ידי כך לשינוי מכריע במעמדה האישי... המשיב השיג מאת המבקשת את הסכמתה לקבלת הגט, אחרי ששכנע אותה שזכויותיה ביחס לילד ומוזונות הילד נובטחים על ידי פסק דין של בית דין מוסמך. במסיבות אלו לא היה מן הצדק, ומן היזר להרשות למשיב, אחרי שנתן גט לאשתו ואף נשא אשה אחרת, לטעון שלבית הדין לא היתה סמכות לאשר את ההסכם, שהיה היסוד לשינוי מעמדם של שני הצדדים. זוהי טענה בלתי הוגנת, שהמשיב „מנוע על ידי התנהגות“ מלעורר בפני ירד ההוצאה לפועל“⁶⁴.

כאן שוב, כמו בפסק הדין הראשון, הודגשה בעיקר התנהגותו של הבעל, והיא היא ששימשה עילה להפעלת רעיון המניעות. הצד השווה שבכולם היא החלת עקרון המניעות על שאלת השתייכותו של בעל הדין לאחת העדות המוכרות, אם יש הצדקה לכך במסיבות הקונקרטיות של הענין⁶⁵.

זו היתה „התדומה“, המוגבלת למדי, אשר תרמה היודיקטורה לפתרון הבעיה הכאובה של החברות בכנסת, עד שבא המחוקק, בשנת 1953, וביטל מעיקרה את כל התפליה הנ"ל, ובוה ידובר להלן בחלק השני, פרק ה'.

8. סמכותו של בית הדין הרבני לגבי התרת נישואין שניים. ענין זה, בעצם, אין מקומו בפרק זה (או בחלק פרק זה), כי:

84 עמ' 105-106.

85 השהה גם את שלשה פסקי הדין (של השופט זילברג, של השופט אולשן, ושל השופט אגרוס) שניתנו בענין קלרמן נגד נשיא ההוצאים, ברי"צ 291/52, ו' פסקי דין 266, וההשחאות שנערכו שם עם העקרונות שנקבעו במשפט עמ' 266.

(א) אין סמכות זו נובעת מהוראות דבר המלך; (ב) אין היא מוגבלת לאזרחי הארץ בלבד. אף על פי כן, ומאין לו מקום מתאים אחד, החלטתי לשכך אותו כאן, ולהשלים בזה את עניני הסמכות הנתונה לבתי הדין הדתיים. הסמכות הנידונה בזה מקורה נעוץ בסעיף 181 (ד) לפקודת החוק הפלילי (תיקון) 1947, בו נאמר, כי תהא זו „הגנה טובה“ כלפי אישום ברכוי נשים (ביגמיה) אם יוכח:

„כי חוק הנישואין החל על הבעל הן בשעת עריכת הנישואין הראשונים והן בשעת עריכת הנישואין השניים, היה דיני ישראל („החוק היהודי“), וכי פסק דין סופי מאת בית דין רבני של העדה היהודית, המאושר על ידי שני הרכנים הראשיים, והנותן לו היתר לנישואין שניים, הושג על ידו לפני עריכת נישואיו השניים“.

הגנה חדשה זו היא „העור כנגדו“ לתיקון אחר, מחמיר, שהוכנס אותה שעה לחוק, ושניהם יחד הם תוצאה של הלאקונה שנתגלתה, בשנת 1938, אגב משפט מפורסם אחד, בסעיף המקורי. מעשה ביהודי ארצישראלי אשר, לטענת הקטיגוריה, נשא אשה (או נשים) על אשתו, הואשם בעבירת ביגמיה על פי סעיף 181 של פקודת החוק הפלילי 1936, והובא לחקירה מוקדמת בפני השופט החוקר. טענת סניגורו היתה, כי המעשה שיוחס לשולחו אינו כלל עבירה במונח הסעיף הנ"ל. נאמר באותו סעיף:

„איש הנושא אשה על אשתו, ואשה הנישאת לאיש על פני אישה, בכל מקרה בו נחשבים נישואין אלה כבטלים מחמת שחלו בחיי הבעל או האשה, יאשמו בפשע ויהיו צפויים לחמש שנות מאסר“.

תנאי הכרחי לקיום העבירה הוא, איפוא, כי הנישואין השניים יחשבו כבטלים — בטלים על פי איזה חוק? ודאי, וללא כל ספק, על פי התוק השורר על עניני המעמד האישי של הנאשם! — והן לפי דיני ישראל, שהם החוק האישי של יהודי ארצישראלי, כגון הנאשם דנן, גם נישואין בניגוד לחדר⁶⁶ הם בעלי תוקף חוקי — הקידושין תופסין, ואינם בטלים

86 תור"ג — חרם ורכבו גרשום, הוא רכבו גרשום מאור הגולה (960-1040) אשר התרים על הנושא אשה על אשתו (ש"ע אה"ע, סי' א', סעי' י'). נוסח התקנה, יחד עם ההיתר שלה — „היתר מאה רבנים“ — מצוי בשו"ת מהר"ם מינץ, סי' ק"ב, שו"ת מהר"ם רוסנבורג, סי' קנ"ג, ושרת מהר"ם פאוחה, סי' י"ד.

ומבוסלים⁸⁷ — נמצא שהנאשם כלל לא עבר על העבירה הנ"ל. הטענה נתקבלה על דעת השופט החוקר המלומד (ד"ר חשין), האיש זוכה. על אף זיכוי זה העמיד היועץ המשפטי — מכוח סמכותו על פי סעיף 28 (5) (א) של פקודת הדיון הפלילי (שפיטה על פי כתב אישום) — את הנאשם לדיון בפני בית המשפט המחוזי, והוא זוכה שוב. הוגש עדעור לבית המשפט העליון, בית המשפט השתמש בהוראת סימן 47 של דבר המלך, וביקש וקיבל את תוות דעתו של הרב הראשי ד"ר הרצוג, והאיש זוכה סופית⁸⁸.

תוצאה בלתי רצויה זו — בלתי רצויה גם לדעת אלה שתמכו מבחינה משפטית, בויכוי של הנאשם הנ"ל — עוררה את דעת הציבור היהודי בארץ, והושמעה דרישה נמרצת לתקן את החוק. אך לא קל היה למצוא נוסחה מתאימה לכך. מצד אחד ברור היה, כי אין להוציא את העדה היהודית in corpore מכלל איסור הביגמיה, מאידך גיסא, נחוץ היה למצוא תקנה לאותם הבעלים, אשר דיני ישראל מתירים להם את החרם דרבנו גרשום, ומרשים להם לקחת אשה שניה⁸⁹. החל, איפוא, במשא ומתן עם נציגי השלטון — משא ומתן שארך קרוב לתשע שנים — ובסופו של דבר יצאה לאור העולם הפקודה המתקנת הנ"ל. פקודה זו שינתה קודם כל את הרישא של הסעיף, והשמיטה הימנו את המלים: „בכל מקרה בו נחשבים נישואין אלה כבטלים“, ליתר בטחון, ובדי שלא להיכוות שוב בגחלת מעין זו, טרח המחוקק והכניס לאותה רישא, בסוגריים, את המלים המפורשות: „בין אם הנישואין השניים בטלים או נתונים לביטול, בין אם אינם בטלים או נתונים לביטול“, וכדי שלא להכשיל את

אלה אשר דיני ישראל מתירים להם לישא אשה שניה כנ"ל, הוסיף המחוקק בסוף הסעיף את „ההגנה“ האמורה כס"ק (ד) הנ"ל.

אין אנו דנים כאן בחוק היהודי המטריאלי, ולא גבררד כאן את התנאים והסייגים המרובים למתן היתר נישואין זה. עניינו כאן היא הסמכות המשפטית שניתנה לבית הדין הרבני עקב ההוראה הנ"ל.

אמרנו: סמכות משפטית, ואמנם כך הוא הדבר, כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון, בדונו בתוראת ס"ק (ד) הנ"ל. נטענה בפניו הטענה, כי התרת הנישואין השניים „בכלל איננה אקט שיפוטי, אלא הוראה דתית של „איסור והיתר“ גרידא, כמו השאלה המובאת לפני הרב בעניני טריפות, שבת, נידה וכדומה“, אך בית המשפט דחה את הטענה ואמר:

„מתן ההיתר איננו הוראת-הוראה דתית גרידא, והבקשה המופנית אל הרבנים אינה ענין של „ילמדנו רבנו“ בלבד. זו היא החלטה שיפוטית „פר אכסלנס“, בדברים העומדים בדומה של עולם יחסי הזוג, והיא קובעת, לשבט או לחסד, את גודל רוב עניני האישות שלהם. היא רק אינה כורתת את עצם קשר הנישואין, ואינה מתירה את האשה לשוק... גלוי וידוע לכל בר בי רב, כי בבוא בית הדין הרבני להתיר את החרם דרבנו גרשום (או את „השבועה“ ליהודי ספרדי), נוהג הוא לברר את כל צדי צדדיו של הסכסוך או האסון המשפחתי, ונותן הוראות מתאימות בנוגע לכתובה ולשאר תביעות הממון של האשה... ברור, איפוא, כי הדיון במתן ההיתר אינו מצטמצם בגבולות התרת החרם או השבועה בלבד, אלא מקיף משתרע ואוצל גם על שאר יחסי הנישואין של הזוג, ובתוכם — על חיובי הממון שבהם, ולכן אין ספק בדבר, כי ההחלטה הניתנת בדיון זה היא החלטה שיפוטית ב„עניני נישואין“, כפי שהוגדרו בדבר המלך במועצה...“⁹⁰.

הענין הוא, איפוא, „ענין של נישואין“ במובן דבר המלך, ואף על פי כן לא היתה מספיקה הוראת סימן 53 שבו כדי להקנות לבית הדין הרבני (עם או כלי אישורם של הרבנים הראשיים) את הסמכות — היותר,

87 „וכוסין בתרמות ונידויין מי שעובר ונושא שתי נשים לגרש אחת מהן“ (רמ"א אה"ע, ט"א, סעי' י'), ומעולם לא חלק אדם על כך, כי הקידושין תופסין ויש צורך בט. לעומת זה, לגבי החרם השני של רבנו גרשום, שלא לגרש אשה בעל כרחה, יש מחלוקת רבה בדבר, אם הגט כשר או לא. בנוסח התקנה, כפי שהובאה במהר"ם מינץ שם, נאמר: „שלא ליתן גט לאשה בעל כרחה, ואין הגט כלום“. עיין פתחי תשובה לשר"ע אה"ע, סי' קי"ט, סעי' ר', ס"ק (י).

88 היועץ המשפטי נגד סלניק, ע"פ 85/38, 5 לבנון 125.

89 בשו"ת מהר"ם מינץ שם נאמר: „חרם ותקנות קהילות ששם רבנו גרשום מאור הגולה דאין לישא שתי נשים, אין להתיר רק במאה אנשים משלש ארצות... וגם אותם לא יסכימו עד שיראו טעם מבורר להתיר, וצריך שתהא כתובתה צרורה ומונחת ביד גאמן במקצת או במשכונות“. גומח דומה לזה מצוי גם במהר"ם רוטנבורג ומהר"ם סאדוה שם. מכאן בא השם „היתר מאה רבנים“.

90 גבאי נגד בית הדין של הרבנות הראשית רחובות, בג"ץ 12/53, ד' ספקי דין 478, 481.

נרחבת — שהוענקה להם מכוח סעיף 181 (ד) של פקודת החוק הפלילי. ובמה יתירה ועודפת סמכות זו על הסמכות הכללית שלהם בעניני נישואין על פי סימן 53 (1) ? היא יתירה בזה, שכאן אין צורך הכרחי, לא בחברותם של בני הזוג בכנסת ישראל, ואף לא כאזרחות הארצישראלית שלהם. קיים רק תנאי אחד ויחיד לכשרותו של פסק היתר, והוא: כי חוק הנישואין החל על הבעל בשעת עריכת נישואיו הראשונים היה החוק היהודי (דיני ישראל) ⁹¹, ותנאי זה יכול להתקיים גם לגבי יהודי שאינו חבר הכנסת — כי גם החוק האישי של זה הוא החוק היהודי ⁹² — וגם לגבי יהודי נתין זר, אם החוק הלאומי שלו במוכן סימן 53 הוא החוק היהודי. ובך סוכמת ההלכה בפסק הדין הנ"ל:

המורם מכל האמור, כי מכוח ההוראה שניתנה בסעיף 181 המתוקן, מוסמכים הרבנים לתת היתר נישואין אפילו למי שהיא נתין זר, ואפילו למי שאינו חבר כנסת ישראל, בין אם הסכימה האשה לשיפוט הרבנים בין אם לא הסכימה ⁹³.

לא הסכימה נאמר, "לא הוזמנה" — לא נאמר ! אם היא לא החמנה כלל, והיתה אפשרות לכך, יתכן כי כית המשפט האזרחי לא יכיר כתקפו של היתר, להיותו נוגד את עיקרי הצדק הטבעי ⁹⁴. אפשר ללמוד כאן היקף ממה שנאמר על ידי בית המשפט העליון:

"לבתי הדין העדתיים ניתנה סמכות ייחודית בעניני גירושין — אך אין זה מונע את בתי המשפט האזרחיים של ארץ ישראל מלסדר להכיר בפסק דין הנוגד את הצדק הטבעי" ⁹⁵.

91 נא לדייק ! לגבי כשרותו של פסק היתר כהננה בפני אישום בבינמיה, התנאי הוא כפול: שחוק הנישואין החל על הבעל היה החוק היהודי, הן בשעת עריכת נישואין, הן בשעת עריכת נישואיו השניים, אבל תנאי לסמכותם של הרבנים הוא רק חלות החוק היהודי על הנישואין הראשונים, כהרי היתר לישא אשה שניה ניתן לפני עריכת הנישואין השניים (ראה פסק דין גבאי שם, עמוד 483 מול אותיות השוליים ד-ה).

92 כהן נגד לודמיר, ע"א 122/44, 45 אל"ד 75, בעמודים 78-79.

93 פסק דין גבאי שם, בעמוד 483.

94 בענין סילבר נגד סילבר, תיק ירושות תל אביב 203/43, 44 פס"ן 75, לא היתה האשה מיוצגת בפני בית הדין הרבני שנתן את היתר, ובית המשפט לא ראה מגם כדבר.

95 הדי נגד הדי, ע"א 62/37, 2 לבון 133, 134.

המזכיר היה שם בפסק גירושין שניתן על ידי בית דין דתי ex parte ללא הזמנת האשה ⁹⁶. ומכיוון שאחד המקרים המיוססים ביותר למתן היתר נישואין שניים הוא "גשתית" (אשה שנשתתתה) ⁹⁷, הרי אם האשה היא "שוטה גמורה" ואינה יכולה לעמוד בדין, מן הראוי יהיה למנות לה אפוטרופוס, אשר יוזמן להופיע בשמה בבית הדין הרבני ⁹⁸, אלא שהואיל ומינוי האפוטרופוס כאן אינו בא לשם השגת ההסכמה לשיפוט, אלא למען השמירה על עיקרי הצדק כנ"ל, יוכל, אולי, להתמנות אפוטרופוס ad litem על ידי בית הדין הרבני גופו ⁹⁹.

סעיף 181 (ד) קובע כתנאי יחיד לסמכות הרבנים למתן היתר הנ"ל את העובדה כי חוק הנישואין אשר חל על הבעל בעת עריכת נישואיו הראשונים, היה החוק היהודי.

"לא נאמר כאן, כי טכס הנישואין הראשונים נערך בהתאם לחוק היהודי, אלא כי חוק הנישואין אשר חל על הבעל בתאריך נישואיו הראשונים, היה החוק היהודי. פירוש הדבר: כי לא רק צורת הנישואין, אלא גם כשירות המטריאלית, היתה נידונה אצלה שעה על פי החוק היהודי, אינו, בלשון המסורת, על פי דיני ישראל" ¹⁰⁰.

המסקנה שהוסקה מכך על ידי בית המשפט היא, כי אם הבעל בעת עריכת נישואיו הראשונים, היה נתין זר, אשר הכשרות המטריאלית של

96 השהה גם מה שנאמר בזאודה נגד יו"ד ההוצ"ל, בג"ץ 24/41, 41 אסלכום 161, 163, כרמל נגד יו"ד ההוצ"ל, בג"ץ 49/46, 46 אל"ד 527, 528-529. אך יש לשים לב לכך, כי בהתלנות אלה המדובר הוא בפסקי דין הנזקקים להוצאה לפועל באמצעות הודיע המבצעת של השלטון, ולכן יש שם יותר מקום לסרב את ההכרה בהם בשל היותם נוגדים את עיקרי הצדק או גורמים לעיוות דין.

97 ראה רמ"א אה"ע, סי' א, סעי' י, ופתחי תשובה שם, סי' ס"ז. "גשתית" לגבי קבלת היתר היא לאו דוקא שוטה גמורה וכלתי שפיה ממש, אלא כל שאינו יכול לזרז עמה מתמת השגעונות שלה, הוזמנות לכך מצויות לרוב על מני כל הספרות הרבנית וגם אשה שהיא "עתיים שוטה ועתיים חלומה" בגדר "גשתית" היא, ובעלה יכול לקבל היתר אפילו בימי חלימותה (סי' אה"ע, סי' ק"ט, סי' ק"ט, עין שם).

98 ואמנם כך גקבע בתקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, תשי"ג, תקנה קס"ו (2): "במקרה של מחלת רוח ממנה בית הדין אפטרופוס על האשה שיגן על עניניה".

99 ראה הערה 98 לעיל.

100 גבאי שם, בעמוד 483.

נישואיו, אף על פי שנערכו כצורה רתית יהודית, אינה נירונה על פי דיני ישראל, אוי אין הרבנים מוסמכים להחיר לו את הנישואין השניים. אך יחד עם זה תביע שם בית המשפט את הדעה, כי אם החוק הלאומי של הזר — אשר במדינתו הוא אינו משתמש לגבי שאלת כשרות נישואין של יהודי בהוראות החוק היהודי — מחיל במקרה הקונקרטי, מתוך כללי המשפט הבין לאומי שלו, על נישואיו של זה את החוק היהודי — למשל, תוך הפעלת העקרון של „חוק מקום המושב“ — ייחשב החוק היהודי כ„חוק הנישואין“ של אותו נתין וז לגבי כשרות הנישואין אשר עליהם החיל החוק הזר את החוק היהודי כגיל. לדעה זו נודעת חשיבות מרובה לגבי יהודים, נתיני ארצות אנגלו-סכסיות, היושבים בקביעות בארץ, וערכו בה את נישואיהם הראשונים.

9. הסמכות בעניני המעמד האישי של בני עדות שונות. כבר נגענו לעיל (בסעיף 1) בשאלה זו, אך שם נדונה השאלה תוך „זיווג“ עם שאלה אחרת: שאלת האופי „העדת“ של בני הדת המושלימית, ועתה הגיע הזמן לדון בה לגופה, ולהוסיף אי אלו הערות משלימות. סימן 55 אומר: כאשר תביעה בעניני המעמד האישי נוגעת לאנשים המשתייכים לעדות דתיות שונות, יכול כל אחד הצדדים לפנות לזקן השופטים וכו'. „יכול“ נאמר כאן — באנגלית: may — והשאלה היא, אם זו היא דעות או חובה. הכלה may, כשלעצמה, אינה מעידה כלום, כי היא כידוע, יכולה לטעש גם במוכן הראשון וגם במוכן השני. ברור, כי לבית הדין הרתי (של אהת העדות) אין בעל הדין יכול ללכת, בלי להצטייד קודם לכן בהסכמתו של זקן השופטים. מאידך גיסא, אין גם ספק בדבר, כי לאחר שכבר נני לזקן השופטים, הוא יכול להפנות את בעלי הדין גם לבית המשפט האזרחי. אך השאלה בעינה עומדת, אם אין התובע עצמו יכול לפנות מלכתחילה, ובמישרין, לבית המשפט המחוזי, ויריבו הנתבע יהא חייב ללכת אחריי לבית משפט זה, אף על פי שלא הוענקה לו סמכות על ידי זקן השופטים מכוח סימן 55 הנ״ל.

תביעה כמקצת, כי בכל תקופת המנדט לא נודמן לבית המשפט העליון להנות את דעתו הברורה על שאלה חשובה זו. בערעור אחד, בין בעל מושלימי ואשתו היהודי¹⁰¹, נטענה אמנם הטענה, כי בית המשפט

והתביעה נדחתה מחוסר טמכות, ולא הוגש ערעור על כך. נכון, אמנם, כי באותו ענין גופו נזקק זקן השופטים לבקשה שהוגשה אליו לאחד מכן על ידי התובע היהודי על פי סימן 55. — אך בעוד שאפשר לראות בכך הבעת דעה, כי גם משפט בין יהודי ומשלימי, על אף התגדרה הידועה של „עדה רתית“ בדבר המלך (תיקון) 1939, נופל תחת הודאת סימן 55, ודינו כדין משפט בין יהודי ונוצרי, אשר בו ודאי אין לבית המשפט המחוזי סמכות „יהודית“ לדון בתביעה, הרי עדיין אין זה מוכיח, כי גם לדעת זקן השופטים לא היה בית המשפט המחוזי, כפי שנפסק שם, מוסמך מלכתחילה לדון בענין. שהרי התביעה נדחתה, לא ערערו על כך, ובדין שהתקיים לפני זקן השופטים, השאלה השניה במחלוקת היתה: לאיזה בית דין דתי תוענק הסמכות, ואמנם הוענקה היא לבית הדין השרעי¹⁰².

בדם מה שלא נעשה בתקופת המנדט, נעשה אחרי קום המדינה על ידי נשיא בית המשפט העליון הישראלי, העומד עכשו במקומו של זקן השופטים המנדטורי. כוונתי להחלטה שניתנה, בשנת 1955, במשפט פרוכטר¹⁰⁴. וכך נאמר שם:

„אלמלא סימן 55, היה מקרה זה — הכותה למקרה בו משתייכים בעלי הדין לעדות דתיות שונות — נתון לסמכות החילונית (בית המשפט המחוזי), אולם המחוקק התכוון שגם

102 שלמה סאלם לוי נגד עיישה באגאיים, בית המשפט המחוזי, חיפה, (לא פורסם), הובא לעיל בסעיף 1.

103 שלמה סאלם לוי נגד עיישה באגאיים, בקשות שונות 60/41, 41 אטלבוס 448—449, 104 פרוכטר נגד פרוכטר, המרצה 121/55, סי פסקי דין 1361, 1365.

101 פרו בלוה נגד סון בלוה, ע״א 148/42, 42 אטלבוס 650.

תביעה כמקצת, כי בכל תקופת המנדט לא נודמן לבית המשפט העליון להנות את דעתו הברורה על שאלה חשובה זו. בערעור אחד, בין בעל מושלימי ואשתו היהודי¹⁰¹, נטענה אמנם הטענה, כי בית המשפט

החוק מסמכותם של בתי הדין הדתיים (ראה סימן 65):
(ב) התנאי הוא שהנתין הזד או הנתינים הזרים מסכימים
מרצונם ובשום פנים אין אפשרות לבפות על נתין זד סמכות
דתית¹⁰⁷.

הדיסקרציה הנתונה לזקן השופטים. רעיונות מענינים
לגבי שאלה זו, עולים מתוך גיתוח החלטה אחת שניתנה על ידי נשיא בית
המשפט העליון¹⁰⁸. בעלי הדין היו שם יהודי ישראלי ואשתו הנוצרית
הישראלית — בת העדה האורתודוקסית המזרחית — שנישאו זה לזו
ברוסיה, בנישואין אזרחיים. בני הזוג היו במזל של פירוד, הבעל התחייב
לשלם לה מזונות והפסיק את תשלומיו, הוא פנה לנשיא בית המשפט
העליון על פי סימן 55, ומטרתו היתה: לקבל החלטה המעניקה לבית
הדין הרבני סמכות לבטל מעיקרא את נישואי בני הזוג בשל שוני הדתות
שביניהם. נקוד על "בית הדין הרבני", כי בית המשפט המחוזי, בהתחשב
עם ההלכה הירועה שנקבעה במשפט סקורניק¹⁰⁹, לא היה ראה את
הנישואין כבטלים. הנשיא דן בבקשה ודחה אותה, באמרו:

"אשר לבקשה לפני, לפי סימן 55 לדבר המלך במועצה,
אילו היה מקרה שבו סודרו כבר היחסים שבין בני הזוג
מבחינה כלכלית, הנה אומר אילו לא היה כאן מקרה הגותן
מקום לחשוב כי בקשתו של המבקש מכוונת רק להיפטר
מהחובות החמריות המוטלות עליו כבעל כלפי אשתו, ואילו
היה זה רק מאמץ להשיג הסדר כדי שכל אחד מבני הזוג
יהיה משוחרר איש מרעהו הייתי נוטה להיענות לבקשה
שלפני.

ויהודי או נוצרי, ארץ ישראלי או ישראלי, אפשר יהיה, לדעתי, להשתמש בהוראת
סימן זה, אפילו אם לא תהיה הסכמה משותפת של בעלי הדין להתדין דוקא בפני
בית דין דתי. בי לגבי מושלימים אין הבדל בין אורת הארץ לבין נתין זר, אם
לפי החוק הלאומי של אותו מושלימי זד נתן הענין הנידון לסמכותם של בתי
הדין הדתיים המושלימים, כאמור בסימן 52, כפי שתוקן על ידי סימן 10 של דבר
המלך במועצה (תיקון) 1939.

107 ס. נגד ס., בקשות שונות 39/57, י"א פסקי דין 921, בעמוד 923; השהה גם את
המענות שנעשו שם על ידי היועץ המשפטי, ושנתקבלו על דעתו של נשיא בית
המשפט העליון.

108 לויס נגד לויס, המרצה 168/55, ס' פסקי דין 1539, 1540.
109 סקורניק נגד סקורניק, ע"א 191/51, ת' פסקי דין 141.

במקרה כגון זה לא יהיו הצדדים נאלצים, ללא יוצא מן
הכלל, להתדין בבית המשפט המחוזי דוקא, וניתנה האפשר
רות לכל צד (בסימן 55 כתוב, יכור), לפנות לזקן השופטים,
כדי שיאפשר לו להביא את הסכסוך לפני בית דין דתי. אם
רצון שני הצדדים במקרה כזה הוא להתדין בבית המשפט
המחוזי — אין להם צורך להשתמש בסימן 55, כי כל עוד
לא נזקק אף אחד מהצדדים לסימן 55 חלה הסמכות של
בית המשפט המחוזי: אולם, אם ברצון צד אחר שהדין יהיה
בידי בית דין דתי, עליו לפנות לזקן השופטים לפי סימן
55, הלה, בתתו את דעתו על טיב הסכסוך ועל הנסיבות,
יחליט אם הסמכות לרדן בענין תהיה בידי בית הדין של
התובע ואם הסמכות הזאת תהיה בידי בית הדין של הנתבע.
אך הוא רשאי להחליט, כי בית המשפט המחוזי יטפל
כסכסוך. כלומר בית המשפט המחוזי שהיה מוסמך, אלמלא
בקשתו של אחד הצדדים לפי סימן 55.

הוראת סימן 55 — כך נראה הדבר לכאורה — לא ניתנה אלא
לאזרחים ארצישראליים (או ישראליים) בלבד. אין היא באה "להתחדות"
או לגרוע מהוראת סימן 64, הקובעת את הסמכות בנוגע לנתינים זרים.
כי סימן 55 הוא המשך ומילוייחסר לשנים (או שלוש) הסימנים שלפניו,
והוא נועד לשימש תרופה לאלה, אשר רק בשל שוני העדות שביניהם
אינם יכולים להתדין באחד מבתי הדין הדתיים שלהם. אסמכתא לכאורית
לכך אפשר לנצוא ברבדים שנאמרו על ידי נשיא בית המשפט העליון בענין
פרוכטר הכללי, אך הנה לפני כחודש בערך ניתנה על ידי נשיא בית
המשפט העליון החלטה, המסייגת במקצת את הרעיון הנ"ל. גם אם בעלי
הדין הם נתינים זרים, הרי אם הם שניהם מסכימים לכך, כי הסכסוך
שלהם יידון בפני בית דין דתי, יכול נשיא בית המשפט העליון להפעיל
את הסמכות שלו על פי סימן 55, ולהחליט לארזה בית דין דתי תנתן
הסמכות¹¹⁰.

"סימן 55 ביהם לנתינים זרים יחול בשתי הגבלות, א) שהענין
יבוא הדיון אינו מן הסוג המוצא באופן מפורש על ידי

105 עיין ידון בדברים שנאמרו בענין פרוכטר שם, בעמוד 1366.

106 אם הרעה הכונה היא, כי גם מושלימי הוא בן "עדה דתית" לגבי הוראת סימן
55 (ראה בענין לעיל), הרי גם כסכסוך שבין מושלימי זר (נתין עירק, למשל)

מכיוון שהמצב, כפי שהסברתי לעיל, איננו כך, אין אני מוכן בשלב זה, על כל פנים, כל עוד העדעור הנ"ל — הכוונה לעדעור על פסק המזונות של בית המשפט המחוזי — תלוי ועומד, להיענות לבקשה ואני דוחה אותה".

והנה לכאורה, על פי מושכל ראשון, עבר כאן נשיא בית המשפט העליון על ההוראה המפורשת בסימן 55, המחייבת אותו להחליט (who shall decide), "לאיזה בית משפט תהא הסמכות", — אך בדייקו דייק היטב נראה, כי לא זו בלבד שלא היתה כאן כל "עבירה", אלא אף כי החלטתו של הנשיא המלומד היתה ההחלטה האפשרית היחידה במסיבות הענין הנ"ל. בקשתו של הבעל הוגשה, כאמור, למטרה אחת בלבד: להשיג את הענקת הסמכות לבית הדין הרבני. לא היה לו כל ענין ככך, ששאלת תקפם החוקי של נישואיו תידון בבית המשפט המחוזי, אשר — ללא שמץ של ספק — היה רוחה את בקשת ביטול הנישואין, והיה רואה אותם ככשרים. אף האשה לא היתה מעונינת בקבלת גושפנקא מחדש לכשרות נישואיה עם בעלה היהודי. היתה זאת, אפוא, החלטה ריקת תוכן והסרת משמעות בהחלט, אילו החליט הנשיא, בניגוד למבוקשם של שני הצדדים גם יחד, להעניק את הסמכות לבית המשפט המחוזי. ומכיוון שבגלל הנימוקים האמורים בהחלטה — היינו מפני החשש, שמה יש כאן נסיון מצד הכעל לסכל את פסק המזונות שניתן על ידי בית המשפט המחוזי — הוא לא ראה אפשרות לעצמו להעניק, בהתאם לעתירתו הספציפית של הבעל, את הסמכות לבית הדין הרבני, הרי לא נותרה לו אלא דרך אחת, והיא: לדחות "לעת עתה" את בקשתו של הבעל, עד שיוסדרו לכאן או לכאן הסכסוכים הכספיים של בני הזוג, מה שלאמיתו של דבר נעשה על ידי הנשיא הוא: כי הוא השתמש בדיסקרציה שלו — הנתונה לו לכל הדעות — לגבי בחירתה של הערכאה השיפוטית אשר בפניה יובא לדיון הסכסוך הנידון. ואמנם סופו הוכיח על תחילתו, כי החלטתו של הנשיא היתה הגיונית ומעשית מאד: כי כעבור חדשים בערך, לאחר שסודרו הענינים הכספיים של בני הזוג, הם הופיעו מחדש לפני נשיא בית המשפט העליון (המרצה 222/55), ובקשו וגם קבלו הענקת סמכות לבית הדין הרבני "לדון ולהחליט בענין הנישואין שבין המבקש המשיבה". אילו החליט הנשיא, בשלב הראשון, להעניק את הסמכות לבית המשפט המחוזי, ספק גדול בעיני אם היה רשאי, לאחר מכן, "להעביר" את הסמכות לבית הדין הרבני, ובני הזוג הנ"ל, בניגוד לרצון שניהם, היו, אולי, נכבדים קטורים וככולים זה לזו כל ימי חייהם.

(ב) נתינים זרים

1. נתיני זר. לפי הגדרתו המקורית של מונח זה, בסימן 59 של דבר המלך במועצה 1922, נחשבו כנתינים זרים רק נתיני מדינות אירופה ואמריקה ונתיני יאפאן, — ואף לאלה היו כמה יוצאים מן הכלל, יעזיך שם. בתחילת שנת 1935 — על פי תוראת סימן 2 (ד) של דבר המלך (תיקון) 1935 — בוטלה הגדרה זו, וניתנת אחרת במקומה: "נתין זר" הוא כל מי שאינו אזרח ארצישראלי.

ברור, ואין שמץ של ספק בדבר, כי בתוקף הגדרה אחרונה זו, כל בעל אזרחות כפולה, שאחת מהן היא ארצישראלית — למשל: בריטי מלידה, שרכש את האזרחות הארצישראלית — לא ייחשב כנתין זר, שכן אי אפשר לקרא עליו את השם "אינו אזרח ארצישראלי".

הנה לכאורה יש אסמכתא נוגדת לכך בפסוק אחר, או חצי פסוק, המצוי בהחלטה שניתנה על ידי זקן השופטים, על פי סימן 55, בשנת 1943. שם התדיינו שלשה בעלי דין: הבעל — אזרח ארצישראלי, האשה — נתינה בריטית, ובעלה הקודם, הגרוש, של האשה — בריטי וארצישראלי כאחד. השאלה שעורר אותה זקן השופטים היתה, אם לבית הדין הרבני, או לבית המשפט המחוזי, תהא סמכות לדון בבשרותו של הגט שניתן לאשה על ידי בעלה הראשון, והוא אמר:

"לבית הדין הרבני, ודאי, אין סמכות, מכיוון שאחד הצדדים הוא נתין זר, ועל פי סימן 64 (1) של דבר המלך במועצה החליט בית המשפט המחוזי, כי גם לו לא היתה סמכות, הואיל ושנים מן הצדדים הנתונים בדבר הם נתינים בריטיים, והם, משום כך, נתינים זרים בהתאם לחוקי ארץ ישראל, ואני סבור, כי הנשיא המלומד — אם הותר לי לומר כך — הגיע במקרה דנן להחלטה נכונה בהחלט...".

הכוונה במלים שהודגשו היא, כמובן, לאשה ולבעלה הקודם, בעל האזרחות הכפולה, ויוצא, כאילו, כי גם מי שהוא בריטי וארצישראלי כאחד נחשב

1 אפטה נגד גרוס ואפסה, בקשות שונות 20/43, 43 אל"ד 12, 15.

— בשנת 1943! — כנתין זר, למרות ההגדרה המתוקנת הנ"ל, אך, כנראה בעליל, זו היא פליטת קולמוס או טעות סופר, כי: (א) זה סותר מה שנאמר שם שתי שורות למעלה מן הענין; (ב) בפסק דינו של נשיא בית המשפט המחוזי נאמר דוקא היפוכו של דבר, וזה לשונו:

„אם לבית משפט זה יש סמכות כזאת ואם אין, זו היא השניה מבין שתי השאלות שמניתי לעיל (הכונה היא לשאלה, אם פסק ביטול נישואין נכלל במונח „פסק הפקעת נישואין“ לגבי הוראת סימן 64 (1) של דבר המלך). נקודה זו כבר הוכרעה (לשליטת הסמכות) בע"א 186/37 (1937, 2 לבנון 132). באותו ענין היו שני הצדדים נתינים זרים, אך אין אני סבור, כי העובדא שרק אחד הצדדים הוא נתין זר משנה במשהו את הענין“².

הרי שנשיא בית המשפט המחוזי, בפה מלא ובפירוש גמור, ראה את המקרה דגן כמקרה של נתין זר אחד, ולא של שני נתינים זרים, לכן סבור אני, כי אין להסיק מסקנה מחייבת כל שהיא מן הפסוק, בעל „התרחי דסתרי“, המצוי בהחלטתו של זקן השופטים, וכי הדעה הנכונה היא, כי מכוח ההגדרה המתוקנת הנ"ל, בעל אזרחות כפולה שאחת מהן היא ארצישראלית, לא ייחשב כנתין זר לגבי ההוראות האמורות בחלק התמישי — החלק הדן בעניני שיפוט — של דבר המלך במועצה.

לעומת זה לא ברור כל כך, מה היה הסטאטוס של בעל האזרחות הכפולה ההיא לפני שנת 1935, על פי הגדרתו המקורית של המונח „נתין זר“ בסימן 59 הנ"ל. יכול היה בעל הדין לבא ולטעון, כי מכיון שהוא גם בעל נתינות זרה, הרי עובדא זו מכניסה אותו לתחומי ההגדרה הפתיטיבית ייגיתנה בנוסחו הראשון של סימן זה. יש פנים לכאן ולכאן, אך מכיון שהשאלה היא עכשו אקדמית בלבד, אין אני רואה צורך להרחיב עליה את הדיבור.

מסקנה אחרת והרבה יותר חשובה מבחינה מעשית, העולה מן ההגדרה

2. כהן פסק דינו של בית המשפט המחוזי, בענין אפטה, כפי שצוטט כאל"ר שם, בעמוד 14.

החדשה של המונח „נתין זר“ — הפעם, ללא כל ספק, במובן הרחבת התחומים — היא: כי גם מי שהוא חסר-נתינות ייחשב כ„נתין זר“, מכוח ההגדרה הנ"ל.

„אין ספק, כי מצוה חסר נתינות נופל לגדרו של סעיף 4 (111) זה, כי מכיון שאינו אזרח ארצישראלי, הרי הוא „נתין זר“ מכוח ההגדרה של סימן 59 לדבר המלך במועצה, 1922, כפי שתוקנה על ידי סימן 2 (ד) לדבר המלך במועצה (תיקון) 1935...³.

ההגדרה המתוקנת של המונח „נתין זר“ כסימן 59 של דבר המלך, מתקנת מאליה גם את ההגדרה האמורה בסעיף 2 של פקודת הירושה. דבר זה עולה, כפי שנאמר על ידי בית המשפט העליון הישראלי⁴, מתוך הוראת סעיף 17 (1) של פקודת הפירושים, 1945. פירושו של דבר: כי מעוזה תחולנה כל הוראות פקודת הירושה הנוגעות לנתינים זרים, על כל מי שאינו אזרח ארצישראלי.

2. סמכות בתי המשפט, חוץ ממושלמים, אשר לגביהם נקבע הסדר מיוחד כפי שנראה להלן, נתונים עניני המעמד האישי של נתינים זרים לסמכותו של בית המשפט החילוני, הוא בית המשפט המחוזי. והזרואה העיקרית מצויה בסימן 64 (1) של דבר המלך, אשר נוסחו המקורי, משנת 1922, הוא כך:

„64. (1) עניני המעמד האישי הנוגעים לנתינים זרים, שאינם מושלמים, יוכרעו בבתי המשפט המחוייבים, אשר יחילו את המשפט האישי של הצדדים הנוגעים בדבר, בהתאם לתקנות שיותקנו על ידי הנציב העליון, בתנאי כי לבתי המשפט לא תהיה סמכות להוציא פסק-הפקעת-נישואין עד שתוחק פקודה המקנה סמכות כזאת“.

3 כספרים נגד כספרים, ע"א 148/52, ח' פסקי דין 1289, 1297.
4 כספרים שם, שם, השוה גם נחאס נגד קוסייה, ע"א 220/38, 38 (2) אמלכום 153, 151.

ובנוסחו החדש של סימן 64 (1), המלים הפותחות הן :

4. (1) בתוון להוראות סימן 54 של רבר מלך זה, עניני המעמד האישי הנוגעים לנתינים זרים, שאינם מושלימים (כאלה) שבחט אליהם יש לבתי הדין הדתיים הסושלימיים סמכות ייחודית על פי סימן 52 של רבר מלך זה, יוכרעו בבתי המשפט המחוזיים...".

המלים שהודגשו על ידינו לעיל, הוכנסו לנוסחו הקודם של סימן 64 (1) על ידי הוראת סימן 12 של רבר המלך (תיקון) 1939, והסיבה לכך הם שני תיקונים אחרים — האחד מרחיב-סמכות, והשני מצר-סמכות — שהוחקו באותו רבר המלך המתוקן, ואלה הם: —

(א) תיקון סימן 54 — על פי הוראת סימן 11 של רבר המלך המתוקן — על ידי הוספת סעיף קטן (4), המקנה סמכות מסוימת לבתי הדין לערעורים של העדות הנוצריות בנוגע לנתינים זרים ;

(ב) תיקון סימן 52 — על פי הוראת סימן 10 של רבר המלך המתוקן — המצמצם את הסמכות הכללית, הקודמת, של בתי הדין הדתיים המושלימיים, שהיתה חלה על כל מושלימי, לאזרחים ארצישראלים (מושלי-מים), ולנתינים זרים (מושלימים) אשר לפי החוק הלאומי שלהם נתונים לסמכותם של בתי הדין הדתיים המושלימיים. ועוד נדון בזה להלן.

3. "הנוגעים לנתינים זרים". באחד מפסקי הדין שניתנו ע"י בית המשפט העליון המנדטורי⁵, הובעה על ידי השופט דה קומרמונד הדעה המהמיהה, כי הסמכות שהוענקה לבתי המשפט המחוזיים על פי סימן 64 (1), נתונה להם רק כאשר שני הצדדים הם נתינים זרים, ולא כאשר אחד מהם בלבד הוא נתין זר. דעה זו עוררה ככד או תמהון רב בהוגי המשפטים, — כי לאן, למשל, תפנה יהודיה ארצישראלית הבאה לתבוע מזונות מבעלה, היהודי האמריקאי? לבית הדין הרבני — לא, מפני שהוא נתין זר, ולבית המשפט המחוזי — לא, מפני שהיא איננה נתינה זרה, ומה תהא תקנתה של עלובה זו? עד שכא בית המשפט העליון הישראלי, וביטל במחז יד. וללא הרחבת הדיבור כלל, את הלכת-היחיד התמוהה היא:

עלינו לציין, שספק הוא אם פסק הדין 274/45, יכול לשמש אסמכתא מאחד שרק שופט אחד פסק, כי פירוש המלים בסימן 64 (1) לדבר המלך במועצה, 1922, "הנוגעים לזרים" הוא, כי שני הצדדים צריכים להיות נתינים זרים... אנו סבורים כי הלכה זו בטעות יסודה... אנו סבורים כי השימוש במלה "זרים" כלשון רבים היה מכוון לסוג של אנשים ואין בו משום ראייה כי הכוונה היא למשפט שבו כל הצדדים הם נתינים זרים".⁷

בכל עניני המעמד האישי הנוגעים לנתינים זרים, פרט לירושות וצוואות, מותגית סמכותו של בית המשפט המחוזי בנתינותם הורה של בעלי הדין (או אחד מהם). בירושות וצוואות, הקריטריון הוא נתינותו של המנוח — המוריש או המצווה — ושלו בלבד. כשם שנתיותו הורה של המנוח קובעת גם את השימוש בחוק המטריאלי ("החוק הלאומי"), וכשם שהשתייכותו הדתית של המנוח, ולא של יורשיו, היא הקובעת את הסמכות, המקבילה, של בית הדין הדתי. כל הסדר אחר, אשר היה תולה את הענינים הללו בהשתייכותם הלאומית או הדתית של היורשים המתדיינים, היה גורר אחריו תוצאות שאין הדעת סובלתן. הדברים האמורים לעיל עולים מתוך ההוראות המצויות בסעיפים 3 (3), 5 (1), 4 (iii) (א) (כ), של פקודת הירושה, ולגבי ירושות וצוואות של בן עדה דתית — גם, לכשנדייק — מתוך הסימנים 53 (1), 54 (1), של רבר המלך במועצה. נאמר שם: "צוואות של בני עדתם", הרי שהשתייכותו העדתית של המנוח היא הקובעת את הסמכות, והוא הדין, כמובן, גם בירושות. רק לגבי שאלה אחת בלבד — שאלת הסוג, האופי או התואר של תובע זכות הירושה, הנדרשה כסעיף 23 של פקודת הירושה — הקובע הוא לפי גזירת הכתוב של החוק, השתייכותו הדתית או הלאומית של התובע, ועוד נדון להלן, בפרק ד', בכל התוצאות המורדות העולות מתוך הסדר יוצא-דופן זה.

4. פסקי הפקעת נישואין. הסייג האמור בסוף סימן 64 (1) קובע, כי לבית המשפט המתווי לא תהא סמכות לתת לנתין זר "פסק הפקעת-נישואין". כיוצא כזה אנו מוצאים בסוף סימן 65 סייג דומה, השולל מאת

7 איצקוביץ נגד איצקוביץ, ע"א 199/51, ה' פסקי דין 1667, 1668—1669.

5 ביגאני נגד כוגארי, ע"א 274/45, 46 אליר 324, בעמוד 327.
6 אלא אם כן הסכים הבעל לסמכות הרבנים על פי סימן 65 של רבר המלך.

בתי הדין הדתיים של העדות (חוץ מבתי הדין הדתיים המושלמים) את "הכוח" לתת פסק הפקעת נישואין לנתין זר, גם כשאוחז נתין זר מסכים לסמכותו של בית הדין הרתי.

הפקעת נישואין, ביצד? עד שנת 1935 לא טרחה המחוקק ללמדנו, מה הוא מובנו המדויק של המונח "פסק הפקעת נישואין". עד שבא דבר המלך (תיקון) 1935, הורדה בסימן 2 (1) שבו לאמר:—

"(1). הוסף בסוף סימן 65 את המלים הבאות:

לצורך סימן זה, פסק הפקעת נישואין כולל פסק גירושין ופסק ביטול נישואין."

נאמר כאן: לצורך סימן זה, והיה מקום לבעל דין לבוא ולטעון, כי הגדרה מורחבת זו חלה רק על הוראת סימן 65, הדנה בסמכותם של בתי הדין הדתיים, ולא על רעותה, הוראת סימן 64 (1), הדנה בסמכותם של כתי המשפט המחוזיים, וזה אומר: בית המשפט המחוזי מוסמך גם מוסמך לתת פסק ביטול נישואין, אפילו כשאחד מבני הזוג הוא נתין זר. ואמנם נטענה טענה זו באחד הערעורים שהתקיימו בפני בית המשפט העליון,⁸ אך בית המשפט דחה אותה:

"סבורים אנו, כי סימן 64 יש לפרשו על פי מובנו הרגיל, ובי הוא אינו בהכרח תלוי בסימן 65, ואין אנו סבורים שיש מקום לטענה, כי מכיוון שסימן 65 הורחבה הוראתו על ידי התיקון של 1935, צומצמה באיזה אופן שהוא, כתוצאה מכך, הוראתו של סימן 64. יתכן כי אותו תיקון נעשה מפני שלבתי המשפט האזרחיים אין פיקוח על בתי הדין הדתיים, בדרך של ערעור על (פסקי הדין של) בתי הדין הדתיים, והם (בתי הדין הדתיים) עלולים היו לפרש שלא כהלכה את הכוחות שלהם, בעוד אשר לא ראו צורך בהסבר כזה בשביל בתי המשפט האזרחיים."

והמסקנה היא כי גם בית המשפט המחוזי אינו מוסמך לבטל את נישואין של נתין זר.

8 קשמן נגד קשמן, ע"א 186/37, 2 לבנון 132, 133.

ביטול נישואין, כיצד? קיימים, כידוע, שני סוגי נישואין בטלים: "בטלים מעיקרא" (void ab initio), ו"בטולים לביטול" (voidable). בעצם, הסוג הקרוב ביותר למושג של הפקעת נישואין הוא, דוקא, הסוג השני, וזה היה המקרה בו דן בית המשפט העליון בפסק הדין שתוזכר לעיל, כפי שיוצא מתוך ההסתמכות על *Inverclyde v. Inverclyde*,⁹ — מקרה של נישואין הנתונים לביטול, בשל העדר כוח גברא, כי כאן מתבטלים הנישואין — אמנם למפרע¹⁰ — על ידי מתן פסק הדין, בעוד אשר בנישואין בטלים מעיקרא, פסק דינו של בית המשפט אינו אלא מצהיר, כי הנישואין מעולם לא היו קיימים.

ואף על פי כן חלה ההגבלה והיא גם על פסקי ביטול ביתם לנישואין הבטלים מעיקרא, — וכמה אסמכתאות לכך:

(א) בענין ביכובסקי נגד ביכובסקי,¹¹ ביקש הבעל היהודי הארצישראלי מתן פסק ביטול נישואין נגד אשתו הלא-יהודיה, בטענה כי הוא, כיהודי, אינו יכול להתקשר בנישואין בעלי תוקף עם אשה לא-יהודיה, בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, בנקטו את הדעה, כי מכיוון שעם ביטול הנישואין תבטל למפרע גם אזרחותה הארצישראלית של האשה, נמצא כי בית המשפט, בהערתו לבקשת הבעל, יתן פסק ביטול נישואין לנתינה וזה, בית המשפט העליון דחה בשתי ידיים את הדעה ההיא, והחזיר את הדין לבית המשפט המחוזי, בקבעו כי שאלת הסמכות, מבחינת ההגבלה אשר בסימן 64 (1), נחתכת לפי המצב הקיים לכאורה בשעת הגשת התביעה, מכאן, כי אילו היתה האשה מלכתחילה נתינה זרה, לא היה בית המשפט מוסמך לבטל, על פי דיני ישראל, את נישואי בני הזוג, — הרי שהסייג האמור בסימן 64 (1) משתרע גם על נישואין שהם בטלים מעיקרא.

(ב) במשפטי הזוג אפטה — שהובאו לעיל, סעיף 1, בקשר לשאלה אחרת — הבקשה שהוגשה לבית המשפט המחוזי היתה, להצהיר על העדר תוקפו של טכס הנישואין שנערך בין בעל ארצישראלי ואשה בריטית, מתוך הגימיק, כי לא היה תוקף חוקי לגט שניתן לאשה על ידי בעלה הראשון — זאת אומרת: בשל היותם נישואי ביגמיה — ובית המשפט החליט, כי

Inverclyde v. Inverclyde (1931), P. 20 9

Eversley, Domestic Relations, 5 ed., p. 21; *Newbould v. A.-G.*, 10 (1931) P. 75

11 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 173.

הצטרפה זו כמות כביטול נישואין, ולכן אין הוא מוסמך לתתה בשל הוראת סימן 64 (1) הנ"ל. וגם זקן השופטים אשר אליו הגיע הענין, בשלב יותר מאוחר, על פי סימן 55, הסכים לדעה זו. שוב אסמכתא לכך, כי גם פסק ביטול-נישואין-מעיקרא הוא בגדר פסק הפקעת-נישואין במובן סימן זה.¹² בשני המקרים דלעיל, הדבר הפוסל את הנישואין עד בדי בטילותם, הוא לא "פגם" בצורה, אלא "מום" בתוכן, — לפי דיני ישראל, אין יהודי יכול להיות נשוי לאשה לא-יהודיה, ולפי החוק האנגלי (וכן לפי כל שאר חוקי תבל), אין אשה יכולה להיות נשואה לשני בעלים. אך מה הוא הדין, כאשר בטילותם של הנישואין נובעת מכך, שלא שמרו על צורת עריכת הנישואין שהותכבה על ידי המחוקק? האם גם פסק דין המבטל מטעם זה את נישואיו של נתין זר, יחשב כפסק ביטול נישואין (וממילא: פסק הפקעת נישואין) במובן הוראת הסימן הנ"ל?

נראה לי, כי בשימנו אל לב את ה־ratio legis של הוראת סימן 64 (1) הנ"ל, נגיע לידי מסקנה, כי גם פסק ביטול נישואין כזה יכלול בתחומי הסייג שהוא. טעמו העיקרי של הסייג הנ"ל הוא, כידוע, התחשבות בהשקפות הדתיות של חלק גדול, קרוב לודאי: החלק המכריע, מבני העדה היהודית, אשר חששו לכך, כי אם בית המשפט האזרחי יורשה להפקיע את נישואיהם של יהודים זרים תושבי ארץ ישראל, הדבר יגרור אחריה, כמובן, נישואי "אשת איש" וממורות הילדים שיוולדו מנישואיה השניים של האשה, אותו טעם גופו — אלא ביתר תוקף וביתר עקביות — אשר לאחר קום המדינה הביא אתו בכנפיו, אחרי מלחמת דעות קשה בין סיעות הכנסת, את מסירה הסמכות הייחודית בעניני נישואין וגירושין של כל יהודי, תושב הארץ, לידי בתי הדין הרבניים, על פי סעיף 1 של חוק בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, ואם כך הוא הדבר, מה לי מום כתוכן מה לי פגם בצורה, — בשניהם אי אפשר להניח בידי בית משפט אזרחי את ענין הפקעת הנישואין של נתין זר, לגבי אזרחים ארצישראלים, בני העדות המוכרות, הדבר הוא "משוריינ" על ידי הוראה אחרת, היא הוראת הסימנים (1) ו־54(1), המוסרים את עניני נישואין וגירושין לסמכותם הייחודית

12 דעה נוגדת לכך מצויה בפסק דין אחר שניתן ע"י בית המשפט המחוזי, תל אביב, כמשפט בויתנר נגד קרמאני, ת"א 1052/50, ח' פסקים מתוניים 467, בעמודים 469—470. תמוה הדבר כי השופט המלומד כלל לא הזכיר את ססקי הדין שניתנו בעניני כיכובסקי ואפסה הנ"ל.

של בתי הדין הדתיים. רק כאשר בעלי הדין "מצויינים" בשתי תכונות אלה: (א) הם אזרחים ארצישראלים; (ב) הם אינם חברים בעדה דתית אחת.¹³ רק אז מוסמך בית המשפט האזרחי (בית המשפט המחוזי) לתת להם פסק הפקעת נישואין.¹⁴ הקושי המתעורר בקשר לזה, הוא מבחינת החוק החסריאלי, ועוד נדון להלן בשאלה מסובכת זו.

קיצורו של דבר: נראה לי, כי אין בית המשפט המחוזי מוסמך לתת פסק ביטול-נישואין לנתין זר, בין אם טעמו של הביטול הוא מום בתוכן, בין אם הוא פגם בצורה. לעומת זה ספק גדול בעיני, אם אין בית המשפט המחוזי מוסמך לתת לנתין זר פסק דין המצהיר, כי מעולם לא התקיים שום סכס עריכת נישואין בינו לבין הנתבעת (או בינה לבין הנתבע). יתכן, כי הצטרפה מעין זו לא תחשב בלב כפסק ביטול נישואין, אלא כהצהרה עובדתית גרידא, למרות מה שלכאורה, ועל פי המסמכים והתעודות שהם מבקשים לסתור את האמיתות שבהם, הם נראים כבעל ואשתו. שאלה זו — עד כמה שידוע לי — לא נתעוררה עד היום, לא ביודיקאטורה הארצישראלית, ולא ביודיקאטורה הישראלית, ואין אני מוכן לקבוע מסמרות בענין זה. הספק שמצא מקום לחול בו גם במקרה כגון זה הוא: כי עדיין יש לחשוש כאן מפני התרת "אשת איש", כי לא הרי דיני הראיות של דיני ישראל, כהרי דיני הראיות של החוק החילוני,¹⁵ — נמצא שגם כאן יש מקום אחיזה לרעיון שהונח, כאמור, ביסוד הסייג הנ"ל.

5. הצהרת תוקפם של גירושין שנערכו קודם לכן, בשנת 1934 נתן בית המשפט העליון פסק דין עקרוני, בעל חשיבות עצומה — כוונתי לפסק הדין שניתן בענין וולקנברג.¹⁶ — בו נקבע לראשונה, כי

13 על האפשרויות השונות, הכרוכות בפירושו של סימן 55, ראה לעיל, פרק ג' (א), סעיפים 1, 9.

14 היתה פסק הדין שניתן ע"י בית המשפט המחוזי, תל אביב, בענין גורדוכוב נגד גורדוכוב, ת"א 132/42, 43 פמ"ן 111.

15 עיין בפסק דינו של השופט זילברג בענין כהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4, בעמוד 19. בדוגמא שניתנה כאן, בית הדין הרבני גם יבדוק בקפדנות רבה אם אין כאן חוקה ד-הוהוקו" — הוהוקו שלושים יום כבעל יאשה, הודגין עליה סכום אשת איש (ירושלמי קידושין, פרק ד', הלכה ח') — בעד אשר בית משפט אזרחי וראי יסירק בראיות יותר קלושות לסתירה התוקה ההיא, אם כי גם הוא לא יעבור בקלות על ההנהגה הנובעת מהן החרם המשותפים

16 חלק:ברג נגד חלק:ברג, ע"א 22/34, 8 דוסנברג 588.

תוך אלפיים השנים האחרונות), האשה מרצונה הטוב קבלה את הגט.

הגירושין בדיני ישראל הם, איפוא, מצד אחד, חווה מתוך הסכמה הדדית, ואולם מאידך גיסא, הם מוסד דתי המוסדר בקפדנות על ידי כללים דתיים של שיטות מסורתיות, המבוצעים על ידי אנשים בעלי הכשרה מיוחדת, והעומדים תחת פיקוחן של דשויות רבניות, הפועלות לא בסמכות שיפוטית, אלא — אם ניתן להאמר — בסמכות של כהן דת...

המערער טוען, כי הוא נתן גט לאשתו, וכי אשתו מרצונה הטוב קבלה את הגט, ולראיה הוא הגיש את הגט שנערך כדת משה וישראל. הוא מוסיף וטוען, כי החוק הלאומי החל במקרה זה: היינו: החוק של צ'כוסלובקיה, מכיר בתוקפו של גט כזה, והמשיבה, משום כך, אינה אשתו עוד. אם אמנם כך הוא הדבר, עליו לזכות בערעורו. אך אין אנו יודעים, מה הוא החוק הצ'כוסלובקי בנידון זה... חובת ההוכחה היתה מוטלת על המערער, והוא לא מילא אותה.¹⁷

הלכת ולקנברג היא, איפוא, בתכלית הקיצור, כך: הגט הרבני אינו „פסק גירושין“; לכן אין כל מניעה, מבחינת סימן 65, כי הוא יסודר גם לנתינים זרים; ואולם: מכיוון שהוראת סימן 64 (2) מחילה על נתינים זרים בעניני המעמד האישי את החוק הלאומי שלהם, הרי אין תוקף לגט זה, אלא אם כן הוא מוכר גם על ידי החוק הלאומי.

הלכה חדשה מהפכנית זו הביאה אתה בכנפיה פרקטיקה משפטית חדשה, והיא: לפנות לבית המשפט המהווי ולבקש פסק דין הצהרתי המצהיר, כי בני הזוג התגרשו זה מזה וכדין מכוה הגט שהבעל, הנתין הנור, נתן לאשתו במשדר הרבנות המעונינים בכך היו נתינים זרים, אשר בקשו להוכיח את הסטאטוס האישי שלהם בפני שלטונות מדינה זרה, והנסיון הראשון מסוג זה נעשה בשנת 1937, בפני בית המשפט המחוזי, תל אביב. בני הזוג היו שם יהודים, נתינים ליטאיים, אשר התגרשו זה מזה בגט פיטורין כדת משה וישראל בפני משדר הרבנות בצפת; לפי חוקי

17 חלקנברג שם, בעמודים 590—591.

הגט הניתן לאשה על ידי נתין זר בפני משרד הרבנות, אינו „פסק גירושין“ במובן סימן 65, ולכן יש תוקף לגירושין אלה, אם אך החוק הלאומי של אותו נתין זר מכיר בתוקפו של הגט הדתי. השאלה נתעוררה בקשר לתביעת מזונות שהיהודיה הצ'כית הגרושה הגישה נגד בעלה לבית המשפט המחוזי; האשה טענה, כי היא עדיין אשתו של הבעל, הואיל ואין תוקף לגט שניתן לה על ידו בשל הודאת סימן 65 הנ"ל, הבעל טען כי יש תוקף לגט, והיא איננה אשתו עוד. בית המשפט המחוזי קבל את טענת האשה, בית המשפט העליון קבל עקרונית את טענת הבעל, אלא שרוחה את הערעור מטעם אחר: מכיוון שבמקרה קונקרטי זה לא הוכח, כי החוק הלאומי של בני הזוג מכיר בתוקפו של הגט הדתי. בשל החשיבות המרובה של פסק דין זה, אביא כאן במלואם את הדברים שנאמרו שם על ידי בית המשפט העליון:

„אין ספק בדבר, כי לבית הדין הרבני אין סמכות בנוגע לנתינים זרים, ואילו הגירושין של הצדדים תלויים היו בפסק דין או פסק הדין על ידי בית דין כזה, לא היה להם כל תוקף חוקי, ברם, גירושין הניתנים על ידי בית דין רבני, אפילו בין צדדים שעליהם יש לבית הדין הרבני סמכות מחלטת, איננו בנמצא.“

וכאן באה הפסקא המפורסמת, שצוטטה בכמה וכמה פסקי דין, וזה לשונה:

„הגירושין בדיני ישראל הם אקט הנערך, תוך הסכמה הדדית, בין הבעל והאשה, והדשויות הרבניות מפקחות עליו רק עד כמה שנחוץ כדי להבטיח, שכל הדרישות של דיני ישראל בנידון זה נתמלאו כראוי. בכל סכסוך שבין בעל ואשתו בנוגע לגירושין, בית הדין הרבני יכול רק להתליט, אם הבעל חייב או איננו חייב לתת גט לאשתו, ואם האשה חייבת או איננה חייבת לקבל גט מבעלה. עם הנתן הצו הזה, סמכותו של בית הדין הרבני, בתור שכוה, פוסקת, אין כל אפשרות לבצע פסק דין כזה, בלתי אם על ידי לחץ מוסרי, דתי או חברתי (עליהם) כדי לציית לצו; ועל אף כל צו מאת בית הדין הרבני לסדר את הגירושין, אין שם לא גירושין ולא הפקעת נישואין, אלא אם כן הבעל מרצונה הטוב נתן את הגט בצורה שנקבעה על ידי הרשויות הדתיות (צורה אשר, למעשה, לא חל בה שינוי

ליטא יש תוקף חוקי לגט שניתן על ידי בעל יהודי לאשתו היהודיה; מכיוון שכך, ועל פי הלכת וולקנברג הנ"ל, הם היו מגורשים זה מזה גם לפי חוקי ארץ ישראל. הבעל פנה, איפוא, לבית המשפט המחוזי, ובקש מתן הצהרה על כשרות הגירושין הנ"ל. הופיע בא כוח היועץ המשפטי, וטענה מאד מקורית בפיו: יכול בית המשפט המחוזי להצהיר, כי הגירושין שנערכו בין הצדדים הם בעלי תוקף חוקי לפי חוקי ליטא אבל איננו יכול להצהיר את ההצהרה הנוספת — הנכונה בשהיא לעצמה — כי הם סתם מגורשים זה מזה. או: כי הם מגורשים זה מזה לפי חוקי ארץ ישראל, יען כי הצהרה מעין זו תהווה, היא גופה, "פסק הפקעת נישואין", ולכן אין בית המשפט המחוזי מוסמך, בשל הסייג האמור בסעיף 64(1), בית המשפט קבל את טענתו של כא כוח היועץ המשפטי, אך הפסק שניתן על ידו היה, למעשה, עוד יותר מקוצץ. הוא הצהיר בזה הלשון:

"אני קובע ומצהיר, כי בהתאם לחוק הלאומי של הצדדים, שהוא החוק הליטאי, הגירושין שניתנו (!) בצפת, ארץ ישראל, על ידי בית הדין הרבני (!) דשם ביום ה'14 בנובמבר 1937, לגברת פסיה איטינג (וסטרמן) ושלמה איטינג ייראו כשרים בליטא".¹⁸

לא הוגש ערעור על פסק הדין, כי הצדדים לא היו מעוניינים בכך. שהרי, בעקיפין, הושגה על ידם המטרה הנכספת, כי מאחד שקבע בית המשפט — אמנם רק על דרך הדרש — כי בני הזוג מגורשים זה מזה על פי חוקי ליטא הרי המסקנה הנוספת: כי הם מגורשים זה מזה גם לפי חוקי הארץ הזאת, שהיא מקום מושבם וממילא גם לפי חוקי כל הארצות הנוקטות בעקרון הדומיסילי, היא מסקנת חוק מטריאלית, שאפשר לשכנע בה. בשעת הצורך, את כל מאן דבעי, ואולם עצם השקפתו של בית המשפט, אשר מנעה אותו מלגמור את הפסוק ולהצהיר בפה מלא את אשר יכול היה להצהיר, היא כנראה בעליל, כלתי נכונה. כי מה שבית המשפט נתבקש לתת, הוא לא "פסק גירושין" ולא "פסק ביטול נישואין", אלא הצהרה, כי אקט הגירושין אשר כבר נערך בין בני הזוג, הוא בעל תוקף חוקי, ודבר זה אינו נכלל — אף לא לפי ההגדרה החדשה משנת 1935 —

18 איטינג—וסטרמן נגד איטינג, תיק אורחי 340/37, אוסף פסקי דין של בית המשפט המחוזי תל אביב (אנגלית), 1938, בעמוד 33.

במונח "פסק הפקעת נישואין", אשר בית המשפט המחוזי אינו מוסמך לתתו בשל הסייג האמור בסימן 64(1).

ואמנם כעבור כמה שנים הועלתה שאלה זו ממש לפני בית המשפט העליון, והבעיה נפתרה כליל. כוונתי לפסק הדין שניתן בענין אוגור¹⁹. במקרה זה המדובר היה ביהודי מצרי ואשתו היהודיה, שנישאו זה לזו וגם נתגרשו זה מזה, בארץ ישראל, כדת משה וישראל; החוק המצרי מכיר בתקפו של גט דתי הניתן על ידי בעל יהודי ואשתו היהודיה; ובקשת האשה לבית המשפט המחוזי היתה, להצהיר, כי היא מגורשת מבעלה כחוק, החל מן היום בו נתן לה בעלה את הגט כנ"ל. בית משפט המחוזי סרב לענות לבקשה, האשה ערערה, ובית המשפט העליון כיטל את הפסק, ונתן את ההצהרה המבוקשת. וכך נאמר שם על ידי השופט פרומקין:

"ודאי, אין בית המשפט המחוזי יכול להפקיע את הנישואין שבין הצדדים, אך לא זה הוא מבוקשה של המערערת. בקשתה היא למתן הצהרה, שהיא כבר נתגרשה כחוק. כדי להצליח בכך, עליה לשכנע את בית המשפט בשתי נקודות, היינו: כי על פי דיני ישראל היא נתגרשה בגירושין בעלי תוקף, וכי גירושין אלה מוכרים על פי החוק המצרי".²⁰

ומכיון ששתי הנקודות הללו הוכחו, נתן בית המשפט העליון את ההצהרה המבוקשת, והצהיר בתכלית הפשטות, ללא כל סייגים ועיטורים, כי המערערת "אולגה ולדר (הידועה גם בשם אוגור) נתגרשה מבעלה שמואל אוגור". בזה נתבטלו כל החששות והפקפוקים, אשר הטרידו את בית המשפט המחוזי במשפט הדומה ממש של שני הליטאים הנ"ל, ומעתה יוכל כל בית משפט מחוזי להצהיר על תקפו החוקי סתם — זאת אומרת: על תקפו לפי חוקי הארץ הזאת — של כל גט דתי שניתן על ידי בעל יהודי, נתין זר, לאשתו היהודיה, בתנאי שהחוק הלאומי של בני הזוג מכיר כתקפו של הגט.

סיכומו של דבר: הצהרת תקפם של גירושין שנערכו קודם לכן, אינה "פסק גירושין", וממילא אינה "פסק הפקעת נישואין" לגבי הגבלת הסמכות האמורה בסימן 64(1) של דבר המלך.

19 אוגור נגד אוגור, ע"א 22/42, 42 אסלכוס 259, 20 שם, בעמוד 267.

6. צו למתן גט. הלכת וולקנברג עשויה היתה לשמש מנוף, בעל חשיבות ויעילות, ליצירת פרקטיקה חדשה בבתי המשפט המחוזיים. אפשר היה, כותבאזה הגיונית מהלכה זו, להשיג, בתנאים מסוימים, מאת בית המשפט המחוזי, צו המחייב בעל יהודי לתת גט לאשתו במשרד הרבנות. אלא שלא אסתייעא מילתא. והסעד שניתן ע"י בית המשפט המחוזי בוטל לאחד מכן — לדעתי, שלא בצדק — ע"י בית המשפט העליון המנדטורי.

מעשה שהיה כך היה: אשה יהודיה, חסרת גתיונות, נשואה היתה לבעל יהודי, אזויה ארצישראלית. הזיווג לא עלה יפה, ולטענת האשה התייחס אליה בעלה שלא כהוגן: קנא לה קנאות מופרזת, הכה אותה תכופות, כלא אותה בחדרה, כדי למנעה מללכת למקום עבודתה (העבודה שהיתה מתפרנסת ממנה), וכתוצאה מזה היא מאסה בו, ולא יכלה להמשיך עמו את החיים המשותפים. היא לא יכלה לפנות לבית הדין הרבני, כי בהיותה חסרת גתיונות, וממילא „גתיונה זרה“ (ראה לעיל סעיף 1), יכול היה בעלה לסרב להסכים לסמכות הרבנים. מאידך גיסא, לגבי תחוק המטריאלי שיש להחיל בעניני המעמד האישי, זינו של חסרת גתיונות הוא כדין אורח ארצישראלית, ואם יהודי הוא — חלים עליו דיני ישראל²¹. האשה פנתה, אפוא, לבית המשפט המחוזי, הביאה עדים על התנהגותו של הבעל, שכנעה את בית המשפט, כי איננה יכולה להמשיך בחיים המשותפים, והוכיחה מפי רב מובהק, כי לפי דיני ישראל חייב הבעל, ואף כופין אותו, במקרה כגון זה, לתת גט לאשתו, וכקשה (בין השאר), כי בית המשפט יצוה על בעלה להתגרש ממנה בגט פיטורין כדת משה וישראל בפני משרד הרבנות. נתעוררה השאלה, אם צו כזה יהווה „פסק הפקעת נישואין“ במוכן הימן 64 (1). וכית המשפט ענה על כך בשלילה האמר:

„הנקודה הראשונה לדון בה היא אם צו מאת בית המשפט המחוזי (שהיה למעשה צו עשה) המצווה על בעל לגרש את אשתו על ידי מסירת גט לידה, יהווה „פסק הפקעת נישואין“ שאסור לבית משפט זה לתתו בהתאם לסימן 64 של דבר המלך במעצמה. בנקודה זו משוכנע אני, כי הוא לא יהווה (וזאת אומרת: לא יהווה „פסק הפקעת נישואין“), צו כזה מאת

בית משפט זה לא יפעל אוטומאטית לגרש את הצדדים זה מזה, הואיל והגירושין יכולים להעשות רק על ידי אקט של הבעל. היינו: על ידי נתינת הגט בהתאם לצורות הדתיות. דבר זה הוברר כל צרכו בע"א 22/42, וביתור בקטע מפסק הדין בע"א 22/34 (הכוונה לפסק דין וולקנברג) שצוטט על ידי השופט פרומקין בפסק דינו בע"א 22/42 (הכוונה לפסק דין אזגור)²².”

כאן נעשה, אפוא, צעד נוסף ברוח הדברים שנאמרו בערעור וולקנברג, והוחלט, כי מכיוון שהגירושין בדיני ישראל אינם פסק של בית הדין, אלא אקט של הבעל, הרי גם הצו של בית המשפט המחוזי המצווה על הבעל לערוך אותו אקט, ולעשות על ידי כך את אשתו למגורשת הימנה, אינו פסק הפקעת נישואין במובן סימן 64 (1). לא יכול היה בית המשפט לתת את הצו האמור, אילו היתה גם האשה אורחית ארצישראלית. — כי במקרה זה היתה הסמכות היתודית לכך נתונה בירי בית הדין הרבני; אבל מכיוון שהיא היתה גתיונה זרה, לא היתה כל מגיעה לכך מבחינת הוראת סימן 53 (1). — והוראת סימן 64 (1) לא תפסה כאן, בשל הרעיון שהונח ביסוד הלכת וולקנברג כנ"ל.

הבעל ערער על הצו בפני בית המשפט העליון, ופסק דינו של בית המשפט המחוזי בוטל²³. לא ארחיב את הדיבור עוד על נימוקי הביטול המיוחד שניתן על ידי השופט דה-קומרמונד, והוא: כי אין בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בעניני המעמד האישי של בעלי דין „מעורבים“ — האחד נתין זר והשני אורח ארצישראלי — כי דעה זו, כפי שראינו לעיל (סעיף 3), הוכרזה כמוטעית על ידי בית המשפט העליון הישראלי, אלא אתרכו כאן בניתוח הנימוקים העיקריים המצויים בפסק דינו של השופט פרומקין, ואשר אליהם — או, לפחות, לאחד מהם — הצטרף גם השופט דה-קומרמונד²⁴. נזכר לדעת — וזהו כאן הקושי העיקרי מבחינת קביעת ההלכה — כי השופט המלומד צירף זה לזה נימוקים שונים וחברים יחד, ועל יסוד המשקל המצטבר שבהם הוא ביטל את פסק דינו של בית המשפט המחוזי, וכך נאמר שם ע"י השופט פרומקין:

22 בוגאיר נגד בוגאיר, תיק אורחי 77/45, 45 פמ"ן 210, בעמודים 211—212.

23 בוגאיר נגד בוגאיר, ע"א 274/45, 46 אל"ר 324.

24 בוגאיר שם, בעמוד 327.

21 מייברט נגד טריזמן, ע"א 195/43, 43 אל"ר 395, 396; אושר בפסק דין לוי נגד לוי, ע"א 87/49, ה' ססקי דין 921, בעמוד 930.

אפשר להתוך בקיצור את דבר הערעור דגן. לפי סימן 64 של דבר המלך במועצה, אין בתי המשפט המחוזיים מוסמכים לתת פסק הפקעת נישואין. בשם המשיבה טענו בחריפות הן בבית המשפט ולמטה והן בבית משפט זה, כי היא למעשה אינה מבקשת הפקעת נישואין, אלא רק צו לכוף את המערער להסכים מרצונו לגרש את אשתו. ברם צו כזה, אם לא יהא בו, במישרין, משום הפקעת נישואין, תרי הוא ודאי ינרום לכה, תוך לחצו על הבעל העלול להסתבך, בין השאר, באחריות הנובעת מבזיון בית המשפט. בזה יכולנו לפטור את הערעור. בתי המשפט המחוזיים, שאין להם סמכות להוציא פסק הפקעת נישואין, אינם יכולים לתת צו המביא לידי כך. ואולם אין רצוני לסיים את הענין ככה, ביחוד לאחר שהנשיא התורן המלומד סבור היה, כי הוא הולך בעקבות הקורין שהותו על ידי בית משפט זה, ובפרט על ידי אני, בהגיעו אל המסקנה שהגיע אליה.

נכון, אמנם, כי לפי דיני ישראל, כמבואר כפרוטודוט על ידי כפסק דיני כענין וולקנברג נגד וולקנברג (ע"א 22/34), הגירושין הם אקט שבהסכמה, ובית דין דתי, אשר לו סמכות בעניני גירושין, אינו פוסק גירושין, אלא רק מצווה על הבעל, במקרים מתאימים, לגרש את אשתו, ועל אף מתן צו שכזה. אין גירושין ואין הפקעת נישואין, אלא אם כן הבעל, מרצונו הטוב והחפשי, נתן את הגט בצורה שנקבעה בחוק.

ואיל"כ יש לסיים לב לשלשה גורמים חשובים אלה:—

(א) בית דין רבני אינו מנוע מלהוציא פסק הפקעת נישואין. הנימוג הנתונים לסמכותו, והוא יכול, משום כך, גם לתת צו המביא לידי הפקעת הנישואין.

(ב) זה עוד יותר חשוב: צו כזה, כאשר הוא ניתן על ידי בית הדין הרבני, אינו מכוסס על כוח חילוני, אלא על סמכותו הדתית, והשימוש בלחץ מוסרי, דתי וחברתי, הנזכר בפסק הדין הנ"ל, הוא הלחץ הפועל על אדם שומר מצוות, בסרבו למלא אחרי פקודה מכוססת בתורה הקדושה, הכאה

מאת גוף מבצע סמכות דתית, כפי שהיא, מטכע הדברים, בית הדין הדתי. ו:—

(ג) אם אפשר ואם אין לצוות על בעל לגרש את אשתו, הוא ענין של דיני ישראל, שאינו כה פשוט, כדי שיוכרע בו על יסוד עדותו של עד מומחה. לפיכך, יהא זה מרחיק לכת להעניק לבית משפט אחרון את הכוח לתת צו המכוון לכוף אדם להפקיע נישואין דתיים²⁵.

השופט דהיקומרמונד, בהצטרפו לדעתו של השופט פרומקין כנ"ל, אומר:

נראה לי כי יהא זה משחק מלים גרידא באמרנו, כי צו כזה לא יהא בו משום הפקעת נישואין, כאשר הוא למעשה מהווה החלטה, כי האשה זכאית לקבל גט, וכי הבעל חייב למלא אחרי ותחלטה או להעגש בשל בזיון בית המשפט. סכנה אחת בצו שכזה היא, כי על הבעל יהיה לפעול לפי החוק האישי שלו, היכול להתיר או שלא להתיר את מתן הגט, או היכול, כמו במקרה דגן, לתורות כי הגט ינתן רק תוך הסכמה הדדית²⁶.

הנימוקים דלעיל הם, כפי שראינו, מעורים ומסוכסכים זה בזה, מקצתם חילוניים ומקצתם דתיים, ובטרם אנש לניתוחם, ברצוני לבאר את יסודי ההלכה ההיא בדיני ישראל גופם. או אז נוכח לדעת, כי אין כל "אנטינומיה" או "תרת" דסתרי" בדבר, כאשר הצו המבוקש הוא, לכוף את המערער לגרש מרצונו את אשתו, כפי שדימו לחשוב השופטים המלומדים הנ"ל. אנחנו גם נראה, כי אין כל סכנה שמא, כתוצאה מן הצו, תיעשה פעולת גירושין שאינה כשרה בהחלט על פי דיני ישראל.

(א) הגירושין, בדיני ישראל, נעשים לא ע"י הצהרה חגיגית של בית המשפט (בית הדין), אלא על ידי "ספר כריתות" — בלשון התלמוד: "גט

25 כוגאיר שם, כעמודים 328—329.
26 כוגאיר שם, כעמוד 327.

אשה" או "גט" סתם²⁷ — שהבעל נותן לאשתו בפני שני עדים. לשונו של הגט מעורב: מקצתו "דקלרטיבי" ומקצתו "קונסטטיטויטיבי". הרישא היא:

...ושבקיית ופטריית ותרוכית יתיכי ליכי אנת אנתתי פלונתי בת פלוני... דהוית אנתתי מן קדמת דנא וכדו פטריית ושבקיית ותרוכית יתיכי ליכי דיתיהוויין רשאה ושלטאה בנפשיכי למהך להתנסכא לכל גכד דיתיציביין וכו';²⁸

והסיפא שלו היא:

...ודן די יהוי ליכי מנאי ספר תרוכין ואגרת שבוקין וגט פטורין כדת משה וישראל²⁹.

אבל אקט הגירושין גופו הוא לא בכתיבת הגט, אלא בנתינתו, ועם מסירת הגט לאשה, ובו ברגע ממש, כורת הבעל את קשר הנישואין שבינו לכינה.

(כ) כתחילה, היינו: בתקופת התלמוד וכחמש מאות שנה לאחריה,

27 המלה "גט" נגזרה מן השורש "גטס" דומה ל"גחטט", שמשמעותו היא: חרוט בכלי חד (יכטריב, ספר מלים, עמוד 233). פירוש המלה הוא: סדר, והוראתה חלה על כל הסטרות: "כל הגיטין שנכתבו ביום ונחתמו בלילה פסולין, חוץ מגיטי נשים וביטנה גיטין, דף י"ז ע"א; "כל הגיטין — של מכר מתנה והלחאה": רש"י שם. והרמב"ם, במידוש המשניות שלו, גיטין פרק ב', אומר: "אין ספק... שגט גם נופל על כל סטר, והסטרות כולם נקראין גיטין... אכל הן קוראין ברוב גט האשה גם במלה מוחלטת". משנתייחדה המלה "גט" לגט אשה, החלי לדרוש אותה כמין חומד, ולקש בה דמו לדעיון הפירוד והכריתות. הובעו סברות מסבירות שונות, והחריפה שבכולן היא, כי בלשון העכרית האותיות ג' וס' הן אנטיפסטיטיות, "עיונות" זו לזו, שכן לא מצינו אף מלה עכרית אחת שבה תהינה אותיות אלה סמוכות זו לזו כסדרן — זאת אומרת: ה"ס' אחרי הג' — ולכן מסמלת המלה "גט" את פירוד בני הווג (אוצר מנהגי ירושן, עמוד 19, בשם הגר"א).

28 יעובתי ופיטריתי וגרשתי אוהך לך את אשתי פלונית בת פלוני... שהיית אשתי לפני כן וכעת פיטריתי ועובתי וגרשתי אותך לך שתהיי רשאית ושלטיה בנפשך ללכת להנשא לכל אדם שהרצוי וכו'.

29 וזה אשר יהיה לך ממני ספר גירושין ואגרת עימוכין וגט פיטורין כדת משה וישראל.

יכול ורשאי היה הבעל לגרש את אשתו אפילו בעל כרחו, ומשהגיע הגט לידה או לרשותה — הרי היא מגורשת³⁰, כי:

"האשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה"³¹.

ואולם בתחילת המאה ה-11, בא החדר"ג — הוא התרם דרבנו גרשום מאור הגולה — ותיקן "שלא ליתן גט לאשה בעל כרחה"³². עדין חלוקין הפוסקים, אם, נוכח החדר"ג, גט שניתן לאשה בעל כרחה הוא גט, או אינו גט³³, אבל גם לפי דעת המחמירים ואומרים שאינו גט, הסכמתה של האשה לקבלת הגט אינה יסוד מעמיד, קונסטטיטויטיבי, בפעולת הגירושין, — היא רק תנאי לכשרות פעולתו של הבעל, והבעל בלבד הוא הכורת, כאקט חד-צדדי, את קשר הנישואין בינו לביתה³⁴. החרם דרבנו גרשום לא שינה את הקונסטרוקציה המשפטית הוותיקה של אקט הגירושין, הוא רק קבע סייג חדש: שבלעדי הסכמת האשה אסור לו, לבעל, לגרש אותה, או שבלעדי הסכמה זו — הגט לא יהיה גט³⁵. החרם בא רק לתקן את האשה, שלא תגורש על ידי בעלה בעל כרחה, אבל הוא לא התכוון — ואולי אף לא יכול היה — לשנות מעיקרו את אופיו החד-צדדי, מן התורה, של אקט הגירושין.

30 הוורק גט לאשתו היא בתוך ביתה או בתוך חצרה, הרי זו מגורשת... לתוך חיקה או לתוך קלתה, הרי זו מגורשת" (משנה גיטין, דף ע"ז ע"א).

31 משנה יבמות, דף ק"ב ע"ב; גיטין, דף מ"ט ע"ב. היה צורך רק, שהיא מבין את משמעות הנתינה, ונדע שהיא מקבלת גט, ולא מזוהה או שטר חוב וכדומה (רמב"ם הלכות גירושין, פרק א', הלכה ט'; המקור במשנה גיטין, דף ע"ח ע"א).

32 הובא במהר"ם מינץ, סי' ק"ב.

33 ע"י פתחי השובה, אה"ע סי' ק"ט, סי' ו'. רוב הפוסקים נוטים לדעה, כי הגט הוא כשר, מענין הדבר, כי בגוף החרם עפ"י שהוכא במהר"ם מינץ שם נאמר: "שלא ליתן גט לאשה בעל כרחה ואין הגט כלוס" (ראה להלן, חלק שני, פרק ו', סעיף 8).

34 אמנם כהשוכות הרא"ש, כלל מ"ב, סי' א', נאמר כי רבנו גרשום "תיקן להשתח כוח האשה לכוח האיש, כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה", אבל אין הוא מתכוון לשויון ממש, כפי שיוצא מסאר הדברים שנאמרו שם. חוץ מזה: אילו לכך היתה הכוונה, היה צריך להגיע אל המסקנה, כי אם נתגרשה כעל ברהה אינה מגורשת, ומעולם לא סמענו מפי הרא"ש דעה כזאת.

35 ראה לעיל הערה 33.

אילו זאת היתה כוונתו ומשמעותו של האדם, היה הדבר גורר אחריו כמה וכמה תוצאות חשובות בכל הלכות הגירושין, — ואין כאן מקומו להאריך. משום כך, לא היה זה מדויק כל כך לומר, כפי שנאמר בהלכת וולקנברג, כי בדיני ישראל הגירושין הם „חוחה מתוך הסכמה הדדית“. ואולם אי־דיוק זה אינו פוגע בכוונת ההלכה הכללית שנקבעה שם; כי היא נובעת מתוך הרעיון, שהגירושין הם אקט פרטי (של הבעל), ולא אקט שיפוטי (של בית הדין). הלכת וולקנברג היתה נכונה, באותה מידה ממש, אילו בכלל לא היה חרם דרבנו גרשום, והבעל יכול היה, כמו בתקופת התלמוד, לגרש את אשתו אפילו בעל כרחו.

(ג) ומכאן ליסוד האחר, היותר חשוב לפעולת הגט, הוא רצונו של הבעל.

אחד מעשרת עיקרי הגירושין מן התורה הוא:

„שלא יגרש האיש אלא ברצונו... שנאמר: והיה אם לא תמצא חן בעיניו, וכתב לה ספר כריתות, ונתן בידה ושלחה מביתו — מלמד שאינו מגרש אלא ברצונו“³⁶.

מתן הגט תלוי, איפוא ברצונו של הבעל, ואולם ברור הדבר, והמשפט העברי מעולם לא התעלם מכך, כי תנאי החיים דורשים לפעמים במפגיע, כי הבעל יאלץ לתת גט לאשתו, ולהתיר אותה על ידי כך מכבלי הנישואין. לכן מצינו כבר במשנה כמה הלכות הבאות להסדיר את הענין. דוגמא קלאסית לכך היא המשנה בכתוכות:

„ואלו שכופין אותו להוציא: מוכה שחין ובעל פוליוס וכו“³⁷.

אך כיצד להתלץ כאן מן העקרון היסודי, העיקר מן התורה, שאין האיש מגרש אלא ברצונו? לשם כך החלו לעשות שימוש ברעיון של:

„כופין אותו עד שיאמר רוצה אני!“

„תקדים“ לרעיון זה שימש הדין הדומה הנחוג בעניני קרבנות:

„יקריב אותו (את הקרבן שנדר) — מלמד שכותפין אותו. יכול בעל כרחו? תלמוד לומר: לרצונו. הא כיצד?! כופין אותו עד שיאמר: רוצה אני!“³⁸.

„וכן אתה מוצא בגיטי נשים ושחרורי עבדים: כופין אותו עד שיאמר רוצה אני“³⁹.

הסתירה הפנימית שבין „כופין“ ה„רוצה אני“ יושבת כידוע בדבריו המפורסמים של הרמב"ם, וזה לשונו:

„מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו, ולא רצה לגרש, בית דין של ישראל בכל מקום ובכל זמן מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר. וכן אם הכוהו עכו"ם ואמרו לו עשה מה שישראל אומרים לך ולחצו אותו ישראל ביד העכו"ם עד שיגרש הרי זה כשר... ולמה לא בטל גט זה, שהרי הוא אנוס בין ביד עכו"ם בין ביד ישראל? שאין אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונדחק לעשות דבר שאינו מחוייב בו מן התורה... אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצוה או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו או עד שנתרחק מדבר האסור לעשותו, אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. לפיכך זה שאינו רוצה לגרש, — מאחר שהוא רוצה להיות מישדאל, ורוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות, ויצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני, כבר גרש לרצונו“⁴⁰.

רעיון זה אינו חידוש פילוסופי של הרמב"ם, ומקורו הוא בדברי התלמוד גופו:

38 קידושין, דף ג' ע"א.

39 קידושין ס"ג.

40 רמב"ם הלכות גירושין, פרק כ', הלכה כ'.

36 רמב"ם שם, הלכה ב', המקור: יבמות, דף ק"ב ע"ב; גיטין, דף מ"ט ע"ב.
37 כתובות, דף ע"ז ע"א.

דילמא שאני התם, דמצוה לשמוע דברי חכמים⁴¹.
כי אמר רוצה אני, גמר בלבו לגרשה, דמצוה קעביד, מאחר
שחייבוהו חכמים להוציא⁴².

והנה רציון זה — הרואה את הרצון שלאחר הכפיה כרצון חפשי, מכיוון שהמצוה היא ש"הכריתתה" אותו לעשות את המעשה הכפוי — היה צריך להוליד את המסקנה, מרובת החשיבות המעשית, כי בכל מקום שהדין מחייב אותו (את הבעל) להוציא (לגרש את אשתו), וכפו אותו ואמר רוצה אני, הגט כשר, ואין הדבר כך. אין הגט נחשב כגיתן מרצון, אלא אם כן דיני ישראל, לא זו בלבד שהם מחייבים אותו להוציא, אלא גם מתירים, באותו מקרה קונקרטי, לכופ אותו להוציא, כבר בדברי הרמב"ם דלעיל ראינו את המלים הפותחות: "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו, וזו היא הדעה המקובלת אצל כל הפוסקים. מקורה הוא בדברי המשנה והגמרא במסכת גיטין:

"גט מעושה בישראל כשר, ובנכרים פסול, ובנכרים הובטין אותו ואומרים לו: עשה מה שישראל אומרים לך (וכשר).
(גמרא) אמר רב נחמן אמר שמואל: גט המעושה בישראל בדין כשר, שלא כדין — פסול ופוסל"⁴³.

"מעושה כדין" נאמר כאן, זאת אומרת: על פי דין מדיני ישראל, המתיר את העישוי, ולא רק על פי דין — מדאורייתא או מדרבנן — המחייב את הבעל לתת את הגט.
העולה ממקובץ מכל האמור הוא, כי כדי שהגט יהיה כשר בהחלט —

41 קידושין טז; בבא בתרא, דף מ"ח ע"א; ראה גם רש"י קידושין טז, ד"ה דמצוה.

42 רשב"ם בבא בתרא טז, ד"ה דילמא.

43 גיטין, דף פ"ח ע"ב; "פסול ופוסל" פירושו הוא — כפי שהסבדתי בפסק דיני בענין רוונצויג (רוונצויג נגד יו"ר ההוצ"ל, ירושלים, בג"ץ 54/55, סי' פסקי דין 1542, בעמוד 1551) — "כשר מן התורה, פסול מדרבנן, ומכיון שהוא כשר מן התורה הוא פוסל את האשה לכהונה, כלומר: אם היא קבלה גט כפוי כזה, אמור לה להינשא לכהן (אפילו לאחר שמת בעלה הראשון). לדעה אחרת הגט כשל, אלא שהיא פסולה לכהונה משום "ריח הגט" (עיין רש"י שם, והשחה רמב"ם וגושאי כליו, פרק ב' מהלכות גירושין, הלכה כ"ז).

לא "כשל" מן התורה, ולא "פסול" מדרבנן — צריך שהוא ינתן על ידי הבעל: או מרצונו החפשי ממש, או מרצונו ה"קונסטרוקטיבי", היינו: אחרי אמירת "רוצה אני", שבאה כתוצאה מכפיה שנעשתה כדין על ידי ישראל, או על ידי נכרים המצוים עליו למלא הוראת ישראל.

את המסקנה הקיצונית ביותר מהלכה זו וההסבר שניתן לה ע"י התלמוד והרמב"ם כנ"ל, כסיק אחד מגדולי הפוסקים האחרונים הסובר, כי כאשר יש ספיקא דדינא אם כופין אותו להוציא או לא, וכפו אותו וגירש את אשתו, — האשה היא לא ספק אשת איש, אלא אשת איש ודאי, כי "מעושה כדין" פירושו הוא: בהתאם לדין מדיני ישראל המתיר, מלכתחילה ובדאיות גמורה, לכופ את הבעל לתת את הגט. המדובר שם בבעל נכפה (חולה בחולי-נפולין), אשר לגביו נחלקו הראשונים, אם כופין אותו להוציא או לא — לדעת הרא"ש כופין, לדעת המרדכי אין כופין⁴⁴ — והרב הפוסק בותב:

"ועוד אני אומר, דאפילו קמי שמאי (גליא) דהלכה כהרא"ש, מכל מקום כיון דאיכא דעת המרדכי דפליג, ואין אתנו יודע להכריע, ממילא אם עבר וגירש ע"י עישוי, הוי אשת איש דאורייתא בודאי, ולא מספק, וטעמא אני אומר, שהרי גם מעושה אפילו כדין ואומר רוצה אני, מכל מקום אינו כשר אלא מטעם דאמרו חז"ל בבא בתרא מ"ח ע"א מסתמא ניהא ליה לקיים דברי חכמים שאמרו לכופו להוציא, ועל דרך שהסביר הרמב"ם יפה סוף פרק כ' מגירושין, והיינו כשברור גם להתגרש שהעישוי כדין אליבא דכולי עלמא, אם כן מצוה לשמוע דברי חכמים, אבל הכא יאמר נא המגרש: מאן לימא לן שמצוה לשמוע דברי הרא"ש, דילמא מצוה לשמוע דברי המרדכי, ואם כן גם מה שאמר רוצה אני היה בהכרח, ולא ענה מלבו"⁴⁵.

זו היא סברה חריפה עד למאד, אך היא דעת יחיד (או יחידים), ואין שאר הפוסקים מודין בה, שאלמלא כן, כמעט שאי אפשר היה לעולם לפסוק

44 שו"ת הרא"ש, כלל מ"ב, סי' א'; מרדכי כתובות פרק המדיר, סי' ר"א.

45 שו"ת חתם סופר, אבן העזר, חלק א', סי' קס"ו.

לא כן היא דעת בעלי התוספות:

„ויש מפרשים דכופין אותו להוציא (אם אמרה „מאיס עלי“).
ואין גראה לרבנו תם: דגירוש שמא עיניה נתנה באחר...
ורבנו הגאון נמי פירש, דאין כופין הבעל ליתן גט“⁴⁹.

הלכת הרמב"ם הזה, כמעט, עם תקנת הגאונים⁵⁰ שהתקנה בראשית תקופת הגאונים,⁵¹ ושמטרתה היתה שלא תהינה בנות ישראל יוצאות לתרבות רעה. יש שראו בכך ביטוי נעלה וערובה לטהר היחסים שבינו לבניה, ויש להיפך — והם רוב הפוסקים המאוחרים — שראו בה פרצה קוראה לנשים פרוצות ו„שחצניות“, וחששו שמא תשמש הטענה עילה ואמתלא לאשה שנתנה עיניה באחר, כדי להפקיע את עצמה מתחת יד בעלה. הרי"ף בהלכותיו מביא את התקנה בזה הלשון:

„הדין הוא דינא דגמרא אבל האידינא בבי דינא דמתיבתא
הכי דיני במורדת: כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להאי
גברא, ניתיב לי גיטא — יתיב לה גיטא לאלתר“⁵².

וביתר בהירות אנו מוצאים את הרברים אמורים בהגהות אשר"י בשם רב האי גאון:

„אבל רב האי כתב: אף על פי שאין לכוף את בעלה מכוח
הלכה, מכל מקום גאוני הישיבות של בבל תיקנו שכופין
הבעל ליתן גט (באמרה מאיס עלי). ויותר משלש מאות שנה
היה כ"מיהם שנכתבה תקנה זו“⁵³.

49 תוס' כתובות, דף ס"ג ע"ב—ס"ד ע"א, ד"ה אבל.

50 השוה הערה 67 להלן, הרמב"ם גופו סופר, כנראה, את ההלכה שלו על דין התלמוד (ראה מגיד משנה שם שם, ודמכ"ם שם, הלכה י"ד).

51 ואולי היא התקנה כבר בתקופת הרבנן סבוראי, כפי שנאמר בתשובות מהר"ם רומנבורג (כ"י פראג) סי' של"ו, וסי' של"ח בשם הרבמ"ה.

52 הלכות הרי"ף כתובות, פרק אף על פי.

53 הגהות אשר"י, כתובות פרק אף על פי, סי' ל"ה.

כפית גט. כי ברובא דרובא של המקרים החשובים, בהם קיימת חובת הבעל לגרוש, אין הכפיה מותרת „אליבא דכולי עלמא“ ממש, ואף על פי כן, מוכרעת השיטה לפעמים לצד המתירין, ופוסקים כמותם גם הלכה למעשה, ואין הדיינים הכופים שואלים את הבעל הנכפה („נכפה“, תרתי משמע), אם לדעתו „המומחית“ מותר לכפות את מתן הגט או לא.

(ד) השאלה העיקרית המתעוררת, איפוא, לגבי כשרותו של הגט הכפוי היא, אם המקרה הקונקרטי הנידון הוא מסוג המקרים אשר בהם, לפי דיני ישראל, כופין אותו להוציא, או לא. וזו היא אחת השאלות הקשות ביותר, והכאובות ביותר, בהלכות הגירושין של דיני ישראל. שלש הן המחלוקות העיקריות בסוגיא זו:

(אא) אם ב„מורדת“ הטוענת „מאיס עלי“ (בעלי), ואיני יכולה לחיות עמו, כופין אותו להוציא, או לא.⁴⁶ דעת הרמב"ם — וכן גם דעת רש"י והרשב"ם⁴⁷ — היא שכופין אותו, וכן כתב הרמב"ם, נציגה העיקרי של הלכה ליבראלית זו:

„האשה שמנעה בעלה מתשמיש המטה היא הנקראת מורדת,
ושואלין אותה מפני מה מרדה, אם אמרה מאסתיה, ואיני
יכולה להבעל לו מדעתי, כופין אוהו לשעחו לגרשה, לפי
שאינה כשבויה שתבעל לשנוא לה“⁴⁸.

46 עילת גירושין זו דומה כמהותה לעילות המצויות ככמה מסרי החוקים המודרניים ביותר, כגון: סעיף 42 של החוק הנורכגי משנת 1918, לפיו יכול אחד מבני הזוג לבקש פסק גירושין „אם קיימת ביניהם איבה עד כדי כך, שאי אפשר לדרוש מן המבקש להשיך כחי אישות משותפים“, או: סעיף 142 של החוק השוויצרי משנת 1907, הרואה עילת גירושין בקיום „סלידה נפשית שאין להתגבר עליה, העושה את המסתבת חיי האישות לכלתי אפשרית“ (מתוך ספרו האנגלי של הרמן היים) כהן, חוקים זרים בעניני נישואין וגירושין, תל אביב, 1937, בעמודים 165, 229.

47 „לא כייפינן לה (אם אמרה מאיס עלי) להשהותה, אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כחיבה“ (רש"י כתובות, דף ס"ג ע"ב), „ורש"י כתב שיגרשנה בעל כרחו (אם אמרה מאיס עלי), ורשב"ם פירש באומרת מאיס עלי לא כייפינן לה שתשהה עמו י"ב חודש, אלא כגרשה מיד בלא כתובה בעל כרחו“ (שלטי הגבורים על הרי"ף כתובות, פרק אף על פי, דפוס ווילנא, תרנ"א, דף כ"ז ע"א).

48 רמב"ם הלכות אישות, פרק י"ד, הלכה ח'.

למסורת עוד יותר ארוכה של התקנה ההיא. טוען הרמב"ן, בעל המלחמות, בהשגתו על דברי בעל המאור: "54

„ומה שאמר בעל המאור ז"ל, שתקנת הישיבה הוראת שעה היתה, הלא רבנו הגדול ז"ל (הכוונה להרי"ף) יודע תקנת הגאונים יותר מכולנו, ומדבריו ניכר שלדורות תקנו. אבל אין דבריו של בעל המאור ז"ל בכאן אלא פיתוי, שהוא רוצה לחלוק עליהם ולומר דבדינא דגמרא דייגינן, ואמרה בלשון נקיה, אבל הם באמת לדורות תקנו, ונהגו בה עד ימיו של רבנו ז"ל כחמש מאות שנה שלא זה תקנה זו מביניהם, כמו שידוע אצלם בתשובות שלהם... והם ידעו היאך תקנו, — אבל מי שרוצה להחמיר שלא לכוף בגט כדן הגמרא לא הפסיד, ותבא עליו ברכה" 55.

„אף על פי שכך הוא דין המורדת בדין התלמוד, כבר תקנו גאוני הישיבות שכל אשה המורדת בבעלה ותובעת ממנו גירושין, כופין הבעל ליתן לה גט... וכבר פשטה תקנה זאת בכל ישראל, ואין לנו לזוז מתקנתך" 56.

לעומת זה סוברים פוסקים אחרים, כי יש להתרחק מן התקנה ההיא. ואין לנהוג על פיה עוד, כי תקנה זו עלולה להביא לתקלת הרבים. ישנה כנראה גם „הסכמה" של חכמי אשכנז וצרפת, המבטלת את התקנה הלזו.

„ומסתברא לי שהתקנה שתקנו בישיבה לתת גט במורדת זו לאלתר, הוראת שעה היתה לפי הצורך ממה שראו בדורם. אבל בדורות הכאים בדינא דגמרא דייגינן לה" 57.

54 דאה להלן הערה 57.

55 מלחמת ה' להרמב"ן, ד"ף בתובות, פרק אף על פי, סוגיא דמורדת; לעימת זה בתשובות המיוחסות להרמב"ן, סי' קל"ח (תשובות אלו נכתבו ברובן ע"י הרשב"א תלמידו, ואף זו כנראה אחת מהן), מצינו אותו פוסק, „שהאומרת מאיס עלי אין כופין הבעל לגרש... ואף על פי שהרמב"ם ז"ל כתב באומרת מאיס עלי שכופין אותו לגרש, אין נכונים דבריו במקום זה ואל תחוש לזה". והן הלכת הרמב"ם זהה כמעט עם תקנת הגאונים, שהוא מן עליה כאן כנגד בעל המאור.

56 שלמי הגבורים, לשון ריא"ו, על הרי"ף שם.

57 המאור הגדול להר"ה, על הרי"ף שם.

„והסכימו חכמי אשכנז וצרפת, שבטענה מאיס עלי אין לכוף לבעל לגרש, לכן יזהר כל דין שלא לכוף לגרש בטענת מאיס עלי" 58.

את ההתקפה החריפה ביותר על התקנה ההיא לפחות לגבי שימושה „בזמן הזה", מוצאים אנו בתשובות הרא"ש.

„ראיתי שרבותינו חכמי אשכנז וצרפת מתרחקין עד קצה האחרון מכל מיני הכרחות כפית האיש לגרש בעסק מרידת האשה... ועוד אני אומר, שהגאונים שתקנו תקנה זו תקנה לפי הדור ההוא שהיה נראה להם לפי צורך השעה בשביל בנות ישראל, האידנא נראה הענין להיפך: בנות ישראל בדור הזה שחצניות הן, אם תוכל האשה להפקיע את עצמה מתחת בעלה באמרה, לא בעינא ליה, לא הנחת בת לאברהם אבינו יושבת תחת בעלה, ויתנו עיניהן באחר וימדדו בבעליהן, — על כן טוב להרחיק הכפיה... וכי בשביל שהיא הולכת אחרי שרירות לבה, ונתנה עיניה באחר, וחפצה בו יותר מבעל נעודיה, נשלים תאותה, ונכוף האיש שהוא אהב אשת נעודיה, שיגרשנה? חלילה וחס לשום דין לדון בן..."

אך בהמשך התשובה הוא משמיע לנו דברים, המקיים במקצת את הודו העקרוני של הרעיון, ומכניס את הענין לאפיק יותר צר, אך מעשי. הדברים שנאמרו שם למטה מן הענין מצביעים או מרמזים על כך, כי חששו העיקרי של הרא"ש הוא: שמא, במקרה הקונקרטי הנידון, אין אמת בדבריה של המורדת, ובעלה כלל לא „מאיס עליה", אלא שעיניה נתנה באחר, זאת אומרת: מצאה אחר נאה הימנו. שכן הוא ממשיך שם ואומר:

„אמנם בנידון זה, סיפר לי אחיה אמתלאות שנותנת לדבריה, ואתה דין בדכר, תחקור על הדבר אם יש ממש ברבריה, ואם דעתו לעגנה, ראוי הוא שתסמוך על מנהגכם בעת הזאת לכופו ליתן גט לזמן... 59.

58 שלמי הגבורים על הרי"ף שם, בשם תשובת הר"ם.

59 תשובות הרא"ש, כלל מ"ג, סי' ח'.

ובתשובה אחרת, באותו כלל, הרנה אף היא בשאלת כפית הגם במקרה טענת מאיס עלי, מסיים הרא"ש את תשובתו במלים אלה:

„ועוד כי בעוונותינו בנות ישראל הן פרוצות בזמן הזה ואיכא למיחש שמא נתנה עיניה באחר“⁶⁰.

ובמקום שלישי, שוב בקשר לטענת מאיס עלי, כותב הרא"ש:

„אמנם אם נראה לכם רבותי הקרובים אל הדבר, ש(אם) המקדש אינו אדם דאזי והגון לדבק בבת טובים, ובנכל ובתרמית פתיה... יש לסמוך בנדון זה על דברי קצת רבותינו שפסקו בדינא דמורדת דכופין אותו לגרשה...“⁶¹.

ואחרון אחרון: גם כמאה וחמשים שנה לאחר מכן, כאשר דעתו של הרא"ש וסיעתיה כבר פשטה בכל הארצות, וכמעט שלא הוסיפו עוד להזכיר את תקנת הגאונים הרחוקה היא, מצינו תשובה אחת בה נפתח שוב פתח לכפית הגט במקרה טענת מאיס עלי — והתשובה היא מאת פוסק אחד, גדול הרוד, המדגיש שם את דבקתו בשיטת הרא"ש ודעימיה, וכך נאמר שם:

„בענין מורדת הרבה דברים נאמרו בטענת מאיס עלי, שהרבה מן הגדולים ז"ל כתבו שכופין אותו לגרש, והרמב"ם ז"ל מכללם... אבל הרבה מן הגדולים גם כן, כגון רבנו תם ז"ל והרמב"ן ז"ל⁶² והרא"ש כתבו שאין כופין אותו לגרש, ושכל הכופה לגרש הוא מרבה ממזרים בישדאל⁶³, וכן היה דן אדוני אבי מורי הרטב"ן ז"ל⁶⁴ שלא לכופ לגרש ולא לכופה לחזור לו... וכן אנחנו דנים, — אבל בגדון

60 הישובות הרא"ש שם, סי' ר'.

61 תשובות הרא"ש, כלל ל"ה, סי' א'.

62 הכוונה היא, כנראה, להרמב"ן בתשובות המיוחסות להרמב"ן, סי' קל"ח. ראה הערה 55 לעיל.

63 מלים אלה לקוחות מתשובת הרא"ש, כלל מ"ג, סי' ר'.

64 ע"י תשב"ץ, חלק כ', סי' רנ"ו.

הזה ראיתי שטענת האשה מצד אחד שהיא מואסת בו מתמת שאמה השיאתה לו בעל כרחו ועוד מתמת (כאן בא תאדור של מום גופני מסויים)... והנה מהטענה הראשונה שכבר היתה מואסת אותו קודם נשואיה, ולא נשאתו אלא בעל כרחו, בזה אפילו האומרים שלא לכופ לגרש בטענת מאיס עלי — יודו שכופין לגרש, שמה שאמרו שלא לכופ, מוחש שמא נתנה עיניה באחר, ובזו אם הדבר מפורסם שבעל כרחו נשאה, נסתלקה חששא זו, ורבנו מאיר ז"ל כתב כשהיתה נותנת האשה אמתלא לדבריה, למה הוא מאוס עליה, היה כופה אותו לגרש, ובנדון הזה אין לך אמתלא גדולה מזה“⁶⁵.

דוגמא עוד יותר בולטת לניתוח המסיכות המיוחדות של הענין, על מנת להסיק מהן את כנותה ורציניותה של הטענה מאיס עלי, מצויה בתשובה שתצוטט להלן, מעשה שם בבת הדיין שהיתה מקודשת לצעיר אחד, ומשיצא עליו קול כי הוא פיתה בתורה אחרת, היא סרבה להנשא לו, ודרשה ממנו גט בטענת מאיס עלי. לאחר כמה שדולים נתן לה ארוסה את הגט, אך לאחר מעשה הוא חזר בו, וטען כי כפו אותו לתת את הגט. נתעוררה השאלה, אם הגט הוא מערשה כדין או לא, וגדר הספיקות (בין השאר) היה, אם בטענת מאיס עלי כופין אותו להוציא או לא. לאחר שהרב הפוסק מונה שם את כל הדעות השוררות בנידון זה בין הראשונים, הוא תומך באחרונה שבהן, הדעה השביעית, ואומר:

„והמורם מכל זה, שאשה זו כופין אותו לגרשה בטענת מאיס עלי: ולא מיבעיא לדעת הרמב"ם ז"ל ולקצת רבני ישראל הנמשכים אחרי סברתו, וכל שכן אחרי פשט תקנת הגאונים ז"ל אשר תקנו וקבלתם תורה היא וראוי לסמוך על דבריהם. (אלא) אפילו לדעת הנך רבוותא שזולקים משום חשש נותנת עיניה באחר, יודו בנדון זה דליכא למיחש להכי, כמו שיתבאר בסמוך בסייעתא דשמיא.

וזה נודע בעצמו מכמה צדדים: הצד הראשון, שאין לחוש באשה זו שנתנה עיניה באחר, הוא מצד הכחור עצמו,

65 שרית הרשב"ש, סי' צ"ב.

שאין בו שום מום אשר בעבורו תתן עיניה באחר שהוא טוב ממנו, כי כל טוביות שימצאו בכחורי ישראל כולם נמצאו בו: יפה תואר ויפה מראה, בחור כארזים, אביו עזר ובעל תורה, ומגדולי פורעי המס, ומיחדי הקהל, ובעל צדקות, ולא תמצא בחור טוב וכולל כל אלו הטובות כמותה, כדי שתתן עיניה בו ותמאס בוה. ועוד מצד תבת עצמה, שמלבד היותה בת חכמים וממשפחה מיוחסת, אלא גם מצד עצמה, הדבר ידוע שאין לחושדה בכך שתבגוד בארוסה, כדי לקחת טוב ממנו, ועוד, כי סיבת המיאוס גלויה וידועה לכל (הכוונה היא לקול שיצא על ארוסה, שפיתה בחורה אחת), ואין מניחין הסיבה הגלויה שהיא כדאי שתשנא אותו בעבורה, וניחוש לשמא נתנה עיניה באחר. ועוד, שיש את ומופת חותך על היות אמרלא זאת סיבת שנאתה, שהרי אירע ענין זה: פתאום ותיכף לשמיעת הקול אמרה אי אפשי לינשא וקודם זה לא היה בלבה עליו כלום, והיתה ביניהם אהבה ואהוה, ומעולם לא יצא מפיה שום דבר שנאה עליו אפילו ברמז, ואילו לא היתה אמתלא זו סיבת השנאה, לא היתה נהפכת פתאום תיכף, לשמיעת הקול, מאהבה לשנאה, כי אילו היתה מסיבה אחרת — היתה ממשמשת והולכת בהדרגה מיום אל יום...⁶⁶

אפשר להסכים, ואפשר גם שלא להסכים, לניתוח הפסיכולוגי הזה על כל פרטיו ודקדוקיו — יתכן, כי כמה חלקים הימנו לא יתקבלו על דעתנו בכלל — על כל פנים מראה הדבר, כמה יגיעות יגע אותו זקן, כדי לדלות ולהעלות מנבכי הנפש את המניעים האמתיים לטענת האשה. על יסוד כל דברי המקורות הללו, קרוב אני לומר — בלי לקבוע מסמרות בדבר — כי כל המחלוקת היא בין הרמב"ם וסיעתיה והרא"ש וסיעתיה, היא רק בנוגע למידת האימון שיש לתת בטענתה של המורדת — לדעת הרמב"ם חייבים להאמין לה תמיד, או כמעט תמיד.⁶⁷ לדעת

66 חוס המשולש, טור שלישי, להרב אברהם בר יעקב אבן סחאה, ס' ל"ה, ספר זה נקרא גם בשם "תשב"ץ, חלק רביעי".

67 לפי תקנת הגאונים — כך נראה הרב — אין ככלל לחקור את האשה, מיוע אינה רוצה בו, ודי כאמידתה בלבד: "כד אמאי ואמרה לא בעינא ליה להאי גברא... היוב לה ביסא לאלתר" (הרי"ף לעיל); "תקנו וגורו רכל אשה שתאמר לכעלה

הרא"ש חייבים, מלכתחילה, להתייחס בחשדנות לטענה זו — אבל כאשר ברור הוא, ואין שמץ של ספק בדבר, כי אכן אמת דוברת האשה, וטענתה היא כנה ורצינית, אפשר אליבא דכולי עלמא לסמוך על דעת הרמב"ם ותקנת הגאונים, ולכפות את הבעל לתת את הגט. אם אמנם נכונה היא דעה זו, ואם היא תתקבל גם על דעת הרכנים הדנים בענינים אלה, ישמש הדבר פתרון יעיל לכמה בעיות מסובכות כחיי המשפחה. כי כאן מצויה נוסחה כללית, רחבה, העשויה לקפל בתוכה מקרים ממקרים שונים, בלי שנצטרך להזקק דוקא לפתרונות הקוואיסטיים המצויים בספרות התלמודית,

(בב) המחלוקת השניה היא, אם בכל אלה שנאמר עליהם: "יוציא ויתן כתובה", כופין אותו להוציא או לא.

"נראה לר"י, דבכל הנך דקתני במתני' יוציא היינו שכופין אותו, דכיון דשלא כרין עביד, כופין אותו להוציא... ורבנו חננאל הביא מירושלמי, דכל הנך יוציא דמתני' אין כופין, דהכי איתא התם: אמר שמואל אין מעשין אלא לפסולות... ופסק רבנו חננאל, משם שמע מינה, שאין כופין אלא היכא שמפרש בהדיא כופין, אבל היכא דאמור רבנן יוציא, אמרים לו כבר חייבך חכמים להוציא, ואם לא תוציא — מותר לקרותך עברינא, אבל לכפותו לא... ויותר נראה, דכופין בבל הגי כדפירש ר"י... ומיהו אין לכופי שום אדם לגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראייה ברורה, דהא אמרינן דגט מעושה בישראל שלא כדין פסול, ואין להתיר אשת איש מספק"⁶⁸.

הבטוי "יוציא ויתן כתובה" מצוי במשנה שלש עשרה פעמים,⁶⁹ אך המקרים אשר עליהם הוחל אינם פרקטיים ביותר, בעלי חשיבות מעשית הרבה יותר מרובה הם שנים מן המקרים עליהם נאמר בגמרא "יוציא ויתן

לא בעינא לך, בייפנין ליה לבעל לאלתר לגרשה... שלא תצאנה בנות ישראל לתרבות דעה" (תשובות מהר"ם רוסנבורג, כתב יד פראג, ס' שלי"ו).

68 תוס' בתרבות, דף ע' ע"א, ד"ה יוציא רוב הפוסקים מבריעים כדעת רבנו חננאל (ראה מגיד משנה על הרמב"ם, פרק י"ד מהלכות אישות, הלכה ח'; תשב"ץ, חלק ב', ס' רנ"ו; שו"ת הריב"ש, ס' קכ"ו).

69 בתרבות, דף ג"ס ע"ב; דף ע' ע"א; דף ע"א ע"ב; סוטה, דף ל"א ע"א.

כתובה⁷⁰, ובהם הכל מודים, כי הכונה היא לכפיה⁷¹. המקרה האחד דן בתביעת אשה לגט בשל אי־סיפוק מזונות, והמקרה השני דן בתביעה כזאת מצד אשה המבקשת את גירושה בשל היותה חשוכת בנים.

„אמר רב: האומר איני זן ואיני מפרנס, יוציא ויתן כתובה... (דעת שמואל) עד שכופין אותו להוציא — יכפוהו לזון!?!... (תשובת רב) איך אדם דר עם גחש בכפיפה“⁷².
„(ירושלמי) ר' חיה בר אשי בשם איסי: האומר איני זן ומפרנס, כופין אותו להוציא... אם מפני ריח דע כופין“⁷³ — לא כל שכן מפני חיי נפש!⁷⁴
„עובדא הוי קמיה דר' יוחנן בכנישתא דקיסרי — באשה התוכעתו לגרש לפי שלא היו לה בנים“ (רש"י) — ואמר יוציא ויתן כתובה... בבאה מחמת טענה... ודאי כייפינך“⁷⁵.

„באה מחמת טענה“, היא אשה שלא ילדה, וממקת את תביעת הגירושין שלה בטענה: „בעינא חוטרא לידא ומרה לקבורה“, לאמור: אני רוצה בבן שיהיה לי: מקל להשען עליו בחיי, וקרדום לחפור לי קבר במותי. שתי ההלכות החשובות הללו סוייגו הרבה בתקופה הבת־תלמודית, אך הגרעין הרעיוני שבהן לא נפגם, אלא אף הורחב בהרבה ע"י כמה מן הפוסקים לגבי העילה הראשונה, של אי־סיפוק מזונות. — ולא עוד אלא שמקצתם החלו לעשות עילה זו סניף, או יסוד, לעילות תביעה אחרות.⁷⁶ לא אכנס באן לפרטי כל הגדרים והסייגים הללו, אציין רק, כי אי־סיפוק מזונות וחשיכות בנים מהווים, עקרונית, עילות גירושין מוכרות בדיני ישראל, וכי

בתנאים מסויימים, לא רק מתייבים את הבעל, אלא אף כופין אותו במקרים הללו, לגרש את אשתו⁷⁷. ומן הראוי לציין, כי אף ורע לכך מוצאים אנו דוקא באחדים מספרי התוקים המודרניים ביותר⁷⁸.

(גג) המחלוקת השלישית, ואף היא בעלת חשיבות מעשית מרובה, היא לגבי ה„מומין“ של הבעל, אשר בעטיים כופין אותו להוציא במשנה שצוטטה על ידינו לעיל, והידועה בשם „תמשנת דהמודיר“, נאמר:

„ואלו שכופין אותו להוציא: מוכה שזון ובעל פולסוס, המקמץ והמצרף נתושת ותבורטרי“⁷⁹.

השאלה היא, אם אפשר ללמוד מהם היקף או קל וחומר על מקרים אחרים, או שזה תוא „גומרוס קלאזוס“ שאין לתסוף עליו. הירושלמי, כפי שראינו לעיל, לא גרע כלל מפני לימוד קל וחומר שזכה, ועל כך גם הסתמכו כמה מן הפוסקים:

„ומצאתי בירושלמי: מפני ריח הפה כופין — מפני חיי נפש לא כל שכן! כל שכן בנידון זה (נכפה, זאת אומרת: חולה בתוליניופליון), חלא כר' יהאל ז"ל שמסופק ברין נכפה, אחרי שלא מנה אותו (בעל המשנה) עם שאר מומין בפרק המדיר וכר“⁸⁰.

„כל שכן בנידון זה (נכפה) דאין לך מום גדול מזה, אף

76 לפרטי הדינים ראה: רמב"ם הלכות אישות, פרק י"ב, סוף הלכה י"א; שו"ע אה"ע, סי' ע"ט, סעי' ב', והגהת הרמ"א שם; שו"ע אה"ע, סי' קנ"ה, סעי' ב'; שו"ת חתם סופר, אה"ע, חלק א', סי' קל"א; רמב"ם הלכות אישות, פרק פ"ו, הלכה י'; שו"ת הרא"ש, כלל מ"ג, סימנים א', ב', ד'; שו"ע אה"ע, סי' קנ"ה, סעי' ו', ועיין דו"ק בדברי הבית שמואל שם, סי' ק"א.
77 השהה סעיפים 27, 25, של חוק הנישואין האסתוני, משנת 1922; סעיף 47 של החוק הלטבי משנת 1921; סעיף 80 של החוק ההונגרי משנת 1894 (כהן, זמרים וריס בעניני נישואין וגירושין, עמודים 55, 136, 116).
78 משנה כתובות, דף ע"ז ע"א.
79 תשובת רבנו יצחק בר מאיר על שאלת הרא"ש, הובאה בתשובות הרא"ש, כלל מ"ב, סי' א'.

70 ראה תוס' כתובות, דף ע' שם.
71 כתובות, דף ע"ז ע"א.
72 הכונה היא לבעל פוליסוס האמור בהמשנה דהמודיר; ראה להלן.
73 ירושלמי גיטין, פרק המגרש, הלכה י'.
74 יבמות, דף ס"ה ע"ב.
75 למשל, בעל רועה וזנות, עילה מצאו כפסוק אחד: „ורועה וזנות יאבד הון“ (משלי כ"ט, ב'), ואמרו כי מביתן ססופו לאבד את הונו ושלא לפרנס את אשתו, דנים אותו בכר מעכשו כמי שאמר איני זן ואיני מפרנס (ראה חידושי אבדה דיבמות, הובא בהגהות הרמ"א, אה"ע, סי' קנ"ד, סעי' א', והשהה שו"ת חכם צבי, סי' קל"ג).

על פי שלא מנא אנתו חכמים (במשנה דהמדיר) — לפי שלא
הוצרכו⁸⁰.

ונכפה אפילו אחת לימים חשיב מום בהדי שאר מומין...
והא דכתב דאין להוסיף על מה ששנו חכמים בפרק המדיר,
נכפה לאו הוספה היא דמקל וחומר דריח הפה אתי, כיוון
דהוי וחי נפש, וכי היכי דשייד הא דהאומד איני דן, שייד נמי
נכפה⁸¹.

ובתשובה אחת מאד ידועה של התשב"ץ, אנו קוראים דברים מענינים
אלה: —

עוד שאלת: אשה שבעלה מצער אותה הרבה עד שמרוב
הצער היא מואסת בו, והכל יודעים בו שהוא אדם קשה
הרבה, היא אינה יכולה לסבול אותו מרוב הקטטות והמריבות,
וגם שהוא מרעיבה עד שהיא שונאה את החיים וכו'.
תשובה. קרוב הדבר שיוציא ויתן כתובה, דקיימא לן: לחיים
גיתנה ולא לצער, דנפקא לן מקרא דכתיב: כי היא היתה אם
כל חי... ומקרא מלא דבר הכתוב (משלי י"ז, א'): «טוב
פת חרבה ושלות בה מבית מלא זבחי דיב», ועוד כתוב (שם
ט"ו, י"ז): «טוב ארוחת ירק ואהבה שם משור אבוס ושנאה
בר», הרי שיותר קשה היא מדיבה מחסרון מזונות, איזו טובה
יש לאשה שבעלה מצערה במריבה בכל יום ויום, ואפילו לכוף
אוחו להוציא יש לדון מקל וחומר דבעל פוליוס, דהשתא
מפני רית הפה כופין — מפני צער תדיר שהוא מר ממות לא
כל שכן, וכיוצא בזה הקל וחומר הובדו בירושלמי על איני
זן ואיני מפרנס כופין אותו להוציא, ואם זה מרעיב אותה הרי
הוא בכלל זה...⁸²

כנגד זה מצינו פוסקים אחרים הטוברים, שאין להוסיף על המומין
ששנו במשנה דהמדיר: —

80 תשובת רבנו מרדכי בר יוסף על שאלת הרא"ש, הובאה בתשובות הרא"ש שם.
81 שו"ת מהרי"ט (רבי יוסף מטראני), סי' ק"ג.
82 תשב"ץ, חלק ב', סי' ח'.

איני רואה מתוך טענותם דברים שיהיה ראוי לכופו עליהם
לגרש, כי אין להוסיף על מה ששנו חז"ל בפרק המדיר
(דף ע"ז) האלו שכופין אותו להוציא וכו'⁸³.
כתב ראב"י ז"ל... משם אין ראיה להחשיבו (את הנכפה)
מום לגבי איש... ותדע דלא תני נכפה גבי מומי איש, ואין
בידינו לכפות בלא ראיה ברורה⁸⁴.

דבריו האחרונים של הראב"י — הוא גופו מבעלי התוספות — זהים
עם הדברים שנאמרו בתוס' כתובות:

ומיהו אין לכוף אדם לגרש ולעשות מעשה עד שנמצא ראיה
ברורה, דהא אמרינן דגט מעושה בישראל שלא כדין פסול,
ואין להתיר אשת איש מספק⁸⁵.

והם הם שהשפיעו על כמה מן הפוסקים המאוחרים, שלא «להתערב»
במחלוקת קדמיהם בנוגע לכפית גט, ושלא להכריע לצד המתדיין, שמא
יכשלו בגט מעושה שלא כדין, ויתירו אשת איש לשוק, אבל — מתעוררת
השאלה — מה נשתנתה מחלוקת זו משאר המחלוקות בעיני אישות ועריות,
ומדוע כאן דוקא לא תורשה להכריע לקולא, גם כאשר כוהא דהיתרא
עדיף, ויש טעם ויסוד לרברז רברי בקורת אלה הושמעו על ידי פוסק
אחד גדול, בהתווכחו עם הרשב"ץ בנוגע להתרת הכפיה בטענת מאיס
עלי, וכן הוא תמה ושואל:

ועוד במה שכתב וזה לשונו: מאחר שהוא איסור חמור,
איסור ערוה וכו' (לכן יש לנהוג כדעת האומרים שאין לכופו)
— וכי כאיסורי עריות לא נחלקו חכמי ישראל? ואפילו
בענין הבנים הנולדים מאיזה עריות, יש פוסלים האומרים

83 תשובות הרא"ש, כלל מ"ג, סי' ב', ואף על פי כן כותב הרא"ש גופו (כלל מ"ב,
סי' א'): «האלו נולד מום זה (נכפה) באיש, אין אנו אומרים נכפיה להיות אצלו,
אלא כופין אותו להוציא», משמע שכמקרה זה, שהוא רואה כקשה מאד, הוא בכל
זאת סומך על הקל וחומר של הירושלמי, מפני שהוא רואה בו ענין של «חי נפש».
84 מרדכי כתובות, פרק המדיר, ט"ו ר"א.
85 תוס' כתובות, דף ע"ז ע"א.

שהם ממזרים, ויש מכשירים, — ולא ראינו שהסכימו חרול ללבנת בזה אחר המחמירים, אלא אמוראים וגאונים ופוסקים פסקו לקבל בכמה מקומות, כשרואים דמסתבר טעם המיקל, וזה בין בדיני גיטין או קידושין או עדויות השייכים בהם, ובכמה דיני עריות⁸⁶.

אך למען האמת יאמר, בי אף על פי שחכמי ישראל החמירו מאד בכפית הגט בשל מומין אשר לא כתובים בהמשנה דהמדר, הרי כאשר נתקלו במקרה קשה ביותר שאפשר לכנותו בשם „די נפש“, זאת אמרת: מום או התנגות העלולים לפגוע קשות בחיי האשה, הם הרחיבו ומצאו עז בנפשם להתיר את הכפיה, אם מתוך הסתמכות על הקל וחומר של הירושלמי, ואם תוך שילובו בטענת מאיס עלי (והסתמכות על דעת הרמב"ם) או בטענות מוכרות אחרות⁸⁷.

סיכומי של דבר: מרובים מאד המקרים — יותר מאשר בכל קודכס עתיק או מודרני אחר — בהם רואים דיני ישראל צורך וחובה לכוף את הבעל לגרש, למרות מה שמבחינה עקרונית מסור הדבר לרצונו החפשי של הבעל. בעוד אשר נכון הדבר, כי בדיני ישראל יכולים תמיד בני הזוג להתגרש זה מזה תוך הסכמה הדדית, לא נכון הוא לומר, בצורה פשטנית, כי הגט הוא תמיד „חווה מתוך הסכמה“ בין שני בני הזוג. ישנו, כפי שראינו, הרבה מאד עילות-גירושין מוכרות בדיני ישראל, וההבדל היחיד לעומת חוקים מודרניים אחרים הוא בהן, שבסופו של דבר לא בית המשפט (בית הדין) הוא הכורת בינו לבינה, אלא הבעל הוא הכורת את קשר הנישואין ע"י מסירת הגט לאשה.

ולאחר סקירה זו, הבה נחזור לענין הנידון בפסק הדין הג'ל, ונשאל את עצמנו תחילה, אם הגט שהיה ניתן ע"י הבעל מתוך ציות לצו של בית המשפט המחוזי, היה כשר על פי דיני ישראל, או לא בשלשת אלה יבחן הדבר:

(א) אין ספק, כי גט הניתן על ידי הבעל לאחר הטלת מאסר או קנס על פי סעיף 6 של פקודת ביוון בית המשפט, או הניתן על ידו בפתחו מפני הטלת מאסר וקנסות כאלה, הוא „גט מעושה“, כי מאסר וקנס הם עישוי ואונס במונח ההלכה דין, וזממילא גם האיום בהטלתם⁸⁸.

(ב) במקרה דנן ניוון הצו לבעל, לא על ידי ישראל אלא על ידי „נכרים“ — שכן בית המשפט המחוזי המנדטורי ודאי לא היה „בית דין של ישראל“ — אבל הכפיה שהיתה נעשית לאחר מכן, היינו הפקודה לאסרו או לקנסו בממון אם לא יתן את הגט, היתה — כך גראה לי — עישוי בישראל על ידי נכרים. שכן משמעותו המעשית והקונקרטית של הצו המקורי לבעל היתה: ללכת למשרד הרבנות, ולהשמע להוראות שניתנו לו על ידי הרבנים המסודרים את הגט, ורבנים אלה, ברור הדבר, לא היו מסדרים את הגט אלא אם כן שוכנעו, כי הוא לא רק חייב לגרש את אשתו, אלא כי יש גם לכוף אותו לכך, — נמצא שהמאסר או הקנס שבית המשפט היה מטיל עליו לאחר מכן, היה בגדר „חובטין אותו ואמרים לו: עשה מה שישראל אמרים לך“⁸⁹, וממילא נעשה כשר למפרע גם „האיום והגיוזום“ בהטלת המאסר והקנסות. תוך מזה גראה הדבר, כי גם אמירתו של הרב המומחה בפני בית המשפט, כי חייבים לכוף אותו לגרש, היתה, היא כשלעצמה, מכשירה את הכפיה הנעשית לאחר מכן ע"י „הנכרים“⁹⁰.

(ג) השאלה הנחת היחידה אשר עלולה היתה להתעורר כאן היא — ובה היו דגים הרבנים לפני סדרם את הגט, לא בתורת כית דין בעל סמכות שיפוטית, אלא ככהגי דת המפקחים על כשרותו של הגט — אם אמנם העישוי הוא „כדין“ או לא — וכאן סבור אני, כי במסיבות הענין היו מגיעים לבלל דעה, כי הגט הוא מעושה בדין. אפשר היה לבוא על המקרה מבמה צדדים: טענה ברורה ומוכחת של „מאיס עלי“; קטטות ומריבות ומכות הנמרדות את חיי האשה, בצורה לא פחות קשה מן המקרה הנידון בתשובת

86 תוס המשולש, סור שלישי לר' אברהם אבן טחאה, סי' ל"ה.

87 ראה לכך משמש ראשית כל הרא"ש גופו, המתיר את הכפיה כנכסה, למרוח מה שהוא, כדרך כלל, גורס את הגומרוס קלאוזוס" לגבי המשנה דהמדר. השנה עז: תשובות הרא"ש, כלל ל"ה, סי' א'; סור אה"ע, סי' קנ"ד, בענין הבעל המוכתב למלכות; תשובת ר' אליעזר אשכנזי, בתשובות הרמב"א, סי' צ"ו; תשובה ר' משולם ב"ר שמעיה, שם סי' ל"ו; שו"ת מבי"ם, חלק א, סי' ע"ג.

88 לגבי מאסר: עיין ודוק בהגהות מרדכי, גיטין, סי' תס"ט, בשם הר"ת; שו"ת הריב"ש, סי' קכ"ז. לגבי קנס: ראה את המקורות, בענין „אונס מפור“, שצוטטו כפסק דינו של השופט זילברג, בענין רוזנצווייג נבד י"ד ההדל"ם, ירושלים, כ"ב/54/55, סי' פסקי דין 1542, בעמרים 1552—1554.

89 ראה פסק דין רוזנצווייג שם, בעמוד 1552.

90 משנה גיטין, דף פ"ח ע"ב.

91 אסמכתא ברורה לכך כשרית ר' חייא רוסא, סי' כ"ד; עיין ודוק גם בתוס' בבא בתרא, דף פ"ח ע"א, ד"ה אלא, בשם הר"י.

התשב"ץ הנ"ל, ואם כן זהו ענין של "חיי נפש" שאפשר ללמוד בו קל וחומר מ"בעל פוליסוס"; פגיעה חמורה מאד בפרנסת האשה, בגלל זה שהיה מונע אותה בכוח מללכת למקום עבודתה ולהרויח את לחמה, ומה האומר איני זן ואיני מפרנס — כך, המונע את אשתו אפילו מלפרנס בעצמה את עצמה — על אחת כמה וכמה!

נראה לי, איפוא, כי הרבנים היו נענים לבקשת האשה, והיו מסדרים את הגט. אבל אם — בניגוד למה שאני סבור — דעתם הם היתה, כי אין לבוף בעל זה לגרש את אשתו,⁹² הרי התוצאה האוטומטית היתה: שחרורו המידי מבית הסוהר, או ביטול צו הכליאה המותנה שניתן על ידי בית המשפט. שהרי אין לומר בשום אופן, כי הוא מסרב לקיים את מצוות בית המשפט, היינו: לתת גט לאשתו, כדת משה וישראל, כאשר הרבנים המומחים לאותו דבר קובעים, כי הגט שניתן — אם ינתן — יהיה בניגוד לדיני ישראל. האשה גם — כמובן מאליו — לא היתה כלל מעוניינת בקבלת גט פסול שכזה.

בפסק הדין הנ"ל נאמד כנימוק שלישי לביטול הצו:

(ג) אם אפשר ואם אין לצוות על בעל לגרש את אשתו, הוא ענין של דיני ישראל שאינו כה פשוט, כדי שיוכרע בו על יסוד עדותו של עד מומחה.

חציו הראשון של הפסוק הוא ודאי נכון — הענין הוא כלל וכלל לא פשוט — אבל אני חולק, בכל הכבוד, על הסיפא שבו. הענין יוכרע כאן בסופו של דבר, לא על יסוד עדותו של אותו עד מומחה, ואף לא על פי פקודתו הפורמאלית של בית המשפט האזרחי, אלא על פי החלטתם המטריאלית של הרבנים בעת סידור הגט, כך שאין כל סכנה שמא, כתוצאה מן הצו, יסודר כאן הגט שלא בהתאמה גמורה עם דיני ישראל. ודאי, היה הרבה יותר טוב ופשוט, אילו אפשר היה לקבל צו־כפיה יעיל מאת בית הדין הרבני גופו. אבל היו שתי מגיעות לכך: (א) לבית הדין הרבני, כזכור, לא היתה סמכות לדון בענין; (ב) אף אילו היתה להם סמכות — לא היתה תועלת מרובה באותו צו, יען כי הוראת סעיף 6 של פקודת בויון בית המשפט איננה חלה על בתי הדין הדתיים, ולא היתה או כל אפשרות לכוף את הבעל לקיים את הצו, רק עכשו, מכוח הוראת סעיף 6 של חוק שיפוט

92 אם בשל היותו מעושה „שלא כדין“, ואם בשל היותו מעושה „בכריזם“.

בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). תשי"ג—1953, יכול בית המשפט המחוזי, לפי בקשת היועץ המשפטי, לכפות במאסר לציית לצו כפית-גט שניתן על ידי בית הדין הרבני.

הנימוק השני שניתן בפסק הדין הנ"ל לביטול הצו הוא:

„(ב) חה עוד יותר חשוב (כלומר: יותר חשוב מקודמו שנדון בו להלן): צו כזה, כאשר הוא ניתן על ידי בית הדין הרבני, אינו מבוסס על כוח חילוני, אלא על סמכותו הדתית, והשימוש בלחץ מוסרי, דתי וחברתי, הנוכח בפסק הדין הנ"ל (הכוונה היא לפסק דין ולקנברג), הוא הלחץ הפועל על אדם שומר מצוות, בסרבו למלא אחרי פקודה מבוססת בתורה הקדושה, הבאה מאת גוף מבצע סמכות דתית, כפי שהוא מטבע הדברים, בית הדין הדתי“.

נראה לי, כי התשובה הפשוטה לכך היא הן בדיני הכפיה המדויבים — כפיה ממש „בשטים“ — המצויים, כפי שראינו, במקורות ההלכה של דיני ישראל, והן בהוראת סעיף 6 של חוק שיפוט בתי דין רבניים הנ"ל. הלחץ הדתי והמוסדי אשר עליו מצביע כאן השופט, היא הכפיה „במילוי“⁹³, הכפיה בדברים — לפי הנוסח הידוע: „כבר חייבך חכמים להוציא, ואם לא תוציא — מותר לקרותך עבריינא“,⁹⁴ או בדומה לזה — ובה מסתמשים דיני ישראל, כאשר הדין רק מחייב את הבעל להוציא, אבל אסור לכוף אותו לכך, ואולם, כאשר הדין נותן שכופין אותו להוציא, כגון: המומין האמודים במשנה דהמדיר, או האומר איני זן ואיני מפרנס, או בטענת „מאיש עלי“ לדעת הרמב"ם, או בנכפה לדעת הרא"ש, או ב„באה מחמת טענה“, ורבים אחרים זולתם — אזי כופין אותו אפילו „בשטים“ להוציא, ומכין אותו עד שיאמר רוצה אני, הרי שהכפיה בעניני גט אינה מוגבלת אך ורק לשימוש בלחץ דתי ומוסרי, כפי שנאמר בפסק הדין הנ"ל. מאותו סוג פיסה ממש, הוא גם הלחץ המופעל על האיש עקב המאסר שמטיל עליו בית המשפט המחוזי, לפי סעיף 6 של חוק שיפוט בתי דין רבניים הנ"ל, כדי לאלצו לציית לצו־כפית-גט שניתן על ידי בית הדין הרבני, ואם אמנם,

93 כתובות, דף ע"ו ע"א.

94 תוס' כתובות, דף ע' ע"א, ד"ה יוציא; תוס' יבמות, דף ס"ד ע"א, ד"ה יוציא; שו"ע אה"ע, סי' קנ"ד, סעי' ב"א.

לפני ההסבר הידוע לנו של הרמב"ם, האמירה "רוצה אני" לאחד "שהוכה ותשש יצור" מפגינה את הרצון הפנימי האמיתי שלו. — עדין אין זה גודע מן העובדא כי האמצעים להתשתת היצר" וחישוף הרצון הפנימי הם אמצעי כפיה פיסיים, ולא השפעה רוחנית או מוסרית בלבד, וכי מותר גם מותר להשתמש באמצעים "חילוניים" אלה — וכפי שראינו, אפילו על ידי "נכרים" — כאשר הדין הוא שכופין אותו להוציא נכון הרבר — ואם לבד בתכוח השופט המלומד, הוא צדק בדבריו — כי לחעשה לא היו לרבנים בתקופת המנדט שום אמצעי כפיה אחרים, זולת הלחץ הדתי והמוסרי המצומצם ההוא, אבל עובדא זו, כנראה בעליל, לא יכלה לשמש ארגומנט נגד השימוש בכוחו היעיל והאקטיבי של בית המשפט האזרחי, כאשר מבחינת דיני ישראל לא היתה שום מניעה להשתמש בכוח "נכרי" זה, כדי להגשים באמצעותו את ההלכה הדתית היהודית.

ועוד "גודם חשוב" אחד — הראשון בסדר בשורת הנימוקים הנ"ל — אליו מפנה השופט המלומד את תשומת הלב, כחילוק ואבחנה בין בית הדין הדתי ובית המשפט האזרחי, וזה לשונו:

"א) בית דין רבני אינו מנוע מלהוציא פסק הפקעת נישואי אנשים הנתונים לסמכותו, והוא יכול, משום כך, גם לתת צו המביא לידי הפקעת הנישואין".

כאן — אורה ולא אבוש — לא ירדתי לסוף דעתו של השופט המלומד. דא! אם בעלי הדין הם שניהם יהודים ארצישראלים, יוכל בית הדין הרבני גם "להוציא פסק הפקעת נישואין" — האפשרות היחידה לכך היא, אם הוא יתבקש לתת להם פסק ביטול נישואין — וגם "לתת צו המביא לידי הפקעת הנישואין", זאת אומרת: לצוות עליהם להתגרש זה מזו בגט פיסודי. על כך אין איש חולק, ומעולם לא חלק, ואולם השאלה שלפנינו היא אם "צו המביא לידי הפקעת הנישואין", כמו הצו שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, הנו, הוא גופו, פסק הפקעת נישואין שאי אפשר לתת לנתונים זרים, או לא. ואם כן ממה נפשך: אם הוא בגדר פסק הפקעת נישואין — הוא לא יוכל להנתן לנתונים זרים, לא על ידי בית המשפט המחוזי (בשל הוראת סימן 64), ולא על ידי בית הדין הרבני (בשל הוראת סימן 65), ואם הוא איננו פסק הפקעת נישואין — הוא יוכל להנתן על ידי כל אחד מהם — אלא שלבני בית הדין הרבני יהיה צורך, כמו בכל ענין אחר של נתין זר, בהסכמה לשיפוט. — כך שהרעיון שהדגש על ידי השופט

המלומד הוא לגמרי נייטרללי לגבי השאלה הנידונה, ואינו מקרב אותנו ולא כלום לפתרון הבעיה.

מתוך הרצאת הדברים בפסק דינו של השופט פרומקין עולה ברורות, כי שלשת הנימוקים או "הגורמים" הנוספים הללו הכריעו את הכף בלבו של השופט המלומד, וכי אלמלא אלה היה, אולי, סומך את ידיו על החלטת הנשיא התורן של בית המשפט המחוזי, אשר ראה את כשדותו של הצו כמסקנה ישירה ועקבית מן ההלכה שנקבעה על ידי השופט פרומקין גופו במשפט וולקנברג. וזה אומר: הוראת סימן 64 (1) לחודה, לא שמשה בעיני השופט מכשול אבסולוטי למתן הצו הנ"ל.

ואמנם, נוכח הקווים החדים והברורים שנקבעו על ידי השופט פרומקין בהלכת וולקנברג, קשה לדאוג, כיצד אפשר לקרא את השם "פסק הפקעת נישואין" על צו סידור הגט שניתן על ידי בית המשפט המחוזי, ואם השימוש בצו זה יהיה, במדה מסוימת, "הערמה" על התוק, הרי "הערמה" זו אינה גדולה מזו שנעשתה בהלכת וולקנברג גופה, אשר — כפי שמתברר עכשו — היתה בעלת תועלת עצומה, והביאה ישועה ופורקן למאות או אלפי בני זוג יהודיים. כי אם — על אף הוראת סימן 64 — יש תוקף ל"אקט הפרטי", הגט, הכורת את יחסי הנישואין של הנתונים הזרים, כיצד יכולה הוראה זו למנוע את בית המשפט המחוזי מלצוות על הבעל לערוך "אקט פרטי" שכזה? ואם נאמר — ואמנם אפשר היה, במדת הגיון מסוימת, לבוא ולטעון — כי, לשם מניעת פגיעה דתית מחר וסיבוכים משפטיים מאידך, כוונתו האמיתית של המחוקק בהוראות סימן 64 וסימן 65 היתה, כי נישואיהם של נתונים זרים לא יופקעו כאן בארץ, לא כצורה אזרחית ולא כצורה דתית, — הרי מחשבתו זו של המחוקק כבר "תופדה" מזמן, והחטא הקדמון" הוא בהלכת וולקנברג גופה, אשר אפשרה לנתונים זרים להתגרש זה מזו בפני משרדי הרבנות.

בפסק דינו של השופט פרומקין בוטל הצו, כפי שראינו לעיל, בשל משקלם המצטבר של כל הנימוקים גם יחד, היינו הוראת סימן 64 בצירוף השיקולים הנוספים ההם: סלידה מפני כפיה פיסית, וקשיי התמצאותו של בית משפט אזרחי בשבילי הלכות הגידושיין של דיני ישראל, ומויגה זו גופה עשויה, לדעתי, לשמש ארגומנט נוסף נגד המסקנה שהגיע אליה השופט בפסק דין זה, כי כנקל נוכל לתאר לעצמנו מקרה, בו מוכרח יהיה בית המשפט האזרחי להפריד בין הדבקים, — "להפריד ביניהם" תרתי משמע, לשם כך עלינו לשנות את עובדות המקרה דנן בשניי-פרטים אלה: בני הזוג הם יהודים ארצישראלים, אך אינם רשומים כחברים בפנקס

הבוגרים של כנסת ישראל. החוק המטריאלי השורר על עניני המעמד האישי שלהם הוא דיני ישראל⁹⁵. אך הסמכות לדון בענינים אלה נתונה אך ורק לבית המשפט המחוזי⁹⁶. במקרה כגון זה לא תהיה — מבחינת ההוראה של סימן 64 — שום מגיעה למתן צו-סידור-הגט על ידי בית המשפט המחוזי, שהרי הוראה זו חלה דק על נתינים זרים, ובית המשפט יעמוד בפני כל אותם הקשיים, אשר הצביע עליהם השופט פרומקין בפסק הדין הנ"ל. אמור מעתה: ביטול הצו מן הטעמים שנתבארו על ידי השופט פרומקין כנ"ל, לא פתר את הבעיה, ולא פטר את בתי המשפט האזוריים מן הכורח והטורח לברר, אם תתעוררנה לפניהם, את הלכות הגירושין המסובכות של דיני ישראל.

7, כל פסק הפקעת נישואין משנה את הסטאטוס האישי של בני הזוג, ואם הוא פסק ביטול נישואין, ומכל שכן כאשר הנישואין הם בטלים מעיקרא⁹⁷, הוא משנה את הסטאטוס למפרע, ועושה אותם כאילו לא נישאו זה לזו מעולם. דבר זה עלול לגרוד אחריו שינויים גם בענפים אחרים של הסטאטוס שלהם, למשל: לשלול מאת האשה למפרע את האודחות הארצישראלית, שקנתה לה בזכות הנישואין, ולהפכה לנתינה זרה. האם במסיבות אלה יוכל בית המשפט (או בית הדין) להוציא פסק דין על ביטול נישואין?

שאלה זו נדונה, כפי שכבר צויין לעיל⁹⁸, במשפט ביכובסקי⁹⁹. שני בני הזוג היו אזרחים ארצישראליים — היא מכוח נישואיה — והבעל פנה לבית המשפט המחוזי בבקשה לתת צו המצהיר על ביטול הנישואין מעיקרא, בשל כך שהוא, כיהודי, לא יכול לשאת כחוק (בקפריסין) אשה לא-יהודיה. בית המשפט המחוזי דחה את הכקשה מחוסר סמכות, בסכרו כי מכיוון שהנישואין, לטענת המבקש, הם בטלים מעיקרא הדי עם מתן פסק הביטול

95 כהן נגד לודמיר, ע"א 122/44, 45 אל"ר 75, בעמוד 78.

96 ראה פרק ג' (א), סעיף 7, הצורך בהשתייכות לבנות ישראל בוטל בשנת 1953 על ידי המחוקק הישראלי, לפי סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953.

97 ראה לעיל, להערה 11.

98 ראה לעיל סעיף 4.

99 ביכובסקי נגד ביכובסקי, תיק אורחי 351/38 של בית המשפט המחוזי, תל אביב,

7 לבנון 179; ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 473.

התבטל למפרע גם אורזותה הארצישראלית של האשה, ותהפך לנתינה זרה, — נמצא שבית המשפט יתן כאן פסק ביטול נישואין לאדם שהוא נתין זר. בית המשפט העליון לא קבל את ההשקפה הזאת, וביטל את הפסק, תוך תחורת הדין לבית המשפט המחוזי, וכך נאמר שם על ידי השופט פרומקין:

„והנה בית המשפט דלמסה, בדוחו את התביעה מחוסר סמכות, החליט למעשה באופן אינצידנטלי, כי הנישואין הם בטלים: לא היתה לו סמכות. מפני שהאשה אינה ארצישראלית; האשה אינה ארצישראלית, מפני שהנישואין הם בטלים. אין אני סבור, כי יכולה להיות נכונה השקפה זו, אפילו אם התובע בעצמו נקט את העמדה התיא ראשית כל, על בית המשפט היה לדון במצב הצדדים, כפי שהוא נראה בעת הגשת התביעה. הנישואין נערכו בקפריסין. אין חולק על כך, כי לפי חוקי קפריסין הנישואין הם כשרים. אשתו של אזרח ארצישראלי נעשית לאזרחית ארצישראלית מכוח הנישואין. שלטונות ההגירה צדקו, איפוא בכללם את האשה בפספורט של בעלה, ולצורך עניני הסמכות טבור אני, כי כל עוד לא הוכרו הנישואין כבטלים על ידי בית משפט מוסמך, וכאית האשה להתחשב כאזרחית ארצישראלית“¹⁰⁰.

הדין תחזור כאמור לבית המשפט המחוזי, השופטים נחלקו בדעותיהם. הענין הגיע שנית לבית המשפט העליון,¹⁰¹ הפעם נדחתה הבקשה לגופו של ענין. ניתנו שלשה פסקי דין נפרדים, ואינם שווים בטעמיהם. קשה מאד לעמוד על עיקר טעמי פסק דינו של זקן השופטים: משמשים בו — עם כל הכבוד, במקוטע ובערבוביא — ארכעה נימוקי-דחיה, כפי הנראה אלטרנטיביים: (א) יש להחיל כאן את החוק האישי של הנחבעת, ולפי חוק זה הנישואין הם כשרים; (ב) חוסר סמכות מקומית לבית המשפט הארצישראלי, הואיל והאשה, עקב בטילות נישואיה, לא רכשה מעולם

100 7 לבנון, בעמוד 178.

101 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אפלטום 230.

דומיסיל בארץ ישראל; 102 (ג) חוסר סמכות עניינית לבית המשפט המחוזי. הואיל והאשה עקב בטילות נישואיה, היא נתונה זרה — זאת אומרת: חורה לאותו נימוק, אשר כבר בוטל במהדורה הראשונה של הערעור; (ד) בית המשפט גם לא היה מורכב כהלכה. הכוונה היא לכך, כי בעניני המעמד האישי הנוגעים לנתינים זרים, צריך היה, לפי הוראת סימן 64 (3), לשבת הנשיא הבריטי של בית המשפט המחוזי לבדו, וישבו לדין הנשיא הבריטי ושופט מחוזי יהודי, 103.

הרבה יותר ברורים הם פסקי הדין שניתנו על ידי השופט פרומקין ועל ידי השופט כאיאט. דעתו של השופט כאיאט היא, כי כאשר נישאים זה לזו חברי עדות שונות או בני עדות שונות, יש להחיל על נישואיהם את החוק אשר בהתאם אליו נערכו הנישואין. המערער, במקרה זה, ערך את נישואיו עם המשיבה, בצורה אזרחית, בהתאם לחוקי קפריסין, ולכן יש להחיל עליהם את חוקי מדינה זו, והם מכירים בתקפם של הנישואין. גישה מאד מקורית לענין, אנו מוצאים בפסק דינו של השופט פרומקין, אשר לשאלת הסמכות — שנתעוררה שוב על ידי זקן השופטים כנ"ל — הוא פוטר אותה במלים ספורות, בהזכירו את אשר כבר נאמר על ידו בפסק דינו הראשון, היינו: כי כל עוד לא בוטלו הנישואין יש לראות את האשה, לגבי שאלה זו, כאזרחית ארצישראלית, ורעיון זה תופס גם לגבי הדומיסיל אשר היא, מכוח נישואיה לתובע (המערער), רכשה בארץ ישראל.

ואשר לשאלה העיקרית: איזהו החוק הקובע, של התובע או של הנתבעת, אומר השופט המלומד, כי בעוד אשר לגבי ענינים של ממון, שורה ההגיון מחייבת ללכת אחרי החוק האישי של הנתבע — כי לא יהא הוגן להטיל על הנתבע חובה, שאין לה יסוד ושורש בחוקו הוא — הרי כאשר השאלה נוגעת במישירין לתקפם החוקי של נישואי כני הוגן, הכלל

102 העדר הדומיסיל שלה בא"י, שולל לדעת זקן השופטים את סמכות בתי המשפט הארצישראלים — גם או רק — בשל הוראת סימן 47 המקנה להם סמכות בעניני המעמד האישי, של אנשים בארץ ישראל.

103 למען הארצינטציה של הקורא, אציין כאן את מקומו של כל נימוק ונימוק: הנימוק הראשון מצוי שם, 41 אפלומו, בקסע הרביעי של עמוד 233; הנימוק השני — בקסע הראשון ובקסע הששי של עמוד 234; הנימוק השלישי — בקסע החמישי של עמוד 234; והנימוק הרביעי — במלים ספורות, כלאחר יד, באמצע הקסע החמישי של עמוד 234.

הוא, כי אם הם בטלים לפי חוקו של אחד מהם, הם ממילא בטלים גם לגבי השני, ואף על פי ששאלה זו שנוייה במחלוקת בין השופטים האנגליים, מעדיף השופט המלומד דוקא את ההשקפה הנ"ל, ולו יהא מטעם אחד, מעשי, בלבד: שלא יהא תקפם של נישואין תלוי במקריות טכנית, מי, בענין הנידון, היה התובע, ומי היה בו הנתבע.

נמצינו למדים, איפוא, כי מכיוון שנישואי בני הזוג דגן בטלים לפי החוק האישי של הבעל, הם בטלים בעצמם גם לגבי האשה, ואף על פי כן — וכאן בא החידוש העיקרי של פסק הדין — אין זה מחייב עדיין את בית המשפט להעתר לתובע, ולהעניק לו את הסעד של ביטול הנישואין, הרי טעמו ונימוקו לכך:

„כפי שכבר ציינתי, אין לפנינו מקרה בו מתעוררת השאלה באופן אינצידנטלי, התובע הוא הבא לבית משפט זה, ומבקש להכריז כבטל אקט שנעשה על ידו, מרצונו החפשי, במקום בו החוק הרשע לעשות כן, ונימוקו היחיד לכך הוא, כי בארץ הזאת הוא לא היה מסוגל לעשות את האקט, על שום שהדבר יהא בניגוד לאמונתו הדתית. אין אני סבור, כי במסיבות כאלה, מוכרחים בתי המשפט האזרחיים להעניק לו את הסעד הנ"ל, אפילו אם הוכח, כי לפי החוק הדתי האישי שלו, לא יכול היה להתקשר בנישואין (האלה) בארץ ישראל, במקרה זה, נאמר לנו, לא תגרם שום צרה לאשה, התומכת בכקשהו, ברם אם נעתר לבקשה, עלול הדבר ליצור תקדים מסוכן, הפוגע בטובתה ובמעמד החברתי של אשה, אשר הונעה להכנס לענין שחשבה אותו לקשר נישואין חוקי, כדי למצוא לאחר מכן כי היא לא נישאה כלל. — בלי לדבר כבר על מצבם החוקי של הילדים, אם נולדו ילדים מנישואין אלה, דעתי היא, כי במסיבות כגון אלה, יש להחיל את העקרון של חוק מקום עריכת הטכס...“ 104.

עוד נשוב לדון להלן¹⁰⁵ במסקנות המטריאליות של פסק דין זה. לעת עתה נסתפק בשתי קביעות אלה: (א) כי שאלת הסמכות, לגבי הוראת

104 שם, בעמודים 236—237.

105 ראה להלן, פרק ד (ב), סעיף 6, ופרק ד (ג), סעיף 8.

סימן 64, נידונה על פי המצב ה"נחזה" בשעת הגשת התביעה; (ב) כי בדונו בענין ביטול נישואין, יתחשב בית המשפט במסיבות המיוחדות של המקרה, ולא תמיד שווים יהיו העקרונות המסדיאליים, שהוא יחיל על אותה שאלה משפטית גופה.

8. ההגבלה האמורה בסימן 64 לגבי פסקי הפקעת נישואין של נתינים זרים, היא הגבלת סמכות. נאמר: "לבתי המשפט לא תהא סמכות וכו'". אם בית המשפט יעבור עליה, יהא פסק דינו משולל כל ערך, ואפשר יהיה שלא להתחשב בו, גם אם לא ערערו עליו והוא קבל, כביכול, תוקף "סופי". יהיה לו, לדעתנו, ערך של "רס יודיקאטא", אם הוא — ואפילו בטעות — קבע עובדות השוללות את חלות ההגבלה ההיא, למשל: קבע שבני הוגג אינם נתינים זרים. ספק בנידון זה יכול להתעורר לגבי בית הדין הרתי — שאף עליו חלה שלילת סמכות זו (סימן 65) — מכיוון שהוא בית משפט "נמוך", זאת אומרת: בעל סמכות מוגבלת, ולא תמיד מוסמך בית משפט או "טריבונאל" מעין זה לקבוע, הוא בלבד, את העובדות המתגונות את עצם סמכותו¹⁰⁶.

בהוראת סימן 64 (1) נאמר, כי לבית המשפט לא תהא סמכות: בהוראה הדומה של סימן 65 (סיפא) נאמר, כי לבית הדין לא יהא כוח. מה בין זה לזה? לא כלום! אך עדיין תמוה הרבר, מדוע לא דייק המחוקק בלשונו, מחוקקים, הוזהרו ברבדיכם!

9. סמכותם של בתי הדין הדתיים המושלימים. כנוסחו המקורי של סימן 52 נאמר:

"לבתי דין הדתיים המושלימים תהיה סמכות ייחודית בעניני המעמד האישי של מושלימים וכו'".

"מושלימים" סתם נאמר כאן, ומונת זה כלל גם את המושלימים שהם נתינים זרים. בשנת 1939 נתן המחוקק את דעתו על כך, כי ישנם מושלימים נתיני ארצות אירופה או אמריקה, הרגילים, לפי המסורת של ארץ מולדתם,

¹⁰⁶ ראה פסק דינו של השופט אגרנט, בענין היועץ המשפטי נגד בית הדין לספנות ואח, בג"ץ 88/50, די פסקי דין 301, דוק הישב.

להתדין גם בעניני המעמד האישי בפני בתי המשפט האזרחיים של המדינה, הולך ושינה את נוסח התוראה הנ"ל. מעתה היא נקראת כך:

"לבתי הדין הדתיים המושלימים תהיה סמכות ייחודית בעניני המעמד האישי של מושלימים, שהם אזרחים ארצישראלים או נתינים זרים אשר, לפי החוק הלאומי שלהם, נתונים בענינים כאלה לסמכותם של בתי דין דתיים מושלימים וכו'".

באמרו "בענינים כאלה", התכוון המחוקק, כנראה, ל"פריטים" של עניני המעמד האישי, ולא לכלל הענינים הללו, רצוני לומר: כי אם במדינה מסוימת נתונים, אמנם, עניני המעמד האישי של מושלימים לסמכותו של בית הדין הרתי, אך ענין אחד — למשל, מינוי אפוסטרופוס על קטנים — מוצא מכלל זה, ונתון לסמכותם של בתי המשפט האזרחיים, הרי גם כאן בארץ לא יהא המושלימי, נתון המדינה ההיא, נתון באותו ענין לסמכותו הייחודית של בית הדין הרתי המושלימי. כי רצונו של המחוקק, בתקנו את הוראת סימן 52 היה — כך נראה הרבר — שלא "לשעבד" עוד את המושלימי הזר לסמכותו הייחודית של בית הדין הרתי, כאשר הוא בארץ מולדתו (וזאת אומרת: בארץ נתינותו) פטור מ"עול" זה. מאותו טעם גופו נראה לי, כי אם בארץ המולדת סמכותו של בית הדין הרתי המושלימי אינה "ייחודית" אלא "מקבילה", המושלימי הזר לא יהיה נתון כאן לסמכותו של בית הדין הרתי¹⁰⁷, אך התוצאה העלולה לצמות מכך היא, כי אותו מושלימי לא יוכל בכלל להתדין בפני בית הדין הרתי שלו, — אפילו לא מתוך הסכמה לשיפוט. יען כי סמכות מן "המין החלש" — זאת אומרת: סמכות "מקבילה", התלויה בהסכמת הצדדים — בכלל אינה קיימת לגבי בית הדין הרתי המושלימי, והסמכות היחידה שהועצקה לו, מכוח סימן 52, היא הסמכות הייחודית.

כאשר בעלי הדין המושלימים הם נתיני מדינה זרה, "חילונית", כה אין הם נתונים לסמכותו הייחודית של בית הדין הרתי, הסמכות הייחודית לדון בעניני המעמד האישי שלהם היא בידי בית המשפט המחוזי: עולה מתוך

¹⁰⁷ שאלה זו נתעוררה לראשונה על ידי ר"ר לבונטין, במאמרו, לביאור סימן 55 לדבר המלך, הפרקליט, ספטמבר 1955, בעמוד 348, הערה (1), אך המחבר הנכבד לא חיזה דעתו בענין.

המלים הפותחות בסימן 64 (1), כפי שתוקן בשנת 1939¹⁰⁸. והוא הדין אם רק אחד מהם הוא נתין מדינה "חילונית" שכזאת¹⁰⁹.

10. סמכותם של בתי הדין הערתיים. בתי הדין הערתיים, היינו: בתי הדין הדתיים של העדה היהודית ושל העדות הנוצריות השונות, מוסמכים לרונן בעניני המעמד האישי של נתינים זרים, בני עדתם, אם אלה הסכימו לשיפוט: סימן 65 של דבר המלך. ואולם גם לאחר קבלת הסכמה זו, אין לבתי דין אלה "כוח", זאת אמרת: אין להם סמכות, לתת לנתינים זרים אלה "פסקי הפקעת נישואין", ומונח זה, לפי התיקון משנת 1935, כולל גם פסקי גירושין וגם פסקי ביטול נישואין. דבר זה נקבע על ידי המחוקק בסיפא של הסימן הנ"ל.

הוראת הסיפא של סימן 65 אינה מונעת יהודים נתינים זרים מלהתגרש זה מזו בגט פטורדין בפני משרדי הרבנות, כפי שנקבע בהלכת וולקנברג שנתבארה על ידינו לעיל. תנאי יחיד לכך הוא, כי "החוק הלאומי" שלהם מכיר בתקפו של הגט.¹¹⁰

לעומת זה לא יוכל בית דין רבני לתת ליהודי, נתין זר, פסק דין של ביטול נישואין, אפילו אם החוק הלאומי שלו, חוק ארץ נתינותו, מכיר בסמכותם של הרבנים לעשות כן. כי רבד זה — בניגוד לגט — אינו "אקט פרטי" של הבעל, אלא אקט שיפוטי של בית הדין, ונופל משום כך לגדר ההוראה האמורה בסוף סימן 65. נקוט כלל זה בידך: כדי שהפקעת נישואין של יהודי, נתין זר, על ידי אקט הנעשה כאן בארץ, תהא בעלת תוקף חוקי, צריך שלא תהיה מניעה לכך: לא מבחינת סימן 64 (1), לא מבחינת סימן 64 (2), ולא מבחינת סימן 65 (סיפא), ותנאי קומולאטיבי זה מתקיים רק, כאשר נישואין מופקעים על ידי גט, שהחוק הלאומי שלו מכיר בתקפו¹¹¹.

108 ראה סעיף 2 לעיל.

109 יוצא מתוך ההלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון הישראלי, בפסק הדין שצוטט בסעיף 3 לעיל.

110 שאם לא כן, לא יהא תוקף לאקט הגירושין בשל הודאת-חוק אחרת, היא הוראת סימן 64 (2) הקובעת, כי החוק האישי של הנתין הנור הוא החוק הלאומי שלו, ואם "החוק הלאומי", היינו חוק המדינה אשר הוא הנחין שלה, אינו מכיר בחקפו של הגט הדתי, ממילא לא יכירד בו גם בחי המשפט האזרחיים של הארץ הזאת.

111 המדובר הוא כאן — כמו בכל הפרק הזה — במצב שהיה קיים לפני צאת חוק שיפוט בחי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953.

היוכל בית דין רבני לתת ליהודי, נתין זר, היתר לשאת אשה על אשתו, הוא היתר הידוע בשם "היתר מאה רבנים"? כבר הרהבנו את הדיבור על שאלה זו לעיל¹¹², מבחינת הוראת סעיף 181 של פקודת החוק הפלילי. כפי שתוקן בשנת 1947, — אך כאן מעמידים אנו את השאלה: מה היה המצב לפני התיקון ההוא, מבחינת ההוראת של דבר המלך בלבד. שאלה זו נדונה בשנת 1944 בבית המשפט העליון¹¹³, בערעור שהוגש לפניו על פסק דין שניתן על ידי בית המשפט המתוזז¹¹⁴. בשל חשיבותו הרבה של הענין, כדאי לצטט כאן בהרחבה את שני פסקי הדין.

וכך היה מעשה: יהודי בריטי, תושב הארץ, היה נשוי לאשה שדעתה נטרפה עליה, הוא פנה לבית הדין הרבני וקבל מהם, על סמך הדין ד"גשתטית", היתר מאה רבנים לשאת אשה שניה. על סמך היתר זה הוא נשא בשנת 1939, אשה אחרת כאן בארץ, ובעבור כמה שנים מת, כשהגיעה שעת חלוקת עזבונו בבית המשפט המחוזי, טענו בני המנוח מאשתו הראשונה, כי הנישואין השניים היו חסרי תוקף חוקי, והאיל ובעת עריכתם היה אביהם עדיין נשוי לאמם, אשתו הראשונה, ואין נתין בריטי יכול להתקשר בנישואי-כפל, אפילו אם נערכו מחוץ לגבולות בריטניה, בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, וכך הוא אמר:

"המנוח היה, ואשתו השניה היתה והגה, חבר(ת) העדה היהודית, בעל(ת) נתינות בריטית, ומקום מושבו (מושבה) בארץ ישראל. בהתאם לסימן 64 (2) של דבר המלך במועצתו, ומכיוון שהם נתינים זרים לפי ההגדרה שבסימן 59, החוק החל על ענינים הנוגעים למעמד האישי שלהם, הוא החוק האנגלי, אלא אם כן אותו חוק מפנה אל חוק מקום המושב, שאז יחול חוק זה. אותו דבר נקבע גם בסעיפים 23 (ב) ו-4 (3) (ג) של פקודת הגירושין. על אף טענותיו של מר ששון נראה לי, כי בנוגע לכשרות נישואיהם בארץ ישראל, מפנה גם מפנה החוק האנגלי לחוק מקום המושב או "חוק המקום",

112 ראה פסק ב' (א), סעיף 8.

113 סילבר נבד שקרקה, ע"א 71/44, 44 אל"ד 460.

114 בענין המנוח סילבר, ובענין ההתנגדות של גב' פילבר, תיק ירושות 203/43, 203/43, פס"ן 75.

וכי כאשר (כמו במקרה דנן) נערכו הנישואין על פי סכמי ישראל, תקפם הוא שאלה של עובדא שאפשר להוכיחה על ידי עדות מומחה בדיני ישראל.

מכיון שכך, הבה נראה, מה הוא חוק מקום המושב. במקרה דנן היתה לפנינו עדותם של שני מומחים בדיני ישראל, ושני מקבל אותה, כי על פי אותו חוק (דיני ישראל) יכול האיש, במסיבות מיוחדות יוצאות מן הכלל, להתקשר בנישואין בעלי תוקף עם אשה שניה, כאשר אשתו הראשונה עודנה בחיים, ואף על פי שלא התגרש ממנה. אחת המסיבות האלה היא, כאשר, בגלל מחלת הרוח שלה, אין אפשרות לכך, כי האשה הראשונה תקבל גט או פסק גירושין¹¹⁵. במקרה כזה, ואם הושלש הגט, כדי שהאשה הראשונה תוכל לקבלו אם תחלים מחלתה ותסכים לגירושין, הנישואין השניים הם בעלי חוקף, אם הושג היתר לכך מאת בית הדין הרבני. במקרה שלפנינו הושג היתר כזה... הושגה גם הסכמה בכתב של מאה רבנים לנישואין השניים... שוכנעתי על יסוד עדות המומחים, כי נישואין אלה הם בעלי תוקף, כי תקפם, וכן תקפו של הפסק (הכוונה לפסק של הרבנות הראשית הנותן את ההיתר), לא נפגעו על ידי העובדא, שהאשה לא היתה מיוצגת כדיונים שהתנהלו בפני הרבנות הראשית, וכי הנישואין השניים כוחם יפה היה להעניק לאשה כל הזכויות הנובעות מן הנישואין. לדבות זכויות הירושה...¹¹⁶.

הדגשנו לעיל את המלים: „ואף על פי שלא התגרש מחנה“, ללמדך כי השופט המלומד יצא מתוך ההנחה, כי הנישואין הראשונים של המנחה,

115 כאן השופט המלומד סורתא לא דק: כי בדיני ישראל, כידוע, אין בכלל פסק של גירושין.

116 44 פמ"ן סם, בעמודים 76—77. במלים האחרונות: „לדבות זכויות הירושה“ הכוונה היא לזכויות הירושה הנתונות לאלמנה מכות הדינא ומלכותא, כי בדיני ישראל אין האשה יורשת את בעלה. אך גם בית הדין הרבני קטור לדיני הירושה החילוניים של המדינה (ראה סעיף 21 של פקודת הירושה — בנוגע לנכסי מדי; סעיף 8 (2) של הפקודה; סעיף 4 (א) וסעיף 7 של חוק שיחי זכויות האשה, תשי"א—1951 — בנוגע לארמת מולק ווסטלטין).

סילבר, לא הופקעו על ידי מתן ההיתר הנ"ל. אמנם כך הוא הרבר בדיני ישראל, כפי שנראה להלן: ההיתר של מאה רבנים אינו כורת את הקשר שבינו לבין אשתו הראשונה. דעתו של השופט היתה, איפוא, כי אף על פי שבשנת 1939 המנחה עדיין נשוי היה לאשתו הראשונה, אין עובדא זו שוללת את כשרות הנישואין השניים של נתין בדיני זה. הואיל ועל יסוד עקרון ההפניה של החוק הלאומי שלהם, יי נידונה כשרות נישואין אלה על פי חוק הרומיסיל של הזוג, היינו התוק הארצישראלי, שהוא, לגבי יהודים, דיני ישראל. אמנם יש לה, להשקפה זו, על מה שתסמוך בכללי המשפט הבין-לאומי הפרטי המקובל באנגליה, בנתון להערה זו: כי בית משפט אנגלי, אילו נודמן לו לדון בעזבונו סילבר הנ"ל, היה ללא ספק מדגיש ואומר, כי על אף אופיים הפוליגמי של הנישואין הללו, הוא מחיל עליהם את חוק הרומיסיל, כפני שהענין הנידון הוא לא „תרופה של אישות“, אלא זכות ירושה, שהיא תוצאה של הנישואין ההם. ומכיון שהענין דנן הסתבך במקצת בהגיעו לבית המשפט העליון, והוכנס, עם כל הכבוד, למסלול בלתי נכון, כפי שנראה להלן, כדצונו לסקוד כאן את השתלשלות ההלכה הנ"ל. לשם כך, הבה נתבונן מקרוב יותר לקולות המנסדים בחלל עולמה של היוריקאטורה והספרות האנגלית בסוגיא משפטית קשה ומסובכת זו.

יסוד מוסר הוא בתורת המשפט הבין לאומי הפרטי המקובל באנגליה, כי שאלת תקפם של נישואין, מכחינת הכושר, נידונה על פי חוק מקום המושב, חוק הרומיסיל. ואולם כלל זה מצא לו „תבליד“ בכלל אחר — מסנה"לו ומשנה אותו בהרבה — והוא: כי כדי שהנישואין יהיו מוכרים בבתי המשפט של אנגליה, צריך שיהיו נישואין מונוגמיים, „נצדיים“, היינו: „איחוד מרצון, בלעדי, המוציא כל זר, בין איש אחד ואשה אחת, לכל ימי חייהם“, בלשון הכטבע המפורסם שטבע הלורד פנואנס (אז: השופט ויילד) בפסק הדין הנודע שניתן על ידו, בשנת 1866, בענין הזוג המורמוני הידי¹¹⁸, אם הנישואין הם פוליגמיים, זאת אומרת: יוצרים, לפי

117 למען הדיק מן הראוי לציין, כי מכיון שהשאלה שעמדה לדיון במשפט זה היתה זכות הירושה של הגב' סילבר, הרי לפי סעיף 23 של פקודת הירושה, החוק הקובע היה כאן לא החוק הלאומי שלה, אלא החוק הלאומי שלה — תובעת זכות הירושה — אך מכיון שלמעשה היו שניהם נתינים בריטיים, אין נפקא מינה בדבר, כיצד אנו קוראים לאותו חוק לאומי: שלו, שלה, או שלהם.

118 Hyde v. Hyde and Woodmansee (1866), 14 L.T. 188, at p. 189.

התק אשר תחת שלטונו נערכו, קשר נישואין המניח מקום לבעל לשאת לו אשה נוספת, הם לא יוכו להכרה בבתי המשפט האנגליים, אפילו אם הבעל לא השתמש ב"זכותו" זו, ונשא לו רק אשה אחת. שים לב ודוק: לא הביגמיות האקטואליות של הנישואין, היותם לחעשה נישואיי-כפל, — אלא כפילותם (או רבויים) בכוח, היא המונעת את בית המשפט האנגלי, "הנוצרי", להכיר בתקפם של נישואין אלה. שאם נפלה, תוך הנישואין הפוליגמיים, בין אשה לאשה, ונשלול רק את תקפם של הנישואין הנוספים, נגיע — כפי שצויין על יד הלורד פנזאנס שם¹¹⁹ — אל התוצאה המזוהה. בי אם מורמוני, למשל, נשא לו בזו אחר זו ארבעים נשים, ונתעוררה שאלת חוקותם של הנישואין הללו, יצטרך בית המשפט לכדוק את כל חוליות השרשרת המספחתית הלזו, כדי לגלות אולי, לאחר מחקר רבתי זה, כי האשה החוקית היחידה היא דוקא האשה מספר ארבעים. — היות ולאחר עדיכת הטכס ה-39 מתה האשה הראשונה. לכן אין הנישואין הפוליגמיים יכולים ליצור קשר נישואין חוקי — בעיני בית המשפט האנגלי — אפילו לאשה אחת בלבד.

רעיון זה, כשהוא מנוצל — כפי שבאמת נוצל באמרות או פסקי דין של שופטים אחרים¹²⁰ — עד קצה גבול ההגיון שבו, היה גורר אחריו את התוצאה האבסורדית. כי:

„בתי המשפט שלנו באנגליה, יתעלמו כליל מכל יחסי המשפחה הקיימים כדוב המכריע של המין האנושי, יראו את כל הנשים הללו כפלגשים בעלמא, את כל הילדים — כמזורים, ואת נכסי ציזכונותיהם... הפקר“¹²¹.

לכן בוצע בזמן האחרון „נסוג אחור“ מן ההשקפה הגורפת ההיא, וגדולי המשפטנים המודרניים הגיעו אל הדעה — דעה ממוזגת ומפשרת, אך מעשית — כי כאשר הנישואין הפוליגמיים כשרים לפי חוק הדומיסיל

119 פסק דין הייד סם, עמוד 190, טור שני למטה.

cf. Lush L. J., in *Harvey v. Farnie* (1880), 6 P.D. 35, C. A., 120 at p. 53; *Re Bethell, Bethell v. Hildyard* (1888), 38 Ch. D. 220; *R. v. Naguib* (1917), 1 K. B. 359, at p. 360 (per Avory J.).

121 מתוך מאמרו של מר דניס פיצפטריק, הובא בספרו של צ'שיר, משפט בין לאומי פריז, מהדורה שלישית, בעמוד 401.

של בני הזוג, בית המשפט האנגלי יכיר בהם, אפילו אם נערכו על ידי נתינים בריטיים — יראה את בן הזוג כירוש, את הילדים כחוקיים, את האשה כרוכשת אחרות וכו' — אלא שאם אחד מבני הזוג יופיע בפני בית משפט אנגלי, ויבקש „תרופה של אישות“, כגון פסק גירושין, צו פירוד משפטי וכדומה, בית המשפט לא יעתר לו מתוך תהשקפה המונוגמיסטית, „הנוצרית“, הנ"ל. אסמכתא לכך מצויה כבר, בעצם, באתר פסק דין גופו, המפתח בהרחבה את רעיון המהות המונוגמית של הנישואין הנוצריים, אשר ניתן במשפט הייד הנ"ל. שם ביקש בעל מורמוני פסק גירושין נגד אשתו המורמונית, ובית המשפט דחה את הבקשה, מתוך שהנישואין המורמוניים, להיותם פוליגמיים, לא נראו בעיניו כ„נישואין“ כלל. ואולם בסיומו של הפסק הוסיף השופט המלומד, כסייג לרעיון, את הדברים האלה:

„אין בית המשפט מצהיר ופוסק בזה על זכויות ירושה או יותסין, אשר אולי מן הראוי יהיה לתת לצאצאי הנתקשרות הפוליגמיות, ואף לא על זכויות או חובות צד שלישי אשר אנשים, תחיים תחת הכרת החוק בהתקשרויות באלה, יצרו לעצמם. כל אשר בית המשפט מבקש להחליט בזה הוא, כי באשר ליחסים שבינם לבין עצמם הם (בני הזוג הפוליגמיים) אינם זכאים לתרופות, להכרעות, או לסעד של משפט האישות של אנגליה“¹²².

הסופר צ'שיר כתב:

„תצדק איפוא כנראה, המסקנה, כי נישואין פוליגמיים של איש, בין אם הוא נתן בריטי בין אם הוא נתן זה, צריכים להיות, מבחינה עקרונית, מוכרים כנישואין חוקיים על ידי בתי המשפט האנגליים, בתנאי שחוק מקום המושב שלו מתיר לו לקחת יותר מאשה אחת. כמובן, אין פירושו של דבר, כי הנישואין הם בעלי תוקף מלא באנגליה, שכן הם (הנישואין), כנראה בעליל, אינם יכולים להחיל על עצמם אותם חלקי המשפט האנגלי, המותאמים לנישואין נוצריים בלבד, כגון:

122 פסק דין הייד סם, עמוד 191.

שיפוט האישות של בית המשפט לגירושין. אבל הם יהיו בעלי תוקף לגבי ענינים מרובים, אם כי לא לגבי כולם. כך, אם נתין בריטי נכנס תחת כנפי הדת המושלמית לאחר שרכש לו מקום מושב בפרס, והוא נושא אשה בהתאם לטכסי דת מוחמד, מסתבר, כי לא זו בלבד שילדיו הם חוקיים בעיני החוק האנגלי, אלא גם כי אשתו, או נשותיו, וילדיו רוכשים את הנתינות הבריטית¹²³.

ובספרו של וולף אנו קוראים:

„אף על פי שנישואין פוליגמיים אינם נישואין במובנם האנגלי, אין נובע מכך, כי החוק האנגלי ידון אותם כבטלים, כמו נישואי כפל שנערכו באנגליה על ידי אנגלי נשוי. נישואין הבטלים מחמת ביגמיה, משמשים עילה להליכים משפטיים לשם קבלת פסק בטילות הנישואין, אבל חוץ מזה אין להם שום תוצאה. הילדים הם בלתי חוקיים. מת הבעל בלי להניח צואה, אין זכות ירושה לא לאשה השניה ולא לילדים שלה. האשה אינה קונה את הדומיסיל של בעלה. עדיכת הנישואין היא עבירה פלילית. האשה הראשונה יכולה לפתוח במשפט גירושין, וכך, כל זה שונה במקרה של נישואין פוליגמיים בעלי תוקף. מחמת שאין להם אופי של נישואין „נוצריים“... — לא יוכלו להעריך כחוק באנגליה, תרופות-האישות האנגליות — תביעה לביטול נישואין, לגירושין, להחזרת חיי האישות — לא יעמדו לשימושם של הצדדים לנישואין פוליגמיים. נכון הוא, כמו כן, במסיבות ידועות, תהא ההכרה בנישואין פוליגמיים „בניגוד משווע לעיקרי המוסר של העם“, כפי שנאמר על ידי בית המשפט הדרום-אפריקאי בענין...

מחוץ לאותו ניגוד משווע בלתי רגיל לסדר הציבורי האנגלי, צריך העיקרון להיות, ונראה כי אמנם כן הוא, כי תוצאות הנישואין יתולו על נישואין פוליגמיים בעלי תוקף, הדעה הנגדית תגדור אחריה תוצאה שאין הדעת סובלתה, כי

123 צ'שיר שם, עמודים 406—407.

מיליונים של נתינים בריטיים באסיה ובאפריקה יידאו בהכרח בעיני בתי המשפט האנגליים כילדים בלתי חוקיים, וכאנשים שלא יוכלו להיות להם ילדים חוקיים¹²⁴.

אין תמימות דעים מוחלטת בין שני המלומדים בסוגיא זו, ולא הרי זה כהרי זה בכמה שאלות חשובות. הצד השווה שבהם, שהם שניהם מבחינים כאן בין „אבות“ ו„תולדות“, בין יחסי הנישואין גופם לבין התוצאות שלהם. ואולם המושג „חוקיות נישואין“ אינו ניתן לחלוקה. אפשר להכיר כתקפם החוקי של נישואין מסויימים, ואפשר שלא להכיר, אך להכיר בתקפם למחצה לשליש ולרביע — לא שמענו! לכן נראה לי, כי הקונסטרוקציה המשפטית הנכונה של כל הרעיונות הללו היא זו: אם הנישואין הפוליגמיים כשרים הם לפי חוק הדומיסיל של בני הזוג, בית המשפט (בדרך כלל) יכיר בהם, הן בתם והן בגלדותיהם, — אלא שאם הוא יתבקש על ידי אחד מבני הזוג להעניק לו סעד, שמטרתו היא לקיים או להפסיק או לבטל את עצם הקשר הפוליגמי החוקי הנושא בית המשפט לא ייענה לו מחוסר הוראה מתאימה, — מפני שכל הסעדים הללו, עד כמה שהם מצויים בידו, מתאימים והולמים רק את הנישואין המונוגמיים, „הנוצריים“, של החוק. מכאן מודעא רבה ותוצאה חשובה לגבי בית המשפט הארצישראלי, כפי שנראה להלן.

והשקפה זו — אם כי תמיד, כדרכם של השופטים האנגליים, מתוך הסתייגות קלה, והנחת פתח פתוח לנסיגת-מה בעתיד, אם יתעוררו מקרים בלתי צפויים — קנתה לה שכיתה בבתי המשפט של אנגליה, ויש לראותה היום כדעה הרווחת. המפנה חל לפני זמן לא רב כיותר, הוזה-לעומת-זה של שני המקרים הבאים יובית. בשנת 1917 הובא לדין באשמת ביגמיה מצרי אחד, נאגיב, שנשא לו בזו אחר זו שתי נשים באנגליה, את האחת בשנת 1903, ואת השניה בשנת 1914. הגנתו היתה, כי הנישואין האנגליים הראשונים בטלים היו, מפני שאותה שעה עדיין נשוי היה לאשה אחרת שנשא אותה, בצורה מושלמית דתית. בשנת 1898, במצרים, והתגרש ממנה בשנת 1913, — נמצא שבשעת עריכת הנישואין האנגליים השניים בשנת 1914 (שהם בלבד שימשו יסוד לאשמה), לא היתה לו אף אשה אחרת. השופט אייבורי דחה את הטענה באמרו:

124 חלף שם, עמודים 320—321.

אזרחית באנגליה. להרדי אחד, וגילתה לאחר מכן, כי הוא אותה שעה היה נשוי לאשה הודית. שנשא אותה במולדתו, בטכס נישואין הודי, בשנת 1933. היא פנתה לבית המשפט ובקשה מתן פסק המצהיר, כי נישואיה להרדי ההוא בטלים מעיקרם מחמת ביגמיה. בית המשפט נענה לבקשה ואמר:

„השאלה שעלי להכריע בה היא אם, על אף אופים הפוליגמי, מוכרים נישואין הודיים אלה בבית משפט זה, כאשר הוא מפעיל את הסמכות בעניני אישות, אשר אליה פנו במשפט זה. היה זה מזור, אילו חוקי אנגליה לא היו מעניקים כל הכרה לנישואין פוליגמיים, בזכרנו את העובדא, כי אנגליה היא המרכז של אימפריה גדולה, אשר מספר נתיניה בני דת מוחמד ונתיניה ההודיים מגיע למיליונים מרובים... לטרב את ההכרה בנישואין הודיים, לצורך הענין הגידון, תהא לרעתי סתירה וסטירה בפני השכל הישר, הדרך ארץ, ושיטת סדרי הסוכנות, עליהם בנויה האימפריה; וכפי שאני מתליט בזה, יהא הסירוב להכיר — לא כחוק, לפיכך, רואה אני כעובדא את הנישואין: ההודיים של המשיב, שהיו קיימים בעת ערכו את טכס הנישואין עם המבקשת, וגלל כן טכס זה אפס הוא, והמבקשת זכאית לצו על תנאי בצירוף הוצאת¹²⁶.

נאמר כאן: „לצורך הענין הגידון, רמו לכן, שהשופט המלומד לא היה נותן את תרופת-האישות שנתן, אילו נתבקשה תרופה זו ביחס לנישואין הפוליגמיים גופם, ודבר זה עולה מפורשות מתוך פסק אחר המצוי כאותו פסק דין, ובו נאמר:

„בית המשפט לגירושין, מטעמים הנראים לעין, לא ידון עילה של אישות, לשם קבלת סעד או מימש זכויות, כיחס לנישואין שחסרים להם הקורים האופייניים של מונוגמיה¹²⁷.

הרעיונות שהונחו ביסוד פסק דין זה אימצו על ידי בית המשפט

Srinl Vasan v. Srinl Vasan (1945), 2 All E. R. 21, at pp. 22, 23. 126

127 סריני האסאן שט, בעמוד 22.

„(נאמר בספרו של ווסטלייק) „כאשר ועק מקום החוזה מתיד את הפוליגמיה, נישואין שנערכו על פיו, ואפילו במקרה האשה הראשונה, הם משהו שונה מנישואין מונוגמיים, הם לא ייראו באנגליה כנישואין, גם לא יחייבו (שם) במילוי חובות האישות הנובעות מהם, ולא יתנו פסק גירושין, או איזה סעד אחר, בשל הפרת החובות האלה“. נראה לי, כי זו היא הרצאה נכונה של החוק, ולכן אף אילו הוכח כדבעי, כי נישואין אלה (זאת אומרת: הנישואין המצריים) אמנם נערכו במדינה, בה הפוליגמיה מותרת על פי חוקיה, עדיין הייתי סובר, כי אין הם נישואין בעלי תוקף באנגליה, שאפשר היה להכיר בהם לצורך אישום זה, ומכיוון שהגנתו היחידה של הנאשם כלפי האישום הזה היא, כי הוא כבר היה נשוי במצרים כאשר נשא את אני ווילד (האשה האנגליה הראשונה), על מר גלסון (פרקליטו של הנאשם) לשקול, אם ברצונו לדבר אל המושבעים¹²⁸.

פידושו של דבר: נישואין פוליגמיים, מתוך שאינם „נישואין“ כלל, אין בכוחם לבטל, מחמת ביגמיה, את הנישואין השניים. הוזה אומר: בית המשפט האנגלי אינו מכיר בהם, אפילו כאשר ההסתמכות עליהם איננה באה דוקא, כדי לקבל אחת מ„תרופות-האישות“ המצויות בחוק „הנוצרי“ של אנגליה, כי כאן, כנראה בעליל, לא עמדה לפני השופט שאלה של „מתן תרופה של אישות לנישואין פוליגמיים“, — משני טעמים: (א) השאלה נתעדרה, באופן „אינצידנטלי“, במשפט פלילי; (ב) וזה עוד יותר חשוב, מן הבחינה העקרונית: ביטול הנישואין, אילו נתקבל על דעתו של השופט, היה מתייחס לא לנישואין הפוליגמיים שנערכו במצרים, אלא לנישואין „הנוצריים“, המונוגמיים — שנערכו באנגליה, ודוק היטב.

והנה נתעדרה שאלה זו גופה בפני בית משפט אנגלי בשנת 1945, הפעם לא במשפט פלילי אלא במשפט אזרחי, ובית המשפט הסתייג בחריפות ובתוקף מן ההשקפה ההיא, והחליט, כי נישואין פוליגמיים הכשרים לפי חוק הדומיסיל, כחם יפה לבטל את הנישואין השניים שנערכו באנגליה, המדובר שם באשה אנגליה, אשר נישאה בשנת 1936, בצורה

R. v. Naguib (1917), 1 K. B. 359, per Avory J., at p. 360. 125

לערעורים, כמחצית השנה לאחר מכן, במשפט אתר 128 — שוב בענין נישואי אנגליה עם הדי — ואישר פסק דין דומה שניתן על ידי אותו שופט גופו. בית המשפט התרשם שם 129 כנראה לא במעט מן העובדא, כי המועצה הפרטית של המלך, בדונה כדרגת ערעור על פסקי בתי המשפט העליונים של מושבות „פוליגמיסטיות“, מכירה בתקפם של נישואין פוליגמיים, הכשרים לפי חוקי או מנהגי המקום 130, אך יחד עם זה הוא ראה כהלכה דווחת, כי בתי המשפט „יסרבו לראות את הנישואין הפוליגמיים כנישואין המזכים את הצדדים לפנות לבתי המשפט של הארץ הזאת בבקשת סעד של אישות“ 131. והכוונה היא לסעד של אישות ביחס לנישואין הפוליגמיים גופם, כפי שעולה מן הדברים שנאמרו למטה מן הענין, עיי' שם.

סיכומו של דבר: נישואין פוליגמיים הכשרים לפי חוק הדומיסיל, מוכרים גם בבתי המשפט של אנגליה, ינתנו כל הסעדים המתאימים בקשר עם תוצאות הנישואין, אך לא תנתן תרופה או סעד, שמטרתם היא לקיים או לבטל או להפסיק את הקשר הפוליגמי גופו.

דאינו לעיל, כי אופים המונוגמי או הפוליגמי של הנישואין, נקבע לא לפי „המספר הסידורי“ של הנישואין, אלא לפי מהותו של הקשר גופו: אם הוא בלעדי גם לגבי הבעל — זאת אומרת, שאסור לו לשאת אשה נוספת — או לא. ואיזהו החוק הקובע את מהותו של הקשר? — לפי הדעה הרווחת: חוק מקום עריכת הנישואין 132, אם לפי הוראתיו הוא, נישואין שנערכו בטכס זה, הם „בלעדיים“ או לא. ה־ *Iex loci* קובע את האופי, ה־ *lex domicilii* קובע את הכשרות. על פי רוב שניהם היינו הך, כי הנישואין נערכים כרגיל במקום המושב, אם, איפוא, נתין בריטי, תושב

Baindail v. Baindail (1946), 1 All E. R. 342. 128
ביינדיל שם, בעמודים 346—347.

cf. Cheang Thye Pin v. Tan Ah Loy (1920), A. C. 369; Khoo Hood Leong v. Khoo Chong Yeok (1930), A. C. 346, at p. 352.

131 ביינדיל שם, בעמוד 345.

Chetti v. Chetti (1909), P. 67; R. v. Hammersmith Superintendent Registrar of Marriages (1917), 1 K.B. 643; Wolff, loc. cit., at p. 319; W. E. Beckett, The Recognition of Polygamous Marriages under English Law, 48 L.Q.R. 341, at pp. 353-356.

Allter: Cheshire, loc. cit., at pp. 411 et seq.

לונדון, נוסע לקהיר, מתאשלם, ונושא שם אשה מושלמית, לפי טכס דתי מושלמי, יהיו נישואין אלה פוליגמיים בעיני החוק האנגלי.

ומה יזא אם יהודי בריטי, בן העדה הספרדית, יסע לקובלנקה (מרוקו), ישא שם יהודיה ספרדית בחופה וקידושין כדת משה וישראל, וישוב עם אשתו ללונדון, — האם גם נישואין אלה יידאו בעיני בית המשפט האנגלי כפוליגמיים, בשל כך שיהודי מרוקו נוהגים, או מותר להם, לקחת יותר מאשה אחת, וחוקי הארץ אינם אוסרים את הדבר? ברור, כי נישואין בטכס דתי על פי דיני ישראל — להלן: „נישואין יהודיים“ — הנערכים בארצות בהן אוסר החוק רבוי נשים, אינם נישואין פוליגמיים; ולא רק מפני שהחוק קובע המהות שהוא, כאמור, חוק מקום עריכת הנישואין, אינו מתיר את הפוליגמיה, אלא גם מפני שבארצות כאלה קיים, כרגיל, תחום דרכו גרשום, ודיני ישראל גופם אוסרים את רבוי הנשים, אך עדיין השאלה במקומה עומדת, מה אופים של נישואין יהודיים, אם נערכו במקום בו הפוליגמיה מותרת, הן מבחינת חוקי המדינה הן מבחינת דיני ישראל? והנה לפי סימני ההיכר שניתנו לעיל לאבחנת שני סוגי הנישואין, היינו חייבים להגיע אל המסקנה, כי נישואין יהודיים, בתנאים שהוזכרו, יחשבו לנישואין פוליגמיים. ואין הדבר כן, כפי שמעיד המומחה הגדול לבעיית הפוליגמיה, הלא הוא הסופר בקט, וכך הוא אומר במאמרו המפורסם שיצאו לו מוניטין בספרות וביחידקאטורה, על „ההכרה בנישואין פוליגמיים לפי החוק האנגלי“:

„עולה בבירור מפסק הדין בענין בית אל 133, כי מי שמקום מושבו הוא באנגליה... אינו יכול להתקשר בנישואין פוליגמיים... האופי המונוגמי של ההתקשרות הוא ללא ספק „יסוד תיוני“ על פי חוקי הנישואין של אנגליה, ונישואין פוליגמיים שנערכו על ידי אדם בעל מקום מושב באנגליה, הם בניגוד לחוק הדומיסיל שלו בענין תיוני, ולכן חסרי תוקף.“

ברם נישואין יהודיים מצריכים איוו הערכה מיוחדת, אך על פי שהיהודים אינם נוהגים רבוי נשים באנגליה או איוו מדינה אירופית אחרת, הרי דת משה מתירה את הדבר.

Re Bethell, Bethell v. Hildyard (1888), 38 Ch. D. 220. 133

בארצות המזרח או בארצות כמו מרוקו, בהן נידונים יהודים, בעניני המעמד האישי, לגמרי על פי דיני ישראל, יורשו דאי בעלים יהודיים לפי חוקי המקום לקחת יותר מאשה אחת. ונישואי שתיהן יהיו נישואין כשרים. הם, דומה, עושים זאת לפעמים, אם כי לעתים רחוקות. נישואין יהודיים במרוקו או בסוריה (למשל) הם, איפוא נישואין פוליגמיים לפי העקרון מס' 1. ואף על פי כן, יש יסוד להגיה, כי בתי המשפט האנגליים יראו תמיד את הנישואין היהודיים כצורה כשרה של נישואין, אם היא היתה כשרה לפי "חוק מקום החוזה", והצדדים הם יהודים.

בין פסקי הדין האחרונים, לשונו התקיפה של לורד מדיוויל, בענין ספיבק נגד ספיבק¹³⁴, נראית כתומכת בהשקפה זו. מסתבר, כי נישואין יהודיים בין שני יהודים, חייבים לראותם כנישואין כשרים, אף על פי שמקום מושבו של הבעל הוא באנגליה, ואף על פי שהם נערכו במרוקו, מקום בו הנישואין היהודיים הם, לפי "חוק המקום", פוליגמיים. מאידך גיסא יהודים בעלי מקום מושב באנגליה או איו מדינה אירופית אחרת, אבדה להם, ללא ספק, לפי חוק הדומיטיל שלהם, הוכות להיות להם, למעשה, יותר מאשה אחת.

ועל סמך הרעיונות הללו הוא מגסח, על פי דרכו שם, עקרון אחד. שיש לשים לב לכל מלה ומלה שבו:

"איש אשר החוק האישי שלו (הכותה לחוק הדומיטיל) אינו מתייך את הפוליגמיה, אינו כשיר להתקשר בנישואין פוליגמיים:

בתנאי כי שום נישואין שנערכו בין אנשים בני הדת היהודית לא יחשבו כנישואין אשר הבעל, בהתאם לכלל זה, לא היה

כשיר להתקשר בהם, אם לאותו בעל, בעת עריכת הנישואין, לא היתה אשה אחרת"¹³⁵.

דבריו של הלורד מדיוויל במשפט ספיבק הנ"ל מכוונים היו, בעצם, לא כלפי טענת הפוליגמיה, אלא כלפי טענה אחרת, שהוא דחה אותה. הטענה היתה, כי אותה קלות מיוחדת, בה יכולים בני חוג להתגרש זה מזו בגט פיטורין כדת משה וישראל, מוציאה את הנישואין היהודיים מכלל "נישואין", שמשמעותם האנגלית, "הנצרית", היא: "איחוד מרצון, בלעדי וכו' לכל ימי החיים", — בדומה לטענה שגטענה ונתקבלה, כחודש ימים קודם לכן, על דעת חבריו, השופט היל, לגבי נישואין סובייטיים, במשפט נוצמסון נגד נחמסון¹³⁶, ונדחתה כמה חדשים לאחר מכן על ידי בית המשפט לערעורים¹³⁷, ואלם "הלשון התקיפה", בה הגן השופט, אנב דחית הטענה, על הנישואין היהודיים בכלל — שחוקיותם היא למעלה מכל ספק, שאין לערער עליה ואין להרהר אחריה ולא כלום¹³⁸ — תומכת לדברי בקט בהשקפה, כי לא רק היותם נתונים בקלות להפקעה (dissolubility), אלא גם היותם לפעמים פוליגמיים, לא תגרע מתקפם החוקי בעיני בית המשפט האנגלי.

נישואין יהודיים, ויהא אשר יהא מקום עריכתם, נחשבים איפוא למעשה, כמונוגמיים בעיני החוק האנגלי, ויהודי, תושב אנגליה, יכול להתקשר בהם בכל מקום שהוא, בין אם הוא נתין זר, בין אם הוא נתין בריטי; ועל אחת כמה וכמה, שיוכל להתקשר בהם, אם גם מקום מושבו הוא במקום עריכת הנישואין. עד כאן בנוגע לנישואי האשה הראשונה, אשר לגביהם תלויה ההכרה האנגלית המלאה אך ורק באופים, המונוגמי או הפוליגמי, של הנישואין. אך מה יהא דינו של יהודי בריטי, העוקר את מקום מושבו למרוקו, ונושא שם, בטכס יהודי ובזו אחר זו, שתי נשים? הייראו גם הנישואין השניים כמונוגמיים? ברור, שלא! אף על פי שמבחינת מהותו של הקשר, אין, בעצם, כל הבדל בין הנישואין הראשונים והנישואין השניים. יתכן, שבית המשפט האנגלי יראה את הנישואין השניים כבטלים

Beckett, Recognition of Polygamous Marriages etc. *ibid.* at 135 pp. 359—360.

Nachimson v. Nachimson (1929), 46 T.L.R. 166. 136
Nachimson v. Nachimson (1930), 46 T.L.R. 444. 137

Spivack v. Spivack (1930), 46 T.L.R. 243. 134

בשל עבירת הביגמיה שבהם, אשר עליה, כידוע, נענש נתין בריטי, אפילו אם נעשתה בחוץ לארץ¹³⁰; יתכן גם, כי הוא יראה אותם, מבהינה אורחית, ככשרים, בשל היותם כשרים לפי החוק האישי, הוא חוק הדומיסיל, של בני הווג¹³¹; אכל — כנישואין מונוגמיים הם, בודאי, לא ייראו בעיני בית המשפט האנגלי, והוא לא יעניק, ביחס אליהם, את תרופות-האישות, "הנוצריות", המצויות בחוק האנגלי, כי "נישואי-ביגמיה-מונוגמיים" הם תרתי דסתרי, קונסטרוקציה משפטית אנטינומית שאין הדעת סובלתה, ולא טעמי הגיון בלבד הם המעכבים כאן; יש יסוד ממשי לרבר: אותה אי-התאמה ממש הקיימת בין תרופות האישות "הנוצריות" לבין הנישואין הפוליגמיים, קיימת גם בין התרופות הללו לבין נישואין שניים, "לאי פוליגמיים", איך החוק, בתנאים מסויימים, מכיר בתקפם, הנה מה שנאמר לא מכבר על ידי השופט גרין ביחס לאי-התאמה ההיא:

"בעיינו באקט עילות התביעה של אישות, אנו מוצאים את המלה "נישואין", ועלינו לפרש את הוראתה, כדי לרעת, מה היא סמכותם של בתי המשפט האנגליים בענינים אלה. הטעמים — הייתי אומר — ברורים לעיני השכל הישר, והיינו, כי הכוחות שהוענקו לבתי המשפט לשם קיומו או הפקעתו של קשר הנישואין, אינם הולמים עום צורת התקשורת בין איש ואשה דעץ מן ההתקשרות המונוגמית, אם האיש, לפי חוק הדומיסיל שלו, יכול להיות בעל ארבע נשים, והוא רוכש לו מקום מושב בארץ הזאת ורוצה להתגרש, מן ההכרח שהתעוררה שאלות עדינות: אם, בקיימו יחסים עם שאר נשותיו, הוא אשם בניאוף, ועוד שאלות שונות מאותו סוג"¹³¹.

ואותן השאלות, "העדינות", לא מן הנמנע שתתעוררנה גם בנישואין

"The Legislature has provided in respect of Jewish marriages 138 in a mode which leaves their validity beyond all questions and... unimpeachable and unassailable" (Lord Merrivale in *Spivack v. Spivack* *ibid.*, at p. 245).

139 ראה הלסבוריהילשם, כרך 9, עמוד 389, סעיף 656, וההערות שם.

140 ראה דברי השופט חינוהאם, בתיא 203/43 הנ"ל, ססקה 4, 44 סמ"ן בעמוד 78.

141 סק דין ביינריל שם, בעמוד 345.

השניים של היהודי הבריטי דגן. לכן נצטרך לסייג במקצת את הרעיון שהובע לעיל ולומר, כי אף על פי שבדרך כלל נקבע האופי הפוליגמי של הנישואין, לא לפי ריבויים הממשי של הנשים, אלא לפי ריבויים הפוטנציאלי הטמון בתוכו של הקשר גופו. הרי כאן, לגבי נישואין יהודיים — בשל האופי המיוחד שלהם והיחס המיוחד אליהם — יהיה האופי המונוגמי או הפוליגמי של הנישואין שנערכו במדינה פוליגמית, תלוי במספר הסידורי של הנישואין, אבחנה זו אין לה מקום תפיסה בצורות נישואין אחרות, מפני שהללו — או שהן פוליגמיות ממש, ואזי אין בית המשפט האנגלי מחיל את תרופות האישות שלו אפילו על הנישואין הראשונים, או שהן מונוגמיות ממש, ואזי אין האיש יכול להיות בעל "כשר" אלא לאשה אחת בלבד, אמנם גם בשטח הנישואין היהודיים, "הקו הדימורקטיבי" לא יהיה ברור כל כך; כי הנישואין השניים, הכשרים, לפי הנחתנו, על פי חוק הדומיסיל, מסבכים במידה מסויימת גם את הראשונים, ועלולות להתעורר בעיות "עדינות", שאין כאן המקום לעמוד עליהן, אך הן לא יתכן, כי בשל ההתקשרות השניה, הפלילית, נבוא להכריז כפוליגמיים למפרע גם את הנישואין הראשונים, לכן יש, לדעתי, לתפוס את הדע במיעוטו, ולראות כפוליגמיים את הנישואין השניים בלבד, לא מצאתי אסמכתא לדעתי ביודיקאטורה האנגלית, ואין תימה בדבר, — נוכח נדידותה של "קונסטל-ציה", בה עלולות שאלות אלה להגיע לכס המשפט, אך דמו לכך, אולי רמז דק מדי, כי בנישואין יהודיים יתכן, שהנישואין השניים בלבד יהיו פוליגמיים, אפשר למצוא בין השיטין של העקרון שנוסח על ידי הסופר בקט כנ"ל, נאמר שם:

"איש אשר החוק האישי שלו אינו מתיר את הפוליגמיה, אינו כשיר להתקשר בנישואין פוליגמיים:

בתנאי כי שום נישואין שנערכו בין אנשים בני הדת היהודית לא ייחשבו כנישואין אשר הבעל, בהתאם לכלל זה, לא היה כשיר להתקשר בהם, אם לאותו בעל, בעת צריכת הנישואין, לא היתה אשה אחרת".

משמע, כי אם היתה לו אשה אחרת, והוא התקשר בנישואין יהודיים שניים, אזי לא זו בלבד שהם בטלים מחמת היותם נוגדים את החוק האישי (חוק הדומיסיל) שלו, אלא הם גם נקראים "פוליגמיים". אין בכך, כמובן, אסמכתא לדברים שנאמרו לעיל, כי המדובר בדוגמא שנתתי הוא באיש

שחוק הדומיסיל שלו חתיד לו לקחת יותר מאשה אחת, אך יתכן, כי אם אין ראייה לדבר — זכר לדבר יש בדברים שנאמרו שם על ידי המלומד הגדול.

לאור כל הדברים שנאמרו לעיל, נוכל לבדוק עתה בדיוק יתר את ענין סילבר הנ"ל, הוא ענין כשרות הנישואין השניים של היהודי הבריטי, שנדונה בפסק דינו של בית המשפט הארצישראלי בני"ל. השארנו לעיל את השאלה פתוחה, אם בית המשפט האנגלי יכיר בתקפם של נישואין כאלה, בשים לב לעבירת הביגמיה שבמעשה, וכעת הגיע הזמן לדון ברבר. הטענה, כי החוק האנגלי לא יכיר בהם מטעם זה, נטענה בענין עזרון סילבר בפני בית המשפט המחוזי¹⁴², ונדחתה על ידי הנשיא התורן המלומד במלים אלה:

„טענו, כי את הנישואין השניים אי אפשר לראות כבעלי תוקף. הואיל והם נישואי-כפל ונוגדים, מכוס כך, את הסדר הציבורי. אך, מלבד שעדיין שאלה היא אם הביגמיות אשר בנישואין עושה אותם בהכרח לבטלים, אינני רואה את הנישואין השניים כביגמיים, מכיון שלפי סעיף 181 של החוק הפלילי, הנישואין הם ביגמיים רק כאשר הם בטלים כשל כך שנצרכו בחיי האשה הראשונה, וכפי שכבר קבעתי, הנישואין השניים לא היו בטלים, אף על פי שהאשה הראשונה היתה בחיים. לטעון כי הם בטלים, מפני שהם ביגמיים, הרי זה לטעון במעגל“¹⁴³.

פירושו של דבר: השופט המלומד בחן את פלילות המעשה מתוך האספקלריה של החוק הפלילי הארצישראלי, ואמר — בצדק גמור ובהגיון רב — כי מכיון שעבירת הביגמיה היא כאן „פונקציה“ של בטילות הנישואין¹⁴⁴, הרי הסקת הבטילות מתוך העבירה תהיה „מעגל שוטה“. ואולם, לדעתי, יכול היה להגיע לאותה תוצאה גופה גם מבחינה יותר

142 הפענה צוטטה בפרוטרוט על ידי העורך של אל"ר בהערותיו לפסק הדין של בית המשפט העליון, 44 אל"ר, בעמוד 461, עין שם. התמכו שם על Shaw v. Gould (1868), 18 L.T. 833, אבל פסק דין זה לגמרי אינו שייך לענין.

143 44 פמ"ן, בעמוד 78.

144 כך היה המצב בארץ עד לתיקון הסעיף 181 על ידי סקודה החוק המלילי (תיקון) 1947.

רבתה. — זו שהניח אותה ב„צריך עיון“ ברישא של הפסוק הנ"ל. הפלילות אשר בנישואין השניים אינה שוללת את כשרותם האזרחית בעיני בית המשפט האנגלי, אם אך כשרים הם לפי חוק הדומיסיל של בני הזוג. והא ראייה: כל הויכוח בספרות וביודיקאטורה האנגלית התנהל סביב השאלה, אם האפי ה„לא-נוצרי“, ולא „בלעדי“, של הנישואין הפולגמיים, מונע את ההכרה בהם על ידי בית המשפט האנגלי, אפילו כאשר כשרים הם לפי חוק הדומיסיל, או לא. — שאלה שהוכרעה, כידוע לנו, בזמן האחרון לצד ההכרה: אך לא מצינו בשום מקום — לפחות לא בתקופה המודרנית — כי תיעשה הכחנה כל שהיא בין נתין זר לנתין בריטי, או בין נישואין הפולגמיים הראשונים של אותו נתין בריטי לבין נישואין השניים. הנה צ"שייר, למשל, בקטע שצוטט על ידינו, אומר:

„תצדק איפוא, כנראה, המסקנה, כי נישואין פולגמיים של איש, בין אם הוא נתין בריטי בין אם הוא נתין זר, צריכים להיות, מבחינה עקרונית, מוכרים כנישואין חוקיים על ידי בתי המשפט האנגליים, בתנאי שחוק מקום המושב עליו מתיר לו לקחת יותר מאשה אחת.“

ואיננו מבחין בין הנישואין הפולגמיים הראשונים של אותו נתין בריטי לבין נישואין השניים. וכן וולף בקטע שצוטט על ידינו לעיל, וכן בקט. בנסחו את העקרון השני במאמרו הנ"ל¹⁴⁵, וכן בכל פסקי הדין שניתנו בתקופה האחרונה — כולם עד אחד מטילים את הדגש על חוק הדומיסיל, ואינם מתעניינים כלל, לא בנתינותו של בעל הדומיסיל, ולא במספר הסידורי של הנישואין הפולגמיים שלו.

וכאן יבא הטוען ויטען: אין להביא ראייה מכך על השאלה שלפנינו! כי גם נתין בריטי הנשוי בנישואין פולגמיים מוכרים, היינו: נישואין פולגמיים הכשרים לפי חוק הדומיסיל, עדיין איננו „נשוי“ במובן ההוראה הסטאטוטורית של סעיף 57 לאקט העבירות נגד האדם, 1861, האומר: ¹⁴⁶

145 שם, בעמדים 358—359.

„Whosoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife, whether the second marriage shall have taken place in England or Ireland, or elsewhere, shall be guilty of felony... Provided that: (1) Nothing in this section contained shall extend to any

„כל אדם אשר, בהיותו נשוי, מתחתן עם אדם אחר, בחיי הבעל הקודם או האשה הקודמת, בין אם הנישואין השניים נערכו באנגליה או אירלנד, בין אם נערכו במקום אחר, יאשם בפשע... בתנאי כי: (1) שום דבר האמור בסעיף זה לא יחול על נישואין שניים שנערכו מחוץ לאנגליה ואירלנד, על ידי אדם שאינו נתין הוד מלכותה...“

נמצא כי הנישואין הפוליגמיים השניים של אותו בריטי, לא יהיה בהם משום עבירה על סעיף הביגמיה ההוא, ולכן אפשר להכיר, כפי שהוכח מדברי הסופרים הנ"ל, ככל סדרת הנישואין הפוליגמיים, ואפילו אם נערכו על ידי נתין כריטי.

תשוכתי לכך היא:

עדיין לא הכריעו חכמים, אם אמנם בצידה של ההכרה האורחית בנישואין פוליגמיים בשרים, קיימת אי-הכרה מיוחדת, פלילית, לצרכי סעיף הביגמיה הנ"ל. הנה הלורד גרין, במשפט בינדייל¹⁴⁴, הניח בפירוש את השאלה במצריך עיון, שכן בדכרו שם על הסעיף הנ"ל הוא אמר:

„באשר לשאלה, אם אדם נחשב כ„נשוי“ במובן הסעיף הנ"ל (שהוא סעיף פלילי) אם הוא ערד נישואין הודיים בהודו, אינני בא לחוות עליה כל דעה שהיא“¹⁴⁵.

ובספרו של דייסי אנו קוראים:

„ב, נתין בריטי, שהוא מושלימי היושב בקביעות בפקיסטאן, נושא את א' ואת א' 2, מושלימיות היושבות בקביעות בפקיסטאן, על פי טכס מושלימי בקרצ'י. לאחר מכן הוא בא לאנגליה. (נראה) ¹⁴⁶ יא אפשר להרשיעו בעבירת ביגמיה“¹⁵⁰.

second marriage contracted elsewhere than in England or Ireland by any other than a subject of Her Majesty . . .”;

cf. R. v. Russell (1901), A.C. 446.

Baindall v. Baindall (1946), 1 All E.R. 342, 147

148 שם, בעמוד 347.

(semble) 149

Dacey—Morris, Conflict of Laws, 6 ed., p. 228; vide ibid. 150 p. 226.

ואתו ספק ממש מקנן גם בלבו של הסופר וולף, באחת הדוגמאות המובאות על ידו בקשר לשאלת ההברה ב„נישואין פוליגמיים כשרים“, זאת אמרת: נישואין פוליגמיים שהם בעלי תוקף לפי חוק הרומיסיל של הוגו.

„אם, למשל, אשה אנגליה נישאה למושלימי בפאקיסטאן, ולאחר שמעה, כי הוא נשא לו שלש נשים אחרות, היא חוזרת לאנגליה ונישאת לאנגלי בלונדון בצורה המתאימה, נישואין אלה בטלים, אם היא תיענש על כך לפי סעיף 57 של אקט העבירות נגד האדם... תלוי בפירושה של הוראה סטאטוטורית זו“¹⁵¹.

כלומר, תלוי בפירוש שיש לייחס למונח „נשוי“ בסעיף 57 הנ"ל: אם תוראתו מצומצמת לנישואין מונוגמיים בלבד, או שהוא חל גם על נישואין פוליגמיים כשרים. ואם המלה „נשוי“ באותו סעיף כוללת נישואין פוליגמיים בשרים, אזי גם המלים הבאות אחריה: „מתחתן עם אדם אחר“ (shall marry any other person) כוללות אף הן נישואין כאלה. שהרי לא יתכן לייחס מובן אחד למלה „married“ ומוכן אחר למלה „marry“, והפועל יוצא יהיה, כי אם אותו נתין בריטי נושא שם, במקום מושבו בהודו, בזו אחר זו שתי נשים בנישואין פוליגמיים כשרים, הוא עלול בבוא לאנגליה להיענש על פי סעיף 57 האבסטרטריטוריאלי הנ"ל (אם כי, ברור הדבר, כי התביעה הכללית באנגליה למעשה לא תניש משפט פלילי שכזה)¹⁵² ואף על פי כן, היינו: למרות מה שמבחינה משפטית-דוקטרינרית עלול המעשה ההוא, לפי ההנחה הנ"ל, להחשב כעבירה פלילית, טוען שם וולף לדעה, כי בתי המשפט באנגליה יכירו בתקפם של נישואין פוליגמיים כשרים, אפילו אם נערכו על ידי נתינים בריטיים, ואינו מבתין, כפי שראינו, בין נישואיו הראשונים של הבריטי לבין הנישואין השניים שלו. למותר להעיר, כי הבחנה מעין זו היתה גובלת באבסורד ממש: שכן עיקר הארגומנט שלו לטובת ההכרה הוא, שלא יהיו מיליונים של נתינים בריטיים נחשבים כ„ממורים“ בעיני בית המשפט האנגלי, והרי ההכרה בתקפם של הנישואין הראשונים בלבד, לא היתה מפתחת במידה ניכרת

151 חלף שם, בעמוד 323.

152 ראה דברי הסופר מוריס למטה בהערה 153.

את המספר האסטרונומי של הילדים הבלתי חוקיים ההם. לכן אין, לדעתי, כל מגוס מן המסקנה, כי ההכרה בנישואין הפוליגמיים ההם לא ייגרע ממנה ולא כלום, גם אם יתברר כי הם מהווים עבירה על סעיף הביגמיה של האקט האנגלי הנ"ל.¹⁵³

המסקנה העולה מכל זה לגבי הענין שלפנינו היא כי אילו נתעוררה שאלת כשרות נישואיו השניים של סילבר בפני בית משפט אנגלי, וכפי שנתעוררה כאן — בקשר למשפט ירושה, היה גם הוא מחיל עליהם את חוק הדומיסיל, והיה רואה אותם כבעלי תוקף חוקי. אך — האם היה נותן, בחיי סילבר, לאחד מבני הזוג גם את אחת מ"תרופות האישות" המצויות בחוק האנגלי? התשובה לכך היא: לא! כי נישואין יהודיים שניים, גם כאשר מכירים בהם, הם, כפי שראינו, נישואין פוליגמיים, ובנישואין מסוג זה אין מקום תפיסה לתרופות האישות המופעלות על ידי בית המשפט האנגלי. ברם — הגבלה זו אינה חלה על בית המשפט הארצישראלי, והוא יכול להכיר בנישואין הפוליגמיים הללו לגבי כל דבר וענין. — אף על פי שבעלי הדין הם בריטיים. ואף על פי שהוא, בהיותו קשור להוראת סימן 64 (2), מפעיל כאן בעצם את החוק האנגלי. הכרל זה נובע מן השוני באופים של בתי המשפט גופם. בית המשפט האנגלי הוא בית משפט "נוצרי", בעל השקפות "נוצריות" על טיב הנישואין, תרופות האישות וכו'; בית המשפט הארצישראלי, לעומת זה, ואפילו כשהיה מורכב שופטים בריטיים בלבד, לא היה בית משפט "נוצרי", ולא קיים כאן את ההשקפות שהביא אתו מארץ מולדתו; אף לא — כאשר המתדיינים לפניו היו אף הם כריטיים.

153 שאלה חלוטו של סעיף 57 על נישואין פוליגמיים כשרים שנערכו על ידי נתין כריטי כמקום מושבו מהיץ לאנגליה, הועלתה בשנים האחרונות על דפי כתי העת המקצועיים, אך עדיין לא נתבשה כנידון זה דוקטרינה כרוזה ומוחלטת. הסופר כרתילומיו, למשל, "מציע" — כדרך של קונסטרקציה משפטית מאד מלאכותית — לקבוע סיג מסוים, אשר יסיר כל סכנה של הסלת עונש כאנגליה על נישואין כאלה, ואילו הסופר מוריס רואה את השאלה כ"אקדמית" גרידא. כאמרו כי השלסונות כאנגליה — מתוך "גימוקים חוקים בעלי אופי ציבורי" — ודאי ודאי לא יגישו משפט פלילי נגד הודי, תושב הודו, שנשא לו שם שתי נשים, גם אם מכתנה טכנית ייראה המעשה כעבירה על הסעיף האכסטראסריי טוריאלי הנ"ל.

(Bartholomey, Polygamous Marriages and English Criminal Law, 17 Modern Law Review 344, at pp. 358-359; Morris, The Recognition of Polygamous Marriages in English Law, 66 Harvard Law Review 961, at p. 992).

הסיבה לכך היא פשוטה עד מאד. עד שבא המתקק הישראלי, בשנת 1951, ותקק את חוק שיווי זכויות האשה, וסעיף 8 (א) שבו, היתה הארץ הזאת ארץ פוליגמיסטית — פוליגמיסטית ממש עד שנת 1936, ופוליגמיסטית למחצה לשליש ולרביע מכאן ואילך — וגלל כן מוכרחים היו בתי המשפט האזרחיים לרוח גם ביחסי נישואין שאינם מונוגמיים. ולא דוקא בענייני הסמכות המקבילה של אזרחים ארצישראליים, שהם על פי רוב עניינים הנוגעים לתוצאות הנישואין, אלא — כתנאים מסויימים — אפילו בתרופות אישות ממש לנישואין פוליגמיים של נתינים זרים. הא כיצד? בשנת 1935 הורחבה, כידוע, הגדרת המונח "נתין זר", והחלה להשתרע גם על נתיני ארצות, שהן מחוץ לאירופה, אמריקה ויפאן; בשנת 1939 תוקנו הסימנים 52, 64, של דבר המלך, וסמכות בית המשפט המחוזי הוטלה על ענייני המעמד האישי של מושלמים אשר, לפי החוק הלאומי שלהם, אינם נתונים, בעניינים אלה, לסמכותו של בית הדין הדתי המושלמי; יכול היה, אפוא, מושלמי, נתין מדינה כזאת, לפנות לנשיא הבריטי של בית המשפט המחוזי, ולבקש ממנו צו התחלת חיי האישות נגד אשתו הרבועית, והנשיא הבריטי לא יכול היה לדחות את הבקשה — אם אך קיים סעד זה בחוק הלאומי של המבקש — בשל האופי ה"לא-נוצרי", ולא "בלעדי", של הנישואין המושלמיים. ואם כך הוא הדבר, הרי אין כל מניעה לכך, כי סעד ממין זה ינתן גם ליהודי בריטי, תושב הארץ, אשר ענייני האישות שלו נידונים, מכוח עקרון ההפניה, על פי דיני ישראל. אין בית המשפט יכול לדחות את בקשת המבקש מן הטעם, כי גם בארץ מולדתו, באנגליה, לא היה מקבל את הסעד המבוקש. בשל האופי הפוליגמי של הנישואין השניים, כי כבתי המשפט של אנגליה פועלים שיקולים אחרים, ושם לא היה הסעד ניתן אפילו למושלמי הנ"ל. לאחר שהוראת סימן 64 (2) מאפשרת לבית המשפט לתת את הסעד בשני המקרים, הוא — כנראה בעליל — איננו יכול להתעטף באיצטלא של "פוליגמיות" לגבי המבקש המושלמי. ובאיצטלא של "נוצריות" או "מונוגמיזם" לגבי המבקש היהודי.

העולה מכל האמור, כי בית המשפט המחוזי, בענין סילבר, מותר היה לו לומר — כפי שאמר — בפשטות וללא כל סייג, כי כשרות הנישואין השניים נידונה כאן על פי חוק הדומיסיל, הוא דיני ישראל, ולא מחייב היה, ואף לא יכול היה, "לסייג" את ההצהרה, ולצמצם אותה לענין הירדשה, בשל היותה אף תוצאה של הנישואין הפוליגמיים ההם. כי כאן בארץ כשרים הם הנישואין הללו לגבי כל ענין דבר, וינתנו בהם כל הסעדים המתאימים.

ההסתמכות על פסק הדין של מועצת המלך בענין ששון נגד ששון¹⁵⁷, בו נקבע, כי בית המשפט העליון של אלכסנדריה מוסמך היה להצהיר על תקפו של גט, שיהודים בריטיים, בעלי מקום מושב במצרים, סדרו בפני הרב הראשי של אלכסנדריה¹⁵⁸.

השופט המלומד מגיע בזה אל הנקודה העיקרית, ואומר:

„מה תוא, איפוא, המצב לפי דיני ישראל?
הנישואין הותקפו, קודם כל, מבחינת הכושר, היינו, כי בעת עריכת הנישואין השניים, המנוח לא היה כשיר לשאת אשה, מפני שאשתו הראשונה היתה עוד בחיים, ולא נתגרשה כדון. הדבר אשר עלינו ליתן את הדעת עליו הוא, אם היו כאן גירושין כדק על פי דיני ישראל. טיבם של הגירושין בדיני ישראל, נדון בהרחבה בפסקי דין קודמים של בית משפט זה, ושם נאמר, כי הגירושין הם אקט מתוך הסכמה הנעשה בין בעל ואשתו, המקרה שלפנינו ייראה אולי מסובך במקצת עקב העובדא, כי האשה הראשונה היתה בלתי שפויה, ולא מסוגלת לקבל בעצמה את הגט או ספד הכריתות. נכון הדבר, כי כאן לא היתה הסכמה הדדית, ולמעשה לא היתה האשה צד להליכי הגירושין, ואולם במקדי העדר-כושר של אשה, מחמת מחלת דוח, קיימת בדיני ישראל פרוצידורה מיוחדת, דוקנית וחמורה מאד בשימושה, המעמידה במקום האקט של מסירת הגט לידי האשה — את הדרך של השלגת הגט למען האשה¹⁵⁹, לאחד שנעשה דבר זה, רואים בדיני ישראל את הבעל כמי שגירש את אשתו כדון, ואם, נוסף על אקט גירושין זה, הוא קבל היתר ממאה רבנים לשאת אשה אחרת, מותר לו לעשות כן. היתה עדות בפני בית המשפט דלמטה, כי במקרה דנן מלאו אחרי פרוצידורה זו.

והנה הגיע הענין, חוץ ערעורו של אחד מבני המנוח, לבית המשפט העליון, וכאן הוא גלש למסלול אחר לגמרי. פסק הדין אושר, אך מטעמים אחרים, או תוך צירופו ומיווגו של החדש והישן גם יחד. לאחר שהשופט פרומקין מצטט את כלל 182 בספרו של דייסי¹⁵⁴, ואת דברי השופט האנגלי קוטון במשפט סוטומאור¹⁵⁵, — שניהם שורים לדין, כי הכושר האישי להתקשר בקשרי נישואין נידון על פי חוק הדומיסיל, מסיים השופט המלומד את הרעיון באמרו:

„בעת עריכת הנישואין הנידונים, מקום מושבם של המנוח והמשיבה (האשה השניה) היה בארץ ישראל, ושניהם היו חברי העדה היהודית. מכיוון שאין חוק אורחי בעניני המעמד האישי החל על כל אורחי הארץ הזאת, הרי במקרה בני הדת היהודית, תיב לחול החוק הדתי שלהם“¹⁵⁶.

מתוך הדברים שנאמרו עד עתה, אפשר היה לצפות לכך, כי כאן יהיה סוף פסוק, ובוזה תפתר כל השאלה, כפי שנפתרה, למעשה, בבית המשפט המחוזי, שהרי אם כושרו של המנוח להתקשר בקשרי אישות עם אשתו השניה, תלוי אך ורק בהוראות חוק הדומיסיל, היינו דיני ישראל, אין שמץ של ספק ברבר, כי הנישואין דנן הם כשרים בהתלט. הקידושין השניים היו תופסין גם אלמלא ההיתר ההוא, ועל אחת כמה וכמה אחרי קבלת היתר זה. אך נדאה, כי לא כך סבר השופט המלומד, כפי שעולה מתוך הדברים שנאמרו למטה מן הענין, ואלה הם:

„מכיוון שתוקף הנישואין כמקרה דנן תלוי בכך, אם המנוח, לפני נישואיו השניים, היה מגורש כחוק מאשתו הראשונה או לא, חשוב יהיה להזכיר כאן, כי כלל ההפניה אל חוק הדומיסיל, הוחל בפירוש גם על עניני גירושין של יהודים בריטיים, בני הדת היהודית, שמקום מושבם הוא במדינה המכירה בגירושין שנעשו על פי דיני ישראל (וכאן באה

Sasson v. Sasson (1924), A.C. 1007. 157
“. . . substituting the act of the delivery of the deed of divorce into the hands of the wife by a method of depositing it on her behalf“.

Dicey, Conflict of Laws, 5 ed., p. 732. 154
Sotomayor v. De Barros (1877), 2 P. D. 81. 155
156 טילבר נגד שקרקה, ע"א 71/44, 44 אליר 460, כעמוד 462.

היוצא מזה, איפוא, הוא כי כל הדרישות, הן בנוגע לכושר והן בנוגע לצורה, נתמלאו כדבעי, וכי בהתאם לחוק החל (על ענין זה) היה למנוח כושר חוקי להתקשר בנישואין שניים, וכי נישואין שניים אלה כדיון נערכו" (ההדרגשות שלי) 159.

הדברים שנאמרו בשלשת הקטעים האחרונים, מייחזרים בעצם את הדברים שנאמרו קודם לכן; כי אם הוא מגורש כדין מאשתו הראשונה — מה לבנה, כי ילין על הנישואין השניים? המנוח יכול היה לערוך אותם אפילו באנגליה גופה! אך לא בזה דואה אני את התורפה העיקרית של פסק הדין. נראה לי, בכל הכבוד, כי נימוקי פסק הדין — להבדיל מן הפסק הסופי גוטו — לוקים בשנים: הן מבחינת דיני ישראל, והן מבחינת החוק החילוני. כי: (א) בדיני ישראל, אין הנישואין הראשונים במקרה ד-נשתתית-מופקעים, לא על ידי מתן ההיתר ולא על ידי השלשת הגט; השלשת הגט אינה באה במקום מסירת הגט, ואין היא מהווה „אקט של גירושין“; (ב) בזמן שניתן ההיתר, היינו בשנת 1939 או קודם לכן, לא היו הרבנים מוסמכים — בשל הוראות דבר המלך — לתת למנוח הנתין הבריטי, את היתר הנישואין הנ"ל. גודן בשנים אלה כסדרם, ראשון ראשון ואחרון אחרון.

(א) דבוי נשים היה דבר מותר בישראל, ואפילו בארצות המערב, עד שבא רבנו גרשום מאור הגולה, בתחילת המאה האחת עשרה, והתקין — או „החריס“ — שלא ישא אדם אשה על אשתו. נחלקו חכמינו הרבה בטעמו של חרם זה: אם נעשה לטובת שני בני הזוג או רק לטובת האשה 160, אם „משום קטטה תיקן“ 161 או מדאגה למוזנות הנאשה 162, או אולי — כסברת

159 סילבר—שקרה שם, בעמודים 462—463.

160 „שכיוון שחרם זה לתקנת האשה נעשה, היא אומרת אי אפשר בתקנת חכמים כגון זו שומעין לה וכו'“: תשובות הר"ן, סי' מ"ח.

161 כאר היטב, שרע אה"ע סי' א', סעי' י', סי' כ(ב) ויסודו בהגות מרכזי כתובות; כיאור הגר"א שם, סי' כ"ט.

162 „גבון לומר, שתקנת רבנו גרשום (כתוב שם בטעות: רבן גמליאל) שלא לישא שתי נשים... כי חששו ושקדו על בנות ישראל בהיותנו בגולה, אשר ירבה לו נשים ויחלו בנים הרבה לא יוכל להסתיקן“ (כלומר, לספק להם מזונות): שו"ת מהר"ם פוחאב, סי' י"ד, דפוס פיורדא, תקכ"ו (1766), דף מ"ד ע"ב.

אחד האחרונים, שדעתו לא היתה נוחה מחרם זה — מחמת הסכנה הצפויה לבעלי השתיים במדינות חנוצרות 163, אך, למעשה, לא היה החרם דרבנו גרשום אלא גושפנקא משפטית להסקפה מוסרית, אשר את ניצניה אנו מוצאים כבר בתקופת התלמוד. נאמר על כך בפסק דין אחד של בית המשפט העליון הישראלי:

„רצוני להוסיף רק, כי כבר בתקופת האמוראים — כ-700 שנה ויותר לפני החר"ג (החרם דרבנו גרשום) — התבלטה פה ושם נטיה רוחנית נגד רבוי הנשים. אם האמורא ר' אמי, שחי במאה הרביעית, אמר: „שאני אומר: כל הנשא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה“ (יבמות, דף ס"ה ע"א) — שים לב לפתיחה התקיפה: „שאני אומר!“ — הרי שהיו מהלכים לדעה זו, או שבקשו לתת לה מהלכים, כבר בתקופה הרחוקה ההיא ואפילו רבא בר פלוגתיה של ר' אמי באותה הלכה, החולק עליו ואומר: „נשא אדם כמה נשים על אשתו, והוא דאית ליה למיזינינהו“ (שם), אף הוא גילה את דעתו בעקיפין במקום אחר, ו„לקח במושלם“... כי אין זה מטבע הדברים בלב, שישא אדם יותר מאשה אחת, וכי יש צורך, מוסרי לפחות, לקבל על כך את הסכמת האשה הראשונה (ראו תשובתו של רבא לאביי, בקדושין דף ו' ע"א: „הכי קאמר לה: דאי בעינא למינסב אזריתי נסיבנא, תרגומו בעברית: כך אמר לה (בשעת קדושין): „שאם ארצה לשאת אחרת — אשא“). כל היודע לקרוא בין השיטין, ימצא קטעי דעיונות כאלה מפוזרים לרוב על פני ספרותנו העתיקה, ואין כאן מקום להאריך.

קיצורו של דבר: הביגמיה לא היתה מעולם מוסד מורשט, או קבוע ומקובל, בחיי האומה הישראלית — היא „נסבלה“ רק, אם ניתן להאמר כך — ומה שיסד רבנו גרשום מאור הגולה בתחילת המאה האחת עשרה, לא היה אלא גולת

163 „מחמת הסכנה ליהודים השוכנים בין הערלים כשגושאין שתי נשים, הוצרך רבנו גרשום מאור הגולה למור איסור זה שלא מן הדין“: שאלת יעקב, חלק שני, סי' ס"ו.

הכותרת לתפתחות איטית. עמומה ועמוקה שפעלה ותססה במרוצת הדורות¹⁶⁴.

החרם דרבנו גרשום לא היה חרם מוחלט שאין לו תקנה, אלא הגיח מקום להתרתו, כאשר יהא, במקרה הקונקרטי, "טעם מבורר" לכך. הסיבה היא, כי לפי ההשקפה הישראלית, נשיאת אשה וקיום הנישואין אינם "רשות" אלא "חובה", לשם קיום מצות פריה ורבייה, ומטעמים אחרים¹⁶⁵, ולכן שיוו לו, לחרם, או ביתר דיוק: ל"תבלין" שלו, ההיתר, צורה מאד גמישה, המגיחה מקום לכל מיני שיקולים.

זה לשון התקנה: חרם תקנת הקהילות, שלא ישא איש שתי נשים, ואין להתירה (את התקנה) רק — כלומר: אלא — במאה אנשים מן שלש קהילות ומן שלש ארצות, וגם אותם לא יסכימו אם לא יראו טעם מבורר להתיר, ושתהא כתובתה צורה ומונחת ביד גאמן במשכונות או במעות, עד כאן לשונה¹⁶⁶.

164 מפסק דינו של השופט זילברג, בענין יוסיפוף נגד היועץ המשפטי, צ"ע 112/50, ה' פסקי דין 481, בעמדים 503—504. השחה גם משנה יבמות, דף כ"ו ע"א, ורש"י שם ד"ה שהיו; שו"ע אה"ע, סי' י"ב, סעי' ד', ופתחי תשובה שם, סי' ק"ז, כשם ישועת יעקב: "באמת אף כשיש לו אשה הרי יכול לישא אחרת עליה מדינא, אלא שאין ורכן של בני אדם לעשות כן בזמן שיש לו אשה", עיין שם ודו"ק. דברים אלה מתייחסים לדין שמקורו הוא במשנה הנ"ל, משמע שכבר בימי המשנה היתה זו תופעה נודדה, ואין תימה בדבר, נוכח הסייגים המרובים שניתנו להיתר זה: שיוכל לתת שאר כסות ועונה בראוי לכל אחת ואחת, ומדור מיוחד לכל אחת מהן, אם היא דורשת את זאת (ראה דמב"ם הלכות אישות, פרק י"ד, הלכה ג'). ואין יסוד להניח, כי אלה הן הלכות מאוחרות.

165 משנה וגמרא יבמות, דף ס"א ע"ב; שו"ע אה"ע, סי' א', סעי' א' וסעי' ח', והרבה מקומות אחרים.

166 שו"ת מהר"ם פדואה, סי' י"ד, זה הוא המקום היחיד, בו היא "מצוטטת", התקנה, ככתבה וכלשונה; בשאר שלשת המקומות, בהם היא מובאת, הלשון הוא: "והחרם אשר שם רבנו גרשום... אין להתירו אלא במאה אנשים וכו'" (שו"ת מהר"ם ריטנבורג (דפוס פראג) סי' קנ"ג, הוצאת בודאפעסט, תרנ"ה (1895), דף נ"ד ע"א; כן גם בספר כל בה, סי' קי"ה, דפוס ויניציא, שכ"ז (1567), דף קל"ד ע"א), או: "חרם ותקנות קהילות ששם רבנו גרשום... אין להתיר רק במאה אנשים וכו'" (שו"ת כהר"ם מינץ, סי' קי"ב, דפוס שאלוניקי, תקס"ב (1802), דף ק"ט

טעם מבורר להתיר" נאמר כאן, בלשון מאד מודרנית, כלומר: מופשטת, שלא כדרך הגוססאות והאחרות, הקואליסטיות, בהן מוגדרות על פי רוב הלכות המשפט העברי, ומכיוון שהטעם צריך להיות "מבורר", הן מבחינת הדין והן מבחינת העובדות.¹⁶⁷ צריך שגם המספלים בהיתר יהיו "רבניים", או "לומדים", ראויים להוראה ומביני מדע,¹⁶⁸ ומכאן בא הענין השם של "היתר מאה רבנים".

בתקנת רבנו גרשום מדובר בפירוש על השלשת הכתובה, אך לא הוזכר בה כלל ענין השלשת הגט, ואמנם את דבר השלשת הגט במקרה דנשתטית, אנו מוצאים לראשונה אצל הב"ה, שחי בסוף המאה השש עשרה—תחילת המאה השבע עשרה (1561—1640), ויסודו הוא כנראה בתקנה של חכמי פרנקפורט.

גם חכמי ורנקפורט כתבו תשובה ארוכה על זה, ונמנו להתיר (בנשתטית), והסכימו עמהם כל חכמי אשכנז ורוסיה, והיינו דוקא לייחד לה כתובה וליתן גט ליד אחד להיות שליח להולכה, שיהיה בידו הגט והכתובה עד שתשתפה, ומכל מקום כל זמן שלא נשתפית, חייב לייחד לה בית בפני עצמו ושישמרוה ממנהג הפקר, וליתן לה מזונותיה, וחייב בתנאי כתובה כדברי הרמ"ה ז"ל¹⁶⁹.

ענין השלשת הגט עורך ספיקות ופקפוקים מרוכים בקרב הפוסקים

צ"ב, — כאילו החרם גופו לא הכיל את ההיתר, הוא דק דק החל על החרם; אך אין ספק בדבר, כי מתחילת ברייתו היה החרם נתון לאפשרות ההתרה הנ"ל.

167 גם הם לא יסכימו עד שיראו טעם מבורר להתיר, וגם באותו ענין שיהא מבורר (כל כו' שם).

168 לא במקרי דדקי או בעלי בתים שמבינים קצת חומש עם פירוש רש"י: שו"ת בית שלמה, חלק אה"ע, סי' צ"ה, "ולאן דוקא רבנים שנתקבלו לקהילות, אלא אף לומדים הראויים להוראה, וכל אב בית דין בעירו יראה לצדף עמו הראויים לצדף"; נודע ביהודה, מהדורא קמא, חלק אה"ע, סי' ג', "לא רבנים ממש יושבים על כסא רבנות בקהילות דהרי כתב בהג"ל שיהיה מג' קהילות, ואי אפשר מאה רבנים בג' קהילות; אמנם גם אי אפשר דאנשים בעלמא קאמר... דכיון דבעינן שיהיה להם טעם מבורר ויסכימו עם הדין, אם כן לאו קמלי קניא באגמא נינהו, ומה הוציא הב"ה, שיהיו "רבנים הראויים להוראה ומביני מדע להסכים עם המורה הראשון בענין ההוא"; שו"ת תת"ם סופר, אה"ע, חלק ראשון, סי' ד'.

169 ב"ה לשור אה"ע, סי' קי"ט.

המאזרחים, ביחוד לגבי מקרים בהם האשה היא שוטה גמורה, שאיננה יכולה, מן הדין, לקבל את גיטה במשך ימי מחלתה. חששו כאן לכלל הירדע: כל מילתא דאיהו לא מצי עביד השתא. שליח לא מצי משווי 170 — כל דבר שאין הוא (המשלח) יכול לעשותו עכשיו, אינו יכול לעשות שליח לעשותו — ומכיוון שעכשו, בעת מינוי השליח להולכה, האשה אינה בת גירושין, המינוי אינו תופס, והשליח לא יוכל למסור לה את הגט, אפילו לאחר שתשתפה (לאחר שתבריא ממחלת הרוח שלה). הרעיון נתעורר לראשונה ב"מעשה דקושטא", שהובא על ידי אחד מנושאי כליו של הרמב"ם, שחי בסוף המאה השבע עשרה—תחילה המאה השמונה עשרה, ואחריו החרו החזיקו כמה מן הפוסקים.

„ודע רמעשה היה בקושטא, בארוס אחד שרצה ללכת למדינת הים, ורצה לכתוב גט לאשתו על תנאי, ונודע לכית דין שהארוסה היתה שוטה באותן הימים, שאינה יודעת לשמור עצמה, ומשלחה וחרת קרינן בה י"ג, ושאל השואל היש פה כוחא דהיתרא שיצוה הבעל לסופר שיכתוב לה גט כשתשתפה, ולעדים שיחתמו ויתנו לה, ויהיו הם שלוחיו לכתוב הגט וליתנו לה לכשתשתפה... והסכימו גדולי הדור לאיסורא, מטעמא דכל מידי דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח, כמו שכתבו התוס' בפרק ב' דנזיר... 172.

רעיון זה הבה גלים בספרות הרבנית המאוחרת, ורבו המפקפקים אם אפשר להתיר לאשה להנשא על יסוד הגט המושלש שקבלה לאחר שנשתפית (לאחר שהבריא ונעשתה שפויה כדעתה), אך על אף כל הפקפוקים הללו, לא בלאם לבם לבטל מנהג ראשונים, ועדיין אוחזים בו, במנהג השלשת הגט לנשתתפת, תוך סייגים ונדרים מסוימים, עד היום הזה. הרי כמה דוגמאות לכך, מאמצע המאה השמונה עשרה עד תחילת המאה הנוכחית.

„וטעמנו ונמוקנו בזה, כי לא תקענו עצמנו כעת כדבר הלכה זו: להתיר לאשתו שתנשא לשוק על ידי גט זה שמוסר עתה

170 נזיר, דף י"ב ע"ב; עין שם, דף י"ב ע"א, תוס' ד"ה באשה.

171 ראה יבמות, דף ק"ג ע"ב.

172 משנה למלך על הרמב"ם, הלכות גירושין, פרק ו', הלכה ג.

הבעל ביד השליח בעת שטוטה, מטעם שכתב המג"י למשנה למלך, דכל מילתא דלא מצי עביד השתא — לא מצי לשווי שליח, וכדאיתא במס' נזיר דף י"ב.

ואף שבתשובה הארכתי בזה, מכל מקום, וכי מפני שאנו מדמים נעשה מעשה להתיר אשת איש במקום שיש ריעותא כזו, וגם לא רצינו לבטל מנהג ראשונים, שנהגו שלא להתיר חרם רבנו גרשום מאור הגולה עד שימסור הבעל גט ביד שליח להולכה, כי אולי רבנו גרשום מאור הגולה, בעת שיסד חרם זה ונתן רשות להתיר במקום מצוה, התנה כך שלא יתירו רק בהשלשת הגט, לכך נתפשט המנהג כן, ואם כן אי אפשר להתיר החרם כי אם באופן זה, ולכן הרכבנו זכות האשה בריינדיל אתרי רכשי, שימסור גט תיכף כזה על ידי שליח כמנהג ראשונים, וגם ישבע כנ"ל... 173.

„בענין מי שנשתתפת אשתו, שנהגין להשיג לו היתר ממאה רבנים מג' ארצות, ולהשתלש לה סך כתובתה, וליתן גיטה ביד שליח להולכה, שימסרנו לידה מיד לאחר שתשתפה, כבר נהגו קמאי דקמאי עד שקמו בדור שלפנינו חכמי ליסא יצ"ו וערערו על זה על פי מה שכתב המשנה למלך פרק ו' מגירושין שהסכימו בקוגשטינא לאסור בכהאי גוונא, מטעם כל מה דאיהו לא מצי עביד, שליח לא מצי משוי, כמבואר בנזיר י"ב...

היוצא מכל הנ"ל, דלפי עניות דעתי כל אפין שוין, דקיימא לן להלכה, דכל מה דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח מדינא... ואם כן נצכה כמו נד דברי חכמי ליסא בפקפוקם על מנהג קדמונינו מאז מעולם להשליש גט לנשתתפת להתגרש לכשתשתפה... ומכל מקום לקיים כל דברי חכמים, נראה לעניות דעתי, וכן עשינו מעשה, לכתוב הגט ולמוסרו ליד שליח כנהוג, ומכל מקום הכעל יקבל על עצמו בחומרי נדרים ושבועות... שאם תשתפה אשתו יקיים כל דברי חכמי

173 נדע ביהודה, מהדורא קמא, אה"ע, סי' ג.

בתי דין אשר יהיו בימים ההם וכו'... (וכאן באות כמה הנחיות. כיצד לנהוג לאחר שנשתפית)¹⁷⁴.

„אולם מכל מקום, להקל בלי השלשת הגט — קשה להרים ראש נגר גרולי קרני לב, דעת הבי"ח, העתיקו דבריו להלכה וחלקת מחוקק והבית שמואל... ואף דלנועשה אין להקל לגרש בגט זה, אבל מכל מקום לא לעשות מעשה להקל (זאת אומרת: להקל על הבעל ולחת לו היתר) בלא השלשת גט... על כל פנים, יהיה מאיזה טעם שיהיה, קשה לזוז מדבריהם, לזה אני הצעיר נמנה להתיר על ידי מאה רבנים, על ידי השלשת הכתובה ותוספת כתובה ונדוניא, ויחייב עצמו ליתן תנאי כתובה, וישליש גט כשר ביד שליח, מוכן לזה שיתן לה לכשתשפתה, והבית דין יזהירו להסליח שלעת מצוא לכשתשפתה, לא יעשה מעשה בלי רשות בית דין שיררו לו אז, איך להתנהג בגט זה“¹⁷⁵.

„ובאמת ענין השלשת הגט, רואין אנו שהוא ענין גדול באיסור חרם רבנו גדשום, אחרי שאנו מצריכים השלשת גט גבי נשתטית, הגט שיש פקפוק גדול, מפני שעתה (זאת אומרת: בשעת ההשלשה) אין ראיה להתגרש, וכמבואר בנודע ביהודה מהרודא קמא (סי' נ''), מכל מקום לא הקיל בלא השלשת הגט“¹⁷⁶.

אכן זה דבר ההשלשה, וזה פשרה, יש אומרים — והם המיעוט — כי לאחר שנשתפית יכול השליח להולכה למסור לה את הגט המושלש, והיא מתגדשת בזה כרת וכדין, ומותרת להנשא לזוק, ויש אומרים, וזו היא כנראה הרעה הרווחת, כי השלשת הגט אינה אלא תנאי למתן ההיתר — מוצעים לכך טעמים מטעמים שונים, שאין כאן המקום לעמוד עליהם —

174 שו"ת חתם סופר, אה"ע, חלק א', סי' י"א.
175 שו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא תנינא, סי' ע"ג.
176 שו"ת באר משה, חלק אה"ע, סי' ה'.

אך לאתר שנשתפית אין היא יכולה להתגרש בגט זה¹⁷⁷, אלא הבעל חייב אז: או לכתוב לה גט חדש, או למנות מחדש את השליח הקודם (או שליח אחר), אך אלו ואלו מודים, כי עצם השלשת הגט אינה משפיעה ולא כלום על קשר הנישואין שבנינו לבינה, לא לגביה ולא לגביו, והם ממשיכים להיות בעל ואשתו, כפי שהיו קודם לכן, לא זו בלבד שהיא אסורה להנשא לשוק, אלא שכל עוד שהיא בשטותה, ואינה יכולה לקבל את הגט, הוא חייב בכל חיובי הכתובה (תוך מחובת עונה, כמובן), וביחוד הוא חייב במזונותיה.

„וראיתי לעורר, שהבית דין יגידו להבעל, שכל זמן שלא תוכל לקבל הגט הוא עדיין חייב במזונותיה, ואם לא יעלו פירות הכתובה להסתפקותה (לסיפוק צרכיה) הוא חייב להשלים... ויען ראיתי בזמנינו אלה, כאשר תקראנה כאלה, אין המתירים נוהרים בזה, אמרתי לעורר על זה, אם כי הוא פשוט“¹⁷⁸.

ולא עוד, אלא שאם היא מתה בחייו, לפני שנתגרשה ממנו בגט כשר שהגיע לידה, הוא יורש אותה, ממש כמו כל בעל אחר, רמז לכך אפשר למצוא כתובה אחת הדנה בענין דנשתטית, ובה נאמר כי במקרה זה:

„הודיעני הגאון נרו יאיר — הכותה להגאון הידוע, בעל הבית מאיר“ — שעשה פשר שלא יירשנה בעלה“¹⁷⁹.

אפשר היה, אולי, לשלול כאן מן הבעל את זכות הירשה, מפני שהוא „נתן עיניו לגרשה“, אך הרעה, כי „מי שמתה אשתו מתוך קטטה שיש בדעתו לגרשה, שוב אינו יורשה“, היא דעת יחיד¹⁸⁰, וחולקים עליה כמעט כל הפוסקים הראשונים והאחרונים¹⁸¹.

177 חוק, אולי, מבשעת הרוחק, כשאין ברירה אחרת, למשל אם „הבעל הרחיק נדוד“ (ראה חתם סופר שם).

178 שו"ת ברכת רצה, סי' ק"ט, ראה גם: דברי הבי"ח שהובאו לעיל; הבהת הרמ"א, אה"ע, סי' ק"ט, סעי' ה', וחלקת מחוקק שם, סי' ה', ודו"ק.

179 שו"ת תפארת צבי, סי' מ"ב; השו"ע גם שו"ת בית שלמה, אה"ע, סי' צ"ה.

180 הרסכים בסוגיא „תותרנית“, בבא בתרא, דף קמ"ו ע"ב, ד"ה נפלה.

181 ראה פסק דינו של השופט זילברג, בענין סויה דגאל נגד סלמון חיים, ע"א 131/54, ט' ססקי דין 984, בעמודים 992—993, המקורות שהובאו שם.

המודם מכל האמור, כי השלשת הגט לנשגטית אינה משנה אף במשהו את עצם מעמד הנישואין של בני הזוג, ולכן סבור אני, כי השופט המלומד, בענין סילבר הנ"ל, נתפס — עם כל הכבוד — לכלל טעות. באמרו כי לאחר השלשת הגט רואים את הבעל "כמי שגירש את אשתו כדין, או כי השלשת הגט באה במקום מסירת הגט, ומהווה "אקט של גירושין". ואם השלשת הגט אינה מפקיעה את הנישואין הראשונים, ההיתר של מאה רבנים ודאי וודאי שאיננו מפקיע אותם. ההיתר — פשוטו כמשמעו — מתיר את החרם דרבנו גרשום, ומרשה לו, לבעל, לישא אשה על אשתו, כלומר: להתקשר בקשרי נישואין עם אשה אחרת, אף על פי שלא התגרש עדין מאשתו הראשונה. ברם, מכיוון שהחרם דרבנו גרשום אינו מוגבל אך ורק ל"תחילת הנישואין" — זאת אומרת: לעצם האקט של הנישואין השניים — אלא כולל בקרבו גם את האיסור להיות נשוי לשתי נשים, לכן חייב בעל הנשתטת, מיד לאחר שנשתפית ויבולה לקבל את גיטתו, להתגרש ממנה כדת וכדין.

א

"ואחר שתתפא חייב לגרשה מיד, כדי שלא יהיה לו שתי נשים"¹⁸².

ובעצם, כל ענין השלשת הגט לפני מתן ההיתר, בין אם יש בה ממש (לגבי המסירה העתידה), בין אם אין בה, באה: אם כדי להסדיר, ואם כדי להזכיר, את חובת הגירושין הנ"ל.¹⁸³

(ב) ועכשו, לאחר שנתבררה לנו מהותו של ההיתר, הבה גראה, אם לבית הדין הרבני היתה, בענין סילבר הנ"ל, סמכות חוקית לתת את ההיתר הנוא. במקרה זה "הובלע" ההיתר של מאה רבנים בתוך פסק דין הסופי שניתן על ידי הרבנות הראשית, תל אביב, ומתוך פשוטם של דברים, הן בפסק דינו של בית המשפט המחוזי והן בפסק דינו של בית המשפט העליון, עולה, כי לדעת השופטים המלומדים, היה בית הדין הרבני מוסמך לא רק

כדת וכדין, אלא גם "כחוק" — זאת אומרת: מבחינה חוקית-חילונית — לתת למנזח סילבר את היתר הנישואין הנ"ל, ולא היא. — כפי שנראה מיד. מקבל ההיתר במקרה דנן היה נתין בריטי. לא ידוע לנו, מה היתה נתינותה של אשתו הראשונה, אבל אין להניח, כי היא היתה דוקא ארצישראלית.¹⁸⁴ אלמלי כן, היו מציינים את הדבר. הם היו, אפוא, שניהם נתינים זרים. מכיוון שההיתר, כפי שראינו, אינו מפקיע את הנישואין הראשונים, הרי פסק דינה של הרבנות הראשית, תל אביב, לא היה פסק הפקעת נישואין. במובן הוראת הסיפא של סימן 65, — ההוראה השוללת מבית הדין העדתי את הכוח לתת פסק כזה לנתינים זרים, ולכן לא היתה, מבחינה זו, כל מניעה למתן ההיתר הנ"ל. אך היתה כאן מניעה אחרת, ואף היא בשל היותם נתינים זרים. כבר הורה בית המשפט העליון הישראלי, כי מתן ההיתר לנישואין שניים הוא "ענין של נישואין" במובן הוראות דבר המלך, וכך בואר הדבר בפסקה הרביעית של אותו פסק דין:

"...כתן ההיתר איננו הוראת-הוראה דתית גרידא, והבקשה המופנית אל הרבנים אינה ענין של "למדנו רבנו" בלבד, זו היא החלטת שיפוטית, "פר אכסלנס", בדברים העומדים ברדמו של עולם יחסי בני הזוג, היא קובעת, לשבט או לחסד, את גורל רוב עניני האישות שלהם. היא רק אינה כורתת את עצם קשר הנישואין, ואינה מתירה את האשה לשוק... גלוי וידוע לכל בר בי רב, כי בבוא בית-הדין הרבני להיתר את החרם דרבנו גרשום (או את "השבועה" ליהודי ספרד), נהג היא לברר את כל צדי צדדיו של הסכסוך או האסון המשפחתי, ונותן הוראות מתאימות בנוגע לכתובה ולשאר תביעות הממון של האשה. כבר בנוסחו המקורי של דין "ההיתר של מאה רבנים" ... נאמר, כי הרבנים לא יסכימו "עד שיראו

184 מתוך אמרות כסדיימות שנאמרו על ידי השופטים היקוממונד ופרופק בענין בוגאר נגד בוגאר, ע"א 274/45, 46 אל"ר 324 (עין שם בעמוד 326 לפסה, עמוד 328 קטע שלישי, רמז 329 הקטע שלפני האחרון), יוצא, כי אם אפילו רק אחד הצדדים הוא נתין זר, והשני ארצישראלי, אין סמכות לרבנים, אלא אם כן שני הצדדים הסכימו לשיפוטם. אם זו היא הדעה הנכונה, לא יתה, לגבי השאלה הנדונה כאן, כל נפקא מינה בדבר, בין אם האשה הראשונה היתה נתינה זרה, בין אם היתה אזרחית ארצישראלית. ועוד נדון בשאלה זו להלן.

182 בית שמואל, אה"ע, ס"א, סוף ס"ק כ"ג. כן גם: נדע ביהודה, מהנורא תניא, אה"ע, ס"ב, צ"ו, שו"ת באר משה, אה"ע, ס"ה, ה"ו, נדו זה: שו"ת ר' יוסף קארו, ס"ה י"ד.

183 השה נודע ביהודה ובאר משה שם.

טעם מבורר להתיר, "ושתהא כתובתה צרודה ומונתה ביד נאמן במשכונות או במעות". ובספרות הרבנית המאוחרת עוד נוספו עליהם גדרים וסייגים כהנה וכהנה, כאן בארץ, למשל, אין נותנים היתר נישואין לבעל בהעדר האשה, אלא אם כן קיבל על עצמו, בכתב חתום על ידו, שאם תבא האשה ותתבע אותו לדיון, עליו יהא לצייט לשיפוט הרבנות הראשית, ולפסק דין שיוציאו בנוגע לכתובה וכדומה... וכאשר יסוד ההיתר הוא כי האשה נשתתית, או שהיא השוכת מרפא ממחלה רצינית אחרת, יש והרבנים קובעים לה מוזנות, לתקופה מסוימת, או אף לעולם. ברור, איפוא, כי הדיון במתן ההיתר אינו מצטמצם בגבולות התרת החרם או השבועה בלבד, אלא מקיף משתרע ואוצל גם על שאר יחסי הנישואין של הנוג, ובתוכם — על היובי המיון שביניהם, ולכן אין ספק בדבר, כי ההחלטה הניתנת בריון היא החלטה שיפוטית בעניני נישואין, כפי שהוגדרו בדבר המלך במועצה. אסמכתא נוספת לכך, בחינת "יהודה ועוד לקרא", מצויה גם בסעיף 181 (ד) גופו, המכנה את החלטת הרבנים בשם "פסק דין"¹⁸⁵.

הדיון במתן ההיתר הוא, איפוא, ענין של נישואין, וממילא: ענין של המעמד האישי במובן סימן 51, ו"צדדים" לדיון זה הם, ללא שמץ של ספק, מבקש ההיתר ואשתו הראשונה, ומכיוון שבעניני המעמד האישי של נתינים זרים — בשל הוראות הסימנים 64 (1), 65 (סיפא), של דבר המלך — אין בית הדין הרבני מוסמך לדון בענין, אלא אם כן כל הצדדים הסכימו לשיפוטו, הרי גם במקרה של בקשת היתר לבעל הנשתתית — אם אמנם חולת רוח היא, ולא "נשתתית" מסוג אחר¹⁸⁶ — הם לא יוכלו לדון בבקשה זו, אלא אם כן נתמנה אפטרופוס לאשה על ידי בית המשפט המוסמך, והוא הסכים לשיפוט הרבנים, ודבר זה לא נעשה כמקרה שלפנינו, כי האשה — כפי שמעיד פסק דינו של בית המשפט המחוזי — לא היתה מיוצגת בדיונים שהתנהלו בפני הרבנות הראשית, ולכן לא היו הרבנים מוסמכים לתת לבעלה את ההיתר הנ"ל.

185 גבאי נגד בית הדין של הרבנות הראשית ברחובות, בג"ץ 12/53, 7 ססקי דין 478, בעמודים 480—481.
186 ראה הערה 97 לעיל.

שונה היה המצב, והרבנים היו מוסמכים לתת את ההיתר לנתין הבריטי הזה, אילו התקיים הדיון לאור שתוקן, בשנת 1947, הסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, — בתניחנו, כי באותו ענין נתמלא התנאי האחד לסמכות הרבנים, והוא: כי "חוק הנישואין אשר חל על הבעל בתאריך נישואין הראשונים היה החוק היהודי". כי מכוח ההוראה החדשה אשר בס"ק (ד) שבו, הורחבה סמכותו של בית הדין הרבני בעניני נישואין, ובהתקיים התנאי הנ"ל "מוסמכים הרבנים לתת היתר נישואין אפילו למי שהוא נתין זר... בין אם הסכימה האשה לשיפוט בין אם לא הסכימה", כפי שקבע בית המשפט העליון בפסק הדין הנ"ל¹⁸⁷. אמנם הוראת ס"ק (ד) תובעת גם, כי פסק-ההיתר יאושר, לפני עריכת הנישואין החדשים, על ידי שני הרבנים הראשיים לארץ ישראל, אבל זה הוא — סבור אני — רק תנאי לכך, כי ההיתר ישמש הגנה בפני האישוס בביגמיה, ואיננו תנאי לעצם תקפו, "האזרחי", של הפסק המתיר את הנישואין. ראייה לכך מוצא אני במלים: "פסק דין סופי של בית דין רבני של העדה היהודית, המאושר וכו' והמתיר את הנישואין החדשים". משמע שהפסק המתיר את הנישואין הוא פסק דינו, "הסופי", של בית הדין שנתן אותו, ולא פסק דינם של שני הרבנים הראשיים. אך, יהא אשר יהא על שאלה ספציפית זו, הרי במקרה דנן נתנה הרבנות הראשית, תל אביב, את פסק הדין בשנת 1939 (או קודם לכן), ואותה סעה הם, על כל פנים, לא היו מוסמכים, מבחינה חוקית-חילונית, לתת היתר נישואין ליהודי בריטי, כל עוד האשה (באמצעות אפטרופוסה) לא הסכימה לשיפוטם כנ"ל.

ואולם פגם "סמכות-חילונית" זה לא פגע, כמובן, בתקפו החוקי-דתי של ההיתר, והוא הכשיר את הנישואין השניים. יתר על כן: אף אילו לא קיבל הבעל את ההיתר ההוא, והיה מקדש את אשתו השניה בניגוד לחרם דרבנו גרשום, היו הקידושין תופסים¹⁸⁸ והיא היתה נעשית על ידי כך לאשתו החוקית, וממילא: זכאית ליטול חלק בעזבונו בעלה.

187 פסק דין גבאי ט"ב, בעמוד 483. עיין דווקא גם בדברים שאמרו באותו עמוד מול אותיות השוליים ד-ה.

188 שריה כהרדיק, שורש סידו יוצא גם מדברי הרמ"א, אה"ע, סי' א', סעי' י', ומקומות רבים אחרים זולתם, על יסוד הלכה זו ניתן גם פסק הדין בענין הידעץ המשפטי נגד מלניק, ע"פ 85/38, 5 לבגון 125.

בשאלה זו, כי אין צורך בכך לאור המסקנה שאגיע אליה להלך¹⁶⁹.

אוסף כאן רק, כי הפירוש המלולי של סימן 65 עשוי להצביע על כך, כי במקרה הנידון לא יהא צורך בהסכמת הצד הארצישראלי, שכן נאמר שם:

„שום דבר האמור בסימן הקודם (סימן 64) לא יתפרש כאילו בא למנוע נתינים זרים מלהסכים כי ענינים אלה יידונו על ידי בתי הדין של העדות הדתיות וכר“.

מאידך גיסא, מכיוון שהוראת סימן 64 חלה, כידוע לנו, גם על זוגות „מעורבים“ כאלה¹⁷⁰, הרי סמיכות הפרשיות עשויה לכלול גם את אלה במסגרת סימן 65. המתנה את סמכות בית הדין העדתי בהסכמה לשיפוטו.

סיכומו של דבר וסיומו: בענין סילבר, ההכרה ביכות הירושה של האשה היתה מוצדקת מטעם אחד בלבד, והוא: כי הנישואין השניים נידונים על פי חוק הרומיסיל של הזוג, שהם דיני ישראל, ובדיני ישראל הנישואין הם בעלי תוקף חוקי. בעת עריכת הנישואין השניים, הבעל עדין נשוי היה לאשתו הראשונה, אך עובדא זו לא שללה את תקפם של הנישואין השניים.

11. ההסכמה לשיפוט במקרה של זוג „מעורב“. הכוונה היא כאן לשני בעלי דין, בני עדה דתית אחת, האחד מהם נתין זר והשני ארצישראלי, וקיים סכסוך ביניהם בענין מעניני המעמד האישי, אשר לגבי ארצישראליים הוא נתון לסמכותו הייחודית של בית הדין העדתי. היכול הגתין הזר להביא את הענין לדיון בפני בית הדין העדתי שלהם ללא הסכמת שיפוט מצד ידיבו הארצישראלי, או שגם כאן יש צורך בהסכמת שני הצדדים? על כך אמר בית המשפט העליון:

„אפשר למצוא בה (בשאלה זו) פנים לכאן ולכאן. מצד אחד יש רגלים לטענה, כי מקום סמכות הרבנים לגבי נתין זר נובעת מתוך הסכמה לשיפוט על פי סימן 65 לרבר המלך במועצה, צריך שגם הצד השני, שאינו נתין זר, יסכים לשיפוטם, אף אם הנדון הוא „ענין של נישואין“ אשר לגבי בעלי דין שהם שניהם נתינים ארצישראליים (וחברי העדה) אין כלל צורך בהסכמת הצדדים. לא ידוע לי כרגע פסק דין ישיר בנקודה זו, אך אסמכתא לכך אפשר למצוא, לכשנדייק היטב, באמרות שנאמרו על ידי השופטים דה-קומרמונד ופרומקין בע"א 274/45, 46 אל"ד 324 (עיי' שם בעמוד 326, סוף הקטע שלפני האחרון; בעמוד 328, תהילת הקטע השלישי; ובעמוד 329, הקטע השביעי, ודו"ק). מאידך גיסא יש מקום לשאול ולהקשות: מאחר שהנתין הזר, הבעל-התובע, הסכים במובן לשיפוט הרבנים, והוא על ידי כך נעשה, כביכול, נתין ארצישראלי לצורך משפט זה, מדוע יהא שונה מצבה של האשה-הנתבעת ממה שהיה, אילו בעלה מלכתחילה היה נתין ארצישראלי? על כל פנים אין בדעתי להכריע כאן

169 פסק דין גבאי שם, בעמוד 481.

170 ראה סעיף 3 לעיל, ופסק דינו של בית המשפט העליון הישראלי שצוטט שם.

החוק המטריאלי בעניני המעמד האישי, לפי דבר המלך

(א) אזרחי הארץ ונתנינים זרים בפני בית הדין הרתי

1. השאלה, מה הוא החוק, על פיו נידונים עניני המעמד האישי בפני בית הדין הרתי, אינה מעוררת בעיות מיוחדות. פרט לעניני ירושה, שמצאו להם הסדר מיוחד, דן בית הדין הרתי בענינים הללו, בין אם נוגעים הם לאזרחי הארץ בין אם נוגעים הם לנתנינים זרים, על פי החוק הרתי שלו, אין שום ערכאה שיפוטית — תוך מבית הדין הגבוה יותר במערכת השיפוטית הרתית גופה — יכולה להתערב בפסיקת בית הדין, כל עוד לא חרג מגבולות סמכותו¹. יתכן, אמנם, כי עצם השימוש בחוק המטריאלי שלא כדיון, יהווה חריגה מסמכות, כפי שנאמר בפסק דין אחד של בית המשפט העליון:

„התשובה, איפוא, לכאלה שנסאלה לעיל — כשפסק הדין יידאה על פניו, שהשופטים לא שמו לב לזק המדינה — היא, כשיובא פסק הדין למשרדי ההוצאה לפועל, אפשר יהיה למנוע את הוצאתו לפועל כטענה שבית הדין הרתי פסק שלא בהתאם לסיכוח שניתנה לר“.

אך במה דברים אמורים? כאשר החוק שכית הדין הרתי „עבר“ עליו הוא, כפי שנאמר שם, „חוק המדינה“, זאת אומרת: חוק חילוני — והייתי מוסיף: חוק חילוני, שהופנה בפירוש (גם) אל בית הדין הרתי, כגון חוק שיווי זכויות האישה, תשי”א—1951, הגדון שם, או הוראת סעיף 21 של פקודת

- 1 השווה, למשל, את הסיג לסעיף 8 (2) של פקודת הירושה, וסעיף 21 שבד.
- 2 ראה פסק דינו של השופט אסף, גליקסברג נגד יו”ר ההוצל”ם, בג”ץ 8/48, א’ פסקים 210, בעמוד 223 למטה.
- 3 על הפגיעה בעיקרי הצדק הסבעי, ראה להלן.
- 4 מפסק דינו של השופט גויטיין, ברייה נגד שייך מוסה סברי, בג”ץ 187/54, ס’ פסקי דין 1193, כעמוד 1199, והשופט ברנזון הצטרף לדעה זו (שם, שם).

הירושה — אבל לא כאשר הפגיעה, לפי הטענה, היא בחוק הדתי של העדה, ושני סעמים לכך:

(א) דבר המלך, בסעיף 47 שבו, חייב את בתי המשפט האזרחיים, לדון את עניני המעמד האישי של „אנשים בארץ ישראל“ על פי התוק האישי שלהם, ולא הטיל „חובה“ כזאת על בתי הדין הדתיים. הוא העניק להם (בתנאים מסויימים) סמכות לדון, אבל לא הכתיב להם כיצד לדון.

(ב) וזה הוא העיקר: גם אם נאמר, „כי המונח „שיפוט“ האמור כדבר המלך אצל בתי הדין הרתיים-עדתיים פירושו — שיפוט „לפי המשפטים הדתיים הנוהגים באותם בתי הדין“, הרי הדעת נותנת, כי בהתעורר השאלה, מה הוא החוק הרתי באותו ענין, תוכרע השאלה החלטית בבית הדין הרתי, ולא תמסר לכדיקתו או ל„פיקוח“ של בית המשפט החילוני, שאם לא תאמר כן, נמצא אתה מדכיב את בית המשפט האזרחי, כדדגת עדעור, מעל לבית הדין הרתי — וכן לא ייעשה במקומנו, כפי שנאמר פעמים רבות על ידי בתי המשפט².

נראה לי, איפוא, כי לא רק בשאר עניני המעמד האישי, בהם אין בכלל כל הוראה טובטטאנטיבית לגבי בית הדין הרתי, אלא אפילו בעניני ירושה, בהם נאמר — לכאורה: בלשון ציווי — בסעיף 8 (2) של פקודת הירושה:

„בנתון להוראות סעיף 21, עזבנותם של אנשים כאלה (תברי עדה דתית) ינהלו ויחולקו — זאת אומרת: על ידי בתי הדין הדתיים הנזכרים בס”ק (1) — בהתאם לחוק העדה“.

- 5 מתוך מאמרו החשוב של א. ל. גלובוס, שו”ת כריני אישות המעמד האישי, הפרקליט, ספטמבר 1954, בעמוד 229.
- 6 פסק דין ברייה נגד סברי שם, בעמוד 1198; אולמן נגד אולמן, ע”א 47/42, 42 אפלבום 231, בעמוד 234, ודברים אחרים נולחם.
- 7 „לכאורה“ — כי איני בסוח בכך. תמוה הרבה כי ענין הירושה, שמצא בתוק את ההסדר „החילוני“ ביותר, אותו ווקא איזה המחוקק למושב לו בשביל ההוראה הסוכטטאנטיבית היא, לכן נוטה אני לחשוב, כי כל איחוד חוק העדה שם, לא בא אלא כדי „להכשיר את הקרקע“ לסייג שנאמד שם מיד לאחר מכן, והוא: כי בהתבקשו לכך על ידי אחד המעתינים בעובקו, על בית הדין לחלקו בהתאם להוראות החוק העותומני, ודו”ק.

גם כאן לא יוכלו לתקוף, בבית משפט אזרחי, את פסק דינו של בית הדין הרתי בטענה, כי הוא אינו מתאים בתוכנו לחוק העדה. כל מה שבית הדין הרתי פוסק על פי החוק הרתי שלו, הוא חוק העדה. הנקל לתאר, לאיזה סיבוכים וסתירות נגיע, אם, למשל, בית המשפט הגבוה לצדק יראה "חריגה מסמכות" בכך, שבית הדין הרבני הכריע, כענין מסויים, כדעת התשביץ. כניגוד לדעתו של הריב"ש⁸ תהינה שתי סדרות של הלכות דתיות טהורות, — האחת של בית הדין הרתי, והשניה של בית המשפט האזרחי.⁹

אמרנו לעיל, כי "חריגה מסמכות" תמצא רק, כאשר הפגיעה היא בהודאת "חוק חילוני שהופנה בפירוש (גם) אל בית הדין הרתי" — דוגמת החוק והסעיף שהזכרנו שם. יען כי אם הפגיעה היא בחוק חילוני סתם או בכלל משפט מקובל, "מסגרה" של בית הדין הרתי איננו חריגה מסמכות, אלא לכל היותר, "טעות בדבר הלכה" — ממש כמו טעותו המשפטית של כל בית משפט אחר — וטעות מעין זו איננה יכולה לבוא על תיקונה, אלא בדרך הערעור בפני בית המשפט, או בית הדין, הגבוה יותר תוך אותה מערכת שיפוטית גופה. אסמכתא לכך מצויה בפסק דין אחד מפורסם, שניתן על ידי בית המשפט העליון¹⁰, מעטה היה שם בוג יהודי, שנישאו זה לזו בטכס נישואין יהודי דתי בעיר וויסבדן של גרמניה, — צורת נישואין, שלא היתה בעלת תוקף תוקי לפי חוק מקום צריכתם. בבואם לארץ ישראל, פנו בני הזוג לבית הדין הרבני, והוא, לאחר בדרו את העובדות, נתן להם תעודה המעידה, כי הם נישאו זה לזו בטכס שנערך

ביניהם בוויסבדן בג'ל. הבעל מת, האשה תבעה את חלקה בעזבונו, ונתעוררה שאלת כשרות הנישואין, שהגיעה עד לבית המשפט העליון. בית המשפט קבע, ראשית כל, כי פירושה הנכון של התעודה היא אינו רק, שבני הזוג עדכו טכס נישואין כדת משה וישראל, אלא כי הם, נישאו זו לזו בהתאם לחוק העדה, וכי על פי דין הם בעל ואשתו. ולאחר קבעו זאת, ממשיך בית המשפט ואומר כי:

אמסיבות הענין יהא זה דבר בלתי נכון לבית משפט זה, לבדוק את נכונות ההחלטה, או לבחון אם בתי דין דתיים, בדונם בשאלות נישואין שנערכו בחוץ לארץ, חייבים לכלול בחוקיהם איזה שהם עקרונות של המשפט הבין לאומי הפרטי. ההחלטה היתה פסק בנוגע למעמדם של צדדים אלה, שניתן על ידי בית משפט (בית דין) מוסמך, הוא זכאי להכרה מצד בתי המשפט האזרחיים בארץ ישראל¹¹.

ההחלטה הכלולה בתעודה הג'ל היתה, כנראה בעליל, בניגוד לכללי המשפט הבין לאומי הפרטי המקובלים באנגליה, שבוחר המחייב הוכנס לארץ הזאת דרך "צינור היבוא" של סימן 46. כי בין הכללים הללו מצוי גם העקרון הידוע: locus regit actum במה שנוגע לכשרות הנישואין מבחינת הצורה¹², חוק המקום, הוא החוק הגרמני, לא הכיר בחוקיותה של צורת הנישואין היא, ואף על פי כן, לא שלל בית המשפט העליון את ההכרה בהחלטת בית הדין הרבני הג'ל. רק כית המשפט לערעורים של העדה היהודית גופה, יכול היה — כפי שנאמר שם למעלה מן הענין — לבטל את ההחלטה היא, מכאן, כי אי-ההתחשבות בחוק החילוני — פרט לחוקים הספציפיים הנ"ל — אינה פוסלת את פסק דינו של בית הדין הרתי, אם מפני שהודאותיו ועקרונותיו אינם מתייבים בכלל את בית הדין הרתי, ואם מפני שזו היא "טעות בדבר הלכה", שאין כל אפשרות לתקן אותה במסגרת המערכת השיפוטית האזרחית. תהא אשר תהא, בנקודה זו,

8 דיני ישראל — לפי השקפה אחת, רוחת למדי — אין בכלל הבדל רב בין הדין והפסק, כאשר הוא ניתן על ידי האינסטנציה הגבוהה ביותר (בית הדין הגדול). לא חסור מן הדין אשר יגידו לך ימין ושמאל — אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם" (ספרי דברים, לפי הגירסא המובאת בהרמב"ן על התורה, דברים י"ג, י"א; השוה דלכ"ם הלכות מפרים, סוף א', הלכות א', ב'). לא כן הירושלמי, מסכת הוריות, סוף א', הלכה א'.
9 אמנם גם עכשו, אחרי בכלות הכל, קיים פיצול מסויים, ולא הרי דיני ישראל הנידונים כבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הרתי (פסק דינו של השופט זילברג, בענין כהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין בעמוד 19), אך דבר זה גובע מן, שבתי המשפט האזרחיים "מחילים" את ההלכה הרתית בעקרונות חילוניים.
10 נושא חן נגד נושא חן, ע"א 158/37, 2 לבנון 201, ראה גם הדברים שנאמרו להלן, פרק זה, חלק (ב) סוף סעיף 3.

11 שם, בעמוד 203.
12 Scrimshire v. Scrimshire (1752), 161 E.R. 782; 12 Brook v. Brook (1861), 11 E.R. 703, at p. 715; Berthiaume v. Dastous (1930), A.C. 79.

הקונסטרוקציה המשפטית הנכונה — היא שאלה אקדמית גרידא¹³ — הרי אי-ההתחשבות ההיא על כל פנים, אינה מהווה חריגה מסמכות, ולכן אין בית משפט האזרחי מתערב ברב.

2. פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. הפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי, עשויה לשלול את ההכרה בפסק דינו של בית הדין הדתי. בפסק דין אחד שנגע לענין של החזקת ילד, אמר בית המשפט העליון:

„מלבד שיקולים אלה, סבור אני, בדרך כלל, כי צו הניתן על ידי בית דין דתי אפשר לראותו כנוגד את הצדק הטבעי, אם הוא קובע את שינוי מקום החזקתו של הילד בעתיד, בלי להתחשב עם מצב הדברים שיהא קיים אותה שעה, ואין לי כל אהדה לצו הקובע, כי אם צעירה אשר לה נמסרה החזקת הילד שלה, תפסיד אותה רק מפני שהיא נישאת מחדש“¹⁴.

ומטעם זה סרב בית המשפט לצוות על יושב ראש ההוצאה לפועל לבצע את פסק הדין של בית הדין הדתי, המצוה, כי במקרה נישואיה מחדש של האם שנתגרשה, יועבר הילד מרשותה היא לרשותו של האב, ובענין אחר, שנגע אף הוא להוצאה לפועל של פסק דין שניתן על ידי בית דין דתי, אמר בית המשפט העליון:

„חוזרים אנו על מה שכבר אמרנו ביותר מהודמנות אחת: כי אין אנו בית משפט לערעורים על בתי הדין הדתיים של הארץ הזאת. יושבים אנו כאן בסמכותנו כבית משפט גבוה לצדק, ופסק דיננו יוגבל תוך התחומים שהותוו לו על פי אותו חוק (הכוונה לדבר המלך), באשר להחלטות של בתי הדין הדתיים, הרי בית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה, לא יתערב בשל כך בלבד, שלפי דעתנו, אולי, ההחלטה אינה נכונה, אגבנו התערב נתערב, אם בתי הדין הדתיים נטלו

13 כי בית הדין הדתי גופו, ודאי יראה כ„מחייבים“ רק את דיניו הוא. „כי כך דרכו של בית דין דתי יהודי: לזון על פי דיני ישראל“ (פסק דינו של השופט זילברג, לבנון נגד אלמליח, פ”א 27/49, ג’ פסקי דין 68, בעמוד 80).

14 זאודה נגד יריר ההוצל”ם, בג”ץ 24/41, 41 אפלבום 161, בעמוד 163.

לעצמם סמכות שלא הוענקה להם; אגבנו נתערב, אם הם מסרבים לבצע סמכות שהם, לפי תחוק, חייבים לבצעה, ולבסוף — אגבנו נתערב, אם מתוך הפרוטוקול או מתוך העדות שהוגשה לפנינו עולה ברורות, כי התעלמו שם מן הצורות המוכרות של דיון משפטי במידה העשויה להביא לידי עיוות דין של ממש“¹⁵.

ומכיוון שאותה התעלמות מן הצורות המוכרות וכו’ לא הוכחה במקרה הנידון — זאת אומרת: לא הוכחה פגיעה ממשית בעיקרי הצדק הטבעי — סרב בית המשפט לצוות על יושב ראש ההוצאה לפועל, שלא להוציא לפועל את פסק הדין ההוא. ובפסק דין אחר של בית המשפט העליון, אשר ניתן עוד לפני שני פסקי הדין שצוטטו לעיל, — אף הוא לגבי הוצאה לפועל של פסק דין (פסק מוונות) שניתן על ידי בית דין דתי, פותח בית המשפט את פסק דינו בהקדמה פרוגרמאטית זו:

„דבר המלך על ארץ ישראל העניק סמכויות מסוימות לבתי דין דתיים מסויימים, ובתוקף אותו דבר המלך, מבוצעת ההוצאה לפועל של פסקי בתי הדין הללו על ידי התליכים והמשרדים של בתי המשפט האזרחיים. בהליכי הוצאה לפועל כאלה, נהגו בתי המשפט האזרחיים בעבר לבדוק, אם הענין היה לכאורה, תוך סמכותו של בית הדין הדתי, אם אותו בית דין היה מורכב כהלכה, ובמקרה אחד הושמעה התנגדות לפסק דין שנמצא נוגד את הצדק הטבעי. לדעתי, צודקים בתי המשפט האזרחיים, בבררם עניינם אלה לפני הוציאם לפועל את פסקי הדין של בתי הדין הדתיים“¹⁶.

„בהליכי הוצאה לפועל כאלה“ — נאמר שם, ואגבם בכל שלשת המקרים הללו, ושנים אחרים דוגמתם¹⁷, נתבקשה „התערבות“ של בית

15 כרמל נגד יריר ההוצל”ם, בג”ץ 49/46, 46 אל”ר 527, בעמודים 528—529.

16 קסיס נגד יריר ההוצל”ם, בג”ץ 28/38, 38 (1) אפלבום 373, בעמודים 374—375.

17 אבו כליל נגד יריר ההוצל”ם, בג”ץ 103/42, 42 אפלבום 582, בעמודים 586—587;

אקאוי נגד יריר ההוצל”ם, בג”ץ 48/46, 46 אל”ר 543, בעמודים 544—545.

בניגוד לצדק הטבעי, מפני שהדיונים הם „אכס פרטה“
ובהעדר הצד שנפגע על ידם.

פסקו של בית הדין האורתודוכסי המזרחי, אי אפשר לראותו
כבעל תוקף חוקי, ולצורך משפט זה בעלי הדין הם עדיין בעל
ראשותו¹⁸.

החלטה זו היא רבת ענין, וראויה לניתוח מיוחד ומדוקדק. היא מראה
לנו, מה רבים הנפתולים בהם נפתל בית המשפט האזרחי בהגיעו „סמוך
לספר“, היינו לאיזור הגבול, בו „נושקים אהרדי“ המשפט החילוני והמשפט
הדתי. עד כדי כך, שלפעמים אינו רואה לפניו כל מוצא אחר, בלתי אם
לעשות מציגה — הייתי אומר: מציגה „בלתי מתאחה“ — בין הנימוק
החילוני והנימוק הדתי, להיותם טובים יחדיו ומשמישים נימוק כללי,
משותף, להחלטת בית המשפט. ואף כאן נעשה הדבר, ועוד למעלה מזה:
הנימוקים מתגו יחד גם מבחינת הצורה החיצונית — הורצו שם חליפות
ולסירוגין — כך שלא נוכל לעמוד על בודיים, אלא אם כן נפירר בין
הדברים, ונסדר בשתי קבוצות נפרדות את הפסוקים הדנים בעקרונות
המשפט הדתי של העדה, והפסוקים הדנים בעקרונות המשפט האזרחי.
קבוצת הפסוקים הראשונה תיקרא כך:

„תוק העדה האורתודוכסית המזרחית אינו מכיר מתן *ex parte*
של פסקי הפקעת נישואין. אחדות מבין שיטות המשפט יכול
שיתירו להפקיע נישואין על סמך בקשת „אכס פרטה“ בלבד
של אחד הצדדים, או ללא בקשה כלל, אך העדה האורתודוכסית
המזרחית אינה בחוקיה הוראות כאלה. אם בן זוג אחד
רוצה בהפקעת הנישואין, יש לתת לבן הזוג השני הודעה על
הדיונים, והודמנות להתנגד להם — אם רצונו בכך. אם לא
הושם לב ליסוד עיקרי זה של הדיון, או כל פסק שניתן לאחר
מכן הוא בטל ומבוטל“.

אין ספק — והדבר עולה ברורות מתוך הדבק הדברים, לשונם וסגנתם
— כי שני הפסוקים האחרונים הם המשך תיאורו של המצב המשפטי הקיים

18 הד נגד הד, ע"א 62/37, 2 לבנון 133, בעמדים 134—135.

המשפט האזרחי בקשר לעניני הוצאה לפועל, ושירושה היה: לצוות על יושב
ראש ההוצאה לפועל, שלא יתן יד לביצוע פסק דינו של בית הדין הדתי.
הא ותו לא! ונשאלת השאלה, אם בית המשפט האזרחי רשאי יהיה לסרב
את הכרתו בפסק דין שניתן, תוך סמכות מלאה, על ידי בית דין דתי,
כשאותו פסק דין — ה„נגוע“ בפגיעה בעיקרי הצדק הטבעי לפי השקפתו
של בית המשפט האזרחי — הוא פסק דין „חפציי“, פסק דין *in rem*, משנה
סטאטוס, שהוא כשלעצמו, אינו טעון ביצוע, ואינו בא להפעיל או „להטריח“
את משרדי ההוצאה לפועל של בית המשפט האזרחי. על כך מוצאים אנו
החלטה בפסק דין אחד, שניתן על ידי בית המשפט העליון בשנת 1937. שם
הגישה אשה נגד בעלה תביעת מזונות לבית המשפט המחוזי, וטענתו
העיקרית של הנתבע היתה, כי הוא אינו בעלה עז, מכיון שכבר נפרד
ממנה כדת וכדין עקב פסק הפקעת נישואין — כנראה, פסק גירושין —
שניתן על ידי בית הדין הדתי של העדה האורתודוכסית המזרחית. תשובתה
של האשה לכך היתה, כי אותו פסק דין משולל כל תוקף חוקי, היות ולא
קבלה מעולם כל הודעה על דיוני בית הדין, ופסק הדין ניתן שלא בפניה
ושלא מדעתה. על כך אמר בית המשפט:

„חוק העדה האורתודוכסית המזרחית אינו מכיר מתן *ex parte*
של פסקי הפקעת נישואין. לבתי הדין של העדה ניתנה סמכות
ייחודית בנוגע לגירושין — אך אין זה מונע את בתי המשפט
האזרחיים של ארץ ישראל מלסרב להכיר בפסק דין הנוגד
את הצדק הטבעי. אחדות מבין שיטות המשפט יכול שיתירו
להפקיע נישואין על סמך בקשת „אכס פרטה“ בלבד של אחד
הצדדים, או ללא בקשה כלל, אך העדה האורתודוכסית
המזרחית אינה בחוקיה הוראות כאלה. אם בן זוג אחד רוצה
בהפקעת הנישואין, יש לתת לבן הזוג השני הודעה על
הדיונים, והודמנות להתנגד להם — אם רצונו בכך. אם לא
הושם לב ליסוד עיקרי זה של הדיון, אזי כל פסק שניתן
לאחר מכן הוא בטל ומבוטל. במשפט שא נגד היועץ
המשפטי, 23 ל.ט.ר. 322, אמר הלורד פנזאפ:

„פסק דין שהושג בדרך זו יש בו איפוא — נוסף על
העדר סמכות — המום הבלתי מתרפא של היותו

לפי החוק הדתי של העדה. פירושו של דבר, כי לפי החוק הדתי של העדה האורתודוקסית המזרחית, פסק הפקעת נישואין שניתן על ידי בית הדין העודתי שלא בפניי ושלא מדעת האשה הוא בטל זמבטול, ובני הוגג ממשיכים להיות בעל ואשתו.

יכול היה, איפוא, בית המשפט — לכאורה — לגמוד בזה את הענין ולומר, כי מכיוון שלפי החוק האישי של בעלי הדין, והוא החוק הדתי המטריאלי של העדה האורתודוקסית, הם עדיין בעל ואשתו, הרי זכאית האשה למוזנות שתבעה מאת הנתבע. אך הוא לא עשה כן «אתנחתא», ולא אמר כן: ועל שום מה? על שום שלא יכול היה להתגבר על קושי אחד, פרוציסואלי, שעמד נגדו, והוא: פסק הדין, שניתן — אמנם בניגוד לחוק — על ידי בית הדין הדתי, ולפי פסק דין זה, שניתן מתוך סמכות מלאה, הנתבע לא היה יותר בעלה של התובעת. לפיכך פנה בית המשפט אל הנימוק האחר, האזרחי, המצוי בקבוצת הפסוקים השניה, וזה לשונה:

«לבתי הדין של העדה ניתנה סמכות ייחודית בנוגע לגירושין — אך אין זה מונע את בתי המשפט האזרחיים של ארץ ישראל מלסרב להכיר בפסק דין הנוגד את הצדק הטבעי. במשפט שאו נגד היועץ המשפטי... אמר הלורד פנואנס:

«פסק דין שהושג בדרך זו יש בו איפוא — נוסף על העדר סמכות — המום הבלתי מתרפא של היותו בניגוד לצדק הטבעי, מפני שהדיונים הם «אכס פרטה» ובהעדר הצד שנפגע על ידם».

ועל שום מה לא תמך בית המשפט את כל יתירותיו בנימוק אזרחי זה. ומדוע לא אמר בתכלית הפשטות, כי מכיוון שפסק הדין הוא נוגד את עיקרי הצדק הטבעי, אין בכוחו להפקיע את נישואי בני הוגג בעיני בית המשפט האזרחי, וממילא יש לראותם כבעל ואשתו לגבי כל ענין ודבר? התשובה לכך יכולה להיות רק אחת, והיא: כי מכיוון שבית המשפט האזרחי לא נתבקש כן לבצע את פסק הדין הבלתי צודק ההוא, הוא לא יכול היה להתעלם משינוי הסטאטוס שחל עקב פסק הדין, ושלא לדאות בו הגנה יעילה כלפי תביעת האשה, ורק משקלם המצטבר של שני הנימוקים: (א) כי החוק הדתי גופו — כנראה, מאותם טעמי צדק ממש — אינו מכיר בתקפו של הפסק; (ב) כי המשפט האזרחי מצווה שלא להכיר

בפסקי דין הנוגדים את עיקרי הצדק הטבעי, — שנים אלה חברו יחד וגברו על כשרותו הפרוציסואלית של הפסק, וכתוצאה מכך הגיע בית המשפט אל המסקנה הסופית, כי:

«פסקו של בית הדין האורתודוקסי המזרחי, אי אפשר לראותו כבעל תוקף חוקי, ולצורך משפט זה בעלי הדין הם עדיין בעל ואשתו»¹⁹.

העולה מכל האמור, כי למרות ההחלטה הנ"ל, דווקא בשל הנמקתה המיוחדת והממחגת של ההחלטה, עדיין חייבים אנו להבחין, לגבי השימוש בטעמי הצדק הטבעי, בין פסקי דין *in personam* המוגשים לביצוע, לבין פסקי דין *in rem* — וביחוד: פסקי דין משנים סטאטוס — שאין בית המשפט מתבקש לבצע אותם באמצעות מנגנון התוצאה לפרעל שלו. לגבי פסקי דין הנמנים עם הסוג השני, בית המשפט האזרחי לא יסרב, מן הטעמים הללו, להכיר בתקפו של פסק דין שניתן על ידי בית דין דתי מוסמך, אלא כאשר קיימים נימוקים נוספים לכך. אילו נהג בית המשפט אחרת, היה, בסופו של דבר, נאלץ גם לסרב את הכרתו באקטים משפטיים מסויימים, שהם בעלי תוקף לפי חוקי עדות דתיות שונות, כי מה טעם יש להבדיל, למשל, בין אקט גירושין בעל כרחו של אשה מושלימית, לבין פסק גירושין שלא בפניה של אשה אורתודוקסית?²⁰

3. דיני ירושה בבית הדין הדתי. עזבון נכסי מולק ומטלטלין של מוריש, בן אחת העדות המוכרות, מתחלק לפי החוק הדתי של העדה, אך אם אחד האנשים המעוניינים בעזבון מבקש לחלקו בהתאם לחוק

19 הסיג «לצורך משפט זה», לא ידעתי מה פירושו: הגבלה לגבי בעלי הדין, או הגבלה לגבי נשוא הדין, אך עצם ההסתמיות הלזו — אם אין היא בחינת «הרגל נעשה סכע» אצל השופטים האנגליים — מראה, כי בית המשפט רצה לצמצם ככל האפשר את אי הכרתו בשינוי הסטאטוס ההוא.

20 גירושי אשה בעל כרחו — כאשר גירושין אלה «מתירים את קשר הנישואין» — הם עכשו עבירה פלילית לפי סעיף 181 א לפקודת החוק הפלילי, שהוכנס לסקודה מכות הוראת סעיף 8 של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951. עצם הביטוי «התדי האיש קשר הנישואין בעל כרחו של האשה וכו'», מראה, כי יכולות להיות תוצאות משפטיות-אזרחיות לפעולה כזאת, השמה מלתם נגד השופט השרעי, כגון 49/54 ז' פסקי דין 910, פסקאות 10,9, של פסק הדין.

העותומני. על בית הדין לעשות כן²¹. אין הארם המעונין יכול לבקש. כי עזובו של המוריש יחולק בהתאם לחוק הלאומי שלו. הברירה היא רק בין החוק הדתי החוק העותומני. תקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, תש"ג, מכילות הוראה מפורשת, המחייבת את בית הדין הרבני להיענות לבקשת התלוקה על פי החוק העותומני כנ"ל²².

הדברים האמורים לעיל, מתייחסים למצב שהיה קיים לפני הנתן חוק שיזוי זכויות האשה, תשי"א—1951, שבו נדון באחד הפרקים הבאים²³.

4. ירושת נכסי מירי. נכסי המירי שבצדו מתחלקים על ידי כל בית משפט מוסמך, לרבות את בתי הדין הדתיים, על פי הוראות החוק העותומני, ועל פיהן בלבד. "הוראות אלה תחולנה, על אף כל העברה (disposition) או יפוי כוח של הנפטר שנועדו לתפוס אחרי מותו, בין אם בדרך צוואה בין אם בדרך אחרת"²⁴. "החוק העותומני", הוא החוק הזמני בנוגע לירושת נכסי דלא ניידים, משנת 1331 להג'רה (1913), שפורט בתוספת השניה לפקודת הירושה.

5. הוראות החוק העותומני. החוק העותומני אינו מסדיר את כל דיני הירושה. אלא את, סדר הנחלות, היינו: מי הם היורשים החוקיים, לפי איזה "תור" הם יורשים, ומה הוא חלקם בעזבונו. חוק זה תולך בעקבות החוק הגרמני ה"ב.ג.ב. משנת 1896²⁵, תוך אי אלה סטיות הימנו, בפי שיתבאר להלן, ולשם הבנת העקרונות שהונחו ביסודו של החוק, מן הראוי

21 סעיף 8 (2) של פקודת הירושה, נאמר שם, אמנם, "the court... may", אבל נראה הברר שזו היא לא "רשות" אלא "חובה". כי הוראה זו באה, כדי להגן על זכויותיהם של אנשים המעונינים בחלוקת העזבונו לפי החוק העותומני, ואין זה מתקבל על הדעת, כי הובר יהיה תלוי כשיקול דעתו של בית הדין. כך גם הכין את ההוראה מתקן התקנות המחברות להלן בהערה 22.

22 תקנה קפ"ג. אך יש שיגורנוסחאות בין לשון החוק ולשון התקנה: סעיף 8 (2) של הפקודה מדבר על בקשת אדם "המעוניין בעזבונו", ואילו התקנה מדברת על "מישהו, אשר לפי חוק הממשלה (פקודת הירושות) הוא נחשב ליורש". ריתכן, טיש הכול כמשי בין שתי הגיטאות.

23 ראה להלן, פרק ר.

24 סעיף 21 של פקודת הירושה.

25 וכנס ליקפו כיום האחד בינואר 1900.

להקדים כאן סקירה קצרה על השיטות השונות הנהגות בפרשת סדר הנחלות.

את סדר הנחלות מסדיר כל מחוקק על פי דרכו. אם לפי שיטה אחידה טהורה, ואם לפי שיטה מעורבת. ברוב חוקי העמים, הן בימי קדם והן בתקופה המודרנית, השתרשו השיטות המעורבות²⁶, אך למען הגדרת המושגים ותפיסתם, נדגים אותם דוקא לפי השיטות הטהורות, ונצטרף לכך את הנהגה, כי אין בהן כל הגבלה, לא בלפי מטה ולא כלפי מעלה, בנוגע לדרגת הקרבה, וגם אינן מפלות בין זכר לנקבה. זאת אומרת: כל קרוב יורש, בין אם הוא "קרוב" בין אם הוא "קרובה".

שתיים הן השיטות העיקריות: השיטה הגרדואלית והשיטה הפרנטלית. לפי השיטה הראשונה, מוענקת, אמנם, זכות הירושה לכל קרובי דם של המוריש, אך, כמובן, לא כולם יורשים שווה בשווה. אלא קיים "תור" או "עדיפות" ביניהם, ואלה נקבעים לפי מידת הקרבה האינדיווידואלית שבין היורש והמוריש: מונים את מספר הלידות המפרידות בין זה לזה, ובכל אשר ימעט המספר — כן תגדל הקרבה. לפי שיטה זו יהיה, למשל, האח יותר קרוב מן הניין, כי בין המת ואחיו מפרידה רק חולית בינים אחת: האב, ובין המת והנין שלו מפרידות שתי חוליות: הבן והנכד. השיטה השניה, הפרנטלית, מעניקה אף היא (לפי הבחנה) את זכות הירושה לכל הקרובים, אלא שהתור ביניהם נקבע בה — קודם כל — לפי מידת הקרבה (אל המוריש) של ההורה המשותף (proximus parens communis), והפרנטלה היותר קרובה דוחה, ומוציאה מכלל ירושה, את כל הפרנטלות שלאחריה. הפרנטלה הראשונה מכילה, לפי זה, את צאצאי המוריש — בניו, נכדיו, ניניו — עד סוף כל הדורות, כי התורה המשותף שלהם הוא הקרוב ביותר אל הכוריש: הוא המוריש 1910: הפרנטלה השניה, הבאה אחריה, מכילה: את הורי המוריש וצאצאיהם; הפרנטלה השלישית — את הורי הורי המוריש, היינו: הסבים והסבתות, וצאצאיהם; הרביעית — את הורי הסבים והסבתות וצאצאיהם, וכן הלאה וכן הלאה, בלפי מעלה, עד ראש כל

26 במשפט הרומאי הנהגה, כידוע, הירושה הקונגאטית (לפי קרכת דם) על ידי הנוכלה היוסטיניאנית, גובלה 118 משנת 543, והיא שיטה פרנטלית-גרדואלית מעורבת. הערובת זו מצויה גם, במידה מסוימת, במשפט הגרמני המודרני. cf. Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts, 3 Band, Para. 573; B.G.B. sec. 1928, 1929.

הדורות בראש כל פרנטלה עומד הורה משותף, או תורים משהתפיים. ראש הפרנטלה הראשונה הוא אחד בלבד: המוריש גופו; ראשי הפרנטלה השניה הם שנים: אביו ואמו של המוריש; ראשי הפרנטלה השלישית הם ארבעה: הסב והסבה מצד האב, והסב והסבה מצד האם, — כך שבכל דור דור, כלפי מעלה, תולך ומוכפל מספר ראשי הפרנטלה, והפרנטלה גופה מתפצלת ל"מטות" — מטה האב (הוא והצאצאים שלו), מטה האם (היא והצאצאים שלה), מטה הסב, מטה הסבה וכו' — הכל לפי מספר ראשי הפרנטלה²⁷. לפי השיטה הפרנטלית היא איפוא הנין יותר קרוב מן האב, ונכרו של האב יותר קרוב מן הסב — כי הנין שייך לפרנטלה הראשונה, האב לפרנטלה השניה; נכרו של האב שייך לפרנטלה השניה, והסב לפרנטלה השלישית.

בשיטה הגרדואלית נמדד רק מרחק אחד: זה שבין המוריש והיורש, ועל פיו ישק כל תוד הירושה. בשיטה הפרנטלית נמדדים בזה אחר זה שני מדחקים: המרחק שבין המוריש וההורה המשותף, והמרחק שבין ההורה המשותף והיורש. ככל אשר יקטן הראשון — כן יקרב תור הפרנטלה, וככל אשר יקטן השני — יקרב תורו של היורש האינדיווידואלי המצוי בתוך הפרנטלה, או בתוך אחד המטות שלה. לפיכך ידחה (כפרנטלה הראשונה) תבן את הנכר, הנכד את הנין; ידחה (בפרנטלה השניה) האב את האם, האב את בן האם; ידחה (בפרנטלה השלישית) הסב את הדוד, הדוד את בן הדוד. במקרה של שוויון קרבה — אם לפי השיטה הגרדואלית ואם לפי השיטה הפרנטלית — יתחלק העזבון, או חלקו, שווה בשווה בין היורשים השווים.

השיטה הפרנטלית אינה לא חדישה ולא חדשה, ואף לא המצאה של המשפט הגרמני-הרומאי של ימי הביניים.²⁸ את לבושו המושלם ביותר לבש

27 כאשר כל הצאצאים שלהם משהתפיים, מטה האב ומטה האם הם היינו הך לגבי הקו היורד של בניהם, בני בניהם וכו'. השתמשתי כאן במונח "מטה" על דרך ההשאלה, כדי לציין בו את כלל הצאצאים שהם יוצאי חלציו של ראש פרנטלה אחד ואינם יוצאי חלציו של בן ווגו, ה"ראש" השני. למשל: אביו של המוריש יש לו בנים מאשה אחרת, אמו יש לה בנים מבבל אחר; בנים אלה הם אחים מן האב או אחים מן האם של המוריש; הם יורשי פרנטלה אחת (הפרנטלה השניה), אך אינם יורשי "מטה" אחד.
cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. d. Buergerl. Rechts, 28 Erbrecht, 1928, S. 15; Dernburg, Deutsches Erbrecht, 1905, S. 35.

הרעיון במשפט העברי העתיק — נחלה ממשמשת והולכת עד ראובן, "כל הקודם בנחלה יוצאי יריכו קודמין"²⁹ — אלא שהואיל ולפי המשפט העברי, משפחת אם אינה קרויה משפחה, ואין הבת יורשת במקום שיש בן.³⁰ הרי לכל פרנטלה יש רק "ראש" אחד, היא כולה "מטה" אחד, ובתוך המטה גופו דוחים הבנים את הבנות. וכך סוכם סדר הנחלות של דיני ישראל בהלכות הרמב"ם:

... מי שמת, בין איש בין אשה, אם הניח בן — יורש הכל. לא נמצא לו בן לעולם — מעיינין בזרעו של בן: אם נמצא לבנו (לבנו של המת) זרע, בין זכרים בין נקבות, אפילו בת-בת בן, עד סוף העולם, היא תירש את הכל. לא נמצא לו זרע בן — תחריין אצל הבת: היתה לו בת — תירש את הכל, לא נמצאה לו בת בעולם — מעיינין על זרע הבת; אם נמצא לה זרע, בין זכרים בין נקבות עד סוף העולם, הוא יורש הכל. לא נמצא לה זרע בת — תחזיר הירושה לאביו. לא היה אביו קיים — מעיינין על זרע האב, שהן אחי המת. נמצא לו אב או זרע אב — יורש את הכל, ואם לאו — תחריין אצל אחות נמצאה לו אחות או זרעה — יורש הכל, ואם לא נמצא לו זרע אחים, ולא זרע אחות, הואיל ואין לאב זרע — תחזור הירושה לאבי האב. לא היה אבי האב קיים — מעיינין על זרע של אבי האב, שהן אחי אביו של מת, והזכרים קודמים לנקבות. זרעו של זכרים קודמין לנקבות, כמו שהיה הדין בזרעו של מת עצמו. לא נמצאו אחים לאביו (של המת), לא הם ולא זרעו, תחזור הירושה לאבי-אבי-האב, ועל הדרך הזאת נחלה ממשמשת והולכת עד ראובן.

נמצאת אומר: הבן קודם לבת, והבת קודמת לאבי אביה, וכל יוצאי יריכה קודמין לאבי אביה. ואבי המת קודם לאחי המת מפני שהם יוצאי יריכו, והאב קודם לאחות, וכל יוצאי

29 בבא בתרא, דף קט"ו ע"א וע"ב. מיוסד על דברי התורה במדבר כ"ז, פסוקים ח-ח.

30 בבא בתרא, דף ק"ט ע"ב, קט"ו ע"א, ומקומות אחרים.

יריכו של אח קודמין לאחות ואחות קודמת לאבי אביה, וכל יוצאי יריכה קודמין לאבי אביה. אבי האב קודם לאחי האב של מת, ואחי אביו קודמין לאחות אביו, וכל יוצאי יריכו של אחי אביו קודמין לאחות אביו, ואחות אביו קודמת לאבי-אבי-אביו של מת, וכן כל יוצאי יריכה של אחות אביו קודמין לאבי-אבי-אביו. ועל דרך זה הולך ועולה עד ראש הדורות, לפיכך אין לך אדם מישראל שאין לו יורשין³¹.

הרברים אולי ארוכים במקצת, אך בהידים ומדויקים מאד, כדרכו של הרמב"ם. לפנינו שיטה פרנטלית בלתי מוגבלת, שלימה וטהורה. שורת הפרנטלות מטפסת ועולה עד ראש השבט הקדמון, — עד ראובן בן יעקב אבינו ע"ה³². נמצא יורש בפרנטלה הקדובה ביותר, הוא מוציא מכלל ירושה את כל שאר הפרנטלות, ואינו מניח להן חלק בירושה כלום. בנו של הגין, למשל, קודם אפילו לאביו של המת אך ראשי הפרנטלות, מן השניה ומעלה³³, הם זכרים בלבד: האב, אבי-האב, אבי-אבי-האב וכו'. ובתוך כל פרנטלה — גם הראשונה — הבנים, או הבנות יוצאי יריכו של בנים, קודמין לבנות ויוצאי יריכו של הבנות.

ועוד עקרון אחד, המונח ביסוד כל שיטות הירושה — עד כמה שאין בהן הגבלה לגבי דרגת הקרבה — הוא עקרון ה"יצוג" (representatio). למשל: מת יעקב, והגיה אחריו את בנו ראובן, ואת נכדו יכין בן שמעון, לכאורה, היה צריך ראובן לרשת את הכל, שהרי הוא יותר קרוב ליעקב מאשר יכין, ואף על פי כן הם יורשים זוהו בשוה. — מפני שהנכד, יכין, בא במקום אביו, שמעון, שלא היה בחיים בשעת מות יעקב: הוא "מיצג" את בנו (המת) של המוריש, ונוטל את חלקו. כללי-ירושה זה מקובל גם בדיני ישראל, אלא שבדיני ישראל הוא מבוסס על רעיון אחר, והוא "הירושה בקבר": שמעון המת יורש מאביו יעקב, ומוריש לבנו יכין, את

31 רמב"ם הלכות נחלות, פרק א', הלכה ג'; ע"ג הלכות א', ב'.

32 או עד שמעון בן יעקב, או לוי בן יעקב וכו', הכל לפי השבט משבטי ישראל אליו משתייך המוריש. ומדוע לא תמסס הנחלה והעלה עוד דרגא אחת, עד יעקב אבינו? שאלו חכמי התלמוד והשיבו: דבר זה לא יתרחש לעולם, כלומר: לא יקרה אף פעם שלא יהיה קרוב באותו שבט טופו, כי "גמירי לא כלה שיבטאי", קבלה היא בידינו, שלעולם לא יכלה שבט מישראל (כבא בתרא, דף קס"ו ע"ב).

33 כי המוריש טופו, כמובן, יכול להיות נקבה.

החלק המגיע לו, לשמעון, בכספי אביו יעקב³⁴. נראה להלן, כי אין זה הבדל רעיוני גרידא, וכי יש, או יכולה להיות, נפקא מינה לדינא בדבר. התוצאה הגוספת העולה, בין מעקרון הייצוג ובין מעקרון הירושה בקבר, היא, כי אם יעקב מת והגיה אחריו את נכדו חנוך ופלא בני ראובן, ואת נכדו יכין בן שמעון, חנוך ופלא נוטלים כל אחד רבע, ויכין נוטל תצי. שנים הראשונים נוטלים את חלקו של ראובן, והשלישי נוטל את חלקו של שמעון. וכך נאמר בהלכות הרמב"ם שם:

„מי שהיו לו שני בנים, ומתו השני בנים בזמיו, והגיה הבן האחד שלשה בנים, והגיה הבן השני בת אחת, ואחר כך מת חנוך, נמצאו שלשת בני-בניו יורשין תצי הנחלה, ובת בנו יורשת תציו, שכל אחד ואחד מהן יורש חלק אביו, ועל דרך זו חולקין בני האחים, ובני אחי האב, עד ראש הדורות³⁵.”

בדוגמא זו שילב הרמב"ם שני עקרונות: את עקרון הירושה בקבר, ואת העקרון, כי יוצאי יריכו של בנים, אפילו אם בנות הן, דינן כבנים.

ועכשו, לאחר הסברת כל המושגים הללו, נוכל להגדיר בתכלית הקיצור את העקרונות שהונחו ביסוד החוק העותומני ה"גל, שיטת הירושה לפי החוק העותומני היא: שיטה פרנטלית, מוגבלת, יחסית, בה חשוו נקבות לזכרים, והזכר בעקרון הייצוג.

שיטה פרנטלית — כי החוק קובע את התור, קודם כל, לפי הקרבה (אל המוריש) של ההורה המשותף.

היא פרנטלית מוגבלת — מפני שהחוק מגביל את מספר הפרנטלות לשלוש: צאצאי המוריש, תרדי המוריש וצאצאיהם, והוריי-הוריי המוריש וצאצאיהם.

34 ראה בבא בתרא, דף ק"ד ודף קנ"ט ע"ב, ורש"ם שם, ד"ה אין הכן; עיין ודוק בהלכות הרמב"ם המובאת להלן, הערה 36, וכן בדברי הרמב"ם באותו פרק, הלכה י"ב („אין הבעל יורש את אשתו והיא בקבר כשאר היורשין של משפחת האב"), הלכה י"ג, ומגיד משנה שם. השוה לעומת זה דברי התוס' בבא בתרא, דף ק"ד ע"ב, ד"ה מה.

35 עיין ודוק בדברים שנאמרו להלן הערה 40.

36 רמב"ם שם, הלכה ה'.

באמצעותו הם קרובים למנוח. אם צאצא מת לפני המנוח, צאצאיו (של הצאצא שמת) מייצגים אותו, ונוטלים את החלק שהוא היה נוטל³⁸.

בזה אימץ לו המחוקק את עקרון הייצוג. — הוא העקרון הגורם לכך, כי הירושה בתוך הפרנטלה היא „לפי גזעים“ (per stirpes), וכל הצאצאים, ענפי אותו הגזע, מקבלים, כולם יחד, את החלק שהיה מקבל הגזע — הירושה ה„מיוצג“ על ידם — אילו היה קיים.

„אם כל ילדי המנוח מתים לפניו, חלקו של כל אחד יעבור לצאצאיו, הקרובים באמצעות אל המנוח. מתו אחדים מילדי המנוח וצאצאים אין להם, תוענק זכות הירושה לשאר הילדים וצאצאיהם בלבד. אותם כללים גופם יחולו כאשר יש כמה צאצאים. בנים ובנות, נכדים ונכדות, הם בעלי זכויות שוות.“

גם כאן הפגין המחוקק אלגנטיות מיוחדת בניסוח הדברים, וגיבב דוגמאות על גבי דוגמאות, עד שמרוב משלים כמעט שאין רואים את הנמשל. ואף על פי כן אפשר, לאחר יגיעה מסויימת, להגיע אל שורש הדברים. בשלשת הפסוקים הראשונים, מבקש המחוקק להביע את עקרון הירושה לפי גזעים, המשתלשל ועולה, כאמור, מתוך רעיון הייצוג הנ"ל, אלא שה„אליה שבקוץ“ היא — כך נראה לי — כפסוק השלישי בלבד. דוגמא לפסוק הראשון: ליעקב שלשה בנים, ראובן, שמעון ולוי, וכולם מתו בחייו. יעקב מת, ומניח אחריו: את חנוך בן ראובן, את ימואל בן שמעון, ואת גרשון בן לוי. חנוך נוטל את חלקו של ראובן, ימואל — את חלקו של שמעון, וגרשון — את חלקו של לוי. דוגמא לפסוק השני: הפרטים כדלעיל, אלא שלבן השלישי, לוי, לא היו כל ילדים. הירושים הם: חנוך הנוטל את חלקו של ראובן, וימואל הנוטל את חלקו של שמעון. זאת אומרת: כל אחד מקבל חצי. דוגמא לפסוק השלישי: יעקב, המודיש, שבניו מתו בחייו כנ"ל, הניח אחריו: את חנוך, פלוא וחצרון בני ראובן, את ימואל

38 לפיכך זה הוא non sequitur. אדרבה: מה שנאמר כפסוק הקודם — כי קודם כל יורשים הילדים, ואחר כך — הנכדים וכו' — הוא פועל יוצא של הרעיון הכללי המוכח בפסוק זה.

ופרנטלית יחסית על שום מה? על שום שהעדת הפרנטלה הקרובה על פני הפרנטלה הרחוקה הימנה, אינה מוחלטת, והחוק גותן לקרובים מסויימים, חברי הפרנטלה השניה, לרשת יחד — אם כי בתלק יותר קטן — עם חברי הפרנטלה הראשונה.

לכרנטלה ייקרא בחוק בשם „דרגא“ (degree). החוק הגרמני מכנה אותה בשם יותר מסורתי: „סדרה“ (Ordnung). שהיא ה־ ordo הידועה למשפט הרומאי.

ומכאן להוראתו המיוחדת של החוק, ומכיוון שסעיפי החוק מעוררים ומסוכסכים זה בזה, וניסוחם מסורבל למדי, ניטיב לעשות אם נביא כאן את ההוראות הללו, פסקה פסקה, ככתבן וכלשונו, למען נשכיל לראות את הבעיות העולות מתוכן.

סעיף 2 של החוק אומר:

„יורשי הדרגא הראשונה הם צאצאי המנוח, וזאת אומרת: ילדיו ונכדיו. זכות הירושה בתוך דרגא זו, נתונה קודם כל לילדים, ואחר כך לנכדים שהם צאצאיהם, ואחר כך לנכדי הילדים.“

כתב המחוקק בפסוק הראשון: „זאת אומרת: ילדיו ונכדיו“ — כאילו היתה זאת הגדרה ממצה של המונח „צאצאים“ — וסיים את הפסוק השני במלים: „ואחר כך לנכדי הילדים“, שהם דור אחד למטה מן הנכדים. מתוך הזהר-לעומת-זה שבשני היבורים סותרים אלה, עולה המסקנה הודאית, כי המלים „זאת אומרת“ לא הגדרה אלא „משל“ היו, וכי לאמיתו של דבר אין גבול ל„צאצאים“, וכל יוצאי ידינו של המנוח הם יורשי הדרגא הראשונה. מוטב היה, אילו המחוקק נמנע כאן ממתן משלים ודוגמאות, והיה כתב בפשטות: יורשי הדרגא הראשונה הם צאצאי המנוח.³⁹ — ותו לא! כי אין צורך להגדיר את המונח „צאצא“, וכל המוסיף — גורע.

„לפיכך, אם אדם מת, צאצאי הצאצאים החיים שלו מפסידים את זכותם לירושה, הואיל והצאצא החי הוא זה אשר

39 כך היא לשונה של הוראה בסעיף 1924 של הבגב. „יורשים חוקיים בסדרה הראשונה הם צאצאי המוריש“.

וימין בני שמעון, ואת גרשון בן לוי, תוך, פלוא וחצרון נוטלים את חלקו של ראובן, וכל אחד מהם מקבל חלק תשיעי בעזבונו; ימואל וימין נוטלים את חלקו של שמעון, וכל אחד מהם מקבל חלק עשירי; וגרשון נוטל את חלקו של לוי, ומקבל שלישי. כאן בא לידי ביטוי — ומפגין את חשיבותו המעשית — עקרון הירושה לפי גזעים, הגורר אחריו שוני בחלקי הנכדים, ולזה התכוון מסתמא המחוקק באמרו, כי הכללים ההם, היינו הכללים הנובעים מרעיון הייצוג, יתולו גם „כאשר יש כמה צאצאים“. כי שגי הפסוקים הראשונים, למעשה, רק חוזרים על עצם רעיון הייצוג אשר כבר הובע, בצורה כללית ומופשטת, בפסוק האחרון של הציטטה הקודמת. על כל פנים, לא מצאתי הסבר אתר לרעיונות הטמונים בשלשת הפסוקים הנ"ל.

הפסוק האחרון מביע בבת אחת שני עקרונות: (א) כי אין מפלים בין זכר ונקבה; (ב) כי ילדי המנוח, או צאצאים אחרים בעלי דרגת-קרבה שווה, הם ענפי גזע אחד, מתחלקים ביניהם שווה בשווה. כי אם הם ענפי גזעים שונים, גם חלקיהם עלולים להיות שונים, כפי שדאינו בדוגמא השלישית הנ"ל.

יורשי הדרגא הראשונה הם צאצאי המנוח, בין זכרים בין נקבות. הצאצא הקרוב החי, מוציא מכלל ירושה את הצאצאים שלו. צאצאי הצאצא שמת לפני המנוח, מייצגים את הצאצא המת, ונוטלים את החלק שהוא היה נוטל אילו היה בחיים בשעת מות המנוח. ילדי המנוח, וכן צאצאים אחרים, שהם בעלי דרגת-קרבה שווה ומייצגים יחד הורה אחד, מתחלקים ביניהם שווה בשווה.³⁹

הרעיון האחרון: „וכן צאצאים אחרים וכו'“, לא הובע מפורשות בתוך, אך עולה — לכשנדייק — מתוך כלל הדברים שנאמרו באותו סעיף, ואין כל ספק בדבר, כי החלוקה שווה בשווה ושוויון הזכרים הנקבות אינם מוגבלים לבנים (ות) ונכדים (ות) בלבד.

הייצוג, משמעותו וגדריו, תכנה הממשי של הלכת הייצוג הוא כי הירש היותר רחוק נכנס במקומו של הירש היותר קרוב שמת בחיי המוריש. הלכה זו מוכרת פחות או יותר בכל שיטות המשפט, אך התקשו הרבה בכיסוס הרעיוני שלה. אפשר היה, לכאורה, לומר כן בכלל על „קונסטרוקציה“ מיוחדת ולומר, למשל, כך: זכות הירושה נתונה לכל

צאצאי המוריש, או להודי המוריש וכל צאצאיהם, אלא שהצאצא היותר קרוב החי, מוציא מכלל ירושה את כל הצאצאים שלאחריו. אך נוסחא זו, כנראה בעליל, לא היתה גוררת אחריה את הלכת הירושה לפי גזעים³⁹, ולכן נאלצו לראות את זכות הירושה של הצאצא הרחוק כנובעת במישרין מזכותו של הצאצא היותר קרוב, ולהגדיר את זה בעקרון של „ייצוג“ (הנכד החי מייצג את הבן המת בירושת נכסי האב), או כעקרון של „ירושה בקבר“ (הבן המת, יורש מן האב ומוריש לנכד, את חלקו בעזבונו). אך דא עקא שעקרונות אלה הם בתינת „מסאנא דרב מכרעאי“, געל הגדולה מן הרגל, כי הם עלולים היו לגרור אחריהם נדירת הירושה ממשפחה למשפחה במידה שאין הרעת סובלתה. חייבים, איפוא, לצמצם את תחולתם. ואמנם כך נעשה הדבר — אם על ידי הגבלת היקפה של הירושה בקבר, ואם מתוך נימוקים משפטיים אחרים — בתוראות מפורשות של דיני ישראל. הרי מה שנאמר בחלכות ורימב"ם:

בעל שמתה אשתו, ואחר כך מת אביה או אחיה או אחד מן המורישין אותה, אין הבעל יורש אותה, אלא יורש אותה זרעה — אם היה לה זרע, או תחזור הירושה למשפחת בית אביה. שאין הבעל יורש נכסים הראויין לבא לאחד מסאן, אלא לנכסים שכבר באו לירושה קודם שתמות.⁴⁰

וכן אין הבעל יורש את אשתו והוא בקבר כאשר היורשין של משפחת האב. כיצד? בעל שמת, ואחר כך מתה אשתו.

39 ואם לראובן היו שלשה בנים, ולשמעון בן אחד, ומתו שניהם בחיי אביהם יעקב, היו ארבעת הנכדים חולקין שווה בשווה בנכסי יעקב. כי כאן אין מי שיוציא אותם מכלל ירושה, ואין כלל של ייצוג, אשר יעכיר לבנו היחיד של שמעון את כל חלק אביו.

40 אלמלא טעם מיוחד זה, שיסודו בדינים המיוחדים של ירושת הבעל (ראה בבא בתרא, דף ק"ג ע"ב), היתה — לדעת הרמב"ם — יורשת האשה בקבר את אביה או אחיה, ומודישה את הנחלה לבעלה. זאת אומרת, שמבחינה עקרונית יכולה לדעת הרמב"ם, הירושה בקבר גם להעביר נתלה ממשפחה למשפחה, — ואין זו דעת כל כפרשי הש"ס (ראה תוס' בבא בתרא, דף ק"ד ע"ב, ד"ה מה). לעומת זה טובר גם הרמב"ם, כי הבעל שמת אינו יורש ומוריש את נכסי האשה שמתה אחריו, כפי שנאמר על ידו בהלכה הבאה.

אין אומרין הואיל ובעל היה קודם לכל אדם בירושתה⁴¹, כך יורשי הבעל יקדמו לשאר יורשי האשה — אלא יורשי האשה ממשפחת בית אביה הם היורשים אותה אם מתה אחר בעלה.⁴²

וכן אין הבן יורש את אמו בקבר כדי להנחיל לאחיו מאביו. כיצד? מי שמת, ואחר כך מתה אמו, אין אומרין הואיל ואילו היה הבן קיים היה קודם — אף יורשין של בן קודמין לירושה של אשה זו, ונמצאו אחיו מאביו יורשין את אמו של זה... אלא זרע בנה הוא שיידשנה אם היה לו זרע, ואם אין לו זרע — תחזור ירושתה למשפחת בית אביה⁴³.

החוק העותומני אינו הן במיוחד בשאלות אלה, אבל לכשנדיק בדבריו ונתבונן לדוגמאות שהשתמש בהן, נגלה בהם תשובה ברורה לכל אלה, כפי שנראה להלן, והתוצאה המעשית תהיה אותה תוצאה ממש, שהגיעו אליה בדיני ישראל.

„מקום ברייתו“ של עקרון הייצוג הוא בסעיף 2, הדין בירשי הפרנטלה הראשונה, ומכאן הוא הועבר, לפי הוראות הסעיפים 3 ו-4, אל תחומי שתי הפרנטלות האחרות. על יורשים חוקיים המצויים מחוץ לגוש הפרנטלות — היינו: היורשים הקרובים למנוח לא קרבת דם, אלא קרבת חיתון — והם הבעל או האשה היורשים לפי סעיף 6 של החוק — לא הוחל העקרון ההוא, ובתוך שלש הפרנטלות, פעולתו של הייצוג, כפי שעולה מכל הדוגמאות, היא: להעלות את הצאצא הרחוק מעלה מעלה, בסולם הקרבה הצאצאית, אל ראש הפרנטלה או ראש המטה שבה. הצד השונה בכל הייצוגים הפועלים לפי הסעיפים 3, 2 ו-4 הוא, כי שלשת אלה: המייצג והמיוצג

41 בדיני ישראל, הבעל יורש את הכל, והאשה אינה יורשת את בעלה כלל (ומב"ם הלכות נחלות, פרק א', הלכה ח'; בכא בתרא דף ק"ח ע"א, ומקומות רבים אחרים).
42 אחר מבעלי ההוספות אומר, כי הסעם דאין הבעל יורש את אשתו בקבר הא, „משום דשאירות סעק ליה על ידי מיתה כמו על ידי גידושין“ (תוס' שם, בשם הריב"ם). זאת אומרת: מפני שהקרבה שבין בני הווג פוקעת עם מיתה הבעל, כשם שהיא פוקעת כאשר הם מתגרשים זה מזה. סעם זה כספיק להסביר את הדין הן בהלכה זו, והן בהלכה שלפניה.

43 דמכ"ם הלכות נחלות, פרק א', הלכות י"א, י"ב, י"ג.

והמנות, קרובים זה לזה קרבת דם שמקורה בהודה משותף, אשר מרחקו המכסימאלי מן המנות הוא שני דורות (הסב או הסבה)⁴⁴.

מכאן עולות שתי מסקנות שאפשר, לדעתי, להגדיר אותן הגדרה כללית, מופשטת, כדלקמן:

(א) אין הייצוג פועל, אלא כאשר הן הקרבה שבין המייצג והמיוצג, והן הקרבה שבין המיוצג והמנות, הן קרבת דם, ולא כאשר אחת מהן היא קרבת חיתון, שחלפה ואיננה;

(ב) שתי חוליות שאנון של קרבת דם — האחת מכוח ההורה המשותף של המייצג והמיוצג, והשניה מכוח ההורה המשותף של המיוצג והמנות — אינן מצטרפות יחד, כדי לזכות את המייצג בירושת המנות. צריך שקרבת הדם המקשרת את שלשתם, תהיה קרבת דם אחידה, זאת אומרת: כי לשלשתם — המייצג, המיוצג והמנות — יהיה, עד לגבול הפרנטלה השלישית, לפחות הורה משותף אחד.⁴⁵

ועל פי שני קללים אלה, נוכל בנקל למצוא תשובה ברורה לכל שלשת המקרים שנדונו בהלכות הרמכ"ם הנ"ל. נדגים אותם כסדרם בשלש הדוגמאות הבאות:

דוגמא ראשונה: יעקב מת, והניח אחריו את בנו ראובן, ואת חתנו לשעבר, שמעון, בעל בתו דינה, שמתה בחייו. אין שמעון יכול לומר: אני מייצג את אשתי המתה, דינה, ונוטל את החלק שהיה מגיע לה בעזבונו אביה יעקב. ועל שום מה אין שומעין לטענה זו? על שום שהקרבה שבין המייצג שמעון והמיוצגת דינה, אינה קרבת דם, אלא קרבת חיתון, שבטלה ועברה עם מותה של דינה, והתוצאה היא, כי כל העזבונו נופל לראובן.

דוגמא שנייה: יעקב היה נשוי בן אחר זו ללאה ולרחל, והוליד מאשתו הראשונה את ראובן, ומאשתו השנייה — את בנימין. יעקב מת, אחריו מתה רחל, וראובן בן יעקב ולאה בא לתבוע חלק בעזבונו רחל. טענתו היא: אני מייצג את אבי המת יעקב, וזכאי ליטול את החלק (רבע) שהיה מגיע לו

44 או — מה שהוא היינו הך — שהמנות גופו הוא ההורה המשותף של המייצג והמיוצג (וכך מייצג בן כפרנטלה הראשונה), או שהמיוצג גופו הוא ההורה המשותף של המייצג והמנות (את מייצג אב כפרנטלה השנייה, או דוד מייצג סב כפרנטלה השלישית).

45 ראה לעיל הערה 44.

בעזבונו אשתו רחל. גם לטענה זו אין שומעין. — ומדוע? מפני שהקרבה שבין המיוצג יעקב והמנוחה רחל, אינה קרבת דם, אלא קרבת חיות, שבטלה ועברה עם מותו של יעקב. התוצאה: העזבונו של רחל נופל לבנה בנימין.

דוגמא שלישית: הפרטים כמו ברוגמא השניה, בנתון לשוני אחד והוא: כי גם בנימין בן רחל מת לפני רחל, וראובן מבסס את תביעתו לעזבונו רחל, לא על הקרבה שבינו ובין יעקב, בעלה המת של רחל, אלא על הקרבה שבינו ובין בנימין, בנה המת של רחל. טענתו היא: אני מייצג את אחי מן האב, בנימין, וזכאי ליטול את החלק שהיה מגיע לו בעזבונו אמו רחל. כאן לפנינו שתי חוליות קרבה, והן שתיהן קרבת דם, — ואף על פי כן אין ראובן יורש את רחל, מפני שאין הורה משותף למייצג ראובן ולמיוצג בנימין ולמנוחה רחל גם יחד. והתוצאה היא כי עזבונו רחל נופל לקרובי המשפחה שלה.

הסברתי את דיני שלש הדוגמאות במונחים הסכניים של שני הכללים הנ"ל, אך ביסודו של דבר נובע הכל מרעיון מרכזי אחד, והוא: כי לא יתאזר המיוצג משמש מכשיר להעברת הנתלה ממשפחה למשפחה. דומני, כי שני הכללים, כפי שהוגדרו על ידי לעיל, יועילו לפתור בצורה רצויה את כל הבעיות המתעוררות בקשר עם עקרון הייצוג.

סעיף 3 של החוק אומר:

„יורשי הדרגא השניה הם הורי המנוח וצאצאיהם. חיים שני ההורים — יחלקו שווה בשווה. מת אחד ההורים — כלומר: מת האב או מתה האם לפני מות המנוח — ייצגו צאצאיו או צאצאיה בהתאם לכללים שהוזכרו בסעיף הקודם. אין צאצאים להורה שמת, הרי ההורה החי, האב או האם, יירש לבדו. אם שני ההורים מתו לפניו (לפני המנוח), יעבור חלקו של האב לצאצאיו, וחלקה של האם לצאצאיה. מת אחד מהם ללא צאצאים, יעבור חלקו לצאצאי ההורה השני“.

היורשים לפי סעיף זה הם יורשי הפרנטלה השניה, אשר בראשה עומדים שני ההורים, והיא מתפצלת לשני מטות: מטה האב (הוא וצאצאיו) ומטה האם (היא וצאצאיה). המטות, בינם לבין עצמם, הם שווי זכויות, ובקרוב המטה הכל הולך אחר ההוראות שנקבעו בסעיף 2 לגבי הפרנטלה

הראשונה, אלא שכאן, כמוכּן — שלא כמו בפרנטלה הראשונה — ראש הפרנטלה גופו הוא יורש, והוא היורש הראשון בקרב המטה שלו.

מנוסחו של החוק, ומתוך השוואת לשון סעיף 3 עם סעיף 4 (ראה להלן), נמצאנו למדים, כי המחוקק העותומני — מציידו הוא — לא הקפיד על כך, שההודים יהיו דוקא נשואים זה לזו. „האב או האם“ נאמר בפסוק השלישי של סעיף 3, וכאלה יכולים, כמוכּן, להיות גם איש ואשה שלא היו מעולם נשואים זה לזו. אך עדיין אין פירושו של דבר, כי הודים כאלה תמיד יירשו את בנם. המחוקק העותומני גופו לא העמיד את הדרישה, אך היא יכולה לבא ממקום אחר; ואם לפי החוק הדתי של בית הדין הדין בחלוקת נכסי המירי, ילד שנולד מחוץ לנישואין אינו ילדו החוקי של האב הטבעי שלו, הרי האב אינו לא „אב“ ולא „הורה“ במוכּן הסעיף הנ"ל, והוא לא יוכל לתבוע חלק בעזבונו בנו, כי לגבי השאלה „אינצידינטלית“: מי הוא „אב“ ומי הוא „בן“, מי הוא „בעל“ ומי היא „אשה“, מותר — כך נראה לי — לבית הדין הדתי לדון על פי החוק הדתי שלו, כשם שבית המשפט האזרחי דן בשאלות אלה על פי ההודאות „האזרחיות“ שניתנו לו — ורק לו — בסעיף 23 של פקודת הירושה.

וכאן ארשה לעצמי לסטות סטיה קלה מן המסלול שהתוודתי לפני, ולהרחיב את הדיבור על כך, כיצד תידון השאלה ההיא בפני בית המשפט האזרחי. הטעם לסטיה זו הוא, כי אחד הגורמים בבירור השאלה יהיה תכנון ומשמעותו של עקרון הייצוג, אשר תזילונו לדון בו לעיל.

ובכן, התשובה לשאלה דנן מצויה, כפי שכבר נרמז, בסעיף 23 של פקודת הירושה, בו נאמר:

„כדי לפסוק הלכה בכל שאלה, אם נמנה אדם על סוג של אנשים, או אם הוא בעל אופי או תכונה המזכים אותו ליטול חלק בירושה, ינהגו בתי המשפט האזרחיים על פי הכללים הבאים:

(א) היה התובע מושלימי או בן לאחת העדות, ינהגו על פי החוק המושלימי או על פי חוק העדה;

(ב) היה החובע נתין זר, ינהגו על פי החוק הלאומי שלו, בהתאם לכללים שנקבעו בסעיף 4 (iii) (ג) ...“

התשובה היא איפוא ברורה: הופיע האב לפני בית המשפט המחוזי, ונבע חלק בעזבונו בנו שנולד לו מחוץ לנישואין, הרי אם הוא אזרח ארצישראלי, יברר בית המשפט מה הוא החוק הדתי שלו, ואם הוא נתין זר — מה הוא החוק הלאומי שלו. והיה, אם החוק הדתי או הלאומי של האב, רואה אותו כאביו החוקי של המנוח, יתן לו בית המשפט את החלק המגיע לו על פי החוק החל באותו ענין על חלוקת העזבונו (החוק העותומני או חוקי הזר)⁴⁶, ואם לאו — לא יתן לו כל חלק בעזבונו.

בשאלה מעין זו דן בית המשפט העליון בתקופת המנדט, והכריע בה על פי הוראות הסעיף הנ"ל. באותו ענין תבע ילד מאומץ, נתין מכסיקאי, חלק בעזבונו אביו המאומץ, בטענה כי לפי החוק הלאומי שלו (של הילד) — כפי שהוכח בבית המשפט דלמטה — ילד מאומץ דינו לגבי ירושה כילד שנולד מן הנישואין, ובית המשפט קבל את הטענה ואמר:

„אני בא עתה אל הנקודה האחרונה והיא, אם ילד מאומץ יכול לרשת כפי שירש ילד שנולד מן הנישואין. סעיף 23 של פקודת הירושה אומר וזה לשונו: ... (כאן מצוטט הסעיף) ... התובע, במקרה דנן הבן המאומץ, הוא, כפי שהוכח, בעל נתינות מכסיקאית, הוא גם חבר הכנסיה הלטינית. ... והנה, המלים ההשובות בסעיף 23 הן אלה: „כדי לפסוק הלכה בכל שאלה, אם נמנה אדם על סוג של אנשים, או אם הוא בעל אופי או תכונה המזכים אותו ליטול חלק בירושה“. המלים הללו, אם יש להן משמעות כל שהיא, מן ההכרח, כי יתייחסו למקרה בו התובע, למעשה, איננו חבר סוג מסויים, אך מכוח החוק הוא נחשב כחבר אותו סוג, או נחשב, בלשון הסעיף, כבעל אופי או תכונה של חבר הסוג. נראה לי, כי הן לפי החוק הקאנוני והן לפי החוק המכסיקאי, ילד שאומץ, אם אך נעשו כל הצעדים הפורמליים של האימוץ, יש לו, לצורך ירושה, האופי והתכונה של חבר הסוג הזכאי לרשת. זאת אומרת, כי ילד שאומץ לפי החוק המכסיקאי, יש לו האופי והתכונה לרשת מכוח הסעיף, כאילו היה ילד שנולד מן הנישואין. לשון אחרת: לפי סעיף 23 (ב) הוא נחשב כצאצא,

או כמי שמצוי במצבו של צאצא. נראה לי, איפוא, כי בחלק האחרון של פסק דינו, הגיע הנשיא המלומד למסקנה בלתי נכונה, בדתותו את התביעה של הילד המאומץ“⁴⁷.

הקריטריון על פי סעיף 23 הוא, איפוא, אם החוק — הדתי או הלאומי — החל במקרה הגידון, רואה את תובע זכות הירושה כ„צאצא“ של המנוח, כ„אביו“ של המנוח, כ„אשתו“ של המנוח וכו', או לא. הדברים שנאמרו כאן לגבי ילד מאומץ, יחולו כמובן, הן לחיוב והן לשלילה, גם על ילד טבעי שנולד מחוץ לנישואין, ואם אותו חוק רואה אותו כ„ילד בלתי חוקי“, זאת אומרת: כמי שאיננו ילדו של המנוח, או רואה את האב כ„אב בלתי חוקי“ של המנוח, הוא, מכוח תוראת סעיף 23, לא יטול חלק בעזבונו. ואיזהו החוק הקובע? חוקו של תובע זכות הירושה, ולא חוקו של המנוח. — כפי שהגיון היה מחייב. כי סעיף 23 תולה במלים מפורשות את ההכרעה בחוקו של התובע (claimant), הן בסעיף קטן (א) והן בסעיף קטן (ב) שבו.

מכאן מסתעפת ועולה תוצאה אחת, והיא: כי אם ראובן בן יעקב נולד לאביו מחוץ לנישואין, ויעקב הוא נתין מדינה זרה, שתחוק שלה רואה ילד שנולד מחוץ לנישואין כילדו הבלתי חוקי של אביו הטבעי, וראובן הוא נתין מדינה זרה אחרת, שהחוק שלה רואה ילד שכזה כילד חוקי, הרי אם יעקב מת — יטול בנו ראובן חלק בעזבונו, ואילו אם ראובן מת — לא יקבל אביו יעקב כלום! זו היא, כנראה בעליל, תוצאה משונה, אך אין מגוס הימנה נוכח המלים המפורשות של החוק. למצב משונה כזה, אלא בתוצאות הפוכות, היינו מגיעים גם אילו החוק הקובע היה חוקו האישי של המוריש. ועוד נדון בסעיף זה להלן, במקום אחר⁴⁸.

ובזה הגענו אל הבעיה האחרת אשר דמונו עליה לעיל, היא הבעיה המתעוררת בסוגיא זו בקשר עם עקרון הייצוג. למדנו זה עתה, כי בניגוד לכל הגיון, אך בהתאם לרצונו המפורש של המחוקק, לא חוקו של המנוח, אלא חוקו של התובע דוקא, הוא הקובע את ההשתייכות לסוג, או את האופי והתכונה, האמורים בסעיף 23, ונשאלת השאלה: איזהו החוק הקובע את הסוג במקרה של ייצוג? חוקו של המיוצג — לגבי קרבתו, הוא, וחוקו של המייצג — לגבי קרבתו, הוא, או שמא די לנו בחוקו של המייצג בלבד, ועל

47 באטארסה נגר באטארסה, ע"א 208/42, 42 אפלבום 785, בעמודים 787—788.

48 ראה להלן, פרק זה, חלק (ב) סעיף 11.

46 ראה סעיפים 4 (iii) (א), 11 (ד), 21 של פקודת הירושה.

פיו תישק, ובאספקלדיא שלו תיראה, גם זכותו הפוטנציאלית של המיוצג. למאי נפקא מינה, והיכי תמציו? — על כך תלמדנו הדוגמא הבאה:

יעקב מת, והניח אתרינו את הוריו, יצחק ורבקה, ואת נכדו, חנוך, בן בנו ראובן, שמת בחיי יעקב. ראובן הוא בן שנולד לו, ליעקב, מחוץ לנישואין, ותוא היה נתין מדינה זרה, שהחוק שלה רואה ילד שנולד מחוץ לנישואין כילדו הבלתי חוקי של האב. חנוך, לעומת זה, הוא אורח ארצישראלי, החוק האישי שלו הוא, איפוא, דיני ישראל, ולפי דיני ישראל, כידוע, כל ילד הוא חוקי, ויורש את אביו⁴⁹. והנה בא הנכד, חנוך, ותובע לעצמו חלק הארי בעזבון סבו. הוא מצביע על דיני ישראל, ואומר: לפי חוק דתי זה שהוא החוק האישי שלי, אבי — ראובן — היה בנו החוקי של יעקב, וממילא אני נכדו החוקי של יעקב, ומגיע לי, כיוורש הפרנטלה הראשונה, חמש ששיות של עזבון סבי⁵⁰. יצחק ורבקה מתנגדים לבקשת חנוך, וטוענים לעומתו: אתה, חנוך, הנך רק מייצג את אביך ראובן, וזכותך אינה עדיפה מזכותו של ראובן גופו. אילו היה אביך חי, ותובע הוא גופו את העזבון, הרי לא היה מקבל כלום — מכיוון שהחוק הלאומי שלו אינו רואה אותו כבנו החוקי של יעקב — ממילא גם אתה, המייצג שלו, אינך זכאי לרשת את יעקב, וכל העזבון נופל לנו, יורשי הפרנטלה השניה.

נראות לכאורה, שתי הטענות כבעלות משקל הגיוני שוות, אך נוטה אני לחשוב, כי הדין עם חנוך. ושני טעמים לדבר: האחד פורמלי, השני מהותי. סעיף 23 מדבר על חוק, הדתי או הלאומי, של התובע, ורואה בו את חזות הכל לקביעת זכותו של היורש. במקרה דנן, היורש החי, התובע בפועל ממש את זכות הירושה, הוא חנוך ולא ראובן, ולכן יש לדון זכותו זו לפי חוקו הוא, ולא לפי חוקו של מישהו אחר. שנית, זוהו הוא העיקר: ענין הייצוג אינו „ביאות כח“ יורידית, אלא פיקציה בלבד, וכל כולו לא נוצר אלא לשמש נוסחא קצרה, או בסיס אידיאולוגי, לעקרון הירושה לפי גזעים, כפי שנתבאר לעיל. אין הנכד תובע את זכותו בתור בנו של הבן, — הוא תובע אותו בתור נכדו של המנוח. השאלה היחידה היא, אם הוא אמנם נכדו החוקי של המנוח או לא, ולכן שורת ההגיון מחייבת, כי השאלה

49. כל הקרובים בעבירה יורשין ככשרים. כיצד? כגון שהיה לו בן ממזר, או אח ממזר, הרי אלו כשאר בנים וכשאר אחים לנחלה (רמב"ם הלכות נחלות, פרק א', הלכה ז', ומקורו ביבמות, דף כ"ב, ע"א וע"ב, עיי' שם).
50. ראה סעיף 6 של החוק העותומני.

תוכרע על פי חוקו של הנכד, וכי החוק האישי של הנכד, ולא של הצאצא שלפניו, ישמש אספקלדיא לקביעת חוקיותו של הזוליות המקשדות אותו עם המנוח. אם כבר המחוקק — מטעמים כמוסים עמדו — העדיף כאן את חוקו האישי של התובע על חוקו האישי של המנוח, אין טעם להרחיק את הדבר עוד יותר מן השכל, ולכנות בשם „תובע“ אדם, שאינו תובע, ואין תובעים בשמו, שום זכויות ירושה בעזבונו.

שונה — אולי — היתה המסקנה, אילו החוק העותומני, דוגמת דיני ישראל, היה מבסס את כניסת הנכד במקום הבן, לא על עקרון הייצוג, אלא על עקרון „הירושה כקבר“. כי אם, באמת, הבן המת יורש מן האב, ומוריש לנכד, את הלקו בנכסיו האב, יש מקום לומר, כי מכיוון שהוא גופו — לפי ההנחה דלעיל — אינו מסוגל לרשת, הרי אין לו מה להוריש לאחרים. אמרתי „אולי“, יען כי יתכן הדבר, כי גם רעיון הירושה בקבר אינו אלא פיקציה גרידא, כדי להעמיד „יוצאי יריכו של בן“ במקומו של הבן, — ויש פנים לכאן ולכאן בדברי הפוסקים והמפרשים⁵¹.

על שאר הבעיות המתעוררות בקשר עם ההוראה המשונה של סעיף 23, ובייחוד על הסיבוכים הבלתי פתירים העלולים לקום מתוך השימוש בחוקים האישיים השונים של התובעים השונים, נעמוד במקום אחר ובהקשר אחד⁵².

סעיף 4 של החוק אומר:

„יורשי הדרגא השלישית הם ההורים הזקנים של המנוח וצאצאיהם. אם ההורים הזקנים משני הצדדים הם כולם בתיים, יחלקו שוה בשוה. מת אחד מהם לפני המנוח, ייצגו אותו צאצאיו בהתאם לכללים אשר כבר החכרו. חלקו של הורה זקן אשר אין לו צאצאים, יעבור לאותו הורה זקן שהוא הבעל או האשה שלו. אם בן הזוג — זאת אומרת: הבעל או האשה של ההורה הזקן שמת ללא צאצאים — אף הוא מת, חלקו יעבור לצאצאיו. אם כל ההורים הזקנים מצד אחד, יתא זה מצד האב או יתא זה מצד האם, מתו לפני המנוח הם וצאצאיהם,

51. עיי' דווק בדברי הרמב"ם שם, הלכה ה' והלכה י"ב, והשחה לעומתם את דברי הר"י בתוס' בבא בתרא, דף ק"ד ע"ב, ד"ה מה.
52. ראה להלן, פרק זה, חלק ב', סעיף 11.

לא נאמר: יעבור אל התורה הזקן האחר מאתו צד, אלא נאמר: יעבור לאותו הורה זקן שהוא הבעל או האשה שלו. נוסחו האנגלי של הפסוק הוא:

will pass to the grandparent who is his or her spouse

המסקנה העולה מפשוטו של פסוק היא, כי אין תורה זקן אחד „מנחיל“ את חלקו להורה הזקן האחר מאתו צד, אלא אם כן אותו סב וסבה היו נשואים זה לזה. ומה יתא הדין אם לא היו נשואים? היתכן כי במקרה זה, שלשת רבעי העזבון יחולקו חלק כחלק בין שלשת התורים הזקנים האחרים, וחלקו של הסב „הרווק“ יהיה *bona vacantia*? אתמהא!⁵⁴

סעיף 5 של החוק אומר:

„הצאצא, אם מדרגא ראשונה ואם מדרגא שניה ואם מדדגא שלישית, הרוכש זכות ירושה דרך יותר ממקור אחד, יחזיק בכולם“.

הדוגמא הפשוטה ביותר לכך היא: ילד שנולד מנישואי בן דוד ובת דוד, שהם נכדו ונכדתו של המנוח, אשר מתו, הם והוריהם, בחיי המנוח.

למשל: יעקב אב לשלשה בנים: ראובן, לוי ואשר. ללוי בן רשמו קהת, לאשר בת ושמה סרח. קהת נשא לו לאשה את סרח, והוליד ממנה את עמרם. בשעת מותו של יעקב, המוריש, לא נותרו בחיים מכל אלה, אלא הבן ראובן, והנין עמרם, והם באים לחלוק בנכסי יעקב. עמרם זה הוא נינו של יעקב הן מצד אביו והן מצד אמו: הוא בן קהת בן לוי בן יעקב, והוא בן סרח בת אשר בן יעקב. הוא מייצג כלפי המנוח, הן את אביו-אביו לוי, והן את אכיו-אמו אשר. לכן נוטל עמרם שני חלקים בנכסי יעקב, וראובן נוטל חלק אחד. והוא הדין, אם כל הקרובים הללו הם בפרנטלה השניה או השלישית, והייצוג הכפול הוא לא כלפי המנוח גופו, אלא כלפי אביו או סבו. דוגמא אחרת. הפרטים כדלעיל, תוך שוני אחד: לא ראובן ועמרם נותרו בחיים אלא ראובן וקהת. קהת לא יטול את חלק אשתו סרח, הנאיל,

54 וואלי, נובח התוצאות הקשות הללו, נאלץ לומר, כי המלה *spouse* לא דוקא, וכי המחוקק המנטורי קיים כאן בעצמו את המימרא: „דברו חכמים בהזהה“. אם כך הדבר — יתא התורה הזקן „מנחיל“ את חלקו גם לזוגתו הסבה הבלתי נשואה; וכן להיסק.

אוי עוברת זכות הירושה להורים הזקנים מן הצד השני וצאצאיהם. הכללים בנוגע ליורשי הדרגא הראשונה, חלים על צאצאים הבאים, לפי סעיף זה, במקום ההורים או ההורים הזקנים שלהם“.

חיורשים לפי סעיף זה, הם יורשי הפרנטלה השלישית, שהיא הפרנטלה האחרונה. היא מתפצלת לארבעה מטות: מטה הסב מצד האב, הוא וצאצאיו; מטה הסבה מצד האב, היא וצאצאיה; מטה הסב מצד האם, הוא וצאצאיו; ומטה הסבה מצד האם, היא וצאצאיה. המטות, בינם לבין עצמם, הם שווים זכויות, אלא שהואיל וכאן יש שני זוגות של מטות, הרי בהעדר מטה אחד, אין חלקו עובר לשאר שלשת המטות, אלא: הבא במקום המטה של הסב מצד האב — הוא מטה הסבה מצד האב, וכן להיפך; והבא במקום המטה של הסב מצד האם — הוא מטה הסבה מצד האם, וכן להיפך. נעדרו זוג של מטות, היינו: שני המטות מצד האב או השנים מצד האם, עובר חלקם לזוג השני. בקרב המטה גופו — הכל הולך אחר הכללים שנקבעו בסעיף 2 לגבי יורשי הפרנטלה הראשונה, זאת אומרת: כל הקרוב קרוב — קודם, ובהעדר אחד מהם, נוטלים צאצאיו את חלקו, לפי כללי הייצוג והירושה לפי גזעים, אשר נתבארו לעיל.

וכאן מן הראוי לעמוד על כמה מלים המצויות בירכתי הפסוק הרביעי של הסעיף. יתכן כי אין זו אלא טעות תרגום של מלה ערבית או טורקית, אך מכיון שאפילו כן — הרי, כידוע, „שגגת מחוקק עולה זדון“, וחייבים לנהוג על פיה כל עוד לא תוקנה,⁵⁵ עשוי הדבר לגרור אחריו, הלכה למעשה, תוצאות קשות. לשונו של אותו פסוק הוא:

„חלקו של הורה זקן אשר אין לו צאצאים, יעבור לאותו הורה זקן שהוא הבעל או האשה שלו“.

53 נא לשים לב לכך, כי המחוקק המנטורי לא אימץ לו, על דרך האפיקור, את החוק העותומני ההוא, אלא ציטט אותו במפורס בתוספת השניה לפקודה. ולא עיו אלא שבסעיף 2 של הפקודה, הוא סעיף ההגדרות, נאמר בפירוט: „החוק העותומני, פירושו: החוק הזמני בניגע לירושת נכסי ולא נידוי, מיום 3 ברבי אול אהאל 1331, כפי שפורס בתוספת השניה לפקודה זו“, בחינת „כזה ראה וקדש“. כך שנוסחו האנגלי המתורגם, ולא נוסחו הטורקי, המקורי, מחייב את בתי המשפט.

וכפי שראינו לעיל, אין ייצוג מכוה קרבת חיתון, הבעל איננו מייצג את אשתו שמתה בחיי המוריש. הוא לא יטול את חלק בנו עמרם, אף על פי שעמרם, אילו נותר בחיים, היה נוטל את חלקה של אמו סרה, אלא: ראובן וקהת חולקים שווה בשווה בנכסי יעקב, בהתאם לכלל שנקבע בסעיף 2:

„מתו אחדים מילדי המנוח וצאצאים אין להם, תוענק זכות הירושה לשאר הילדים וצאצאיהם בלבד“.

כאן מת אשר, בן המנוח יעקב, וצאצאים אין לו, שהרי בתו סרה מתה בחיי יעקב; לכן נתונה זכות הירושה „לשאר הילדים וצאצאיהם בלבד“, היינו: לבן ראובן, ולקהת שהוא צאצא של הבן לוי. אין קהת יכול לאמר: אני מייצג את בני, עמרם, ונוטל את השליש שהיה מגיע לו, אילו חי, כבנה של סרה, כי-כך נראה הדבר — אין הייצוג פועל בקרבת דם כאשר המיוצג הוא יותר רחוק מן המוריש מאשר המייצג. דבר זה עולה, לכשנדייק, מתוך סעיף 2 הנ"ל.

סעיף 6 של החוק אומר:

„קיים אדם בתוך אחת הדרגות שהוזכרו הקודמת בכותה, לא תהיה לאחרים, בני הדרגות שלאחריה, כל זכות ירושה; ברם, אם המנוח משאיר אחריו ילדים או נכדים, וחיים עדיין אביו ואכו, או אחד מהם, ינתן להם החלק הששי“.

הפסוק הראשון מקומו היה, בעצם, בפתח דבריו של החוק. הוא קובע את התור בין שלש הפרנטלות הנ"ל: הראשונה קודמת לשניה ולשלישית, והשניה קודמת לשלישית. נמצא קרוב אחד בפרנטלה היותר קרובה, הוא מוציא ככלל ירושה את כל חברי הפרנטלה או הפרנטלות שלאחריה, ואולם ישנו „חוק“ אחד או „חדיג“ אחד לכלל עקרוני זה — לגבי תורי המנוח, ולגביהם בלבד. אף על פי שההורים הם יורשי הפרנטלה השניה, הם יורשים יחד עם חברי הפרנטלה הראשונה, ועל שום מה לא נכללו מלכתחילה בין יורשי הפרנטלה הראשונה? על שום שחלקם הוא חלק מסויים — החלק הששי, לא פחות ולא יותר — ואינם חולקים שווה בשווה עם יורשי הפרנטלה הראשונה. במקרה הקונקרטי, כמובן, יכול חלקם להיות שווה, או יותר קטן או יותר גדול, מחלקו של כל אחד מיורשי הפרנטלה הראשונה, — הכל תלוי במספר היורשים של פרנטלה זו. רק ההורים גופם, או אחד מהם, זכאים ליטול — בצד יורשי הפרנטלה הראשונה — את החלק הששי הנ"ל. צאצא ההורים אינם זכאים לכך.

הוא אשר אמרתי לעיל, כי שיטת הירושה של החוק העותומני, היא שיטה פרנטלית יחסית, כי היא אינה מעדיפה באופן אבסולוטי, וללא כל יוצא מן הכלל, את יורשי הפרנטלה הראשונה על יורשי הפרנטלה השניה. שהרי ההורים (אך לא צאצאיהם) נוטלים חלק מסויים יחד עם יורשי הפרנטלה הראשונה, כפי שראינו לעיל.

ירושת בני הזוג, על יד יורשי שלש הפרנטלות, שקרבתם למנוח היא קרבת דם, קיים בחוק העותומני עוד סוג יורשים, שקרבתם למנוח היא לא קרבת דם, אלא קרבת חיתון, והם בעלה של המנוחה, או אשתו של המנוח. וכך נאמד בקטע השני של סעיף 6:

„השאיר המנוח אחריו את בן זוגו (זאת אומרת: הבעל את אשתו או האשה את בעלה), תהיה לאותו בן זוג הזכות לרשת חלק בעזבונו, אם היורשים הם יורשי הדרגה הראשונה — החלק יהיה רבע, אם היורשים הם או יורשי הדרגה השניה או ההורים הזקנים של המנוח — החלק יהיה חצי, אם, בהתאם לסעיף 4, יורשים צאצאים של תורה זקן עם מי שהוא מן ההורים הזקנים — יילקח גם חלקם על ידי בן זוגו של המנוח, אם לא נותרו בחיים יורשי הדרגה הראשונה או השניה, וגם לא הורים זקנים, יירש בן הזוג לבדו“⁵⁵.

תכנון של הקטע הזה הוא, בתכלית הקיצור, כך: —

האלמן או האלמנה נוטלים: בצד יורשי הדרגה הראשונה — את רבע העזבונו, בצד יורשי הדרגה השניה או ההורים הזקנים — את מחצית העזבונו, ובצד שאר יורשי הדרגה השלישית — את העזבונו כולו. ואולם אם אחד ההורים הזקנים מת לפני המנוח, וצאצאיו באים לייצג אותו בהתאם לכללי הייצוג האמורים בסעיף 4, יטלו האלמן או האלמנה גם את חלקם של המייצגים. כך שחלקם של האלמן או האלמנה גדל והולך בתתמי המחצית השניה, בפרופורציה ישרה למספר ההורים הזקנים המיוצגים על ידי צאצאיהם. חלקו של האלמן או האלמנה יכול, איפוא להיות: רבע, חצי, חמש שמיניות, שש שמיניות, שבע שמיניות, או כל העזבונו כולו, — הכל כפי שיחייב הענין בתחשב עם ההוראות הנ"ל.

55 באנגלית נאמר: *or no grandparents*, אך ברור כי המלים „או לא“ פירושו כאן: „וגם לא“, כפי שיצא משאר חלקי הסעיף.

(ב) לאה הניחה אחריה את שני הוריה, או את אביה בלבד, או את אחיה. יעקב נוטל חצי.

(ג) לאה הניחה אחריה את הסב והסבה שלה מצד האב, ואת הסב והסבה שלה מצד האם. יעקב נוטל חצי. והוא הדין, אם הניחה אחריה דק אחד מארבעת ההורים הזקנים שלה.

(ד) לאה הניחה אחריה את הסב והסבה שלה מצד האב, את הסב שלה מצד האם, ואת דודה, בן הסבה שלה מצד האם. יעקב נוטל חמש שמיניות: חצי, ועוד שמינית אחת, שהיתה מגיעה לדודה של לאה, בתור מייצג הסבה שלה מצד האם, לפי סעיף 4 של החוק.

(ה) לאה הניחה אחריה את הסב והסבה שלה מצד האב, ואת דודה, בנם המשותף של הסב והסבה שלה מצד האם. יעקב נוטל שש שמיניות: חצי, ועוד שתי שמיניות, שהיו מגיעות לדודה של לאה, בתור מייצג הסב והסבה שלה מצד האם.

(ו) לאה הניחה אחריה את הסב שלה מצד האב, את דודה האחד, בן הסבה שלה מצד האב, ואת דודה השני, בנם המשותף של הסב והסבה שלה מצד האם. יעקב נוטל שבע שמיניות: חצי, ועוד שמינית אחת, שהיתה מגיעה לדודה הראשון של לאה, בתור מייצג הסבה שלה מצד האב, ועוד שתי שמיניות, שהיו מגיעות לדודה השני, בתור מייצג הסב והסבה שלה מצד האם.

(ז) לאה הניחה אחריה את הוריה הסבים והסבות שלה, או את דודיה, בני הסבים והסבות שלה. יעקב נוטל את הכל.

המקרה הראשון מדגים את הפסוק השני של הקטע השני של סעיף 6; המקרה השני — את הפרט הראשון של הפסוק השלישי; המקרה השלישי — את הפרט השני של הפסוק השלישי; המקרה הרביעי והחמישי והששי — את הפסוק הרביעי; והמקרה השביעי — את הפסוק החמישי.

מקורות ירושה "מעורבים". בסעיף 5 של החוק נאמר:

"הצאצא אם מדרגא ראשונה ואם מדרגא שניה ואם מדרגא שלישית, הרוכש זכות ירושה דרך יותר ממקור אחד, יחזיק בכלם".

ואת אומרת: יקבל את החלקים המגיעים לו מכל המקורות. לא נאמר, שהמקור הנוסף חייב להיות אף הוא קרבה המצויה באחת הדרגות

בסעיף 6 נאמר, כי אם בהתאם לסעיף 4, יורשים צאצאים של הורה זקן עם מי שהוא מן ההורים הזקנים — יילקח גם חלקם על ידי בן זוגו של המנוח. על שום מה השתמש המחוקק ב"לקיחה" זו, ומדוע לא אמר, כי במקרה שיש בן זוג — אין צאצאי ההורים הזקנים מייצגים את ההורים הזקנים כלל? שאילו אמר כך, היה החלק שאין היצוג תופס בו, גופל לתורים הזקנים האחרים, מכוח הוראה אחרת של סעיף 4. נקוט כלל זה בידד: על שלשת הרבעים הנופלים — אם יש בן זוג למנוח — ליורשי הפרנטלה הראשונה, ועל המחצית הנופלת ליורשי הפרנטלה השניה או להורים הזקנים, חלים כל כללי ירושה האמורים בסעיפים 2, 3, 4. בנחון לסטייה אחת בלבד: כי החלק שמייצג או מייצגי ההורים הזקנים היו מקבלים על סמך סעיף 4, "גלקח" על ידי הבעל או האשה. התוצאה המעשית מחלות הכללים ההם תהיה, למשל, כי אם, מלבד בן זוגו של המנוח, נותרו בחיים רק ההורים הזקנים שלו מצד האב, וההורים הזקנים שלו מצד האם מתו לפניו ללא צאצאים, אזי ההורים הזקנים שלו מצד האב יטלו את כל החצי כולו, על פי הפסוק הששי של סעיף 4 האומר:

"אם כל ההורים הזקנים מצד אחד... מתו לפני המנוח הם וצאצאיהם, אזי עוברת זכות הירושה להורים הזקנים מן הצד השני...".

ואם רק אחד מהם נשאר בחיים, יטול הוא לבדו את כל החצי כולו, וזה: מכוח הוראת הפסוק הששי הנ"ל, בצירוף הוראת הפסוק הרביעי של אותו סעיף, האומר:

"חלקו של הורה זקן אשר אין לו צאצאים, יעבור לאותו הורה זקן, שהוא הבעל או האשה שלו".

הדוגמאות הבאות ידגימו את האפשרויות השונות המסתעפות מכל ההודאות הללו. בכל אחת הדוגמאות ההנחה היא, כי מלבד הבעל וקרובי הדם המתוארים באותה דוגמא, לא היו למנוחה שום קרובים אחרים תוך גבולות שלש הפרנטלות האמורות בחוק.

(א) יעקב ולאה נשואים זה לזה. לאה מתה, והניחה אחריה ילדים. יעקב נוטל רבע.

הפרנטליות ההן, — יכולה לשמש מקור גוסף גם קרבה של חיתון דוגמא לכך:

ראובן בן יעקב היה נשוי לבת אחיו, סרח בת אשר בן יעקב. ראובן מת, והניח אחריו את אשתו, סרח, ואת אחיו שמעון בן יעקב. סרח ושמעון הם קרובי דם של ראובן בפרנטלה השנייה: הם שניהם צאצאי יעקב, אביו של המנוח, ואילו לא היתה סרח אשתו של ראובן, היתה היא ושמעון חולקים שווה בשווה בנכסי ראובן. אך מכיוון שסרח היא אשתו של ראובן, וכאשר קיימים רק יורשי הפרנטלה השנייה — האשה יורשת חצי, לכן תיטול סרח קודם כל את החצי המגיע לה בתור אשתו של המנוח ראובן, והחצי השני יתחלק שווה בשווה בינה ובין שמעון, כמייצגי אביו של המנוח. ראש הפרנטלה השנייה יעקב. נמצא סרח נוטלת שלשה רבעים, ושמעון — רבע אחד.

שונה הימנה, וגם מעניינת יותר, תהיה התוצאה, אם קרה היפוכו של דבר: סרח מתה, וראובן בעלה ודודה, ושמעון דודה, באים לרשת את עזבונה. הקרבה בין ראובן ושמעון מחד, וסרח מאידך, היא קרבת דם של הפרנטלה השלישית: הם שניהם צאצאי יעקב, הסב של המנוחה.⁵⁶ ראובן הוא גוסף על כך, בעלה של המנוחה. כאשר קיימים רק יורשי הפרנטלה השלישית, והם אינם ההורים הזקנים גופם, בן זוגו של המנוח נוטל את הכל. והתוצאה במקרה זה תהיה: ראובן יורש את כל עזבונה של סרח. והמעניין שבדבר מבחינת הקונסטרוקציה המשפטית הוא, כי ראובן יורש את סרח, לא מחמת קרבת הדם שביניהם, אלא על יסוד קרבת החיתון שביניהם. כי ראובן, הבעל, דוחה ומוציא מכלל ירושה את ראובן, הדוד, כשם שהוא דוחה ומוציא מכלל ירושה את הדוד השני שמעון. ואולם אם ראובן יוותר על זכות הירושה שלו בתור בעל, ובתור בעל בלבד, כי אז יתכן הדבר, שהוא ושמעון, כקרובי דם של סרח בפרנטלה השלישית, יירשו שווה בשווה את עזבון המנוחה הזאת.

56 אחד הפרדוקסים או ה"אנטינומיות" של השיטה הפרנטלית היא, כי אי יכול להיות יותר קרוב לבי מאשר ב' לא'. למשל: חנוך בן ראובן בן יעקב, ודודו שמעון בן יעקב. חנוך הוא קרובו של שמעון בפרנטלה השנייה, ושמעון הוא קרובו של חנוך בפרנטלה השלישית. הסיבה לכך היא, כי הקרבה הראשונית נקבעת כאן לפי קרבתו של ראש הסרנטלה למנוח, ולא לפי קרבתו לירוש. כאשר שמעון מת, ראש הפרנטלה יעקב הוא אביו של המנוח, ואילו כאשר חנוך מת, ראש הפרנטלה יעקב הוא סבו של המנוח.

ויתור וייצוג. ענין היתור על הירושה הוא פרשה סתומה במשפט הארצישראלי, כפי שגראה להלן⁵⁷, ואין איש יודע את שלשלת היוחסין שלו. אך אם אין אנו יודעים את מוצאו — יודעים אנו את פעולתו, ופעולתו היא — בתנאים מסויימים — לעקור את הירושה למפרע, ולראות את המוותר כאילו לא ירש מעולם.

„עם מותו של המוריש עובר רכושו בתורת חטיבת זכויות אחת ואחידה לירוש, הרוכש על ידי כך מעמד לגבי אותו רכוש בשלמותו... וממעמד זה נובעת זכות הבעלות של יורש בנכסי המנוח הכלולים בעזבונו. ויתר הירוש על מעמד זה, הרי לא ויתר על חפץ פלוני אלא על מקוד כל זכויותיו כעזבונו, וממילא לא היה לבעלים של שום נכס מהנכסים אשר הניח המוריש. על ידי ויתור על הירושה, כיחידת נכסים שלמה, כאמור, אין הירוש מעביר כל נכס מנכסי העזבונו לאחר, אלא הוא גורם להעברת הירושה, מהמוריש במישרין, אל האדם הנהנה מויתורו, כאילו לו, למוותר, מעולם לא היה מעמד של יורש“⁵⁸.

נוכח הדברים האלה נשאלת השאלה, מי בא במקומו של הירוש המוותר? האם יירשו, במקום הבן שוויתר, שאר בניו של המנוח, או שבנו של המוותר יבא במקומו? לשון אחרת: האם גם כאן יפעל עקרון הייצוג, שנקבע בסעיפים 2, 3, 4 של החוק העותומני לגבי הפרנטלות השונות?

התשובה לכך היא לדעתי: לא! שלשת הסעיפים הללו הם — בתבנם, אם כי לא בלשונם — העתקה נאמנה של הסעיפים 1924, 1925, 1926, של ה"ב.ג.ב. הגרמני, ובהם המדובר הוא בייצוגו של יורש שמת בלבד. אילו רצה המחוקק העותומני לקבוע, כי יורש שוויתר — „חשוב כמת“, וממילא מתחיל לפעול עקרון הייצוג של שלשת הסעיפים הנ"ל, היה הוא מעתיק מתוך ה"ב.ג.ב. גם את סעיף 1953, האומר בלשון ברורה ומפורשת:

57 ראה להלן, פרק זה, חלק (כ), סעיף 13.
58 גוסוסר נגד סריזמן, ע"א 62/50, ו' ססקי דין 746, בעמוד 752.

„נדחתה הירושה, רואים כלא היה את נפילת הירושה לרוחה.
הירושה נופלת לאותו אדם, שהיה זכאי לרשת אילו הדוחה
לא היה בחיים בעת נפילתה”⁵⁹.

ומכיוון שלא עשה כן, ולא אימץ לו את תורת הסעיף הגרמני הוא, לא
באותו נוסח ולא בנוסח דומה אחר, — סימן הוא, כי בנקודה זו לא היתה
דעמו נוחה מן ההסדר שנקבע על ידי המחוקק הגרמני, והוא במתכוון
הגביל את עקרון הייצוג למקרי מוות בלבד. התוצאה היא איפוא כי אם
— לאחר מות המוריש — מותר אחד היורשים על זכות הירושה שלו,
ויגרלו, באופן פרופורציונלי, חלקיהם של שאר היורשים, או, לשון אחרת:
יחולק העזבון כאילו לא היו בחיים, לא המותר גופו ולא הצאצאים שלו.
למשל: יעקב מת, והניח אחריו את בניו ראובן, שמעון ולוי, ואת בני לוי:
גרשון וקהת. לוי ויתר על זכות הירושה שלו. לפי החוק הגרמני — יטלו
ראובן ושמעון כל אחד שלישי, והשליש הנותר יתחלק, על פי עקרון הייצוג,
בין גרשון וקהת⁶⁰. לפי החוק העותומני, שאינו מחיל כאן את עקרון הייצוג,
יתחלק העזבון כולו בין ראובן ושמעון בלבד.

ואין זו הנקודה היחידה, בה עזב המחוקק העותומני את תורת מורו
ורכז המחוקק הגרמני קיימות עוד שתי סטיות חשובות, וכוונתי היא
לסטיות הנוגעות לסדר הנחלות.

(א) בחוק העותומני, מספר הפרנטלות מוגבל לשלש, — צאצאי
המנוח, הורי המנוח וצאצאיהם. הורי-הורי המנוח וצאצאיהם. בחוק

59 החיתור על זכות הירושה, הנעשה על ידי היורש לאחר מות המוריש, נקרא בחוק
הגרמני בשם „רחיית הירושה“ (Erbchaftsausschlagung). בשם „ויתור“
(Erbverzicht), מכנה החוק הגרמני את החיתור הנעשה בחיי המוריש, על ידי
חיה בין היורש והמוריש, והוא משתרע גם על צאצאי המחרת, אלא אם כן
הותנה אחרת“ (ב.ג.ב., סעיפים 2346, 2349). הסעיף לכך הוא, כי ויתור מסוג זה
נעשה, כרגיל, לאחר קבלת תמורה מסוימת מאת המוריש, — תמורה שהמחרת
שומר לו ולבניו אחריו, ולכן מן הדין הוא, כי יכללו בו, אם לא הותנה אחרת, גם
צאצאיו, שאם לא כן — הם יקבלו את חלקם שתי פעמים (vide Dernburg, loc. cit. p. 292).

Enneccerus-Kipp-Wolff, loc. cit., p. 31; 60
Komment. d. R.G.R., ad sec. 1953;
Wiefels, Erbrecht, 90-94 Aufl. p. 17.

הגרמני — מספרן בלתי מוגבל, ואולם, מן הפרנטלה הרביעית ומעלה,
הפרנטלה הקרובה דוחה, אמנם, את כל הפרנטלות היותר רחוקות, אלא
שבחוק הפרנטלה גופה, מתחלק העזבון לפי השיטה הגרדואלית, היינו: לפי
מירת הקרבה האינדיווידואלית שבין היורש והמוריש, ואין מחילים, בפרט-
טלות גבוהות אלה, את עקרון הירושה לפי גזעים. חוץ מזה, קיים שם
עוד הבדלימה לגבי סדרי החלוקה בין הורי הסבים והסבות. וכך נאמר
בסעיף 1928 של ה-ב.ג.ב.

„היורשים החוקיים של הסדרה הרביעית, הם הורי הסבים
הסבות וצאצאיהם. חיים הורי הסבים והסבות בעת נפילת
הירושה, יורשים הם בלבד. חיים אחדים מהם — יורשים
שוהה בטוה, בין אם שייכים הם לקו אחד, בין אם שייכים
הם לקווים שונים⁶¹. לא נותרו בחיים, בעת נפילת הירושה,
הורי סבים וסבות, אזי יורש מתוך צאצאיהם אתו צאצא
הקרוב למוריש בדרגה הקרובה ביותר. הקרובים בדרגת קרבה
שוהה, יורשים שוהה בשוהה”⁶².

למשל: המוריש הוא מכיר בן מנשה בן יוסף בן יעקב. נותרו בחיים, בעת
מות מכיר, רק ראובן בן יעקב, ושני בני שמעון בן יעקב. ראובן נוטל
הכל, ובני שמעון אינם מקבלים כלום. אילו המוריש היה מנשה, ולא נותרו
בחיים אלא ראובן ושני בני שמעון בני-ל, היו אלה לא יורשי הפרנטלה
הרביעית, אלא יורשי הפרנטלה השלישית, בה פועל עקרון הירושה לפי
גזעים, ועזבונו של מנשה היה מתחלק: חציו לראובן, וחציו — שוהה בשוהה
— לשני בני שמעון. לפי החוק העותומני, אין למוריש, מכיר, בכלל שום
יורש חוקי, ועזבונו יהיה לנכסי המדינה.

(ב) לפי החוק העותומני, נוטלים הורי המוריש (או אחד מהם) חלק
ששי בעזבונו, כאשר למוריש יש צאצאים (סעיף 6, קטע ראשון). זאת
אומרת: הפרנטלה הראשונה אינה מוציאה לחלוטין מכלל ירושה את כל

61 זאת אומרת: כאן אין, למשל, אביו של סב מסויים נוטל את חלקה של אמו של
אוחו סב, אלא חלקה של האם מתחלק שוהה בשוהה בין שאר הורי הסבים והסבות.
62 הודאת סעיף זה חלה גם על הפרנטלות שלאחר הפרנטלה הרביעית (סעיף 1929,
ב.ג.ב.).

יורשי הפרנסלה השנית. המחוקק הגרמני, לעומתו, אומר בסעיף 1930 של ה-ב.ג.ב.

„אין קרוב יורש. כל עוד קיים יורש באחת הסדרות הקדמות“.

ולא הוציא מן הכלל אפילו את הורי המוריש, השיטה הפרנסלית של החוק הגרמני היא, איפוא, אבסולוטית, השיטה הפרנסלית של התוק העותומני היא יחסית.

טיכמו של חלק-פרק זה: בית הדין הדתי דן את עניני המעמד האישי לפי החוק הדתי שלו. אין בית המשפט האזרחי מתערב דרך בלל בפסיקתו של זה, אפילו אם טעה בדבר הלכה, אלא אם כן טעות זו מתוה, היא גופה, חריגה מסמכות. עזבונות נכסי מירי, חייב בית הדין הדתי לחלק תמיד על פי הוראות החוק העותומני. לא נגענו כאן בדיני הירושה, שמקורם הוא לא בסדרי הנחלות של החוק העותומני אלא בחוקים או כללים אחרים, ואלה ישמשו לנו נושא לדיון, בהגיענו אל פרשת הפסיקה של בית המשפט האזרחי.

(ב) אזרחי הארץ בפני בית המשפט האזרחי

1. אחת הפרשיות הקשות ביותר במשפט הארצישראלי — אולי הפרשה הקשה בהא הידיעה הכפולה — הוא שימוש של החוק הדתי בפני בית המשפט האזרחי. אופיו של החוק הדתי — של כל חוק דתי — מתבלט ביחוד ובבלעדיות שבו; הוא אינו מכיר גבולות ותחומים, לא מבחינת המקום ולא מבחינת הזמן; מלא כל הארצות כבודו, ומלא כל התקופות כבודו; הגנה נוטלים יצירה אוניברסלית זו וכולאים אותה תוך מסגרת צרה ונוקשה, מטילים עליה גדרים וסייגים, המתכחשים לעצם מהותה, — היפלא, כי התוצאה היא לא דא ולא תא, לא חוק דתי ולא משפט אזרחי, אלא בליל של נורמות מלאכותיות, אשר כל רוח מצויה מגלה את מקומות התורפה שבהן? לא נוכל לאורך ימים להתחמק מלכרות את הקשר הגורדי הזה, כי כל מה שנעשה עד עכשו לא היה אלא הרכבת טלאי על גבי טלאי, שחיפתה אד במעט על כשלון פתרונה של הבעיה האמיתית.

2. סימן 47 של דבר המלך אומר, וזה לשונו:

„לבתי המשפט האזרחיים תהא, כמו כן, הסמכות לדון, בנתון להוראות חלק זה של דבר המלך, בעניני המעמד האישי, כפי שהוגדרו בסימן 51, של אנשים בארץ ישראל. בסמכות זו ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנה שיחולו או יחקקו בעתיד, ובנתון לכך — בהתאם לחוק האישי המתאים“.

השאלה העומדת בפתח עינים היא, מה הוא אותו „חוק אישי“, אליו התכוון המחוקק בהוראה יסודית זו? יודעים אנו, מה פירושו של מונח זה לגבי נתין זה, שכן הוגדר הדבר מפורשות בסימן 64 (2), — אך מה הוראתו לגבי אזרח ארצישראלי?

ברם טעות היא לחשוב, כי קיימת מתיצה הרמטית בין שני פלגי המושג, וכי אפשר להזקק להגדרתו של זה, בלי לבדוק את תחומי ולסייד את מצריו של הפלג האחר. דא עקא, חו היא, לדעת, הסיבה העיקרית לכל התסבוכת השוררת בסוגיא משפטית זו, כי התחומין יונקים זה מזה, וכי יש, עד לשעור מסויים, השפעת גומלין ביניהם. לא היה קשה כיותר להגדיר את החוק האישי של האזרח הארצישראלי, אילו אפשר היה להפריד באיזמל

חד בין האקטים הנעשים על ידו אחרי רכשו את האזרחות הארצישראלית. לבין האקטים שנעשו על ידו קודם לכן. כאן, לפעמים, נושקים אהודי שני "חוקים אישיים", האחד זר והשני מקומי, וקשה מאד למתוח "קו דימרקציוני" ביניהם, כך שבסופו של דבר אוצלות זו על זו הגדרות שני הפלגים הנ"ל. כאמור, לא הגרדי המחוקק גופו את החוק האישי של אזרחי ארץ ישראל; מלאכתו זו נעשתה על ידי בתי המשפט. וכך נאמר בפסק דין אחד של בית המשפט העליון הישראלי:

החוק האישי פירושו, לגבי נתין ארץ-ישראלי בן ערה מוכרת, החוק הדתי של הערה. כך קבע בית המשפט העליון בכמה וכמה פסקי דין (לראשונה במפורש בע"א 119/39, 7 לבנון 55, ואחר כך בע"א 9/40, 7 לבנון 173, ע"א 11/41, 41 אפלבום 230, ואחרים זולתם), ואחריו החרו החוקים כל בתי המשפט בארץ¹.

אם, איפוא, בית המשפט המחויב דן, למשל, בתביעת מזונות של יהודיה ארצישראלית נגד בעלה היהודי הארצישראלי, או במזונות ילדיהם של אותו זוג, או בזכות ההתחקה שלהם, הוא מחיל על הענין הנידון את דיני ישראל. והוא הדין, אם השאלה הנידונה היא כשרות נישואין או גירושין, והענין אינו נתון לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, אם מפני שאחד מבעלי הדין אינו חבר דרום בפנקסי כנסת ישראל², ואם מפני שהשאלה נתעוררה באורח אינצידנטלי, כשאלה קודמת לבירור ענין אחר הנתון לסמכותו של בית המשפט האזרחי. כגון: בעל שנתבע לתשלום מזונות, וטוען כי התובעת אינה אשתו כלל, מפני שבגלל פגם מסויים בטכס לא תפסו הקידושים שלהם, או מפני שלא היה תוקף חוקי לגט שקבלה מבעלה הראשון, ועדיין אשת איש היתה כעת קבלת קידושיה מאת הנתבע.

ומה הם דרכי הדיון ודיני הראיות בהם משתמש בית המשפט האזרחי, בדונו בעניני המעמד האישי של אזרח ארצישראלי חבר אחת העדות המוכרות. — התייב הוא, גם בשטח פרוציסואלי זה, להחיל את דיני החוק

1 קוסיק נבד חלסמן, ע"א 26/51, ה' פסקי דין 1341, בעמוד 1345.
2 ראה לעיל, פרק ג' (א), סעיף 7.

הדתי של בעלי הדין, או לא? שאלה זו נדונה בתרחבה בפסק הדין הנ"ל, וכך נאמר שם:

"ברי, כי בתי המשפט האזרחיים בדונם בעניני המצב האישי של נתין הארץ, והוא חבד לאחת העדות המוכרות. אינם ודיבים לנקוט את דרכי הריון של בית הדין הדתי, ולנהוג לפי כללי הראיות שלו. הדבר מוסכם ומקובל, ומעולם לא ערער אדם על כך. הנה, למשל, נוהגים בתי המשפט האזרחיים זה עידן ועידנים לקבל את עדותם של בעלי הדין גופם, גם בעניני המצב האישי של יהודים ארצישראלים, והלא בדיני ישראל בעל דין ודאי פסול לעדות.

זו היא איפוא, הלכה רווחת; אך מה הוא יסודה ומקורה של ההלכה? דומה, כי מרוב שבוע ובטחון באמיתות ההלכה, לא טרחו לגלות את הבסיס החוקי-הפורמלי שלה. לדעתי, יש להסיק את ההלכה דגן מתוך ניתוח לשוני של סימן 47 לדברי המלך במועצה. סימן זה הוא למעשה, המקור החוקי היחודי להלכה הפסוקה והמקובלת, כי עניני המצב האישי של נתין ארצישראלי, בן עדה מוכרת, נדונים, גם בבתי משפט אזרחיים, על פי החוק הדתי של העדה אליה הוא משתייך. הלא כה הם דברי הסימן הנ"ל, ככתבם וכלשונם: ... (וכאן בא נוסחו של סימן 47, ולאחריו הקטע שצוטט על ידינו לעיל).

הנה אותו ביטוי גופו — "החוק האישי" — אשר לגבי נתין ארצישראלי פירושו הוא: החוק הדתי של בעל הדין, פירושו הוא לגבי נתין זר: החוק הלאומי שלו (סימן 64 לדבר המלך); כי הוראת סימן 47 היא הוראה כללית, המקיפה וכוללת את שניהם. מכאן, כי גבולות תכנה של מלת-העצם "חוק" כאן, לגבי הנתין הארצישראלי, אינם יכולים להיות יותר רחבים מגבולות תכנה של אותה מלה ממש לגבי הנתין הזר. וכשם שבתי המשפט האזרחיים, בדונם בעניני המצב האישי של נתין זר, משתמשים רק בחוק הסובסטיבי, ולא בחוק הפרוציסואלי "הלאומי" שלו, או בדיני הראיות שבו, — ובזה ודאי אין מחלוקת, וגם בא כוח המערער הסכים לכך — כך גם בדונם בעניני המצב האישי של נתין ארצישראלי, כי לא יתכן ליחס פירושים שונים לאותה מלה ממש."

ובית המשפט נגש להסביד את ההבדל המהותי שבדבר, ומה נשתנו סדרי הדיון ודיני הראיות של החוק הדתי, מדיני החוק הסובסטנטיבי שלו. והוא אומר:

„וגם שורת ההגיון הפשוט, כפי שכבר רמזתי, מתייבת בהכרח את המסקנה הנ"ל. אפשר להנהיג, במקצועות משפט מסויימים, יחסיות ושוני לגבי השימוש בחוק המטריאלי, אך לא יתכן לנהוג „הפליה“ כזאת בעצם צורת הדיון; וקל וחומר כן בנו של קל וחומר — כאשר הדבר נוגע לדרכי קביעת העובדות. אם מערכת ראיות מסויימת נראית בעיני המחוקק כשרה ומשכנעת במשפטו של ראובן, לא יתכן לראותה פסולה ובלתי משכנעת במשפטו של שמעון. כי מדוע נדונים עניני המצב האישי על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שענינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, הם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת העולם — השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' — של הנוגעים בדבר. רעיון זה, כנראה בעליל, אין לו תפיסה כל עיקר, כאשר המדובר הוא: לא בזכויותיהם וחובותיהם של המתדיינים, אלא בחובתו ותפקידו של בית המשפט. קביעת העובדות אינה „זכותם“ של בעלי הדין, אלא חובתו של בית המשפט, ועליו למלא חובה זו, במתכונת ובצורה הקבועה, במשפטו של כל אחד ואחד“⁸.

סיכומו של דבר: בית המשפט האזרחי דן בצורה אזרחית, ובדרכי הוכחה אזרחיים, בהחילו על בעלי הדין את דיני החוק הדתי שלהם.

אך כאן יש לשים לב לאכחנה אחת חשובה: לא כל עדי ראיה הם תמיד גם עדי ראיה והוכחה; יש והם עדי קיוט, שנוכחותם נחוצה, כדי להקנות תוקף חוקי סובסטנטיבי לאקט שנעשה. למשל: דיני ישראל הדין הוא, כי אם קידשה בנינו לבניה, היינו: שלא בנוכחות עדים, היא אינה מקודשת, ואפילו שניהם מורים ואינם מכחישים כלל את דבר נתינת הקידושין.

3 קוסיק-הלססון שם, בעמודים 1344-1345.

„המקדש שלא בעדים... אינם קידושין, ואפילו שניהם מורים בדבר“⁴.

והעדים אשר בפניהם מקדש האישי, צריך שיהיו „עדים כשרים“, זאת אומרת: עדים הכשרים להעיד על פי דיני ישראל.

„המקדש בפסולי עדות של תורה, אינה מקודשת“⁵.

אחים, למשל, הם פסולי עדות של תורה, וכן קרובים אחרים עד לדרגת קרבה מסויימת. אם קרבת דם ואם קרבת חיתון⁶.

העולה במקובץ מכל האמור הוא כי אם בבית משפט אזרחי מתעוררת, באופן אינצידנטלי, השאלה: אם ראובן, האזרח הארצישראלי, הוא בעלה של חנה, או לא. העידו שני אחיו, שמעון ולוי, כי הוא קידש אותה בפני שני עדים כשרים כדת וכדין, בית המשפט — אם יתן אימון בדבריהם — יקבל את עדותם ויחליט, כי ראובן וחנה נשואים זה לזה, אף על פי שבית הדין הרבני לא היה סומך על עדותם של פסולי עדות אלה, ולא היה רואה את חנה כודאי אשת איש. אבל אם שני האחים העידו כי ראובן קידש אותה בפניהם, ובפניו בלבד⁷, אזי בית המשפט האזרחי יקבל אמנם את עדותם, אך יחליט, על סמך עדות זו נופה, כי ראובן וחנה אינם נשואים זה לזה, והאיל והקידושין שניתנו בפני העדים הפסולים, שמעון ולוי, אינם קידושין כלל, וחנה לא נעשתה על ידי כך לאשתו של ראובן. הנה אומר, כי אף על פי שהפסול הוא כאן מפני ששמעון ולוי אינם כשרים להעיד⁸, האף על פי שבית המשפט האזרחי אינו מכיר בפסול עדות של קרוב, הרי מכיוון

4 שריע אה"צ, סי' מ"ב, סעי' ב', ומקורו בקידושין, דף ס"ה ע"א.

5 דמ"ב הלכות אישות, פרק ד', הלכה ר'; שריע אה"צ שם, סעי' ה'.

6 סנהדרין, דף כ"ז ע"ב; דמ"ב הלכות עדות, פרק י"ג, הלכות א' עד י"ד; שריע ח"מ, סי' ל"ג, סעיפים ב' עד ט'.

7 ע"י תוס' מכות, דף ר' ע"א, ד"ה שמואל; פתחי תשובה אה"ע, סי' מ"ב, סי' ק"א; שרית מהר"י וי"ל, סי' ז'. האחים שמעון ולוי פסולים כאן משני טעמים: אי מפני שהם קרובים למקדש, כי מפני שהם קרובים זה לזה (ע"י שרית הרדב"ה, חלק ד', סי' אלף שש (רצ"ח)).

8 עיין דוק בדברי התוס' שם, והוכר משום וברור.

שבדיני ישראל גורר אחריו פסול זה את פסול הקידושין גופם, נמצא שהו הוא דין אישות סובסטנטיבי של דיני ישראל, ובית המשפט האזרחי חייב להתחשב בו, ולראות בעטיו את הקידושין כבטלים ומבוטלים.

שאלה זו ממש נתעוררה באנגליה כבר בשלהי המאה השמונה עשרה, בתביעה מסוג "התרברבות של נישואין" (Jactitation of Marriage), שהובאה לפני בית הדין האקלזיאסטי, לשם בחינת תקפם של נישואין שנערכו בין יהודי ויהודיה.⁹ מעשה היה שם בצעיר יהודי, ברומר, שהזמין צעירה יהודיה, בת 16, לבית מרוח אחד, וקידש אותה שם בפני שני עדים, על ידי נתינת טבעת ואמירת "הרי את מקודשת לי וכו'". דעתו של האב לא היתה נוחה כן היוווג, והוא, או מישחו אחר, כאפוטרופסה של הנערה, הגיש לבית הדין האקלזיאסטי את התביעה הנ"ל. טענתו היתה, כי הקידושין לא תפסו מחמת פגם שכטכס, הואיל ועדי הקידושין פסולי עדות היו: האחד מחמת קורבה (שני בשני עם החתן מצד האם), והשני בשל היותו "רשע"¹⁰, היינו: מחלל שבת, אוכל טריפות, וכופר בעיקר.

השופט סר ויליאם סקוט נכנס בעבי הקורה של הענין, ובדק את השאלה מכל צדדיה, הן מבחינת העוכדות והן מבחינת ההלכה השוררת בנידון זה בדיני ישראל. הוא קבע, כי אחד העדים, עמנואל הסה, הוא רשע שנשתרש כחטא, פורק עול ו"ערל לב" גם יחד: הוא אוכל מאכלות אסורות, מבציר אש בשבת, ואומר כי אינו רואה עצמו כיהודי כלל; כך נהג לפני הרבה שנים בהיותו בפרנקפורט, וכך הוא נוהג כאן; לכן פסול הוא. בדיני ישראל, לא רק להעיד על מעשה הקידושין, אלא גם להשתתף כעד מקיים ולתת חוקף לעצם מעשה הקידושין; כי העד השני, מיכאל אברתם לוי, אף הוא פסול היה, פסול מחמת קורבה, להיותו שני בשני עם החתן מצד האם (אמו של לוי ואמו של ברומר היו אחיות); ואין הבדל בנידון זה בין קרבה ex parte materna לבין קרבה ex parte paterna, כפי שנאמר כפירוש בתלמוד:

9 Goldsmid v. Bromer (1798), 161 E.R. 568.

10 "הרשעים פסולין לעדות מן התורה, שנאמר: אל תשת ירך עם רשע להיות עד חמס, מפי השמועה למדו: אל תשת רשע עד" (רמב"ם הלכות עדות, פרק י', הליה א'), שו"ע ח"מ, סי' ל"ד, ומקורו בבבא קמא, דף ע"ב ע"ב; סנהדרין, דף כ"ה ע"א.

"אשכחן קרובי האב — קרובי האם מנלן? אמר קרא אבות אבות תרי זימני וכו'".¹¹

ואם כי, לדברי החכם איש ימיני שהעיד לפניו, "הביע הרמב"ם דעה אחרת" בענין זה, הרי הוא השופט סקוט, נוכח במימרא אחרת של אותו חכם¹², כי "מקום שיש דברים ברורים בתלמוד, אין חולקין כבוד לרמב"ם"¹³, שאלה זו, בעצם, גם איננה חשובה, כי פסלותו של עמנואל הסה בלבד די בה, כדי לשלול את תקפם של הקידושין, היות ובדיני ישראל אין הקידושין בעלי תוקף, אלא אם כן נתקיימו בפני שני עדים כשרים.

על יסוד כל אלה, ובהסתמכו — לא כעל פסק דין מחייב, אלא כעל חוות דעת ואסמכתא מוסמכת — על פסק ביטול הקידושין שניתן, כפי שנתברר: מאותם טעמי פסול גופם, על ידי בית הדין של העדה האשכנזית, החליט השופט ופסק, כי הגב' גולדסמיד איננה אשתו של מר ברומר הנ"ל. לא אבא לבדוק, אם אין סירכא כל שהיא בפסק הדין מבחינת דיני ישראל. יתכן, כי איזה פוסק מפוסקי ישראל היה מוצא, כי במקרה ברומר — גולדסמיד יש מקום לחשוש לקידושין, בצדפו זו לזו שתים מתוך שלש דעות-מיעוט אלה:

"המקדש לפני פסולי עדות דאורייתא מכו רשעון, כגון לפני אנוסים או שאר רשעים, יש אמרין חיישינן לקידושין, דילמא חזרו בתשובה"¹⁴.

"אין פסולין מדין תורה, אלא קרובים ממשפחת אב בלבד... אבל שאר הקרובים מן האם או על דרך האישות, כולן פסולין מדבריהם"¹⁵.

11 סנהדרין, דף כ"ח ע"א.

12 הכונה היא, כפי שיש ללמוד מרמז אחד בעמוד שלמניו (572), לדברים שנאמרו על ידי החכם איש ימיני בעדותו שניתנה במשפט אחר, והוא: Lindo v. Belisario (1795), 161 E.R. 530.

13 "... where the Talmud is plain, the authority of Maimonides must yield to it" (ibid. at p. 573).

14 רמ"א אה"ע, סי' מ"ב, סעי' ה'; ראה חלקת מחוקק שם, סי' י"ז; בית שמואל שם, סי' כ"ב.

15 רמב"ם הלכות עדות, פרק י"ג, הלכה א'; ראה דברי הרדב"ז להלכה זו.

והיה פוסק, כי הגב' מרים גולדסמיד זקוקה לגט. אך שאלה זו אינה מענייננו. העיקר לנו כאן, כי בית משפט אנגלי, שיש לו מערכת דיני ראיות משלו, ראה את עצמו — לגבי כשרות הנישואין, להבדיל מהתוכתם — קשור להלכות העדות של דיני ישראל. והטעם לכך, כפי שהודגש שם, הוא, כי בדיני ישראל, עדי קידושין הם עדי קיום; נכחותם מהותה, יסוד מעמיד לכשרותו של הטכס; והוא ראיה: כי אפילו אם היתה שם התוכחה הברורה ביותר לעריכתו הממשית של הטכס, עדיין לא היה די בכך, אלא אם כן הוא (הטכס) נערך בנכחות שני עדי קיום כאלה שהם בעלי כשרות שלימה" 17, זאת אומרת: כשרות שלימה על פי דיני ישראל. כאן נהפך — אם ניתן להאמר כך — ענין הפסולים הללו מ"הלכה של עדות" ל"הלכה של אישות", ולכן חייבים להתחשב בה כל בתי המשפט, הדנים עניני אישות של יהודים על פי דיני ישראל.

ודעונו זה גם הונח, כדבר המובן מאליו, בפסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון הישראלי כענין בוסליק—כהן 18. שם נערכו קידושין ליהודי ויהודיה, לא במשרד הרבנות אלא במשרד עורך דין, על ידי עורך דין, והשאלה העיקרית שעמדה לדיון היתה, אם העבירה שברבך — היינו: העבירה על "הזרם דירובלים", שהוטל על כל מי "שנזקק לעדות קידושין" סוודרו על ידי מי שלא הוסמך לכך מטעם המרא דאתרא — לא עשתה את עדי הקידושין ההם לפסולי עדות מן התורה, וממילא: את הקידושין גופם ל"קידושין שלא בעדים", שאין להם כל תוקף תוקי, אפילו אם שניהם כוודים. בית המשפט, אמנם, השיב בשלילה על השאלה, מטעמים שמקורם בדיני ישראל גופם, אך בעצם הודקקותו לבירור שאלה זו, הוא יצא מתוך ההנחה וההשקפה, כי אילו לפי דיני ישראל באמת פסולים היו העדים, היה זה פסול הפוגע בכשרותם המטריאלית של הקידושין, ובית המשפט חייב היה להתחשב בו, ולראות בעצמו את הקידושין ככבילים ומבטלים. 19

16 רמ"א שם, סעי' ב.

17 גולדסמיד—ברומר שם, בעמוד 569.

18 כהן בוסליק נגד היקצ' המשפטי, ע"א 238/53, די נסקי דין 4.

19 ראה פסק דינו של השופט זילברג שם, פסקה 3, בעמוד 13 מול אותיות השוליים ו'—1; פסקה 20 (ב), בעמוד 30 מול האותיות א—כ; ופסקה 17 (ב), בעמוד 24 מול האותיות א—ד.

3. בית הדין הדתי רואה עצמו מוסמך, והוא באמת מוסמך, תוך הגדרים והסייגים שצויינו על ידינו, לדון את עניני המעמד האישי של בני עדתו על פי הוראותיו של החוק הדתי בלבד. "לא יהיו לך תוקים אחרים על פני", הוא כאילו עומד ומכריז, והוא — כפי שנאמר בפסק הדין הנ"ל — "פורש את מצודתו של החוק הדתי — למפרע, וללא כל סייג — גם על מעשים שנעשו בעבר, על ידי נתינים זרים, מחוץ לגבולות המדינה" 20. הינהג גם בית המשפט האזרחי כן, בדונו, תוך גבולות סמכותו, על פי הוראות החוק הדתי, את עניני המעמד האישי של אזרח ארצישראלי? השאלה ביתר דיוק היא: האם יחיל בית המשפט האזרחי את דיני החוק הדתי בצורתם הטהורה, כפי שהם משמשים במקום בדייתם, כחוק הדתי גופו, או דילמא, לשם מניעת "סכסוכי גבולות" עם תוקים אזרחיים או דתיים אחרים, הוא ימהל אותם, את הדינים הללו, וימזג אותם בכללי התנגשות וכללי הפניה מסויימים, על דרך העקרונות שהוא משתמש בהם על פי תורת המשפט הבין לאומי הפרטי? והתשובה היא, כי לצערנו אין עדיין תשובה ברורה ומקיפה לשאלה כבדת משקל זו, וכי דק אפס קצה הספיך עד כה למצא פתרון ביודיקטורה הארצישראלית והישראלית.

לראשונה נתעוררה השאלה במשפט טנבוים, שהתנהל בתקופת המנדט בפני בית המשפט המחוזי 21 וכפני בית המשפט העליון 22.

מעשה שהיה כך היה: הנתבע, יהודי צ'כוסלובקי, התגרש מאשתו הראשונה בגט פיטורין, וגשא לו לאשה את התובעת, יהודיה גרמניה, כחופה וקידושין, נודע לו, כי לפי החוק הצ'כוסלובקי אין תוקף לגט ההוא, הלך ורכש את האזרחות הארצישראלית, וגרש מחדש את אשתו הראשונה, כשבועיים לאחר מכן, הופיע עם אשתו השניה במשרד הרבנות, כדי לקדשה מחדש, אך משרד הרבנות לא ערך לבני הנוג טכס חדש, שלא תהא ברכה לבטלה, אלא סירר להם מין "במקום טכס" הידוע בשם "העמדה" 23, ונתן להם תעודת נישואין, כעבור כמה זמן גבה טורא ביניהם, והאשה בקשה

20 כהן—בוסליק שם, בעמוד 19.

21 טנבוים נגד טנבוים, ת"א 302/43, 45 סמ"ן 431.

22 טנבוים נגד טנבוים, ע"א 234/45, 46 אל"ד 337.

23 לרברי התובעת בעדותה, העמידו אותם ונתנו להם להסתכל בחושה וקידושין שסודרו אותה שעה לונג אחד, אחד העדים מטעם הנתבע, הרב חיים לייב אוירבך, גמר, כי הוא הוא שייסד את סכס ה"העמדה" הוא.

נישואין קדמים. אבל — היא משנה את נתינתו של האדם שהתאזרה, וכתוצאה מכך גם את החוק הלאומי החל עליה, ומכניסה אותו לספירה של שיטת משפט חדשה. המעמד האישי של מי שהתאזרה, נקבע בהתאם לאותו חוק, ולא בהתאם לחוק של הנתינת הקדמת שלו²⁵.

וכתוצאה מכך נדחתה התביעה.

הוגש ערעור לבית המשפט העליון, וכאן הוחלפה השיטה, ונהפכה הקערה על פיה: את הטכס הראשון דן בית המשפט על פי החוק הלאומי דאז של הבעל (או של הבעל והאשה גם יחד), וראה אותו כבטל ומבוטל, ואילו הטכס השני, ביתר דיוק: תעודת הנישואין שניתנה על יסוד ה"העמדה" הנ"ל, שימשה לו יסוד להכרה בתוקף הנישואין. וכך נאמר שם על ידי השופט פרומקין:

"הנקודה הבאה שיש לדון בה היא איזהו התוק החל. אין כל ספק, כי התוק החל הוא החוק השורר על הצדדים בעת עריכת הנישואין. לגבי טכס הנישואין הראשון, זה הוא: או החוק הצ'כוסלובקי או החוק הגרמני. הוגשה עדות שהוכיחה, כי אף אחד מן החוקים הללו אינו מכיר בתקפו של גט דתי שניתן בחוץ לארץ, ולכן עלינו לראות את המשיב (הנתבע), בעת עריכת טכס הנישואין הראשון של בעלי הדין, כנשוי עדיין לאשתו הראשונה. טכס הנישואין הראשון שבינו ובין המערערת (הנתובעת) היה, איפוא, נישואי-כפל, ומשום כך חסר תוקף חוקי...

אנו מגיעים, איפוא אל טכס הנישואין השני, או יותר נכון, למצב שנוצד על ידי תעודת הנישואין השנייה. תקפו מטעם המערערת את התעודה הזאת בנימוק, שהיא אינה משקפת את המצב האמיתי של הרברים: על אף האמור באותה תעודה, לא נערכו כל נישואין ביום ה-14 במאי, 1941, שהרי הם כבר נשואים ועומדים מאז האחד במאי, 1940, ושום טכס דתי לא התקיים בהודמנות השנייה. בית המשפט המחוזי החזיב את

לחפד מבעלה. הבעל סרב היא לא יכלה לפנות לבית הדין הרבני, הואיל ואותה שעה לא היתה רשומה כחברה בפנקסי הבוגרים של כנסת ישראל²⁴. היא פנתה, איפוא, לבית המשפט המחוזי, ובקשה להכריז את נישואיה כבטלים ומבוטלים, בטענה, כי על אף הישנות הטכס הנתוא פעמיים, היא עדיין איננה אשתו החוקית של הנתבע. הטכס הראשון לא הועיל — על שום שאותו שעה הנתבע עדיין נשוי היה לאשתו הראשונה, ואין ניתן צ'כוסלובקי (כפי שהיה אז) יכול לשאת אשה על אשתו; והטכס השני לא הועיל אף הוא, מכיון שה"העמדה" — מין "תחליף קידושין" שבדה מישהו מלבו — אינה אחת משלש הדרכים שהאשה גקנית בהן לפי דיני ישראל.

תשופט חשין, לאחד בדקו בדיקה מקיפה וממצה את מקורות ההלכה בדיני ישראל, הגיע לידי מסקנה, כי טכס ה"העמדה" אין לו כל יסוד ושורש בהלכות האישות, ולא היה בכוחו ליצור יחסי נישואין חוקיים בין התובעת והנתבע. ברם, מכיון שעכשו, בעת הדיון בתביעה, בעלי הדין הם שניהם אזרחים ארצישראליים, יש לרון את שאלת תוקף הנישואין שלהם לאור התוק האישי החדש שלהם, הוא דיני ישראל, — ובדיני ישראל הם נשואים זה לזו כדת וכדין מכוח הטכס הראשון. וכך הוא אמר:

"20. ראינו, כי ביום ה-4 ביולי, 1941, התאזרחה התובעת, ורכשה את האזרחות הארצישראלית. המצב שהיה קיים בעת הגשת התביעה (ועדיין קיים) הוא, כי שני הצדדים הם יהודים ארצישראליים. ביחס לאנשים כאלה, החוק האחד והיחיד הקובע את המעמד האישי שלהם, הוא החוק הדתי היהודי... (להלן בא ציטוט ההלכה שנקבעה ברוח זה בענין שבלבויים נגד שבלבויים, ע"א 119/39, 7 לבגון 55).

21. כאן מקשה ר"ד זילברג בתמיהה: "כלום יש בכוחה של התאזרחות, היא כשלעצמה, להכשיר נישואין שבלעדית היו בטלים?". זו היא לדעתנו, גישה מוטעית לענין הנדון, התאזרחות, כשהיא לעצמה, אינה לא מכשירה ולא פוסלת

25 45 פמ"ן שם, בעמוד 444. ברעה זו הומך גם ר"ד לבונסקי, בספרו המצויין "נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה", ירושלים, תשי"ז—1957, בעמוד 81, עין שם.

24 ולבית הדין הרבני, לפי ההלכה ששררה אז, לא היתה סמכות לדון בעניני המעמד האישי של יחידים שאינם חברים רשומים בפנקס הבוגרים של כנסת ישראל (ראה לעיל, פרק ג' (א), סעיף 7).

הדיבור על השאלה, מה הם הרברים המהווים נישואין על פי דיני ישראל, הגיע לידי מסקנה, כי תעודה שניתה זו משוללת תוקף חוקי. והנה, אותו עקרון גופו החל על טכס הנישואין הראשון, מחייב להחיל על תעודת הנישואין השנית את החוק היהודי, הואיל אותה עשה היה הבעל נתין ארצישראלי. אין כל ספק בדבר, כי מה שהתכוון אליו משרד הרבנות בהוציאו את התעודה הזאת היה: תשריד (ואלידציה) של טכס הנישואין הראשון. במקרה ותקפו ייפגע באיזו דרך שהיא עקב נתינותו הזרה של הבעל עשה שהתגרש מאשתו הראשונה.²⁶

וכתוצאה מכך שוב נדחתה התביעה.

זו היא הפעם הראשונה, בה נודמן לבית המשפט העליון לרוח בכשרותו של אקט, שנעשה על ידי בעל דין ארצישראלי בהיותו עוד נתין זר, — והנורמה שנקבעה על ידי בית המשפט היא — לפי הנוסחה שהייתי מציע, על משקל פתגם אחר דומה — *tempus regit actum*, זאת אומרת: הכל הולך אחר החוק האישי ששרר על עושה האקט בשעת עשייתו. לא חוק יום הדין, אלא חוק יום המעשה. הוא הקובע את כשרותו או פסלותו של האקט.

ועדיין לא ידענו, מה משמעותה הפנימית של הלכה זו. האם היא אחת מ-נורמות ההתנגשות, שבית המשפט האזרחי "מרכיב" על החוק הדתי של האזרח הארצישראלי שהוא משתמש בו על פי סימן 47, או שהיא אינה אלא שימוש, או "שיריים" של שימוש, בחוק הלאומי של נתין זר על פי סימן 64 (2), או שיש בה מזה ומזה גם יחד. עד שבא המשפט הידוע של סקורניק²⁷, בו נתעוררה שנית אותה שאלה גופה, ובית המשפט העליון הישראלי, באמצעו לו למעשה את ההלכה המנדטורית הנ"ל, גולל על פני יריעה מאד רחבה את יסודי ההלכה הזאת.

הדיון החל בבית המשפט המחוזי, בתביעה עיקרית של בעל להחזרת הפצים, ותביעה נגדית של אשה לתשלום מזונות, שניהם יהודים, שניהם חסדי נתינות, וכמעט כל הוויכוח המשפטי נסב על השאלה, אם אמנם יש

26 46 אל"ר שס, בעמחים 339--340.

27 סקורניק נגד סקורניק, ת"א 685/50 של בית המשפט המחוזי, תל אביב, ה' פסקים מחוזיים 51. סקורניק נגד סקורניק, ע"א 191/51, דף פסקי דין 141.

תוקף חוקי, כאן בארץ, לנישואין האזרחיים שנערכו ביניהם במקום מושבם בפולין, בהיותם עדיין נתינים פולניים. גדר הספיקות היה, איזהו החוק החל על נישואין אלה, חוק יום הדין (כפי שטען הבעל) או חוק יום המעשה (כפי שטענה האשה), בדיוק אותו גדר ספיקות הידוע לנו ממשפט טנגבוים, אלא שכאן נהפכו התפקידים: חוק יום המעשה היה בעד ההכרה בנישואין, וחוק יום הדין — נגד, הואיל ולפי דיני ישראל, שהם החוק האישי של יהודים חסדי נתינות, אין תוקף חוקי לטכס נישואין אזרחי. ניסו לטעון מטעם האשה, כי גם לפי חוק יום הדין יש תוקף לנישואין הללו, בשל החוקה ד"אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"²⁸, אך בית המשפט דחה את הטענה, בסברו, כי בתנאי המקרה אין מקום תפיסה לחוקה זו, — כך שהדיון הצטמצם בנקודה העיקרית הזאת, היינו: שאלת הברירה בין חוק יום הדין וחוק יום המעשה כנ"ל.

בית המשפט המחוזי (השופט בנימין כהן), בפסק דין מקיף ומעמיק בו הסתמך, ביו השאר, גם על פסק דינו של בית המשפט העליון בענין טנגבוים הנ"ל, הגיע לכלל דעה, כי הנישואין שדירים וקיימים, וחייב את הבעל בתשלום מזונות, תמצית רעיונו בתבליית הקיצור היא, כי החוק הדתי החל על אזרחי הארץ וחסרי נתינות מכוח סימן 47, מן הדין שישוּבץ — תוך שימוש בבית המשפט האזרחי — "בגוף הלכות החוק הבין-לאומי-פרטי האנגלי", כדרך שנהג בית המשפט האנגלי בהפעילו את חוקיו הוא, וכדרך שנהג גם בית המשפט הארצישראלי, בהחילו על נתין זר את החוק הלאומי שלו מכוח סימן 64 (2), ולא עוד, אלא שעקרונות הסדר הטוב והמוסר הציבורי מחייבים את הרבר, שכן אין אנו עוד — עם לבדד ישכון, מצויה היא (מדינתנו) בין מדינות אחרות, וקיימת הנחה שכוונתה לכבד נימוסים בין-לאומיים, ונתגנים בין-לאומיים"²⁹. וכך הוא אומר:

"כידוע בונה החוק הבין-לאומי-פרטי האנגלי על מקום המושב הקבוע (דומיסיל), בעניני המעמד האישי, ואילו סימן 64 (2) לרבר המלך במועצה בונה על החוק הלאומי, אולם, פרט

28 כתובות, דף ע"ג ע"א; יבמות, דף ק"ז ע"א; רמב"ם הלכות אישות, פרק ו', הלכה כ"ג; ש"ע אה"ע סי' קמ"ט, סעי' א'; ראה רמ"א אה"ע סי' כ"ו, סעי' א', ופה"י תשובה שם סי' ב'; ראה תשובה חשובה מאד הרנה בנושא זה, שו"ת יהיה דעת, סי' י"ח.

29 ה' פסקים מחוזיים שם, כעמוד 64.

להכדל זה — אמנם הבדל יסודי — איני רואה מדוע יש לפרש את סימן 47 לדבר המלך הנ"ל כאילו הוא תלוש לגמרי מגוף הלכות החוק הבינלאומי-פרטי האנגלי. נהפוך הוא. עומד אני לפרשו כאילו שובץ בגוף ההלכות האנגליות, על מנת שככל האפשר, וככל הדרוש, יהיה הקרי של המלה "דומיסיל" "לאומיות". במלים אחרות: עומד אני להפעיל את תחולת החוק האישי, אולם אפעילו באותם התחומים שבהם יש להפעילו על פי ההלכה הכללית של החוק הבינלאומי-פרטי, ותו לא. מהו "חוק המצב האישי הנהוג לגבי בעלי הדין" בלשון סימן 47? תשובתי היא: לגבי מה שקרה בתקופה הפולנית, נהג החוק הפולני, ולגבי מה שקרה בתקופה הישראלית, נהג החוק היהודי, ואין החוק היהודי בן תורן לפתות מחדש עיסקות שנתקשרו, ולמתות בקורת על מעמד שנרכש, בתקופה הפולנית, שכן אין החוק הבינלאומי-פרטי בישראל שואל את חוות דעתו של הדין היהודי על כשרות מעמד שנרכש בפולניה³⁰.

"מדינתנו היא מדינה המכירה, בתחומיה הפנימיים, בדינים דתיים הרבה: הדין היהודי ליהודים, המושלימי למושלימים, והנוצרי לנוצרים... חושבני שמסתבר, בנסיבות אלה, שיהיה איווה חוק כללי, שיכונה החוק האזרחי, הגורר וקובע את תוצמי שלטונם של הדינים הערתיים, וחושבני שמסתבר, בנסיבות אלה, שיהיו איווה עקרונות כלליים, הנובעים מעצם קיומם המדינה בין מדינות העולם, הגוררים וקובעים את הסייגים לתחולתם של הדינים הערתיים. עקרונות כלליים אלה הם עקרונות הסדר הטוב והמוסר הציבורי החלים בישראל, ועקרונות אלה אזרחיים הם. בהתחשב בחוק החקיקה ובאותן ההגבלות שתנאי המקום מחייבים, ובמידה שתנאי ישראל ותושביה מרשים, יש להעזר בעקרונות הסדר הטוב והמוסר הציבורי המוכרים במשפט המקובל ובעקרונות היושר באנגליה"³¹.

30 שם, בעמוד 58.

31 שם, בעמוד 64.

יצויק מיד כי — ויוסבר להלן מדוע — השופט כהן לא הצביע בפסקה האחרונה, במפורש על הוראת סימן 46, אם כי ללא ספק שיווה לנגדו שם גם את ההוראה הזאת. הוא גם לא סמך את החלטתו על נוסחו של סימן 47 גופו. דבר זה נעשה בבית המשפט העליון ברוננו, כדרגת ערעור, בענין סקורניק, ובאשרו את פסק דינו של בית המשפט המחוזי. ניתנו שלשה פסקי דין נפרדים: של ממלא מקום הנשיא, השופט אולשן, של השופט אגרנט, ושל השופט ויתקון, ואם כי שלשתם למסקנה אחת הגיעו, הרי מבין השיטין ומן השיטין גופם, עולים אי אלה הבדלי גישה ותוכן, אשר נעמוד עליהם בפרוטרוט להלן.

בפסק דינו של השופט אולשן הוטל הדגש על נוסחו של סימן 47, והוא רואה בו הפניה להוראת סימן 46. הלא כה הם דבריו:

"... בהחילו את החוק הדתי, לא התכוון המחוקק לאסור על השימוש בעקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי. נהפוך הוא הדבר, מתוך נוסח סימן 47 נראה, כי כוונתו הייתה להשאיר פתח לשימוש במשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי, עד שבטיה זו תוסדר על ידי פקודות או תקנות שיחוקקו על ידי המחוקק הארצישראלי: כי זה לשונו של המחוקק בסימן 47: —

"יתר על כן, לבתי המשפט האזרחיים הסמכות... בעניני המעמד האישי... בסמכות זו ישתמשו בהתאם לכל חוק, פקודה או תקנה שמכאן ואילך אפשר לחקוק או שאפשר להחיל, וכפוף לכך בהתאם לחוק האישי החל".

מענין הדבר: לא נאמר "בהתאם לחוק הדתי כפוף לפקודות וכו' שיחוקקו". נאמר, "... בהתאם לחוק, פקודה או תקנה... וכפוף לכך בהתאם לחוק האישי".

אם נזכור שסימן 47 לא בא לגרוע מסימן 46, מה פירוש הדברים "בהתאם לכל חוק שמכאן ואילך אפשר להחיל", והו נוסף לדברים "בהתאם לכל חוק שמכאן ואילך אפשר לחקוק"? "שמכאן ואילך אפשר להחיל" פירוש הדבר: החוק הקיים או שכבר התחיל בקיומו. האם אין לומר, שסימן 46 המכיל את

עיקדי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי, הוא גם כן חזק כמו חוקים חרותים בעתיד, שמכאן ואילך אפשר יהיה להחילם? היוצא מזה הוא שכל עוד לא הסדיר המחוקק על ידי פקודה או חוק, כמו שנאמר בסימן 47, את אופן השימוש בחוק הרתי במקרה בו מצוי אלמנט זר — יש להסתייע גם בסימן 46 (הבולל גם את המשפט הבינלאומי הפרטי), שמכאן ואילך אפשר להשתמש בו...

נראה לי, איפוא, שכאשר עמדה לפניו הבעיה, אם מעמד המתדיינים כוזג נשוי קיים ונמשך, או אם הוא נהרס על ידי תחולת ההוק הרתי, רשאי היה השופט המלומד, בהסתייעו בסימן 46, לפסוק, בהתאם למשפט הבינלאומי הפרטי, כי לפחות למטרת פתרון הסכסוך שהובא לפניו מוסיף קשר הנישואין שנוצר לפי החוק הפולני, להתקיים בין המתדיינים, שהרי המשפט הבינלאומי הפרטי מפנה את הבעיה במקרה דנן לחוק הפולני³².

נמצינו למדים שני דברים: (א) כי סימן 47 מפנה (בין השאר) את אופן השימוש בחוק הרתי "במקרה בו מצוי אלמנט זר" להוראת סימן 46, הכוללת גם את המשפט הבין לאומי הפרטי; (ב) כי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי כפי שנוהגים באנגליה, מחייבים, כמקרה נישואי סקורניק, להפנות את הבעיה אל החוק הפולני.

לא עשה כאן השופט אולשן שימוש בהוראה הסטאטוטורית של סימן 64 (2), וכנראה לא ראה כה בלבד יסוד להחיל על נישואי סקורניק את החוק הלאומי שלהם ביום המעשה.

מן הדעה (א) דלעיל הסתייג בפסק דינו השופט אגרנט. הוא אמר:

"... מסתייג אני מדעת חברי, השופט אולשן, כי אפשר להיבנות בנדון זה מהמלים הכאות שבסימן 47: —

"...such jurisdiction shall be exercised in conformity with any law, ordinance or regulations, that may be hereafter applied or enacted..."

כלומר, אינני סבור כי לשון זו — וכיחוד הביטוי "be applied" היא המאפשרת לנו להחיל את הלכות המשפט המקובל בתוקף סימן 46. נראה לי כי הכוונה העולה גם נוהמנוח applied וגם מהמונח enacted היא — ביחוד לאור המלה hereafter הקודמת לשתיהן — לחוקים שיוטלו או יחוקקו בעתיד על ידי המחוקק גופו, להבדיל מחוקים קיימים אשר בית המשפט מחיל אותם"³³.

דעתו של השופט אגרנט היא, כי חייבים אנו בלאו הכי להזקק לכללי המשפט הבין לאומי הפרטי המקובל, וזה — בתוקף תוראת סימן 46 גופו. המלים המכריעות בסימן 47 הן: "החוק האישי החל", ואת הביטוי הזה

"יש אמנם לפרש — לשם מתן תשובה לשאלה מהו הזמן הקובע לגבי החלת החוק האישי — בהתאם לכתוב בסימן 46, אך זאת רק בתוקף ההלכה המושרשת היטב ביודיקטורה של ארצנו, דהיינו, כי במקום שקיים חלל ריק בחוק המקומי, מן הדין למלאו בדרך של הסתמכות על ההוראה המצויה בסימן 46, הוזה אומר, בדרך של הזדקקות אל המשפט המקובל האנגלי, והמשפט המקובל האנגלי פירושו, המשפט הזה על כללי המשפט הבינלאומי הפרטי שבו"³⁴.

את ההבולל הדק בין משנתו של השופט אולשן ומשנתו של השופט אגרנט, הייתי מנסה בצורה זו: לדעת השופט אולשן, החוק האישי של ארצישראל (או חסר נתינות) בן עדה מוכרת, הוא החוק הדתי שלו, החוק הדתי בלבד, — אלא שמכוח ההפניה האמורה בסימן 47 מרכיבים עליו בעת הצורך, כאילו "מבחוץ", את כללי המשפט הבין לאומי הפרטי. לדעת השופט אגרנט — עצם המונח "חוק אישי" בסימן 47 כולל בקרבו, מכוח ההוראה המקבילה של סימן 46, גם לגבי ארצישראל או חסר נתינות בן עדה מוכרת, את הכללים האזרחיים של המשפט הבין לאומי הפרטי. החוק הדתי וכללי המשפט הבין לאומי הפרטי, ירדו כביכול כרוכים זה בזה, להיותם דרים יחד בכפיפת "החוק האישי" האמור בסימן 47 הנ"ל.

33 ח' פסקי דין שם, בעמוד 163.

34 ח' פסקי דין שם, בעמוד 164.

32 ח' פסקי דין שם, בעמודים 159—161.

רעיון זה משמש לשופט אגרנט נקודת מוצא לבדיקת השאלה. היאך וכיצד מחייבים כללי המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלו-ארכישראלית להביר בתקפם של הנישואין הללו. הוא מקיש את החוק האישי של סימן 47 לחוק הדומיטיל של המשפט האנגלי, וכשם שזה תולה את כשרות הנישואין (מבחינת הכושר) בחוק מקום המושב, בו ישבו בני הזוג בעת עריכת נישואיהם. אף החוק האישי כן, — ולא דוקא לגבי שאלות של כושר, כפי שהטכר שם, למעלה מן הענין המצוטט להלן³⁵. כתוצאה מכך הוא מגיע אל המסקנה הסופית:

„כי החוק האישי לפיו יש לרדן בדבר תקפם של הנישואין האזרחיים, אשר נתקיימו בין בעלי הדין (הזוג סקורניק) בסנת 1948, הוא הוא החוק האישי שהיה להם אותו זמן, כלומר, — לאור הכתוב בסימן 64 (2) לרבר המלך — החוק הפולני“³⁶.

במלים שהודגשו על ידינו לעיל הוזכרה, זו הפעם הראשונה בהקשר זה, הוראת סימן 64 (2), אבל — שוב לא כמקור חוקי סטאטוטורי עצמאי לפחרון שאלת הנישואין דנן. משמע שגם לדעת השופט אגרנט, אין לראות בה בלבד יסוד וטעם להכשרת הנישואין ההם.

שונה בגישה — ואולי אף בתוכן — משני פסקי הדין הראשונים, הוא פסק דינו של השופט ויתקון. גישתו לשאלה הקונקרטיה הנידונה היא, בתכלית הקיצור, זו: השאלה האינוצידינטלית שנתעודרה במשפט היא, אם יש תוקף חוקי לנישואין האזרחיים שנערכו בין בעלי הדין בפולין, זו היא שאלה של צורה, ולא של כושר. לפי המשפט הבין לאומי הפרטי החל בישראל מכוח סימן 46, הכלל הוא כאן: *locus regit actum*, והמסקנה העולה מכך היא, כי נישואי בעלי הדין שהיו כשרים בצורתם לפי חוק חוקים עריכתם, כשרים גם בישראל. כלשונו של השופט: —

„שנים הם הכללים של המשפט הבינלאומי הפרטי שיש להתחשב בהם במקרה דידן, בשעה שאנו בודקים את תוקף הנישואין שבין המערער והמשיבה, אם יפה הוא או לאו.

ושניהם מונעים בעדנו מלבדוק את הבעיה הזאת לפי דיני המשפט הרתי. זהו הכלל הראשון: כאשר עומדת לדין שאלה עיקרית — כאן השאלה: אם המערער זכאי לתבוע את המשיבה בנזקים וחייב להתבע על ידה במזונות — וכאשר שאלה זו תלויה בתשובה על שאלה אחרת (אינסידינטלית) — כאן השאלה: מה תוקף הנישואין האזרחיים שנערכו ביניהם בפולין — כי אז ידון בית המשפט בשאלה האינוצידינטלית לפי החוק (המוציא לפל או הזר) החל על שאלה זו, ולא לפי החוק (המוציא לפל או הזר) החל על השאלה העיקרית... הכלל השני הוא, ששאלת תוקף הנישואין, לפחות מבחינת צורתם, תיבחן לפי החוק החל במקום ובזמן עריכתם (*locus regit actum*) ושום שינוי בחוק האישי של הצדדים — על ידי שינוי אזרחותם, מקום מושבם או על ידי כל שינוי אחר — אינו יכול לפסול את אשר היה כשר בשעת עריכת הנישואין ובמקומם. שני הכללים האלה מפנים אותנו לחוק הפולני, אשר חל על הצדדים בשעת הנישואין ובמקומם, ושוב אין מקום להתחיל כל משפט אחר לגבי שאלת תוקף הנישואין...

במקרה דידן מצינו, לאור שני הכללים של המשפט הבינלאומי הפרטי האזרחיים לעיל... כי כללים אלה מפנים אותנו לחוק הפולני. מכיון שכך, אין המשפט העברי תופס במקרה דידן, למרות אפיו האוניברסלי. החוק הפולני חל בהיותו החוק אשר חל על בעלי הדין בשעת עריכת הנישואין ובמקומם. לדעתי, אין ההוראה שבסימן 64 לרבר המלך במועצה ענין לכאן, ורק במקרה יוצא שהחוק „הלאומי“ של בעלי הדין בשעת עריכת הנישואין ובמקומם הוא אותו חוק שחל בשעתו במקום הפעולה... המקור היחיד להתלת החוק הפולני הוא כאמור, המשפט הבינלאומי הפרטי החל בישראל על פי סימן 46 לרבר המלך במועצה“³⁷.

פסק דינו של השופט ויתקון צומצם, מבחינת ה„ראשי דעידנדי“ שבו, לפרטי המקרה הקונקרטי הנידון, בו הפגם הפאטאלי מבחינת דיני ישראל

37 שם, בעמודים 179, 180.

35 ראה שם, עמוד 165.

36 שם עמוד 167.

היה פגם שבצורה, ולא מום שבתוכן. שכן הכלל *locus regit actum*, והתלות בחוק מקום המעשה, מוגבלים, כידוע, לשאלות של צורה בלבד. אין אנו יודעים, איפוא, מה וכיצד היה פוסק השופט המלומד, אילו, למשל, היו אלה נישואין שנערכו בפולין בין יהודי ולא-יהודיה.

ועוד דבר אחד למדים אנו מפסק דינו של השופט ויתקון: כי הוראת סימן 64 (2) „אינה ענין לכאן“, הוזה אומר, כי מתוכה גופה אין להסיק מסקנה כל שהיא לגבי כשרות הנישואין ההם.

ומכיוון שבמשפט סקורניק קא עסקינן, ברצוני לעמוד על פסקא אחת מאד חשובה בפסק דינו של השופט ויתקון, בה הוא נוגע באחת הבעיות הכאויות ביותר בתורת המעמד האישי בארצנו. הוא אומר שם:

„הוראתו של הסימן 47 היא הוראה של החוק המוניציפלי-הפנימי ואינה יוצאת מן הכלל האמור לעיל, שהמשפט הבין-לאומי הפרטי קודם בתחולתו למשפט המוניציפלי-הפנימי. אף הוראתו של סימן 47 כפופה לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. ואם תאמר שהמשפט העברי הוא אוניברסלי, הרי כל משפט רתי בתחולתו בארץ נובע מדבר המחוקק החילוני, הוא הסימן 47 לדבר המלך במועצה — בהינתן הגורמה היסודית לפי ההלכה של קלזן — וממנו שואב הוא את כוחו. המחוקק החילוני לא נתן למשפט הדתי תוקף אלא ככפיפות לכללי המשפט הכינלאומי הפרטי. כך, בכל אופן, גורסים בבית המשפט האזרחי במדינתנו. ואם יטען הטוען, שבית הדין הדתי שאני, כפי שגדמו בע"א 238/53 (המצוטט בפסק דינו של חברי השופט אולשן), ולכן, ראיה היא שגם בית המשפט האזרחי צריך להחיל את החוק הדתי לפי סימן 47. בלי להתחשב בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, שאם לא תאמר כך, תהיינה התוצאות שונות בשתי מערכות השיפוט — האזרחי והדתי — לגבי אותו ענין, כאשר הברירה היא בידי בעלי הדין או כידי אחר מהם לפנות לזה או לזה — דבר שבוודאי אינו רצוי בעיני המחוקק — הרי דעתי היא, שגם בית הדין הדתי צריך לנהוג לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, מקום שהמחוקק העניק לו שיפוט בעניני המעמד האישי או בכל ענין אחר.

ואז אין לחשוש לתוצאות שונות בשתי מערכות השיפוט הקיימות בארץ זו בצד זו.³⁸

וכלפי דברים אלה יורשו, בכל הכבוד, שתי ההערות הבאות. אוציא מכלל ייכוח כל שיקול אידיאולוגי, ואצטמצם בתיאור המצב המשפטי.

(א) השופט המלומד נגע כאן בבעיה שמרבים להתווכח בה בזמן האחרון בחוגי המשפטנים, לרגל תופעת ספרו החשוב של ד"ר לבונטין, „נישואין וגירושין שנערכו מחוץ למדינה“. הבעיה היא זו שד"ר לבונטין טבע לה את המטבע „פיצול הסטאטוס“³⁹, והן הן אותן „התוצאות השונות בשתי מערכות השיפוט“, שהצביע עליהן השופט ויתקון בפסק דינו הגל.

והנה „פיצול סטאטוס“ זה לא יימנע על ידי כך, שנכריו כ„חחבה“ המוטלת על בית הדין הדתי, לכלול במערכת הדינים הדתיים שלז את כללי המשפט הבין לאומי הפרטי. דייני ישראל, למשל, בשום אופן לא יתירו אשת איש לשוק, רק בגלל זה שהיא קבלה אי-שם באירופה או באמריקה פסק דין של גירושין מבעלה הקודם. הם לא יכריזו כאשת איש גמורה, אשה שנישאה בחוץ לארץ בנישואין אזרחיים⁴⁰, אם יודמן, איפוא לידיהם ענין אישות כגון זה, הם יתנו פסק דין *in rem* של אשת איש או פגויה, רק אם יווכחו לדעת, כי זה הוא הסטאטוס האמיתי של האשה על פי דיני ישראל. הם לא יתחשבו כלל וכלל — ומבחינת השקפתם הדתית לא יוכלו להתחשב — בכללים הנוגדים של המשפט הבין לאומי הפרטי. ומה יהיה תקפו של אותו פסק דין מבחינה אזרחית? הוא יהיה בעל תוקף חוקי גמור ומלא, אם אך ניתן תוך גבולות סמכותו של בית הדין. יוכל בית המשפט האזרחי — מנקודת השקפתו של השופט ויתקון — לדאות את פסק הדין ההוא כבלתי נכון מבחינה מטריאלית, אך הוא לא יוכל לבטל אותו, או לראות אותו כלא היה, כי „טעות בדבר הלכה“ — וזה הוא המכסימום שאפשר לומר כאן — אינה, היא כשלעצמה, חריגה מסמכות⁴¹, ואיש מעולם לא אמר, כי ההתעלמות מכללי המשפט הבין לאומי הפרטי הנוהגים

38 שם, שם.

39 ראה לבונטין שם, עמוד 3, 50—51, 55 ואילך.

40 חוץ אם הנישואין האזרחיים הפכו „דתיים“ בשל החוקה ד-אין אדם עושה כעלתי כעילת זנות“.

41 ראה הדברים לעיל, פרק זה, חלק (א) סעיף 1.

באנגליה, מהות פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי. שאילו כן — לא היה בית המשפט האנגלי משתמש בכללי ההפניה המיוחדים של החוק הוד המופנה. היוצא מזה, כי גם אם נראה את כית הדין הדתי כ"חייב" או כ"צדיק לנהוג" לפי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי, עדיין לא יימנעו על ידי כך התוצאות השונות בשתי מערכות השיפוט, עליהן הצביע השופט ויתקון בפסק הדין הנ"ל.

(ב) וזה הוא, אולי, העיקר; נראה הדבר, כי תשומת לבו של השופט המלומד לא הופנתה לנקודה זו במהלך הדיון. החובה לקיים כאן בארץ את הלכות המשפט המקובל, וכללי המשפט הבין לאומי בכלל זה, מקורה הוא בהוראה האמורה בסימן 46 — על זה הצביע גם השופט ויתקון בפסק דינו — וסימן 46 של רכר המלך מטפל אך ורק בשיפוטם של בתי המשפט האזרחיים. שכן נאמר שם: —

„שיפוטם של בתי המשפט האזרחיים יקויים בהתאמה לחוק העותומני שהיה בד תוקף בארץ ישראל ביום האחד בנובמבר 1914... ובהתאמה לרברי המלך, פקודות ותקנות... ובנתון לכך — בהתאמה ליסודי המשפט המקובל ועקרונות היסוד וכו“.

וגם סימן 47 של דבר המלך, הסימן בו אנו עוסקים כאן במיוחד, פותח במלים: —

„לבתי המשפט האזרחיים תהיה, כמו כן, הסמכות לדון... בעניני המעמד האישי וכו“.

העולה מכל זה, כי בין אם נלך לשיטתו של השופט אולשן, הרואה בסימן 47 הפניה מיוחדת לכללי המשפט הבין לאומי הפרטי, בין אם נלך לשיטתם של השופטים אגדנט ויתקון, הרואים את היסוד להחלת המשפט הבין לאומי הפרטי על עניני המעמד האישי של ארצישראלים בהוראת סימן 46 בלבד, לא יועילו שני סימנים אלה לחייב גם את בתי הדין הדתיים לכלול כמערכת חוקיהם את הכללים הנ"ל. כי לבתי דין אלה לא ניתנו ההוראות האמורות בסימן 46 ובסימן 47 הנ"ל.

4. ולאחר סטיה קלה זו, נחזור לעניננו. ראינו, כי שלשת השופטים שישבו בערעור סקורניק לא השתמשו בהוראת סימן 64 (2) לפתרון השאלה הנידונה. הסיבה לכך היא, כנראה, שאותה שעה עדיין לא היתה קיימת התלטת בית המשפט העליון כענין הרשנהורן⁴², בה הוגדרו תחומי הומונו בנוגע לשימוש בחוק הלאומי האמור בסימן 64 (2).

הענין הנדון שם היה משפט פלילי שהוגש נגד אדם, אשר הואשם בעבירה ביגמיה: בשנת 1945 הוא נשא ברוסיה, כדת משה וישראל, את אשתו הראשונה, ובשנת 1952 הוא נשא כאן בארץ, כדת משה וישראל, את אשתו השניה. השאלה העיקרית אשר סחור לה סבב הדיון היתה, אם יש תוקף לנישואין הדתיים שנערכו ברוסיה. שוב „בעית סקורניק“: הברידה בין חוק יום המעשה וחוק יום הדין מבחינת כשרות הצורה, אלא בכיוון הפוך: חוק יום הדין של הנאשם, חסר הנתינות, היה דיני ישראל, הרואים את הנישואין ההם כבעלי תוקף חוקי מלא, וחוק יום המעשה ומקום המעשה, היה החוק הרוסי, שאינו מכיר בתקפו של טכס נישואין דתי.

שופטי הרוב, היינו: כותב הטורים האלה והשופט גויטיץ שהסכים עמו, דנו בשאלה לאור התראה האמורה לגבי נתינים זרים בסימן 64 (2). הנאשם המערער, כחסר נתינות, הוא „נתין זר“ מכוח ההגדרה של סימן 59 כפי שתוקנה בשנת 1935⁴³, ותחוק הדתי החל עליו כאן בארץ לפי פסקי הדין הירועים. הוא למעשה „תחוק הלאומי“ שלו במובן סימן 64 (2)⁴⁴. השאלה היא, איפוא, היכן תחומי חלותו של החוק הלאומי לפי סימן זה, ומה לעשות באדם שהיו לו בזמנים שונים „חוקים לאומיים“ שונים? טענתה של באת-כוח היועץ המשפטי היתה, כי מכיוון שבעת עריכת הנישואין השניים היה המערער חסר נתינות, יש להתחיל את החוק הלאומי שלו דהאינדנא גם על הנישואין הראשונים שנערכו לפני כמה שנים ברוסיה, — אך הטענה נדחתה בזה הלשון: —

„אין אני מוכן לקבל את הטענה הזאת... פירושו הנכון של סימן 64 (2) הוא, כי כל ענין המצב האישי הנוגע לנתין זר,

42 הרשנהורן נגד היעץ המשפטי, ע"פ 54/54, ח' פסקי דין 1300.

43 סימן 1 (7) של דבר המלך במרעצה, 1935, עתון רשמי, תוספת שניה, מיום 28 בפברואר 1935.

44 ראה לעיל, פרק ב' (ב), סעיף 1. השחה כספרים נגד כספרים, ע"א 148/52, ח' פסקי דין 1289, בעכד 1297, למטה.

דנים אותו לפי החוק הלאומי שחל עליו אז, ביום היעשות המעשה או ביום קרות המאורע הנדון. כי הקריטריון מוכרח להיות אחד ואחיד, קבוע ומוצק, ואם נקבל את גירסת באת כוח המשיב (היועץ המשפטי), נגיע לתוצאה המשונה, כי אותו מעשה גופו (נישואין, גירושין וכדומה), יהא נדון יום אחד על פי חוק אחד ויום שני על פי חוק אחר, — הכל לפי נתינתו של עושה המעשה ביום הדיון בענין. לעומת זה, אם תחוק הלאומי ביום עשיית המעשה הוא הוא המכריע, יהא אותו מעשה נדון תמיד על פי חוק אחד בלבד.

דוגמא אחת, היפותיטית אמנם, תשמש לדעתי ראייה חותכת לכך:

נתין פורטוגל, האסור בנישואי שני בשני, ויהא אשר יהא מקום עריכתם, מעתיק את מקום מושבו ללונדון, ומתחתן שם עם בת דודו. לפי חוקי פורטוגל — הנישואין בטלים; לפי חוקי אנגליה — הנישואין בשרים, כי החוק האנגלי מחיל על עניני כושר את ה־ *lex domicilii*, והרי הדומיסיל של הבעל הוא לפי הנחתנו באנגליה. לאחר זמן באים בני הזוג לישראל, ויושבים כאן משנת 1951 עד 1954. בשנת 1953 מוותרים בני הזוג על נתינותם הפורטוגלית, נוסעים לאנגליה, רוכשים שם את הנתינות האנגלית, וחוזרים לאחר זמן קצר לארץ ישראל.

והנה אם טענת באת כוח המשיב נכונה היא, המסקנה תהיה כי אם הבעל יפנה לבית המשפט הישראלי לפני שנת 1953, נישואיו יוכרוזו כבטלים, ואם הוא יפנה אחרי שנת 1953, נישואיו יוכרוזו ככשרים. יתר על כן — והוה העוקץ הנוסף שבדבר — גם לאחר שהבעל, בשנת 1952, כבר קיבל פסק דין המכריז את נישואיו כבטלים, הוא או אשתו יוכלו שוב, בשנת 1954, לפנות לאותו בית משפט ולקבל פסק דין חדש המכיר בכשרות נישואיהם, ואיש לא יוכל להטיח כלפיהם: „דס יודיקטא“, מכיוון שבין המשפט הראשון והשני נשתנו העובדות אשר שמשו יסוד למתן פסק הדין הראשון. היוצא מזה, כי באותו ענין גופו, שאלת כשרות הנישואין שנערכו באנגליה, יינתנו על ידי בית משפט ישראלי אחד שני פסקי דין נוגדים

זה את זה בתבליית הניגוד. מצרה זו פטורים נהיה אם נקבע, כי החוק הלאומי על פיו הולכים בתוקף סימן 64 (2) הוא החוק הלאומי של הזר ביום עשיית המעשה, במקרה דנן: יום עריכת הנישואין, ואז ייצא כי גם לפני שנת 1953 וגם לאחריה יינתן על ידי בית המשפט הישראלי אותו פסק דין ממש, היינו: פסק דין המחיל את החוק הפורטוגלי ומכריז את הנישואין כבטלים⁴⁵.

עד כאן ה"ראיה לדבר", ומה תרא ה"זכר לדבר", היסוד המשפטי והאסמכתא החוקית לכך? על כך נאמר להלן:

„כשם שעקרון ה־ *lex domicilii* האנגלי, כידוע לכל, מצדף תמיד זמן למקום, וקובע את ערך המעשה לפי נקודת המפגש שביניהם, כך גם העקרון ה־ *lex patriae* של החוק הארצי־ישראלי, כי מה בין זה לזה, וכלום ה־ *lex patriae* היא למעלה מן הזמן, או יכולה ביתר קלות לוותר על היסוד החשוב הזה?⁴⁶”

פירושו של דבר: כללי המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי לגבי „לוח הזמנים“ של חוק הדומיסיל, מלמדים אותנו למה התכוון המחוקק האנגלי, בהחילו בסימן 64 (2) על עניני המעמד האישי של נתין זר את „החוק הלאומי“ שלו, אך משקבענו את פירוש המלות הללו, שוב אנו מחילים על הענין הנידון לא את כללי המשפט המקובל, אלא את ההוראה הסטאטוטורית של סימן 64 (2).

הנטיא אולטן, בפסק המיעוט שלו, מסתייג במקצת מן ההלכה שנקבעה על ידי שופטי הרוב כנ"ל. מפני החשיבות הרבה שבדבר, אצטט כמה קטעים הימנו.

„המסקנה אליה הגיע חברי הנכבד השופט זילברג עולה בקנה אחד עם המסקנה אליה הגיע בית משפט זה בערעור סְקורניק. אין היא סותרת אף את הדעה שהובעה דרך אגב על ידי כבוד השופט אגרנט בדבר תוקף נישואין שנערכו במדינה זרה בדרך

45 פסק דינו של השופט זילברג בערעור הרשנהורן שם, בעמודים 1303—1304.
46 שם, שם.

קידושין שלא בתנאים לחוק המדינה בה נערכו הנישואין. ובדאי שאינה סותרת את דעתי באותו פסק דין. שנתבטאה בהשערה כי יתכן ובמקרה כזה יחולו שיקולים אחרים. משפט סקורניק היה משפט אזרחי. ובית המשפט יצא מתוך הנחה שביסורה מונח העקרון. כי ככל האפשר אין להרוס מעמד אישי שנרכש באופן חוקי בזמן ובמקום שנרכש...

בנוגע לצד האזרחי שבבעיה הזאת, הנני נשאר בדעתי זו. על אף הסכמתי למסקנתו של כב' השופט זילברג.

לפנינו משפט פלילי. הנאשם זכאי ליהנות מכל הגנה המתיישבת עם הוראת החוק הקובע את העבירה בה הוא נאשם. ברור לי, כי המחוקק, בקבעו בסעיף 181 לפקודת החוק הפלילי את העבירה של ביגמיה, ובדברו על "בעל" ו"אשה", התכוון למונחים האלה במובן החוק הכללי-החילוני ולא הדתי... מכיון שהחוק הכללי, בפי שהוסבר בפסק דינו של כב' השופט זילברג, מחיל על הנישואין הנדונים שנערכו ברוסיה את החוק הרוסי, ומכיון שלפי החוק הרוסי הנישואין לא תפסו, הרי מהווה דבר זה הגנה למערער.

אפילו נניח שבתביעה אזרחית בקשר לנישואין האלה יחולו שיקולים אחרים — אין הנחה זו צריכה לשלול מאת המערער את ההגנה במשפט פלילי.⁴⁷

עוד אשוב מיד, בסעיף הבא, למשמעות הדברים שנאמרו כאן. במקום זה אציין רק, כי הלכת הרשנהורן, כפי שנקבעה על ידי שופטי הרוב, עלולה היתה, להעלות ארוכה גם לענין סקורניק. משמעותה המוגדרת והמצומצמת של הלכה זו היא, כי היא אשר יתא תכנו של החוק האישי האמור בסעיף 47. הרי כאשר ההתנגשות, מבוזנת, תקופת השלטון, היא בין שני חוקים לאומיים של נתין זר, הכל תולך אחר חוק יום המעשה. והן

47 מפסק דינו של הנשיא אולשן שם, בעמוד 1307.

גם הזוג סקורניק היו נתינים "זרים" כאלה⁴⁵. הלכת הרשנהורן היא מצד אחד, יותר רחבה מהלכת סקורניק, שכן היא מחילה את חוק יום המעשה אפילו אם הברר פועל "לרעת" הנישואין (גורר אחריו את ביטולו); ומאידך גיסא היא יותר צרה הימנה, שכן היא כשלעצמה, מסדירה את החלוקה לפי-הזמן רק לגבי נתין זר.

5. הרברים שצוטטו לעיל מפסק דינו של הנשיא אולשן, נוגעים בשאלה אחת שנתעוררה בערעור סקורניק, והיא: מה תנא עמדתו של בית המשפט האזרחי כלפי נישואין דתיים של יהודי, שלא היו כשרים לפי חוק יום המעשה? כדי לראות את הבעיה באורה הנכון ולא לשגות בעירובי תחומין, נוציא הימנה את האלמנט החדש שנתוסף על ידי הלכת הרשנהורן, ונניח לשם כך, כי המדובר הוא לא ביהודי חסר נתינות, אלא ביהודי שהיה ביום הדין אזרח ישראלי. הנשיא אולשן לא תקע עצמו לדבר הלכה זו. אלא הניח אותה בצריך עיון. וכך הוא אמר שם:

"מאידך, ייתכן מקרה נריר שזוג יהודי נישא בגולה בקידושין בלבד בלי למלא אחרי הוראות חוק המקום בו נערכו הנישואין. (ייתכן שהיו מקרים כאלה בזמן המלחמה במקומות שהיו תחת שלטון הנאצים). אם זוג כזה יעלה ארצה, האם תחיל את חוק מקום מושבם בזמן הנישואין, הרי יהיה צורך לפסוק כי הנישואין אינם תופסים, מפאת היותם מגודדים לחוק המדינה בה נערכו הנישואין. ייתכן אמנם כי במקרה כזה יחולו

48 כל הדיון בענין סקורניק התנהל על יסוד ההנחה, כי בני הזוג היו חסרי נתינות, זאת אומרת: "זרים" לפי הגדרת סימן 59, אם כי יתכן מאד, שביני לביני, היינו בין מתן פסק הדין בבית המשפט המחוזי לבין כירור הערעור, הם נעשו אזרחים ישראליים. על עובדה זו עמד השופט אגרנט בפסק דינו (בעמוד 162). אך לא עשה אותה יסוד לפסק דינו, מכיון שסענה זו לא נטענה על ידי פרקליטי הצדדים (עין שם). הוא אומר כפירוש (שם, מול אותיות השוליים ה-7). "אף אני אצא מתוך אותה הנחה" (כי הצדדים היו חסרי נתינות), אלא שהוסיף כי אפילו היה רואה אותם כאזרחים ישראליים, לא היה מגיע למסקנה אחרת. אגב: לשיטתם של אלה הרובלים בעקרון חוק יום הדין, תתעורר שאלה מענינת, מה הדין אם החוק האישי נשתנה בין יום הדין בערכאה הראשונה לבין יום הערעור? וזוהי עשוי גם זה לשמש ארנומנט נגד נכונותה של השיטה הריא.

שיקולים אחרים או נוספים, ואין לקבוע הלכה נוקשה בענין זה...

בודאי יימצא מי שיקשה: ומה יהיה הדין במקרה הפוך, כשהמתדיינים נישאו בקידושין גרידא בארץ מוצאם, שאינם בשדים בעיני החוק של ארץ מוצאם? יתכן והתשובה היא שמכיוון שהם בחרו כנישואין בהתאם לחוק הדתי, שהוא חוק אוניברסלי, אין בית משפט כאן מחוייב לפסול גם נישואין כאלה, בדונו בתביעה שבצידה מתעוררת אגב אורחא השאלה אם המתדיינים נשואים הם. יתכן שלמען הכשרת "המעמד" יהיה צורך להחיל את החוק הדתי. הבעיה אינה פשוטה כל עיקר, ואין צורך לקבוע כאן הלכה בנידון זה⁴⁹.

בהניחו את השאלה פתוחה כגיל, כבר התוהה הנשיא אולשן כמה קווי-יסוד כשיקולים לכירור השאלה. והם:

(א) הזכרת המקרים שקרו באירופה הכבושה על ידי הנאצים. זה הוא בודאי שיקול חשוב מאד. אם, למשל, זוג יהודים גרמניים נישאו זה לזו כדת משה וישראל במחנה ההשמדה של ברגן בלזן, קשה להעלות על הדעת, כי משהו יפסול את הנישואין, בגלל כך שבני הזוג לא פנו לפקיד הנישואין הנאצי הנמצא מחוץ לגדר התייל של המהנה⁵⁰. גרמניה הנאצית העמידה את היהודים מחוץ לכל חוק, ולכן אין לראות את חוקיה, או חוקי הגרורים שלה, כמגיעה, חוקית להכרת כשרות הנישואין שנערכו בין יהודים בהתאם לדיני ישראל. היה זה סילוף פרברסי של כל מושגי הגיון וצדק, אילו בקטו, במקרים אלה, להסתמך על "החוק הלאומי" — הנאצי! — של היהודי והיהודיה.

(ב) בחידת החוק הדתי, כחוק אוניברסלי, שיקול זה אינו מצומצם ליהודים בלבד. משמעותו היא, לדעתי, זו: אם איש ואשה, בשבתם במדינה שחוקיה מכתביים טכס אורחי לעריכת הנישואין, מניחים טכס זה ובחורים תחתיו בטכס דתי, הנחשב כיוצר קשרי אישות בעיני מיליוני אנשים, על

49 סקוריניק שם, בעמוד 150 ובעמוד 161.

50 החוק הגרמני מכתיב, כתנאי לתוקף, קיום טכס אורחי (ראה ב.ג.ב. סעיף 1317, והשחה סעיף 1324).

פני תבל כולה, הדבקים בתורת הדת, הרי הם קיבלו על עצמם עול חוקי הדת כחוקים מחייבים לגבי נישואין אלה, ושוב אין הם יכולים לפרוק מעליהם עול זה במדינה, בה גם החוק האורחי — כלומר: האורחי הפנימי — מכיר בתקפו של טכס כגון זה. אף זה שיקול אשר יתכן ויתחשב בו בית המשפט האורחי.

(ג) שאלת כשרות הנישואין המתעוררת אגב אורחא, דעתו של הנשיא אולשן היא, כנראה, כי השיקולים הללו יהיו בעלי תוקף יותר רב, אם השאלה בדבר כשרות הנישואין תתעורר כשאלה אינצידנטלית בתביעת מימוש איזו חובה, הנובעת מקשר הנישואין. בית המשפט לא יהיה מחייב לתת לצד שהתקשר, להתחמק ממילוי חובותיו בטענות כאלה. גישה אחרת לענין תיתכן, לדעתו, אם התביעה תהיה נוגעת במישרין לכשרות הנישואין. אך גם בזה אינו קובע מסמרות, כי בסוף הקטע הראשון שצוטט לעיל, הוא מדבר סתם על מקרה בו "יהיה צורך לפסוק כי הנישואין אינם תופסים", וגם הדברים שנאמרו על ידו בפסק דין הרשנהגורן מצביעים על כך, כי השיקולים האחרים או הנוספים המודגשים על ידו עלולים לתול בכל מקרה ומקרה.

לא כן נהג השופט אגרנט בפסק דינו שלו. הוא ראה צורך להכנס בעבי הקודה של השאלה היא, לפי שהתשובה שתנתן לה "עשויה לשמש שיקול שמן הראוי להביאו בהטבון, גם בשעה שעומדים לקבוע את ההלכה לפיה תידון כשרותם או פסלותם של נישואין כגון אלה שנערכו בין בעלי הדין בעניננו". לעומת זה הוא צמצם את השאלה לגופו של ענין סקורניק, והעמיד אותה על נישואין דתיים של יהודים בלבד. והמסקנה שהגיע אליה היא:

"נוטה אני לחשוב כי אפילו בית משפט אורחי בישראל, לבשתבוא לפניו השאלה, אם תקפים הם נישואין שנערכו בין יהודים בחוץ לארץ על פי דין תורה בלבד, יהיה חייב להכיר בהם, בנישואין אלה, אף אם החוק של אותה מדינה, אשר הצדדים, בעת הינשאם זה לזו, היו מאורחיה, מכיר אך בנישואין הנערכים בצורה אורחית"⁵¹.

51 שם, בעמוד 175.

ובסוף פסק דינו הוא מסייג את הרעיון ואומר:

„לשם המטרה המצומצמת של מתן תוקף לנישואין כאלה, מן הדין להעדיף כאן, על פני החוק הלאומי הזר (lex patriae) שהיה לצודדים בשעת הינשאם ושאנו מכיר אלא בנישואין הנערכים בצורה אורחית מסויימת, את החוק הלאומי האחר שהיה להם אז והממשיך להיות חוקם זה עד היום. הוא החוק העברי“⁵².

המטרה היא מצומצמת: לצורך ההכרה בנישואין הכשרים לפי דיני ישראל, ולא לצורך אי-ההכרה בנישואין הבטלים לפי דיני ישראל. והוא מסיים את הרעיון באמרו:

„גישה אחרונה זו של העדפת חוקו הלאומי האחד של אדם, בעל לאומיות כפולה, על פני חוקו הלאומי האחר — וזאת במטרה להכשיר את הנישואין התופסים לפי האחד, אך לא לפי האחר, מאותם שני החוקים — גישה זו אמנם אינה זרה למשפט הבינלאומי הפרטי, והנני מפנה, בנידון זה, את תשומת הלב לדוגמאות המובאות על ידי מרתין וולף בספרו הנזכר (המשפט הבין לאומי הפרטי, מהדורא שניה) בעמודים 130—131“⁵³.

ועל שום מה יש לראות את המשפט העברי כ„חוקו הלאומי“ של היהודי. הנתין הזר, במובן סימן 64 (2) של דבר המלך? על כך הוא מרחיב את הדיבור שם למעלה מן הענין, ותמצית רעיונו המעניין והמקורי מצויה בפסוקים אלה:

„... היהודים, גם לאחר שהוגלו מארצם, מעולם לא הפכו להיות, בעיני עצמם, כת דתית, ומעולם לא תדלו להיות, לפי תפיסתם הם, אומה אשר מקומה בין שאר אומות העולם;

אשר העדרה מארצה, לה המשיכו בניה לשמור אמונים הוא זמני, ואשר נשאה עמה, בכל תפוצותיה ובכל תקופות גלותה, את נכסי צאן הברזל של תרבותה — את הקנינים הלאומיים שלה, והמשפט העברי בכלל קנינים אלה.

אמנם במשך הזמן הארוך, בו נאלצו היהודים, בארצות פזוריהם, להסתגר מאחורי חומת הגיטו, לבש המשפט העברי יותר ויותר צורה דתית מובהקת, ואולם, הוא לא פסק אי פעם, ככל כך, לשמש חוקם הלאומי של היהודים גם אתרי שנפרצה אותה חומה והם יצאו לעולם הרחב...

... בו ברגע שאנו מתיים — כפי שאנו חייבים להודות — בהמשך קיומם של היהודים, בכל הדורות ובכל ארצות פזוריהם, כאומה נפרדת, שוב עלינו לבחון את אפיו של המשפט העברי על פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואי בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קנינה המיוחד, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושנו של דבר, חזק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם“⁵⁴.

נאים הדברים מאד, — מן הסוג הנעלה והמרומם אשר רק לעתים רחוקות נמצאנו בין השיטין היבשים של היודיקטורה. אך לא כל המשפטים המובהקים שלנו הסכימו עמו בנישה מקורית וחדשה זו. הראשון שמתח בקורת עליה, היה פרופ' פיינברג, במאמר שנתפרסם על ידו ב„הפרקליט“⁵⁵, הוא חולק על „זיהוי הדת היהודית, לרבות המשפט העברי, עם הלאומיות היהודית במובנה החילוני המודרני“, ואומר:

„כשאנו דנים היום על דיני התורה לא נוכל להגדירם אלא כדינים דתיים אף אם ניתנה להם גושפנקא ממלכתית. פירוש הדבר, שעל ידי החלתו של המשפט העברי בתחומי חיים

54 שם, בעמודים 176, 177.

55 הפרקליט, אוקטובר 1954, עמודים 289—294.

52 שם, בעמוד 178.

53 שם, שם.

מסויימים. בין על ידי שלטון המנדט ובין על ידי מדינת ישראל, לא פסק חשפט זה מלהיות דתי. אמנם הלוח נובעת ממקור שלטונה של המדינה, שלפי עצם מהותו חילונית הוא ואולם, בבואה להחיל חוק דתי, אין המדינה מתכוונת על ידי כך ליטול מחוק זה את עצם אופיו...⁵⁶

ודייקן, בספרו "דיני נישואין וגירושין", מסכם את המחלוקת ההיא בזה הלשון:

"תפיסתו של השופט אגרנט את סיבו של המשפט העברי איננה התפיסה השיגרתייה היא מנוגדת להשקפת החוגים הדתיים. המרימים על נס את אופיו הדתי, הדתי בלבד, של המשפט המסורתי, ואין הרגשתם סובלת משפט לאומי חילוני שאינו דתי. תפיסה זו מנוגדת לדעת הכופרים באמונה ודת, שאדיר כל חפצם לפרוק מעליהם עול תורה ומצוות, בשל היותן ענין דתי גרידא. התפתחות הענינים והשתלשלות הנסיבות של הדרויות האחרונים השפעת דעות המשכילים הנוצרים גרמו לכך, שגם רוב משכילי ישראל עומדים על תפיסה מנוגדת לשיטת השופט אגרנט. תפיסת ענינים זו מייצג למשל, בכל הבהירות נתן פיינברג"⁵⁷

לא כאן המקום להרחיב את הדיבור על המחלוקת הנטושה בין חכמינו בדבר אופיו הדתי או הלאומי של המשפט העברי. אני כסלעצמי סבור, כי יש בו מזה ומזה גם יחד. אם תרצה לומר — המשפט העברי הוא החוק הדתי הלאומי של עם ישראל, ואם תרצה לומר — הוא החוק הלאומי הדתי שלו. התואר "דתי" מציין את מקורו ומהותו, והתואר "לאומי" — את היקפו ותחולתו. שכן שונה היא הדת היהודית, משתי הדתות הגדולות בזה, שהיא מיוחדת לעם ישראל בלבד, שלא כמו הדת הנוצרית או הדת המוסלמית. הפורשת את כנפיה על עמים שונים. מבחינה זו היא דת "לאומית" גם בעיני אלה, המביטים רק אל המקור האלהי שלה.

56 שם, בעמוד 293.

57 דייקן, דיני נישואין וגירושין, תל אביב, 1956, בעמוד 26.

ברם, רצוני לברוק את הלכת אגרנט מבחינת האימפליקציות המשפטיות שבה, הא ותו לא. בהניח יחד עמו שתי הנחות אלה: (א) כי המשפט העברי הוא חוק הלאומי של כל יהודי ויהודי באשר הוא שם; (ב) כי לשם המטרה המצומצמת של מתן תוקף לנישואין, מעדיפים חוק לאומי זה על חוק הלאומי האחר של היהודי הזר. לא היפוכו של דבר! זאת אומרת: אין הולכין אחר המשפט העברי, כדי לבטל נישואין הכשרים לפי החוק הלאומי האחר. בצורה אחידה ומרוכזת אפשר, איפוא, להגדיר את ההלכה כך: כאשר שני חוקי הלאומיים של היהודי הזר — היינו: המשפט העברי וחוק המדינה הזרה — מתנגשים ביניהם לגבי תוקף נישואין שנערכו בחוץ לארץ, זכות הבכורה נתתן לאותו חוק לאומי המכיר בכשרותם.⁵⁸

וכעת הכה נראה, מה הוא תכנה המדויק של הלכה זו. לשם כך עלינו לחזור קצת על עקבותינו, ולהתבונן לדברים שנאמרו על ידי השופט אגרנט במחצית הראשונה של פסק דינו. הוא הסיק שם, כזכור, את החלת החוק הפולני על נישואי סקורניק, מתוך השוואת תחומי חלותו של "החוק האישי" של סימן 47 הארצישראלי, לתחומי חלותו של "חוק הרומיסל" כמשפט המקובל האנגלי. בהפליגו מנקודת מוצא זו, לא עשה השופט אגרנט, ולא יכול היה לעשות, אבחנה כל שהיא בין שאלות של צורה ושאלות של כושר. וכך הוא אומר שם:

"נראה לי, כי לא אסטה מן הדרך אם אקבע, כי אל ענינו יש להקיש את הכלל של המשפט הבינלאומי הפרטי, אשר בתי

58 רציון ההלכת החוק הנותן תוקף לנישואין, עלול לגרור אחריו דילמה קשה מאד, כאשר כל אחד משני החוקים הלאומיים — העברי והזר — מכירים: זה בנישואין כפי 1, וזה בנישואין כפי 2; והקושי יגדל עוד יותר, וממש לא ידא כל מוצא היכני, אם הדבר יקרה לאשה אחת ושני בעלים. הגע בעצמך: אלה אורח: סובייטית. נראה ליעקב ברוסיה כדת משה וישראל, ולכסנודז לה כי אין כל תקף לנישואין אלה, הלכה ונישאה לאיש אחר, ניקולאי, בטכס נישואין אורחי המוכר כאותה מדינה. שני חוקים לאומיים לאשה זו: המשפט העברי והחוק הרוסי; לפי המשפט העברי היא נשואה ליעקב, לפי החוק הרוסי היא נשואה לניקולאי, — היתכן כי בית המשפט האורחי הישראלי יראה איהו כנשואה לשני הבעלים? ! והן זו היא, לפחות לכאורה, המסקנה העולה מתוך הלאומיות הכפולה של יהודי, אם אין מעדיפים אחת מהן, הן לחיוב והן לשלילה, אלא מחילים אה חוק הלאומיות הנותן תוקף לנישואין, יצטרכו, איפוא, על כל נשים, לסייג אה ההלכה ההיא, ולקבוע לה עקרון ברירה נוסף, אך אינני רואה כיצד יעשה הדבר.

המשפט באנגליה מחילים אותו לגבי השאלה, אם הנישואין של הצדדים תופסים מבחינת תקפם המהותי, או — אם לנקוט לשון יותר מפורטת — אם הם תופסים מבחינת כושר הצדדים לבא בבית הנישואין⁵⁹.

מכאן עולה בעליל, כי אילו נישואי סקורניק בטלים היו לפי דיני ישראל, לא מחמת פגם שבצורה אלא מחמת חוס שבתוכן — למשל, אילו היו אלה נישואין בין יהודי ולא-יהודי — כי גם אז היה השופט אגרנט רואה אותם ככשרים, מכוח החוק האישי שחל עליהם ביום המעשה. ממש כמו שנוהג במקרים אלה המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי, בהחילו את חוק הרומיסיל על שאלת כשרותם המטריאלית של נישואי בני הזוג.

ובזה חוזרים אנו אל רעיון חוקו הלאומי הכפול של היהודי הנור; וכאן מתרגשים בלבנו ספיקות רציניים: האומנם כך הוא, והיכן מצינו אסמכתא לכך, כי אדם הנתון בעניני האישות שלו לשלטונם של שני חוקים לאומיים, והשאלה המתעוררת בנוגע לכשרות נישואיו היא לא של טכס וצורה, אלא של מהות וכושר, ידאו נישואיו כבעלי תוקף, אף על פי שרק אחד מן החוקים הללו מכיר בתקפם והשני רואה אותם כבטלים ומבוטלים? כפיפותו של האיש במידה שווה לשני החוקים, האין היא מחייבת כי — לפחות מבחינת הכושר — לא תהיה מניעה לכשרות נישואיו מצד אף אחד משני החוקים ההם?

והשאלה הנוקבת הנוגעת במישורין לעניננו היא: מה טעם יש לחייב את בית המשפט הישראלי להכיר, תוך החלה נאמנה של המשפט העברי הלאומי, בתקפם של חופה וקידושין שסודרו ליהודי בגדמניה, אם אותה שעה גופה אנו מתיידים, ואף מחייבים, את בית המשפט ההוא לתת — תוך תילול קשה של אותו משפט לאומי — גושפנקא חוקית והכשר לנישואין שנערכו שם כחוק בין יהודי גרמני ודודתו?⁶⁰ האין בכך משום אינקונגדואנציה, מבחינת דרכי הקיום וההחלה של החוק הלאומי?

59 שם, בעמוד 165.

60 אחות האב או אחות האם היא ערוה, מחייבי כריתות (ויקרא פרק כ', פסוק י"ט; יבמות, דף נ"ד ע"א; רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק כ', הלכה ה', ופרק א', הלכה ז'). ואין קידושין תופסין כערוה (קידושין, דף ס"ז ע"ב; רמב"ם הלכות אישות, פרק ד', הלכה י"ב); לפי החוק הגרמני, נישואין אלה תופסין (השוה ב.ג.כ., סעיף 1310).

הלכות אישות ואיסורי ביאה של דיני ישראל הם, ודאי ודאי, נכסי צאן ברזל ועמודי התווך של התרבות הלאומית והמשפט הלאומי שלנו. בסוף פרשת העדיות בספר ויקרא, פרשת אחרי מות, נאמר:

אל תטמאו בבל אלה, כי בכל אלה נטמאו הגויים אשר אני משלח מפניכם... ושמרתם אתם את חקותי ואת משפטי, ולא תעשו מכל התועבות האלה... כי את כל התועבות האלה עשו אנשי הארץ אשר לפניכם ותטמאו הארץ⁶¹.

גילוי עריות הוא אחד משלשת הרברים עליהם נאמר: ידורג ואל יעבור⁶² ולדעת רבים — לא דוקא עריות ממש, ולא דוקא גילוי עריות; הם וכל האביונים שלהם⁶³, ידועים כל הגדרים והסייגים שעשו להם חכמים⁶⁴, לכן: אם אמנם נכון הרבר, כי המשפט העברי הוא חוקו הלאומי של היהודי הנור במובן סימן 64 (2), אין כל אפשרות לתרץ את ההכרה שבית המשפט האזרחי חייב להעניק, לפי הלכת סקורניק, לנישואי עדוה של יהודים זרים, נישואי אחות אביו, או אחות אמו, או אשת אחיו, או עריות אחרות כיוצא בהן, הן ללא ספק פגיעה חמורה מאד בהלכות יסוד של המשפט העברי, ואם, על אף כל זה, בית המשפט האזרחי לא יתחשב בכך, קשה לראות, מדוע יא חייב דוקא להכיר בתקפו של טכס נישואין יהודי, הפסול לפי חוקי המדינה הנורה בה הוא נערך.

באחד הקטעים שצוטטו על ירינו לעיל, אומר השופט המלומד, כי "העדפת חוקו הלאומי האחד של אדם, בעל לאומיות כפולה, על פני חוקו הלאומי האחר — והאזת במטרה להכשיר את הנישואין התופסים לפי האחד, אך לא לפי האחר, מאתם שני החוקים — ... אינה זרה למשפט הבינלאומי הפרטי"⁶⁵, והוא מפנה שם אל הדוגמאות שהובאו על ידי מרטין וולף בספרו "משפט בין לאומי פרטי", מהדורא שניה, בעמודים 130—131. הרי זה שנאמר שם:

61 ויקרא פרק י"ח, פסוקים כ"ה, כ"ו, כ"ז.

62 סנהדרין, דף ע"ד ע"א.

63 עיין דודק סנהדרין, דף ע"ה ע"א; נימוקי חסף על הרי"ף שם; שרית ר' אליהו מזרחי, ס"י נ"ט; משנה למלך על הרמב"ם הלכות יסודי התורה, פרק ה', הלכה ב'.

64 ראה יבמות, דף כ"א ע"א.

65 ראה לעיל, הערה 53.

הכללים החלים על נתינים בריטיים בלבד. היינו: הכללים שהוזכרו לעיל... — חלים גם במקרה של נתינים מעורבים (sujets mixtes), זאת אמרת: אנשים בעלי שתי לאומיות שאחת מהן היא בריטית, אם, למשל, אדם שהנו גם בריטי וגם פורטוגזי נושא אשה פורטוגזית בפני השגריר הבריטי בליסבון. הנישואין כשרים בעיני החוק האנגלי. כיוצא בזה, יכולים נתינים זרים להסתמך על חוק מדינתם, אפילו אם יש להם יותר מנתינות זרה אחת (אלא אם כן הם נתינים בריטיים).

דוגמא: אמריקאי, שהוא גם פורטוגזי, נושא אשה אמריקאית בין החומות של השגרירות האמריקאית בלונדון; הנישואין כשרים בעיני החוק האנגלי; אם שני הצדדים הם גם פורטוגזים וגם אמריקאים, יכולים הם להנשא זה לזו לפי בודרתם: בשגרירות של ארצות הברית, או בשגרירות הפורטוגזית (או באיזו צורה שנקבעה על ידי החוק האנגלי הפנימי). ברם, אם אחד מהם הוא אמריקאי וגם בריטי, נישואיהם שנערכו בשגרירות האמריקאית הם מן הבחינה הפורמלית בטלים; כי בריטניה הגדולה, כמו כל מדינה אחרת, רואה את נתיניה כנתיניה היא בלבד, ואינה מתחשבת בכפיפותם למדינה שניה⁶⁶.

דברים אלה עשויים לטמש אסמכתא לכך, כי אם יהודי אמריקאי נשא שם⁶⁷ אשה יהודיה כדת משה וישראל, נישואין אלה יוכרו בבית המשפט הישראלי, בשל היותם תואמים את צורת הטכס הכשרה לפי אחד משני החוקים הלאומיים שלו. הוא המשפט העברי. אך אין הס עשויים לשמש אסמכתא לכך, כי אם היהודי הוא נשא שם אשה שהיא ערוה עליו לפי דיני ישראל⁶⁸, יוכרו גם נישואין אלה ככית המשפט הישראלי, בשל היותם

66 חלף שם, בעמודים 130—131. השווה גם את האמור בעמוד 125.

67 כחנתי למדינה בה מכהיב החוק, כתנאי לתוקף, קיום טכס אזרחי.

68 או שאינם תופסין לסי דיני ישראל מסעם מטריאלי אחר, כגון: נישואי יהודי ולא יהודיה.

כשרים לפי החוק הלאומי האחר שלו, הוא החוק האמריקאי. והן זו היא ההלכה האחות, העולה מפסק הדין הנ"ל, כפי שראינו לעיל. כל הדוגמאות שהובאו על ידי וולף, מטפלים בענינים של טכס בלבד, ואם תרצה לומר: בעניני טכס פורמליים שבפורמליים אפילו מן הבחינה הפורמלית של הטכס בכלל.

שאלת כשרות נישואיו — מבחינת הכושר — של אדם בעל נתינות כפולה, לא נדונה כלל בספרות או ביודיקטורה האנגלית, וזה מן הטעם הפשוט, שהמשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי, כידוע, רואה כמבחן אחד ויחיד לכך את חוק הדומיסיל של בני הזוג, ובדומיסיל אין הכפילות תופסת, כי, לפי התשקפה האנגלית, אין לאדם אלא דומיסיל אחד.⁶⁹ זה הוא אגב, אחד הטעמים אשר בגללם מעדיפה הדוקטרינה האנגלית את הקריטריון של הדומיסיל⁷⁰. לכן מן הראוי יהיה להתבונן להוקים הקונטיננטליים, שהם מעמחים יותר גדולים לאותו דבר, וביחוד לדוקטרינה הצרפתית, הדוגלת זה למעלה ממאה וחמשים שנה בעקרון ה"lex patriae".

והגה בסוף המאה התשע עשרה — תחילת המאה העשרים גרסו שופטי וסופרי צרפת את הדעה, כי מי שיש לו יותר מלאומיות אחת — אין לו אף אחת. שכן "אין אדם יכול לשרת שני אזונים". וכך אומר הסופר וולרי: "י

אין אדם יכול להיות בעל שתי לאומיות.

את הכלל הזה קל עוד יותר להצדיק... מפני שאהבת המולדת, שהיא יסוד מוסד ללאומיות, אינה ניתנת לחלוקה, מי שיש לו כמה ארצות-מולדת, אין לו למעשה, מולדת כלל, שהרי לא יוכל למלא כלפי כל הארצות, שהוא האזרח שלהן, את החובות הכל-כולעות המוטלות על כל אזרחי ביחוד במקרה של מלחמה בין שתי מדינות-נתינותו, כיצד יוכל לשרת בבת אחת דגליהם של שני המחנות האיובים?..."

69 חלף שם, בעמוד 107.

70 צ'שיר, משפט בין לאומי פרטי, מהדורא שלישי, בעמוד 205.

71 כאן עומד אני בפני דילמה מסוימת בעניני תרגום: הייתי מעדיף לתרגם את המונח nationalité במלה העברית "אזרחות"; אך כדי שיהיה לנו "מבנה משותף" לשני צדי הבעיה שאנו עוסקין בה כאן, אמשיך להשתמש במלה "לאומיות", שהשתמש בה השופט אגרינט, לתרגום המונח הנ"ל.

אם הוא גר, לחילופין, גם בזו וגם בזו, יתבוננו אז לשפה בה הוא מדבר, למקום עסקיו, ללאומיות של אשתו, בקיצור: לכל האלמנטים העשויים לתוות possession d'état, לרבות גם... את הנטיה שהוא עצמו הראה, בנידון זה, אם בפירוש ואם מכללא"⁷⁴.

דעה זו, כפי שמציין המחבר שם, נתקבלה על דעת "בית הדין הקבוע לבורדרות" של האג במשפט קנווארו (Canevaro), והיא גם אושרה בפירוש בסעיף 5 של אמנת האג משנת 1930, בו נאמר בי המדינה השלישית, תוך גבולות ארצה, תוכל לבחור בין הלאומיות השונות של אדם כזה.

"ולחבר, באופן אכסקלוסיבי, או בלאומיות של הארץ, בה מצוי מקום מושבו הרגיל והעיקרי, או בלאומיות של הארץ, אשר הוא כפי שהמסיבות מראות, נראה כקשור אליה ביותר"⁷⁵.

וסופר מומחה צרפתי אחר כתב:

"אין זה מקרה נדיר, שתהייה לאדם אחד שתי לאומיות. כאן — המעמד האישי אינו יכול לציית עוד לחוק הלאומי. בתי המשפט שלנו חייבים לפתור את סכסוך הלאומיות, כדי להעניק למעוניינים... הכרה באחת משתי הלאומיות. משנעשה הרבר, שוב אין לנו אלא להחיל חוק לאומיות זו על המעמד האישי"⁷⁶.

אמנת האג נחתמה ביום ה-12 באפריל, 1939, על ידי באי כוח שלשים

Batiffol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, 47
Paris 1955, pp. 92-93. cf. Walker, *Internationales Privatrecht*,
5 Aufl., Wien 1934, p. 103, et *ibid*, n. 55.

Batiffol, *ibid*, p. 94. 75

Niboyet, *Cours de Droit International Privé Français*, Paris 76
1949, p. 527

חיזוק לדעה זו אפשר, אגב, למצוא ברעיון, כי ההכרה בלאומיות הכפולה של אותו אדם, היא בה משום פגיעה בריבונותן של שתי הארצות אליהן הוא יחובר, היות ואדם זה החייב אמונים לשני ריבונים, לא יוכל לציית לכל אחד מהם אלא באופן חלקי. כמו שאמר הכתוב: אין אדם יכול לשרת שני אדונים"⁷².

ברם דעה זו לא האריכה ימים הרבה, ואת מקומה תפסה ההשקפה המודרנית, המושלת עתה בכיפה ואומרת, כי אם יש לאדם שתי לאומיות, על השופט לבחור באחת מהן, ולהחיל את החוק שלה על המעמד האישי שלו. מדברי מחבר אחר: —

"ברם, אם שני חוקים זרים מייחסים בעת ובעונה אחת את לאומיותם לאותו אדם גופו, שומה על השופט הצרפתי לעשות בחירה ביניהם, שהרי אין הוא יכול להחיל בבת אחת את שניהם: תביעת גירושין של גרמני שהוא גם ברזיליאני, חייבים לדונה בצדפת או לפי החוק הגרמני או לפי החוק הברזיליאני..."

ובאיה מהם יבחר השופט? על כך נאמר שם למטה מן הענין:

"היודיקטורה הצרפתית, הנתמכת על ידי המחברים החדשים ביותר⁷³, תפסה עמדה בתחליטה, כי קביעת לאומיותו של אדם הנטען (réclamé) על ידי שני חוקים שונים, היא שאלה של עובדה... על השופט יהיה לחפש ולמצוא את הלאומיות האפקטיבית (או הפעילה) של המעוניין... זאת אומרת: אם הוא התנהג כנתינה של האחת, או כנתינה של האחרת, מבין הארצות התובעות אותו לעצמן. מקום מושבו הרגיל ימציא, בנידון זה, את הסימן המובהק ביותר, אלא שסימן זה לא יתא במצא, אם הוא יושב בארץ שלישית, או שלא יהיה קובע.

Valéry, *Manuel de Droit International Privé*, Paris 1914, 72
pp. 134-135.

73 הכונה היא גם למחברים לצרפתים; ראה הערה 37 באותו עמוד.

ושבע מדינות⁷⁷ ורק אחת מהן (רניה) הסתייגה מסעיף 5 הנ"ל⁷⁸. ביום ה-12 באוקטובר, 1932, קבלה העצרת השלש עשרה של חבר הלאומים החלטה לטובת הרטיפיקציה של האמנה⁷⁹ היא⁸⁰. בין אם מצוה זו קויימה על ידי כל המדינות, בין אם לא קויימה על ידי כולן — ידוע, למשל, כי בריטניה הגדולה אישרה אותה ביום ה-6 באפריל, 1934⁸¹ — הרי עצם החתימה עליה על ידי מספר כה רב של מדינות, וכן ההחלטה הנ"ל של חבר הלאומים, מעידה על כך, כי אכן זו היא ההשקפה המודרנית בענין זה, הכוקעת לה דרך ברחבי העולם הנאור. הוזה אומר: חכמי אומות העולם הגיעו לידי הכרה, כי על עניני המעמד האישי של אדם (ושאלות אחרות מסוג זה), אין להחיל אלא חוקי לאומיות אחת, וכי זכות הבכורה נתנת ללאומיות האפקטיבית ביותר; ממש אותה רעה שהתגכשה במשפט הצרפתי, כפי שראינו לעיל.

ומה היא המסקנה העולה מכך לגבי השאלה שלפנינו? המסקנה היא — כך נראה לי — כי מבחינה משפטית אין כל אפשרות להתפיס ולהחיל את עקרונות ה"דו־לאומיות", כאשר האחת מהן יסודה בהשתייכות לאומיות־תרבותית (היותו יהודי), והשניה — בהשתייכות מדינית־אזרחית (היותו אזרח אמריקאי וכדומה). כיצד נוכל כאן לשקול זו כנגד זו את שתי הלאומיות, ובאיזו דרך נקבע, מי מהן היא האפקטיבית או הפעילה ביותר? כלום יש משהו משותף לשני הערכים ההם, והיכן נמצא את הכתוב השלישי שיכריע ביניהם? נמצא ש"דו־לאומיות" זו של היהודי הור, בכפילותה תעמוד, ושוכ לא יתא לו שום חוק לאומי, כפי שנאמר על ידי הסופרים הצרפתים הנ"ל.

77 הארצות לפי סדר חתימתן הן: גרמניה, אוסטרליה, בלגיה, בריטניה הגדולה, קנדה, אוסטרליה, אפריקה הדרומית, אירלנד, הודו, צ'ילה, סין, קולומביה, קובה, דניה, דנציג, מצרים, ספרד, אסטוניה, צרפת, יוון, הונגריה, איטליה, יפן, לטביה, לוקסמבורג, מלסיקו, הולנד, פרו, פולין, פורטוגל, סלובוד, שבדיה, שווייץ, צ'כוסלובקיה, אורוגוואי, יוגוסלביה.

(Hudson, International Legislation, Washington 1936, pp. 373-374).

Hudson, *ibid.*, p. 373. 78

Hudson, *ibid.*, p. 359. 79

Hudson *ibid.* 80

ברם אילו אפילו — בדרך שאינני יכול לתאר לעצמי — הצלחנו למצוא איזה שהוא צד שווה בשתי הלאומיות ההן, וממילא גם קריטריון מסוים לבור ביניהן, הרי המסקנה היחידה שהיינו חייבים להגיע אליה היתה, להחיל, על נישואי אדם כזה, רק את החוק של הלאומיות הנבחרת ההיא, היינו: או את המשפט העברי, או את החוק הזר של ארץ נתינותו. בלי לשאול כלל, איזהו הוא החוק "הנוטה חסד" לנישואין, וגורר אחריו דוקא את בשדותם, כי הלאומיות האפקטיבית אשר מחלים אותה על "בעל הסתים" כנ"ל, קובעת לדעת הכל, הן לשבט והן לחסד, את גורל האקט הגידון.

סיכומו של דבר: נראה לי, ככל הכבוד, כי גם בהרחיכנו את גבולי המונח "חוק לאומי" של סימן 64 (2) עד כדי היותו כולל, לגבי יהודי זר, את המשפט העברי כנ"ל, עדיין קשה יהיה לבסס על כך את ההלכה שהוסקה הימנו בפסק הדין הנ"ל. סבור אני, כי מי שהולך בדרך זו, חייב להמשיך לבת עוד צעד ולומר, כי הלאומיות היהודית היא תמיד גם הלאומיות האפקטיבית של היהודי הזר, ולהחיל עליו, גלל כן ובגין כך, רק את המשפט העברי. לא התעלמתי מן התוצאות הקשות שהצביע עליהן השופט אולטן⁸¹, אך אינני רואה ררך להימנע מהן תוך כדי החלה של עקרונות הלאומיות הכפולה.

6. הלכת סקורניק נתנה גושפנקא לדעה, כי האקט הנעשה על ידי אדם בהיותו נתין זר, יעמוד בתקפו המלא גם לאחר שהיה לישראלי. האומנם — בתקפו המלא, ולגבי כל דבר וענין? השאלה, ביתר דיוק, היא: האם גם המעשים הנעשים על ידו לאחר מכן, "בתקופה הישראלית", חייבים אנו לראותם כאפקטריא החוקית המתמדת שנוצרה על ידי האקט הקודם של "התקופה הזרה"? השאלה היא רכת חשיבות, הן מבחינה מעשית והן מבחינה משפטית, והזדמנות טובה מאד לבירורה ממציא לנו פסק הדין שניתן בענין אחד על ידי השופט קיסטר בבית המשפט המחוזי⁸².

מעשה שם בחופה וקידושין שסודרו על ידי רב אחד בישראל, נתברר, כי האשה היתה לפניו נשואה ליהודי אחר, ונתגרשה הימנו על ידי קבלת פסק גירושין אזרחי, ללא קבלת גט, באמריקה. השאלה שעמדה במישרין לדיון בפני בית המשפט המחוזי היתה, אם נוכח עובדה זו יש תוקף לנישואין

81 סקורניק שם, בעמוד 150, מול איתות השולים ב"ב.

82 פריד נגר פריד, תריא 1588/51, ח' מסקים מחחיים 95.

שנערכו בישראל, או לא. לא חלקו על כך, כי לפי דיני ישראל לא תפסו הקידושין השניים כלל, אלא שטענו, כי מכיוון שהתוק האיש (האמריקאי) אשר חל אותה שעה על האשה, הכיר בתקפו של פסק הגירושין, הרי אשה זו "פנויה" היתה ולא "אשת איש" בעת קבלה את קידושה מבעלה השני, וממילא אין פגם חזפי בנישואין השניים שנערכו בישראל כנ"ל. השופט קיססר דחה בשתי ידיים, ובשני נימוקים, את הטענה ההיא, ואמר:

... במקרה כמו שלפני, כאשר בית המשפט נדרש לרוך אם בנישואין שנערכו לפי משפטי הדת היהודית כשרים, עלי לרוך בתוקף הנישואין האלה מנקודת מבט של המשפט העברי. שומה עלי לבדוק את גירושה של המשיבה אם הם נעשו באופן כזה שלפי עקרונות המשפט העברי יש לה כשרות להנשא מחדש. בגדון זה ברור הדבר שכמו שפסק דין גירושין הוא יסוד באנגליה להכריח בתוקף הגירושין בחוץ לארץ, כן בעיני המשפט הדתי היהודי הסכמה מפורשת ופורמלית של בעלה של המשיבה (הכותה לבעלה הראשון) על ידי מסירת גם הוא תנאי יסודי לכך שהמשיבה תהיה כשרה להנשא מחדש...

עלי להוסיף כי לא רק מנקודת מבט של מקום עריכת הנישואין אין להכיר בנישואין במקרה שלפני.

ישנו עוד כלל כי בכדי שהנישואין יהיו כשרים יש צורך שכל אחד הצדדים יהיה כשר מבחינת מצבו האישי, להתחתן באופן כשר עם השני...

יתכן שהמשיבה לפי החוק האמריקאי רשאית אפילו להנשא אבל אין המבקש יכול לקדש אשה, וקידושן — לא יחולו אם האשה היתה נשואה ולא קבלה גט פטורין מבעלה. וזה בעצמו פותר את השאלה⁸³.

נימוקיו של השופט קיססר היו, אפוא, שניים: (א) כי מכיוון שהנישואין נערכו לפי משפטי הדת היהודית, צריך שיהיו גם כשרים מבחינת משפטי דת זו; (ב) כי מכיוון שהתוק האיש של הבעל הוא דיני ישראל⁸⁴, והם על

83 מריד שם, בעמדים 103—104.
84 ראה שם, עמוד 101, כקטע הרביעי.

כל פנים אינם מכירים כתקפם של נישואין אלה, בסלים הנישואין ממילא גם לגבי האשה⁸⁵.

על פסק דין זה נמתחה בקורת תריפה — וכפי שנראה להלן: כלל לא מוצדקת — על ידי ד"ר פרוקציה בהפרקליט. הוא יוצא מתוך ארבע הנחות יסוד (הנכונות כשהן לעצמן) ואומר: —

א. החוק הבינלאומי-פרטי הוא חלק מחוקי מדינתנו מכח סעיף 46 לדבר המלך, ומכח תקדימים הרבה שניתנו גם בתקופת המדינה...

ה. על פי החוק הבינלאומי-פרטי נידון מעמדו האישי של אדם על פי חוק מקום מושבו הקבוע, ומכח קביעות סימן 64 לדבר המלך בא חוקו הלאומי תחת חוק מקום מגוריו הקבוע. ג. התוצאה היא שגם חוקו האישי של הגבר, וגם חוק מקום הנישואין אינם קובעים את כשירות האשה ואינם יכולים לסתור את מעמדה בפני כילי עלמא כאשה גרושה או פנויה. ד. על פי החוק הבינלאומי-פרטי אין חוק מקום הנישואין קובע אלא לצרכי צורת הנישואין, להבדיל מכשירות כל בן זוג להנשא.

קשה לנו להבין כיצד יכלה אותה אשה להיות נשואה ולא נשואה כאחד בנישואיה הראשונים. אין אותו אדם יכול להיות נשוי כלפי אדם אחד ולא נשוי כלפי אדם אחר. נדמה שלאחר שקבע חוקה האישי (האמריקאי) כלפי כל העולם כי היא אשה לא נשואה ולאחר שקבע חוקו האישי (העברי) כי הוא כשר לשאת אשה לא נשואה, צריכים הנישואין בין שנים אלה לתפוס⁸⁶.

נראים הדברים לסגורה הגיוניים מאד, אך ניתוח מדויק יגלה ויעלה את הטעות הפנימית שבהם. יתכן, שהסופר הנכבד לא היה כותב את אשר

85 ראה פסק דינו של השופט סרומקין, ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אפלוים 230, בעמודים 235—236.

86 ג. פרוקציה, תחולת החוק הבינלאומי-פרטי בענין נישואין, הפרקליט, ספטמבר 1953, בעמודים 332—333.

„והיה אמנם, פסק דין של שופט מחוזי אחד (ד"ר קיסטר), שבהדמנות מסויימת שחה נגד הזרם הכללי וזן בשאלה דומה לא לפי עקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי“⁸⁷.

והכוונה היא לפסק הדין שצוטט זה עתה על ידינו. לי נראה, כי פסק דינו של השופט קיסטר לא פגע כלל בעקרונות המשפט הבין לאומי הפרטי, וכי אפילו החסידיים המובהקים ביותר של העקרונות הללו, לא היו מגיעים כאן למסקנה אחרת. גם עכשו, לאחר שניצנה הלכת סקורניק, אין למצוא כל פגם חופי בהחלטה הנ"ל.

בראשית סעיף זה, בדברנו על האימפליקציות הנובעות מהלכת סקורניק, הצגנו את השאלה, אם הלכה זו גוררת אחריה את המסקנה, כי גם מעשים הנעשים על ידו לאחר מכן, „בתקופה הישראלית“, יש לראותם באספקלריא החוקית המתמדת שנוצרה על ידי האקט הקודם של „התקופה הורדית“. כעת יש בידינו לענות, ועוד מקל וחומר, גם על שאלה זו. התשובה לכך היא: לא תמיד, — הכל תלוי באופיו, הדתי או החילוני, של המעשה. בה במידה ועד כמה שההכרה האורחית באותו מעשה תלויה בתקפו הדתי של המעשה — כמו, למשל, במקרה הקידושין הנ"ל — המצב החוקי האורח שנוצר קודם לכן, לא יוכל לסלק את אי-הבשירות הנובעת מתוך הלכות התוקף הדתי. כי אם בגרושה אורחית אמריקאית — כך, בגרושה אורחית ישראלית — על אחת כמה וכמה!

7. הלכת סקורניק מטילה על בתי המשפט האורחיים את החובה, לדון את עניני המעמד האישי של ישראל, בן עדה מוכרת, על פי החוק הדתי. יצא לנו לכללי המשפט הבין לאומי הפרטי הנוהגים באנגליה. המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי מחייב, כידוע, לדון את כשרות הנישואין מבחינת הצודה — לפי חוק מקום עדיכנתם, והצ בשרותם מכוחנת הנושר — לפי חוק הדומיטיל של הווג. הלכת סקורניק מחייבת, איפוא, את המסקנה, כי אם יהודי ישראלי המתגורר באמריקה נושא טם אשה בטכס נישואין אורחיים — נישואין ידאו ככשרים בעיני בית המשפט האורחיים הישראלי. אם הוא לא רק מתגורר באמריקה, אלא יושב בה ישיבת קבע, ידאו נישואין ככשרים בעיני בית המשפט האורחיים הישראלי, אפילו אם אשתו היא לא יהודיה.

87 דייקן שם, בעמוד 67.

כתב, אלמלא אתן כמה מלים ששולבו שם, בנימוק הראשון, בקשר עם תקפם החוקי של הגידושין. הקונסטרוקציה הנכונה של הרעיון, אשר השופט בעצם התכוון אליו, היא לרעתי זו: אמנם כך, גרושה היא האשה הזאת מן הבחינה האורחית, ופנויה היא להנשא למי שתמצא בטכס נישואין תוקי. אבל — וכאן שוכן מרכז הכובד של הרעיון — כדי שנכיר בתקפם החוקי של הקידושין שקבלה מבעלה, צריך שאלה יהיו קידושין מחמש, זאת אומרת: אקט המועיל בדיני ישראל ליצור קשר של אישות ביניהם, ובריני ישראל המעשה שנעשה על ידי הבעל הוא „לא כלום“ — nullus actus — היות ובעיניהם גרושה זו עדיין „אשת איש“ היא, ואין קידושין תופסין באשת איש. נישואי הגרושה דנו ידאו ככטלים בבית המשפט האורחיים, לא מפני שבטעניו הוא עדיין נשואה היא לבעלה הראשון, אלא מפני שבדיני ישראל — ויהא אשר יהא טעמם — היא אינה כשירה להתקשר בקשרי נישואין, כל מה שהבעל, במקרה דנו, כיקש מבית המשפט המחוזי היה להצהיר כי הקידושין שלו תפסו; סמי מכאן „קידושין“ — ולא נשאר שום דבר, המסוגל „לתפוס“ אפילו בעיני בית המשפט האורחיים, אי אתה יכול לפצל את האלמנטים הגוררים אחריהם, בהוק הדתי, את בטילות הנישואין, ולהתגבר על אחד מהם על ידי יצירה שנוצרה מחוץ לכתלי החוק הדתי; אינך יכול לומר: המספט האורחיים עשה אותה לאשה פנויה, ולכן איננה „אשת איש“ עוד גם לגבי האקט הדתי, שאם נאמר כן — גניע כדרך מאד הגיונית, אל התוצאה האבסורדית, כי יכול יהודי, נתין זר, לכוא לישראל ולקדש „בדה משה וישראל“ כמעט את כל העריות שבתורה.

גימוקי השני של השופט היה, כזכור, כי מכיוון שהוקו האישי של הבעל הוא דיני ישראל, והם אינם מכירים בתקפם של הנישואין, ממילא בטלים אלה גם לגבי האשה האמריקאית. לשון אחרת: אין נישואין לחצאין, ואין אשה יכולה להיות נשואה לבעל „רווק“.

גימוק זה, בכל הכבוד, אינו נראה לי: יש בו, לרעתי, סתירה מיניה וביה, כי אינו הנימוק הראשון לא היה נכון. הרי הגידושין האורחיים — על דרך „מהשבת-השעטנז“ ההיא — היו עושים את האשה „פנויה“ לגבי כל דבר וענין, ושוב לא היתה כל מניעה לכשרות הנישואין גם מבחינת חוקו האישי של הבעל. גראה לי, איפוא, כי רק על פי הגימוק הראשון, יש להצדיק את ההחלטה שניתנה על ידי השופט קיסטר כנ"ל.

דייקן, בספרו הנ"ל, כותב: —

„נכרי שנשא נכרית וכן מומר שנשא מומרת בנימוסיהן ונתגיירו אחר כך, אין כאן חשש קידושין כלל, ומותרת לצאת ממנו בלא גט, אפי' על פי ששה עמה כמה שנים...“⁹⁰.

ומה יתא אם שניהם התגיירו⁹¹, ותאשה מגישה נגד בעלה לבית המשפט המחוזי תביעה הנתונה לסמכותו המקבילה של בית משפט זה, ואגב כך מתעוררת באורח אינצידנטלי שאלת תקפם של הנישואין הללו, — היכריע בה בית המשפט לפי החוק הדתי הנוכחי של בעלי הדין, הוא דיני ישראל הרזאים אותם כבטלים, או שיראה אותם כשרידים וקיימים, מכוח החוק הדתי הקודם, הנוצרי, שחל עליהם ביום המעשה? בעצם — הרי בעית סקורניק לפנינו, אלא שבאן, להבדיל מסקורניק, אין אנו יכולים להסתייע במישרין בהלכות המשפט הבין לאומי הפרטי, כי השאלה אינה „בין לאומית“ אלא „בין דתית“, ושאלות מסוג זה מסדיר המחוקק, או חייב להסדיר אותן, בתק הפנימי שלו⁹². נמצא שהלכת סקורניק אינה עשויה להנחותנו בשבילי בעיה זו, ויתכן הדבר, כי במקרה דנן חייב יהיה בית המשפט המחוזי, לפי פשוטו של סימן 47, להתיל על נישואי בני הזוג את החוק הדתי הנוכחי שלהם, הוא דיני ישראל, ולראות את הנישואין כבטלים⁹³.

אך מאידך גיסא מצוי כאן הבדל דק, המפלה דוקא לטובה — היינו: לטובת ההכרה בנישואין — את מקרה שני הגרים דנן, ההבדל הוא בזה, שבאן אין החוק הדתי מחיל את עצמו לפרע על האקט שנעשה על דם

90 רמ"א אה"ע, סי' כ"ו, סעי' א', בספרים אחדים כתוב „כותרי, בספרים אחרים כתוב „עכ"ר“, אך הכוונה היא לכל „נכרי“, אפילו נוצרי, השחה תשרי הריב"ש, סי' ר', ותרבי"ת הדשן, סי' ר"ט, שהם מקור הלכה זו, ובהם המדובר הוא, כפי שיצא מתוך הענין, בנוצרים ובמומרים לנוצרות.

91 אם רק אחד מהם התגייר, יתא זה ענין שחלה עליו הוראת סימן 55, מסוק ראשון, של דבר המלך, ואם זקן השופטים יעביר את הענין לאחד משני בתי הדין הדתיים של בעלי הדין, הפתר כמובן השאלה מתוך ההשקפה השוררת באותו חוק דתי.

92 cf. the Indian Native Converts Marriage Dissolution Act, 1866, cit. in Goaby, International and Inter-Religious Private Law in Palestine, 1926, p. 186.

93 Goadby ibid.: "On principle one would think that where parties have married under a particular religious law their matrimonial relations ought henceforth to be governed by that law at least unless both parties adopt another religion".

מצביעים, ובמידה מרובה של צדק, על „פיצול הסטאטוס“ העשוי לצמח מהלכה זו⁸⁶ — בית המשפט האזרחי יראה את בני הזוג כנישואים, בית הדין הרבני יראה אותם כפנויים — אך מי שטוען כך, חייב לכוון את חיזיו גם בלפי החלת החוק הלאומי הזר האמורה בסימן 64 (2), ביחוד עכשו, לאחר צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953; כי נוכח הוראת סעיף 1 של חוק זה, המקנה לבית הדין הרבני סמכות ייחודית בעניני נישואין וגירושין של יהודי זר היושב בישראל, אך איננו טולל מבית המשפט האזרחי את הסמכות לדון באורח אינצידנטלי בענינים אלה, — לא נפטר מצרת פיצול זו, אלא אם כן תבטל, לפחות לגבי יהודים, הוראת הסימן הנ"ל. כי בית המשפט המחוזי, בדונו בענין מזונות של זוג יהודי גרמני או אמריקאי, יכול, על יסוד סימן 64 (2), להגיע לידי מסקנה, כי בני הזוג נישואים זה לזה, ואילו בית הדין הרבני, בדונו בענין הנישואין גופו על פי סעיף 1 של החוק הנ"ל, עלול להתליט, כי הם אינם נישואים זה לזה, היות והנישואין, מאיזה טעם שהוא, לא תפסו על פי דיני ישראל, על כל פנים, נוכח ההלכה הברורה שנקבעה בענין סקורניק, לא יתא כנראה מנוס ומפלט מן המסקנה שהוזכרה לגבי נישואי היהודי הישראלי הנ"ל.

8. בכל פסקי הדין שהובאו על ידינו, המדובר היה בהתנגשות חוקים שאחד מהם הוא חוק זר, והשני חוק מקומי, לא נתקלנו בהם, הלכה למעשה, בהתנגשות של שני חוקים מקומיים, והיכי תמצוי התנגשות כזאת? תוהו אומר: כאשר אחד מהם הוא חוק דתי של עדה אחת, והשני — חוק דתי של עדה אחרת, למשל: נוצרי ישראלי שנשא לו אשה בכנסייה הקתולית, ולאחר מכן התגייר, אם בגפו התגייר — זאת אומרת: בלי אשתו — ימשיכו עניני הנישואין שלהם לעמוד בסמכותו של בית הדין הדתי הנוצרי, לפי סעיף 4 (2) של פקודת המרת עדה, 1927, ובית דין זה, כמובן, יראה את הנישואין כשרירים וקיימים, אם הוא ואשתו שניהם התגיירו, יעברו ענינים אלה, לפי אותו סעיף, לסמכותו של בית הדין הרבני, ובית הדין הרבני יראה אותם כבטלים:

88 ראה לבונטין שם, סעיף 6.

89 „על אף כל המרת עדה, הסמכות בעניני נישואין, גירושין ואליווני, תמשיך להיות בידי אותו בית משפט שהיתה לו סמכות לכך לפני ההמרה (השינוי), אלא אם כן שני בני הזוג נקשים חברים של עדה דתית אחרת“: ועקי ארץ ישראל, כרך שני, פרק קכ"ו.

הטוב והמוסר הצבורי החלים בישראל, ועקרונות אלה
אזרחיים הם⁹⁴.

כאן רמז השופט המלומד על כך, כי מן הדין שיהיה במדינה איזה חוק כללי, אזרחי, אשר יקבע את "תחומי שלטונם של הדינים העדתיים", — ולא דוקא מכוח הוראת סימן 46, אשר כלל לא הוזכרה על ידו שם, אלא מטעמי "הסדר הטוב והמוסר הצבורי"; משמע, שהוא ביקש להחיל את כללי המשפט הבין לאומי הפרטי גם על סכסוכים "פנימיים" בין החוקים העדתיים השונים. על כל פנים, עדיין לא הוכרעה השאלה סופית, יש בה פנים לכאן ולכאן, ואנו מניחים אותה ב"צריך עיון".

9. סימן 47 מחייב את בתי המשפט האזרחיים לדון את עניני המעמד האישי של "אנשים בארץ ישראל" על פי החוק האישי שלהם. הנחתו של המחוקק היתה, כנראה, כי לכל אדם יש "חוק אישי" משלו בענינים אלה, ולא היא! אם הוא ארצישראלי או ישראלי, יתכן שלא יהיה לו חוק אישי כלל, — בהדגת "לית ליה מדגרמיה ולא כלום". למשל: פדוטסטנט, אין לו חוק "לאומי" — כי הוא אינו זר, ואין לו חוק "דתי" — כי הוא אינו חבר באחת העדות המוכרות⁹⁵. כיצד יידונו, איפוא, עניני המעמד האישי שלו בבית המשפט המחוזי, ועל פי איזה חוק, למשל, יחייב אותו בית המשפט לשלם מזונות לאשתו?

שאלה מעין זו, לא זו ממש, נתעוררה במשפט נורווכוב⁹⁶. שם ביקש יהודי ארצישראלי להגיש נגד אשתו הארצישראלית, בת בלי דת, שנשא לו בצרפת, תביעת ביטול נישואין או גירושין; ביטול נישואין בשל היותה לא יהודיה — אם הענין יובא לפני בית הדין הרבני, וגירושין בשל יחסי מין עם זר — אם הוא יובא לפני בית המשפט המחוזי. הוא פנה לזקן השופטים על פי סימן 55, ואגב כך נתעוררה השאלה, על פי איזה חוק ידון בית המשפט המחוזי את תביעת הגירושין שתובא לפניו. זקן השופטים החליט, כי הסמכות נתתן לבית המשפט המחוזי, תל אביב, הוספי וציווה, כי אותו בית משפט יחיל על הענין את "חוקי האישות הצרפתיים בעת

בהיותם נוצרים. כל מה שאומר הוא, כי תגר והגירות אינם זוג נשוי לפי דיני ישראל החלים עליהם כיום; הוא איננו אומר, כי הם לא היו מעולם נשואים זה לזה. כי הקונצפציה של דיני ישראל, כפי שאני מבין אותה, היא, כי אצת "בן נח" — אשתו החוקית היא, לפחות לגבי בן נח אחר⁹⁷, אלא שנישואין אלה נישואי בני נח הם, ולא "נישואין ישראלים", ולכן אין להם קיום חוקי עוד משנתגידו בני הזוג. מכיון שכך, הרי ענין לנו כאן גם מנקודת דאיתו של החוק הדתי הנוכחי גופו, לא לעקירה למפרע, אלא לביטול נשואין ולהבא — היינו: משעת ההתגירות ואילך — של קשרי נישואין שהיו קיימים קודם לכן, ולכן יש לכאורה מקום להחיל כאן מקל וחומר את העקרונות המקובלים בתורת המשפט הבין לאומי הפרטי, כי באיזרחי המשפט שבין דת לדת, להבדיל מאיזור-הספר שבין שתי "הלאומיות" השונות שיש אהוה בן-דלת גופו, מכיל החוק הדתי הסדר מסויים שתכליתו היא להבדיל בין שלו לשל אחרים.

אכדנו לעיל, כי בכל עסקי הדין שהוכאו על ידינו לא נתקלנו הלכו למעשה בבעיה בין דתית זו, אך זכר לדבר יש באחר הקטעים שצוטטו על ידינו לעיל בתוך פסק דינו של השופט כהן בענין סקורניק. הוא אומר
סם: —⁹⁸

"מדינתנו היא בדינה המכירה, בתחומיה הפנימיים, בדינים דתיים הרבה: הדין היהודי ליהודים, המושלימי למושלימים, והנוצרי לנוצרים. יתר על כן: המושלימים מתחלקים לשתי כיתות, הסונים והשיעים; ואילו הנוצרים מתחלקים לכיתות הרבה, חושבני שמסתבר, בנסיבות אלה, שיהיה איה חוק כללי, שיכונה החוק האזרחי, הגחד וקובע את תחומי שלטונם של הדינים העדתיים, וחושבני שמסתבר, בנסיבות אלה, שיהיו איה עקרונות כלליים, הנובעים מעצם קיום המדינה בין מדינות העולם, הגזורים וקובעים את הסייגים לתחולתם של הדינים העדתיים. עקרונות כלליים אלה הם עקרונות הסדר

96 השחה שומאלי נגד יו"ד והוצל"מ, בג"ץ 51/45, 45 אל"ד 651, 653; שיכלי נגד שיכלי, בג"ץ 85/47, א' פסקים 454, 459—460.
97 גורוכוב נגד גורוכוב, בקשות שונות 27/42, 42 אמלכום 187.

94 עיין תוס' סנהדרין, דף ג"ב ע"ב, ד"ה פרס; תוס' עבודה זרה, דף ל"ו ע"ב, ד"ה משום; תוס' קדושין, דף כ"א ע"ב, ד"ה אשת; שו"ת הריב"ש, סי' ר"א, אך השחה רמב"ם הלכות מלכים, פרק ח', הלכה ג'.
95 ה' פסקים מחוזיים שם, בעמוד 64.

עדיכת הנישואין. הוגשה תביעת הגירושין לבית המשפט המחוזי, הוכחו העובדות, ובית המשפט נתן פסק גירושין בהסתמכו, כפי שנצטווה, על החוק הצרפתי⁹⁹, ובהוסיפו כי:

„באשר לחוק האנגלי, הרי ניאוף (adultery) של אשה שימש תמיד עילה לגירושין“⁹⁹.

הוספה זו היא „רכש“ השני עליו הורכב פסק הדין, והיא משתלבת לתוך הדברים שנאמרו שם למעלה מן הענין על ידי השופטים המלומדים, בהזכירם את שני ערעורי ביכובסקי¹⁰⁰, ובצטטם את הדעה שהובעה שם על ידי זקן השופטים טראסטר כי:

„מאחר שאין חוק נישואין וגירושין ארצישראלי ביחס לאגשים שאינם חברי עדה מוכרת, יש להחיל את החוק האנגלי בהתאם לסימן 46 של דבר המלך במועצה“.

אך כאן, בכל הכבוד, נתפסו השופטים המלומדים לכלל טעות, וגילו פנים שלא כהלכה ברברי זקן השופטים הנ"ל. הם התעלמו מכך, כי דיני הגירושין האנגליים הם לא מסוג המשפט המקובל (common law), שהוכנס לארצנו באמצעות „צינור היבוא“ של סימן 46. אלא הם חזקו זרות, סטאטוטורי¹⁰¹, שאינו מחייב את בתי המשפט שלנו כלל. דברי זקן השופטים בענין ביכובסקי, לא בזה עסקו, אלא בשאלה אחרת, והיא: אם אפשר לראות את האשה כרובשת את הרומיסיל של בעלה, כאשר הטענה היא, כפי שטענו

98 "Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme": Art. 229, Code Civil.

99 גורוכוב נגד גורוכוב, ת"א 132/42, בית המשפט המחוזי, תל אביב, 43 פ"מ"ן 111, בעמוד 113.

100 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבגון 173; ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אפרכום 230.

101 פרשת החוקים האנגליים בעניני גירושין, נפתחה לפני מאה שנה על ידי אקט עליות האישות 1857; ההוראה הסטאטוטורית שהיתה בתוקפה באנגליה בעת משפט גורוכוב, היא סעיף 2 של אקט עליות האישות 1937 (Matrimonial Causes Act, 1 Edw. 8 et Geo. 6, c. 57; Eversley, Domestic Relations, 5 ed., p. 359).

שם, כי הנישואין הם בטלים מעיקרא. זו היא שאלה, שאת פתרונה חיפש ומצא זקן השופטים בעקרונות המשפט המקובל¹⁰², ולכן ראה אותם כמחייבים את בית המשפט העליון הארצישראלי, לא נוכל, איפוא להסתייע כאן בארץ באקטים השונים שניתנו בעניני המעמד האישי באנגליה, ולא נוכל לראותם כחוקו האישי של אורח שאינו חבר באחת העדות המוכרות. רק אם ימצא במשפט המקובל גופו מוסד מקביל לאחד מעניני המעמד האישי המנויים בסימן 51, אפשר יהיה — כך סבור אני — להכניסו לחוק המקומי דרך סימן 46, ולהחיל אותו על אורח שאין לו חוק אישי משלו, בשל היותו בן-בלי-עדה כנ"ל.

ברם הקלה מדובה ופתרון חלקי אך חשוב של הבעיה, ימצא לנו — אם אמנם נכון הוא — הרעיון שהונח ביסוד ההחלטה שניתנה על ידי זקן השופטים בענין גורוכוב הנ"ל, ואשר על פיו גם הלכו, הלכה והליכה למעשה, שופטי בית המשפט המחוזי, יש סוברים — ויתכן כי הצדק אתם — כי זקן השופטים כלל לא מוסמך היה, להכתיב לבית המשפט המחוזי את החוק על פיו ידון את תביעת הגירושין שתובא לפניו: יבול הוא „למנות“ את הדין, אבל לא את הדין! אך אנו כאן לא בשאלה זו קא עסקינן. השאלה המענינת אותנו בזה היא, אם אמנם יש יסוד לרעיון, כי עניני גירושין של בני-בלי-עדה (או של זוג „מעורב“), יידונו בבית המשפט האזרחי הארצישראלי על פי „חוק הנישואין“ שלהם, זאת אומרת: על פי חוקי האישות שחלו על נישואין אלה, ועל הפקעתם, ביום עריכתם ובמקום עריכתם.

נראה לי, כי בבדקנו יפה יפה את הוראת סימן 64 (1), נמצא בה נקודת אחיזה לפתרון שאלה זו. והנהנה היא, בפי שאנו חייבים תמיד להניח, כי המחוקק „לא יכשל בלשונו ולא ינקש בשינונו“, וכי הוא שיוחה לנגד עיניו את המצב המשפטי השורר בדיני האישות השונים בארץ.

נאמר באותו סימן, כי בתי המשפט המחוזיים לא יהיו מוסמכים לתת פסקי הפקעת נישואין — היינו: פסקי גירושין ופסקי ביטול נישואין — לנתנייט זרים. מכלל לאו אתה שומע הן: כי אם בעלי הדין הם אזרחים ארצישראליים, יוכל בית המשפט לתת להם פסק גירושין, הכורת תכאן

102 ראה דברי זקן השופטים טראסטר, ע"א 41,11/41 אפרכום שם, בעמוד 233, קטע אחרון, ודוק היטב בציטטה שהובאה שם.

ספק אם יהיה להם תוקף חוקי¹⁰⁴. כך שהחלת „חוק הנישואין“ עשוי לשמש פתרון יעיל לרוב רובן של תביעות הגירושין העלויות להתעורר בין זוגות מעורבים כאלה, ועקרון זה יהיה בו משום תרומה לא מבוטלת לפתרון מכלול הבעיות הנובעות מהעדר חוק אישות כללי, אורחי, בארץ הזאת.

10. דיני ירושה בבית המשפט האזרחי. עזבונו של מוריש ארצישראלי, בין אם הוא נכסי מירי בין אם הוא נכסי מולק, מתחלק בבית המשפט האזרחי (המחוזי) על פי החוק העותומני¹⁰⁵, וכל האמור לעיל, פרק זה, חלק (א), סעיף 5, על „סדר הנחלות“ של חוק זה, יחול גם כאן.

11. קביעת הסוג או האופי. כבר הזכרנו לעיל¹⁰⁶ אגב אורחא את ההוראה, יוצאת הדופן, האמורה בסעיף 23 של פקודת הירושה. סעיף זה הופך את הקערה המקובלת על פיה ותולה, מבחינה מסויימת, את זכות הירושה בסימני היכר, נוגדים זה את זה, המצויים לא במוריש האחד, אלא ביורשים המרובים. נאמר שם:

„23. כדי לפסוק הלכה בכל שאלה, אם נמנה אדם על סוג של אנשים, או אם הוא בעל אופי או תכונה המוכים אותו ליטול חלק בירושה, ינהגו בתי המשפט האזרחיים על פי הכללים הבאים:—

(א) היה החובע מושלימי או בן לאחת העדות, ינהגו על פי התוק המושלימי או על פי חוק העדה;

(ב) היה החובע נתין זר, ינהגו על פי החוק הלאומי שלו, בהתאם לכללים שנקבעו בסעיף 4 (III) (ג);

(ג) בכל מקרה אחר, ינהגו בתי המשפט לפי כללים הנראים להם צודקים וישרים במסיבות הענין;

104 ואם היו חברי עדה אחת בשעת הנישואין, ואחר כך המיר אחד מהם את דתו, הרי עניני הנישואין והגירושין שלהם כמשיכים לעמוד בסמכותו הייחודית של בית הדין הדתי הקודם (סעיף 4 (2) של סקודת המרת עדה), ולבית המשפט האזרחי לא תהיה אפשרות לספל כתביעה בזאת.

105 סעיפים 21, 11 (ד), של פקודת הירושה.

106 פרק זה, חלק (א), סעיף 5.

ולהבא את קשרי הנישואין הקיימים ביניהם, — אם אך אין מגיעה לכך מצד סמכותם הייחודית של בתי הדין הדתיים. ואימתי אין מגיעה שכזאת לכך, נוכח הוראות הסימנים 52, 53 (1) ו-54 (1)? הוזה אומר: כאשר בני הזוג אינם שניהם יחד לא יהודים ולא מושלימים ולא נוצרים, כלומר: או שהם שניהם בני-בלי-עדה, או שהם „זוג מעורב“, וזקן השופטים, על פי סימן 55, מסר את הסמכות לבית המשפט המחוזי¹⁰⁸.

וכאן מזדקרת בבת ראש השאלה, מה הוא החוק על פיו ידון בית המשפט המחוזי את תביעת הגירושין הלזו, ובאיוז צורה ינתן פסק הגירושין שלו? הוא, כנראה בעליל, לא יוכל לסדר „גט“ ליהודי ונוצריה, ולא יהא בידו, בשביל בני הזוג, שום חוק מטריאלי משותף, על פיו יוכל לכרות, בצורת פסק, את קשר הנישואין שביניהם. ומכיוון שנוסחו של סימן 64 (1) מעיד עליו, כי אכן יש במציאות „היכי תמצי“ טכונה, הרי אין לנו ברירה בלתי אם להגיה, כי בתנאים מסויימים, היינו כאשר נתמלאו יחד שלשת אלה: (א) בני הזוג הם אזרחים ארצישראליים; (ב) הם אינם חברי עדה דתית אחת; (ג) הם נישאו זה לזו בנישואין בעלי תוקף בחוץ לארץ — יוכל בית המשפט לנהוג כפי שנהג במשפט גורוכוב, היינו להחיל על התביעה את „חוק הנישואין“ של הזוג, ולכרות על פיו את קשר הנישואין. כי בלעדי הנחה זו לא יתואר, כיצד יוכל בית המשפט המחוזי, כפי שיוצא מסימן 64 (1), לתת אי פעם לאזרחים ארצישראליים פסק דין של גירושין, והן לא בכדי, ולא לתפארת המליצה, צומצמת שם שלילת הסמכות לנתינים זרים בלבד.

סבור אני, אפוא, בלי להביע בכך דעה ודאית, כי אכן יש למצוא יסוד חוקי להחלת „חוק הנישואין“ במקרים הדומים למקרה נורוכוב הנ"ל. יושם לב לכך, כי בדרך כלל לא יוכלו בני-בלי-עדה ארצישראליים, או „זוגות מעורבים“ ארצישראליים, להיות נשואים כחוק, אלא אם כן נישאו זה לזו במקום מושבם בחוץ לארץ; כי נישואין אזרחיים בארץ הזאת אין, ונישואין דתיים לא יסודרו להם במרבית העדות הדתיות, ואם יסודרו —

103 לפי הדברים שנאמרו על ידי הנשיא אולשן בענין פרוכטר (המרה 121/53, ט' ססקי דין 1361), מוסמך בית המשפט המחוזי לזון בעניני המעמד האישי של זוגות מעורבים ללא החלטה קודמת של זקן השופטים או גישא בית המשפט העליון העומד עכשו במקומו. דאה פרק ג (א), סעיף 9, לעיל.

(ד) לעולם יכריע בית המשפט בשאלת המעמד האישי לטובת כשרות היוחסין (legitimacy) אם התוכע נחשב היה ככשר לפי החוק השורר על המעמד האישי של המנוח אשר את ירושתו הוא תובע, ושום שינוי בדת או כלאומיות (nationality) אם מצד המנוח ואם מצד התוכע, לא יילקח בחשבון.

יקשה מאד להגדיר בדיוק את ההכרלים הדקים בין "סוג", "אופי" ו"תכונה", — אך אין צורך בכך. זכות הירושה מיוסדת או על קרבת דם (כן, נכד, אב, סב), או על קרבת חיתון (בעל, אשה); אך אל קרבת הדם צריכה להצטרף גם ההכרה החוקית בקרבה זו; ילד שנולד מחוץ לנישואין — יש חוקים שאינם רואים אותו כ"בן" או כ"צאצא" לגבי זכות הירושה; ומכל שכן, שאין "בעל" אלא הכעל החוקי, תתעורר, איפוא, לפעמים השאלה, אם ראובן כן יעקב הוא בנו החוקי של המנוח יעקב, אם לאה נישאה לו בטכס מסויים, היא אשתו החוקית של המנוח הזה, ושאלה זו תוכרע — בגזירת הכתוב של החוק — לא לפי חוקו האישי של המנוח, הקובע, לפי סעיף 4, את סדרי החלוקה של העזבון, אלא לפי החוקים האישיים של הבן והאשה הנ"ל. פליאה תמיהה היא, כיצד התעלם המחוקק מן התוצאות המשונות העוללות ואף מוכרחות לנכוע מן ההסדר הבלתי הגיוני הזה.

הרוגמא הכאה תכליט את הדכר; הפרטים העיקריים שבה, לקוחים מביענה שהיה¹⁰⁷:
צרפתי שלא מלאו לו שנותיו (קטין), נושא לו באמריקה אשה אמריקאית¹⁰⁸, כלי הסכמת הוריו, בניגוד לסעיפים 148, 170, של הקודסט

Ogden v. Ogden (1908), P. 46. 107

108 במקרה אונגן הניל נערכו נישואיו של הצרפתי באנגליה, אך כדי שהאשה לא תפסיד עקב נישואיה, את נתינותה הבריטית לפי אקט הנתינות הבריטית ומעמד הורים 1933, או לפי האקט הקודם בשנת 1914, שינינו את פרטי המקרה ו"העברות" את הענין לאמריקה, בה — עד כמה שדוע לי — אין האשה נפסידה על ידי נישואיה לזר את האזרחות האמריקאית, ואשר לשאלת כשרות הנישואין — ההנחה בדוגמא שלפנינו היא, כי הדוקטרינה האמריקאית עולה בקנה אחד עם הדוקטרינה האנגלית, הרואה בהקדד הסכמת ההורים לא ענין של בושר, אלא ענין של צורה, הניתן לפי חוק כגוף עריכת הנישואין.

(Ogden v. Ogden *ibid.*; cf. *Simorin v. Mallac* (1860), 164 E.R.

917.

הצרפתי האזרחי. לפי החוק האמריקאי נישואין אלה כשרים, לפי החוק הצרפתי הם בטלים. על אף תוקף הנישואין לפי החוק האמריקאי, לא איבדה האשה על ידי כך את האזרחות האמריקאית שלה. כעבור כמה זמן נושא לו האיש בצרפת כחוק אשה צרפתית. הוא עולה לארץ ישראל, וכאן הוא מת. בלי להניח בנים או קרובי דם אחרים. אז תבאנה שתיים נשים לבית המשפט המחוזי, כשכל אחת מהן תובעת לעצמה את כל נכסי העזבון המתחלקים לפי החוק העותומני; זו, האמריקאית, אומרת: בעלי הוא, שכן נישאהי לו כנישואין כשרים לפי החוק הלאומי שלי, וזו, הצרפתית, אומרת: לא כן, אלא בעלי הוא, כי לפי החוק הלאומי שלי היה תוקף חוקי דק לנישואין השניים של המנוח הזה. דומה, כי גם חכמתו של שלמה המלך לא תעמוד לו, לשיפוט. כדי לפתור את סכסוך שתיים נשים אלה, והוא, בדלית ברירה, נאלץ יהיה לחלק את נכסי העזבון שווה כשוות בין שתי האלמנות.

הקושי הרב שבדבר יתגלה עוד יותר, אם העזבון יהיה נכסי מולק, אשר — עד שנת 1951¹⁰⁹ — היו מתחלקים במקרה של מוריש זר על פי חוקו הלאומי של המנוח. מכוה הוראת סעיף 4 (iii) (א) של פקודת הירושה, כי כדי לקבל את נכסי העזבון, תצטרך כאן גם האשה האמריקאית להסתבך על הוראות רחוק הצרפתי. בה בשעה שלפי חוק זה, היא איננה כלל אשתו של המנוח.

ואפשר היה בקצת דמיון לסבך עוד למעלה מזה את הענין, בשנותנו את הדוגמא דלעיל כך: אותו צרפתי נושא את אשתו הראשונה באמריקה, כנישואין שהם כשרים לפי החוק האמריקאי, אך בטלים הם הן לפי החוק הצרפתי והן לפי החוק האיטלקי; נושא לו אחר כך אשה אחרת כאיטלית, כנישואין שהם כשרים לפי החוק האיטלקי, ובטלים לפי החוק הצרפתי. כל אחת משתי הנשים הללו תתבע לעצמה את העזבון לפי החוק הלאומי שלה, כעוד אשר לפי חוקו הלאומי של המנוח גופו. הוא אינו נשוי אף לאחת מהן.

ובל יאמר, כי אם הבעל אינו נשוי לאשה — האשה אינה נשואה לבעל, וממילא לא תתעוררנה כלל כל הבעיות הללו. כל האומר כך, אינו אלא טועה! נכון הדבר, כי אין החוק יכול להת נוספנקא חוקית לנישואין הנערכים תחת שלטונו, אם — כנקודת השקפתו שלו גופה — הנישואין

109 ראה סעיף 4 (א) של חוק שיחי זכויות האשה, ה"א—1951.

תקבע לפי חוקו האישי, הדתי או הלאומי, של התובע; ה"כמות" — מה הוא החלק המגיע לו, וחלק זה יכול גם להיות: אפט — תקבע לפי החוק החל על סדרי החלוקה שהוא, לפי סעיף 4, או החוק העותומני, או חוקו הלאומי של המנחם¹¹⁰.

למשל: הנתין האנגלי יעקב מת, והניח אחריו את שני בניו ראובן ושמעון, נתיני מדינות זרות אחרות. העזבון הוא נכסי מולק, שניהם באים לתבוע זכות ירושת אביהם. ראובן הוא ילד שנולד מתוך הנישואין, ולפי החוק הלאומי שלו, רק מי שנולד מתוך הנישואין נחשב לילד חוקי; שמעון נולד מחוץ לנישואין, אך לפי החוק הלאומי שלו, גם ילד כזה נחשב לילד חוקי. בית המשפט יאמר כך: ראובן הוא "בן" לכל הדעות, ולפי כל החוקים; לשמעון נקבע הסוג "בן" לפי החוק הלאומי שלו; לכן פוסק אני, כי שניהם יתחלקו שווה בשווה בחלק המגיע לסוג "בנים" לפי החוק הלאומי, האנגלי, של אביהם יעקב. אין החוק הלאומי של ראובן יכול להוציא מכלל ירושה את אחיו שמעון, כי לכל תובע ותובע נקבע הסוג לפי החוק האישי שלו, ולא של תובע אחר, ואף לא של המנחם גופו.

אסמכתא לדברים שנאמרו לעיל, יש למצוא בפסק דין שניתן על ידי נשיא בית המשפט העליון, השופט אולשן¹¹¹. שם פסק בית הדין הרבני, אגב דיון בתביעת חליצה ומונות, כי האשה, כ"מורדת", אינה זכאית לרשת את בעלה. נתעוררה השאלה, אם פסק זה מהווה "מעשה בית דין" כלפי הדיון בשינוי צו ירושה המתנהל בבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון ענה בשלילה על שאלה זו, ונכנס לדון בגופו של ענין, אם אמנם האשה "המורדת" תיזא לרשת את בעלה, או לא. השאלה נוסחה על ידי השופט אולשן כך:

בהנחה שלפי החוק הדתי אשה מורדת אין לה זכות ירושה בעזבון בעלה... האם פירושו של סעיף 23 לפקודת הירושה הוא שזכות הירושה של אשה מורדת תיחתך לפי החוק הדתי.

ותשובתו לכך היתה:

110 לשם מניעת כל סעות, יצוין שוב, כי המדובר כאן ולהלן הוא כמצב שהיה קיים לפני צאת חוק שינוי זכויות האשה.

111 זוהי דניאל נבד סלמון חיים, ע"א 131/54, סי' פסקי דין 984.

כשרים לגבי הצד האחד, ובטלים לגבי הצד השני. אבל אם לפי חוק אחד הנישואין כשרים לגבי בני הזוג, ולפי חוק אחר הם בטלים לגבי שניהם, החוק השלישי מסתכל וחייב להסתכל בהם, לגבי אחד הצדדים לחוד ולגבי השני לחוד. דרך האספקלריות השונות של שני החוקים, אוי מגיעים לפעמים בהכרח למסקנה המשוגה, כי הבעל הוא "רווק" והאשה היא "אשת איש".

הבעיות שהצבענו עליהן לעיל, צשויות להתעורר לא רק לגבי מעמדה של אשה, אלא גם לגבי מעמדו של ילד; ולא רק לגבי תובעים זרים, אלא גם לגבי תובעים ארצישראליים. למשל: אם בני המנחם הארצישראליים, או אחרים מהם, המירו את דתם, ואין חוקיהם הדתיים שווים לגבי חוקיותו של "ילד טבעי".

מכל התסבוכות ההיא פטורים היינו, אילו נקט המחוקק לגבי קביעת הסוג והאופי, את הדרך בה הוא הלך לגבי סדרי החלוקה, והיה תולה את הדבר לא בדתו או לאומיותו של התובע, אלא בדתו או לאומיותו של המנוח. מן הראוי היה, שיהיה גם כאן קריטריון אחד ויחיד, כשם שנהג המחוקק לגבי סדרי החלוקה (סעיף 4), וכשם שנהג לגבי שאלה אחרת, היא שאלת הסמכות. שכן אם יהודי מת, והניח אחריו בנים נוצריים, הרי אם הם אינם רוצים לפנות לבית המשפט המחוזי, מוכרחים יהיו להביא את ירושת אביהם לבית הדין הרבני, ולא לבית הדין הדתי הנוצרי. כי סעיף 8(1) של הפקודה אומר:

"לבתי הדין של כל אחת העדות הדתיות, תהא הסמכות לדון בענינים הנוגעים לירושה שלא-על-פי-צוואה של אנשים אשר, בשנת מותם, היו חברי העדה".

תמות איפוא מאד, על שום מה ולמה נקט המחוקק הארצישראלי, לגבי קביעת הסוג והאופי, את הדרך העקלקלה ומלאת החתחתים הלזו, אך גידרת הכתוב היא זו, ואין אנו בני תורין להפטר ממנה. עלינו יהיה, איפוא, לקיים את הוראת סעיף 23 ככתבה וכלשוונה, אם תבאנה, איפוא, שתי נשים, וכל אחת מהן, לפי החוק הדתי או הלאומי שלה, היא אשתו החוקית של המנחם, ייקבע לכל אחת מהן הסוג והאופי "אשה", ושתיהן יחד תקבלנה את החלק המגיע ליורשת "אשה" לפי הוראת סעיף 4, היינו: לפי החוק העותומני — אם המנחם היה אורה ארצישראלי, ולפי החוק הלאומי של המנחם — אם העזבון הוא נכסי מולק, והמנחם היה נתין זר. והוא הדין לגבי הסוג והאופי של "בן", "נכד", "אב" וכדומה: ה"איכות" — אם הוא בן, נכד, אב וכ' —

„זכות הירושה של הילד הטבעי בירושת אביו או אמו, נקבעת כדלהלן:

אם האב או האם הניחו אחריהם צאצאים חוקיים, הזכות היא למחצית תלך הירושה שהיה מקבל אילו הוא היה ילד חוקי.”

ונשאלת השאלה, מה טיבו של עובר זה (שמעון), וכמה יטול בעזבונו אביו יעקב? האם יתחלק שווה בשווה עם אחיו ראובן, או שראובן יטול שלשה רבעים, והוא יטול רבע — מחצית החלק שהיה מגיע לו אילו הוא היה ילד חוקי — או שהוא לא יטול כלום? כל תשובה שתעלה על הדעת — תהא פירכא בצידיה. תאמר, שלפי החוק הצרפתי יש לשמעון מעמד של „בן”, ולכן עליו לקבל את החלק (חצי) המגיע לו לפי סעיף 2 של החוק העותומני — יענו לך: הלא הוא נקרא שם, בסעיף 758, בשם „ילד טבעי”, ונוטל, בלשונו של הסעיף, את מחצית החלק שהיה מגיע לו „אילו הוא היה ילד חוקי”; תאמר, להיפך, שהוא באמת אינו בנו החוקי של יעקב, ואינו צריך לקבל, לפי החוק העותומני, כלום — יאמרו לך: הן החוק הצרפתי נותן לו שם מין „שטר חצי זכר”, ולגבי מחצית החלק הוא רואה אותו, למעשה, כילד חוקי; ואם תאמר, בדלית ברירה, שהוא צריך לקבל רבע — ישאלו אותך: היכן מצינו בחוק העותומני, שבו אחר יקבל פחות מן הבן השני? אודה ולא אבוש: אין תשובה בפי לשאלה זו.

12. נפילת הירושה. נפילת הירושה — היינו: הדגע בו עוברת הבעלות בנכסי העזבונו ליורשים — שימשה ענין לענות בו בבר בשיטות המשפט הקדומות, וביחוד במשפט הרומאי.

הרומאים, כידוע, הבחינו בתורת המשפט שלהם בין שני סוגי יורשים: היורשים מדצון (heredes voluntarii), והיורשים מתוך הכרח, או היורשים „המוכרחים” (heredes necessarii). עבד שאדוניו ציווה לו בצוואתו את כל רכושו, היה יורש מוכרח; הוא לא יכול היה לסרב את הירושה, ועם מות אדוניו עבר לבעלותו כל רכושו של המצווה, לרבות הוא (העבד) גופו, שנעשה על ידו כך למשחרר, — ויהא עם זה עברו עליו גם כל חובותיו של המצווה.¹¹¹ סוג ביניים בין שני הסוגים הללו, היוו ה־ heredes sui et necessarii אלה היו היורשים הנתונים ל„שלטון האב” (patria potestas)

Radin, on Roman Law, p. 422. 114

„מניסוחו של הסעיף נראה שאין לפנות לחוק הדתי ביחס לשאלה אם התובע זכאי לרשת אלא ביחס לשאלה מה מעמדו של התובע. משנמצאה התשובה מחליט החוק החילוני החל — החוק העותומני בנוגע לירושת מירי — אם התובע זכאי לרשת. החוק הדתי קובע רק את קרבתו או יחסו של התובע למנוח, ואילו זכותו לרשת נקבעת על ידי החוק החל על חלוקת עזבונו מירי.

למשל, בהתעורר השאלה אם התובעת היא אשתו של המנוח או אם התובע הוא בנו החוקי של המנוח או אם הוא צריך להיחשב כבנו של המנוח, יש לפסוק בענין זה לפי החוק הדתי ותו לא”¹¹².

סיכומי של דבר: תהליך הדיון בתביעת הירושה, יבוצע בשני שלבים: תחילה קובעים את סוגו של התובע, לפי דרכי המיון והקלסיפיקציה הנהוגים בחוק הדתי או הלאומי שלו; לאחר שסוגו נקבע כנ”ל — פוסקים לו, או: לו ול„מתחדייו” גם יחד, את החלק המגיע לאותו סוג על פי סדר הנחלות של החוק העותומני או חוקו הלאומי של המנוח. אם הסוג שנקבע לתובע הוא „קרוב רחוק”, זאת אומרת: קרוב המצוי מחוץ לכל סדרות היורשים הנוכחים לרשת על פי החוק העותומני או החוק הלאומי הנ”ל — הוא לא יירש כלום.

וכאן עשויה להתעורר שאלה אחת, מענינת ומיוחדת במינה: מה יהא הדין, אם הסוג שנקבע לתובע על פי החוק האישי שלו, הוא יצור ביניים, שאין לו את ורע — לא ל„קרבה” ולא ל„רוחק” — בחוק העותומני או בחוק הלאומי הנ”ל? והיכי תמצי? — על כך תלמדנו הדוגמא הבאה:

יעקב מת, והניח אחריו את שני בניו, ראובן ושמעון. העזבונו הוא נכסי מירי, ראובן הוא ילד מן הנישואין, והוא בן חוקי לפי כל החוקים; שמעון הוא ילד שנולד מחוץ לנישואין, והוא אורח צרפתי. סעיף 758 של הקודם האזרחי הצרפתי אומר:¹¹³

112 שם, בעמודים 987, 990. “Art. 758. Le droit héréditaire de l'enfant naturel dans la succession de ses père ou mère est fixé ainsi qu'il suit: Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est de la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime”.

של המוריש. תחילה, לא יכלו גם אלה לסרב את הירושה, שעבדה אליהם "מטעם החוק", אך הפרטור נתן להם את "זכות הדחיה" (beneficium abstinenti) ועל ידי כך אפשר להם להפטר מעולה של הירושה.¹¹⁵

כל היורשים האחרים — היורשים "הזרים" (extranei) — היו יורשים מרצון ממש: ברצותם מקבלים את הירושה, ברצותם אין מקבלים אותה, ועד שלא קבלו אותה — היא היתה hereditas jacens, ירושה "נחה" או "מושגת". שנוי במחלוקת בין המלומדים, מה טיבה של ירושה מושלכת זו, ובה הוא המעמד שלה "באותם הימים", היינו: בין מות המוריש לבין קבלת הירושה על ידי היורשים. יש אומרים, שהיא כאילו, עדיין שייכת למנוח, או שהיא "מייצגת" אותו לטובת היורש העתיד; ויש אומרים, שיש לה מעמד משלה. היא מהווה אישיות משפטית¹¹⁶, הגדרה ברורה ומדויקת לא הצליחו למצוא ל"יצור כלאים" זה, וכל קונסטרוקציה משפטית שנשווה לה, לא תישב באופן הגיוני את כל הדינים המיוחדים החלים עליה.¹¹⁷ אך כאן, כמו בכל מקום אחר, אי אפשר להיות הגיוני בהחלט, כפי שהתבטא בקשר לכך אחר המלומדים.¹¹⁸

פשוט יותר מחד, ומסובך יותר מאידך, הוא ענין נפילת הירושה בדיני ישראלי. מבחינה עקרונית, גופלת הירושה ליורשים בעת מותו של המנוח, אך בתקופת האמוראים החלו להפעיל כאן רעיון משפטי אחד, מאד מעניין, אשר גרר אחריו מודיפיקציות מסוימות, בעלות חשיבות מעשית מרובה, לגבי ענין נפילת הירושה. כוונתי למחלוקת הידועה, אשר את ניצניה אנו מוצאים כבר בתקופת התנאים, אם "יש ברירה" או "אין ברירה". אבאר את דברי.

Sohm, Institutionen, 14 Aufl. p. 685; Hunter, Introduction to Roman Law, 9 ed., p. 169.

Weiss, Institutionen des roemischen Privatrechts, 2 Aufl., 116 p. 541;

Girard, Droit Romain, 15 ed., p. 91;

Radin, loc. cit., p. 398;

cf. Buckland, Main Institutions of Roman Private Law, p. 197.

117 כמו, למשל, הדעה הרווחת בקרב היוריסטים המאוחרים, כי קבלת הירושה על ידי היורש עושה אותו ליורש למטרע משעה מותו של המוריש; או ענין ה-usucapio pro herede.

Buckland, loc. cit., p. 198. 118

אחת ההנחות האכסיומאטיות של תורת המשפט היא כי אין אדם יכול לעשות פעולה חפצית בדבר שאינו מסוים. יכול אתה להתחייב למכור "אחד משקי התבואה" המצויים באסמך, אך אינך יכול להעביר בעלות ממש באחד מהם, כל עוד לא ציינת וזיהית אותו, באיזו דרך שהיא, בשעת פעולת ההעברה. ומכיוון שבדיני ישראל גם הדברים שבינן אדם למקום, לפעמים קדובות אופי משפטי-חפצי להם — תחולת איסור והיתר, קריאת שם, הקנאת מעמד וכדומה — חל הרעיון והוא ממילא גם בשטח המשפטי הדתי. לכן אין אדם יכול לקרא שם תרומה או מעשר על אחד מכריי התבואה או כדי היין הבאים לו מן הגורן ומן היקב, אלא אם כן נתן בהם סימן, המזהה באופן ברור וחד-משמעי את נשוא התרומה והמעשר.

עד כאן, ובתהומים צרים אלה, הדבר פשוט בתכלית, וקשה לתאר לעצמנו שיטת משפט אשר לא תודה בעקרון יסודי זה. ברם המשפט העברי לא הסתפק בכך, וחכמי ישראל העמידו דרישות הרבה יותר חמורות לגבי ציונו וסיומו — "סיום" במונח "זיהוי" — של נשוא הפעולה.¹¹⁹ השאלה הראשונה שנשאלה היא מה פירוש "לסיים ולזהות"? הנחץ הוא, כי כבר בעת עשיית הפעולה יהיה קבוע וברור, איזהו העצם האינדיווידואלי, אשר אליו כוונה הפעולה, או שדי בכך, כי משמעותו הקונקרטיית והחד-משמעית של הסימן שניתן, תעלה ותתברר מתוך מאורע שיחדשח לאחר מכן?

דוגמא אחת, אולי אנאכרוניסטית במקצת, אך קרובה מאד במהותה לפרטי הדינים, בהם מברר התלמוד גופו את השאלה הנ"ל. לראובן שתי מכוניות, מרצדס ופורד. למחרת היום תסודר תחרות מירוץ ביניהן, כדי לברר איזו מהן טובה יותר, וראובן מוכר ומעביר לשמעון, כבר מהיום, את המכונית שתזכה במירוץ חוזר. כאן ניתן הסימן, ונעשה הסיום, באמצעות מאורע שיתרחש בעתיד, והשאלה היא, אם די בכך כדי להקנות תוקף לפעולה הריאלית של העכרת המכונית.

והתשובה שניתנה, באמצעות דינים שונים, על ידי חכמי התלמוד היא: תלוי בכך, אם אומרים "יש ברירה", או לא. הדיבור "יש ברירה" פירושו הוא: העתיד יברר — לבשיבא — למפרע את היותה, והיותה מברר למפרע

119 אולי קשור הדבר בעקרון ה־simultanité des effets des actes juridiques, אשר האדיקות בו היתה תוקה מאד בשיטות המשפט הקדומות (vide Cug, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 2 ed., p. 256).

את העבר. יש בכך, מדעת או שלא מדעת, מן הדרטרמיניסמוס הפילוסופי האומר: הכל צפוי; כל המתרחש בעולם המציאות, הוא מסובב ופועל יוצא הכרחי משרשרת הסיבות שקדמו לו; נמצא כי הסיום והזיהוי באמצעות מאורע עתיד, הוא בדיוק כה ברור וכה חד־משמעי, כמו הסיום והזיהוי באמצעות מאורע אשר כבר התרחש. והמסקנה הפרזואית העולה מכך לגבי מכירת המכונות הנ"ל היא, כי כשם שראובן, אשר עדיין אינו יודע את תוצאות המירוץ שהתקיים, יכול למכור ולהעביר לשמעון את המכונות שזכתה כמירוח אתחול, כך הוא יכול למכור ולהעביר לו את המכונות שתזכה במירוח מחוץ. כי כזה כן זה, הוא סיום וזיהוי מספיק לצרכי כל פעולה משפטית שהיא.

לא כן היא דעת אלה האומרים "אין ברירה". העתיד, לכשיהיה אקטואלי, לא יגלה לנו בוודאות למפרע, מה היה — אם ניתן להאמר כך — המצב הפוטנציאלי הכרחי בעת עשיית הפעולה. יתכן כי אי־שם, באחת מנקודות הזמן הכפידות ביניהן, תבא איוו "החלפה", תחול איוו שהיא סטיה מן המסלול שנקבע על ידי הסיבות הקודמות; נמצא, שהאמידה "אשר תזכה מחר", אינה חד־משמעית, ושוב אין לפנינו דבר "מסויים", בו תוכל לתפוס הפעולה המשפטית ההיא.¹²⁰

קיצורו של דבר: המחלוקת בין האומרים "יש ברירה" והאומרים "אין ברירה" היא, אם המצב "הנראה", הקיים לאחר התרחשות המאורע, הוא תמיד זהה עם המצב "הראוי" שהיה קודם לכן, או לא.

ועכשו, לאחר מבוא־הסכר זה, הבה נראה את העניינים בהם מברר התלמוד את השאלה הנ"ל, כדי להגיע אל המסקנות הנובעות מכך לגבי השאלה בה אנו עוסקים. היא שאלת נפילת הירושה. אחד העניינים הללו קשור לדיני גיטין, גט, כידוע, אינו כשר, אלא אם כן נכתב לשמו ולשמה ולשם גירושין. המקור הוא במשנה:

"כל גט שנכתב שלא לשום אשה פסול. כיצד? היה עובר בשוק, ושמע קול סופרים מקריין: איש פלוני נגרש את פלונית ממקום פלוני, ואמר: זה שמי וזה שם אשתי, פסול לגרש בו, יתר מכן, כתב לגרש את אשתו ונמלך, מצאו בן עירו ואמר לו: שמי כשמך ושם אשתי כשם אשתך, פסול לגרש

בו, יתר מכן, היו לו שתי נשים ושמותיהן שוות, כתב לגרש את הגדולה לא יגרש בו את הקטנה. יתר מכן, אמר ללבלר: כתוב לאיוו שארצה אגרש, פסול לגרש בו"¹²¹.

ובסוגיא שם, בגמרא נאמר:

"בעא מיניה רב הושעיא מרב יהודה: אמר ללבלר כתוב לאיוו שתצא בפתח תחילה, מאי? אמר ליה: תביתיה, יתר מכן אמר ללבלר כתוב לאיוו שארצה אגרש, פסול לגרש בו, אלמא אין ברירה. איתיביה, האומר לבני הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכס ראשון לירושלים, כיוון שנכנס ראשון ראשו ורובו, זכה בחלקו ומזכה את אחרו עמו. אמר ליה: הושעיא ברי! מה ענין פסחים אצל גיטין?! הא אתמר עלה, אמר ר' יוחנן: כדי לזרזן במצוות."¹²²

רש"י שם: זכה בחלקו, דאמרינן יש ברירה דמשעת שחיטה היה זה ראוי לכך...¹²³

בשני המקרים הללו — הגט והפסח — יש מן הדין צורך בציון אינדיווידואלי של האשה אשר לשמה כותבים את הגט, וב"מינוי" האנשים, אשר לשמם נשחט הפסח. נכתב הגט שלא לשמה — פסול. "שחטו (את הפסח) שלא למנויו — פסול"¹²⁴. במקרים שלפנינו נעשה הציון והמינוי תוך התייחסות ותליה במאורע התרחש בעתיד: האשה אשר תצא בפתח תחילה, הבן אשר יעלה ראשון לירושלים, ולכן תלויה כשרותם בשאלת ה"ברירה". אם אומרים "יש ברירה" — הרי נתגלה הדבר למפרע, כי זו היא האשה "הראויה", אשר לשמה נכתב הגט, וזה הוא הבן, "הראוי", אשר לשמו נשחט הפסח, ושוב אין כל פגם ודופי בציון ובמינוי הנ"ל. לעומת זה, אם אומרים "אין ברירה" — אין אמירתו של הבעל ללבלר

121 גיטין, דף כ"ד ע"א—ע"ב.

122 הכונה היא, כי בעצם אביהן המנה את כולן עליו משעת שחיטה, והא דקאמר על מי שיעלה ראשון — לזרזינהו אתא" (רש"י שם, ד"ה אמר).

123 גיטין, דף כ"ה ע"א.

124 פסחים, דף ס"א ע"א; דמב"ם הלכות קרבן פסח, פרק ב', הלכה ה'.

120 ראה להלן הערה 133.

כלום, ואין אמירתו של האב לבנים כלום. כי אמירות אלה הן דו־משמעיות או רב־משמעיות, נמצא שהגט לא נכתב לשמה של זו שיצאה לאחור מכן בפתח תחילה, והפסח לא נשחט לשמו של הכן שהגיע באמת ראשון לירושלים.

ואותה מחלוקת גופה מוצאים אנו שם, כאותה סוגיא, בקשר להפרשת תרומה ומעשרות. "קריאת שם" — היינו: קריאת השם "תרומה" או "מעשר" על פירות שהופרשו לשם נתינתם לכהן וללוי¹²⁵ — היא פעולה חפצית, המשנה את "מעמדם" של הפירות: את הפירות שהופרשו היא עושה לתרומה ומעשר, ואת השאר היא מוציאה מידי "טבל" ועושה אותם "חולין". צריך, אפוא, כי קורא השם יציין ויסיים את הפירות עליהם תחול קריאת השם, ונתעוררה השאלה, אם אדם שאין סיפק בידו להפריש תרומה ומעשר — כגון, כערב שבת בין השמשות — יכול לקרא שם על הפירות שיפריש אחרי צאת השבת, ולאכול בינתים את הפירות או לשתות את היין, תוך השארת כמות ידועה בשביל ההפרשה העתידה. והתשובה היתה: תלי בכך, אם "יש ברירה" או "אין ברירה". וכך נאמר שם:

"הלוקח יין מבין הכותים, אומר: שני לוגין¹²⁶ שאני עתיד להפריש הרי הן תרומה, עשרה מעשר ראשון, תשעה מעשר שני, ומיחל ושותה מיד — דברי רבי מאיר; רבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון אוסריה"¹²⁷.

"ושותה מיד, דמאחר שקרא שם — יצא לו מידי טבל, וכשתוא מוציא יין לשתיתו הוא הנברר לחולין, ולכשתיהו לו כלים

125 מן הדין "תרומה לכהן, מעשר ראשון ללוי" (יבמות, דף ס"ו ע"א), אך עורא קנס אתם על "שלא עלו בימי עזרא" (יבמות שם, ע"ב, והבהנה לפסוק עזרא ח' ט"ו: "ואכינה כעם וככהנים ומכני לוי לא מצאתי שם"). ועזרא קנס את הלויים בנמנו שלא יתנו להם מעשר ראשון, אלא יתן לכהנים, לפי שלא עלו עמו לירושלים" (רמב"ם הלכות מעשר, פרק א', הלכה ד'; אך השוה רש"י בבא מציעא, דף י"א ע"א, ד"ה נתון, ותוס' שם ע"ב, ד"ה נתון).

126 המדובר כאן במי שיש לו מאה לוגין, והתרומה היא — למי שתורם לא "בעין יפה" ולא "בעין רעה" אלא "בעין בינונית" — אחד מהמשים (תרומות, פרק ד', משנה ב').

127 גיטיק, דף כ"ה ע"א וע"ב.

יוציא מן הנוד לתרומה הוא הנברר לתרומה, ויש ברירה. ורבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון אוסריה, דלית להו ברירה"¹²⁸.

ולבסוף, בעית ברירה אהת משפטית אורחית, שנתכררה בקשר להפקר¹²⁹, דיני לקט שכחה ופאה מרובים הם, ולא כל אדם בקי בהם. אם העניים ילקטו "יותר מדינים", אזי לא זו בלבד שיעברו על הגזל, אלא גם יהיו "אוכלין בלא מעשר"¹³⁰, כי רק לקט שכחה ופאה פטורים מן המעשר¹³¹. לכן נהגו צנועים ויראי שמים, להפקיר את כל מה שלוקטין העניים, בי גם הפקר פטור מן התרומה ומן המעשר¹³². אך אימתי להפקיר, — אחרי הלקיטה או לפני? בכך נחלקו התנאים, והמחלוקת כרוכה בשאלת ה"ברירה":

"רבי יהודה אומר, שחרית בעל הבית עומד ואומר: כל מה שילקטו עניים היום יהא הפקר; רבי דוסא אומר, לעיתות ערב אומר: כל מה שילקטו עניים יהא הפקר".

רש"י: דאית ליה לרבי יהודה ברירה, דקאמר כל שילקטו, וכי לקיט אמרינן הוברר שזה הפקר...".

הפקרת השבלים הנלקטות נעשית כאן, כפי שראינו, כדי להציל את העניים מן העבירה. בעל הבית מעוניק, אפוא, לצמצם את ההפקר רק למה שילקט כפועל ממש על ידי העניים, וכיצד יכול הוא לעשות את הדבר, ללא ידיעה מוקדמת, איזה הן השבלים שתלקטנה? הן הפקר הוא פעולה משפטית חפצית, המוציאה את הנכס מידי הבעלים ואינה יכולה לחול אלא על דבר

128 רש"י שם, דף כ"ה ע"ב, ד"ה ושותה; עיי' ודו"ק בדברי רש"י בבא קמא, דף ט"ט ע"ב, ד"ה אוסריה.

129 בבא קמא, דף ס"ה ע"א.

130 תוס' שם, ד"ה כל.

131 ואלו פטורין מן התרומה ומן המעשרות: הלקט והשכחה והמאה וכו' (רמב"ם הלכות תרומות, פרק כ', הלכה ס'; תרומות, פרק א', משנה ה').

132 "וכן ההפקר פטור מן התרומה ומן המעשרות" (רמב"ם שם, הלכה י"א).

מסויים! אי אפשר, איפוא, להגן על הנוסחא של "כל מה שילקטו" בלתי אם נזקק לרעיון ה"ברירה" ונאמר: השבלים שנלקטו הן הן השבלים "הדאיות", אשר עליהן חלה מלכתחילה פעולת ההפקר. כי הלקיטה הממשית מבררת ומגלה למפרע, מה היא ה"אובייקט" אשר אליו כוונה, בהגדרה חד-משמעית, הפעולה המשפטית הריאלית ההיא. אם "אין ברירה" — הו"גרה (מה שילקטו) אינה חד-משמעית, ואינה מסוגלת לגרור אחריה את התוצאה המשפטית של ההפקר¹³³.

בכל ארבעת המקרים שהובאו על ידינו — גט, פסח, תרומה ומעשר, הפקר — המדובר הוא בפעולה משפטית, דתית או אזרחית, שהתוצאות שלה נובעות מרצון העושה. אמירתו של הבעל לבל, עושה את הגט לנכתב לשמה; אמירתו של האב לבנים, עושה אחד מהם למנוי על הפסח; קריאת השם, עושה את הפירות (היין) לתרומה ומעשר; הפקרת כל מה שילקטו, עושה את השבלים הפקר. מאותו סוג ממש הם שני מקרים אחרים. בהם הוזכר ענין ה"ברירה", האחד לגבי חילול מעשר שני: "האומר מעשר שיש לי בבית, מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס"¹³⁴, והשני לגבי עירובי תחומין: "אם בא חכם מן המזרת עירובי למזרה, מן המערב — עירובי למערב"¹³⁵. שוב: פעולה משפטית, חילול מעשר או עשית עירוב, שה"אובייקט" שלה תתברר זהותו על ידי מעשה או מאורע שיתרחש בעתיד. לא נתקלנו עד כה בהחלת רעיון ה"ברירה" — כמשמעותו ז'¹³⁶ — על תוצאה משפטית הנובעת לא מפעולה משפטית, אלא מ"מאורע משפטי".

133 כל הדברים האמורים כאן ולעיל, הם בדות אותם מפרשי הש"ס האומרים, שאם "אין ברירה" — הפעולה אינה תופסת כלל. כך יש ללמוד מדברי תוס' עירובין, דף ל"ו ע"ב, ד"ה אלא: "כיוון דאין ברירה — הכי נמי דלא הוא תרומה". וכן נאמר ברש"י שם, ד"ה ר' יוסי: "וכי סליק סלע בדיה אמרינן יש ברירה שזה שתלל מעשר שני עליה, דאי אין ברירה — לא אמר מידי... ואשתכח דקא אכיל מעשר שני בלא פניה". השוה, לעומת זה, רש"י חולקין, דף י"ד ע"א, ד"ה אוסרין: "וחייש שמא תרומה שתהי'. הרעה הראשונה נראית לי עיקר, כי היא מתישבת יותר עם כל מה שנאמר בדני ה"ברירה".

134 עירובין, דף ל"ו ע"ב.

135 עירובין, דף ל"ו ע"ב. דאח כל הסוגיא שם.

136 להבדיל מן המשמעות האחרת שיוחזה לו כמקרים אחרים, כגון כרית השותפין (כנא קמא, דף נ"א ע"ב); עיין דוק היטב כדברי הרב רבנו משה שהובאו בה"ר נדרים, דף מ"ה ע"ב, או כרית דמי החטאת (יומא, דף נ"ה ע"ב), זכיוצא כהם.

דבר זה נעשה בתקופת האמוראים הראשונים, על ידי החלת רעיון ה"ברירה" על עניני חלוקת הירושה כתוצאה מן "המאורע המשפטי" של מות המוריש.

כלל גדול הוא בדני ישראל, כי עם מות המוריש עוברים נכסיו, תיכף ומיד, לבעלות היורשים. ברם, אם יש יותר מיורש אחד, והם אחר כך חולקים את העזבון ביניהם, הרי כדי שהנכסים הנופלים, למשל, בחלקו של הבן ראובן, יחשבו כ"חלקו המגיעו משעה ראשונה לכך"¹³⁷ — זאת אומרת: כחלק שבא לו במישרין, בירשתה, מאת אביו יעקב בשעת מותו — מוכרחים, לדעת חכמי התלמוד, להזקק לרעיון ה"ברירה" ולומר, כי על ידי החלוקה הממשית מתגלה הדבר למפרע, כי הנכסים שנפלו בחלקו של ראובן, הם הם החלק האינדיווידואלי שהנחיל לו אביו בשעת מיתתו. שאם "אין ברירה" — אין זהות ודאית בין החלק שקיבל לבין החלק שירש, ולכן אין שם "ירושה" על חלק זה, והרי הוא כאילו קנה אותו, בדרך חליפין, מאת אחיו שמעון.¹³⁸ וכך נאמר בכמה מקומות בתלמוד בשם רבי יוחנן:

"אמר רב אסי אמר רבי יוחנן: האחין שחלקו לקוחות הן, ומחזירין זה לזה ביובל"¹³⁹.

"לקוחות הן, דאין ברירה, דאיכא למיחש: חלק שנמל זה — היה ראוי לאחיו, והחליפו, והיינו לקיחה"¹⁴⁰.

"לקוחות הן, ולא אמדינן וטברר לכל אחד חלק ירושתו, וירושה אינה חזרת ביובל, אלא שמא חלק הבא לזה — לא היה שלו, והרי החליפו חלקיהם והונו להו לקוחות, ומחזירין זה לזה ביובל"¹⁴¹.

דעתו של רב, לעומת זה, היא: "האחין שחלקו יורשין הן"¹⁴², והטעם הוא:

137 בכורות, דף נ"ו ע"ב.

138 כאן, כמובן, לא יכלו לומר כי הירושה אינה תופסת, והיורשים אינם מקבלים כלום.

139 גיטין, דף כ"ה ע"א ומקומות אחרים.

140 רש"י גיטין שם, ד"ה לקוחות.

141 רש"י ביצה, דף ל"ו ע"ב, ד"ה לקוחות.

142 בבא בתרא, דף ק"ז ע"א, ומקומות אחרים.

«דסבירא ליה לרב יש ברירה, הוברר הדבר שזכה כל אחד בחלק הראוי לו, ונמצא דלא לקחו זה מזה כלום»¹⁴³.

כללו של דבר: נפילת הירושה לפי דיני ישראל, היא מיידית; עם מות המוריש, ובו ברגע ממש. עוברים נכסי העזבון לבעלות היורשים; אלא שבגלל השפעתם האוצלת של דיני ה«ברירה» יוצא, כי לדעת הסוברים «אין ברירה», והאזין שחלקו לקוחות הן, לא ייצא יורש ממש — כלומר: אדם שירושתו לא תהיה בגדר «לקיחה» — אלא אם כן הוא «חד בר חד (בן יחיד בנו של בן יחיד) עד יהושע בן נון»¹⁴⁴. חודו של הרעיון הוקהה במקצת, ולא הסיקו הימנו את כל התוצאות האפשריות, עקב השימוש בהלכה אחרת האומרת: «קנין פירות כקנין הגוף דמי»¹⁴⁵.

הנפילה המיידית של הירושה לפי דיני ישראל גוררת אחריה — כמסקנה משפטית הגיונית — כי אין היורש יכול לסלק עצמו ולוותר על הירושה שנפלה לו; הוא יכול רק להעביר אותה, כדרך שמעבירים כל נכס, באחת מדרכי ההקנאה. כי לוותר יכול אדם רק על מה שעדיין לא הגיע לידו, ולא על מה שכבר שיק לו.

«האומר לחברו: דין דברים אין לי על שדה זו, ואין לי עסק בה, וידי מסולקות הימנה — לא אמר כלום»¹⁴⁶.

יוצא מכלל זה, הוא חלק הבכורה של הבכור, להבריל מחלק הפשיטות

143 דשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה יורשין.

144 גיטין, דף מ"ת ע"א, ע"ש וד"ק.

145 ראה גיטין שם. לא קל לברר, מה היא הדעה הרוחת: אם האח שחלקו לקוחות הן או יורשין. מצד אחד פוסק הרמב"ם בפירוש ב"י יוחנן דלקוחות הן ומחזירין זה לזה ביוכל (פרק י"א מהלכות שמיטה רזבל, הלכה כ'), ומצד שני הוא פוסק, כמו שפסק הש"ס גופו בכבא בתרא דף ק"ו ע"א, כי האח שחלקו ובה בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהן — כסלה מחלוקת (פרק ז' מהלכות נחלות, הלכה א'; כן גם ש"ע ח"מ, סי' קע"ה, סעי' ג'), וזו היא דעתו של רב הסובר «יש ברירה», והאח שחלקו יורשין הן, כפי שנאמר בכבא בתרא שם. יצוין גם, כי דעתו של הרמב"ם היא, כדרך כלל, ד«אין ברירה» (פרק ז' מהלכות מעשה, הלכה א', ע"ש). נראה הדבר, כי אין שיטה אחידה בכל הדינים הללו, וכי לגבי מקצתם טשו במקצת, מסעמים שונים, מן הרעיון הסודי.

146 כתובות, דף מ"ג ע"א.

שלן¹⁴⁷. על חלק זה יכול הוא לוותר לפני שהגיע לידו, ולפני שגילה דעתו כי ברצונו לקבלו.

«יצא עליהם שטר חוב, בכור פורע בו פי שנים; ואם אינו רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים — רשאי»¹⁴⁸.

«אפי' על גב דמתנה קרייה רחמנא כדכתיב: לתת לו פי שנים, והמתנה עד דמטיא לידיה לא הוי מתנה, ומשום הכי נמי יכול לסלק (עצמו) ממנה ולא לפרוע לבעל חוב, כמו שכתב בסעי' י', היינו שאם גילה דעתו דלא ניהא ליה בזה לא זכה בו בעל כרחו, אבל זה שמכרו וגילה דעתו דניחא ליה בחלק בכורתו, זכה בו ויכול למכרו»¹⁴⁹.

סיכומו של דבר: הפשוט, וכן הבכור על חלק הפשיטות שלו, אינם יכולים לוותר ולסלק עצמם מן הירושה; הבכור, על חלק הבכורה שלו, יכול לוותר — מפני שחלק זה «מתנה» קרייה רחמנא — אלא אם כן החלק כבר הגיע לידו, או שגילה דעתו, בפירוש או מכללא (בגון על ידי מכירה, וכדומה), כי ברצונו לקבלו.

ענין זה — של הויתור לפי דיני ישראל — יכול להיות בעל חשיבות מעשית בארצנו, כאשר הדיון בחלוקת העזבון מתנהל בבית הדין הרבני. בית הדין תרכני קשור, אמנם, בהוראות החוק העותמני, אבל חוק זה, כידוע לנו, אינו מטפל כלל בשאלת הויתור. היוצא מזה (כך נראה לי), כי אף על פי שבית המשפט האזרחי — למרות הנפילה המיידית של הירושה לפי החוק העותמני — מכיר בתקפו של ויתור על זכות הירושה לאחד מות המוריש¹⁵⁰, הרי בית הדין הרבני אינו חייב ללכת בדרך זו, ויכול להתחיל על ענין זה, שאף הוא «ענין של ירושה», את דיני ישראל, ולא להכיר בויתור כזה לגבי ירושת הפשוט, או לגבי חלק הפשיטות של הבכור. כי שאלה זו היא שאלה משפטית «רגילה» — לא «משוריינת» — ואין בית הדין הדתי מחייב להתחיל עליה את עקרונות המשפט האזרחי.

147 ראה טור ח"מ, סי' דע"ת.

148 ש"ע ח"מ, סי' רע"ח, סעי' י'.

149 באר היטב שם, סי' ס"ז.

150 ראה להלן סעי' 13.

13. גפילת הירושה לפי החוק העותומני. סעיף 1 של החוק העותומני אומר:

„עם מותו של אדם, עוברים מקרקעיו מיר ווקף לאדם או לאנשים, בהתאם לדוגות דלקמן“.

סעיף זה — פשוטו כמשמעו. הוא אומר לנו בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי בשעת מותו של המוריש, ובו ברגע ממש, עוברים נכסיו ההם ליורשיו. זה הוא עקרון „המיידיות“ שהונח ביסוד סעיף 1922 של ה־ב.ג.ב.¹⁵¹ וממנו שאב המחוקק העותומני את ההוראה הזאת. ואם היה עוד ספק כל שהוא ברבר — והוא נתעודר עקב ניסוחו של פסוק מסויים בפסק דין מנדטורי אחד¹⁵² — תרי לאחר קום המדינה נפשטה הבעיה בשורה של פסקי דין, בחינת „יהודה ועוד לקרא“ ברוח הדברים הברורים של החוק.

„זכות בעלות בלתי רשומה קיימת, לפי רעתי, בידי היורש מיום פטירת המוריש. אמנם לפי הסעיף 25 לפקודת הירושה והסעיף 13 לפקודת העברת הקרקעות נחוצה תעודת ירושה של בית משפט מוסמך לשם רישום היורש בספרי האחוזה, אבל תעודה זו אינה אלא הכרזה פורמלית על הזכות המטריאלית הקיימת מיום הפטירה“¹⁵³.

„עם מותו של המוריש עובר רכושו בתודת חטיבת זכויות אחת ואחידה ליורש... צו בית המשפט המכריז על הירושה כוחו הצהרתי גרידא, ואינו משמש אלא לראיה על זכות היורש“¹⁵⁴.

„אין חולק על כך שהירושה נופלת עם מותו של הנפטר, ולא רק בשעת מתן צו הירושה או חלוקת העזבון. תקפו של הצו אינו קונסטיטוטיובי אלא הצהרתי בלבד“¹⁵⁵.

„אין hereditas jacens במשפט הארץ ישראלי הישראלי, ואין מצב תלוי של „בין גברא לגברא“ בין מות המוריש וחלוקת עזבונו, או אפילו בין מות המוריש ומתן צו הכרזת הירושה. צו הכרזת הירושה, כפי ששמו מעיד עליו, אינו נושא אופי קונסטיטוטיובי, הוא רק מצהיר קבל עם ועדה ומגלה את הדבר למפרע, מי הם האנשים שהיו, כבר קודם לכן, זכאים כבעלים ממש לנכסי העזבון הגדוך“¹⁵⁶.

עקרון הגפילה המיידית אינו מונע, כמובן, את המחוקק מלהכיר באפשרות של ויתור היורש על הירושה שנפלה לו, אבל הוא חייב לפרש את הדבר, תוך קביעת הגדרים והסייגים הדרושים, — כי „האינרציה“ של העקרון הוא מתנגדת לכך, כפי שראינו, למשל, במשפט העברי. כך עשה המחוקק הגרמני בסעיפים 1942—1959 ואחרים של ה־ב.ג.ב. לא כן נתג המחוקק העותומני: הוא אימץ לו את עקרון המיידיות הגרמני, ושכח ליטול יחד עם זה את ה„תבלין“ או ה„עזר כנגדו“ של מוסד הויתור.

אבל זכה המחוקק העותומני — ומלאכתו נעשתה על ידי אחרים! עד היום הזה אין איש יודע בדיוק, כיצד ואימתי נהיה הדבר, אך עובדא היא, כי בתי המשפט בארץ נהגו ונודגים להכיד בתקפו של ויתור הנעשה על ידי היורש אחרי מות המוריש; עד כרי כך, שבסופו של דבר ענה המחוקק הישראלי אמן אחרי נודג זה, ברך על המוגמר והכניס את ויתור היורש, כמוסד משפטי קיים, לתוך אחד החוקים¹⁵⁷. מעיד על הנוהג הוא שופט בר סמבא, הלא הוא נשיא בית המשפט המחוזי, ירושלים, באמרו:

155 פסק דינו של השופט ויתקין, מנהל מס עזבון נגד גוטליב, ע"א 171/54, סי' מסקי דין 347, בעמוד 350.

156 פסק דינו של השופט זילברג, פנץ נגד סלדמן, ע"א 148/53, סי' מסקי דין 1711, בעמוד 1720.

157 סעיפים 2 (א) 2 (ב), 3 (א) 3 (ב), 4 (א) 4 (ב), של חוק מס שבה מקרקעים, תש"ס—1949, ספר החוקים 21, מיום 4.9.49.

cf. Komm. d. RGR. ad para. 1922 B.G.B. n. 1. 151

152 סאלם נגד רושם הקרקעות, בניץ 98/44, 44 אל"ר 540.

153 פסק דינו של השופט הלוי, קומדוסקי נגד מנהל מס שבה מקרקעים, ע"א 120/52, ז' מסקי דין 141, בעמוד 155.

154 פסק דינו של השופט זוסמן, גוסטר נגד פרידמן, ע"א 62/50, ז' מסקי דין 746, בעמוד 752; השדה גם את מסק דינו של השופט אולשן שם, בעמוד 760.

את אופיו המשפטי של היתור. אך משנתגבשה הדעה כי נפילת הירושה היא מיידית, עם מות המודיש, צפה ועלתה השאלה, כיצד פועל היתור. ומה היא הקונסטרוקציה המשפטית שבו, ולא היתה ברירה בלתי אם להוסיף ולומר, כי על ידי ויתורו של היורש נעקרת הירושה למפרע, והרי היא כאילו לא נפלה לו מעולם.

«עם מותו של המודיש עובר רכושו בתורת חסיכת זכויות אחת ואחידה ליורש, הרוכש על ידי כך מעמד לגבי אותו רכוש בשלמותו ("per universitatem"), וממעמד זה נובעת זכות הבעלות של יורש בנכסי המנוח הכלולים בעובון¹⁶¹. ויתר היורש על מעמד זה, הרי לא ויתר על חפץ פלוני אלא על מקור כל זכויותיו בעובון, וממילא לא היה לבעלים של שום נכס מהנכסים אשר הניח המודיש. על ידי ויתור על הירושה, כיהירת נכסים שלמה, כאמור, אין היורש מעביר כל נכס מנכסי העובון לאחר, אלא הוא גורם להעברת הירושה, מהמודיש במישרין, אל האדם הנתנה מויתורו, כאילו לו, למוותר, מעולם לא היה מעמד של יורש»¹⁶².

עקירת הירושה למפרע עקב ויתורו של היורש, היא בעצם, עברו השני של מטבע עקרון המיידיות, ואי אפשר לו, לזה בלא זו, העקרון ההוא שני פנים לו, חיובי רשלילי: כי הירושה נופלת בשעת מיתה ממש; כי אין היא נופלת אלא בשעת מיתה. נוצר ריחוק זמן כל שהיא — אין זו ירושה בלב. נמצא, כי האזים, למשל, אינם יכולים לרשת את חלק אחיהם שויתר, אלא אם כן ויתור זה עוקר למפרע את זכות הירושה, ועושה אותם, כאילו, לבניו היחידים של אביהם. שאם לא כן — היינו: אם הויתור לא יפעל אלא מכאן ולהבא — לא תהא מיידיות של ירושה בחלקו של האח שויתר.

161 השופט המלומד, כנראה, לא ייחס חשיבות לעובדא, כי סעיף 1 של החוק העותומני, אשר הועתק מסעיף 1922 של ה.כ.ב.ב., שונה היסונו בנוסחו. נוסחו של סעיף 1922 הוא:

"1922. Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermoegen (Erbchaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) ueber".

דוקא המלים שהודגשו על דינו חסרות הן כסעיף 1 של החוק העותומני. 162 השופט זוסמן, גוטוטר נגד פירדמן שם, בעמוד 306.

הנהוג הקבוע בבתי המשפט המחוזיים בארץ הוא לשים לב בצו הכרזת הירושה («תעודת ירושה») ליתורים בין יורשים... לצורך בקשה זאת אניח שהנהוג הנ"ל הוא חוקי, שיש תוקף חוקי ליתורים בין יורשים ושעל בית המשפט לשים לב ליתורים בצו הכרזת הירושה»¹⁵⁸.

ובפסק דין ידוע של בית המשפט העליון הישראלי נאמר:

«אלם יהא הדבר כאשר יהא¹⁵⁹, במידה שהדבר נוגע להוצאת צו ירושה, ברור, שאין לכפות על אדם הנאה מזכות שאינו רוצה בו, כלומר, אם אדם אינו רוצה להכליל ברשימת היורשים כבעל זכות לחלק של העובון, אלא להחשב כיוורש שהסתלק מזכות הירושה, יש לתת לו את מבוקשו, ולגבי מתן צו הירושה אין חשיבות לשאלה, אם בהסתלקות זו יש משום העברת בעלות בנכס ליתר היורשים, או רק ויתור על זכות לקבלת הבעלות בו. במגמה זו ניתנו גם פסקי דין על ידי בית משפט זה בתקופת המנדט. (ראה ע"א 76/41, 1941 אס"ק כרך 1, עמוד 253; בג"ץ 98/44, 1944 אל"ר כרך 2, עמוד 540; בג"ץ 113/42, 1942 אס"ק, כרך 2, עמוד 654). במה הדברים אמורים, אם יורש זה מופיע בבית המשפט, או על ידי בא כוחו, ומודיע על הסתלקותו מזכויותיו כיוורש, והסתלקות זו היא החלטית, אינה מותנית בשום תנאים, באופן שחלקו נשאר בעובון שיש לחלקו בין יתר היורשים»¹⁶⁰.

בפסק דין זה, שנכתב על ידי השופט אולשן בשנת 1951, עדיין הושארה פתוחה השאלה, אם העובון עובר לידי היורשים בשעת מיתה או בשעת חלוקה, ולכן לא היה צורך לקבוע — ואף לא אפשרות לקבוע —

158 שוד נגד שור, תיק ירושה 160/49, בית המשפט המחוזי, ירושלים (לא סודסם).
159 הכוונה לפלוגתא בין באי כוח הצדדים, אם עובון בנכסי מירי עובר לידי היורשים עם מות המודיש, ומאותו רגע נעשים היורשים בעלי נכסי העובון לבל דבר, או אם היורשים נעשים רק לבעלי זכות לקבל חלק מנכסי העובון כאשר יחלקו.

160 בדניקל נגד כורסיין, ע"א 85/49, ה' פסקי דין 306, בעמוד 309.

וכהמשך הגיוני של אותו רעיון גופו עולה, כמחוייבת המציאות, מוסקנה נוספת והיא כי אין האזן יכול לוותר לטובת אחד האזנים שלו. הברירה שלפניו היא: או לסלק עצמו מן הירושה כמוותר, ולהגדיל על ידי כך, באופן פרופורציונלי, את חלקיהם של שאר האזנים, או להעביר את חלק הירושה שלו לאחד האזנים. וכך נאמר על ידי השופט זוסמן:

„מאחר שסדרי הירושה קבועים בחוק, ואינם ניתנים לשינוי לפי רצון הצדדים, אין הויתור הדרך הנאותה בה יכול יורש אחד לזכות יורש אחר בחלקו בירושה — אלא אם כן יגיע אליו חלקו של „המוותר“ ממילא. לפי דיני הירושה, מחמת הסתלקותו של הראשון, לא היה הדבר כך, אין לו „מוותר“ דרך אחרת מאשר להעביר את חלקו בעזבונו ליורש השני“¹⁶³.

ודעה זו נתקבלה, מבחינה עקרונית, גם על דעת השופט ויתקון שישיב לדין באותו ענין, באמרו:

„היורש המוותר על חלקו לטובת יורש אחר, אינו עוקר ואינו מסלק את עצמו מן הירושה למפרע, שאם לא תאמר כן, איך הוא יכול בעת ובעונה אחת למשוך את ידו מהירושה ולהעביר לאחר את זכותו לרשת? ... אין צורך במקרה שלפנינו לפסוק הלכה לגבי הויתור הכללי. די לנו לקבוע שהויתור לטובת יורש מסויים, אין תוצאתו הסתלקות מן הירושה מלבתחילה. ויהוד כזה אינו אלא העברת הזכות ואין בו כדי להוציא את המוותר מכלל היורשים למפרע“¹⁶⁴.

הנימה הדקה, השונה במקצת, של דברי השופט ויתקון היא בה, שלדעתו עצם הויתור מתפרש כהעברת הזכות.

וכיצד ייעשו, בפועל ממש, הויתור או ההעברה הנ"ל? על כך לא מצינו תשובה מקיפה וממצה בפסקי הדין הנ"ל, מתוך שלא היתה נחיצות בכך לצורך ההכרעה במקרים הנידונים. והיא היא, כי אין היורש יכול „לוותר“

163 מנהל מס עזבונו נגד גוטליב שם, בעמוד 357.

164 י"ב, בעמוד 350.

על נכס מסויים; דבר זה נובע מתוך עקרון „שלימות הירושה“, כפי שראינו לעיל; כאן יש צורך בהעברה ממש, באחת מדרכי ההקנאה הנהוגות לגבי אותו סוג נכסים. ברור כמו כן, כי אם היורש מופיע בבית המשפט הדין בענין הירושה, ומביע את רצונו להסתלק מן הירושה — מותר „ויתור כללי“ — הצהרתו זו מועילה, ובית המשפט אינו מעלה אותו כלל במנין היורשים. ישנה אסמכתא מפורשת לכך, כי אפילו ויתור לטובת יורש מסויים — ויהא אשר יהא אופיו המשפטי — הוא בעל תוקף חוקי, אם נעשה בצורת הסכם בין שני היורשים בפני בית המשפט הדין בענין הירושה¹⁶⁵. וישנה אסמכתא מפורשת, כי הויתור הכללי יהיה בעל תוקף חוקי, גם אם נעשה על ידי הסכם ומתן יפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר שלא בפני בית המשפט הדין בענין הירושה¹⁶⁶; ועל אחת כמה וכמה — אם הויתור נופו נעשה בפני הנוטריון הציבורי, בהתחשב עם הוראות הסעיפים 1, 63 של חוק הנוטריון. עינינו הוראות כי, נוכח השתרשותו העמוקה של מוסד משפטי זה כפרקטיקה של הארץ, מתיחסים בתי המשפט בליברליות מסויימת לגיוני ונימוסי הויתור, ואינם ממצים כאן את כל תומר הדין הנוהג בכגון זה. קיים כנראה רק תנאי אחד, יסודי, והוא כי הויתור יהיה מחולט, זאת אומרת: בלתי מותנה בקיום איזה תנאי שהוא¹⁶⁷.

14. סדר הפטירות. אין היורש מקבל את נכסי העזבונו, אלא אם כן הזכית את פטירת המוריש. אך יש ונודעת חשיבות מרובה לא רק לשאלת ה„אם“, אלא גם לשאלת ה„מתי“, — אימתי, בדיוק, נפטר המוריש. ומת הנפקא מינה שבדבר? נפקא מינה, כאשר הזכות הנטענת על ידי אחד היורשים היא לנכסים שירש מורישו מאת אדם אחר.

למשל: ראובן וחנוך בנו נספו בתאונת דרכים אחת הדין הוא בנכסי המירי של ראובן, והתובעים היחידים הם: אחיו שמעון, וכלתו, אשת חנוך, דינה. כאן יזכרע הבל בתשובה לשאלה, מי מהם מת תחילה באותה תאונה קטלנית, האב או הבן? אם ראובן מת תחילה — ירש חנוך מאביו את כל

165 השופט אולשן, בדניקר נגד בורשטיין שם, בעמוד 309 למטה; השופט זוסמן, מנהל מס עזבונו נגד גוטליב שם, בעמוד 358 למעלה.

166 אגרטט נגד הרשקוביץ ואחרים, ע"א 76/41, 41 אפלוכום 253, 254.

167 השופט אולשן, בדניקר נגד בורשטיין שם, בעמוד 309; השופט זוסמן, מנהל מס עזבונו נגד גוטליב שם, בעמודים 357—358.

העזובן, והודיש אותו כולו לאשתו דינה¹⁶⁸; אם חנוך מת תחילה — הוא לא ירש ולא תודיש מנכסי אביו כלום, וכל עזובן ראובן נופל לאחיו שמעון. זכויותיהם של שמעון ודינה תלויות, איפוא, בסדר פטירתם של דאובן וחנוך.

שאלה זו עשויה להתעורר לא רק בין קרובי דם מחד, וקרובי חיתון מאידך, אלא גם בין קרובי דם משני הצדדים: כאשר קרובו של המוריש אינו קרובו של מוריש מורישו. למשל: אחים מן האב, שלאחד מהם יש גם אח מן האם, והאח שמת הוא החוליה המקשרת בין מורישו ליורשו. גם במקרה זה יחולק העזובן לפי סדר הפטירות שנקבע בבית המשפט.

וכאן קמה גם ניצבה השאלה, כיצד יקבע בית המשפט את סדר הפטירות, אם השנים מתו כנ"ל, ואין ידוע איזה מהם מת ראשון? על מדוכה זו ישבו מחוקקים ופוסקים בכל התקופות ובכל הארצות, וקבעו כל אחד על פי דרכו — אם בדרך הגיונית ואם בדרך מלאכותית — חזקה מסוימת לפתרון בעיית סדר הפטירות.

שתי אסכולות עיקריות מתבלטות ומתלבטות ביניהן בשטח משפטי זה: האסכולה הרומית-צרפתית, והאסכולה הגרמנית¹⁶⁹. האסכולה הראשונה דוגלת כשיטת התור הקבוע; היא בוררת לה, כקנה מידה, תכונות מסויימות — גיל, מין, או צירוף של שניהם — וקובעת, במקרה ספק, את ההנחה, כי בעל התכונה פלונית האריך ימים יותר. דוגמא לבך ישמשו הסעיפים 721, 722, של הקודקס האזרחי הצרפתי, וזה לשונם:

„721. אם אלה שנספו יחד היו פחותים מבני חמש עשרה, חזקה על הקשיש שבהם, כי האריך ימים יותר. היו כולם למעלה מבני ששים, חזקה על הצעיר שבהם, כי האריך ימים יותר.

היו מקצתם פחותים מבני חמש עשרה, ומקצתם למעלה מבני ששים, חזקה על הראשונים, כי האריכו ימים יותר.

168 כי לגבי חנוך, שמעון דודו הוא יורש הסדרה השלישית — הוא צאצא סבו של חנוך — ובמקרה כזה אשתו של המנצח נוטלת את הכל, לפי סעיף 6, קטע שני, של החוק העותומני.

169 ראה חלקי, משפט בין לאומי פרטי, מהזרוא שניה, עמוד 276.

722. אם אלה שנספו יחד מלאו להם חמש עשרה שנה, ולא הגיעו לגיל ששים, הרי אם גילם שוח, או שהתפרש אינו עולה על שנה אחת, חזקה על הזכר, כי האריך ימים יותר.

היו כני מין אחד, תלך חזקת אריכות הימים הפותחת את הירושה בעקבות סדדי הטבע: חזקה, איפוא, על הצעיר יותר, כי האריך ימים מן הקשיש הימנר.

שיטת האסכולה הגרמנית — הנקוטה בכמה ממדינות אירופה התיכונית¹⁷⁰ — היא שיטת החד-זמניות, וכך נאמר בסעיף 20 של ה-ב.ג.ב.:

„נספו כמה אנשים בסכנה משותפת, מניחים כי הם מתו בעת ובעונה אחת“.

ובחוק הגרמני החדש מיום הארבעה ביולי, 1939, הורחבה מסגרת תחולתו של הכלל ההוא ונאמר:

„כאשר אי אפשר להוכיח מי מאלה שמתו או מאלה שהוצהרו כמתים, האריך ימים יותר, מניחים כי הם מתו בעת ובעונה אחת“¹⁷¹.

המעלה אשר בשיטת החד-זמניות היא, שהיא מונעת הסבה מסופקת של נחלה ממשפחה למשפחה; המגרעת הגדולה שבה — שהיא קובעת הנחה בלתי נציאותית. שהרי „אי אפשר לצמצם“¹⁷², ולכן אי אפשר שיקרה —

170 ראה רוונטל, שנים שמתו כאחד, הפרקליט, דצמבר 1951, עמודים 128—135. 171 על המשמעות ההיסטורית של תאריך החוק — חדשיים ימים לפני פרוץ מלחמת העולם השנייה | — עמד ברמיה השופט אתוס במשפט הירושה של כהן In re Cohn (1945), 1 Ch. 5, at p. 6. המסקנות העולות מכך הן כדורות, ואין צורך להשתית מלים על כך.

172 כיטוי תלמודי נפוץ (כדורות, דף י"ו ע"ב, ומקומות אחרים), שפירושו המקובל הוא: אי אפשר להם, לשני מאורעות, שיתרחשו בבת אחת ממש: „רחל שלא בכרה, וילדה שני זכרים, אפילו יצאו שני ראשיהן כאחד, אי אפשר שלא קדם אחד, והואיל ואינו ידוע איזה מהם יצא ראשון, הכהן נוטל את הכתר, והשני ספק בכור“ (רמב"ם הלכות בכורות, פרק ה', הלכה א'). אך יש מפרשים את

או: אי אפשר שיקדה וגם יוכח — כי שני הקרובים מתו בבת אחת ממש, ללא דיוח זמן אינפניטיסמלי ביניהם; ועוד ידובר בזה להלן. וחילופיהן בשיטת התור הקבוע: הנחותיה — יותר מציאותיות, פעמים אפילו הגיוניות ביותר, אך היא גוררת אחריה לעתים, ללא ודאות מוחלטת, את התוצאה הבלתי רצויה של הסבת הנחלה ממשפחה למשפחה.

בעיד אשר המשפט העברי והמשפט הרומאי הסדירו כבר לפני 1500 — 2000 שנה את בעיית סדר הפטירות של ה־"commorientes", הרי המחוקק האנגלי לא נחפו כאן ביותר, ורק בשנת 1925 הוא נזח את כללי המשפט המקובל שאבר עליהם כלל, ואימץ לו את שיטת התור הקבוע של האסכולה הרומית-צרפתית; אלא שעשה אותה פשוטה יותר, — אולי יותר מדי פשוטה. הלא כה הם דברי הסעיף 184 של אקט הקנינים 1925:

„בכל מקרה, לאחר תחולת אקט זה, בו מתו שנים או יותר במסיבות הגורדות אחריהן אי ודאות מי מהם האריך ימים יותר מחברו או חבריו, הרי (בנתון לצו בית המשפט) לצורך כל הענינים הקשורים בזכות על נכסים, מניחים כי המיתות התרחשו לפי סדר הזקנה, ובהתאם לכך — כי הצעיר יותר האריך ימים מן הקשיש הימנן“¹⁷³.

קודם לכן, לפי כללי המשפט המקובל, לא היתה קיימת כל חזקה בנידון זה — לא חזקת תור ולא חזקת חד זמניות — והדין היה, כי כל התובע

הביטוי הנ"ל: אי אפשר לברר את ה־"צמצום" ההוא, ולדעת אם הם התרחשו בבת אחת, או בזה אחר זה (ראה תוס' בכורות שם, ד"ה אפשר ודוק). ברעיון אפילו או איראפדרת ה־"צמצום" השתמשו גם לגבי מיתות בני אדם (עיי' ודוק יבנות, דף י"ט ע"א, ורשיי שם, ד"ה כרבי יוסף).

173 הוראה זו גוסה כלולה היתה בסעיף 107 (3) של אקט הקנינים 1922, שהיה צריך — לפי סעיף 191 (2) שבו — לקבל תוקף ביום האחד בינואר 1925. אך לפני שקבל תוקף, הוחק אקט הקנינים (דחתי) 1924, שדחה את קבלת התוקף עד ליום האחד בינואר 1926. בינתיים יצא אקט הקנינים 1925, אשר ביטל בין השאר את סעיף 107 (3) של אקט הקנינים 1922 — ראה סעיף 207 והתוספת השביעית של אקט 1925 — והכניס במקומו את סעיף 184 הנ"ל. הוראת סעיף 184 היא, איפוא, הוראה חדשה, שקבלה תוקף, יחד עם האקט כולו, ביום האחד בינואר 1926, לפי סעיף 209 (2) של אקט 1925.

זכות בנכסים תוך הסתמכות על סדר פטירות מסויים, עליו הראיה! וכך נאמר על ידי הלורד קמפבל במשפט ווינג המפורסם:

„הפנו אותנו אל הקודם הנפוליאוני; בדם לפי תורת המשפט שלנו, הרי כשמתעוררת השאלה, מי מן השנים שנספו באסון אחד האריך ימים יותר, אין הנחת-חוק על סמך גיל או מין, ויש להכריע בה על פי המסיבות שהובחו בכל מקרה ומקרה... אצלנו השאלה היא מראשית עד תכלית, שאלה עובדתית טהורה, וחובת ההוכחה מוטלת על מי שטוען למציאות העובדה“¹⁷⁴.

„תחיקה זו — הכותה היא לסעיף 184 הנ"ל — מילאה פגימה אחת במשפט האנגלי. קודם לכן, אם אי' וב' מתו כאסון משותף, הדי נציגי האחד שהיה, לפי הטענה, מעוניין בעובונו של האחד על פי צוואה או שלא על פי צוואה, חייבים היו להוכיח, כי הוא הוא אשר האריך ימים יותר. לא הוכיחו — נכשלה תביעתם“¹⁷⁵.

ואמנם גדולה מאד היתה פגימתו של המשפט האנגלי לפני חקיקת סעיף 184 הנ"ל, ותוצאותיו הקשות של אותו משפט ווינג יוכיחו! העובדות שם — לאחר „עייגולך“ על ידי השמטת הפרטים שאינם נוגעים לענינו — היו אלה: בעל ואשתו, הורים לשני בנים ובת, ערכו שתי צוואות לפני צאתם למדינת הים. הם ציוו את רכושם זה לזו, וכל אחד מהם התנה, כי אם בן זוגו ימות בחייו — הזוכה בנכסים יהיה אדם אחד בשם ווינג¹⁷⁶. כעבור שבוע ימים הפליגו בני הזוג עם ילדיהם לאוסטרליה, ובהיותם בלב ים נטרפה האניה, וכולם טבעו ומתו. אי אפשר היה לברר מי מת ראשון, הבעל או האשה; גם לא ידוע היה אימתי, בדיוק, מתו הילדים; ידוע היה רק, כי הכת החזיקה מעמד שעה קלה לאחר מות הוריה ושני אחיה, ולבסוף טבעה אף היא.

Wing v. Angrave (1860), 11 E.R. 397, 405. 174

Hickman v. Peacey (1945), 2 All E.R. 215, 232. 175

176 בצוואתו של הבעל הותנה עוד תנאי לזכירתו של ווינג: אם כל הילדים ימותו לפני שיתבגרו, הכת — לפני שגוסא; אך דבר זה לא גרם שם לשום בעיה משפטית, כי התנאי הזה נתקיים לכל הדעות, כפי שנראה להלן.

מן השנים מת ראשון, קיימת חזקה של חוק; כי הם מתו באותה נקודת-זמן גופה. לא אגיד, כי זהו בלתי אפשרי, אם כי אימרים כי הזמן, כמו החומר, מתחלק עד אין סוף, — ברם חזקה כזאת אין לה על מה שתסמוך בפסק דין, אמרת שופטים, או על דרך ההיקש¹⁸¹.

הלורד קראנפורד, במשפט הראשון של ווינג¹⁸², אמר:

„אי אפשר להניח כי הוכח, או כי מסתבר הדבר, או כי אפשרי הוא, ששני בני אדם יחדלו לנשום באותו רגע ממש, כי קשה מאד לתאר לעצמנו את הרבר, ולתתוך את הדין על פי עקרון כזה. יתא בו, לדעתי, משום הליכה על פי נתונים בלתי נבונים...“

שני בעלי האמרות הללו, הלורד קמפבל והלורד קראנפורד, ישבו לדין במשפט ווינג (השני) הנ"ל. הם שיוו, איפוא, לנגדם את הרעיון הנ"ל, ואף על פי כן לא עשו בו שימוש לצורך ההכרעה בפרשת שתי הצוואות הנ"ל. ועל שום מה? על שום ששופטי אנגליה אינם אוהבים להשתית את החלטותיהם על רעיונות מופשטים או „פילוסופיים“, פן ושם יפגע הדבר בכוסר הראייה המציאותית שלהם. ועוד ניתקל בסלידה זו הלל, בהגיענו לזיכרון אשר חזר וניערור לא מכבר סכיב השאלה בבתי המשפט הגבוהים של אנגליה. אך דוקא שם, במשפט ווינג השני, היתה „הפילוסופיה“ הזאת מביאה את הלורדים אל התוצאה המעשית והרצויה ביותר. לא היה להם אלא לומר: מכיון שהפטירה החד זמנית היא בלתי אפשרית, או כה רחוקה מן השכל עד שאין להתחשב בה בחיי המציאות, הרי הספק היחיד הקיים במקרה ווינג הוא, אם הבעל מת בחיי האשה או שהאשה מתה בחיי הבעל, ועל ספק זה אפשר להתגבר בעזרת „הממה נפשך“ הנ"ל.

והנה עברו כמאה שנה, בינתיים נמלך המחוקק האנגלי והחליף את „חובת ההוכחה“ הישנה של המשפט המקובל בחוקת התור האמורה בפעיף 184, ושאלת החד זמניות הועלתה מחדש על שולחן הדיונים, וזכתה לזיכוח

Lord Campbell, L.C., *ibid.* 403. 181
Underwood v. Wing (1855), 102 R.R. 316, 323. 182

הענין הגיע לבית הלורדים בקשר לנכסי האשה¹⁷⁷, וטענתו של ווינג היתה: ממה נפשך! אם הבעל מת בחיי האשה — זכאי אני לנכסים אלה מכוח צוואתה היא; אם היא מתה בחיי בעלה הוא ירש אותה על פי צוואתה — זכאי אני להם מכוח צוואתו של הבעל; ואם שניהם מתו בבת אחת — הרי הפטירה החד זמנית של שניהם כמוה כפטירת הבעל בחיי האשה לגבי הצוואה שלה, שהרי כוונתה של המצוה, כנראה בעליל, היתה כי אם בעלה לא יירש אותה — נכסיה ינתנו לווינג. הלורד קמפבל קיבל את הטענה, אך חבריו, לאחר הבעת היסוסים וצער¹⁷⁸, לא הסכימו עמו. לא אעמוד כאן בפרוטרוט על כל הגוונים ובני הגוונים של פסקי הדין המעניינים ההם; נראה כי דעתם המשותפת של השופטים (חוץ מלורד קמפבל) היתה, כי נוכח האפשרות שבני הזוג מתו בעת ובעונה אחת, לא הוכח קיום התנאי המכריע: „אם בן זוגי ימות בחיי“ שהותנה, כאמור, בכל אחת משתי הצוואות הנ"ל¹⁷⁹. אילו התקיים המשפט לא באמצע המאה התשע עשרה, אלא לאחר 1925, היו מניחים שהבעל — אשר היה בשלש שנים קשיש מאשתו¹⁸⁰ — מת לפני האשה, ווינג היה מקבל את הנכסים מכוח צוואת האשה.

אך לי נראה, כי אפילו על פי כללי המשפט המקובל שחלו בתקופה ההיא על השאלה הנידונה, אפשר היה להגיע לאותה תוצאה ממש, אילו הלורדים הנכבדים מוכנים היו להוציא את המסקנות ההגיוניות האחרונות מן הרעיון שריהף נגד עיניהם, הוא הרעיון כי חד זמניות מחלטת איננה בנמצא כלל, או שהיא אפשרות כה רחוקה, עד שאין להתחשב בה בחיי המציאות. נאמר שם על ידי הלורד קמפבל:

„למותר לי לומר, כי לדעתי אין יסוד לדוקטרינה אשר יוהסה בטעות לשומר הנגילות... (והיא) כי כאשר נותר ספק מי

177 שהיא רכסה על יסוד צוואת אביה; ראה פרטים שם.
Lord Wensleydale *ibid.*, p. 409; 178
Lord Chelmsford *ibid.*, p. 412.
Lord Wensleydale *ibid.*, p. 411; 179
Lord Chelmsford *ibid.*, p. 412;
cf. Lord Cranworth *ibid.*, 409.
ibid., p. 399. 180

עד ומגוף, הן בבית המשפט לערעורים והן בבית הלורדים. כוונתי למשפטי פיס 183, בהם הועמדה לראשונה למבחן הוראתו של סעיף 184. באותו מקרה, הסכנה המשותפת היתה לא ספינה רעועה וגלי ים, ה"מתחשבים" פחות או יותר בכוחו של האדם הנאבק עמיהם, אלא פצצה מיירנית, כבדת משקל ומהירת השמדה, שהוטלה על ידי הגרמנים, בימי ה"בליץ", על אחד מבתי לונדון, והרגה חמש נפשות. אין צורך להכנס כאן לכל פרטי הענין, די אם נאמר, כי היתה נפקא מינה בדבר, אם כולם מתו בבת אחת, או שהם מתו "בהתאם לחוק", זאת אומרת: לפי "סדר הזקנה" שנקבע בסעיף 184. שופט הערכאה הראשונה, השופט כהן, החיל על המקרה את החוקה של סעיף 184, ופסק כי הקטיש מת תחילה, אך בית המשפט לערעורים, ברוב דעות, ביטל את הפסק. הוגש ערעור לבית הלורדים, והקעדה נהפכה על פיה, ושוב ברוב דעות: בית הלורדים ביטל את פסק דינו של בית המשפט לערעורים, והחזיר לישנו את פסק דינו של השופט כהן.

השאלה העיקרית, עליה ניטשה המחלוקת בפסקי הדין ההם היתה, מה פירוש המלים:

"אי ודאות מי מהם האריך ימים יותר".

האמורים בסעיף 184, וגדר הספיקות היה דק מן הדק עד כמעט אין נבדק, והוא: האם פירושו של דבר הוא, כי היה מוקדם ומאוחר בין הנפטרים, אלא שלא ידוע מי מהם הוא המוקדם או המאוחר; או שפירושו הוא, כי אין ודאות של פטירה קודמת לגבי אף אחד מהם, ואפילו אם לא ידוע אם בכלל היה מוקדם ומאוחר ביניהם. האלטרנטיבה השנייה — בה נקטו תומכי השופט כהן — גדרה אחריה את החלת החוקה של סעיף 184 על מקרה הפצצה הנ"ל, ואילו האלטרנטיבה הראשונה — בה נקט הרוב בכית המשפט לערעורים והמיעוט בבית הלורדים — גדרה אחריה את שלילת ההחלה. בהתווכחם על שאלה זו, נאלצו השופטים לנגוע בשאלת אפשרותה, המשפטית או הפיסית, של "הפטירה החד זמנית" (זאת אומרת: חד זמניות פטירותיהם של שנים או יותר), והושמעו בה דעות שונות ומשונות. לא

Peacey v. Grosvenor (1944), Court of Appeal, 1 All E.R. 81; 183
Hickman v. Peacey (1945), House of Lords, 2 All E.R. 215.

הייתי בא בטדוניה עם מתנגדי השופט כהן, אילו אמרו בפירוש ובפה מלא, כי היא אשר היא על התחלוקתו האין סופית של הזמן, הרי לצורך התברעה בשאלה המעשית, אם ראובן ירש את שמעון או לא תחשב פטירתם כ"חד זמנית", אם הם מתו תוך "אטום" של זמן, שאין לפלגו עוד באספקלריה הרגילה של עיני בשר ודם. אבל הם לא אמרו כן, אלא לקחו את הפיסיקה, הכריזו עליה כעל "מתפיסיקה", ודחו אותה — בלי לכפור בה — מפני ה"קומון סנס" המפורסם. והוא הדין בתומכי השופט כהן, אשר ידם היתה על העליונה בדיוני בית הלורדים. למרות מה שהמסקנה הסופית שהגיעו אליה היא, כי אפילו אם המסיבות מצביעות על פטירה חד זמנית, הרי כל עוד לא הוכח בודאות טדר הפטירות, עדיין לא יצא הדבר מכלל ספק "מי מהם האריך ימים יותר" כמובן סעיף 184 — הם נמנעו מלחלות מסקנה זו בהתחלוקתו האין סופית, או ה"כמעט" אין סופית, של הזמן, זאת אומרת: התחלוקתו לחלקים זעירים שבועידים, שהם למטה מכושר המדידה של המדע האנושי. כאלה בן אלה נרתעו מלהזקק בדיון משפטי לרעיונות "פילוסופיים" — רעיונות שהם למעלה מכוח השגתו של אדם מן השוק — ובסופו של דבר יצאה הנמקה משפטית מסובכת, שאותו אדם מן השוק לא ימצא בה את ידיו ואת רגליו. והרי כמה מן האמרות שנאמרו שם בקשר לשאלה הנידונה:

"השאלה הראשונה המתעוררת כאן היא, אם אפשר — כדבר הלכה — כי שני בני אדם ימותו בעת ובעונה אחת. טענו, כנגד המערער, כי האפשרות של פטירה חד זמנית אינה מוכרת כחוק, מן הטעם שהואיל והזמן מתחלק עד אין סוף, הרי תמיד ברור יהיה, כי אחד מן השנים למעשה מת ראשון, אם כי יתכן שיהיה, ובדוב המקדים הנקראים בלשון בני אדם פטירה חד זמנית מן ההכרח שיהיה, בלתי אפשרי להוכיח, מי למעשה מת ראשון. כי הזמן מתחלק עד אין סוף — הוא כפי שאמרנו, עובדה מדעית. אני הייתי מעדיף לקרא לזה מושג מתפיסי, אין ספק — כאשר להקה של מלאכים עורכים תדגילי קפיצה על חודו של מחט, אפשר תמיד למצוא מקום לעוד מלאך אחד¹⁸⁴. אך רעיונות מסוג זה, סבור אני, לא יכירם

184 הרמו כאן ל"בעיה" אחת שהעסיקה פילוסופים או קהאזי-פילוסופים בימי הביניים, אך, בכל הכבוד, אין המשל וומה לנמשל. עדיין קיים הכדל כל שהוא בין

מקומם במשפט הארץ הזאת, הפועל לפי עקרונות של "קומון סנס" מעשי... לדבר על התחלקות אין סופית של הזמן, נוכח פצצה מורדנית, רבת נפץ, הפורצת לתוך מקלט של מרתף בין האנשים החוסים בו, הרי הוא לדעתי, בכל הכבוד לאלה הזוכרים אחרת, שלא להכיר את כציאות הדברים"¹⁸⁵.

"במשפט אנדרוואוד נגד ווינג¹⁸⁶ — מקרה שנבע מסכנה אחת — סביר היה כנראה הלורד צ'נסלור קראצוורת, כי אי אפשר לתאר לעצמנו שני בני אדם מתים בדיוק באותו רגע גופו, — ברם זה מוכרח להיות בכל מקרה שאלה של עובדה, ומדע ההשמדה, של נפש ורכוש, התקדם — אם זהו הביטוי המתאים — כברת דרך ארוכה מאז 1854... השופט בנט¹⁸⁷ מוכיח את ההתחלקות האין סופית של הזמן, אך זהו מושג מתפיסתי, ואני כשליצמי אינני סבור, כי ראוי לה, למתפיסיה, להשפיע על שאלות של הוכחה בבית המשפט"¹⁸⁸.

"הוכחה במהלך הטענות הדעה, כי פטירות חד זמניות הן דבר כלתי אפשרי, ודבר זה, כפי שאומרים, קשור איך שהוא בהתחלקותו האין סופית של הזמן, התורה המתמטית של האינפיניטסמלים היא סוגיא קשה, שאין אני מרגיש עצמי בד סמכה לבארה, דומה, כי המדע המורדני אינו חולק על התחלקותו האין סופית של הזמן, ומוכן אני, בכל הענווה, לקבל את זאת — אך ללא דוגמטיות, שכן מעלה אני על לב כי קודמי הנעלה, הלורד צ'נסלור קמפבל, לפני 85 שנה... הניח בהפזה, כי החומר מתחלק עד אין סוף, — רעיון אשר, עד כמה שידוע לי, הפיסיקאים המורדניים לא יודו בו, אך אף אילו כן, אין אני סבור, כי ההשקפה המדעית או ההשקפה הביישטית תעמוד בתוקף על כך, כי מטבע הדברים לא יוכלו

ה"בהפיסיות" של שיכון המלאכים ההם כראש המחט, לבין ה"מתפיסיות" של חלוקה מינוציוזית של הזמן, ניסוייו הידועים של מייכלסון באינסטרומנט שלו, ניסיים שפילסו דרך לתורת היחסות, ודאי לא היו בגדר "מתפיסיה".

Lord Greene M.R., Peacey v. Grosvenor, pp. 84-85. 185

186 ראה לעיל הערה 182.

Re Lindop (1942), 2 All E.R. 46. 187

Goddard L. J., Peacey v. Grosvenor, p. 88. 188

לעולם להתרחש שתי פטירות בעת ובעונה אחת. המוות — מניח אני — הוא יותר תהליך מאשר מאורע רגעי, ואף על פי שהמדע המתמטי המורדני, כפי שאני מבין, מלמדנו כי כדי ששני מאורעות יהיו חד זמניים כהחלט, הם חייבים להתרחש לא רק בדיוק באותו רגע, אלא גם בדיוק באותו מקום¹⁸⁹, אין אני נוטה להכניס את הרקיות האלה לתוך מסקנותיו המעשיות של בית משפט, ולצורך הענין הנוכחי לא אהיה מוכן ללכת על פי ההנחה, שלעולם לא תהיה התרמות-של-זמן (קואינצ'י-דנציה) בין שתי פטירות"¹⁹⁰.

"כמו הלורד צ'נסלור קראנוורת, כן גם אני אינני בטוח, כי התרחשותן של שתי פטירות בדיוק באותה נקודת-זמן היא אפשרית, ועוד פחות מזה נוטה אני לקבל את הטענה, כי אפשר אי-פעם להוכיח את זאת. אבל מחוץ לכל השאלות התיאורטיות מסוג זה, סבור אני, כי הסעיף גופו מנוסח כך, שאת אפשרות הפטירה החד זמנית הוא מוציא מהיות ודאות מוכרת, וכולל אותה בין אי-הודאיות"¹⁹¹.

יותר נוטה לחשיבה מדעית מדוייקת, ופחות "מונע עצמו מן ההגיון", היה אחד משופטי הרוב בבית הלורדים, הלורד סימונדס. אך בסופו של דבר, העמיד אף הוא את הכל על קלף ההוכחה, ולא השתית את מסקנתו על אי-אפשרותה, או ריחוק אפשרותה, הפיסית של הפטירה החד זמנית. דבריו מעניינים ביותר, הן מבחינת הרמה האינטלקטואלית והן מבחינת הצורה, ומן הראוי להביאם בהרחבת מה. וכך הוא אומר:

"אבחן ראשית את השאלה השניה (השאלה היתה, מה פירוש "חד זמניות" הפטירה, או "מתים בעת ובעונה אחת"). איני

189 כאן, במתלה מכבודו של הוייקאונס, נתחלפו לו זו בזו שתי בעיות שונות. הדעין שנגע בו בסוף פסוק זה הוא, כי אין חד זמניות בנוגע לאותו מאורע גופו, לפי ה"שעונים" של שני מסתכלים הרואים אותו מעל שתי מערכות המצויות כהנעה זו כלפי זו, — וזה בגלל שוני ה"זמנים" שלהם. זה הוא, כידוע, אחד מעיקרי תורת היחסות של איינשטיין.

Viscount Simon L.C., Hickman v. Peacey, p. 219. 190

Lord Porter, ibid. pp. 230-231. 191

יודע מה להשיב. נסיתי לשוא להציל את התשובה מפי הפרקליטים. לא מועיל כלל אם אומרים לי כי הביטוי „בעת ובעונה אחת“ פירושו כמובנו בלשון בני אדם. הן על כל פנים זהו ביטוי, אשר מובנו ישתנה לפי ההקשר והנושא. בהקשר אחד — שניות, ואפילו דקות, ואפילו חלקו של יום, מותר יהיה להתעלם מהם: בהקשר אחד — יכול שתהא חשיבות מכרעת להפרש של חלקיק שניה אחת. ... השופט, כי כוח ההבחנה המוגבל שהטבע העניק לו, יחליט, אולי, כי שני הסוסים עברו בבת אחת את התחנה. מצלמת-תנועות מהירות תראה כי הוא טעה, וכי אחד הסוסים עבר לפני השני. ואם אותה מצלמה הראתה כי הם עברו בבת אחת, יכול מכשיר עוד יותר משובלל להראות כי גם זה לא נכון. ואין הבלד בין מדידה של מקום ומדידה של זמן: הדרוגמא שנתתי מדגימה את שתיהן. נניח כי השאלה היא אם שני מוטות מתכת הם בעלי אורך שווה; יכולה התשובה שניתנה: כן! להיות התשובה הנכונה, למרות מה שקיים הפרש של שמינית שבאינטש כיניהם — אם אותו הפרש הוא, בהקשר הנידון, בלתי חשוב; כרם אם נזקקים למכשיר כעל פרציויה גבוהה ביותר, יהבן כי לא נכון יהיה לומר שהם בעלי אורך שווה, אף על פי שההפרש שביניהם הוא של אלפית האינטש בלבד. אך מה היא, אם הקשר הענינים הוא כזה, שאתה חייב לענות על השאלה: איזה משני המוטות הוא ארוך יותר? אז — יתא זה בלתי נכון לומר, כי הם בעלי אורך שווה, בין אם ההפרש הוא שמינית שבאינטש, בין אם הוא חלק האלף או חלק העשרת אלפים של האינטש. ואם המכשיר המשוכלל ביותר אינו יכול לתפוס את ההפרש, התשובה איננה: כי הם בעלי אורך שווה, אלא: כי כל עוד לא נוצר מכשיר יותר משוכלל, קיים ספק, איזה מהם הוא הארוך יותר.

כיוצא בזה כאן: הקשר השאלה אם א' וב' מתו בעת ובעונה אחת... היא השאלה המשלימה: מי מהם האריך ימים יותר מחברו. וכן גם כאן: ככל אשר המסיבות מקשות יותר ויותר לקבוע מי מהם מת ראשון, אי הודאות גוברת. התחושה האנושית, נעזרת על ידי התבונה האנושית, אינה יכולה להבחין מי מן השנים מת ראשון. כשלעצמי הייתי, איפוא, במקרה כזה

אומר בכל הענות, כי לא ידוע מי מהם האריך ימים יותר מחברו. והייתי נרתע מלהצהיר כי הם מתו בעת ובעונה אחת. — דבר שאיני יודע מהו, ואיני יכול להוכיחו. מסרב אני לקבוע את חד זמניות הפטירה כממצא על יסוד איזון או יותרת התסתברויות, כל עוד לא הוגדר תחילה הביטוי ההוא. הנסיון להגדיר אותו מוביל בהכרח אל המסקנה, כי כאשר אין הוכחה כי האחד האריך ימים יותר, התשובה היא לא חד זמניות, אלא אי ודאות.

לקראת מסקנה זו מוביל אותנו גם טבעו של ענין. אפשר — כך מניח אני — למדוד התרחשותם של מאורעות מסויימים עד לחלקיק זעיר ביותר, חלק האלף, או פחות מזה, של שניה. אך אפילו תוך שלוות חדר השינה, עם כל העזרה שהמדע מסוגל לתתה, קשה יהיה ליחס לאיזה חלקיק זעיר של זמן, מאורע כה מסתורי, כה לא-בר-מישוש, כה כלתי נתון להגדרה, כמו אותו מאורע, אשר לפני התרחשותו האדם נחשב חי, ולאחר התרחשותו — מת.

אני מסכם, איפוא, כי משמעותו הנכונה של סעיף 184 היא כי הוא יוצא מתוך ההנחה, כי הוכחת הפטירה החד זמנית היא בלתי אפשרית, או — לשון אחרת — מתוך ההנחה, כי אם לא הוכח כי האחד האריך ימים יותר, האלטרנטיבה היחידה היא אי ודאות. אם כך קוראים אותו, אין בו שום „נשתמט“ (casus omissus), והסעיף יכול להתפרש כך, שיהא מכסה כל מקרה, בו אי אפשר להוכיח, כי האחד מן השנים שמתו יחד האריך ימים יותר מחברו. בהגיעני למסקנה כזאת, דוהה אני את הרמז, כי זו היא יותר כסקנה של מתפיסקאי מאשר מסקנה של משפטן. — אלא אם כן מתפיי סיקה כוללת כאן את ההגיון...¹⁰².

קיצורו וסיכומו של דבר: הדעה שניצחה בבית הלורדים היא כי החזקה של סעיף 184 — חזקת הפטירות לפי סדר הזקנה — חלה על כל פטירת שני אנשים או יותר, חוץ אם הוכח, כי אחד מהם האריך ימים יותר

Lord Simonds, *ibid.*, pp. 234-235. 192

מחברו או חבריו. באין הוכחה כזאת — ודוקא כזאת! — מגיחים כי הצעיר הוא שהאריך ימים יותר, ויהיו אשר יהיו המסיכות המצביעות בכיוון הפטירה החד ומגנית. הגיעו למסקנה זו בדרכים שונות ומסובכות מאד, בעוד אשר, לדעתי, אפשר היה לומר בקיצור ובפשטות. כי מכיוון שהזמן מתחלק עד אין סוף, או, לפחות, מתחלק — אפילו בדרך אמפירית — חלוקה מינוציונית ביותר, הרי הפטירה החד ומגנית היא: או בלתי אפשרית בהלטה, או כה רחוקה מן המציאות עד שאין להתחשב בה כלל; נמצא, בי הספק היחיד העלול להתעורר, היא תמיד: לא אם מישוהו האריך ימים יותר, אלא: מי הוא שהאריך ימים יותר, וממילא יש להפעיל, פשוטה כמשמעה, את הוראת סעיף 184 הנ"ל. לא היה מה לחשוש מפני ה"מתפיסקה" הזאת: ראשית, אין כל פגם אפילו כמתפיסקה; שנית, אין זו מתפיסקה, אלא פיסיקה פשוטה; שלישית, היא היתה מביאה לאותן תוצאות ממש ששאפו אליהן שופטי בית הלורדים. ובכל הכבוד — בדרך הרבה יותר פשוטה וקצרה.

בעצם, לכשנדייק הישב היטב נגלה, כי המחוקק גופו הודה בכך, ששני מאודעות אינם יכולים להתרחש בעת ובעונה אחת ממש, או שהתרחשותם החד ומגנית היא כל כך רחוקה, עד שאין להתחשב בה, כאפשרות מעשית. כלל, שאם לא כן — מדוע לא קבע הוראה לאותו מקרה, בו השנים שמתו נולדו באותו רגע ממש, ואין קשיש וצעיר ביניהם?! משמע, כי חד ומגניות כזאת, להיוותה כלתי מציאותית, לא עלתה על דעתו של המחוקק כלל; ומאותו טעם גופו. היא גם לא תעלה על דעתו של שופט, בבואו לדון בסדר הפטירות, שהרי ודאי אין הבדל — בין אם זו פיסיקה בין אם זו מתפיסקה — בין לירות חד ומגניות ופטירות חד ומגניות.

ועכשיו, לאחר שהכרנו לדעת את גדדיה וסייגיה של חוקת סדר הפטירות הנוהגת באנגליה, הבה נראה, מה הוא המצב המשפטי השודר בנידון זה בארץ הזאת. גדר הספיקות המשולש הוא: החייבים אנו ללכת על פי הוראת סעיף 184 הנ"ל, או שקשורים אנו לכללי המשפט המקובל שהיו נהגים באנגליה לפני 1925, מכוח ההודאה אשר בסמך 46 של דבר המלך, או דילמא שאלת סדר הפטירות היא שאלה סובסטנטיבית, מהותית, של דיני הירושה, ולכן יש לדון בה על פי חוקו האישי (הדתי או האומי) של המוריש; ורק אם אין לו לאיש חוק אישי משלו, כגון פרוטסטנט ארצישראלי או ישראלי, אז אם אין כחוק האישי שלו הוראות בנידון זה, ידון בית המיטפט האורחי על פי כללי המשפט המקובל, אלה הן שלש האפשרויות לדיון בבעיית ה"commorientes", והשאלה היא, איזו הדרך שיכור לו בית המיטפט האורחי שלנו?

הנה האלטרנטיבה הראשונה נטענה ונרונה והוכרעה לשלילה כבית המשפט העליון כפרשת בורשטיק—יודלביץ¹⁹³, אך היא נדחתה על ידי שלשה שופטים משני טעמים שונים, כך שעדיין לא נתברר סופית על פיה, מה היא ההלכה המחייבת בסוגיא הנידונה. נשוא הדיון היה שם עזובנו של בעל, שהתדיינו עליו יורשי הבעל מחד ויורשי האשה מאידך, וההכרעה תלויה היתה בסדר הפטירות: אם הבעל מת ראשון — עבר חלק מעזובנו דרך האשה ליורשיה, ואם היא מתה ראשונה — נשאר כל עזובנו של הבעל בחיק המטפחה שלו, הראיות שהובאו לא היה בהן כדי להכריע לכאן או לכאן, ויורשי האשה, שטענו לגירסא הראשונה, הסתמכו בעיקר על החוקה של סעיף 184, המחייבת להניח כי הקשיש מת ראשון; והוא היה הבעל. טענתם היתה מורכבת משתי הנהות משפטיות: (א) כי הוראת סעיף 184 אינה נורמה סובסטנטיבית, אלא פרוציסואלית, דיונית; (ב) כי בענינים פרוציסואליים, מחייב סימן 46 של דבר המלך את בתי המשפט שלנו לנהוג — במקרה של לאקונה בחוק המקומי — לפי סדרי וכללי הדיון הנהוגים כבתי המשפט של אנגליה, ואפילו אם מקורם הוא בחוק האנגלי הזרות, דק שתי הנחות אלה יחד, עשויות היו שם להכריע את הכף לטובת החלת החוקה הנ"ל, ולגרום להעברת חלק העזובן לידי יורשי האשה.

הטענה נדחתה כשני פסקי דין נפרדים, — של השופט דונקלבלום ושל השופט בקר. שניהם הגיעו לידי מסקנה, כי אין להחיל כאן בארץ את חוקת סדר הפטירות האנגלית הזאת, — אך לא מאותו טעם גופו. השופט דונקלבלום דחה את ההנחה השניה, ומתוך כך לא ראה צורך לבדוק את ההנחה הראשונה. השופט בקר, לעומת זה, קיבל את ההנחה השניה, אך דחה את ההנחה הראשונה, ואילו השופט אגדנט, בפסק דין קצר, הצטרף לדעתו של השופט בקר בנוגע לדחית ההנחה הראשונה, ולא היווה כל דעה על ההנחה השניה. וכה אמר השופט דונקלבלום:

„ההלכה שבא כוח המערערים מציע לנו לקבלה היא מרחיקת לכת, ולפיה יחולו כל החוקים האנגליים השונים כעלי אופי פרוצדורלי, בין אם מקורם בחוק המקובל או בחוק החוק, במידה שהחוק העותומני או החוקים המקומיים האחרים אינם דנים בנושא אותם החוקים, ולבית המשפט לא תהיה הברירה

193 בורשטיין נגד יודלביץ, ע"א 70/49, ה' ססקי דין 858.

להמנע מלנהוג לפיהם גם אם אינם מתאימים לתנאי הארץ, דבר שהם רשאים לעשותו לגבי קבלת חוקים מטריאליים. תוצאה זו היא תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת... סבורני, איפוא, כי הפירוש שניתן עד כה לסעיף 46 מדבר המלך במועצה על ידי בתי המשפט, כנזכר לעיל, הוא הפירוש הנכון ובי עד כמה שיש לנהוג ביחס לסדדי דיון ונהוג בהתאם לחוק האנגלי, הרי, אפשר לעשות זאת אך ורק לפי היסודות והעקרונות של החוק המקובל ותורת היושר ולא לפי הלכות שמקורן היחידי הוא בחוק החקוק...¹⁹⁴

וכיצד, איפוא, יחולק העזבון במקרה הספק הנידון: בין יורשי הבעל בלבד, או בין יורשי הבעל ויורשי האשה גם יחד? על כך עונה שם השופט דונקלבלום:

„השופט ד"ר זילברג, בשבתו כשופט בית המשפט המחוזי בתל אביב במשפט של קריסטאל נגד ליבוביץ, (תיק ירושה 147/48, פסקים מחוזיים כרך ב', עמוד 14), אומר בפסקא 9 של פסק דינו:

„ועוד יסוד אחד, אלטרנטיבי, לצדקת המסקנה הנ"ל. לפנינו שני סוגי טוענים לעזבון: מחד גיסא — אח ואחות, אשר להם ודאי יש קשר לעזבון אחיהם, ואין כל ספק בדבר שהם בגדר יורשים; מאידך גיסא — קרובי אלמנתו של אחד מאחיו של המנוח, אשר ספק גדול הוא אם יש להם בכלל „מקום עמידה“ לגבי עזבון זה. האחד — ודאי יורש, השני — ספק, וכלום יש למוד את שניהם במידה אחת? נראה לי שלא! נראה לי, כי שורת ההגיון מחייבת, כי במקרה כגון זה — ואם אין אפשרות ודרך לפשוט את הבעיה ולפתור את החידה — על בית המשפט להעדיף ולבכר אותו יורש אשר לו יש על כל פנים זיקה

לעזבונו. אותו רעיון ממש אני מוצאים בתלמוד (יבמות דף ל"ח ע"א), והוא: „אין ספק מוציא מידי ודאי“ (ע"ש ברש"י ותוס' ודר"ק: השווה גם תוס' בבא בתרא, דף קנ"ה ע"א, ר"ה נפל). „ספק“ פירושו: אדם אשר אין אפשרות מעשית להוכיח או לסתור את מעמדו כיוורש לגבי הנכסים הנדונים (ספק בן תשעה לראשון, ספק בן שבעה לאחרון); „ודאי“ הוא: אדם אשר עצם זכות הירושה שלו — אם כי לא היקפה של הזכות — הוכחה ואינה מוטלת בספק כלל ועיקר; והדיון הוא כאמור שם, אין ספק מוציא מידי ודאי. כלומר: מכריעים את הכף לטובת ה„ודאי“, ומניחים בי ל„ספק“ לא היה מעמד יורש מעולם, וכתוצאה מזה מקבל ה„ודאי“ את הכל, אף על פי שלא הוכיח — ולמעשה גם לא היה יכול להוכיח — כי הוא היורש היחידי. סבור אני, כי אין מניעה לכך, כי גם בית משפט זה ישתמש בכלל ההוא לגבי חלוקת העזבון העומד לדיון במקרה שלפנינו.

הנני מסכים לרברים הנ"ל. זכותם של המשיבים ושל אחותו של המוריש... אינה מוטלת בספק, ואין חולקים על זכות זו. בהעדר יורשים אחרים זכאים הם לרשת את כל עזבונו של המוריש. זכות זו תוגבל אך ורק אם ימצא אדם שיוכיח כי גם הוא זכאי לחלק מהעזבון ובהעדר הוכחה כזאת, נשאת בעינה זכותם של המשיבים (ואחותם). פתרון זה של הבעיה נראה לי גם לצורך, מכיוון שהתוצאה תהיה שהעזבון יחלק אך ורק בין בני משפחתו של המוריש¹⁹⁵.

המלים האחרונות הן בעלות משמעות מיוחדת. הן באות — כך נראה לי — לצמצם את תחולת הכלל ההוא ולהגבילו רק למקרים, בהם הוא גורר אחריו את השארות הנחלת בחיק המשפחה. לא היה זה מוכח מתוכו ומובן מאליו, כי במקום ברייתו, בסוגית התלמוד שם, דן הכלל ההוא

195 שם, בעמודים 868—869.

194 שם, בעמודים 865, 867.

במקרה, בו גם ה"ודאי" וגם ה"ספק" הם יוצאי חלציו של המודיש, והספק הוא רק: אם ה"ספק" איננו בנו של ה"ודאי" גופו.

שוה עמו לדין אך שונה לטעם, היה השופט בקר. את ההנחה השניה — הוא קיבל, באמרו:

„שהסמכויות והפרוצדורה והמנהגים, שדובר עליהם בסעיף 46 הנ"ל, כוללים לא רק את אלה שמקורם בחוק המקובל, אלא גם את אלה שמקורם בחוק שחוקק על ידי המחוקק האנגלי”¹⁹⁸.

את ההנחה הראשונה — לא קיבל. הוראת הסעיף 184 — אמר השופט בקר, בהסתמכו על פסק הדין האנגלי הידוע בענין כהן¹⁹⁹ — היא הוראה סובסטנטיבית, מהותית, ולכן אין לה מקום תפיסה כאן בארץ, הואיל ומקורה הוא בחוק האנגלי החרות.

וכיצד, איפוא, יחולק העזבון דנן? תשובתו של השופט בקר: על פי כללי המשפט המקובל שהיו נוהגים באנגליה לפני חקיקת סעיף 184 הנ"ל, ומה הפתרון שיימצא, — הן במקרה דנן לא יכלו להוכיח, לא יורשי הבעל ולא יורשי האשה, מה היה למעשה סדר הפטירות? לשם כך מביא השופט בקר את הדברים שנאמרו על ידי הלורד פורטר במשפט היקמן נגד פיסי הנ"ל, היינו: כי לפני חקיקת סעיף 184, אם היו תביעות נוגדות, וספק שלא הוכרע, אם א' מת אחרון וירש את ב', או ב' מת אחרון וירש את א' — אזי לא היה צורך בקביעת כל ממצא, פרט לזה: שלא הוכח, כי אחד מהם מת אזורי השני, וההוראה הניתנת על ידי בית המשפט היתה, לא שהם מתו בעת ובעונה אחת, אלא: שיש לחלק את העזבון כאילו מתו כך. ובהסתמכו על דברים אלה החליט השופט בקר:

„שיש לקבוע מי הם היורשים של המנוח... עד כמה שיש לקבוע זאת לפי החוק הישראלי, על הבסיס שאשתו המנוחה ובנו... המנוח לא היו בודים בעת שהוא נפטר”¹⁹⁸.

196 ש"ב, בעמוד 871.
In re Cohn (1945), 1 Ch. 5. 197
198 ש"ב, בעמוד 877.

זאת אומרת: העזבון יחולק בין יורשי הבעל בלבד. אותה מסקנה גופה שהגיע אליה השופט דונקבלום על דרך השימוש בכלל התלמודי של „אין ספק מוציא מידי ודאי” כנ"ל.

„עד כמה שיש לקבוע זאת לפי החוק הישראלי” — כי המנוח, כפי שנאמר שם למטה מן הענין, היה בשעת מותו נחין ליטאי, ולכן חייבים היו לחלק את נכסי המולק והמטלטלין שלו על פי החוק הליטאי, כתוצאה מהוראת סעיף 4 (iii) (א) של פקודת הירושה. אך על אף עובדה זו, ואם כי נראה הדבר, כי לפי החוק הליטאי החזקה לגבי ה" conimorientes היא, כי הקטיש מת ראשון,¹⁹⁹ לא טענו יורשי האשה, כי יש להחיל על שאלת סדר הפטירות את חוקו הלאומי, הליטאי, של המודיש. אילו נטענה הטענה, יתכן שהיתה מתקבלת על דעת השופטים, ויתכן — שלא. כי תנאי קודם לקבלת הטענה היה, כי שאלת סדר הפטירות היא שאלה סוכסטנטיבית של דיני הירושה, ובמשפט בודשטיין נקבעה קביעה משפטית זו רק לגבי אופיה של החזקה הסטאטוטורית האמורה בסעיף 184, ולא לגבי ההסדר. השונה כהרבה, של שאלה זו על פי כללי המשפט המקובל, שהם עדיין כעלי תוקף אצלנו מכוח סימן 46 של דבר המלך כמועצה. יתכן — ויש רגלים לדבר, כפי שנראה להלן — כי דעתו של השופט בקר היתה, כי עם דחית השימוש בחוקה הסטאטוטורית של סעיף 184, והחזרה אל כללי המשפט המקובל שהיו נוהגים באנגליה לפני 1925, נפל ובטל גם אופיו הסובסטנטיבי של הסדר השאלה, ושוב אין מקום להזקק לחוקו האישי של המודיש כפי שנהג בית המשפט האנגלי בענין כהן הנ"ל.

ברם מה שלא נעשה על ידי בית המשפט העליון במשפט בודשטיין. נעשה לא מכבר על ידו במשפט אחר, — ערצור פרובלבסקי נגד זילבר²⁰⁰. עמדה שם לדין שאלת סדר פטירתם של מודישים, נתינים פולנים, ונשיאו התורן של בית המשפט המחוזי, השופט בקר, פסק — לאחר קביעת עובדות מסוייכות — כי מכיוון שבני הזוג וכתם לא מתו במעמד אחד:

„אינו חל הכלל של המשפט המקובל האנגלי האומר, שכאשר לא הוכח סדר הפטירות של שני אנשים (או יותר משנים), שבזכות כל אחד מהם טוענים כעלי הדין לעזבון או לחלק בו,

199 ראה פסק דין קריסטאל נגד ליכוביץ, כי פסקים מחוייבים, בעמוד 18 למטה.
200 ע"א 179/54, י"א פסקי דין 626.

יש לחלק את העזבון כאילו נפטרד השנים בעת ובעונה אחת"²⁰¹.

פירושו של דבר: אילו מתו "במעמד אחד" — כלומר: שהגורם למותם היה "סכנה משותפת", "מאורע אחד", "תאונה אחת", "אסון אחד", ועוד ביטויים אחרים כיוצא בהם שכולם לדבר אחד מתכוונים²⁰² — היה השופט מחיל על הענין את הכלל ההוא, והיה מחלק את העזבון כאילו מתו בעת ובעונה אחת, אך מכיוון שלפי הראיות שהובאו לא היה הדבר כן, הם מתו "שלא במעמד אחד", לא היה מקום להחלת הכלל הנ"ל.

בית המשפט העליון לא כפל את התשקפה הזאת, ודחה אותה על שני הפנים שבה גם יחד. ראשית, אין הוא גורס את האבחנה היא בין מתו "במעמד אחד" ומתו "שלא במעמד אחד":

"אמנם הדוגמא הקלסית לבעיה של ה-*commorientes* היא של שנים שנספו בתאונה אחת אבל אין לגלות שום טעם להבדיל, לגבי תזולתה של אותה הלכה אנגלית, בין שני המצבים הללו: הראשון כאשר הוכח אמנם שהשנים נפטרו בעקבות גורם אחד, והספק הוא רק ביחס לאורך הזמן שעבר מפעולת אותו גורם ועד לצאת נשמתו של כל אחד מן השנים שנפגעו; והשני כאשר הספק מתפשט גם על גורמי מותו של כל אחד מן השנים, מבלי שאפשר לקבוע את סדר קרות הגורמים לגבי כל אחד מהם. בשני המקרים נעוץ הקושי בחוסר האפשרות להוכיח את סדר הפטירות הנכוף"²⁰³.

שנית — וזו היא ההלכה העיקרית המעניינת אותנו בהקשר זה — בית המשפט קבע:

"שעל השאלה, איזו מסקנה משפטית נובעת מן הספק בדבר סדר הפטירות, הנשאר בלב השופט אחרי שמיעת ההוכחות

על כך — על שאלה זו תיב בית משפט ישראלי להשיב בהתאם לחוק המהותי החל על אותו עובד. הרי השאלה היא אם התקיים תנאי הכרחי, שבלעדיו אין אדם נחשב ליורש כלל ועיקר, כלומר אם קרובו שמכוחו הוא תובע את העזבון או חלק בו, מת אחרי המוריש שנכסיו עומדים לחלוקה. ענין זה יכול להיחתך על פי הכלל הרגיל שחובת ההוכחה על מי שתובע את העזבון או חלק בו (כמו במשפט המקובל שלפני 1925), או על ידי הפעלת פרומציה משפטית (כמו בסעיף 164 של החוק האנגלי משנת 1925) או בדרכים אחרות. בחירת הדרך היא ענין לחוק המהותי. לפי הוראות סימן 64 (2) לדבר המלך כמוצעה זהו החוק הלאומי של המוריש המנוח"²⁰⁴.

ולמעלה מן הענין שם מסתמך בית המשפט על הדברים שנאמרו בקשר לאופיה, המהותי או הפרוציסואלי, של השאלה הנידונה, על ידי השופט אתרוט בענין כהן, והדברים שנאמרו על ידי מדטין וולף בספרו על המשפט הבין לאומי הפרטי. ביחס לאסמכתא אחרונה זו אומר בית המשפט:

"בספרו של וולף על המשפט הבינלאומי הפרטי (מהדורה שניה, בעמוד 234) מציע המחבר את המבחן שכללים של חובת ההוכחה, הקשורים קשר הדוק עם קיום זכויות או אי קיומן, ייקבעו בהתאם לחוק המהותי (*lex causae*), ועל כן הוא גורס (בעמוד 235) שענין ה-*commorientes*, בהיותו קשור בעיקרו עם עניני ירושה, צריך להיחתך על פי חוק הדומיסילי, שהוא החוק המהותי לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי"²⁰⁵.

הבה נבדוק יפה יפה את מה שאמרו השופט והסופר הנ"ל. כי נראה לי, שיש צורך בהסבר קצת, כדי לעמוד על בוריים.

203 שם, בעמוד 629.

204 שם, בעמוד 631.

205 שם, בעמוד 630.

201 שם, בעמוד 628.

202 בסעיף 20 של ה.כ.ג.ב. נאמר: *gemeinsame Gefahr*, בסעיף 720 של הקורס האורחי הצרפתי נאמר: '*même événement*'.

בענין כהן, המדובר היה באשה ובתה שנהרגו יחד באחת מהפצצות לונדון. האשה (גב' כהן) ובעלה המנוח עשו, בשנת 1918 בגרמניה, צוואות זה לטובת זה, וקבעו כי לאחר מות האחרון שבהם, יעבור כל הרכוש לשלשת ילדיהם בחלקים שווים. השאלה היתה — ולא היו כל ראיות להכריע על פיהן — מותו של מי קדם, של האם או של הבת? אם האם מתה ראשונה — ירשה אותה בתה לפי הצוואה ההיא בחלק של שלישי, והורישה את החלק ליורשיה; אם הבת מתה ראשונה — היא לא ירשה ולא הורישה, וכל רכושה של האם נפל לשאר שני ילדיה, הבן והבת החיים. יורשי הבת טענו, כי יש להחיל כאן, כמו בכל ענין של ראיות, את חוק מקום השיפוט. הוא סעיף 184 המניח, כי הקשיש מת ראשון, נמצא שהאם מתה ראשונה, והבת ירשה והורישה את חלקה כנ"ל. השופט אתורט דחה את הטענה באמרו, כי הוראת סעיף 184, להיותה הוראה סובסטנטיבית הקובעת זכות לנכסים, אין לה מקום אחיזה אלא כאשר אותה זכות גופה נידונה על פי חוקי אנגליה; ומכיוון שבמקרה כהן, הזכות הנידונה היתה ירושת מטלטלין מכוח צוואה, הנידונה על פי חוק הדומיסיל של המצוה, הוא החוק הגרמני, לכן יש לדון גם שאלה זו — היינו: את שאלת סדר הפטירות המשמשת נושא לסעיף 184 — לא על פי החוק האנגלי, אלא על פי החוק הגרמני, שהנחתו היא כי האם והבת מתו בעת ובעונה אחת, ואף אחת מהן לא ירשה את השנייה.²⁰⁶ וכה אמר השופט אתורט:

„סעיף 184 של אקט הקנינים 1925 אינו מופיע בתמונה כלל. אין הוא חלק מדיני הראיות של חוק מקום השיפוט (אנגליה), היות והסעיף אין מטרתו להקל על הבירור של איזו עובדה, אלא מכיל כלל של החוק הסובסטנטיבי, המצוה להניח הנחה מסוימת ככל מקרה הנוגע לבעלות ברכוש. בתוך כלל של החוק הסובסטנטיבי, רלבנטי הוא, הסעיף, כאשר הכעלות נידונה על פי חוקי אנגליה. אין לו חלות כלל, כאשר הבעלות נידונה על פי חוקי מדינה אחרת.

206 החוק הגרמני מימם ה'4 ביולי 1939; במקרה זה היו מגיעים לאימה מסקנה גופה גם על פי החוק הקודם, היינו: סעיף 20 של ה.כ.ג.ב., היית והם מתו תוך „סכנה משותפת“.

אני פונה עתה לבדיקת החוק הגרמני ביחס לעובדות שהזכרתי, ללא עכבה (unhampered) מצד סעיף 184 של אקט הקנינים 1925, דעתי היא כי ההודאה האמורה בסעיף (החוק) של הארבעה ביולי 1939, היא חלק של החוק הסובסטנטיבי הכללי של גרמניה, ולא חלק של דיני הראיות שלה. תבאיה (של הוראת הסעיף ההוא) והמקום בו נמצא הסעיף שבוטל ואשר דן באותו נושא כללי גופו (הכוונה לסעיף 20 של ה.כ.ג.ב.), מראים זאת בעליל.²⁰⁷

רעל יסוד זה פסק השופט אתורט, כי יש להחיל על המקרה הנידון את חוקת חד ומניות הפטירות שנקבעה בחוק הגרמני.

בענין כהן, כפי שראינו זה עתה, היתה חוקת סדר הפטירות, לפי טיבה, נורמה סובסטנטיבית, הן לפי החוק האנגלי (lex fori), והן לפי החוק הגרמני (lex causae), וממילא לא נתעוררה שם שאלת המיון (הקלסיפי-קציה) כלל. כיצד היה השופט אתורט פוסק, אילו לפי החוק הגרמני היתה החוקה ההיא „ענין של ראיות“ — איני יודע. אך נראה לי, כי חייב היה להגיע לאותה מסקנה ממש, הואיל ולפי הרעה הרווחת, כנראה, במשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי, נעשה המיון — לפחות המיון ה„ראשוני“ — על פי חוק מקום השיפוט (lex fori).²⁰⁸ אותו רעיון גופו עולה, לכשנדייק היטב, גם מתוך עצם ההחלטה שניתנה על ידי בית המשפט העליון בערעור פרובלכסקי הנ"ל, שאם לא כן — היינו: אילו סבורים היו השופטים, כי את המיון יש לעשות על פי „חוק הענין“ (lex causae).²⁰⁹ — כיצד יכולים היו להחליט, כי שאלת סדר הפטירות תוכרע על פי הודאות החוק הפולני, בלי לברר תחילה, אם אמנם החוק הפולני רואה את השאלה ההיא כחלק מן החוק הסובסטנטיבי?²¹⁰ של דיני הירושה שלו. אמור מעתה: המיון

Re Cohn, ibid. pp. 7-8. 207

208 ראה צ'שיר, משפט בין לאומי פרטי, מהדורא שלישית, עמודים 63—70, עיי' שם דיוק היטב.

209 אני מציע לחדש את המונח lex causae במלים „חוק הענין“, ולא „החוק המהותי“, הביטוי „חוק מהותי“ יש לו משמעות משלו, גם כשאין דנים כלל בהתנגשות של חוקים.

210 אמנם נראה הדבר, כי שאלת סדר הפטירות היא באמת שאלה טיכסטנטיבית בחוק הפולני — כפי שהעידו על כך כמשפט אחד (ראה הערה 214 להלן), אבל בכשפט

והסיווג נעשו כאן על ידי בית המשפט העליון על פי חוק מקום השיפוט. הוא החוק הישראלי, ההולך בנידון זה על פי המיון הקיים במשפט המקובל האנגלי.

ומכאן לדברי הסופר וולף, עליהם הסתמך בית המשפט בפסק הדין הנ"ל, הוא דן שם בשאלת טיבה, הסובסטנטיבי או הפרוציסואלי, של חובת ההוכחה, ומסיים בהבאת כמה דוגמאות, וזו אחת מהן:

„הרבה שיטות משפט קבעו חזקות (פרוזמציות) לאותם מקרים, בהם קיים ספק, אם אדם אחד תאריך ימים יותר מחברו — מצב שנוצר לעתים קרובות בעת הפצצות מן האויר. הנה באנגליה קיימת חזקה האומרת, כי הקשיש שבין ה־ commorientes מת לפני הצעיר, בעוד אשר בגרמניה ההנחה היא כי הם מתו בעת ובעונה אחת. חזקות אלה קשורות בעיקר בעניני ירושת המת; לכן „חוק הענין“ (חוק הדומיסיל של המנוח) הוא החל, ולא חוק מקום השיפוט“²¹¹.

וכאן מבקש אני לדייק היטב, ושלא לשגות בעירובי תחומין ובלבולי מושגים. הדברים שנאמרו בפסוק האחרון, אינם סותרים את הדעיון שהובע על ידי לעיל, כאן אין המחבר דן בשאלת הקלסיפיקציה,²¹⁰ אלא בשאלה, איזהו החוק אשר את החזקה שלו מחילים על שאלת סדר הפטירות, ומכיוון שהשאלה קשורה בעניני ירושה, לכן נידונה היא על פי „חוק הענין“ — זאת אומרת: החוק השורר על זכות הירושה גופה — הוא חוק הדומיסיל, ולא על פי החוק הפנימי של מקום השיפוט.

פרובלבסקי לא הסתמך כית המשפט על העדות ההיא, כי חכנו של חוק זה היא שאנה של עובדה, שחייבים להוכיח אותה בכל מקרה ומקרה, והחלטתו היתה להתויר את הדין לבית המשפט המתחזק, כדי לקבוע, בן השאר, מה הן הוראותיו של החוק הפולני בנוגע לסדר הפטירות (עין שם, בעמוד 631, קטע שלישי, ובעמוד 633, מול אותיות השולים א—ב).

²¹¹ חלף שם, בעמוד 236.

²¹² בשאלת הקלסיפיקציה דן חלף במקום אחר (עמודים 146 ואילך) ויש לו בנידון זה דעה משלו, שאינה משכנעת ביותר, עם כל החריפות והמקוריות שבה.

לשם בירור מלא של הענין, כראי להביא כאן את הדברים שנאמרו על ידי וולף, במקום אחר של ספרו, בנוגע לשאלה זו, כי בהם הוא מדגיש ביתר שאת את טיבן המהותי, הסובסטנטיבי, של הפרוזמציות השונות בסוגית סדר הפטירות, וכך הוא אומר שם:

„אישיותו של אדם בבה ונמחית עם מותו. המחוקקים השונים קבעו חזקות שונות, ביחוד לגבי ה־ commorientes, באי אילו שיטות משפט, הרי אם נהרגו אנשים באסון אחד (הפצצת אויר, אגיה שנטרפה), מניחים כי הם מתו בעת ובעונה אחת, והתוצאה היא, כי אף אחד מהם אינו יורש את נכסי השני (השיטה הגרמנית). בשיטות משפט אחרות, נקבע סדר מסובך שעל פיו — כך מניחים — מתו האנשים; כך במשפט הרומאי והצרפתי. לאנגליה יש כלל פשוט מאד, אם כי לא משיביע דצון ביותר: מכריע „סדר הוקנה“. איזו היא החזקה שיש ללכת על פיה, אם האסון קרה במדינה שאיננה מדינת הדומיסיל של האנשים שמתו? לפי כל כללי ההתנגשות הקונטיננטליים, נחשבות החזקות הללו כחלק מן החוק הסוב־סטנטיבי (חוק הירושה). עמדתו של החוק האנגלי היתה פחות ברורה, הודות למגמה של הארץ הזאת להרחיב את תחומי שלטונה של „פרוצדורה“, ההחלטה בענין כהן קבלה, בכל זאת, את ההשקפה הבריאה (אופין הסובסטנטיבי של החזקות)“²¹³.

בענין כהן נדונה השאלה, מה אופי — סובסטנטיבי או פרוציסואלי — יש לשוות לחזקה האמורה בסעיף 184; בדברי הסופר וולף שם, מדובר על אופין הסובסטנטיבי של החזקות השונות. לכאורה, איפוא, יש מקום להכחין — לגבי קביעת האופי הנידון — בין הסדרי החזקות הללו לבין ההסדר הנוהג על פי כללי המשפט המקובל. זה היה, כנראה, הטעם אשר בגללו לא הודל השופט בקר בענין פרובלבסקי את חוקו הלאומי של המודיש. ברם, לכשנדייק היטב, נראה, כי למעשה אין הבדל מהותי בין ההסדרים הללו לגבי השאלה הנידונה. גם במשפט המקובל, הנורמה היא כסופו של

²¹³ חלף שם, עמודים 276—277.

דבר, סובסטנטיבית ולא הזכחתית²¹⁴. שאם לא כן — היה המשפט המקובל מגיע בהכרח אל המסקנה, כי כאשר ישנן תביעות נוגדות, ואין כל אפשרות לברר, אם א' מת אחרי ב' וירש אותו, או ב' מת אחרי א' וירש את א', לא ינתנו הנכסים לא ליורשי א' ולא ליורשי ב', אלא — יהיו *bcna vacantia*, ויפלו לאוצר המדינה; ואנו יודעים, שאין הרבר כן, אלא כי במקרה כזה מתחלק העובון כאילו מתו השנים בעת ובעונה אחת. ה"כאילו" הזה עושה גם את כללי המשפט המקובל בענין דנן לכללים סובסטנטיביים של דיני הירושה, ומטעם זה — כך מבין אני את הפסק — החליט בית המשפט העליון הישראלי בערעור פרובלבסקי כפי שהחליט בית המשפט האנגלי בענין כהן, וציווה להחיל על סדר הפטירות את חוקו האישי של המוריש.

שואב אני את הרעיון הזה מן הדברים שנאמרו על ידי הלורד מקמילאן במשפט היקמן נגד פסי הנ"ל, בהם הוא מתאר את המצב שהיה קיים באנגליה לפני חקיקת סעיף 184 הנ"ל. התמונה, אמנם, אינה מרהיבה ביותר, אך היא מבליטה, מדעת או שלא מדעת, את סימני ההיכר הסובסטנטיביים של כללי המשפט המקובל, אשר הסדירו — "הסדירו" במדכאות — את בעית סדר הפטירות עד סוף שנת 1925. וכך הוא אומר:

"בהעדר חזקות כל שהן, נאלצו בתי המשפט למצוא דרך כיצד להחליק מן המיצד, ומה שעשו היה — חזרה אל העקרון, כי התובע חייב להוכיח את תביעתו... אם תביעתו של התובע תלויה היתה בכך, שיראה כי א' תאריך ימים יותר מב', אזי חייב היה התובע להוכיח את מציאות העובדה על ידי הבאת ראיות לכך; לא היתה עדות מספקת — נכשלה

²¹⁴ לא כן היתה דעתו של השופט וינגהאם במשפט פראבדה (תיק ירושה 179/46, 45 פמ"ן 643), ואף על פי כן הוא הגיע שם לאותה מסקנה ממש, היינו החלטת החוק הפלני, מפני שבאותו משפט נתברר מה הוא תבנו של החוק הפלני על ידי עדות מומחים, נמצא, כי החוק הפלני רואה את השאלה כשאלה סובסטנטיבית (כי הוא מכיל ומחיל חוקה על סדר הפטירות; מניח, כי האנשים מתו בעת ובעונה אחת), והוא — השופט וינגהאם — החיל על ענין הקלסיפיקציה לא את חוק מקום השיפוט, אלא את "חוק הענין". אילו מיך אף הוא את השאלה לפי חוק המקום, היה מוכרח להגיע שם למסקנה אחרת, מפני שלרעתו, כללי המשפט המקובל הם לא סובסטנטיביים אלא דיני ראיות. עיי' דווק בדבריו שם בשתי הסדרות האחרונות של עמוד 644, המשך הדברים בעמוד 645.

תביעתו... מסקנה חסרת-אונים זו, לא היתה פתרון הבעיה, אלא דוקא הודאה כאי-היכולת לפתרה. כאשר לאנשים שמתו היו תביעות הרדיות לרשת זה את זה, ולא היתה הוכחה כי האחד תאריך ימים יותר מן השני — נזקקו לפיקציה האומרת, כי הם מתו יחד בעת ובעונה אחת... תרופה זו, המניחה כי המיתות התרחשו בבת אחת, לא הסתמכה על הוכחת עובדה כל שהיא, או על איזו שהיא חזקה, אלא היתה רק צורת פתרון לבעיה בלתי-פתירה שהיו מוכרחים איך שהוא לפתרה. מצב דברים זה, דחוק היה מלהיות משביע רצון. התוצאות העלולות לצמוח מהעדר אפשרות להסתייע בחזקות, מדגמות יפה יפה במשפט שהתקיים לא מכבר בסקוטלנד, מקום בו המשפט המקובל עומד בעינו כפי שהיה באנגליה... באותו משפט — כל הסכונותיו של אחד האנשים שהיה קרבן תאונה כמעט אידנטית עם זו שנידונה עכשו בפני הבית הזה, נלקחו על ידי הכתר.

היה זה לשם המצאת תרופה למגרעות החוק, שהחוקק בא לעזרת בתי המשפט, וחקק את החוקה הסטאטוטורית בנוסח שצוטט על ידי...²¹⁵

עינינו הדואות, כי למרות מה ש"הנוסחה הרשמית" עדיין מכדיזה, כי המשפט המקובל דודש מתובע זכות הירושה להוכיח את סדר הפטירות שהוא מסתמך עליו, הרי עקב "הפיקציה לשעת חידום" שבתי המשפט היו נזקקים לה כנ"ל, יש לראות גם את כללי המשפט המקובל החלים על סוגיא משפטית זו ככללים סובסטנטיביים של דיני הירושה.

משמעותה של ההלכה שנפסקה בענין פרובלבסקי היא, כי יש להחיל על שאלת סדר הפטירות את חוקו האישי של המנוח. באותו מקרה היה המנוח נתין זר, ולכן נזקקו, מכוח הוראת סימן 64 (2), לחוק הלאומי שלו; אילו היה אזרח ישראלי, בן עדה מוכרת, היו מחילים על אותה שאלה את החוק הדתי שלו.

החוק שמחילים אותו על שאלת סדר הפטירות כנ"ל, הוא: חוקו האישי של הכנוח המוריש — זאת אמרת: חוקו של המנוח אשר בהלוקת עזבונו

Hickman v. Peacey, *ibid.* pp. 221-222. 215

מטפל איתה שעה בית המשפט — ולא חוקו של המנוח האחר, אשר מכוחו ובאמצעותו מבקש אחד מבעלי הדין לרשת את העזבון ההוא יורשי האשה הטוענים, כי היא מתה אחרי בעלה, ומבקשים על סמך זה לקבל חלק בעזבון בעלה, יצטרכו, איפוא, להוכיח, כי דיני סדר הפטירות הקיימים בחוקו האישי של הבעל, מחייבים את המסקנה כי היא מתה אזרחי. זו היא כוונת הדברים המצויים בפסק הדין הנ"ל: "החוק הלאומי של המוריש המנוח"²¹⁶. וכלל זה פועל, כמובן, הן לחיוב והן לשלילה, ואפילו אם הוא מוציא מכלל ירושה, או מצמצם את חלקם של יורשיו הבלתי אמצעיים של המנוח המוריש.

למשל: בעל ואשתו, הוא — גרמני, היא — אנגליה, הוא — בן ששים, היא — בת חמשים, הם נסעו באניה אחת לחץ לארץ, האניה נטרפה ושניהם נספו. הדיון הוא בעזבונו של הבעל, המתחלק כאן בארץ על פי החוק העותומני. יורשי הבעל — דודים ודודות, יורשי האשה — אחים ואחיות. יורשי הבעל מסתמכים על חוקו האישי של הבעל, הוא החוק הגרמני, שהנחתו היא כי השנים מתו בעת ובעונה אחת, וממילא לא ירשה האשה את בעלה כלל, וכל העזבון נפל להם. יורשי האשה, לעומתם, מסתמכים על חוקה האישי של האשה, הוא החוק האנגלי, שהנחתו היא כי הבעל (הקשיש) מת ראשון, ולכן היא ירשה והודישה להם את כל העזבון (כי מקום שיש רק דודים ודודות למנוח, אשתו נוטלת את הכל, לפי סעיף 6 של החוק העותומני). יזכו בדין יורשי הבעל, מפני שהם מסתמכים על חוקו האישי של המנוח המוריש, והוא הדין — אך היפוכו של דבר מבחינת התוצאה — אם הכעל היה נתין אנגלי והאשה גרמניה, כאן יקבלו יורשי האשה את כל העזבון, מפני שבמקרה זה יוכלו הם, יורשי האשה הגרמניה, להסתמך על חוקו האישי, האנגלי, של הבעל, כללו של דבר: הכל הולך אחר חוקו האישי של המנוח המוריש, בין אם הדבר גורד אחריו את נפילת העזבון לבני המשפחה של המנוח הזה בלבד, בין אם הוא גורם להסבת הנחלה, כולה או מקצתה, לבני משפחה אחרת.

וגם שורת ההגיון מחייבת את הדבר, והדוגמא השניה דלעיל — של הבעל האנגלי והאשה הגרמניה — תוכיח! אילו זכותם של יורשי האשה תלויה היתה בחוקה האישי של האשה, זכותם של יורשי הבעל — בחוקו

האישי של הבעל, אזי לא אלה ולא אלה היו מקבלים את העזבון: יורשי האשה — לא מפני שחוקה האישי, הגרמני, מניח כי הם מתו בעת ובעונה אחת, ויורשי הבעל — לא מפני שחוקו האישי, האנגלי, מניח כי הבעל מת ראשון. תוצאה משונה זו נמנעת, אם אנו מחילים על שאלת סדר הפטירות את חוקו האישי של המנוח המוריש, מפני שבדרך זו תהא השאלה היא — לגבי חלוקתו של אותו עזבון גופו — נידונה תמיד על פי חוק אחד.

שאלת סדר הפטירות נידונה על פי חוקו האישי של המנוח המוריש כנ"ל, בין אם הנכסים הם מולק או מטלטלין בין אם הם מירי, בין לפני בין אחרי קבלת תקפו של חוק שיווי זכויות האשה. למרות סעיף 21 של פקודת הירושה וסעיף 4 של חוק שיווי זכויות האשה — אין לנו חוק ירושה כללי בארצנו. קיימות רק נודמות אחידות, טריטוריאליות, בנוגע לחלוקת העזבון. אין הפקודה והחוק הנ"ל מלמדים אותנו כיצד לפסוק ולנהוג, כאשר השאלה איננה: מה חלקי הירושה של "בן", "אב", "בעל" וכדומה, אלא: אם אותו "בן", "אב", וכו' יש לו בכלל, כאותו מקרה קונקרטי, יחס כל שהוא לנכסים הנידונים, — בעטיו של הספק: שמא המנוח, אשר מכוחו ובאמצעותו הוא דורש חלק בהם, כבר לא היה בחיים כעת מות המוריש. שאלה זו הינה, היא גופה, "ענין של ירושה", הנידון מכוח עקרונות כלליים על פי חוקו האישי של המוריש²¹⁷.

וגם הוראת סעיף 23 של פקודת הירושה, אינה ענין לכאן, ולכן החליט בית המשפט העליון ללכת על פי חוקו האישי של המוריש. נקוד על "המוריש", ופירושו הוא: לא על פי חוקו האישי של התובע, כי השאלה המתעוררת בקשר עם סדר הפטירות, אינה לא שאלה של "סוג", ולא שאלה של "אופי" או "תכונה" במובן הסעיף הנ"ל. כזכות הבדל זה פטורים אנו, לפחות בשטח זה, מן הסיבוכים העולים, כידוע לנו, מהוראות הסעיף ההוא. הנקל לתאר את תוספת הסיבוכים שהיו צומחים מהחלת חוקו האישי של התובע. למשל: יעקב מת יחד עם שלשת בניו הנשואים, ושלוש בנותיו, התובעות חלק בעזבונו, מכוח בעליהן, הן: אחת — אנגליה, אחת — גרמניה, ואחת — צרפתיה. כנראה בעליל, אי אפשר היה בשום אופן לצאת ידי חובה כלפי כל שיטות המשפט הללו בלי ליצור את הגולם המונסטרוזי של: "סדר זקנה סימולטני המתחשב עם הגיל והמין". ברור, איפוא, כי

217 שם, בעמוד 631, קטע ראשון.

216 שם, בעמוד 631, מול אותיות השוליים א'-ב'.

הוראת סעיף 23 אינה חלה כאן, ודי לנו שנפקע עצמנו בסיבוכים העולים בלאו הכי מן ההוראה הנ"ל.

15. ההכרעה בשאלת סדר הפטירות על פי דיני ישראל. בעית ה־ commorientes העסיקה הרבה את חכמי התלמוד, הן בתקופת התנאים והן בתקופת האמוראים, ועדיין לא נתבררה כליל ולגמרי עד עצם היום הזה. עוד נטושה מהלוקת רבה בין הפוסקים והמפרשים בבמה נקודות חשובות, אך עיקר המחלוקת היא לא בנוגע לדינים הבודדים גופם, אלא לגבי הקונסטרוקציה המשפטית שלהם, ודבר זה מקשה בהרבה בבואנו להשוף ולגלות את העקרונות שהונחו ביסוד הדינים ההם. חוץ מזה: פועלים בהם גם רעיונות משפטיים, שמקורם הוא מחוץ לדיני הירושה, או בדיני ירושה שאין להם תחילה כאן בארץ, בשל ההוראות הנוגדות של החוק העותומני, אף על פי כן נסיתי, כמיטב יכולתי, לנפות את הפלוגתות ההן, ולבור מהן כמה כללי יסוד, הנראים לי כעולים בקנה אחד עם הדעה הרווחת בקרב רוב הפוסקים. השתדלתי לשוות להם צורה כללית, מופשטת, כדי שאפשר יהיה "להרביבם", הלכה למעשה, על סדרי חלוקת הירושה הנוהגים בארצנו. אצביע על האסמכתאות התומכות בהם במקורות המשפט העברי, אם אמנם צדקתי בניסוחם של כללים אלה, יהיה בהם כדי להעלות ארוכה לרוב הבעיות המתעוררות בקשר עם סדר הפטירות, או אז נוכח לדעת, כי הסדר בעית ה־ commorientes בניקורות המשפט העברי, הוא ההגיוני ביותר והגמיש ביותר מכל אלה המקובלים בשיטות המשפט האחרות, העתיקות והחדישות גם יחד, אין בו, לא מן הנוקשות הפורמלית של ההזקה האנגלית או הגרמנית, ולא מן הפיצול והתסבוכת של השיטה הרומית־צרפתית, וכל הנוהים אחיהם.

ובכן: אם הוגשו תביעות נוגדות זו את זו לעזבונו של המנוח המוריש, וכל אחד התובעים תומך יתדותיו בסדר פטירות מסויים, יתולו ארבעה כללי יסוד, שאפשר לנסחם כך:

(א) היה אחד התובעים "ודאי", והשני "ספק" — אין ספק מוציא מידי ודאי, והכל ינתן למי שתוא ודאי יורש;

(ב) היו שניהם "ספיקות" — יחלוקו!

(ג) היה אחד התובעים קרוב למנוח המוריש גופו, והשני קרוב לבן וזוג המנוח של המנוח המוריש, ינתנו הנכסים לקרוב הראשון;

(ד) היה אחד התובעים קרוב למנוח המוריש גופו, והשני קרוב לקרובו המנוח של המנוח המוריש, ינתנו הנכסים לקרוב הראשון.

הטעם לשני הכללים הדומים האחרונים הוא — כפי שנראה להלן — "נכסים בחזקתך", או "החזקה נחלה באותו שבט", והרעיון המשותף לשניהם הוא, שלא תסוב נחלה משבט לשבט או ממשפחה למשפחה, בלתי אם הוכח אותו סדר פטירות הגורר אחריו את הסבת הנחלה.²¹⁸

זהרי לפנינו ארבע דוגמאות, כסדרן, לארבעת הכללים הנ"ל. יצויין כאן וידגש, כי דוגמאות אלה מדגימות את הכללים הללו, כשהם מורכבים על סדרי החלוקה של החוק העותומני, כי בדיני ישראל, כמות שהם, תהיינה תוצאות שונות בשתי הדוגמאות הראשונות, וזה בשל השוני בסדר הנחלות של דיני ישראל.²¹⁹

(א) ראובן ויעקב אביו מתו, ואין ידוע מי מהם מת ראשון. הדיון הוא בעזבונו של ראובן, והתובעים היחידים הם: חנוך בן ראובן, ויצחק אבי יעקב. אם יעקב מת תחילה ואחר כך מת ראובן — יקבל חנוך את כל העזבונו, כי במקום שיש בן (חנוך), אין הסב (יצחק) יורש כלום. אם ראובן מת תחילה ואחר כך מת יעקב — יתחלק העזבונו בין חנוך ויצחק: חנוך יטול חמש ששיות, ביורש אביו ראובן, ועוד חמש ששיות בחלק הששי שנפל לסבו יעקב (לפני מותו), ביורש בנו ראובן, על פי סעיף 6 של החוק העותומני, ויצחק יטול ששית שבששית בלבד. חנוך הוא "ודאי" (בי 35 תלקי 36 מגיעים לו על כל פנים), ויצחק הוא "ספק" (כי שמא אין מגיע לו כלום), והדין הוא: אין ספק מוציא מידי ודאי, והכל ינתן לחנוך.

(ב) ראובן בן יעקב ולא, ואביו יעקב בן יצחק בן אברהם, מתו, ואין ידוע מי מהם מת ראשון. הדיון הוא בעזבונו של ראובן, והתובעים היחידים הם: דודו של יעקב, ישמעאל אחי יצחק בן אברהם, ודודו של ראובן, רחל אחות לאה אמו. אם ראובן מת תחילה ואחר כך מת יעקב —

218 ראה פ. דיקשטיין, שמירת הנכסים בתחומי המשפחה, הסרקליס 1946, עמדים 174—177.

219 כי בדיני ישראל: (א) במקום שיש בן למוריש, אין אביו של המוריש נוטל כלום; (ב) אין גבול למספר הפרנסלות היורשות ("נחלה ממשפחה והולכת עד ראובן"); (ג) "משפחת אם אינה קרויה משפחה".

ירש יעקב (לפני מותו) מראובן בנו את כל העזוב²²⁰, והוריש אותו בולו לישמעאל, אחי יצחק אביו; רחל לא ירשה כלום, כי אין כל קרבת-ירושה בינה לבין יעקב. אם יעקב מת תחילה ואחר כך מת ראובן — ישמעאל לא ירש כלום, כי הוא קרובו של ראובן בפרנטלה הרביעית שאין החוק מכיר בה (הוא בן אברהם, אבי הסב של ראובן), וכל העזוב נופל לרחל, שהיא יורשתו היחידה של ראובן. ישמעאל ורחל הם, איפוא, שניהם „ספיקות“ — אפשר שכל העזוב שייך לו, אפשר שכולו שייך לה — והדין הוא: יחלוקו.

(ג) לאה ויעקב בעלה מתו, ואין ידוע מי מהם מת ראשון. הדיון הוא בעזבונה של לאה, והתובעים היחידים הם: דודה של לאה, ואחיו של יעקב. אם לאה מתה תחילה ואחר כך מת יעקב — ירש יעקב (לפני מותו) את כל עזבונו²²¹, והוריש אותו כולו לאחיו. אם יעקב מת תחילה ואחר כך מתה לאה — ירש דודה של לאה את כל העזוב. לכאורה היו צריכים גם כאן לומר: יחלוקו, אך אין הדין כן, אלא כל הנכסים ינתנו לדודה של לאה, ואחיו של יעקב לא יקבל כלום. כי הראשון הוא קרובה של המנוחה המורשה גופה, השני — קרובו של בן זוגה המנוח של המנוחה המורשה, ומקום שמתחרים זה עם זה שני סוגי תובעים כאלה, זכות הבכורה לסוג הראשון. כדי שהנכסים ישארו בחיק המשפחה.

(ד) רחל אלמנת יעקב, ובנה יוסף בן יעקב, מתו, ואין ידוע מי מהם מת ראשון. הדיון הוא בעזבונה של רחל, והתובעים היחידים הם: אחיה של רחל, ואזדור-מדיהאב של יוסף. ראובן בן יעקב ולאה; אין כל קרבה בין לאה ורחל. אם רחל מתה תחילה ואחר כך מת יוסף — ירש יוסף (לפני מותו) מאמו את כל העזוב, והוריש אותו כולו לאחיו מן האב, ראובן²²². אם יוסף מת תחילה ואחר כך מתה רחל — לא ירש ראובן כלום, כי אין כל קרבת-ירושה בינו לבין רחל, וכל העזוב נופל לאחיה של רחל. גם כאן שניהם „ספיקות“ הם, ואף על פי כן אין אומרים: יחלוקו, אלא כל הנכסים

220 כי אבי המוריש, כיוודש הפרנטלה השניה, מוציא מכלל ירושה את הוודה, שהיא יורשת הפרנטלה השלישית (סעיף 6 (רישא) של החוק העותומני).

221 כי במקום שיש רק דוד למנוחה, היינו: יורש הפרנטלה השלישית, הבעל נוטל את הכל (סוף סעיף 6 של החוק העותומני).

222 כי ראובן הוא לגבי יוסף יורש הפרנטלה השניה, ואחיה של רחל הוא לגבי יוסף יורש הפרנטלה השלישית, ולכן הוא נדחה מפני ראובן, בהתאם לסעיף 6 (רישא) של החוק העותומני.

ינתנו לאחיה של רחל, וראובן לא יקבל כלום. כי הראשון הוא קרובה של המנוחה המורשה גופה, השני — קרובו של קרובה המנוח של המנוחה המורשה, ומקום שמתחרים זה עם זה שני סוגי תובעים כאלה, זכות הבכורה לסוג הראשון, כדי שהנכסים ישארו בחיק המשפחה.

הורי לפנינו אסמכתאות לכל ארבעת הכללים הנ"ל.

(א) אסמכתא לכלל הראשון:

„נפל הבית עליו ועל אמו. כגון שנפל הבית על רחל אשת יעקב באלמנותה ועל יוסף בנה מיעקב, ולא היה לה עוד בן מיעקב ולא מאיש אחר... אבל אם יש לה עוד בן, כגון שיש לה שני בנים לרחל, יוסף מיעקב ובנימין בנה מאיש אחר, שהוא אחי יוסף מאמו, וראובן בן יעקב מלאה אומר: רחל מתה תחילה וירש יוסף חצי נכסיה, ואתה (בנימין) החצי, ואחר כך מת יוסף וירשתי חלקו, ובנימין אומר: לא כי, אלא יוסף מת תחילה ואחר כך מתה אמי, וירשתי כל נכסיה. — על זאת נשאלתי מרבתי שבלותר (לותרינגיה), ותשובתי להם בסוף הפרק... שאין לראובן כאן כלום, משום דהוי בנימין יורש ודאי במקצת, וראובן ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי... ואמרינן בגמרא: ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא... מינה שמעינן, דכל מקום שהאחר יורש במקצת, והשני ספק אם יש לו חלק בנכסים או לא, דודאי יורש את הכל“²²³.

את הראיה העיקרית לרבריו, מביא הרשב"ם שם מן הסוגיא ר"ס ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא, — הלכה מפורסמת, בה אין הספק גובע מן הספק שנתעורר בקשר עם סדר הפטירות, וכך נאמר שם:

„ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא ספק אומר: האי גברא בר מיתגא הוא ופלגא דירי הוא, יבם אומר: את בראי דירי את, ולית לך ולא מידי. הוי יבם ודאי, וספק — ספק, ואין ספק מוציא מידי ודאי“²²⁴.

223 רשב"ם בבא בתרא, דף קנ"ח ע"ב, ד"ה נפל, ד"ה אלו ואלו.
224 יבמות, דף ל"ח ע"א; רמב"ם הלכות נחלות, סוף ה', הלכה ה'; שו"ע אה"ע סי' קס"ג, סעי' ה'.

פירתה על דרך משל: ראובן בן יעקב מת בלא בנים, ושמעון אחיו ייבם את אשתו כעבור שני חדשים מיום מות בעלה. מקץ שבעה חדשים נולד לה בן, חנוך, והוא בלשון חכמים „ספק“: ספק נולד לשבעה חדשים, והוא בנו של שמעון („היבם“). ספק נולד לתשעה חדשים, והוא בנו של ראובן („מיתנא“, המת). לאחר זמן מת יעקב („סבא“), וחנוך ושמעון באים לחלוק בנכסיו. חנוך אומר: אני בנו של ראובן אני, והחצי שהיה יורש אבי אילו חי — שלי הוא! שמעון אומר: אתה בני שלי אתה, ולא מגיע לך ולא כלום! חרי: שמעון וראי יורש (שכן חצי העזבון מגיע לו על כל פנים), ה„ספק“ חנוך — ספק יורש (כי שמא בנו של שמעון הוא, ואינו יורש כלום). לכן אין ספק מוציא מידי ודאי, והכל ינתן לשמעון. ואותו רעיון גופו — רחית הספק מפני הודאי — השתמשו בו הרמבם וכמה מפרשים ופוסקים אחרים גם לגבי הספק המתעורר בקשר עם סדר הפטירות. כי אין נפקא מינה בדבר, מה הוא מקור הספק.

(ב) אסמכתא לכלל הנאי:

„סבא ויבם בנכסי ספק, או סבא וספק בנכסי יבם, הוי ממוך המוטל בספק וחולקין“²²⁵.

במשפט קצר זה, דן התלמוד בשני מקרים אחרים, שאף בהם פועלות הנפשות „סבא“, „ספק“, „יבם“, אלא שכאן אין ספק ודאי, אלא שניהם ספיקות, והדין הוא יחלוקו. שני המקרים הם:

(אא) חנוך מת, ויעקב ושמעון באים לחלוק בנכסיו. יעקב אומר: חנוך בנו של ראובן היה, ואני יורש אותו; שמעון אומר: חנוך בני שלי היה, ואני יורש אותו.²²⁶

(כב) שמעון מת, ויעקב וחנוך באים לחלוק בנכסיו. יעקב אומר: אתה (חנוך) בנו של ראובן אתה, ולכן אני בלכד יורש את שמעון; חנוך אומר: אני בנו של שמעון אני, ולכן אני בלכד יורש אותו.²²⁷

225 יבמות שם; דמב"ם שם; שו"ע אה"ע שם, סעי' ח'.

226 „סבא ויבם בנכסי ספק“: סבא אמר האי בר מיתנא היה, ובין דאין לו יורש — אני קודם, דתע האב קודם לכל יוצאי יריכו, ויבם אמר בני הוא, ואני יורשו, שהאב קודם“ (רש"י שם).

227 „או סבא וספק בנכסי יבם“: שאין ליבם בן אחר, סבא אמר את בר מיתנא, ואני יורש את בני, מקום שאין לו בן, וספק אמר בני אני, ואני יורשו“ (רש"י שם).

בשני מקרים אלה, העזבון הוא ממון המוטל בספק — יתכן כי הוא שייך כולו לתובע האחד, ויתכן כי הוא שייך כולו לתובע השני — ולכן הוא מתחלק שווה בשווה בין שני התובעים²²⁸.

(ג) אסמכתאות לכלל השלישי ולכלל הרביעי:

„מי שנפל הכית עליו ועל אשתו, ואין ידוע אם האשה מתה תחילה ונמצאו יורשי הבעל יורשין כל נכסיה, או הבעל מת תחילה ונמצאו יורשי האשה יורשין כל נכסיה — כיצד דינם? מעמידין נכסי מלוג בחזקת יורשי האשה, והכתובה עיקר התוספת בחזקת יורשי הבעל, וחולקין בנכסי צאן ברזל... אבל אם נפל הבית עליו ועל אמו, מעמידין נכסי האם בחזקת יורשי האם, שהם יורשין ודאין, אבל יורשי הבן ספק הם, שאם מת הבן תחילה — אין לאחיו מאביו בנכסי אמו כלום...“²²⁹.

הדברים האחרונים, על אודות הודאי הספק, טעונים ביאור קצת, וכבר שמשו עילה לזויכוחים ופלפולים שונים. בעצם, הענין פשוט למדי. לא בא הרמב"ם כאן להשתמש בכלל של אין ספק מוציא מידי ודאי דומיא ד„ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא“, שהרי העובדה השנויה במחלוקת כ"י היורשים מזה ומה היא: אם האם מתה תחילה, וירש אותה בנה והוריש את נכסיה לאחיו מן האב, או שהבן מת תחילה, ולא ירש ולא הוריש, ואבי האם או אחיה הוא שיורש את נכסיה. כאן אין אף אחד מהם „יורש ודאי במקצת“, אלא שניהם „ספיקות“ דומיא ד„סבא ויבם בנכסי ספק“, או „סבא וספק בנכסי יבם“, השימוש כאן בלשון „ודאי“ ו„ספק“, פירושו הוא כך: מכיוון שנהלת האם — כפי שאומר התלמוד שם — „החזקה באותו שבט“²³⁰, שהרי „היא מתיחסת אחר שכט אביה“²³¹, אין להסב את הירושה ל„שבט“ אחר, כלומר: לאחי הבן מן האב שאין כל קרבה ביניהם לכין האם שלו, אלא אם הוכח בודאות, כי הבן מת אחרי אמו. יורשי האם יש להם

228 „חולקין“: ודילמא כולהו דהאי, ודילמא כולהו דהאי, ואין לומר האב ודאי מוחוק, דאם זה בנו אין כאן לאב כלום“ (רש"י שם).

229 רמב"ם שם, הלכה ו'.

230 בבא בתרא שם.

231 רשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה בחזקת יורשי האם.

מעמד של רואי, וכל עוד הצד שכנגד הוא ספק — אינו יכול להוציא את הנכסים מ"חזקת" יורשי האם. וכך נאמר בתשובת הרא"ש:

"דלישנא דבחזקתן דקאמר רבי עקיבא²³², משמע דיש להעמיד הנכסים באותה חזקה שהיו בה עד היום הזה, דהיינו שבט האם, ומספיקא דאיכא למימר האם מתה תחילה וזכה בהם הבן להנחילם לקרוביו, לא מפיקין בכסים מחזקתייהו... והא דקרו לירשי האם ודאין — הכוונה היא לדברי הרמב"ם בהלכה הנ"ל — משום דהחזקה הנחלה לשבט"²³³.

"אבל אם נפל הבית עליו ועל אמו וכו'... ואמרו בגמרא הטעם הואיל והחזקה נחלה לאתרו השבט. ונראה לי, שהוא הדין לנפל הבית עליו ועל בתו שהיתה נשואה, ואין ידוע איהו מהם מת ראשון, שנכסי האב בחזקת יורשי האב, ואין הבעל יורש בהן כלום"²³⁴.

עיינו הרואות, כי שתי ההלכות הנ"ל של "נפל הבית עליו ועל אשתו" ו"נפל הבית עליו ועל אמו", למעשה ממקור אחד חוצבו, הרעיון הפועל בהן הוא, שלא תסוב הנחלה מ"שבט" ל"שבט", אלא אם כן הוכח סדר הפטירות הגורר אחריו את ההסבה הזאת. לכן אין בן זוג שמת, או קרוב אחר שמת, יכול לשמש חוליה מקשרת בין המנוח המוריש וכי שאינו קרוב לו כלל, אלא אם כן הוכח שאותו בן זוג או קרובים מת אחדי המנוח המוריש. הוא הדבר אשר הובע על ידינו בכלל השלישי ובכלל הרביעי הנ"ל.

ברוב המקרים המגיעים לכס המשפט בקשר עם שאלת סדר הפטירות, מתדיינים זה עם זה קרובי דם של המנוח המוריש וקרובי דם של בן זוג שמת, ועל פי רוב תובעים קרובי בן הזוג רק חלק בעזבו המוריש. שהרי רק אם אין למוריש, לא קרובי הפרנטלה הראשונה, לא קרובי הפרנטלה

232 הכוונה למשנה בבא בתרא שם. "נפל הבית עליו ועל אמו... אמר רבי עקיבא: מודה אני בזה שהנכסים בחזקתן".

233 תשובות הרא"ש, כלל פ"ד, סי' ב'.

234 מגיד משנה על הרמב"ם שם; ראה גם שו"ע חו"מ, סי' ר"ט, סעי' י'.

השביה, ולא סבים וסבות, נוטל בן זוגו את הכל. והתוצאה העולה מכך היא, כי אם החוק על פיו נידונה שאלת סדר הפטירות הוא דיני ישראל, ייצא ברוב המקרים פתרון מלא לה, הן על פי הכלל הראשון, והן על פי הכלל השלישי הנ"ל.

למרות מה שהדוגמא הקלסית במקורות המשפט העברי לבעית סדר הפטירות, היא "נפל הבית עליו ועל אשתו", "נפל הבית עליו ועל אמו" וכדומה, אין זה תנאי הכרחי להפעלת הדינים הללו כי השנים ימותו תוך סכנה משותפת, או במסיבות הנובעות ממאורע אחד. וכן כתב הרמב"ם:

"דין אלו שמתו תחת המפולת, או שטבעו בים, או שנפלו לאש, או שמתו ביום אחד וזה במדינה זו והאחר במדינה אחרת, דין אחד הוא שבכל אלו, וכיוצא בהן, אין יודעין מי הוא שמת תחילה"²³⁵.

המלים "ביום אחד" לאו דוקא, אלא — שדברו חכמים בהוה, כי בתנאים רגילים, הרי אם ידוע כי אחד מהם מת ביום אחד והשני ביום אחר — יידעו גם מי מת ראשון, אך לא יקשה ביותר לתאר לעצמנו ספקות, המשתרעים על פרקי זמן יותר נרחבים, וגם על ספקות כאלה — כאשר יודעים כי ולא יודעים מי מת ראשון — יחולו הכללים הנ"ל. אם יש צורך באסמכתא לכך, הרי היא לפנינו בדברי אחד מנושאי כליו של הרמב"ם המתחסים להלכה הנ"ל:

"דין אלו שמתו וכו': דברים פשוטים הם, שכל הספקות שוות"²³⁶.

אפשרות מציאותו של ספק כזה — מי מן השנים, שמתו בזמנים שונים, מת ראשון — היא, אגב, אחד הארגומנטים שאפשר להשתמש בהם נגד השיטות הגורסות את חזקת הסימולטניות. אינני רואה כיצד יפתר בהן ספק כגון זה, בלתי אם נאמר, כי מכיוון שחזקת הסימולטניות היא בלאו הכי בלתי מציאותית, מותר להשתמש בה גם אם הוכח, כי הפטירות לא היו חד

235 רמב"ם שם, הלכה ט'.

236 מגיד משנה על הרמב"ם שם.

זמניות. כי חוקת הסימולטניות, למעשה, אינה אלא פיקציה. שמטרתה המכוונת היא למנוע את העברת הירושה ממשפחה למשפחה — מטרה שהושגה בדיני ישראל בדרך הרבה יותר פשוטה, כפי שראינו לעיל. המגרעת שכתוקת הסימולטניות היא בזה, שהיא פועלת מן המטרה והלאה, ומחילה עצמה גם על מקרים שאין בהם משום הסבת הנחלה ממשפחה למשפחה. ודוק.

16. צוואות, כבד צויין לעיל²³⁷, כי לפי הסימנים 53, 54, של דבר המלך ניתנה לבתי הדין הדתיים של העדות המוכרות סמכות ייחודית לדון באישור צוואות של בני עדתם. עם חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, הפכה סמכות זו — לגבי בתי דין רבניים — סמכות מקבילה²³⁸. אך גם לפני חקיקת חוק זה קיימת היתה האפשרות, כי בית המשפט האזרחי ידון באישור צוואתו של אזרח ארצישראלי או ישראלי, והיינו: אם המצוה לא היה שייך לשום עדה דתית, או היה יהודי שאינו חבר בכנסת ישראל, או — אפילו בצוואתו של בן עדה דתית מוכרת (אך לא מושלימי)²³⁹ — אם הצוואה נעשתה בצורה אזרחית. על פי סעיף 12 של פקודת הירושה, אין בעצם בסיס חוקי איתן להשקפה זו. אך כזאת היתה הפרקטיקה של בתי המשפט המחוזיים במשך שנים מרובות, ובית המשפט העליון סמך, בדיעבד, את ידו עליהם²⁴⁰. וכך נאמר בסעיף 12: —

„בתי המשפט האזרחיים ידאו צוואה ככשרה בצורה אזרחית, אם נתמלאו בה התנאים הבאים:

(א) הצוואה היא בכתב, חתומה או מחותמת בסופה על ידי המצוה או אדם אחר לפי הודאתו, בפני שני עדים לפחות, נוכחים בעת וכעונה אחת, אשר קימו את הצוואה בפני

המצוה, והעדים היו אנשים שהגיעו לגיל 18 שנה, והיו שפויים בדעתם בעת עריכת הצוואה;

(ב) המצוה לא היה: פחות מבן 18 בעת עריכת הצוואה, או סובל ממחלת רוח, או בלתי כשיר באופן אחר לערוך צוואה בהתאם לחוק השודר על עניני המעמד האישי החלים עליו בארץ ישראל;

(ג) המצוה לא נתפתה לעשית הצוואה על ידי מעשה תרמית או על ידי השימוש בהשפעה בלתי הוגנת“.

סעיף זה נוסחו אינו מן המעולים ביותר. כוונתו היתה, אין ספק, לדון בעניני צורה בלבד — מעידים על כך פתח דבריו וכוונתו — אך כלאחר יד ודרך אגב נשתרבו לתוכו ענין של כושר, ויצא „סנדל“ ובלתי מוגדר. נאמר בו, כי צריך שהמצוה לא יהא „בלתי כשיר לערוך צוואה בהתאם לחוק השודר על עניני המעמד האישי וכד“, והשאלה היתה: צוואה שתס, או צוואה זו? תשובתו של בית המשפט העליון בענין רשקוביץ²⁴¹ היתה ברוח האלטרנטיבה הראשונה. וכך הוא אמר:

„השאלה אם המצוה היה בלתי כשיר לערוך צוואה תלויה בכך, מה פירוש המלים „בלתי כשיר“. דעתנו היא כי שאלת הכושר לפי ס"ק (ב) של סעיף 12, היא הכושר לעשות צוואה בכלל, ואינה מתיחסת לכושר לעשות העברות („דיספוזיציות“) מסוימות העלולות להיות בניגוד לחוק הדתי“.

ועל יסוד זה פסק בית המשפט העליון, כי יש לאשר, כצוואה אזרחית, את הצוואה הנידונה, אף על פי שפסולה היתה לפי חוקו האישי של המצוה, הוא דיני ישראל.

ואולם בהתבונננו אל גופי העובדות כפי שעולים מתוך פסק דינו של בית המשפט המחוזי²⁴², נוכחים אנו לדעת, לא בלי הפתעת־מה, כי שם לא נתעוררה כלל שאלה של כושר, לא כושר כללי של המצוה ולא כושר

241 רשקוביץ נגד זילברשטיין, ע"א 106/40, 8 לבנון 51, בעמוד 52.
242 ראה 8 לבנון שם, בעמודים 53—55.

237 סרק ג (א), סעיף 2.
238 ראה להלן, חלק שני, סרק ה, סעיף 9 (א).
239 ראה סעיף 20 של פקודת הירושה.
240 קסלן נגד קסלן, ע"א 131/42, 42 אפלכוס 728, בעמוד 732; סאמארה נגד סעדה, ע"א 70/46, 47 אל"ר 91; ראה הדברים שנאמרו שם בעמוד 102 למסה; ולצברגר נגד ולצברגר, ע"א 335/46, 47 אל"ר 125.

ספציפי לעשית הצוואה הנידונה, וכי הפגם היחיד בצוואה על פי דיני ישראל היה מבחינת הצורה: לא נקטו בנוסחה הנכונה, או לא נעשה בה קנין, לכן קשה להבין, מה הניע את השופטים המלומדים לקבוע עקרון נרחב שכזה. גם אינני רואה כיצד אפשר ליישב את העקרון, בצורתו זו, עם ההוראה האמורה בסעיף 11 (א) של פקודת הירושה, בה נצטוו בתי המשפט האזרחיים להתחשב — לגבי אזרח ארצישראלי בן עדה רתית מוכרת — בהגבלות שהחוק הדתי שלו מטיל על „הכוח להעברה טסטמנטארית“. כאן אין המדובר עוד בכושר הכללי לערוך צוואה, לכן נדאה לי, כי כוחה המחייב של הלכת דשקוביץ מוגבל למעשה לענינים של צורה, וכל אשר נאמר שם מעבר לזה אינו אלא אמרת אנב בלבר, בתחומים מצומצמים אלה נתקבל העקרון, כנדאה, גם בבתי המשפט המחוזיים²⁴³, וכך, על כל פנים, אושרה ההלכה על ידי בית המשפט העליון הישראלי בענין קונראדס, באמרו:

„לא שגה השופט המלומד של בית המשפט המחוזי אלא באחת: בסברו כי צוואת יהודי ישראלי אינה יכולה להתאשר בבית המשפט המחוזי, אלא אם כן היא כשרה, גם מבחינת הצורה, על פי דיני ישראל, ולא היא! הלכה פסוקה היא, וכבר דוחת בארצנו קדוב לחמש עשרה שנה, בי אם הצוואה ממלאה, מבחינת צורתה, אחרי ההוראות שנקבעו לכך בסעיף 12 לפקודת הירושה, יכול בית המשפט המחוזי לאשרה, כצוואה אזרחית, אף אם אינה עולה מבחינה זו בקנה אחד עם הוראות החוק הדתי“²⁴⁴.

מכלל הן אתה שומע לאו: כי אם הצוואה פסולה על פי החוק האישי של המצווה לא מבחינת הצורה בלבד, אין בית המשפט המחוזי יכול לאשרה, ואפילו אם העדר הכושר מתיחס דק להוראות הקונקרטיות של הצוואה הנידונה, וגם שורת ההגיון מחייבת את הדבר: כי ככל מקום בה נידונה שאלת הכושר על פי הוראותיו של חוק מסויים — כמו, למשל, צוואת נתין

243 הטחה סרלמן נגד סרלמן, תיקי ירושות 794/49 + 291/50, בית המשפט המחוזי, תל אביב, ג' פסקים מחוזיים 32, בעמודים 34—35.
244 קונראדס נגד לוי, ע"א 168/55, "פסקי דין 1310, כעמיד 1312.

זר, לפי סעיף 4 (iii) (ב) של פקודת הירושה — חלות הוראותיו של אותו חוק לא דק על הכושר הכללי, המופשט, אלא גם על הכושר הספציפי לעשית הצוואה הקונקרטית הנידונה. מעולם לא שמענו על קריטריון מופשט כגון זה שהוצע בפסק הדין הנ"ל, כי קשה להלום, כיצד כשרו של המצווה לעשות צוואה אחרת, יוכל להכשיר את צוואתו הפסולה הנוכחית.

בענין קונראדס מצא בית המשפט העליון, כי הצוואה כשרה היתה, על פי דיני ישראל, מכל הבחינות, ומטעם זה הוא אישר את אישורה על ידי בית המשפט המחוזי, בלי לבדוק כלל אם נתמלאו בה גם התנאים האמורים בסעיף 12. מכאן — וגם זה הלכה רבת חשיבות מעשית — כי כאשר הצוואה כשרה על פי חוקו האישי של המצווה, הן מבחינת הכושר והן מבחינת הצורה, יכול בית המשפט המחוזי לאשרה (אם אין מניעה לכך מטעמי סמכות), גם אם לא נתקיימו בה תנאי סעיף 12 הנ"ל. נקוט כלל זה בידך: כאשר מבחינת הכושר אין כל פסול בצוואה על פי חוקו האישי של המצווה, יכול בית המשפט המחוזי לאשרה אם צורתה כשרה: או על פי החוק האישי הוא, או על פי הוראות סעיף 12.

17. צוואה בלתי הדיירה (Irrevocable). היכול בית המשפט המחוזי — אם נתמלאו תנאי סעיף 12 — לאשר צוואת בריא, בלתי הדיירה, של יהודי אזרח הארץ?

שאלה זו טרם נדונה בבתי המשפט שלנו, ואין אני מוכן לקבוע מסמדות בדבר; רצוני רק לציין את הספק המתעורר בקשר לכך. אין ספק עוד — וכך החליט בית הדין המיוחד בענין ברנוביץ²⁴⁵ — כי בית הדין הרבני יכול לאשר צוואה כזאת, אך עדיין שאלה היא לגבי בית המשפט המחוזי. גרד הספיקות הוא, אם אין מניעה לכך בעטייה של הגדרת המונח „צוואה“ המצויה בסעיף 2 של פקודת הירושה.

אבאר את דברי, ביני ישראל ישנם, כידוע, שני מיני צוואות: (א) צוואת (מתנת) שכיב מדע; (ב) צוואת (מתנת) בריא, „שכיב מדע“ הוא אדם „קציר ורמי בערסיה“, בעברית: חולה ומוטל במטתו, והוא לפי הגדרתו הירועה של הרמב"ם:

245 ברנוביץ נגד ברנוביץ, בית דין מיוחד 3/45, 46 אל"ר 306.

החולה שתשש כוח כל הגוף, וכשל כוח מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגלו בשוק, והרי הוא נופל על המטה — הוא הנקרא שכיב מרע²⁴⁶.

„בריא“ הוא מי שאינו „שכיב מרע“ על פי ההגדרה הנ"ל. לא אכנס כאן לבירור כל הלכותיהן של הצוואות הללו, ואביא רק את העקרונות העיקריים שבהן, ואלה הם:

(א) צוואת שכיב מרע:

(אא) אינה צריכה קנין, כי „דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו“, וזו היא תקנה שתקנו חכמים, כדי שלא תטרף דעתו עליו²⁴⁷. ברם:

„אין כל הדברים הללו אמורים אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום, אבל אם שייר כלום שלא נתן — דינו כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקנין“²⁴⁸.

מאריך גיסא — וזו היא הגבלה מאד חשובה של כלל זה — אפילו צוואת שכיב מרע שיש בה שיור („מתנת שכיב מרע במקצת“) אינה צריכה קנין, אם הוא „מצווה מחמת מיתה“, זאת אומרת: כאשר מתוך דבריו יוצא, בפירוש או מכללא, כי מתוך דאגת מיתה הוא נתן את המתנה²⁴⁹. ותנאי זה יתקיים, למעשה, במעט בבל צוואה הנעשית על ידי שכיב מרע.

(בב) אינה קונה אלא לאחר מיתה, „ואין אתר זוכה בדבר שציוה, בין במקרקע בין במטלטלי, אלא לאחר מיתה“²⁵⁰. מתנת שכיב מרע היא, בעצם, מעין ירושה שתקנו רבנן²⁵¹.

(גג) המצווה יכול לחזור בו, אם בדיבור פה ואם בעשית מעשה המגלה את דצונו לכך — מכירה או מתנה לאחר — ולא עוד אלא אם עמד מחליו „ונתרפא לגמרי“, צוואתו בטלה מאליה²⁵².

(ב) צוואת בריא:

(אא) צריכה קנין; כי מתנת בריא לא עשו בה חכמים תקנה, ודינה נשאר דין תורה, שאין המקבל זוכה בה אלא אם קנה אותה באחת מדרכי ההקנאה המחאימות²⁵³.

(בב) אינה תופסת, אלא אם כן הוקנה הגוף מחיים; כי בצוואה זו יש צורך בהקנאה מן הדין, ואין אדם יכול להקנות לאחר מיתה.

„הכותב נכסיו לבניו, צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה — דברי רבי יהודה; רבי יוסי אומר: אינו צריך.“

„(רשב"ם) הכותב נכסיו לבניו: בריא שרוצה לישא אשה, ואינו דוֹצֵה לשעבד נכסיו לאשתו פן יפסידו בנים שיש לו מאשתו ראשונה, ורוצה לכתוב להם נכסיו לאחר מותו אלא שיאכל פירות בחייו, צריך שיכתוב מהיום ולאחר מיתה, דמשמע מהיום יהא קנוי לך הגוף לבדו, ולאחר מיתה תהא נגמרת המתנה שתאכל גם הפירות לאחר מיתתי, אבל בלא מהיום — לא נתן להם כלום, דאין מתנה לאחר מיתה, דבהיא שעתא אין לו חלק בהן שיוכל להקנות“²⁵⁴.

זו היא דעתו של רבי יהודה, התנא האחר, רבי יוסי, סובר כי אין צריך לכתוב „מהיום“, אבל לא מפני שהוא חולק על עצם הצורך להקנות מהיום, אלא מפני שלדעתו — כפי שהוסבר בגמרא שם — „זמנו של שטר

246 רב"ם הלכות זכיה ומתנה, סרק ח', הלכה ב'.

247 רמב"ם שם, שם; שו"ע חו"מ סי' ר"ג, סעי' א'; בבא בתרא, דף קנ"א ע"א וע"ב; דף קמ"ז ע"ב ורשב"ם שם, ד"ה מתנת; רש"י כתובות, דף נ"ה ע"ב, ד"ה מתנת.

248 שו"ע חו"מ שם, סעי' ד'; בבא בתרא, דף קנ"א ע"ב; רמב"ם שם, הלכה ט"ו.

249 שו"ע חו"מ שם, סעי' ז'; בבא בתרא שם, שם; גם אם נתן מקצת נכסיו בפירוש במתנת שכיב מרע, אך צריך קנין (שו"ע חו"מ שם, סעי' ט'; רמב"ם שם, הלכה י"ז, וראה השגת הראב"ד שם).

250 רמב"ם שם, הלכה ח'; שו"ע חו"מ, סי' רנ"ב, סעי' א'; ומקורו בדברי רבא, בבא בתרא, דף קל"ז ע"א, עין שם.

251 השוה בבא בתרא, דף קמ"ט ע"א, ודוק.

252 שכיב מרע דבר מיהדר הוא, שיוכל לחזור במתנתו (גמרא ורש"י בבא מציעא, דף י"ט ע"ב); (שביב מרע שכתב לזה וחזר וכתב לאחר — האחרון קנה, שיש לו לחזור עד שימות) (רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, סרק ט', הלכה ט"ו); בבא בתרא, דף קמ"ח ע"ב ודף קנ"ב ע"ב; דף קנ"א ע"א וע"ב; גיטין, דף ע"ב ע"ב ודף ע"ג ע"א; רמב"ם שם, סרק ח', הלכה כ"ו; שו"ע חו"מ, סי' ר"ג, סעי' ב'.

253 רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, סרק ג', הלכה א'; שו"ע חו"מ סי' רמ"א, סעי' א'.

254 משנה וספירוש הרשב"ם בבא בתרא, דף קל"ז ע"א.

מוכיח עליו, זאת אומרת: הזמן (התאריך) שנכתב בראש השטר מוכיח, כי "להקנות מאותו היום נכתב"²⁵⁵, הר"י הוא כאילו נכתב "מהיום". אין איפוא — מבחינת החוק המטריאלי של הצוואות — כל מחלוקת בין שני התנאים, ושניהם מודים בכך, כי אם באמת לא היתה כוונה להקנות את הגוף מהיום, לא תהא המתנה תופסת, מפני שאין אדם יכול להקנות לאחר מיתה.

ההלכה בפסקה כרכי יוסי²⁵⁶, ואף על פי כן נוהגים לכתוב "מהיום" או "מעכשו" גם כשיש "זמן" בשטר. על כך מעיד הרמב"ם ומעיד:

"וזה שכותבין בכל המתנות והממכרות מעכשו, ואף על פי שיש בשטר הזמן, להרויח הרבר כותבין בו, אף על פי שאינו צריך"²⁵⁷.

ואמנם הנוסחה השכיחה והשרירה והכטוחה ביותר בצוואות בדיא היא: "היום ולאחר מיתה", ופירושו של דבר הוא, כי הגוף מוקנה לזוכה מהיום, ואילו את הפירות הוא יתחיל לאכול לאחר מות המצווה, כי רק באותו רגע תפקע זכות אכילת הפירות שהמצווה שייר לעצמו²⁵⁸.

255 רשב"ם שם, ד"ה מוכיח.

256 בבא בתרא שם כגמרא; רמב"ם שם, פרק י"ב, הלכה ט"ו; שו"ע חו"מ, סי' רנ"ח, סעי' א'.

257 רמב"ם שם, שם.

258 הנוסחה שמצאים לפעמים בשטר צוואות בדיא: "והריני מקנה לפלוגי את הנכסים שבה אחז קודם פטירתני, בלי לכתוב "מהיום" או "מעכשו" — כשרותה כפיסקת; אפשר. לכאורה, להכשיר אותה מן הטעם של "זמנו של שטר מוכיח עליו", אך גם זה כגדר ספק הוא, ויש בו פניס לכאן ולכאן, לאור הדברים האמורים ברמ"א חו"מ, סי' רנ"ח, סעי' ב', והדברים האמורים שם בבאר הגולה, סי' ד', ע"ן שם ודוק היטב. ואם באמת הכוונה היתה, כי הזוכה יזכה בנכסים רק בהגיע השעה שלפני הפטירה, הרי כשרותה — וגם זה לא לדעת הכל — עלולה להיות תלויה בכך, מה היה סוג הקנין שנעשה, ואם הוא עודנו "קיים" בהגיע השעה הריא. ראה: תוס' יבמות, דף צ"ג ע"א, ד"ה קנויה; תוס' כתובות, דף נ"ה ע"ב, ד"ה ואין; תוס' קידושין, דף ס"ג ע"א, ד"ה כגון, בסוף הדברים שם; רמב"ם הלכות מכירה, פרק ב', הלכה ט', והשגת הראב"ד שם; רמ"א חו"מ, סי' קצ"א, סעי' ד', ובאר היטב שם, סי' (ז); שו"ע חו"מ, סי' קצ"ה, סעי' ז', ובאר היטב שם סי' (ס); רמ"א חו"מ, סי' קצ"ה, סעי' ה'. על כל פנים, גם בצוואה "נערכה לפי הנוסח הנ"ל, ואף אם כשרה היא, מוקנה הגוף לזוכה (ואולי גם הפירות) בחיי המצווה, ולא אחרי מותו.

(גג) אין המצווה יכול לחזור בו, אלא אם כן כתב: "מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה", או: "מהיום אם לא אחזור בי כל ימי היי". זו היא נוסחת זכות החזרה המובאת במקורות²⁵⁹, אך אינני רואה מניעה לכך, כי יוטל תנאי מסויים בזכות החזרה, או שהיא תוגבל לתקופה מסויימת.

סיכומו של דבר: צוואה שכיב מרע תקנת חכמים היא; היא אינה צריכה קנין, מתחילה לפעול לאחר מיתה, והמצווה יכול לחזור בו כל אימת שירצה. צוואת בדיא מתנה מן הדין היא; לכן היא צריכה קנין, שיקנה את הגוף מחיים, ומשתוקנה הגוף לזוכה — שוב אין המצווה יכול לחזור בו, אלא אם כן התנה את הדבר בעת עדיבת הצוואה. אלה הם — בדרך כלל — סימניהם ותכונותיהם של שני סוגי הצוואות הנ"ל.

ועכשו הבה נראה, מה הן התוצאות העשויות לצמוח מכך לגבי השימוש בהוראת סעיף 12 של פקודת הירושה. הספק המתעורר הוא, כפי שכבר נרמז, בעטייה של הגדרת המונח "צוואה" בסעיף 2 של פקודה זו. באותו סעיף נאמר:

"צוואה" פירושה: הצהרה חוקית בכתב של רצון המצווה בנוגע להסדר רכושו לאחר מיתה, וכולל גם קודיצילי²⁶⁰.

"לאחר מיתה" נאמר כאן, והשאלה העומדת בפתח עינים היא, אם צוואת בדיא, בלתי הידירה, אשר בה לא זו בלבד שהגוף כבר הוקנה מחיים לזוכה, אלא המצווה אף אינו יכול לחזור בו ולבטל את הצוואה. — אם גם מתנה גמורה ומוחלטת שכזאת, "צוואה" היא במונח ההגדרה הנ"ל. לכאורה נראה, כי על צוואה כגון זו אי אפשר לקרא את הדיבור "הסדר הרכוש לאחר מיתה" המצוי בסעיף 2 הנ"ל.

והנה טענה מעין זו — אני מדגיש: מעין זו — כבר נטענה ונדחתה על ידי בית הדין המיוחד בענין ברנוביץ הנ"ל. אך ההכרל בין השתים

259 תוס' בבא מציעא, דף י"ט ע"ב, ד"ה והא; שו"ע חו"מ, סי' רנ"ה, סעי' ו', סי' ס"ה, סעי' י"ד; מגיד משנה על הרמב"ם הלכות זביח ומתנה, פרק י"ב, הלכה י"ד.
260 הנוסח האנגלי של ההוראה הוא: "Will" means a legal declaration in writing of the intentions of the testator with respect to the disposal of his property after death, and includes a codicil.

בולט למדי. ומשתי בחינות: (א) באותו ענין הותקפה הצוואה של המצוה היהודי אך ורק בשל „אי-ההירדות“ (irrevocability) שבה, והטענה היתה, כי צוואה מעין זו לא „צוואה“ שמה על פי המושגים המקובלים במשפט האנגלי²⁶¹; (ב) וזה הוא העיקר: שם נטענה הטענה כלמי סמכותו של בית הדין הרבני, היונק את כוחו (לפי המצב דאז) מהוראת סימן 53 (1) של דבר המלך, על כך ענה בית הדין, כי את המונח „צוואה“ המצוי — ללא הגדרה כל שהיא — בהוראת דבר המלך, יש לפרש, לגבי יהודים, לפי הוראתו בדיני ישראל²⁶². כאן, בנידון שלפנינו, השאלה היא אם בית המשפט המחוזי יכול לאשר צוואת בריא בלתי הירדה, כ„צוואה אזרחית“, על פי סעיף 12 של פקודת הירושה, כי בדבר המלך גופו, אין הוראה המסמיכה את בית המשפט המטעני למתן אישור שכזה, ומכיון שכך, היינו: מכיון שהסמכות לכך נעוצה אך ורק בהוראה המצויה בפקודת הירושה, עדיין השאלה במקומה עומדת, אם הוא (בית המשפט המחוזי) יכול לאשר צוואת בריא בלתי הירדה של יהודי אזרח הארץ, נוכח העובדה כי רצון המצוה הבא לידי ביטוי בצוואה כגון זו, אינו מצומצם להסדר רכוש „לאחר מיתה“ כאמור בהגדרה היא, אלא מכוח גם להעברה מסויימת — הקנאת הגוף — הנעשית, מכחינת דיני ישראל, גמורה ומוחלטת בחיי המצוה.

ואף פסק הדין שניתן בענין קונראדט, אינו עשוי להנחותנו בתחומי שאלה זו. שם אישרה, אמנם, הצוואה על ידי בית המשפט המחוזי, אך הצוואה היא לא היתה „בלתי הירדה“ — הותנה בה בפירוש: „שכל ימי חיי אהיה רשאי בכל עת ובכל שעה שארצה לשנות את דבר צוואתי זו, להוסיף עליה ולגדוע ממנה ולבטלה כליל וכי“²⁶³ — ובשל אפשרות חזרה זו מותר היה לראותה כצוואה הנופסת לאחר מיתה, לצרכי ההגדרה הנ"ל. כי הסעיף מדבר על „הסדר רכוש“, ואין הרכוש „מוסדר“, כל עוד אפשר לבטל, בהבל פה, את כל הצוואה. השאלה שלפנינו נוגעת לצוואת בריא בלתי הירדה, ולגביה אין תשובה בפסק הדין הנ"ל. חוץ מזה, לא

נתעוררה שם השאלה, כי אף אחד מבעלי הדין לא טען את הטענה. השאלה היא, איפוא, עדיין פתוחה, ואין אני מוכן להכריע בה לכאן או לכאן.

ויתכן מאד, כי התשובה הנכונה היא לא לכאן ולא לכאן, אלא אי שם באמצע, והוא: כי הכל תלוי בטיב הקנין שנעשה, ואם כוחו יפה להעביר את הבעלות מחיים גם לפי החוק האזרחי של המדינה, רצוני לומר: כי אם לפי חוקי המדינה, הבעלות אינה עוברת מחיים, הצוואה תחשב כתופסת לאחר מיתה, אף על פי שמבחינת החוק הדתי היא כבר נגמרה והושלמה (לגבי הגוף) בחיי המצוה. בקרקעות, למשל, בודאי לא תעבור הבעלות לזוכה מיד עם עדיכת הצוואה, כי אין העברת מחוץ למשרד ספרי האחוה. נאמר אמנם בסעיף 2 של פקודת העברת קרקעות: „העברה“ פירושה: מכירה, משכנתא, מתנה... פרט להנחלה על ידי צוואה (devise by will) וכי“, אבל כאן ודאי, וללא כל ספק, הכוונה היא „הנחלה“ הבאה אחרי מות המצוה. לעומת זה, גבי מטלטלין וזכויות — אין הדבר פשוט כל כך; כי כמה מן הקנינים הנעשים על פי דיני ישראל, כוחם אתם להעביר את הבעלות או את הזכות מהיים גם לפי חוקי המדינה, יתכן גם, כי יהיה רפלקס מטויים על ענין זה מבחינת דיני המתנה, ודיני החזרה ממתנה, האמורים כמג'לה, על כל פנים, השאלה היא מסובכת למדי, הואיל והכצסקא המעורבת“ הזאת של צוואת בריא בלתי הירדה, לא קל לקבוע עד היכן נתון הענין לתוראות החוק הדתי, והיכן מתחילה כפיפותו לתוראות החוק האזרחי; צייתי כאן את ראשי הפרקים בלכר, ואין כאן מקומו להאריך.

18. הזמן הקובע את כשרות הצוואה, ראינו לעיל²⁶⁴, כי כשרותו של אקט משפטי נירונה, בדרך כלל, על פי החוק הכורר עליה בעת העשות המעשה. המסקנה העולה לכאורה מכך היא, כי גם כשרותה של הצוואה תהא נידונה לפי חוק יום המעשה — ואין הדבר כך, כפי שנראה להלן.

אשר לכשרותה מבחינת הכושר — לא היה מעולם שום ספק בדבר, שכן הוראה מפורשת הורה המחוקק בסעיף 11 של פקודת הירושה:

„11. בהנהלתו וחלוקתו של עזבון אדם מת שהיה חבר לאחת העדות הדתיות ולא היה נתין זר, בתי המשפט האזרחיים

264 סעיפים 3-5.

261 ברנוביץ נגד ברנוביץ שם, בעמוד 308.
262 ראה פסק דינו של זקן השופטים שם בעמוד 308, ופסק דינו של הרב הרצוג שם בעמודים 310-313.
263 ראה פסק הדין קונראדט שם, י' מסקי דין, בעמוד 1314.

ינהגו לפי כללים אלה. להסדרת חלוקתם של נכסי המולק והמטלטלין שלו:

(א) תקיים כל הגבלה על הכוח להעברה טסטמנטרית, המוכרת מטעם חוק העדה אליה השתייך המת בשעת מותו.

הספק שמצא מקום לחול בו הוא לגבי כשרותה מבחינת הצורה, וגם פסק זה הותר על ידי בית המשפט העליון הישראלי בענין כספריוס²⁶⁵.

מעשה היה שם ביהודיה גרמנית שערכה צוואה הולוגרפית, ללא חתימת עדים וללא עשית קנין, ומתה כעבור כמה שנים, בהיותה חסרת נתינות. לפי חוק יום המעשה, הצוואה כשרה היתה, הן מבחינת הכושר הן מבחינת הצורה²⁶⁶; לפי חוק יום המוות — הוא החוק הישראלי²⁶⁷ — פסולה היתה מבחינת הצורה: כצוואה דתית, מפני שלא נעשה בה קנין, וכצוואה אודחית, מפני שלא חתמו עליה עדים. בית המשפט המחוזי פסל את הצוואה, ובית המשפט העליון אישר את הפסק.

וטעמו ונימוקו כך היה: אמנם אין להחיל כאן במישרין את הודאת סעיף 11 (א) הנ"ל, וזה משני טעמים: (א) הסעיף דן באדם שאיננו נתין זר, ואילו המצוה דנון, כחסרת נתינות, היתה מבחינה טכנית נתינה זרה²⁶⁸; (ב) הפגם אשר בצוואה היה לא מבחינת הכושר, אלא מבחינת הצורה, ואף על פי כן — המשיך בית המשפט העליון ואמר — אין ליחס ערך לשוני כפול זה:

„את השוני האחד אפשר לגשר על ידי היקש פשוט, ואת השני — בדרך של קל וחומר. אם לגבי מי שאינו זר מעדיף בית המשפט את החוק הדתי האחרון על החוק הדתי הראשון, מדוע לא יעדיף לגבי נתין זר את החוק הלאומי האחרון על החוק הלאומי הראשון? ואשר לשוני שבין הכושר לבין הצורה, הלוא הרבדים קל וחומר, והמשפט האנגלי יוכיח!

265 כספריוס: נגד כספריוס, ע"א 148/52, ח' ססקי דין 1289.

266 ראה סעיף 2231 של ה"כ.ג.ב.

267 ראה להלן, סעיף 19.

268 דאה לעיל, סק (ג), סעיף 1.

הן ראינו לעיל, בעמדנו בפרשת המשפט המקובל, כי כשרות הצורה דוקא נוחה יותר להיפגע על ידי שינוי שלאחר מעשה מאשר ענין הכושר, וכי אפילו צי"שיר ותיאובלד הנוקטים את שיטת הדומיסיל הראשון (של תאריך הצוואה) לגבי שאלה של כושר, מודים בנכונות עקרון הדומיסיל האחרון לגבי שאלה של צורה. מכאן כי אם המחוקק האדצישראלי הטיל את חוק שעת המוות אפילו על עניני כשרו של המצוה, קל וחומר שילך אחרי שעה זו דוקא כאשר השאלה תהא בנוגע לצורת הצוואה²⁶⁹.

את הטעם אשר בגללו נידונה הצוואה שלא כדרך כל פעולה משפטית אחרת, הסביד בית המשפט כראשית פסק דינו בדברים אלה:

„ומה נשתנתה פעולה זו — הצוואה — מכל הפעולות המשפטיות? שהצוואה היא... מין יצוד „אמבולטודי“, המלווה את המצוה עד יומו האחרון. מפיו (של המצוה) היא חיה, ובהבל פיו היא מתה, כל תיו ניונת היא משתיקתו של יוצרה מחוללה, והוא — בעצם שתיקתו ואי ביטולה — מחדש כאילו בכל יום תמיד את מעשה היצירה שלו, ועם דגעו האחרון טובע בה את הגושפנקא הסופית, המקנה לה עצמה ועצמאות. לכן סבורים הסוברים, כי טוב יום המוות מיום העשיה, וכי על פיו בלבד תישק כשרות הצוואה²⁷⁰.

דברים אלה מניחים מקום לשאלה, אם הכלל שקבע בית המשפט העליון בענין כספריוס, כוחו יפה יהיה גם לגבי צוואה בלתי הדירה. מצד אחד אפשר לומר „לא פלוג“, מצד שני — אולי על ידי אי הדירותה היא נהפכת לפעולה משפטית רגילה.

19. עניני המעמד האישי של חסרי נתינות. הלכה רווחת היא בישראל, וכבר פשטה בארץ ישראל המנדטורית, כי עניני המעמד

269 כספריוס שם, כעמוד 1298.

270 כספריוס שם, כעמוד 1292.

האישי של חסרי נתינות, בני עדה מוכרת, נידונים בבית המשפט האזרחי על פי החוק הדתי של העדה שלהם. הלכה חשובה זו נקבעה לראשונה על ידי בית המשפט העליון בענין פרייברג.

„אין חוק אחיד בארץ ישראל בנוגע למעמד האישי. לכן, כאשר בתי המשפט של הארץ הזאת עומדים מול ענין המעמד האישי של אנשים שאין להם כל נתינות, עליהם להחיל את החוק הדתי או הערתי של בעלי הדין, ומכיוון ששניהם הם יהודים, הרי החוק שיש להחילו הוא דיני ישראל“²⁷¹.

„(בא כוח המערעד) לא ביקש כי נסטה מהכלל שנקבע בע"א 195/43... והיינו, כי החוק האישי של יהודי חסר נתינות הוא המשפט העברי“²⁷².

„אין ספק, כי מצווה חסר נתינות נופל לגדרו של סעיף 4 (iii) זה (של פקורת הירושה). כי מכיוון שאינו אזרח ארצישראל, הרי הוא „נתין זר“ מכוח ההגדרה של סימן 59 לדבר המלך במועצה, 1922, כפי שתוקנה על ידי סימן 2 (ד) לדבר המלך במועצה (תיקון), 1935... „החוק הלאומי“ שלו יהיה, מאין אחר, החוק הרתי של העדה אליה הוא משתייך“²⁷³.

בפסוק האחרון יש נימה שונה במקצת: הוא מכנה את החוק הדתי של חסר הנתינות בשם „החוק הלאומי“ שלו. ואף על פי כן, לא תצמח מכאן נפקא מינה לחומרא לגבי השימוש בכללי המשפט הבין לאומי הפרטי, ולא יתכן לטעון, כי החוק הרתי לגבי חסר נתינות, דינו כחוק זר שאין בו כללי הפניה²⁷⁴. מתקיים כאן, פשוטו כמשמעו, הפתגם הידוע: „יציבא בארעא — וגיורא בשמי שמיא?!“.

271 פרייברג נגד פרידמן, ע"א 195/43, 43 אל"ר 395, בעמוד 396.

272 לזין נגד לזין, ע"א 87/49, ה' פסקי דין 921, בעמוד 930.

273 בספריוס שם, בעמוד 1297.

274 על חוק לאומי ללא כללי הפניה, ראה להלן, סדק ד' (2), סעיף 4.

(ג) נתינים זרים בפני בית המשפט האזרחי

1. מ ב ו א. אגב דיוננו בפרקים הקודמים ושני חלקיו הראשונים של פרק זה, כבר נגענו בעצם כמעט בכל השאלות הנוגעות לחוקו האישי של הנתין הזר, לפי הוראות היסוד של דבר המלך; כי הענינים מעוררים ומעורבים ומסוכסכים זה בזה, וכל אחד מהם יונק מתחומי חברו. אך למען השיטה והסדר, ולשם השלמת הרעיונות, אעמוד כאן בקיצור ובמדרכו שוב על עיקרי הדברים. נושאנו כאן הוא: מה הוא החוק המטריאלי, על פיו נידונים עניני המעמד האישי של נתין זר בפני בתי המשפט האזרחיים.

2. החוק הלאומי. סימן 64 של דבר המלך אומר:

„64 (1) בנתון להוראות סימן 54 של דבר מלך זה, עניני המעמד האישי הנוגעים לנתינים זרים שאינם מושג לימים וכו', יוכרעו על ידי בתי המשפט המחוזיים וכו', אשר יחילו את החוק האישי של הצדדים הנוגעים לענין וכו'.

(2) החוק האישי יהא חוק הלאומיות (נתינות) של הנתין הזר הנוגע לענין, אלא אם כן אותו חוק מופנה אל חוק מקום מושבו הקבוע (חוק הדומיסיל), ובמקרה זה יחילו את החוק האחרון הזה“.

„חוק הלאומיות“ הוא חוק המדינה הזרה, שאותו אדם הוא הנתין או האזרח שלה, והוא נקרא בקיצור: „החוק הלאומי“.

המחוקק האנגלו-ארצישראלי סטה כאן מן העקרון החביב עליו של ה-*lex domicilii*, והחיל על עניני המעמד האישי של נתינים זרים את ה-*lex patriae* שלהם. הסיבה לכך היתה, כנראה, שרוב רובם של הנתינים הזרים היו יהודים עולי ארצות אירופה, שזקיקה נוקטת על פי רוב את עקרון „חוק המולדת“. ישנם, אולי, גם טעמים אחרים לכך י.

1 ראה חייא, התנגשות חוקים בעניני המעמד האישי בארץ ישראל, בעמוד 246.

3. כללי ההפניה. ס"ק (2) של סימן 64 מזכיר רק כלל הפניה אחד: כאשר החוק הלאומי של הנתין הזר מפנה אל חוק מקום המושב שלו, ידונו על פי חוק זה. בא סעיף 4 (111) (ג) של פקודת הירושה והוסיף, לגבי עניני ירושה, עוד שני כללי הפניה: כאשר החוק הלאומי מפנה אל החוק הדתי או אל חוק מקום המצא הנכסי דלא נידיי, ידונו על פי חוקים אלה. מפשרטו של כתוב עולה, כי אם החוק הלאומי נוקט סוג הפניה אחר, כגון חוק מקום העטות המעשה, לא ישגיחו בו, אלא ידונו על פי החוק הלאומי הפנימי של אותה מדינה זרה. ואין הדבר כן, אלא: בהחילו על עניני המעמד האישי של נתין זר את החוק הלאומי שלו, כלל המחוקק במושג זה גם את כללי ההפניה שבו. הלכה רבת חשיבות זו נקבעה על ידי השופט אולשן בענין מילר, וכך היא אמר:

„העובדה, שבסעיף 64 לדבר המלך במועצה נזכר, פרט לחוק הלאומי, אך ורק חוק מקום המושב, ולא נזכרים חוקים אחרים, כגון חוק מקום מושב הנישואין, או חוק מקום הימצא נשוא התביעה וכו', אין בה משום דאיה שהחוק הלאומי הנזכר בסימן הנ"ל משמעו דוקא החוק הלאומי המוניציפלי... נראה לי, כי החוק הלאומי הנזכר בסימן 64 לדבר המלך במועצה פירושו החוק הלאומי בכללותו, כלומר כשגם החלק המטפל בחוק הבינלאומי הפרטי נכלל בו“².

נמצא, כי סוגי ההפניה שנאמרו בסימן 64 (2) של דבר המלך ובסעיף 4 (111) (ג) של פקודת הירושה, לא עיקר אלא משל היו, וכי לאמיתו של דבר מחילים על הנתין הזר את כל סוגי ההפניה המצויים בחוק הלאומי שלו, ויהא אשר יהא הקריטריון שלהם. פירושו של דבר הוא, כי בית המשפט האזרחי כאן בארץ, יפסוק בעניני המעמד האישי של הנתין הזר בדיוק כפי שהיה פוסק בית המשפט המוסמך בארץ מולדתו (נתינות) של הזר. זה הוא, בעצם, הטעם העיקרי, אשר בגללו נוקטות רוב שיטות המשפט בעקרון החלתו של החוק הזר על כל כללי ההפניה שבו, למען לא יוצדו פיצול ודיסקרפנציה בין פסקי הדין המקומיים של מדינת הנתינות או הדומיסיל לבין פסקי הדין של המדינה הזרה.

2 פסק דינו של השופט אולשן, מילר נגד מילר, ע"א 100/49, ה' פסקי דין 1301, בעמ"ד 1321.

4. חוק לאומי ללא כללי הפניה. היסוד לשימוש בכללי ההפניה של החוק הזר הוא — כפי שנרמז בדברי השופט אולשן שם — שהם מהווים חלק אינטגרלי של חוקו הלאומי של הזר. מכאן, כי אם אותו חוק לאומי אינו מכיל כל כללי הפניה, אלא מטיל על נתין המדינה את מרותו של החוק הפנימי בכל אשר יימצא, ללא התחשבות כל שהיא עם חוק מקום המושב או מקום המעשה, חייבים יהיו גם בתי המשפט שלנו להחיל על מעשיו של הזר את החוק הלאומי הפנימי שלו, אף על פי שזכר זה הוא בניגוד לכללי המשפט הבין לאומי הפרטי של המשפט המקובל האנגלי, כי הוראת סימן 64 (2) היא הוראה אוטונומית, ואינה כפופה (כמו הוראת סימן 47) לכללי ההפניה של המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי, שהוכנסו לארצנו דרך „צינור היבוא“ של סימן 46. דבר זה יוצא, לכשנדייק היטב, מהוך דברי ממלא מקום הנשיא, השופט אולשן, במשפט סקורניק³.

למשל: חוקי המדינה הזרה קובעים, כי נישואי שני בשני (קוזין וקוזינה) של נתיניה יתשבו כנישואי עדות, ולא יהיה להם כל תוקף חוקי, אפילו אם מקום מושבם הקבוע של בני הזוג, בו נערכו הנישואין, הוא במדינה אחרת, וחוקי אותה מדינה מכירים בתקפם של הנישואין. הקוזין והקוזינה, נתיני אותה מדינה, עקרו את מקום מושבם למדינה אחרת, בה אין מניעה חוקית לנישואין כאלה, ונישאו בה זה לזו. כאן מתפצלות דרכיהם של בית המשפט האנגלי ובית המשפט הארצישראלי או הישראלי, אם שאלת תקפם של הנישואין הללו תתעורר בפני בית משפט אנגלי — הוא יראה אותם כבשרים, מכיוון שהוא יחיל עליהם, כפי שהוא נוהג בשאלות של כושר, את חוק מקום המושב של בני הזוג. לעומת זה, אם תתעורר השאלה בפני בית משפט אזרחי כאן בארץ — הוא יראה אותם כבטלים. בי בתי המשפט שלנו יחילו על הנישואין, כפי שנצטוו בסימן 64 (2), את החוק הלאומי של בני הזוג, ולפי חוק זה — על פי הנחתנו — הנישואין הם חסרי תוקף חוקי.

5. נתינויות כפולות. אם אחת הנתינויות היא ארצישראלי או ישראלי, לא יהא מקום תפיסה להודאות סימן 64, וכשרותו של האקט

3 עיין וזק בדברי ממלא מקום הנשיא, השופט אולשן, סקורניק נגד סקורניק, ח' פסקי דין בעמוד 159.

תהא נידונה על פי החוק האישי של האדם לפי סימן 47, ולא רק מפני שהעקרון המקובל כמעט בכל ארצות תבל הוא, כי בתי המשפט המקומיים יעדיפו את הגתירות המקומית, אלא מפני שבמקרה זה האיש בכלל אינו נתין זר, יען כי "נתין זר" לפי התגדרה של סימן 59 המתוקן הוא: "מי שאינו נתין ארצישראלי (ישראלי)".

במקרה של גתירות זרות כפולות, ראינו לעיל⁴, כי הדעה (או המגמה) הרווחת בקרב משפטי העולם היא, כי יש לבור ולהעדיף את הגתירות (הלאומית) האפקטיבית, ויתכן כי גם בתי המשפט האזרחיים שלנו ינקטו קו זה.

6. הזמן הקובע את כשרות האקט, אם היו לאותו נתין זר בזה אחר זה שני "חוקים לאומיים", תהא בשרותו של האקט נידונה, בדרך כלל, לפי החוק הלאומי ששרר עליו בשעת המעשה. קל וחומר מנתין זר שהפך אזרח מקומי, ופסק דין סקורניק יוכיח!⁵

7. ירושה וצוואה. לפי סעיף 4 (iii) (א) של פקודת הירושה, מתחלקים נכסי מולק ומטלטלין של מוריש זר על פי החוק הלאומי שלו (עכשו נשתנה המצב עקב חוק שיווי זכויות האשה, שעוד נדון בו להלן). והוא הדין לגבי כשרות צוואתו של נתין זר, שאף היא נידונה על פי חוק הלאומי של המצווה, הן לגבי כושר והן לגבי צורה, אלא שלגבי הצורה קיים סייג האומר, כי אם היא נערכה ב"צורה אזרחית", זאת אומרת: נתקיימו התנאים האמורים בסעיף 12 של הפקודה, היא תהיה בכל מקרה כשרה (סעיף 4 (iii) (ב) של הפקודה)⁶. נכסי מירי מתחלקים, והיו תמיד מתחלקים, על פי הוראות החוק העותומני.

גם על שאלת סדר הפטירות חל חוקו האישי של המנוח המוריש, ואם היה נתין זר — יחול על כך החוק הלאומי שלו.

לעומת זה, אם מתעוררת שאלה בנוגע ל"סוג", ל"אופי" או ל"תכונה" של תובע וכות הידושה, השאלה נידונה, בהתאם לסעיף 23 של פקודת הידושה, לפי חוקו האישי של התובע, ואם הוא היה נתין זר — נידונה השאלה לפי החוק הלאומי שלו, ולא של המוריש.

8. בני זוג בעלי חוקים לאומיים שונים. בנוהג שבעולם יש לבעל ואשתו דומיסיל אחד, אך לא תמיד הם גם נתני מדינה אחת, ומכיוון שכאן בארץ שורר, לגבי זרים, לא עקרון חוק מקום המושב, אלא עקרון החוק הלאומי, יתואר על נקלה מקרה, בו מבחינת חוקו הלאומי של אחד מבני הזוג הנישואין יהיו כשרים, ומבחינת חוקו הלאומי של השני הם יהיו בטלים, למשל, הדוגמא שניתנה לעיל בסעיף 4, תוך שוני קל זה, כי הבעל היה נתין המדינה הרואה נישואי שני בשני תמיד כבטלים, והאשה היתה נתנת מדינת מקום המושב ומקום המעשה, שאינה מוצאה כל פגם בנישואין כאלה. היתכן, כי בית משפט אזרחי ישראלי יפסוק, כי היא נשואה לו, והוא אינו נשוי לה? ! העקרון כי "אין נישואין לחצאין", וכי אין קשר נישואין חוקי יכול להתהוות אלא אם כן הוא קושר את שני הצדדים — אינו מועיל כאן, כי מבחינת חוקו הלאומי של הבעל — הם שניהם פנויים ובלתי נשואים, מבחינת חוקה הלאומי של האשה, שהוא גם חוק מקום המושב ומקום המעשה — שניהם נשואים זה לזה, והפיצול בתהיל רק כאשר הם באים למדינה שלישית, מדינת ישראל, בה נצטוו בתי המשפט, לפי סימן 64 (2), להשקיף על שני בני זוג אלה, דרך שתי אספקלריות שונות: על הבעל — באספקלרית החוק הלאומי שלו, ועל האשה — באספקלרית החוק הלאומי שלה.

גם פסקי הדין השונים שניתנו על ידי בית המשפט העליון המנדטורי בענין כיכובסקי⁷, אינם עשויים לקדמנו בהרבה בתחומי שאלה זו, כי שם התכנסה התביעה על ביטת משפט אחת משותפת לשני בני הזוג, היא: תורת המשפט הבין לאומי הפרטי האנגלי, והטענה היתה, כי לפי שיטה זו אייכשרו של הבעל היהודי להתקשר בקשרי נישואין עם לא-יהודיה, גוררת אחריה את כטילותם מעיקרא גם לגבי האשה, הוזה אומר, כי בסופו של דבר, ואילו נתקבלה התביעה, היה בית המשפט מורד כמידה אחת,

4 פרק ד' (ב), סעיף 5.

5 ראה גם פסק דינו של השופט וילברג, הריגהורן נגד היעז המשפטי, ע"ס 54/54, ח' פסקי דין 1300, בעמדים 1303—1304.

6 ראה סלמן נגד סלמן, ע"א 204/55, י"א פסקי דין 111, בעמוד 171, ע"ן שם.

7 כיכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אמלכים 230.

ורואה בשפופרת אחת, את שני הצדדים גם יחד. זו היא בעצם, כותת דברי השופט פרומקין שם⁸, והדבר עולה גם מפסק דינו של זקן השופטים⁹. השאלה היא קשה ומסובכת, אך אינה מצומצמת דוקא לנישואי נתינים זרים. היא עשויה להתעורר, ובאותה הריפות ממש, גם אצל בני זוג מאורחי הארץ, אם הם בני דתות שונות. שאת מהן מכירה בתקפם של נישואי תערובת, והשניה אינה מכירה בהם. מבחינה פורמלית אפשר, אולי, למצוא פתרון לשאלה על ידי השגת פסק דין הצהרתי, לשבט או לחסר, מאת בית הדין הדתי, אשר זקן השופטים (כעת: נשיא בית המשפט העליון) יקנה לו סמכות על פי סימן 55 של דבר המלך, אך לא תמיד נתונה תהיה גם הדרך הזאת. חוץ מזה, אין זה פותר את עיקר הבעיה, כי השאלה היא מהי סוף חוקיותן הסובסטנטיבית של נישואין אלה, והיא יכולה להתעורר גם בפני בית משפט אזרחי. תמה אני על שהמחוקק לא נתן דעהו על הבעיה הזאת. נחמה פורתא אפשר למצוא בכך שהיא אינה הבעיה היחידה, ויש לבקר קשות את מהברי דבר המלך, על שמדוב התעסקות בעניני חלוקת הסמכויות, הם כמעט שכחו לגמדי להסדיר גם את ההוק הסובסטנטיבי של המעמד האישי. אין אני מתכוון להסדר כללי, טריטוריאלי — יודע אני, מה מנע אותם מכך — אלא להסדר סובסטנטיבי, חלקי לפותת, של הבעיות ה"בין לאומיות" או "בין דתיות".

9. פסיקה אינצידנטלית ומעשה בית דין. בסימן 47, קטע שני של דבר המלך נאמר:

"אם באיזה ענין אזרחי או פלילי שהובא לפני בית משפט אזרחי כתעוררת באודה אינצידנטלי שאלת המעמד האישי, אשר מן ההכרח להכריע בה לצורך הענין הנידון, יכול בית

8 ראה דברי הסיפס פרומקין שם, בעמ' 235, ודוק בדברים האמורים בריש השורה הרביעית של הטקסט השני. אמנם בסוף פסק דינו נאמר, כי הנישואין כשרים היו לפי חוקי קפריסין, וכי המערער גופו אפילו הודה בכך, אך זו היא — סבור אני בכל הכבוד — או טעות או צורת כיסוי בלתי מדויקת. כל מה שבא כוונת המערער "הודה" בו הוא, כי כבחתימת החוק הפנימי של קפריסין, העובדה כי בעל הוא יהודי והאשה לא יהודיה, לא היה משמשת מניעה לכשרות הנישואין.
9 עיין מפסק דינו של זקן השופטים שם, בעמ' 233.

המשפט האזרחי להכריע בשאלה, ולמטרה זו יכול הוא לקבל, בדרך הנראית לו נאותה ביותר, את חוות דעתו של משפטן הבקי בחוק האישי החל על הענין".

משמעותה של הוראה חשוכה זו היא, כי כל בית משפט אזרחי — מבית משפט השלום ועד בית המשפט העליון — רשאי להכריע בכל שאלת המעמד האישי המתעוררת לפניו, באזרח אינצידנטלי, בקשר לאיזה משפט, אזרחי או פלילי, המתברר לפניו, ורשות זו נתונה לו, אפילו אם אותו ענין, אילו גרדו במישורין, לא היה נתון לסמכותו של בית המשפט, אם מפני שלו אין בכלל סמכות בעניני המעמד האישי — כגון: בית משפט השלום — ואם מפני שאותו ענין נתון לסמכותו הייחודית של איזה בית דין דתי.

הוראה זו ודאי חשובה היא, אך היא לוקה בחסר גדול: חסרה הוראה משלימה המלמדת אותנו, מה תקפה השיפוטי של אותה החלטה אינצידנטלית, ואם היא מהווה מעשה בית דין, לגבי אותם בעלי הדין, במשפט אחר.

למשל: אשה יהודיה תובעת מזונות מבעלה היהודי בבית המשפט המחוזי. הם שניהם אזרחי הארץ¹⁰, והנתבע טוען, כי הוא אינו בעלה כלל, הואיל ולפי דיני ישראל, שהם חוקם האישי של בעלי הדין, אין תוקף לגישואין שנערכו על ידם. בית המשפט קובע — קביעה אינצידנטלית — כי בעלי הדין נשואים זה לזה, ומחייב את הנתבע בתשלום מזונות. לימים מת הנתבע, ואלמנתו מתדיינת עם יורשיו בבית המשפט המחוזי על אודות חלוקת העזבון, ושוב צפה ועולה באזרח אינצידנטלי שאלת כשרות תנישואין ההם. הדין הוא כאן בין אותם בעלי הדין, כי "כדא כרעא דאבוה", והיורשים "עומדים בנעליו" של המוריש; השאלה היא אותה שאלה ממש — eadem questio בלע"ז — שנתעוררה קודם לכן בתביעת

10 ההנחה שלנו היא כאן, כי לכית המשפט המחוזי יש סמכות לדון כתביעת המזונות: אם מפני שהדבר קרה בתקופת המנדט, עת שררה עדיין הלכת הוד, אשר, בתנאים ידועים, ראתה מזונות אלה כ"מייגסנטס", ואם מפני שהדבר קרה בישראל אחרי צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, סעיף 4 שבו מניח את הכרירה בידי האשה (ראה לעיל, פרק ב', סעיף 5, ולהלן, חלק שני, פרק ה', סעיף 4 (א)).

השאלה, מזה ומה של הנקודה המיוחדת היא, כך שאי אפשר לדעת, אם "מכלל הן אתה שומע לארץ" או "מכלל לא אתה שומע הן". גישה מעניינת לשאלה אנו מוצאים בספרו של ד"ר לבונטין¹⁵, אך גם הוא אינו מחוזה דעה ודאית בנידון זה.

ואם נענה בחיוב על השאלה, ונאמר כי במקרה דנן, התחלטה האיני-צידנטלית הראשונה של בית המשפט המחוזי מהווה "רס יודיקטא" כלפי הדיון השני הנ"ל, תתעורר השאלה הבוספת: מה יהא אם ביני לביני — היינו: בין פסק המזונות ומשפט הירושה — דן בית הדין הרבני במישרין בשאלת כשרות הנישואין והם ותחליט, כי האיש והאשה אינם נשואים זה לזה. איזהו פסק הדין אשר יהוה "רס יודיקטא" כלפי בית המשפט המחוזי: ההחלטה האיניצידנטלית שלו גופו, או ההחלטה הישירה של בית הדין הרבני? בל נשכת, כי פסק הדין הרבני ודאי אינו "נגוע" בעבירה על עקרון ה"רס יודיקטא", וזה משני טעמים: (א) יש אומרים — והיא דעה הגיונית מאד — כי החלטה איניצידנטלית של בית משפט אין בה משום "רס יודיקטא" כלפי בית משפט אחר, הדין במישרין בענין תוך סמכות ייחודית¹⁶; (ב) וזה הוא העיקר: עקרון ה"רס יודיקטא" הוא עקרון משפטי חילוני, החל כאן בארץ אם על פי סעיף 1837 של המגילה, ואם על פי המשפט המקובל האנגלי¹⁷. — בשני המקרים, איפוא, מכוח הוראת סימן 46 של דבר המלך, והוראה זו, כפי שראינו לעיל, מעולם לא הופנתה אל בתי הדין הדתיים¹⁸.

10. ענין התלוי ועומד. המותר לבית דין דתי, בטפלו בענין הנתון לסמכותו הייחודית, לרדן, אגב כך, גם בענין של הסמכות המקבילה התלוי ועומד בפני בית משפט אזרחי? התשובה לכך היא: לא! היא ניתנה בשני פסקי דין שיצאו אחרי קום המדינה מאת בית המשפט העליון הישראלי.

העוכדה כי המערער, בסוף ספטמבר 1953 — היינו: לאחר הגשת התביעה הנ"ל לבית המשפט המחוזי, ולאחר התפרסם

15 לבונטין שם, בעמודים 76—80.

16 Freeman, Law of Judgments, 5 ed., vol. 2, p. 1344.

17 ראה סלמן נגד שחב שם, בעמודים 317—318.

18 ראה לעיל, פרק ד' (ב), סוף טעין 3; עיין גם לבונטין שם, בריש עמוד 76.

המזונות, והיא, הועמדה שם בפירוש למחלוקת בין הצדדים. נתמלאו כאן איפוא — כך נראה לכאורה — כל התנאים היוצרים "רס יודיקטא" או "מניעות" לפי הרוקטרינה האנגלית¹¹, ודוקטרינה זו, כידוע, אומצה גם על ידי בית המשפט העליון הישראלי¹².

ואף על פי כן מסופקני מאד, אם גם כאן תתל ההלכה ההיא. הקוץ שבאליה הוא כי הענין אשר הוכרע במקרה דנן, באורח איניצידנטלי כנ"ל, לא יכול היה, מחוסר סמכות, להיות נדון במישרין על ידי בית המשפט האזרחי, ויש מקום לומר, כי במקרה כגון זה לא יהא משום "רס יודיקטא" בהחלטה האיניצידנטלית ההיא, ואף אם היא תוגש לפניו, יוכל בית המשפט להתעלם הימנה בפסקו בענין הירושה.

שאלה זו — עד כמה שידוע לי — עור טרם נדונה בבתי המשפט של ארצנו, וגם קשה למצוא לה אסמכתא ברודה ביודיקטורה האנגלית. היה זמן שסברו, כי החלטה איניצידנטלית בכלל אין בה משום מעשה בית דין¹³, אחר כך נסוגו מהשקפה קיצונית זו וסייגו אותה¹⁴, ועדיין לא ברור, מה דינה של החלטה מסוג זה, כאשר היא ניתנת על ידי בית משפט, שאין לו סמכות ישירה בענין, ואם היא מהווה "רס יודיקטא" כלפי בית משפט, שאף הוא אין לו סמכות ישירה באותו ענין, כמו בדוגמא שניתנה על ידינו לעיל. מצויות כמה אמדות שופטים ומלומדים הנוגעות כפריפריה של

11 vide *Outram v. Morewood* (1803), 7 R.R. 473;

Routledge v. Hislop (1860), 2 L.T. 53;

Flitters v. Allfrey (1874-1875), 10 C.P. 29;

Reg. v. Hutchins (1879-1880), 5 Q.B.D. 353;

Reg. v. Hutchings (1880-1881), 6 Q.B.D. 300.

12 סלמן נגד שחב, ע"א 126/51, 1 פסקי דין 313.

13 "... the judgment of a Court of concurrent jurisdiction directly upon this point, is as a plea, a bar, or as evidence, conclusive, between the same parties, upon the same matter, directly in question in another Court... But neither the judgment of a concurrent or exclusive jurisdiction is evidence of... any matter incidentally cognisable..."

(*The Duchess of Kingston's Case*, House of Lords, 1776.

Cockle's Cases and Statutes on Evidence, 8 ed., p. 43).

14 ראה רייגסט, ברך 21, עמך 159, ועיין בפסקי הדין המובאים שם.

cf. *Everest and Strode, Law of Estoppel*, 3 ed., p. 89, ad n. (1).

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953 — פנה לבית הדין הרבני בתביעת גט נגד אשתו, ועורר שם הן את שאלת מזונות האשה... והן את שאלת מזונות הילד... עובדה זו — גם אם נניח כי היא נופלת לגדרו של סעיף 3 לחוק הנ"ל — אין, על כל פנים, בכוחה להשמיט מתחת ידי בית המשפט המחוזי את הסמכות שהיתה כבר נתונה לו מכוח התביעה שהוגשה לפניו ביום 8.7.53 כאמור¹⁹.

וכבר נפסקה הלכה, כי ענין של מעמד אישי שהוגש לבית משפט אורחי כחוק, והוא תלוי ועומד כדין, לא יחזק לו בית דין דתי²⁰.

פירושו של דבר: אם הענין, בעת הגשתו לבית המשפט האורחי, היה תוך תחומי סמכותו של בית משפט זה, אין „לחטוף“ ולהוציא מידו את הסמכות על ידי הכללת אותו ענין בענין הסמכות הייחודית, המוגש לאחר מכן לפני בית הדין הדתי.

חלק שני

חוקי המדינה

19 הרניק נגד הרניק, ע"א 104/54, חי' פסקי דין 995, בעמוד 996.
20 רחמני נגד רחמני, ב"ץ 170/56, י"א פסקי דין 247, בעמוד 250.

חוקי המדינה בעניני המעמד האישי

מבוא

בחלקו הראשון של הספר, סקרנו את הלבנות המעמד האישי בישראל על פי העיקרים שהונחו ביסוד התחיקה המנדטורית, ואשר המחוקק הישראלי סמך את ידו עליהם, תוך שאר חלקי המשפט הארצישראלי, בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ה—1948, שניתנה מיד לאחר קום המדינה.

חלקו השני, המשלים, של הספר מוקדש לדיון בשינויים, רבי הערך, שהובנסו לפרשת עניני המעמד האישי על ידי חטיבות-חוק מקודיות של המחוקק הישראלי גופו. שנים הם, בעיקר, חוקי הכנסת הדנים בענינים אלה:

(א) חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951;

(ב) חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953.

נפתח בחוק השני, להיותו החשוב שבהם, מבחינת הבעיות המתעוררות בקשר להוראותיו. הוא אינו מעורר אהד, אלא מהות פשרה או "שכיל הזהב" בין פתרונות אפשריים שונים לאותן הבעיות גופן. לכאורה הוא דן, בעיקר, בהסתת גבולי הסמכות, אך למעשה מנתה הוא שינוי יסודי, עמוק, במשפט המעמד האישי של יהודים בישראל, — ער כדי כך שבית המשפט העליון ראה גם בדיני הסמכות שבו הוראות סובסטנטיביות, או מעין סובסטנטיביות, בעניני המעמד האישי. * חרץ מזה, משמש חוק זה המשך, או: מכנה-על, להוראות דבר המלך, וכבר מטעם זה בלבד ראוי לסמכו ולקרבו אל מכלול הבעיות שטפלנו בהן בחלק הראשון. געבור כסדרם על כל הסעיפים שבו, ונצביע כשולי כל אחד מהם על השינויים שחלו מתמתו כמשפט האישי של יהודים בישראל.

* ראה מסקי דיגס של השופטים זילברג ורוסמן, כהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' ססקי דין 4, בעמודים 19—20, 36.

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953

1. סעיף 1 של החוק אומר:

"עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אודחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".

(א) עניני נישואין וגירושין. תחומי הודאתו של מונח זה הופפים את תחומי הוראתו של המונח-החבר בסימן 53 (1) של דבר המלך. פרט לענין אחד — אכילת פירות נכסי מלוג — שהיה כלול במונח ההוא, אך אינו כלול עוד במונח זה. כתוצאה עקיפה של ההוראה הסובסטנטיבית שניתנה, שנתים קודם לכן, על ידי המחוקק הישראלי בסעיף 2 של חוק שיווי זכויות האשה. ועוד נדון בזה להלן, ובתוצאות העלולות לצמוח מצמצום "אוטומטי" זה.²

חוץ מענין זה כלולים בו, כאמור, כל הענינים שהיו כלולים במונח המצוי בסימן 53 (1), כגון: הצהרת קיום נישואין, ביטול נישואין, תחורת חיי אישות, מעשה ידיה, כתובה ונדוניא, תכיעות גירושין, אישור הסכמי גירושין, וכל כיוצא בזה. אמדנו: תביעות גירושין, כי הגירושין עצמם הם, כידוע, אקט הנעשה על ידי בני הוגג גופם, ביתר דיוק: אקט הנעשה על ידי הבעל בהסכמת האשה³, וממילא אין מקום תפיסה בהם ל"שיפוט" של בית הדין הרבני.

(ב) של יהודים. "יהודים" נאמר כאן, ולא "חברי העדה היהודית", ובזה ביטל המחוקק הישראלי במחי יד את "סימן ההיכר" של חברות בכנסת ישראל, אשר גרם, כידוע לנו, הרבה צרות ותלאות למאות או לאלפי זוגות של יהודים⁴. מעתה יש סמכות לבית הדין הרבני לדון בעניני נישואין

1 סידס נגד יו"ר ההוצאה לפועל, בית דין מיוחד 1/50, ח' פסקי דין 1020.
2 פרק ו', סעיף 2 (א).
3 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ב' (ב), סעיפים 5, 6 (ב).
4 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ב' (א), סעיף 7.

וגירושין של כל יהודי, בין אם הוא רשום בין אם איננו רשום בפנקסי הבוגרים של הכנסת. זו היתה, למעשה, אחת ממטרותיו העיקריות של החוק.⁵ וביטול הקדיטריון המיושן הלה חל לא רק על עניני נישואין וגירושין, אלא גם על כל ענין אחד של המעמד האישי, כפי שנראה להלן.

לא ניתנה בחוק הגדרה למונח "יהודי". כל עוד עמדה על מכונה הלכת החברות בכנסת. היה קיים מבחן ברור ביותר לסמכותו של בית הדין הרבני: רישום או אי-רישום השם בפנקס הבוגרים של הכנסת. בעצם, לא היה צורך אפילו ביהדותו של האיש, כי לפי ההלכה דאז היה באמת "השם גורם". ועצם רישומו בפנקס הבוגרים הוא יצד חוקה "בלתי סתירה", כי נושאו הוא חבר העדה היהודית, או הקנה לו מעמד של חבר, אפילו אם היה גוי.⁶ משבא המחוקק הישראלי וביטל את כל ההלכה המלאכותית ההיא, ובמקום "חבר העדה היהודית" הוכנס לחוק "יהודי" ממש, קמה וניצבה השאלה, מה הוא הקריטריון לקביעת "יהדותו" של בעל הדין לגבי הסמכות שהוקנתה לבית הדין הרבני על פי החוק הנ"ל.

ואין זה החוק היחיד בישראל, בו משתמש המחוקק במונח "יהודי", חברו לשימוש במונח זה הוא חוק השבות, תשי"ג—1950, אלא שלגבי אותו חוק אין נודעת חשיבות מרובה כל כך לדיוק ההגדרה המשפטית. כי חוק השבות, סוף סוף לא לסכסוכים ולמשפטים נוצר. מטרתו היא שיבת בנים לגבולם, ואם אדם הרואה עצמו יהודי מבקש לעלות ארצה, ושלטונות העליה יסוכנעו, על פי כל ראייה סבירה שהיא, כי אמנם יהודי הוא, ודאי לא ינעלו את שערי הארץ בפניו.⁷ חוק שיפוט בתי דין רבניים, לעומת זה, מלכתחילה נוצר לדיונים משפטיים, בהם מתלקחת לעתים קרובות מערכה כבדה בין כעלי הדין על אודות סמכותו של בית הדין, ולכן זקוקים אנו

5 ראה פסק דינו של השופט וילברג, כהן-בוטליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4, בעמודים 14 למטה — 15 למעלה. עיין חוק בענין רצאבי נגד רצאבי, ע"א 114/55, ס' פסקי דין 1319.
6 פסק דינו של השופט אגרנט (אשר השופט חשין הסכים עמו), האלו נגד האלו, ע"א 98/47, א' פסקים 195.
7 במכתבים מסוג זה אפשר יהיה להשתמש גם לגבי הוראות חוק אחרות, בהן מצוי הביטוי "יהודי" או "אינו יהודי", כגון: סעיף 13 (א) של פקודת סדרי השלטון והכשפט, תשי"ה—1948; סעיף 7 (ב)(ו) של חוק טעות עבודה ומנוחה, תשי"א—1951; סעיף 1 של פקודת ימי מנוחה, תשי"ח—1948.

כאן יותר מאשר בכל מקום אחר, לקביעת תכנון המשפטי של המונח הנ"ל. אמר ד"ר פרלס במאמר שנתפרסם על ידו ב"הפרקליט":⁸

"יתכן שהמוזיקק שלנו מהסס ביועצין להגדיר הגדרה ברורה את המושג "יהודי" שאודותיו מחולקות הרעות. אף על פי כן עלינו ליחס לו פירוש בלשהו. אינני רוצה לנסות כאן להגדיר מי הוא יהודי, אלא רק להעיר כי יתכן מאד שאין ליחס למלה "יהודי" אותו פירוש בחוק השבות ובחוק שיפוט בתי דין רבניים. יתכן שהמושג יהודי כחוק השכות הוא מושג רחב יותר, מושג לאומי, אשר יכול לכלול גם אנשים שהם יהודים לפי המוצא. לעומת זאת קשה לתאר שלצרכי שיפוט הרבנות מותר לחשוב כיהודי אדם שנולד מהורים נוצרים (אם כי אמו היתה יהודיה מלידה) ואשר הוא נוצרי לפי חינוכו, השקפתו והשתייכותו הדתית. כמו כן אין להתעלם, לצרכי שיפוט הרבנות, מהוראות סעיף 2 לפקודת עדה דתית (המרה). לכן אין לדעתי לראות כיהודי — לצרכי השיפוט — אדם שהיה יהודי אולם המיר את דתו ועבר לדת אחרת ורשם את השינוי בהתאם לפקודה האמורה."

סבורני בכל הכבוד, כי כאן נתפס המחבר המלומד לכלל טעות. נראה לי, כי הוראות הפקודה היא אין להן השפעה כל שהיא על השאלה שלפנינו, ואינן עשויות להצר את תחומי המונח "יהודי". המרת עדה נאמר שם, ולא "המדת דת", והעדה בלבד היא ה"מומרת" עקב נקיטת הצעדים האמורים בפקודה. לכן, כל עוד סמכות הרבנים מוגבלת היתה ל"חברי העדה היהודית", יכול היה יהודי להמיר אר העדה שלו, ולהפקיע עצמו על ידי כך מסמכות בית הדין הרבני, כנהון להוראות סעיף 4 של הפקודה. בדם מטבא הוק שיפוט בתי דין רבניים והמיר את המושג "חבר העדה היהודית" במושג "יהודי", שוב אין הקריטריון לסמכות בהשתייכותו העדתית, אלא ביהדותו של בעל הדין, ומעמד זה לא נשתנה כלל, אף לא מבחינה חוקית-אזרחית, על ידי המרת העדה. שאם לא תאמר כן, אלא

8 ד"ר ש. פרלס, חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, יחס: לדינים קידמים, הפרקליט, ספטמבר 1954, כעמוד 272.

תייחס חשיבות סמכותית להמרה זו, נמצא אתה על כרחך חוזר אל המצב שהיה קיים לפני צאת החוק, ומפקיע מידי הרבנים את הסמכות לדון בעניני המעמד האישי של יהודי שאינו חבר הכנסת. שהרי תקנות כנסת ישראל עדיין לא בוטלו, וההגדרה אשר בתקנה 2 שבתן עודנה שרירה וקיימת. מבחינה כללית רחבה יותר, ולא דוקא לגבי המונח "יהודי" בסעיפי החוק שלפנינו, דן בשאלה זו א. ל. גלובוס במאמרו ב"הפרקליט", בו הוא כותב:

"הסברה נותנת וההגיון מוזיב כי דתו של אדם, או דבר היותו בן עדה דתית מסויימת, אפשר לקבוע אך ורק על פי המשפט הדתי של העדה הנוגעת בדבר. נקח, למשל, יהודי: לא ייתכן בשום פנים ואופן לפסוק על פי המשפט האזרחי שפלוני "יהודי" הוא, אם לפי המשפט העברי הוא "אינו יהודי". הסתירה בפסק שבוה תופיע מיניה וכיה. כי תכליתו של פסק שכזה הרי היא שהמשפט העברי יהיה "המשפט האישי" של הנידון, ויהא חל עליו בענינים של מצב אישי. כגון נישואין וגירושין וכו'. אבל דיני אישות שלנו, כידוע, אינם חלים אלא על יהודי, המוכר בתור יהודי, לפי המשפט העברי דוקא. כי "אין אישות (על פי תורת ישראל) לנכרי". נמצא שלפי המשפט העברי, שאותו רוצה הפסק להחיל על הנידון בתור "המשפט האישי" שלו, אין דיני ישראל בנוגע לענינים של מצב אישי חלים עליו כלל. ושוב אי אפשר לומר שהמשפט העברי הוא "המשפט האישי" של הנידון הזה. כיוון שהמשפט העברי עצמו שולל ממנו את חלות עצמו בתור "המשפט האישי" שלו...".⁹

ולאחר הסתייעו שם, על דרך ההיקש, גם בשני עקרונות אחרים — היינו: כי לאומיותו (גתינותו) של אדם נקבעת על פי המשפט הלאומי הנוגע בדבר, וכי פירוש המושגים של המשפט הבין לאומי הפרטי נעשה אך ורק לפי ה"lex fori" — מסכם המחבר הנכבד את הרעיון באמרו:

9 א. ל. גלובוס, שאלות ותשובות בדיני אישות והמעמד האישי (מי הוא יהודי לפי הדין הקיים?), הפרקליט, ספטמבר 1954, כעמוד 231.

„ככה זכינו לדין כי השאלה מי הוא יהודי לפי החוק הארצישראלי נפסקת על פי ההלכה של המשפט העברי, המסורתי-הדתית, בלבד, ולא על פי שום משפט אחר; כשם שגם השאלות מי הוא מושלימי ומי הוא נוצרי בן עדה מסוימת, נפסקות אף הן על פי המשפטים הדתיים הנוגעים בדבר“¹⁰.

המשפט העברי בלבד הוא, איפוא, הקובע אם האיש הוא יהודי, כשם שהמשפט הדתי הנוצרי או המושלימי הוא הקובע הבלעדי, אם האיש הוא נוצרי או מושלימי. יען כי „המשפט הדתי הנוגע בדבר“, ובית הדין הדתי המשמש שופר לו, הוא הפוסק הראשון והאחרון בשאלה זו, ורק הוא בלבד מוסמך להחליט על השתייכותו של האיש אל העדה הדתית „הנוגעת בדבר“.

ומה יהיה, אם המשפט העברי והמשפט הנוצרי, שניהם „אוחזים“ באותו אדם גופו, וכל אחד מהם אומר: שלי הוא! מי כאן — לגבי הכלל דלעיל — המשפט הדתי „הנוגע בדבר“, ולאִיזה מהם תנתן זכות הבכורה? על כך, למרבית הצער, לא מצינו תשובה בדברי המחבר הנ"ל. והן זו היא השאלה, בהא היריעה, בכל הפרשה הסתומה הזאת. הנוסחה: כי המשפט העברי יקבע אם האיש הוא „יהודי“, והמשפט הנוצרי יקבע אם האיש הוא „נוצרי“, אינה מקדמת אותנו בהרבה, כאשר שתי השאלות יורדות כדרכן זו בזו, והן מהוות את שני עבריו של מטבע אחד. ודאי, צדק המחבר המלומד, ואיש לא יחלוק עליו, כי אם המשפט העברי אומר שהאיש אינו יהודי, לא יוכלו לו כל מלכי מזרה ומערב, ושום בית משפט אורחני, או בית דין דתי זה, לא יוכל להחליט — ולדעתי, גם לא יתיימר להחליט — כי אמנם הוא יהודי. גם נכון מאד ההיקש שלמד בעל המאמר, והוא צדק בהחלט בהסיקו הימנו, כי כשם שחוקי מדינה אחת אינם יכולים „להעמיס“ על מדינה אחרת נתינותו של אדם, אם זו האחרונה אינה רואה אותו כנתין שלה, כך אין דת אחת יכולה „לזכות“ את חברתה בבנידת, שאין זו מכירה בו, באשר לשלילת ההשתייכות הדתית, יקום תנוד דברו של משפט אותה הדת, אשר אליה מנסה מישהו מן החוץ לייחס את השתייכותו של אדם מסויים. אך הקוץ שבאליה והקושי העיקרי מחפורר, כאשר הסכסוך בין

10 שם, בעמוד 233.

שתי הדתות אינו „נגאטיבי“ אלא „פוזיטיבי“: כאשר כל אחת מהן תובעת לעצמה את השתייכותו הדתית של האיש, מה יעשה, איפוא, בית משפט אורחני, בעמדו — אגב דיון בענין הגתון לסמכותו — מול שתי „תביעות“ נוגדות כאלה, והיכן הוא ימצא את „הכתוב השלישי“ שיכריע ביניהן?

השאלה שלפנינו שני פנים לה: עניני וסמכותי. עניני — איזהו החוק האישי של „כפול־דת“ כאלה, בהיותם נידונים בפני בית המשפט האורחני; סמכותי — מי הוא בית הדין המוסמך לרוך ייחודית בעניני נישואין וגירושין שלהם. ה„פך“ הראשון אינו נוח לפתור, אך השני עוד קשה הימנו. נוטה אני לחשוב, כי „יהודי“ במובן סעיפי החוק הנ"ל, הוא כל אדם אשר דיני ישראל רואים אותו כיהודי, כי אינני רואה, באיזה קריטריון אחר אפשר להשתמש לגבי סמכותו של בית הדין הרבני, לאחר שהרגש הוטל על יהדותו של בעל הדין. לבית הדין הרבני תהיה, איפוא, סמכות ייחודית לדון גם נישואין וגירושין של יהודים מומרס יי, אך דא עקא, וכאן מקום התורפה והתסבוכת בכל הפרשה הזאת, כי סמכות ייחודית זו לפעמים לא תהיה „ייחודית“ כל כך, יתכן ויקום לה „מתחרה“, בצורת סמכות, אף היא ייחודית, הגתונה בעת ובעונה אחת לבית דין דתי אחר, כי אם בני הזוג המומרים הללו הם, למשל, קתולים ישראלים, תהיה גם לבית הדין הדתי הקתולי סמכות ייחודית לדון בעניני נישואין וגירושין שלהם יי, מכוח סימן 54 (1) של דבר המלך. ומה יהיה אם ינתנו שני פסקי דין נוגדים זה את זה על ידי שני בתי הדין — אינני יודע! יתכן כי ילכו על פי הראשון, ויתכן — על פי השני דוקא, יש כאן פנים לכאן ולכאן, ואינני מוכן להכריע בדבר, על כל פנים, לפנינו יצור משפטי בלתי רגיל, מיוחד במינו: סמכות ייחודית, שאינה מיוחדת לבית דין אחד, ונראה לי כי אין בארצנו שום מכשיר משפטי — חוץ מן המחוקק גופו — המסוגל לחתוך ללא שיור את הקשר „הגורדי“ הזה; יש להצטער על כך, שמנסחי חוק שיפוט בתי דין רבניים לא נתנו את דעתם על הבעיה הגלויה והבולטת הזאת.

11 הכומר קידושיו קידושין, גישו גם, חליצתו חליצה, ורק כאי אלה דינים נוהגים קצת לקולא במקרה של מומר, ראה רמב"ם הלכות אישות, פרק ד', הלכה ט"ו; מרדכי יבמות, פרק החולק, סי' ק"ו; שו"ת מהר"י מינץ, סי' י"ב; ש"ע אה"ע, סי' קכ"ט, סעי' ה'; סי' קנ"ה, סעיפים ד', ה'; כאר היטכ שם, סי' ג', ופתחי תשובה שם, סי' ג'.

12 במשפט הדתי הקתולי אין אמנם גירושין, אבל יש פירוד ויש ביטול נישואין.

ואשר ל"פך" האחד של הבעיה — היינו: על פי איזה חוק דתי ידון בית המשפט האזרחי, תוך גבולות סמכותו, את עניני המעמד האישי של "כפול־דת" אלה — אפשר אולי להסתייע, אלא בכיוון אחר, ברעיון שעורר א. ל. גלובוס גופו במאמר הנ"ל. כוונתי להיקש מתוך העקרונות החלים על קביעת נתינותו של אדם. וכך הוא אומר שם:

"לפי החוק היסודי של המשפט הארצישראלי — הוא דבר המלך במועצה על א"י משנת 1922 — העקרון של המשפט הדתי בתור המשפט האישי לנתיני א"י תופס את מקום העיקרון של המשפט הלאומי בתור המשפט האישי לנתיני חוץ. אנו רשאים, איפוא, ללמוד זה מזה בדרך היקש. והנה לאומיותו (או נתינותו) של אדם נקבעת על פי המשפט הלאומי הנוגע בדבר. למשל, אין אדם נחשב בשום ארץ כנתיני בריטי, אלא אם כן המשפט האנגלי מכיר בו כנתיני בריטי. העיקרון הזה של המשפט הבינלאומי אושר וקיים באמנת האג על שאלות מסוימות הנוגעות להתנגשות בין חוקי נתינות, מיום 1.4.1930, ונתקבל על ידי בית הדין הבינלאומי לצדק, ונתקבל גם על ידי בתי המשפט האנגליים. בדרך האנלוגיה עלינו לומר: מה לאומיות (או נתינות) של אדם נפסקת ונקבעת על פי המשפט הלאומי של המדינה הנוגעת בדבר, אף דתיות (השתייכות לדת או לעדה דתית מסוימת), נחתכת ונקבעת על פי המשפט הדתי של העדה הנוגעת בדבר"¹³.

אנלוגיה זו נכונה היא, ללא ספק, כי באמת יש דמיון רב בין השתיים, ומן הראוי להחיל עליהן עקרונות קביעה שווים.

והנה באותה אמנת האג שהוזכרה על ידי בעל המאמר, מצוי סעיף חשוב מאד (סעיף 5) הקובע, כי אם אדם מסוים הוא בעל שתי לאומיות (נתיניות) או יותר, תוכל המדינה השלישית לבחור בין הלאומיות השונות של אותו אדם.

"ולהכיר באופן אכסלרובי, או בלאומיות של הארץ בה מצוי מקום מושבו הרגיל והעיקרי, או בלאומיות של הארץ, אשר הוא, כפי שהמסיבות מראות, נראה כקשור אליה ביותר."

זה הוא עקרון ברירת הנתינות על פי "מבחן האפקטיביות" של הקשר, כפי שהוסבר על ידינו לעיל¹⁴.

לפיכך אומר אני: נאמץ לנו עקרון ברירה זה, על דרך האנלוגיה הנ"ל, גם בנוגע להשתייכותו הדתית של האיש, ובית המשפט האזרחי — המשמש כאן מעין "מדינה שלישית" — יחיל על עניני המעמד האישי של אדם כפול־דת, את חוקי הדת האפקטיבית, זאת אמרת: את חוקי אותה הדת, שהוא, בעל הדין, קשור אליה ביותר.

לא התעלמתי מן הקושי הרב הכרוך בהפעלת מבחן זה, אך אותו קושי רב, ועוד ביתר שאת, קיים גם לגבי ברירת הנתינות. שהרי קל יותר יהיה לקבוע, עם איזו דת מזדהה יותר אדם כפול־דת, מאשר לקבוע, עם איזו מדינה מזדהה יותר כפול־נתינות היושב במדינה שלישית, ואם באותן המדינות שאישרו את אמנת האג ועשו אותה חוק, מצוה השופט — והוא ודאי גם מצליח — למצוא קריטריון כל שהוא, כדי להכריע על פיו בברירת הנתינות, קל וחומר שלא יקשה על שופט ישראלי למצוא קריטריון מתאים להכרעה בבדידת ההשתייכות הדתית.

נראה לי, כי השימוש בעקרון ברירה זה, היא הדרך היחידה הפתוחה לפני בית המשפט האזרחי, בבואו לדון — תוך גבולות סמכותו — בעניני המעמד האישי של אנשים כפול־דת, כי בפניו וכלפיו מופיעים חוקי שתי הדתות כ"טוענים" שווי זכויות; הוא לא יוכל "לשמוע" את האחד בלי להאזין גם לדברי השני, — ולאחר שישמע את שניהם, הוא מוכרח יהיה לומר, כי שניהם צודקים, שהרי כל אחד מהם, מנקודת השקפתו הוא, צודק בהחלט, ואין כאן "כתוב שלישי" שיכריע ביניהם. נמצא, כי לבית המשפט האזרחי "אין ברירה", בלתי אם להזקק לעקרון הברירה ההוא, זאת אמרת: לבור מבין השתיים את ההשתייכות הדתית ההרוקה ביותר, ולהחיל על בעל הדין את חוקי הדת רזאת.

"יהודים" או גם "יהודי"? שאלה זו נדונה על דפי העתונות המקצועית שלנו, הובעו בה דעות לכאן ולכאן, עד שהוכרעה לפני כמה חדשים בפסק דין שניתן על ידי נשיא בית המשפט העליון, השופט אולשן.

14 חלק ראשון, פרק ד' (ב), סעיף 5.

13 הפרקליט שם, 231.

השאלה היתה, אם לבית הדין הרבני נתונה הסמכות שניתנה לו בסעיף 1. גם כאשר רק אחד מבני הזוג הוא יהודי. ד"ר פרלס שעורר אותה לראשונה במאמרו הנ"ל¹⁵, עזנה על כך בחיוב, ונימוקו הראשי הוא, כי מכיוון שלפי סעיף 2 של פקודת הפרשנות, כל האמור בחוק בלשון רבים אף היחיד במשמע, הרי המונח "יהודים" כולל גם יהודי אחד. לא כן סבורה ש. בן ישי במאמרה ב"הפרקליט"¹⁶, אף היא שוקלת את השימוש בכלל הפרשנות ההוא, אלא שלדעתה חל כאן הסייג האמור בו: והוא בשאין בגוף הענין דבר שאינו מתיישב עם משמעות זו, ובענין החוק דגן יש משהו המתנגד למשמעות הנ"ל, כפי שהמחברת המלומדת מבארת באותו מאמר, עיי' שם.

תכה אני, אם אפשר היה בכלל להשתמש כאן בכלל הפרשנות הנ"ל. נכון הדבר, כי מספר רבים כולל, בדרך כלל, גם מספר יחיד, אכל — רק את היחיד המהווה חלק מן הרבים, ולא יחיד זה בצירוף עוד "יחידה" שאינה כלל מסוג הרבים, אם המחוקק, למשל, יאמר "גברים", יחול הדין גם על "גבר" אחד, אבל לא על "גבר ואשה". והוא הדין כאן: אף אם תאמר, כי המונח "יהודים" כולל גם יהודי אחד, הוא עדיין לא יכלול "יהודי וגויה": נמצא כי לגבי הגויה ודאי לא תהיה סמכות לרבנים; ואם כך הוא הדבר, הרי ברור שלא תהיה להם סמכות אפילו לגבי הבן-זוג היהודי. שכן איש לא יעלה על הדעת, כי המחוקק הישראלי רצה — דוקא בעניני נישואין — לאפשר מתן פסקי דין, שיהיו תופסים לגבי צד אחד בלבד, ושלא תאמר: הצד הלא יהודי יבקש לו תרופה בבית הדין הרתי שלו, — הרי גם זה לא נכון. כי סמכותם של בתי הדין הדתיים האחרים, ודאי שמוגבלת היא לבעלי דין שהם כולט בני העדה של אותו בית דין, יי נמצא שאותו בית דין לא יוכל להושיע אפילו לבן-זוג הלא יהודי. אמור מעתה: המלה "יהודים" שנסמכה למלים "נישואין וגירושין", פירושה: בני זוג יהודים, וממילא אין היא כוללת בני זוג שאחד מהם הוא לא-יהודי.

ואמנם זו היא — כך נראה לי — כוונת הדברים שנאמרו על ידי נשיא בית המשפט העליון בפסק הדין הנ"ל:

15 שם, בעמודים 273—274.

16 ש. בן ישי, סמכותם של בתי הדין הרבניים, הפרקליט, אפריל 1955, עמודים 167—175.

17 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ג' (א), סעיפים 1, 2.

הטענה הראשונה אשר מר סטנר ניסה לעורר היתה, שמכיון ואחד הצדדים לבקשה (המבקשת) הנה יהודיה, הרי נתונה לי הסמכות לפי סימן 55 הנ"ל, מפני שבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג, נאמר ש"עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה ותושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים".

לטענה זו, שלא נטענה בפה מלא, שתי תשובות: ראשית אם פירושו של סעיף 1 הוא כפי שמר סטנר מנסה להציע, הרי אין צורך לפנות אלי לפי סימן 55 לדבר המלך במועצה, אילו היה נכון שלפי החוק החדש כשצד אחד "לענין נישואין" הוא יהודי הענין הנו בשיפוטו הייחודי של בית הדין הרבני, הרי אינה יכולה להתעורר כל מחלוקת ביחס לשאלה איזה בית דין מוסמך לדון בענין וסימן 55 הנ"ל אינו יכול לחול על מקרה כגון זה.

שנית, אין אני מוכן לקבל את הפירוש הנ"ל. נכון הדבר שלפי פקודת הפרשנות מספר רבים משמעו גם מספר יחיד, ולהיפך. אולם הכלל הזה אינו יכול לחול על המלה "יהודים" שבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הנ"ל. בנישואין ובגירושין תמיד שני צדדים, אשה וגבר. לכן כאשר בסעיף זה מדובר על יהודים, הכוונה היא: לאשה וגבר יהודים ואין למצוא דבר בפקודת הפרשנות היכול לאפשר פירוש המלה "יהודים" כמתייחסת לאשה לבד או לגבר לבד¹⁶.

הסמכות בנישואין תערובת תהיה נתונה, איפוא, לבית המשפט המחוזי, אלא שסמכותו של זה תהיה יותר מצומצמת מסמכותו של בית הדין הרבני; כי הוא (בית המשפט המחוזי) לא יהיה מוסמך לתת "פסק הפקעת נישואין" אם אחד מבני הזוג הוא נתין זר (סימן 64 (1) של דבר המלך), בעוד אשר לגבי בית הדין הרבני אין קיימת עוד הגבלה שכזאת, כפי שנראה להלן.

היכול נשיא בית המשפט העליון במקרה נישואין תערובת כאלה — היינו: נישואי תערובת בין יהודי ולא-יהודי — להפעיל את הסמכות

18 ס. נגד ס., בקצות שונות 39/57, י"א פסקי דין 921, כעמוד 922.

הנתונה לו על פי סימן 55? ד"ר פרלס עורך ספק רציני בדבר, באמרו כי עקב ביטול הקריטריון של התברות בכנסת ישראל, יהודי אינו "חבר עדה דתית" במובן סימן 55. כן סבורה גם ש. בן ישי במאמרה הנ"ל.²⁰

אך לא כן, כנראה, היא דעתו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אילשן. מאז צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, הוגשו כמה בקשות לנשיא בית המשפט העליון על פי סימן 55.²¹ בכלום היה בן-זוג אחד יהודי, ואף על פי כן לא שלל השופט אולשן מעצמו, בשל כך, את הסמכות לפעול על פי הסימן הנ"ל.

(ג) בישראל, ברור הדבר, כי אם שני בעלי הדין (היהודים) נמצאים הם גופם בישראל, יש לבית הדין הרבני הסמכות שניתנה לו בסעיף 1. כמו כן סבור אני, כי אם מקום מושבו הקבוע (הדומיסיל) של בעל הדין הוא בישראל, דינו כאילו נמצא הוא גופו בישראל. אסמכתא לכך מצויה בפסקי דינים של זקן השופטים טראסטד והשופט פרומקין בענין ביכובסקי.²² התביעה לביטול הנישואין התבססה שם, מבחינה פרוציסואלית ומבחינות אחרות, על הוראת סימן 47 של דבר המלך, ואותו סימן אמר, כי לבתי המשפט האזרחיים תהיה סמכות לדון בעניני המעמד האישי של "אנשים בארץ ישראל". הבעל היה אמנם אזרח ותושב ארץ ישראל, אך האשה (שנישאה לו בקפריסין) לא היתה מעולם כארץ ישראל, ורק הדומיסיל שרכשה מכוח החוק עקב נישואיה קשר אותה לארץ הזאת. תקפם של נישואין אלה הוא שהיוה את הנושא העיקרי במשפט זה, וטענתו של הבעל היתה, כי הם מעולם לא תפסו בשל שוני הדתות שביניהם. נתעוררה, איפוא, השאלה, אם במקרה כגון זה ובתביעה כגון זו, יש בכלל לבית המשפט הארצישראלי סמכות לדון בענין. השופט פרומקין אמר בקיצוד ובפשטות:

19 ד"ר פרלס שם, בעמוד 274.

20 בן ישי שם, בעמוד 169.

21 פרוכטר נגד פרוכטר, המרצה 121/55, ט' פסקי דין 1361; לויט נגד לויט, המרצה 168/55, ט' פסקי דין 1539; צ'כור נגד צ'כור, המרצה 6/57, י"א פסקי דין 335; ס. נגד ס., שצוטט לעיל.

22 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 11/41, 41 אפלוכום 230.

"לצורך סימן 47 של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, רואים גם אותה כ"אדם בארץ ישראל", מפני שעל ידי הנישואין היא רכשה, לפחות באופן טכני, את הדומיסיל של בעלה".²³

אך זקן השופטים טראסטד לא הסכים עמו ואמר:

"אם לא היו כאן נישואין — הדי תמיד היו: נתינותה קפריסאית והדומיסיל שלה קפריסאי".²⁴

פירושו של דבר: גם הוא לא חלק על כך, כי דומיסיל חוקי בארץ ישראל הנרכש על ידי אשה יושבת-חוץ מכוח נישואיה לתושב ארצישראלי, עושה גם אותה ל"אדם בארץ ישראל" לצורך סימן 47 הנ"ל, אלא שדעתו היתה — דעה אשר השופט פרומקין חולק עליה בתוקף, וכעצם כבר נדחתה על ידי בית המשפט העליון במהדורא הראשונה של הערעור²⁵ — כי אם צדק הבעל בטענתו, כי הנישואין מעולם לא תפסו, הדי גם הדומיסיל מעולם לא נרכש על ידה, ושוב אין היא "אדם בארץ ישראל" במובן הסימן הנ"ל.

הלכה פסוקה היא, איפוא, כי "הדומיסיל החוקי כשיבה בארץ דמי", ואם היא בשעתה נפסקה לגבי סימן 47 המנדטורי, אין כל מניעה להחיל אותה גם על סעיף 1 של החוק הישראלי. שהרי ודאי איש לא יאמר, כי הקשר של יהודי למדינת ישראל, הוא יותר קלוש מן הקשר של סתם "אדם" לארץ ישראל. והפועל יוצא הוא, כי אם זוג יהודים המתגוררים זמנית בחוץ לארץ יש להם מקום מושב קבוע בישראל, הרי הם "יהודים בישראל" לצורך סעיף 1 הנ"ל, ובית הדין הרבני יהא מוסמך ייחודית — "ייחודית" כלפי כל בית משפט או בית דין ישראלי אחר — לדון בתביעת נישואין או גירושין שהובאה על ידי בן זוג אחד נגד השני. ועל אחת כמה וכמה, אם אחד מהם גם יושב בפועל ממש במדינת ישראל, זו היא המסקנה העולה בעליל מתוך פסקי הדין שניתנו על ידי זקן השופטים טראסטד והשופט פרומקין בענין ביכובסקי הנ"ל.

23 ביכובסקי שם, בעמוד 235.

24 ביכובסקי שם, בעמוד 234.

25 ביכובסקי נגד ביכובסקי, ע"א 9/40, 7 לבנון 173.

היכול יהודי המצוי בחוץ לארץ לתבוע לדין את בן זוגו המצוי בארץ, בעניני נישואין וגירושין, לפני בית הדין הרבני? כדי שלא לשבש את השאלה על ידי בעיה אחרת, נצמצם אותה לבני זוג יהודים אזרחי המדינה, אשר ביחס אליהם — כפי שנראה להלן — אין צורך שיהיו גם "תושבים" ישראלים. והתנאי היחיד הוא כי הם יהיו בישראל, ואפילו באופן ארעי בלבד.

למשל: הבעל היהודי הישראלי הוא בעל דומיסיל זר, ויושב גם בפועל ממש מחוץ לגבולות המדינה; האשה היהודיה הישראלית, אף היא אמנם הדומיסיל שלה בחוץ לארץ — שכן בנידון זה היא הולכת אחר הבעל — אך למעשה היא מתגוררת בישראל; הוא רוצה להפרד ממנה, והיא מסדבת; היוכל לתבעה לדין לפני בית הדין הרבני בישראל, והאם יהיה לבית דין זה סמכות ייחודית, היינו: סמכות שאינה תלויה בהסכמת האשה. לדון בענין? לכאורה — לא! כי מכיוון שהבעל אינו מצוי בישראל — לא בגופו ממש ואף לא באופן משרטי "קונסטרוקטיבי" מכוח הדומיסיל — הרי לא נתקיים כאן התנאי של "יהודים בישראל"; הוא חייב, איפוא, כדי להקנות סמכות לרבנים, לבא בעצמו לישראל, ולא יוכל לתבעה לדין באמצעות עורכי דין וטוענים ממקום המצאו בחוץ לארץ.

ואף על פי כן מקנן ספק רב בלבי, אם אמנם כך הוא הדבר. הגע בעצמך: יש טעם לדרוש, כי הנתבע יהיה בישראל; מפני שהמחוקק הישראלי, כמו כל מחוקק אחר, אינו רוצה להטיל את מרותם של בתי הדין שלו על מי שנמצא בחוץ לארץ, ואין לו אפילו קשר של דומיסיל עם הארץ הזאת; אך מדוע נדרוש גם שהנתובע יהיה בישראל? הן הוא על ידי עצם הגשת התביעה שלו, מקבל על עצמו "עול מלכות" בית הדין הרבני הישראלי, ומה לנו כי נמנע אותו מכך? יש ויש טעם בהגבלת סמכותו של בית הדין הרבני אפילו בנוגע לתביע המסכים לשיפוטו, כאשר לתובע זה הסרה הסגולה האישית היסודית של היותו יהודי; אך מדוע ינעלו דלתות בית הדין בפני יהודי יושב-חוץ ותושב-חוץ המתדפק עליהן לשם השגת צדק, כאשר אשתו יריבתו, מבחינתה היא נתונה לסמכותו של בית הדין, ובית דין זה הוא — כפי שיקרה לעתים קרובות — הערכאה השיפוטית היחידה, בה יוכל להשיג את מבוקשו? עד כמה שידוע לי, אין שיטות משפט המכילות הגבלות מסוג זה, חוץ מאשר לגבי מתן ערובה להוצאות וכדומה, כי היות שערי בית המשפט פתוחים לכל דורש — הוא עקרון צדק יסודי המקובל אצל כל העמים הנאורים, סבורני איפוא, בלי יקצוע מסמרות בדבר, כי למרות המלים "יהודים בישראל", מספר רבים.

הרי התנאי הסמון במלה השניה, תנאי ההימצאות בישראל, די לו שיתקיים לגבי הצד הנחבע בלבד, גם במשפט ביכובסקי הנ"ל — כך נראה לי — נתעוררה השאלה רק מפני שהאשה הנחבעת לא היתה מעולם בארץ ישראל.

תנאי ההימצאות בישראל יש לו, בעצם, חשיבות רק לגבי אזרח המדינה, כי אם הוא נתין זר, יש צורך — כפי שנראה להלן — שהוא יהיה "תושב", זאת אומרת: בעל מושב קבוע בישראל, ואם הוא "תושב" כזה, הרי הוא ממילא כבר "נמצא" בישראל, כפי שהסברנו לעיל.

אם בעלי הדין נמצאים שניהם מחוץ לישראל, אין לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בעניני נישואין וגירושין שלהם. נקוד על "ייחודית" כי סמכות "מקבילה", היינו: סמכות התלויה בהסכמת בעלי הדין, יש לבית הדין הרבני גם במקרה זה, מכוח ההוראה הכללית האמורה בסעיף 9 של החוק, אשר נדון בו להלן.

(ד) אזרחי המדינה או תושביה, נאמר כאן "או", ללמדך כי אפשר לו להאחד שיתקיים בלא השני, והרבר לא יפגע בסמכות הרבנים, יכול שיהיה אזרח ולא יהיה תושב, יכול שיהיה תושב ולא יהיה אזרח, ובכל אחר משני מקרים אלה תהיה לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בעניני נישואין וגירושין של אותו יהודי. אזרח ולא תושב כיצד? הוזה אומר: יהודי ישראלי המתגורר זמנית בישראל; תושב ולא אזרח כיצד? הוזה אומר: יהודי נתין זר היושב באופן קבוע בישראל.²⁶

הסמכות שניתנה לבית הדין הרבני בנוגע לעניני נישואין וגירושין של יהודי זר תושב הארץ, היא אחר החירושים החשובים ביותר של חוק שיפוט בתי דין רבניים, והוא חשוב משתי בחינות: מבחינה סמכותית

26 "תושב" הוא חושב קבוע, ולא מתגורר זמני, והא ראייה: על דברי אברהם אבינו לבני חת, "גר ותושב אנכי עמכם" (בראשית כ"ג, ד') אומרים מפרשי התורה: "גר מארץ אחרת ונתיישבתי עמכם" (רש"י שם); "מפני שאני תושב עמכם, שבאתי להשתקע לא לגור בלבד" (ספורנו שם); "מי שהלך מארץ מולדתו ונתיישב בארץ אחרת, נקרא גר תושב, או גר ותושב" (פירוש על אבן עזרא שם); "והנה עתה אני תושב עמכם, כי הפצתי לשבת בארץ הזאת" (פירוש הרמב"ן שם); "גד — ד"ר, תושב — מארי ביתא" (בדאשית רבה שם); על אליהו התשני נאמר שהיה "מתושבי גלעד" (מלכים א', פרק י"א, א'); "כל שהוא תושב (קבוע) בשיעור נקרא אהר" (ירושלמי שבת, פרק ו', דפוס ויניציאה רפ"ב, דף ח' ע"א, סוד שני למטה), ראה כ"ף 230/59, י"ג פסקי דין 1832.

ומבחינה עניינית. מבחינה סמכותית: כי מעתה — שלא כמו קודם — חייב גם יהודי זר תושב הארץ להתדייק בעניינים כאלה בפני בית הדין הרבני, מבחינה עניינית: כי מעתה — שלא כמו קודם — יכול בית הדין הרבני לתת ליהודי זר כזה אפילו פסק דין המפקיע את נישואיו. כי הפקעת נישואין היא ללא כל ספק, „ענין של נישואין“, וממילא נכללת בסמכות שניתנה לרבנים על פי הסעיף הנ"ל.

וכיצד יכול בית הדין להפקיע נישואיו של יהודי? כמובן לא על ידי פסק דין של גירושין! כי „גירושין מכוח פסק“ אינם בנמצא בדיני ישראל, והבעל בעצמו הוא המגרש את אשתו. בית הדין יכול „להפקיע“ את הנישואין רק בדרך אחת: על ידי מתן פסק דין המצהיר על ביטול הנישואין. — אם משום שלא סודרו לזוג חופה וקידושין כדון, ואם משום שהאשה היא אחת העריות שאין קידושין תופסין בהן²⁷. קודם לכן, היינו: לפני צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, לא יכול היה בית הדין הרבני לתת פסק דין כזה, מכיוון שלפי הסייג לסימן 65 של דבר המלך, לא היה לו „כוח“ לתת לנתין זר „פסק הפקעת נישואין“, ומונח זה — לפי ההגדרה אשר בסימן 2 (ו) של דבר המלך (תיקון) 1935 — כלל גם פסק ביטול נישואין, ואפילו כאשר הנישואין הם בטלים „מעיקרא“, ובית הדין רק מצהיר על בטילותם²⁸. עתה הוא יכול לעשות זאת. סעיף 1 של החוק כיטל, איפוא, לגבי יהודי זר (תושב הארץ), ולגבי עניני נישואין וגירושין שלו, הן את הוראת הרישא של סימן 64 (1) והן את הוראת הסיפא (הסייג) של סימן 65. חוץ מזה, יכולה מעתה אשה יהודיה להגיש לבית הדין הרבני נגד בעלה, היהודי הזר והתושב המקומי, תביעת גירושין, זאת אומרת: תביעה למחן גט, כי זה הוא „ענין של גירושין“, ואם בית הדין ייענה לבקשתה, ויתן פסק דין המצווה לכפות אותו לתת גט לאשתו, אפשר יהיה להפעיל את הסנקציה האמורה בסעיף 6 של החוק.

27 או — מקרה מאד בלתי רגיל בימינו — אם לא נחקים התנאי שהותנה בשעת הקידושין.

28 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ג' (ב), סעיף 4. המונח „פסק הפקעת נישואין“ יש לו אותו מובן ממש הן בסימן 64 (1) והן בסימן 65, כך שלפני צאת חוק שיפוט כתי דין רבניים, לא רק בית המשפט המחוזי אלא גם בית הדין הרבני לא היה מוסמך (ואפילו בהסכמת בעלי הדין) להצהיר על בטילותם של נישואי יהודי זר, שהיו נישואין „בטלים מעיקרא“.

כבר צויינה לעיל בראש הספר, וחזרה ונשנתה בו במקומות דברים אחרים, השפעת הסמכות על הפסיקה בענייני המעמד האישי בארצנו; הדין מהווה כאן, כביכול, „פונקציה“ של הדין, כי „לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי“²⁹. תופעה זו הגיעה לידי גילוייה הבולט ביותר על ידי החלת סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני על עניני נישואין וגירושין של יהודי זר (באמרי כאן ולהלן „יהודי זר“, כונתי ליהודי נתין זר שהוא תושב הארץ). מעתה תידון שאלת כשרותם של נישואי או גירושי יהודי זר — כשאלה ישירה — בפני בית הדין הרבני בלבד, ובתוצאה מכך: על פי דיני ישראל בלבד, ללא מיזוג ו„המתקה“ כל שהם על ידי כללי המשפט הבין לאומי הפרטי. נשא לו יהודי זר בארץ מולדתו אשה שהיא ערוה עליו מן התורה — כגון אחות אביו, אלמנת אחיו שמת והניח בנים, אשה שנתקדשה לבעלה הקודם כדת משה וישראל ונתגרשה ממנו בגירושין אזרחיים — הרי כשיבואו בני הזוג למדינת ישראל ויתישבו בה, יוכל כל אחד מהם לקבל מבית הדין הרבני פסק דין המצהיר על ביטול נישואיהם, ויהא אשר יהא אורך הזמן בו הם קיימו את חיי האישות שלהם. בית הדין הרבני לא יכיר בתקפם של נישואין אלה, גם אם כשרים היו בעת עריכתם הן לפי „החוק הלאומי“ של בני הזוג, והן לפי חוק מקום המריב שלהם, כי כדיני ישראל לא תפסו הנישואין מעולם, ושום כלל משפטי-אזרחי — לא זה של סימן 64 (2) ולא אלה של המשפט הבין לאומי הפרטי — אינו הוכיח עליהם (על דיני בית הדין הרבני), והם רשאים שלא להתחשב עמו כלל³⁰. והוא הדין כהיפוכו של דבר: אין בית הדין הרבני חייב להתחשב בהוראת סימן 64 (2) או כאיזה שהוא כלל מכללי המשפט הכין לאומי הפרטי, כאשר אלה מחייבים שלא להכיר בתוקף הנישואין, אם יהודי סובייטי, למשל, נשא בברית המועצות יהודיה סובייטית כדת משה וישראל, ונפרד ממנה בלא גט, מאין צורך בכך לפי חוקי ברית המועצות, תוכל אשתו אחרי כמה וכמה שנות פירוד, בעל כרחו של הבעל היושב בישראל, לקבל מבית הדין הרבני פסק דין המקנה תוקף למפרע לנישואין הבטלים ההם.

29 פסק דינו של השופט זילברג, בהןבוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4, בעמוד 19.

30 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (א), סעיף 1, פרק ד' (ב), סוף סעיף 3.

שני רבדים אלה לא יכלו להעשות, או: כמעט לא יכלו להעשות, לפני פרסום חוק שיפוט בתי דין רבניים. כי תביעה למתן פסק דין המצהיר על קיום נישואיו של יהודי זר, היתה, על פי סימן 64 (1), בסמכותו של בית המשפט המחוזי, והוא, לפי פסק דינו של הרוב בערעור סקורניק — לפחות: באין שיקולים מיוחדים³¹ — היה מחיל על נישואי היהודי הסובייטי הוא את "החוק הלאומי" שלו, הרואה אותם ככטלים, ואילו פסק דין המצהיר על ביטול נישואיו של יהודי זר, ככלל לא יכול היה להנתן כאן כארץ על ידי שום ערכאה שיפוטית: לא על ידי בית המשפט המחוזי, בעטיה של הוראת סימן 64 (1), ולא על ידי בית הדין הרבני, בעטיו של הסיג לסימן 65.

עינינו הרואות, כי סעיף 1 של החוק, על אף צורתו החיצונית הנרשאת אופי סמכותי גרידא, הכניס למעשה שינויים מרחיקי לכת, גם מבחינה סובסטנטיבית, לעניני המעמד האישי של יהודים בישראל, ומטעם זה ראה בית המשפט העליון את העברת הסמכות שבו בענין "מטריאלי", שאין לו תתולה רטרואקטיבית על משפטים שהחלו בהם, לפני פרסום החוק, בבית המשפט המחוזי³².

(ה) בשיפוטם הייחודי, "ייחודי" תרתי משמע: יכול בית הדין הרבני לתת את פסק דינו גם בלא הסכמת הנתבע לשיפוטו; בישראל — אין בית משפט או בית דין רתי אחר, שתהא לו סמכות לדון כענינים האמורים בסעיף זה.

(ו) של בתי דין רבניים. החוק מקנה את הסמכות לבתי דין רבניים" סתם, בלי לקבוע איזה בית דין, בתוך המדינה, יהיה מוסמך לדון בעניגים האמורים, סמכות מקומית זו, תקבע לפי התקנות בנוגע למקום המשפט, שהותקנו ב"תקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, תשי"ג"³³.

31 ראה פסק דינו של השופט אולשן, סקורניק נגד סקורניק, ע"א 191/51, ח' פסקי דין 141, בעמוד 150; ראה גם פסק דינו בענין הרשנהורן נגד היועץ המשפטי, ע"פ 54/54, ח' פסקי דין 1300, בעמוד 1307.

32 כהרבוטליק שם.

33 ראה שם, שער א, סדק א, תקנות ח"א.

תקנות אלה דומות מאד כתבונן לתקנות המקבילות החלות על הדיונים בבתי המשפט האזרחיים של המדינה³⁴.

2. סעיף 2 של החוק אומר:

"נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה".

(א) נישואין וגירושין של יהודים. כאן ודאי, וללא ספק ספיקא המלה "יהודים" פירושה: יהודי ויהודיה. שהרי אמר הכתוב וציווה, כי נישואיהם וגירושיהם, ייערכו בישראל על פי דין תורה, ואין אתה יכול לערוך על פי דין תורה נישואין או גירושין של יהודי וגויה!

ואם ישאל השואל: אם ביהודי ויהודיה הכתוב מדבר — מאי קא משמע לך, ואימתי יכלו אלה להגשא זה לזו כחוק כאן בארץ שלא על פי דין תורה? אף אתה ענה לו: "יהודים" סתם נאמר כאן, הוה אומר: אפילו יהודים זרים, ולגבי אלה יש חידוש בהוראה הנ"ל. קודם לכן יכלו, למשל, זוג יהודים בריטיים להגשא זה לזו בטכס נישואין אזרחי בפני הקונסול שלהם³⁵, ובתי המשפט האזרחיים של ארצנו חייבים היו — אם לא היה פגם ב"כושר" — להכיר בתקפם של נישואין אלה לפי תקנה 3, ותקנה 4 (ב), של תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות) 1922. בא סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, וכיטל את האפשרות הזאת מעתה, לא יוכל אפילו בית משפט אזרחי להכיר בתקפם של הנישואין הנ"ל, מכיוון שבני הווג שניהם יהודים, והגישואין לא נערכו על פי דין תורה.

ברם: תיקנת נישואי יהודים זרים, נישואי תערובת של יהודי ולא יהודי זרים — לא תיקנת! כי מכיוון שסעיף 2 מטפל, כאמור, רק בנישואי בני זוג שהם שניהם יהודים, הרי התוצאה העולה מכך היא, כי אם אותם בני זוג זרים אחד מהם יהודי והשני לא יהודי, והחוק הלאומי שלהם, שהוא זקם האישי לפי סימן 64 (2), מתיר נישואי תערובת כאלה, עדיין

34 השחה תקנות 4 ואילך של תקנות הפרוצדורה האזרחית, 1938; תקנות 3, 4, של תקנות הפרוצדורה בבתי משפט שלום, 1940.

35 ראה סעיף 1 של אקט נישואי חוק, 1892.

יוכלו הם להגשא זה לזו כחוק בפני הקונסול שלהם, בטכס נישואין אזרחי, על פי תקנה 4 (ב) הנ"ל.

יכול היה המחוקק, אילו רצה, לנסח את דבריו ניסוח שלילי, ולומר: "נישואין וגירושין של יהודים לא ייערכו בישראל שלא על פי דין תורה", ואז יתכן מאד, כי כאן דוקא אפשר היה להחיל את כלל הפרשנות הנ"ל של "רבים אף היחיד במשמע", ושום יהודי בישראל לא יכול היה לשאת או להגשא כחוק לבן זוג לא יהודי, ואפילו אם הוא נתין זר, ואפילו אם נערכו לו הנישואין בצורה הקונסולרית ההיא. אך המחוקק בחר דוקא בדרך הבעה חיובית: "ייערכו על פי דין תורה", ובזה הוא, כנראה בעליל, צמצם את הוראת הסעיף לבני זוג שהם שניהם יהודים.

נמצא, כי לגבי נישואי תערובת בין יהודי ולא-יהודי, או לא-יהודי ויהודיה, אין בכלל שום הוראה בחוק שיפוט בתי דין דבניים, והמצב הוא כמו שהיה קודם לכן, והיינו: אם הבן-זוג היהודי הוא אזרח ישראלי (או חסר נתינות), לא יהיה תוקף חוקי לנישואין הקונסולריים ההם³⁶; אם שניהם נתינים זרים, והחוק הלאומי שלהם מתיר את הדבר, יהיה — בעיני בית המשפט האזרחי — תוקף חוקי לנישואין הללו, אם אותו קונסול, לפי חוקי המדינה שמינתה אותו, מורשה היה לעריכת הטכס ההוא. כאמור בסוף תקנה 3 של התקנות ההן.

ומצב חוקי זה בעינו עומד גם עכשו, לאחר פרסום החוק שהחוק לא מכבד על ידי הכנסת, הוא "חוק לתיקון תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות)", תשי"ז—1956³⁷. חוק זה ביטל, אמנם, את הפסקאות (ג), (ד), (ה) ו(ט) של תקנה 4, אך לא ביטל את הפסקה (ב) שבה, המקנה סמכות לקונסול לערוך טכסי נישואין לבני זוג שלפחות אחד מהם הוא נתין המדינה שלו.

סיכומו של דבר: הסמכות הקונסולרית על פי תקנה 4 (ב), בוטלה ולא בוטלה! היא בוטלה, עקב הוראת סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין דבניים.

לגבי בני זוג שהם שניהם יהודים, אך לא בוטלה, ועדיין שרירה וקיימת, לגבי בני זוג שאחד מהם הוא לא-יהודי³⁸.

כבר אמרנו לעיל, כי המונח "יהודים" בסעיף 2 כולל גם יהודים זרים (ובלבד שיהיו שניהם יהודים). כי "יהודים" סתם נאמר בו, ולא דוקא יהודים ישראליים. ואם תקשה: אם כן, מדוע טרח המחוקק להדגיש בסעיף 1 של החוק "אזרחי המדינה או תושביה", ולא אמר בקיצור ובפשטות "יהודים"? התשובה הפשוטה לכך היא, כי אילו השמיט המחוקק את המלים הללו, היתה סמכותו של בית הדין הרבני משתדעת גם על עניני נישואין וגירושין של יהודים זרים שאינם תושבי המדינה, — ובכך, כנראה, לא רצה המחוקק.

(ב) ייערכו בישראל גם בסעיף זה, כמו בסעיף הקודם, נאמר "בישראל". מכאן, כי כשרותם של נישואי וגירושין יהודים שנערכו מחוץ לגבולות המדינה, תידון בבתי המשפט האזרחיים — עד כמה שנותרה להם סמכות לכך (היינו באורח אינצידנטלי) — על פי סימן 64 (2), או על פי סימן 47 בצידוף כללי המשפט הבין לאומי הפרטי³⁹, הכל כפי שהענין יחייב. ברור הרבה, כי בית הדין הרבני בדונו, תוך גבולות סמכותו הוא, בשאלת כשרותם של הנישואין הללו, יכריע בה אך ורק על פי דיני ישראל. אילו הושמטה כסעיף זה המלה "בישראל", היה גם בית המשפט האזרחי חייב לנהוג כן.

(ג) על פי דין תורה. ה"כתיב" הוא דין תורה, ה"קדי" — דיני ישראל, וכוננת המחוקק היא לאותם דיני ישראל החלים על תפיסת הנישואין והגירושין, הן מבחינת הצורה, והן מבחינת הכושר. לא נעשו קידושין כדת משה וישראל — לא ייראו בני הזוג כנשואים זה לזו בעיני שום בית משפט

38 מובן מאליו, כי אם שאלת כשרותם של נישואי התערובת הקונסולריים ההם תתעורר באורח אינצידנטלי בענין הנתון לסמכות הרבנים, הם רשאים יהיו לפסוק, כי הנישואין לא תפסו, וכל האמור כאן מתיחס, כפי שכבר צויין, לעמדה שינקוט בית המשפט האזרחי כלפי נישואין כאלה. אמרתי "באורח אינצידנטלי", יען כי במישורין אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בעניני נישואין וגירושין של יהודי ולא-יהודי, כפי שהוסבר בסעיף 1 (ב) לעיל.

39 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (ב), סעיפים 3, 7.

36 הוא הדין, אם אותו אזרח ישראלי הוא בן עדה דתית אחרת, שתוקיה אינם מכירים בתקפם של נישואי תערובת אלה.

37 נתפרסם כספר החוקים, מספר 212, מיום 13 בדצמבר 1956.

ישראלי. היתה האשה עדיין „אשת איש“ לפי דיני ישראל — כגון שנתקדשה כדון ונתגרשה בחוץ לארץ בגירושין אזרחיים — או שהיתה אחת העריות שאין קידושין תופסין בהן, הם לא יחשבו בנשואים זה לזו אפילו בעיני בית המשפט האזרחי. למרות העובדה כי לפי החוק האישי שלהם — למשל, „החוק הלאומי“ — הם כשירים היו להתקשר זה עם זה בקשרי נישואין. לעומת זה, אם הנישואין או הגירושין תופסין בדיני ישראל אף על פי שנעשו באיסור — כגון חייבי לאוין, חייבי עשה, שניות, גט בעל כרחה של האשה — גם בית המשפט האזרחי יראה אותם כתופסין. לכאורה, אם כהן נושא גרושה, אי אפשר לומר כי הוא ערך את נישואיו „על פי דין תורה“, ואף על פי כן יהיה זה, כמובן, אבסורד גמור לומר, כי בית המשפט האזרחי לא יכיר, מטעם זה, בתקפם של הנישואין. שהרי מטרתו של החוק היתה, לשמור על דיני ישראל, ולא לעשות אותם פלסטר. ואם אתה שולל מנישואי כהן וגרושה את תקפם החוקי, נמצא אתה מתיר אשת איש לשוק, וכפר את דיני התורה.

כללו וקיצורו של דבר: משמעות ההוראה של סעיף 2 היא, כי אם נישואי וגירושין בני הזוג היהודים נערכו בישראל, שום בית משפט כארץ לא יכיר ביעמדם כנשואים זה לזו או כמגורשים זה מזה, אלא אם כן הנישואין והגירושין הללו הקנו להם מעמד זה גם בדיני ישראל.

בית המשפט האזרחי ירון את כשרות הנישואין והגירושין הנ"ל על פי דיני ישראל, גם אם הוא מבחינה משפטית-אזרחית, אינו מכיר כלל במצב המספטי הכונע את כשרותם בדיני ישראל.

למיכל: אשה שנתקדשה כדת משה וישראל ונתגרשה בגירושין אזרחיים חוקיים בחוץ לארץ, בהיותה היא ובעלה נתינים זרים, היא באה לישראל, ונישאת במשרד הרבנות לאדם אחר, לאחר ששני עדים מעידים עליה שהיא פנויה. להרשיע אותה בעבירת ביגמיה — יטרב בית המשפט, הואיל ובעיני

40 „המקרה אחת בין השניות או מאיסורי לאוין או מאיסורי עשה... הרי זו מקדשת קידושין בגירושין“ (דמכ"ם הלכות אישות, פרק ד', הלכה י"ד). ונגמאות לכל שלשת הסינים הנ"ל ראה דמכ"ם שם, פרק א', הלכות ו', ז', ח'. רבנו גרשום החרים שלא לגרש אשה כעל כרתה, אבל אם עבר וגרשה — לדעת רוב הפוסקים מגורשה וראה להלן, פרק ו', סעיף 8).

41 כי גרושה לכהן מחייבי לאוין היא, וקידושין תופסין בה (משנה מפורשת בקידושין, רף ס"ו ע"ב).

החוק האזרחי היא אינה נשואה עוד לבעלה הראשון, אך אם היא תתבע באותו בית משפט גופו מזונות מבעלה השני, והוא יטען, כי בדיני ישראל אינו נשוי לה כלל, בית המשפט יקבל את הטענה (אם לא תכשל מטעמי „מניעות“ וכדומה). כי כשרותם של הנישואין השניים שנערכו בישראל, נידונה אך ורק על פי דיני ישראל, ובדיני ישראל הם לא תפסו מעולם. הואיל ובעיניהם היא עדיין נשואה לבעלה הראשון, ומה הוא היסוד ל„תרתו דסתרי“ זה? היסוד הוא, כי הוראת סעיף 2 היא הוראת-חוק מטריאלית שניתנה על ידי המחוקק הישראלי, ותוך תחומי הלוטה היא מבטלת את ההוראות הנוגדות העולות, בפירוש או מכללא, מן הסימנים 47, 46, 64 (2) של דבר המלך.

סעיף 2 הוא חוק ישראלי, המחייב כמוכן רק את בתי המשפט הישראליים, אך בעקיפין עשוי הוא להשפיע גם על פסקי דינם של בתי משפט זרים, בשל הכללים הנוהגים במשפט הבין לאומי הפרטי. כדאי להתבונן לבעיות העוללות להתעורר בקשר לכך, כי הן זורות אור על אופיה המיוחד של ההוראה הזאת.

וזה דבר ההשפעה: הוראת סעיף 2 חלה גם על יהודים זרים, ומכיוון שבסעיף זה לא הוזכרה המלה „הושבים“, הוא יחול גם על זרים שאינם תושבי המדינה אלא תושבים קבועים של מדינה אחרת, כגון תיירים המבקרים בארץ, ומתגוררים בה באופן ארעי.

ועכשו נתאר נא לעצמנו: זוג יהודים היידיים עורכים כאן כארץ את נישואיהם בפני הקונסול שלהם בטכס אזרחי; זו היא צורת נישואין שנתבטלה לגבי יהודים מכוח סעיף 2, כפי שהוסבר לעיל; כלל מקובל הוא כהורת המשפט הבין לאומי הפרטי, והולכין אהריו כמעט ככל ארצות תבל, כי כשרות הנישואין מבחינת הצורה נידונה על פי חוק מקום עריכתם; נמצא, כי כשום התיירים הללו לארצם, ובהתעידר שם שאלת כשרות הנישואין, לא יוכל אותו בית משפט זר להכיר בהתקפם, אלא אם כן בחוקים שלו ישנה הוראה מיוחדת האומרת, כי נישואין קונסולריים יהיו בעלי תוקף בצורתם אפילו אם נעשו בניגוד לחוק מקום עריכתם.

עד כאן הדברים פשוטים, אך עלולים הם להסתבך במקרה הבא, ועוד יותר במקרה שלאחריו. שני התיירים הללו עורכים כאן את נישואיהם דוקא במשרד הרבנות אלא שלאחר מעשה מתברר, כי בין בני הזוג קיימת סרבת משפחה — כגון דודתה, או גרושת אחיו וכדומה — העושה אותה ערוה מן התורה, שאין קידושין תופסין בה. כיצד ינהג בית המשפט האנגלי או הצרפתי במקרה זה? האם הוא יפצל את השאלה לשתיים ויאמר: אשר

לשאלת הצורה — היא כשרה היתה, שכן ערך האיש את נישואיו במשך הרבנות, על ידי נתינת טבעת ואמירת „הרי אתי“; ואשר לשאלת הכושר — הרי בידון זה אין אנו משגיחין בחוק מקום המעשה, אלא הולכין אחר חוק מקום המושב (השיטה האנגלו-סכסית) או אחר חוק המולדת (השיטה הקונטיננטלית), ולפי חוקים אלה בני הוג כשירים הן להתקשר זה עם זה בקשרי נישואין, או שמה יאמר אותו בית משפט: איש יהודי זה קידש את אשתו בירושלים, נתן לה טבעת ואמר לה: הרי את מקודשת לי בטבעת זו כדת משה וישראל, ואין לך „תרתית דסתרית“ יותר גדול מאשר — קידושי דודה „כדת משה וישראל“!

ואם בית המשפט הור ינקוט שיטה אחרונה זו, עדיין שאלה היא: כיצד ינהג, כאשר הטעם אשר בגללו אין דיני ישראל מכירים בתקפם של הנישואין הוא, שהאשה עדיין „אשת איש“ היא, מפני שנתקדשה כדין לבעלה הראשון, ונתגרשה ממנו במדינת בית המשפט, באנגליה או בצרפת, בגירושין אורחים, כאן, אולי, יאמר בית המשפט ההוא: אינני יכול שלא להתחשב בגירושין שנעשו פה, בבית משפט זה גופו, לפי חוקי המדינה שלנו, ולכן אין אני מוכן לפסול, בשל דיני ישראל הזרים, את הנישואין שנערכו בישראל, מאידך גיסא: מה לי ערווה זו מה לי ערווה אחרת, וכיצד אפשר להכשיר קידושי „אשת איש“ שהתימרו להעשות „כדת משה וישראל“?!

המסקנה שאני נוטה להסיק מכל האמור היא, כי אף על פי שההוראה לערוך נישואין וגירושין של יהודים על פי דין תורה, היא הוראת-חוק של המחוקק החילוני, עדיין לא נמחה בזה האופי הדתי של אותו „דין תורה“, ולכן כל אקט של נישואין וגירושין (בין יהודים בישראל) שהוא בניגוד לדיני ישראל — זאת אומרת: איננו תופס לפי דיני ישראל — הוא אקט בטל ומכוסל, שאי אפשר להכשיר אותו על ידי הסממנים הנוספים של כללי המשפט הבין לאומי הפרטי, שאם לא תאמר כן — נמצא אתה יוצר לפעמים יצור משפטי הלוקה מיניה וביה בסתירה עמוקה, הקונסטרוקציה המשפטית הפורמלית שאפשר לשוות לרעיון זה היא: נישואין וגירושין בין יהודים בישראל הייכים — לפי חוקי מדינת ישראל — להערך בצורה דתית, ואם הדת אינה מכירה באקט זה, הרי אין זה אקט כלל, ושוב אי אפשר להכיר בו אפילו מחוץ לגבולות המדינה, האופי „סטטאלי“ של כל אקט דתי, אינו מניח מקום לאותו פיצול בין צורה ותוכן, שאפשר לבצעו לגבי אקטים חילוניים, ולכן אין ללמוד כאן גזירה שווה והיקש מן הכללים על פיהם נוהג בית המשפט האזרחי, כדונו בשאלת כשרותם, „הצורתית“ וה„מהותית“.

של טכסי נישואין או פסקי גירושין שנערכו או ניתנו בארצות אחרות, מיוחד במינו הוא הסדר עניני האישות בארץ הזאת, וגם זו היא אחת התוצאות של הסדר מיוחד זה.

(ד) לאחר כל מה שנאמר לעיל, למותר יהיה להוסיף, כי גם לגבי הוראת סעיף זה אין הבדל בין יהודי רשום כפנקס הכוגרים של הכנסת לבין יהודי שאינו רשום בו, ברצוני רק להדגיש כאן — לשם מניעת חזרות — כי בכל סעיפי החוק בהם הוזכרה המלה „יהודים“, הכוונה היא הן ליהודים „חברים“ והן ליהודים שאינם „חברים“, הן ליהודים אזרחי המדינה והן ליהודים זרים, וחזן מהוראת סעיף 1 — חלות הודאות החוק אפילו על יהודים זרים (ומכל שכן אזרחים) שאינם תושבים קבועים של המדינה⁴², ברור, כי במקרה של לא-תושבים (כמו בכל מקרה אחר), לא תהא סמכות לרבנים, אלא אם בן יש להם סמכות „מקומית“ לגבי אותו ענין לפי „תקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, תש“ג“.

3. סעיף 3 של החוק אומר:

„הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הוגג“.

(א) השאלה העומדת בפתח עינינו היא: מאי קא משמע לך, ומה הוא החידוש שחידש כאן המחוקק הישראלי? הן ראינו לעיל⁴³, כי כבר בתקופת המנדט פשטה ורווחה הדעה, כי הטפל הולך אחר העיקר, ואם לבית הדין הדתי נתונה סמכות ייחודית לדון בעיקר, משתרעת סמכותו זו גם על הטפל, ומדוע איכפיל המחוקק שלנו להשמיענו מחדש הלכה פשוטה זו? התירוץ לקושיא יכול להיות באחד משני פנים: או בכיוון ההרחבה או בכיוון ההצרה של סמכות בית הדין הרבני.

בכיוון ההרחבה כיצד? רצה המחוקק לומר כזה, כי כאשר הוגשה תביעת גירושין, תהא לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בכל ענין

42 אך ראה להלן, סעיף 3 (א).

43 חלק ראשון, פרק ג' (א), סעיף 6.

הכרוך בתביעה זו, ואפילו אם אותו "ענין" אינו כלל מעניני המעמד האישי. קודם לכן — כך נראה לי⁴⁴ — לא היה העיקר גורר אחריו ספל שכחה. היכי תמצא ספל שאינו מעניני המעמד האישי? — חיוב פינוי, מצד הבעל או מצד האשה, של הדירה המשותפת (עד כמה שאין הדבר פוגע בזכויות צד שלישי). יתכן גם, שהביטוי "כרוך" הוא יותר גרוב במשמעותו, זאת אומרת: פחות הדוק ואדוק אל ה"עיקר", מאשר ה"ספל", אף אם נחיל את ההוראה רק על ענין מעניני המעמד האישי⁴⁵.

ובכיוון ההצרה כיצד? מכלל הן אתה שומע לאו, ללמדך, כי בעניני נישואין תהא סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני מצומצמת לענינים אלה בלבד, ולא תכלול גם את הענינים הכרוכים בענין הנישואין.

שני הפירושים אפשריים הם, אך הראשון נראה לי עיקר. קשה להניח, כי דוקא כאן ביקש המחוקק להצר את סמכות הרבנים.

(ב) גט חומדא, דיני ישראל, כידוע, מחמירים מאד מאד בעניני אישות, ולפעמים קרובות הם מחייבים את האשה לקבל גט מספק: שמא נתקדשה לבעלה הראשון בקירושין שתפטו⁴⁶, או שמא עוד לא נתגרשה ממנו בגירושין שתפטו⁴⁷, ולפעמים מחייבים את הבעל במתן "גט חומרא" שכזה, ונשאלת השאלה, אם בתביעת גירושין כגון זו, בה לא ידוע בבירור, כי בעלי הדין נשואים כחוק זה לזו, נתונה סמכות ייחודית לבית הדין הרבני לדון בענינים הכרוכים באותה תביעה.

ואמנם נטענה הטענה בבית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, כי היות בעלי הדין נשואים זה לזו, הוא "תנאי מוקדם" לאותה סמכות

שבגורא, וכל עוד לא הוכח הדבר — ובפרט אם בית הדין עצמו אמר, כי הגט אשר בנתינתו חייב את הנתבע הוא "גט חומרא" — אין לו סמכות לדון במוזנות ילדי הזוג, אלא אם כן כל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו את הסכמתם לכך.

אך הטענה לא נתקבלה על דעת בית המשפט העליון, וכך הוא אמר:

"בלי לקבוע בדיוק את הגדרים והסייגים לסמכות הייחודית הנהוגה לבית הדין הרבני מבוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, הרי במקרה שלפנינו היתה תביעה כנה לגירושין במובן הסעיף הנ"ל, ולכן מוסמך היה בית הדין הרבני לדון בתביעת המוזנות לילד שהוגשה על ידי המשיבה הרביעית נגד המבקש, ולקבוע באופן אינצידנטלי כי המבקש הוא אביו של הילד"⁴⁸.

המלים שהודגשו על ידינו — "תביעה כנה" — באות ללמדנו, כי אילו כל התביעה מעיקרה לא היתה אלא "כסות עינים", כדי לזכות על ידי כך בסמכות הייחודית של בית הדין לצורך תביעת המוזנות הנ"ל, יתכן כי בית המשפט העליון היה מצווה על הפסקת הדיון בנוגע לתביעת המוזנות, כפי שנתבקש על ידי המבקש בענין ההוא. ההלכה שנקבעה בפסק הדין הנ"ל היא, איפוא, כי כל תביעה למתן גט או לקבלתו "תביעת גירושין" היא במובן סעיף 3, ואפילו אם החובה לתת או לקבלו היא רק מחמת ספיא דדינא או ספק בעובדות דק אם אין התביעה "כנה" כנ"ל, יתכן כי כל עוד לא הוכח קיום הנישואין, לא תהיה לרכנים סמכות ייחודית בנוגע לענינים שבגורא מהם.

נאמר גם באותו פסק דין, כי בית הדין הרבני מוסמך לקבוע באופן אינצידנטלי, כי הנתבע הוא אביו של הילד, בזה חזר בית המשפט על הלכה שכבר נקבעה על ידו בענין אחר⁴⁹.

44 ראה לעיל שם, שם, בנוגע למצב עכשו ראה ע"א 8/59, י"ג פסקי דין 1085, בעמ' 1091.

45 ראה לעיל שם, שם.

46 ראה למשל: קידושין, דף ה' ע"ב; רמב"ם הלכות אישות, פרק ג', הלכה ד'; שו"ע אה"ע סי' ב"ז, סעיפים ג', ח'; יבמות, דף ע"ב ע"ב; רמב"ם שם, הלכה ו'; שו"ע אה"ע סי' מ"ב, סעי' ה'; והלכות כאלה מצויות לאין ספור בכל רחבי ספרות הפוסקים.

47 כל שהיא "מגורשת ואינה מגורשת" (בבא מציעא, דף י"ב ע"ב) או "מגורשת מספק" או "צריכה גט שני", הסעם הוא או בספיא דדינא או בספק שבעובדות, אך יכול להיות גם יסוד אחר לחיוב בגט שני, והוא: שהגט הראשון הוא פסול מדרבון.

48 חרל"פ נגד הרב רכין ואחרים, בג"ץ 168/56, י"א פסקי דין 75.

49 עסיה נגד ברהה, ע"א 421/54, ס' פסקי דין 1205.

(ג) לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג הביטוי „לרבות“ משמש במקורות לכלול דבר הדומה ואינו דומה⁵⁰, או „טול מביגתיים“, כפי שהירושלמי מתבטא בקשר ל„רבוני“ אצל⁵¹. אין צורך ב„רבוני“ כאשר השנים דומים בהחלט, ואי אפשר לרבות כאשר הם שונים בהחלט. מה פירושו איפוא של הפסוק הנ"ל, — לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג, אפילו אם אינם כרוכים בתביעת הגירושין?

יתכן כי אמנם זו היא הכוונה, אף על פי שקשה לתאר מקרה בו לא יהיו כרוכים, ויתכן שהמחוקק כתב „בלפי המלעיגין“ או *ex abundante cautela*. פן ושמא יטען מי שהוא, כי המזונות שהאשה תובעת לעצמה עד למתן הגט, או לילדים אחרי מתן הגט, אינם ענין הכרוך בתביעת הגירושין.

בפסק דין שניתן לפני כמחצית השנה על ידי בית המשפט העליון⁵², הוטעם שינוי הנוסח שבין סעיף זה וסעיף 4 של החוק — שם נאמר „מזונות“ סתם, כאן נאמר „מזונות לאשה ולילדי הזוג“ — והוסקה הימנו מסקנה מסויימת, שעוד נדון בה להלן. מתוך הדברים שנאמרו שם עולה — כך נראה לי — כי בתחומי סעיף 3 יכול בית הדין הרבני לזכות במזונות גם את הילדים גופם, ודבר זה, כמובן, אפשרי רק אם התביעה הוגשה בשמם על ידי האפוטרופוס שלהם, בין אם זו האם עצמה בין אם זה מישוה אחר; פירושו של דבר: כי אף על פי שבמקרה זה, התובע בתביעת המזונות אינו זהה עם התובע בתביעת הגירושין, עדיין יש לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בתביעת המזונות, ואולי זה הוא הטעם לשימוש ב„רבוני“ הנ"ל, אם כי בעינה תעמוד הקושיא, על שום מה נכללו ב„רבוני“ זה גם מזונות האשה.

הסמכות הייחודית לגבי תביעות המזונות הנ"ל היא — על כל פנים — סמכות שבגורא, וממילא אין היא תופסת אלא כאשר לבית הדין הרבני יש

50 „אדם כי יקריב מכם (בני ישראל) — לרכות את הגרים... לרבות את המשומדים“ (פסא, ויקרא א'); „אתם גם אתם — לרבות את השליח“ (קידושין, דף מ"א ע"ב); „את ה' אלהיך תירא — לרבות תלמידי חכמים“ (בבא קמא, דף מ"א ע"ב); „כסף ישיב לבעליו — לרבות כל דאית ליה כעלים“ (בבא קמא, דף נ"ד ע"א); „פדי העץ — לרבות כל פירות האילן“ (ירושלמי מעשרות, פרק א, הלכה א'); וכלה הם רובם ככולם של כל הרבויים.

51 ירושלמי שם, שם.

52 רחמי נגר רחמי, בג"ץ 170/56, י"א פסקי דין 247, פסקה 7, בעמוד 250.

סמכות בזאת לגבי תביעת הגירושין. הדבר הוא לכאורה פשוט כביעתא בכותשא, ואף על פי כן ראיתי צורך להדגישו, פן יאמר האומר, כי מכיוון שבסעיף זה נאמר „יהודים“ סתם ולא נאמר „יהודים אזרחי המדינה או תושביה“, הרי הוא חל גם על יהודים זרים שאינם תושבי המדינה ברור כי, על אף הדיוק ההוא, יתא זה אבסורד גמור להניח, כי לרבנים תהא סמכות לדון ב„ענין הכרוך בתביעת הגירושין“, כאשר אין להם סמכות — בשל העדר הסבמתו של הנתבע — לדון בתביעת הגירושין גופה. יכול היה, כמובן, המחוקק לדייק דיוק יתר ולומר: „הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים על פי סעיף 1 וכו'“, אך אף על פי שלא כתב — מעלה עליו הענין באילו כתב, הוזה אומר: בסעיף זה — אך לא בשאר סעיפי החוק — המלה „יהודים“ הוראתה היא כהוראתה בסעיף 1 של החוק, והתוצאה המעשית היא כי אם הגתכע אינו מסכים לשיפוט בית הדין הרבני בענין המזונות, לא תהא לבית דין זה סמכות לדון בה, אלא אם כן בני הזוג היהודים הם „אזרחי המדינה או תושביה“, כך שהרבנים מוסמכים לדון בתביעת הגירושין גם בלי הסכמתו של הנתבע, מכוח סעיף 1 של החוק.

4. סעיף 4 של החוק אומר:

„הגישה אשה יהודיה לבית דין רבני תביעת מזונות, שלא אנב גירושין, נגר אישה היהודי או נגר עזבונו, לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין“.

(א) הורתו ולידתו של סעיף זה — בטעות מציעו יסודה: רצו להרחיב על ידו את סמכות הרבנים, ולבסוף איגלאי מילתא למפרע, כי למעשה צמצמו והגבילו אותה. נתגלה הדבר, או — אם ניתן להאמר כך — „נתחוללה“ הטעות למפרע, עקב פסק דין שניתן על ידי בית הדין המיוחד כשלשה חדשים אחרי פרסום החוק, אך מכיוון ש„שגגת מחוקק עולה דוח“, ודברים שבלב אינם דברים גם ב„טרנסאקציות“ תחיקתיות, הרי לא ההרחבה ה„רצויה“ אלא ההגבלה המצויה, היא המחייבת את בתי הדין ובתי המשפט בארץ.

השתלשלות הענינים ידועה לנו מן הסוגיא שהרחבנו את הדיבור עליה בחלק הראשון⁵³. ה„טעות“ וגילוייה סובבים סחור האינטרפרטציה של זוג

53 ראה חלק ראשון, פרק ב, סעיף 5.

המונחים המפורסם „אלימוני“ ומיינטנגס“ כסימן 51 של דבר המלך. באמצע שנות השלשים השתררה הדעה בקרב בתי המשפט בארץ, כי המונח „אלימוני“ הוראתו מצומצמת לקצבה הניתנת לאשה כאשר בני הווג נפרדו תוך הסכמה הדדית, או הסכום הנפסק על ידי בית המשפט בתיתו צו פירוד משפטי; „מיינטנגס“, לעומת זה, הם המזונות שמצטווה לשלם בעל שונח את אשתו.⁵⁴

עד שבא המשפט הנודע של רוונבאום, תזילה פרץ פרצה בחומת השקפה זו, בערעור שהתקיים לפני בית המשפט העליון הישראלי, ואחר כך הפך את הקערה על פיה בפסק הדין שניתן על ידי בית הדין המיוחד.⁵⁵ והנה חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים נעשתה „בין גברא לגברא“, בין פסק הערעור של רוונבאום לכין פסק דינו הסופי של בית הדין המיוחד. מציעי החוק סברו — והיה להם אותה שעה על מה שיסמוכו — כי אם אשה יהודיה מגישה נגד בעלה היהודי תביעת מזונות שלא אגב גירושין, תביעה זו „מיינטנגס“ שמה, הנתונה לא לסמכותו הייחודית אלא לסמכותו המקבילה של בית הדין הרבני, וממילא אין בית דין זה מוסמך לדון בה אלא אם כן כל הצדדים לענין הסכימו לכך (סימן 53 (2) של דבר המלך). טענתו של הכעל היהודי, כי אין לבית הדין הרבני סמכות לגבי תביעה זו, נראתה, אפוא, כעיני מציעי החוק טענה משפטית נכונה, לכן — וכדי „להקדים רפואה למכה“ — הם הציעו למחוקק הישראלי לקבוע, כי בתביעת מזונות שלא אגב גירושין שהוגשה על ידי אשה יהודיה, לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין. שאלמלא כן, חייב היה בית הדין הרבני „לשמוע“ את הטענה, וגם לקבל אותה.

אך הנה עברו שלשה חדשים, ניתן פסק הדין בענין רוונבאום, וכו ככע כית הדין המיוחד, כי כל תביעת מזונות של אשה נשואה — „אלימוני“ היא ולא „מיינטנגס!“⁵⁶ פסק דין זה, כמובן, לא יצר חוק, אלא פירש אותו.

54 ראה הרד נגד הרד, ע"א 62/37, 2 לבנון 133.

55 רוונבאום נגד רוונבאום, ע"א 376/46, ב' ססקים עליון 5, (ידוע בשם רוונבוים נגד רוונבוים); רוונבאום נגד רוונבאום, בית דין מיוחד 1/49, ז' פסקי דין 1037.

56 ראה פסק דינו של בית הדין המיוחד בענין רוונבאום שם, בעמודים 1060, 1062 (שאף היא — הכונה „אלימוני“ — איננה אלא קצבה עתית הנקבעת לאשה הנאלצת לגור בנפרד מבעלה והמושתתת על חובתו לפרנסה כל עוד יחסי הנישואין שרורים וקיימים); „לאור התבונה המרכזית המאפיינת את התרופה של „אלימוני“, דהיינו, כי זו היא קצבה עתית, הנקבעת לאשה כחוקף חובת הבעל לדאוג לכלכלתה במשך קיוס מעמד הנישואין“.

וגילה את הדבר למפורע מה היה המצב המשפטי האמיתי מיום הינתן דבר המלך, 1922. נמצא, כי כבר בשעת חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים ההשקפה המשפטית הנכונה היתה, כי אם אשה יהודיה (נשואה מגישה נגד בעלה היהודי תביעת מזונות שלא אגב גירושין, יש לרבנים סמכות ייחודית בענין זה מכוח סימן 53 (1) של דבר המלך, וכל החשש ההוא שמה „תשמע“ הטענה כי אין להם סמכות, לשוא היה, והקביעה כי לא תישמע — מיותרת היתה! שכן המדובר כסעיף 4 הוא באשה יהודיה שהגישה את התביעה נגד „אישה“ היהודי, משמע שבני הווג עדיין נשואים זה לזו.

ברם — אנו כאן בחוק קא עסקינן, ובכל דבר חקיקה, כידוע, לא מניעיו של המחוקק הם הקובעים, אלא דברי החוק גופו. נמצא, כי משיצא מסודש מפי המחוקק הפסוק הנ"ל (לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין), נוצר בזה גופו מצב משפטי חדש והוא: כי מעתה באמת אין לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בתביעת מזונות של אשה נשואה שלא אגב גירושין, אלא הדבר תלוי ברצון האשה: רוצה — מגישה את התביעה מלכתחילה לפני בית המשפט המחוזי, ובית משפט זה מוסמך לדון בה מכוח סימן 47 של דבר המלך; רוצה — מגישה אותה לפני בית הדין הרבני, ובית דין זה מוסמך לדון בה מכוח סעיף 4 של חוק שיפוט בתי דין רבניים. וכך נאמר על ידי בית המשפט העליון:

„וזה דבר ההבדל ביניהם: את התביעות מסוג (א) — הכונה לתביעות המוגשות על פי הסעיפים 1, 3, 5, של חוק שיפוט בתי דין רבניים — אין להביא אלא לבית הדין הרבני. את התביעות מסוג (ב) — הכונה לתביעות המוגשות על פי סעיף 9 — אפשר להביא הן לפני בית המשפט המחוזי והן לבית הדין הרבני. אולם שיפוטו של זה האחרון מתונה בהסכמתם של כל הצדדים הנוגעים בדבר. לא הסכים אחד הצדדים — חייב בית הדין לסלק ידו מן התביעה. את התביעה מסוג (ג) — הכוונה לתביעה המוגשת על פי סעיף 4 — רשאית האשה להביא הן לפני בית המשפט המחוזי והן לפני בית הדין הרבני, אולם אם בחרה לפנות לבית הדין הרבני, יש לו לכית דין זה שיפוט — שלא כבתביעות מן הסוג (ב) — אף אם אין הבעל מסכים להתדיין לפני בית הדין“.⁵⁷

57 דחכני נגד רחמני, בג"ץ 170/56, י"א פסקי דין 247, בעמודים 248—249.

סמכותו של בית הדין הרבני לגבי התביעה האמורה בסעיף 4, היא סמכות מיחדת במינה: אין היא סמכות ייחודית — שכן יכולה האשה להביא אותה, אם תרצה, לפני בית המשפט המחוזי; אין היא סמכות מקבילה (במובן המקובל של ביטוי זה) — שכן אם הגישה האשה את התביעה לפני בית הדין הרבני, אין צורך בהסכמתו של הבעל לשיפוט הרבנים. הברירה היא, איפוא, כליל בידי האשה, והבעל חייב ללכת אחריה לכל ערכאה שיפוטית — אזרחית או דתית (רבנית) — הנבחרת על ידה, ובלבד שתהא לה, לאותה ערכאה, סמכות מקומית לדון בענין.

הגבלת הסמכות הרבנית על ידי הוראת סעיף 4 כנ"ל, תבוא לידי ביטוי מעשי במקרה הבא: בעל יהודי פונה לבית הדין הרבני ומבקש מתן פסק דין המצהיר, כי אין הוא חייב במוזנות אשתו היהודיה, מפני שעזבה אותו או זינתה תחתיו וכדומה. לפני צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, לא יכולה האשה להתנגד לסמכות הרבנית, כי תביעה זו היא — לפי האינטרפרטציה ה"רטרואקטיבית" של בית הדין המיוחד הנ"ל — "ענין של אלימות", שהיה נתון לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לפי סימן 53 (1) של דבר המלך. עתה תוכל האשה להתנגד לסמכות הרבנים, כי תביעת מוזנות "נגאטיבית" זו לא נכללה בסעיף 4, היא תביעה אשר לגביה "אין לבית דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה" (סעיף 9), וממילא אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בענין, אלא אם כן כל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו את הסכמתם לכך, באמור בסעיף 9 של החוק.

(ב) או נגד עזבוננו, פשוטו של מקרא — מוזנות האלמנה שהיא תובעת מן היורשין; מאידך גיסא נאמר: "לא תישמע טענת התבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין", הוזה אומר, שאלמלא הוראת הסעיף היה בית הדין שומע ומקבל את הטענה⁶⁰. הא כיצד? הן "מוזנות האלמנה" — כפי שהוחלט בשנת 1929 במשפט אלפרט⁶¹ — "ענין של נישואין" הם, וכענינים אלה יש לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון כתביעה מכוח סעיף 1 של החוק!

58 יהא זה, לדעתי, מאד בלתי הגיוני להניח, כי המחוקק כאן, בדיובור אחר, יצר את הטענה מחד, וביטל אותה מאידך, ורוק היסב.
59 אלפרט נגד יורד ההוצ"מ, בית דין מיוחד 1/28, 1 פל"ד 395.

יתכן כי קושיא זו תכריח אותנו "לעקם" קצת את הכתוב, ולומר: הכא במאי עסקינן — באלמנה התובעת מן העזוב את המוזנות שבעלה נתחייב בהם בחייו. כגון: הלך בעלה, ולוותר ואכלה, ואחר כך מת, והאלמנה תובעת את החוב מאת העזוב⁶⁰. מוזנות אלה — כמו המוזנות שהיא תובעת ממנו גופו בדין, בין אם הם "אלימוני" בין אם הם "מייטנטנס" — אינם "ענין של נישואין", שכן הם נמנו לחוד בסימן 51 של דבר המלך⁶¹.

בלעדו "אוקימתא" זו שהיא — מודה אני — דוחקה במקצת, אינני רואה כיצד אפשר ליישב את הסתירה הזאת. לגבי מוזנות האשה הנשואה, אפשר היה להסביר את הדבר בכך, שמנסחי החוק לא חוו באיצטגנינון את ההחלטה העתידה להנתן, אחרי שלשה חדשים, על ידי בית הדין המיוחד בענין דוונבאום. כאן, לגבי "מוזנות האלמנה", הלבנה פסוקה היא זה למעלה מעשרים ושמונה שנים, כי הם "ענין של נישואין", ואין להעלות על הדעת, כי האחראים לניסוח החוק לא ידעו על הלכה זו, ומכיוון שנכתב בחוק "לא תישמע טענת התבע שאין לבית דין רבני שיפוט בענין", משמע, שהמדובר הוא במוזנות התובעים על ידי האלמנה שאינם "מוזנות האלמנה" במובן הטכני של מונח זה.

נגד עזבוננו נאמר, "נגד יורשיו היהודים" — לא נאמר! מכאן, שאפילו אם יורשי העזוב אינם יהודים, יכולה האלמנה לתבוע מהם את המוזנות ההם בפני בית הדין הרבני.

ואל יהא הדבר תמוה בעיניך; כבר היה לעולמים! כי בעניני ירושה נקבעת הסמכות לא לפי דתו של היורש, אלא לפי דתו של המוריש. למשל: אם יהודי מת והניח אחריו יורשים נוצרים, הרי אם הם אינם רוצים ללכת לבית המשפט המחוזי, אלא מעדיפים להתדיין בפני בית דין דתי, עליהם יהיה לפנות לבית הדין הרבני ולא לבית הדין הנוצרי. שכן נאמר בסעיף 8 (1) של פקודת הירושה, כי לבתי הדין של העדות הדתיות תהיה סמכות לדון בעניני עזבונם של אנשים, אשר בשעת מותם היו חברי העדה, ולא חשוב כלל וכלל, מה היא דתם או עדתם של היורשים המתדיינים. וכיוצא בזה באן: מכיוון שהחייב כמוזנות האלמנה — ויהא אשר יהא מובנם של

60 עיין כתובות, דף ק"ז ע"ב; שו"ע אה"ע סי' ע', סעיפים ה', ח', ונשאי כלי.
61 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ב', סעיף 5; השחה פסק רינו של השופט חשין בערעור רוזנבוים נגד רוזנבוים, ב' פסקים עליין שם, בעמוד 26, פסקה 12.

מוזנות אלה — מקודו נעוץ כאן באישיותו של המוריש היהודי, יש לרבנים סמכות לדון בענין, אף על פי שהיורש איננו יהודי.

היכי תמצו יהודי, שירשיו הם לא-יהודים? פשוט מאד: בנו הבא מן הנכרית (הגויה) הוא לא-יהודי, כי „הולד כמותה“⁶², ואף על פי כן הוא יהיה „בן“ לגבי ירושה, אם החוק האישי שלו רואה אותו כבנו של היהודי, ותאיל והשאלה אם אדם שייך ל„סוג“ מסויים, או נושא „אופי“ או „תכונה“ של יורש, נידונה, מכוח הוראות סעיף 23 (א) (ב) של פקודת הירושה, לא לפי חוקו האישי של המנוח, אלא דוקא לפי חוקו האישי של התובע. חוץ מזה תחול כאן, אולי, הוראת סעיף 24 (1) של פקודת הירושה⁶³.

(ג) הסמכות שניתנה לרבנים על פי סעיף 4, נתונה להם רק לגבי מוזנות האשה עצמה, ולא לגבי מוזנות הילדים, אפילו אם האשה היא התובעת בשמם או בעדם את המזונות. כך פסק בית המשפט העליון ואמר:

„עצם ציון הצדדים למשפט בתארים „אשה“ ו-„אשה“ ולא „אם“ ו-„אב“, מורה, כי כוונת המחוקק היתה למוזנות הנובעים מחיובי הבעל לאשה ולא מחיובי האב לילדיו הקטינים. נכון הדבר, כפי שמציין בית הדין הרבני, שבית משפט זה כבר החליט כמה פעמים, כי „תביעה למוזנות ילדים, אם היא מוגשת על ידי האשה... הרי היא... תביעתה של האשה עצמה“ (ראה בג"ץ 9/43, ע"א 334/54, ע"א 421/54)⁶⁴, אך בשום מקום לא נאמר כי זו תביעה של אשה למוזנותיה היא. לפיכך בין אם תובעת המבקשת את המזונות בשמה היא ובין אם בשם הקטינה, מוזנות לקטינה היא תובעת ולא לעצמה.

62 קידושין, דף ס"ו ע"ב; שו"ע אה"ע סי' ח', סעי' ה'.

63 אמרתי „אולי“, כי יתכן שהוראת סעיף 24 (1) חלה רק כאשר החוק האישי אינו שולל, כשל שוני הוותה, את עצם הקרבה המשפחתית. אילו שאלת ה„סוג“ ה„אופי“ ה„תכונה“ היתה נקבעת לפי חוקו האישי של המנוח (המוריש), אמר היה, אולי, לטעון, כי כדיני ישראל נשללת הירושה מן הבן הזה לא בגלל היותו לא-יהודי, אלא בגלל זה ש„אין בנך הבא מן הנכרית קרוי כנך“ (קידושין, דף ס"ח ע"ב). יש בשאלה זו פנים לכאן ולכאן, ואין אני מוכן להכריע בה.

64 פינגסטיין נגד יורד ההוצ'ל"פ, כג"ץ 9/43, 43 אל"ר 21; איזלמן נגד איזלמן, ע"א 334/54, ס' פסקי דין 230; עטיה נגד ברדה, ע"א 421/54, ס' פסקי דין 1205.

תביעה כזאת אין היא יכולה להביא במסגרת הסעיף 4, אלא — לכל היותר — בתנאים האמורים בסעיף 9.⁶⁵

ותוספת חיזוק לדבריו מוצא בית המשפט בשוני הנוסח שבין סעיף 4 והסעיף שלפניו.

„בסעיף 3, שבו מדובר על גירושין, הנתון לשיפוטו היחודי של בית הדין הרבני, נאמר במפורש כי שיפוט ייחודי זה משתרע על כל „ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מוזנות לאשה ולילדי הזוג“. כאן לא הסתפק המחוקק בביטוי הסתמי „מוזנות“, וצייץ במפורש, כי מוזנות לילדי הזוג אף הם בכלל הענינים הנתונים לשיפוטו היחודי של בית הדין הרבני, בבוא לדון בתביעת גירושין. בסעיף 4, לעומת זה, לא השתמש המחוקק במלים „לאשה ולילדי הזוג“; ללמדך, שבדיבורו „תביעת מוזנות שלא אגב גירושין“ התכוון למוזנות האשה בלבד ולא למוזנותיהם של ילדי הזוג“⁶⁶.

בתביעת מוזנות של ילדים, לא תהיה, אפוא, סמכות לרבנים, אלא אם כן כל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך, על פי האמור בסעיף 9 של החוק, שנדון בו להלן.

5. סעיף 5 של החוק אומר:

„תבעה אשה מיבמה בבית דין רבני מתן חליצה, היא לבית הדין הרבני שיפוט ייחודי בענין התביעה, לרבות מוזנות לאשה עד יום מתן החליצה“.

(א) המחוקק הישראלי תיקן כאן תקנה חשובה מאד מאד לבנות ישראל. עד לצאת חוק שיפוט בתי דין רבניים — כנראה — לא היתה תביעת החליצה בגדר „תביעה“ כלל. והפסק שניתן בה על ידי הרבנים לא

65 רהמני נגד רהמני שם, בעמודים 249—250.

66 שם, שם.

היה פסק דין שיפוטי הניתן על ידי דיני המדינה, על כל פנים, היא לא נחשבה כאחד מעניני המעמד האישי במוכן סימן 51 של דבר המלך. נטענה פעם הטענה, כי זה הוא „ענין של גירושין“, אך בית המשפט העליון המנדטורי דחה אותה בשתי ידיים באמרו:

„אין ממש בטענה זו. הצדדים מעולם לא נישאו זה לזה, ואי אפשר שיהיו כאן גירושין“.⁶⁷

מסופקני, אם צדק בכך, כי בין אחי המת והיבמה קיימת „זיקה“, שהיא מעין קשר של נישואין: הם אסורים בקרובותיה (אמה, בתה, אחותה וכו’), ורק לאחר שאחד מהם ייבם אותה או חלץ לה, סרה זיקתם מעליה, והוא בלבד — החולץ — אסור בקרובותיה והיא אסורה בקרוביו מדרבנן (אם הוא ייבם אותה, האיסור הוא, כמובן, מן התורה). וכך נאמר בנידון זה במקורות שלנו:

„יש זיקה — זיקת יבום היא ככנוסה, ואוסרת אמה על היבם (הכיונה היא כאן ל„יבם“ שעדיין לא ייבם אותה) משום חמותו“.⁶⁸

„שומרת יבם שקידש אחיו את אחותה, משום רבי יהודה בן בתירא אמרו: אומרים לו המתן עד שיעשה אחיך מעשה. חלץ לה אחיו או כנסה, יכנס את אשתו“.⁶⁹

„אסור ליבם לישא קרוכת זקוקתו, כגון אמה או בתה, עד שייבם אחד מאחיו לה או יחלץ לה ותסור זיקתו מעליה וישא אמה או בתה או שאר קרובותיה, אף על פי שהן כולן אסורות על אחיו שחלץ או ייבם כמו שבארנו“.⁷⁰

„החולץ ליבמתו, כשם שהיא אסורה עליו כך קרובותיה אסורות עליו, כגון אמה ובתה, וכן היא אסורה לבנו ולאחיו... כללו של דבר: הרי היא כאשתו שגרשה... וכל האיסורים האלו מדרביהו“.⁷¹

אפשר היה, אפוא, לומר כי החליצה, להיותה אקט המפיק את זיקת היבום, היא „ענין של גירושין“, ולכן יש לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בתביעת חליצה וכל הכרוך בה מכוח סימן 53 (1) של דבר המלך. אך לא כן היתה, כאמור, דעתו של בית המשפט העליון המנדטורי. אך יחד עם זה פסק אף הוא, כי מוזנות היבמה שהיבם חייב בהם בל עוד לא חלץ לה, אינם „חוב דתי“ כתם, אלא „מוזנות“ הם במוכן הוראות דבר המלך — מוזנות מסוג „מיינטננס“ — ובית הדין הרבני מוסמך לדון בהם אם כל הצדדים לענין הסכימו לשיפוטו, כאמור בסימן 53 (2) של דבר המלך. וטעמו ונימוקו היה, כי הוראת המוכח „מיינטננס“ היא כהוראתו בחוק הדתי של העדה, אישר בית דינה מטפל בתביעה⁷², כפי שנקבע על ידי בית המשפט העליון בענין אחר.⁷³

כל זה נשתנה מיסודו עם הנתן הוראת הסעיפים 5, 7, של חוק שיפוט בתי דין רבניים, מעתה תביעת החליצה היא „תביעה משפטית“ גמורה, העלולה לגרור אחריה סנקציות מעשיות חמורות: היא נתונה לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, וסמכות ייחודית זו משתרעת גם על תביעת המזונות של היבמה „עד יום מתן החליצה“. מקור החובה הזאת מצוי במסכת יבמות:

„תנו רבנן: יבמה — שלשה חדשים הראשונים ניוזנת משל בעל. מכאן ואילך אינה ניוזנת לא משל בעל ולא משל יבם. עמד בדין ובריה — ניוזנת משל יבם“.⁷⁴

„היבמה כל שלשה חדשים ניוזנת משל בעל; עמד יבמה בדין ובריה — ניוזנת משלו. חלה כמי שברח רמי, והלך לו למדינת

71 רמב"ם שם, הלכה ז"ג.

72 פסק דין סטרימל שם, בעמוד 256.

73 ספרק נגד יריר ההוצ'ים, בג"ץ 22/39, 6 לבנון 45.

74 יבמות, דף מ"א ע"ב.

67 סטרימל נגד יריר ההוצ'ים, בג"ץ 12/42, 42 אפלום 254, בעמוד 255.

68 רש"י יבמות, דף י"ז ע"ב, ד"ה יש זיקה.

69 משנה יבמות, דף מ"א ע"א.

70 רמב"ם הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה י"ד.

הים כמי שברח... האומר איני חולץ כאילו אומר איני מגרש⁷⁵.

«תבעה יבמה לכנוס או לחלוץ, ועמד בבית דין וברח, או שחלה, או שהיה היבם במדינת הים, הרי זו ניוונת משל יבם בלא שבועה כלל»⁷⁶.

נוכח הנוסחאות השונות של ההלכה, לא רק במקורות העתיקים אלא גם אצל המפרשים והפוסקים הראשונים, רבה המחלוקת בנוגע לגדרים והסיגים המדויקים לחובת מיוונות זו, והמחלוקת הצוייה על ידי מחלוקת אחרת הנמשכת עוד מתקופת המשנה, אם מצות יבום קודמת למצות חליצה או מצות חליצה קודמת למצות יבום⁷⁷, וכידוע נחלקו בנידון זה מנהגי העדות השונות בישראל, כך שאם היבם הזקן, למשל, מבקש לייבם את היבמה הצעירה, והיא מסרבת ודורשת חליצה, הדבר עלול להביא לטרגדיה איומה — להנשא לאתר לא תוכל, ומיוונות לא תקבל לא משל בעל ולא משל יבם — לכן טוב עשו רבני ישראל שהתקינו בשנת תשי"ב, בכינוס רבנים ארצי, את התקנה הבאה:

«ג. ברוב קהלות ישראל וכן בקהלות האשכנזים שבארץ, קבלו עליהם להלכה שמצות חליצה קודמת למצות יבום, וגם כשישניהם, היבם והיבמה, רוצין ביבום, אין מניחים אותם ליבם, ובניקום עהיכם נשוי אשה, נהגו בכל המקומות שאין בניחים אותם ליבם, וכהיות ובזמננו ברור הדבר שרוב יבמים אינם מכוונים לים מצוה, ומשום דרכי שלום ואחדות במדינת ישראל שלא תהיה התורה כשתי תורות, הננו גוזרים על תושבי ארץ ישראל ועל אלה שיעלו ויתישבו מעתה והלאה,

לאסור עליהם מצות יבום לגמרי, וחייבים לחלוץ, וחייבים במיוונות יבמתם כפי מה שיפסקו עליו בית דין ער שיפטדו את יבמתם בחליצה...»

תקנה זו פשטה ורווחה בישראל, ובתי הדין הרבניים פוסקים על פיה הלכה למעשה⁷⁸.

אפשרות הייבום במדינת ישראל מצומצמת מעתה למקרים יוצאים מן הכלל, שכן נאמר בסוף התקנה הנ"ל:

«איסור זה (של הייבום) אפשר להתירו במסיבות מיוחדות, ועל פי החלטת המועצה המודרכת בחתימת הרבנים הראשיים לישראל».

כך שהוראת סעיף 5 הוראה יעילה היא, וכמעט בכל מקרה בו יסרב היבם לחלוץ, יוכלו הרבנים לחייב אותו במיוונות עד יום מתן החליצה כנ"ל.

(ב) סמכותו של בית הדין הרבני לפי סעיף זה, תהיה נתונה לו גם אם היבם הוא זומר, ישנה מחלוקת הפוסקים, אם מומר זוקק את אשת אחיו, ודעת הרוב היא להחמיר, אם כי במקרים מסויימים נוהגים להקל.

«מי שיש לו אה... אפילו עכו"ם... הרי זה זוקק את אשתו לייבום»⁷⁹.

«כתב רב שרירא גאון, נפלה לפני מומר, כיוון שהורתו ולירתו בקדושה זקוקה ליבם, ומתענגה עד דחליץ לה, ורב יהודאי כתב, אי כד נסבה בעלה הוי יבם זומר — לא בעיא חליצה מיניה»⁸⁰.

78 ראה פסק דינו של בית הדין הרבני, ירושלים, ופסק דינו של בית הדין הגדול לערעורים, אוסף פסקי דין של הרבנות הראשית, ערך על ידי ד"ר ז. ורהפטיג, עמודים מ"א—נ"א.

79 דמכ"ם הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה ו'.

80 סוד אה"ע, סי' קנ"ו.

75 ירושלמי כתובות, פרק ה', הלכה ד'.

76 רבב"ם הלכות אישות, פרק י"ח, הלכה ס"ו; ראה גם שו"ע אה"ע, סי' ק"ט, סעי' א'.

77 משנה בכורות, דף י"ג ע"א; יבמות, דף ל"ט ע"ב; שם, דף ק"ט ע"א; רמב"ם הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה ב'; תוס' יבמות דף ל"ט ע"ב, ר"ה א"ר; שו"ע אה"ע, סי' קס"ה, סעי' א', והגהת הרמ"א שם; פתחי תשובה שם, והמובאות בו; ירושלמי יבמות, סוף פרק י"ב.

6. סעיף 6 של החוק אמר:

„ציווה בית דין רבני בפסק דין סופי לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו או לכפות אשה לקבל גט פיטורין מאישה. רשאי בית משפט מחוזי, כתום ששה חדשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציינת לצו.“

(א) פרשת כפית הגט — ביחוד כפית הבעל לתת את הגט — היתה מאז ומתמיד בעיה כאובה מאד בעניני המעמד האישי של יהודים בארץ הזאת. דיני ישראל אינם מכירים את המוסד המשפטי של „גירושין מכוח פסק“, והכל תלוי ברצונו של הבעל: רצה — מתיר אותה, רצה — אוסר אותה בכבלי העיגון. אמנם מתירים דיני ישראל במקדים מיוחדים — ואלה אינם מועטים כלל. כפי שהסברנו לעיל⁸⁵ — לכוף את הבעל ליתן את הגט, לכוף אותו „עד שיאמר רצה אני“, אבל גם כאשר נתנו רבני ארץ ישראל וישראל פסק דין שכזה, לא היתה כל אפשרות לבצע את הכפיה הזאת. כי צווי בית הדין הדתי לא נכללו בהוראת סעיף 6 של פקודת בזיון בית המשפט, ובתי המשפט האזרחיים לא יכלו לכפות את הבעל, על ידי הטלת קנס או מאסר, לציינת לצו שניתן נגדו על ידי בית הדין הרבני. נעשה פעם נסיון להשיג צו מתן גט מאת בית המשפט המחוזי⁸⁶, אבל הנסיון לא הצליח, והצו שניתן בוטל על ידי בית המשפט העליון⁸⁷.

כדי להמציא למזור זה תרף, נתן המחוקק הישראלי את הוראת סעיף 6 של חוק שיפוט בתי דין רבניים. מעתה, אם ציווה בית דין רבני בפסק דינו לכפות את הבעל ליתן את הגט או לכפות את האשה לקבלו, יוכל בית המשפט המחוזי, לבקשת היועץ המשפטי, „לכפות במאסר לציינת לצו“. הסנקציה כאן היא עוד יותר חמורה מן הסנקציה הנתונה לגבי צו בית משפט אזרחי על פי סעיף 6 של הפקודה הנ"ל, כי אין כאן ברירה בין קנס ומאסר.

„... רב נחשון גאון ובספר בשר על גבי גתלים פוסקים, דיבם שהיה מומר בשעת קידושי אדויו, ועדיין כשמת אדויו עומד בהמרותו, אינו זוקק אשת אדויו ופטורה בלא חליצה... ולפירוש רבנו חננאל אפילו היה יהודי בשעת נישואי אדויו, אם היה מומר כשמת אדויו לא משגחינן ביה ולא חולץ ולא מייבם“⁸¹.

„מכל אלה היה נראה להתיר יבמה שנפלה לפני מומר כפירוש רבנו חננאל, אלמא דעתי נוטה לדעת רבנו חננאל, אם כן דבר משוט הוא, דבנדון דידן דכבר נשאה מודה, דדנין כרבנו חננאל להתיר“⁸².

„והרשב"א ז"ל תמה על דברי רב יהודאי... דמומר אף על פי שחטא ישראל הוא וקידושו קידושין כנוכר פרק ד' מהלכות אישות, וכיוון שיש להם קידושין — זיקה נמי יש להם“⁸³.

„נפלה לפני יבם מומר, יש מי שמתיר אם היה מומר כשנשאה אדויו, ואין לטנוח עליו“⁸⁴.

המחלוקת היא רבה ומגוונת, יש מקדים בהם הכל מודים שהוא (המומר) זוקק לחליצה, ואם יבא מקרה כזה לפני הרבנים, הם יהיו מוסמכים לדון בו, וזה משני טעמים: (א) לא הוזכרה בסעיף זה בכלל המלה „יהודי“; (ב) אף אילו הוזכרה — הדי „יהודי“ הוא מי שדיני ישראל רואים אותו כיהודי, כפי שהסברנו לעיל. מובן מאליה, כי מי שאינו נחשב כדיני ישראל כיהודי, אין עליו חובת יבום או חליצה.

81 מרדכי יבמות, פרק החולץ, סי' ק"ו.

82 שו"ת מהרי"י מינץ, סי' י"ב; בין הנוטים להקל גם שו"ת שמן דוקח, חלק אה"ע, סי' נ"ג, והרב יחזקאל קצנלנבוגין בשאלת יעב"ץ, סי' כ"ט; השחה לעומת זה בעל שאלת יעב"ץ גופו שם, סוף סי' ב"ח, וסי' ל'.

83 מגיד משנה על הרמב"ם הלכות יבום וחליצה, שם הלכה ר'.

84 שו"ע אה"ע, סי' קנ"ה, סעי' ד', וראה הגהת הרמ"א שם.

85 חלק ראשון, פרק ג' (ב), סעיף 6.

86 בוגאר נגד בוגאר, תיק אורחי 45/27, 45 פמ"ן 210.

87 בוגאר נגד בוגאר, ע"א 46 אל"ר 324, 45/274, ראה גם לעיל, חלק ראשון, פרק

ג' (ב), סעיף 6.

(ב) ציווה בית דין רבני... לבפות וכו'. נקוד על "לכפות". כי אם פסק דינו של בית הדין הרבני רק מחייב את אחד מבני הזוג לתת או לקבל את הגט, ואינו מפרש שיש לכפות אותו לכך — אין להשתמש בהוראת סעיף זה. הדבר נעשה, כדי לשמור על דיני ישראל ועל כשרותו של הגט. כי אם לפי דיני ישראל, אין הדין נותן ש"כופין אותו להוציא". הרי אם בית המשפט המחוזי יכפה אותו לגרש, יהא זה "גט מעושה" שלא כדין ופסול⁸⁸. ואם אין הדין נותן לכפות אותו לקבל את הגט, ויכפה לכך, יהא זה "גט בעל כרחו" בניגוד לחרם דרבנו גרשום⁸⁹.

(ג) "רשות הפיקוח" הכפולה אשר בסעיף 6. אפשר כי מבחינה מסוימת הצר סעיף 6 את סמכותו של בית הדין הרבני קודם לכן — כך נראה לי לכאורה — הרי במקרה בו "כופין אותו להוציא", יכלו הרבנים להטיל על הבעל הסרבן תשלומי מזונות גבהים — "מזונות הפחדה" — כדי לכופו על ידי כך לתת את הגט ולהפטר מתשלום המזונות. אמנם "מזונות הפחדה" לאו "מזונות" הם, אבל הסמכות להטלתם נבעה לא מסמכותם לדון בעניני מזונות, אלא מסמכותם הייחודית לדון בעניני גירושין: כי כל מה שמועיל לביצוע פסק הדין שניתן בענין הגירושין, הנו הוא גוסו ענין של גירושין, ומדוע לא יוכלו הרבנים, תוך גבולות סמכותם, לעשות את אשר עושה בית המשפט האזרחי, בגבולות סמכותו הוא על פי סעיף 6 של סקודת בזיון בית המשפט? גם בית המשפט המחוזי, בענין בוגאיר⁹⁰, לא היתה מצידו התנגדות עקרונית להטלת "מזונות הפחדה" לשם ביצוע של צו מתן הגט.

על כל פנים, יהא אשר יהא על המצב ששרר לפני צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, עכשו — נוכח הוראת סעיף 6 — ודאי אין בית הדין הרבני מוסמך להטיל תשלומי מזונות כאלה. הדבר נובע מתוך עצם מהותה של ההוראה הנ"ל. וכך אמר בית המשפט העליון:

בסעיף 6 של החוק גילה המחוקק הישראלי את רצונו הברור, שלא להניח את דבר כפיית הגט בידי בתי הדין הרבניים

בלבד. הוקם מנגנון מיוחד, הייתי אומר: "רשות פיקוח" כפולה (של היועץ המשפטי ושל בית המשפט המחוזי), אשר תחלים על דעתה היא, אם לסייע באופן אפקטיבי לביצוע הכפייה, ואם אין, כל מי שקרוב אצל המציאות הישראלית, ויודע את המאבק הקשה שהתנחל מסביב לחוק ההוא, יכיר על נקלה את המניעים שגרמו להטלת "פיקוח" זה. רעיון ברור זה מחייב בהכרח את המסקנה, כי פסקי דין למזונות הפחדה" לא יבוצעו כלל על ידי המנגנון הממשלתי של משרד ההוצאה לפועל, שכן אפשרות זו עשויה לסבל כליל ולשים לאל את "אמצעי הזהירות" שנקט על ידי המחוקק בסעיף 6 של החוק⁹¹.

ואם משרד ההוצאה לפועל מצווה שלא להוציא לפועל פסקי דין כאלה, הרי שלמעשה אין לבית הדין הרבני סמכות לתת פסקי דין כאלה. אך יש לזכור, כי מבחינת דיני ישראל גופם, לא יוטלו על ידי הרבנים "מזונות הפחדה" אלא אם בן הדין נותן ש"כופין אותו להוציא", כי בכל מקרה אחר עלול הדבר להפוך את הגט ל"גט מעושה", כפי שנתבאר בהרחבה בפסק הדין הנ"ל⁹².

(ד) אין בית המשפט המחוזי פועל אלא לפי בקשתו של היועץ המשפטי, והגשת הבקשה נתונה לשיקול דעתו של זה. בית המשפט הגבוה לצדק לא יתערב בדבר, אלא אם כן שיקוליו של היועץ המשפטי היו שיקולים פסולים⁹³.

לא נתן המחוקק כל הוראות או "הנחיות" לבית המשפט המחוזי, כיצד לנהוג כשתוגש לפניו בקשה כזאת, ויש להניח כי הדבר מסודר לשיקול דעתו אם להיענות לבקשה או להדול. לא ברור, באיזו מידה יוכל בית המשפט לערעורים להתערב בשיקול דעת זה, ומה יהיה הקריטריון לכך. כי זו היא שאלה בה משמשים בערכוביא שיקולי דת ושיקולי משפט חילוני. במרוצת הזמן יתגבשו, ודאי, אי אלה כללים מתוך הפרקטיקה המשפטית.

88 כל הפרשה של "גט מעושה" נתבארה בפסק דינו של השופט וילברג, רחמנייג נגד יו"ד ההוצאים, בג"ץ 54/55, ט' פסקי דין 1542, בעמדים 1551—1558.

89 ראה רמ"א אה"ע, סי' ק"ט, סעי' ר.

90 ראה את פסק הדין המחוזי בענין בוגאיר שם, בעמוד 213, ודוק.

91 רונצווייג שם, בעמוד 1550.

92 רונצווייג שם, בעמדים 1552—1558.

93 השחה זאדה נגד היועץ המשפטי, בג"ץ 85/54, ח' פסקי דין 738.

(ה) לאור האמור לעיל בסעיפים 5 (ב), 1 (ב), אפשר יהיה להפעיל הוראת סעיף 6 גם כשאחד מבני הזוג הוא חומר⁹⁴.

(ו) רשאי בית משפט מתוזזי, כתום ששה חדשים מיום מתן הצו... לכפות במאסר לציית לצו. הזמן שנקבע כאן הוא — כך נראה לי — לגבי פסק הכפיה של בית המשפט המחוזי, ולא לגבי הבקשה המופנית אליו על ידי היועץ המשפטי. שאם לא כן — היה נאמר: לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה שתוגש אליו (לבית המשפט המחוזי) כתום ששה חדשים מיום מתן הצו. מכאן, כי בקשת היועץ המשפטי יכולה להיות מוגשת גם לפני עבור ששה החדשים, אלא שבית המשפט המחוזי לא יהא רשאי לצוות על מאסרו של הנתבע הסדבן אלא כתום ששת החדשים הנ"ל.

(ז) מיום מתן הצו. תקופת ששת החדשים נמנית מיום מתן הצו. בתנאי שיהיה "סופי" בעת מתן פסק דינו של בית המשפט המתוזזי. כך נראה פשוטו של פסק⁹⁵. אין הדבר גורר בעיות מיוחדות כאשר "סופיותו" של הצו מושגת על ידי אי-הגשת ערעור תוך הזמן החוקי⁹⁶. אך עלולים להתעורר ספקות ובעיות, במקרה בו הוגש ערעור ונדחה. מי כאן בית הדין הרבני אשר ציווה לכפות: בית הדין הראשון, או בית הדין הגדול לערעורים? ואם תמצי לומר: בית הדין הראשון — מה יהא הדין, אם בית הדין הגדול לערעורים אישר את עצם צו הכפיה, אך שינה את תנאיו? למשל: קבע שאין כן הזוג חייב לתת או לקבל את הגט, אלא אם כן קיבל סכום ידוע כתור פיצויים, חוב מזונות, החזרת רכוש וכדומה. במקרה זה — אפשר לומר — כית הדין לעדעודים הוא הנותן את צו הכפיה. מכיוון שאין אותו בן זוג חייב למלא את הצו שניתן נגדו על ידי בית הדין הראשון.

94 כאשר לדיני ישראל בנוגע לכפיית גט של בעל מומר, השוה דמ"א אה"ע, סי' קנ"ה, סעי' א'. מן המפורסמות, כי אין אשתו יכולה להנשא לאחר בלי לקבל הימנו גט, כי אפילו אם קידש בהיותו מומר קידושו קדושין (דמב"ם הלכות אישות, פרק ד', הלכה ט"ו). אם האשה הנתקעת היא מומרת, יוכל הבעל לקבל היתר לישא אשה אחרת. אלא שלפעמים קרובות הוא יהיה מעוגין דוקא להתגרש ממנה כדת וכדין, כדי שלא תירש אותו אחרי מותו, או כדי שלא תוכל לתבוע מפנו מזונות בפני בית משפט מיסמך כחזן לארץ, או אפילו כאן בארץ, אם הוא נתין זר, שהוכת המזונות שלו נידונה (בבית המשפט האזרחי) על פי "החוק האומי" שלו.
95 ראה ד"ר פרלס במאמרו הנ"ל, הפרקליט, ספטמבר 1954, בעמור 277.
96 דאה להלן סעיף 8.

אלא אם כן מילא יריבו את התנאי המוקדם שנקבע לכך על ידי בית הדין הגדול לערעורים. ואם אמנם כך הוא, הרי גם תקופת ששת החדשים הנ"ל תחל ממחרת היום בו ניתן פסק הדין האחרון.

תקופת ששת החדשים מתחילה "לרוץ" ממחרת יום מתן הצו הרבני, ואפילו אם הצו גופו אינו מטיל חובה מיידית, אלא קובע ארכא — פחותה משהה חדשים — לסידור הגט. למשל: ציווה בית הדין הרבני לכפות את הבעל ליתן גט לאשתו לא יאחר מתום שלשה חדשים מיום מתן הצו. הרי כעבור ששה חדשים מיום מתן הצו יוכל בית המשפט המחוזי להפעיל את הסנקציה האמורה בסעיף 6. ספק, מה יהא הדין, אם הארכא שניתנה על ידי הרבנים, הנה היא גופה ארוכה משהה חדשים: היוכל בית המשפט המחוזי, בסוף ששה חדשים, לצוות כי הבעל יושם כמאסר אם לא יתן את הגט כעבור הארכא ההיא, או שחייב יהיה להמתין במתן פסק דינו עד עבור הארכא ההיא?

7. סעיף 7 של החוק אמר:

"ציווה בית דין רבני בפסק דין סופי לכפות איש לתת חליצה לאלמנת אחיו, רשאי בית משפט מחוזי, כתום שלשה חדשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה. לכפות במאסר לציית לצו."

גם כאן חלה הוראת הסעיף רק כאשר הצו הרבני הוא צו כפיה, וגם כאן אין בית המשפט המחוזי פועל אלא לפי בקשת היועץ המשפטי. בסעיף זה הוקדם הזמן למתן פסק המאסר על ידי בית המשפט המתוזזי — שלשה חדשים במקום ששת החדשים של הסעיף הקודם — והטעם לכך הוא, כנראה, שסידור החליצה כרוך בפחות הבנות מעשיות מצד הנתבע מאשר סידור הגט. כי בין היבם ויכמתו אין — או: אין כמעט — שום יחסים שמן הצורך להסדיר או לחסל אותם לפני מילוי הצו הרבני. הרבנים גופם לא יתנו צו חליצה לפני עבור שלשה חדשים מיום מות המת⁹⁷. כל האמור לעיל בנוגע ל"מירוח" התקופות ומנייתן, יחול גם על הוראת סעיף זה.

97 משנה יבמות, דף מ"א ע"א, דמב"ם הלכות יבום וחליצה, סר"ק א', הלכה י"ט; שו"ע אה"ע, סי' קס"ד, סעי' א': "היבמה לא תחלוץ ולא תתיבם עד שיהיו תשעים יום ממתת הבעל, תוך מיום המיתה ויום היבום או החליצה".

«לצורך הסעיפים 6 ו-7 יראו פסק דין כסופי כשאין עוד ערעור עליו».

זאת אומרת: כאשר אין אפשרות עוד לערער על פסק הדין, אם מפני שהוגש ערעור עליו ונדחה, ואם מפני שעבר זמן הערעור ולא הוגש. ההוראת הרלבנטיות בנידון זה מצויות בתקנות ק"ב ו-ק"ה של תקנות הדיון בבתי הדין בארץ ישראל, וזה לשונן:

«ק"ב. תקופת הערעור, היינו הזמן שבתוכו אפשר להגיש ערעור על פסק, היא עשרים ואחד יום מיום שהוצא הפסק בפני המערער, ואם הוצא שלא בפניו — מיום שנמסר לו העתק מאושר מהפסק».

«ק"ה. עברה תקופת הערעור הנזכרת למעלה בסעיף ק"ב והמערער רוצה לערער על אף האיחור הזה, צריך הוא לפנות בבקשה בכתב אל בית הדין הגדול תוך שבעה ימים מיום שבו כלתה תקופת הערעור ולבקש שתנתן לו ארכה. בית הדין הגדול דן בדבר, ואם הוא מוצא שהאיחור בא מסבה מספקת הוא נענה לו, ואם לאו הוא דוחה את הבקשה».

עברה תקופת הערעור ולא הוגש, אך הוגשה בקשת הארכה האמורה בתקנה ק"ה הנ"ל, ייעשה פסק הדין סופי, אם על ידי ההחלטה השלילית בבקשה, ואם על ידי ההחלטה השלילית בערעור שהורשה, הכל כפי שהענין יתייב.

«בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1922—1947" או כפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט יחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך».

(א) חוק שיפוט בתי דין רבניים הוא כעת החוק היחיד, על פיו נקבעת — בעניני המעמד האישי — סמכותו הייחודית או המקבילה של בית הדין הרבני, מעתה, כל ענין מעניני המעמד האישי שאין לרבנים בו סמכות ייחודית לפי חוק זה, נתון לסמכותם המקבילה, ועל ידי כך הוצא ענין אישור צוואות של יהודים מכלל הסמכות הייחודית שהיתה נתונה להם מכוח סימן 53 (1) של דבר המלך, ועבר לסמכותם המקבילה התלויה בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, וכך נאמר על ידי בית המשפט העליון, אחרי צטטו את הסעיף הנ"ל:

«כאן נאמר בפירושו, ובלשון שאינה משתמעת לשתי פנים כלל, כי מכאן ולהבא יהא מקור חוק אחד ויחיד לסמכותם הייחודית של בתי הדין הרבניים. הוא: חוק נישואין וגירושין הנ"ל גופו, וכל ענין מעניני המעמד האישי שלא נקבעה לו סמכות ייחודית בחוק זה, יהא בסמכות המקבילה של בתי הדין הרבניים, היינו אך ורק אם כל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו לכך... הדיבור «יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר» וכו', אינו שונה אף במשהו מן הדיבור «לא יהא אלא», ולכן סבורים אנו, כי הוראת סעיף 9 באה לצמצם את הסמכות שהיתה נתונה עד כה לרבנים בעניני אישור צוואות, והיא מעכשו סמכות מקבילה אפילו אם המצווה היה בשעת מותו יהודי ארצישראלי או ישראלי וגם חבר רשום ברשימת חברי כנסת ישראל»⁹⁸.

המלים האחרונות באו לסתור את דעתו של הנשיא התורן המלומד, כי מכיון שהמצויה היה חבר רשום ברשימת כנסת ישראל, עדיין עומדת בעינה הסמכות הייחודית שהיתה נתונה לרבנים מכוח סימן 53 (1), בית המשפט העליון פסק, כי משיצא חוק שיפוט בתי דין רבניים — מפיו אנו חיים, ומפיו בלבד, לגבי כל עניני סמכותו של בית הדין הרבני, עד כמה שהדבר נוגע לעניני המעמד האישי.

«עד כמה שהדבר נוגע לעניני המעמד האישי» — כי עדיין קיים ענין אחד, בו יש לרבנים סמכות ייחודית מכוח סימן 53 (3) של דבר המלך,

98 רצאבי נגד רצאבי, ע"א 114/55, ס' ססקי דין 1319, בעמוד 1320.

הוא: ייסודם וניהולם של הקדשות דתיים שנוסדו בפני הדין הרבני בהתאם לדיני ישראל. ענין זה אינו ענין של המעמד האישי, ולכן הוא אינו נפגע מן ההוראה המגבילה, ההופכת "ייחודית" ל"מקבילה", של סעיף 9 הנ"ל. כי המלים הפותחות את סעיף 9 הן: בעניני המעמד האישי וכו'; יטעה אפוא, מי שיאמר, כי אין סמכות ייחודית לבית הדין הרבני אלא מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים. הנוסחה הנכונה היא: אין סמכות ייחודית לרבנים בעניני המעמד האישי אלא מבוח התוק הנ"ל.

(ב) כל הצדדים הנוגעים בדבר. בסימן 53 (2) של דבר המלך נאמר: "כל הצדדים לדין", כאן נאמר: "כל הצדדים הנוגעים בדבר". ראינו לעיל⁹⁹, כי המושגים "נוגע בדבר" ו"מעוניין" הם היינו הך; כי המונחים "צד לדין" ו"אדם המעוניין" אינם היינו הך. ונשאלת השאלה, הישנו הבל בין המונח "צד לדין" והמונח "צד הנוגע בדבר", ואם תמצי לומר: יש, — מובנו של איזה מהם רחב יותר?

שאלת משמעותו של המונח "נוגע בדבר" בסעיף 9 של החוק, נתעוררה בבית המשפט העליון על ידי ממלא מקום הנשיא, השופט חשין, והונחה שם ב"צריך עיון, וכך הוא אמר:

"אפשר ותתעורר שאלה אם הביטוי "הנוגעים בדבר" האמור בסעיף 9 לחוק משמעותו כמשמעות הכיטוי "צדדים לכשפט" ... הנזכר בסימן 53 (2) לדבר המלך במועצה אך אין אנו מצויים להשיב על שאלה זו תשובה כללית וכוללת. לפי שהשאלה הקונקרטית העומדת לפנינו מצומצמת הרבה יותר בממדיה"¹⁰⁰.

יחד עם זה נקבעה שם ההלכה — לאחד הסתמכות על מקורות המשפט העברי בנוגע לטיבה וטעמה של זכות החזקת הילד — כי בתביעה בין הורים להחזקת ילדם המשותף, הקטין הוא "נוגע בדבר" במובן סעיף 9, שיפוטו של בית הדין הרבני מותנה גם בהסכמתו של הקטין¹⁰¹.

99 חלק ראשון, פרק ב' (א), סעיף 3.
100 דרעי נגד יו"ר ההוצאה, בג"ץ 86/55, סי' פסקי דין 1938, בעמוד 1942.
101 שם בעמודים 1943—1944, עין שם.

על הדרכים בהן "מובעת" ההסכמה לשיפוט, יחולו הדברים שנאמרו לעיל לגבי הוראות הסימנים 53 (2) ו-54 (2) של דבר המלך¹⁰².

10. סעיף 10 של החוק אמר:

"פסק דין שניתן, אחרי הקמת המדינה ולפני תחילת תקפו של חוק זה, על ידי בית דין רבני לאחר דיון במעמד בעלי הדין, ושהיה ניתן כדין אילו אותה שעה היה חוק זה בתוקף, רואים אותו כאילו ניתן כדין".

(א) סעיף זה בא לתרים ממשול מדרך יהודים, שסמכו על סמכות בית הדין הרבני. חודו מופנה בעיקר כלפי ההלכה הנודעה של "החברות בכנסת", אשר היודיקטורה הישראלית קיבלה כ"סבל ירושה" מן היודיקטורה המנדטורית. עד לצאת חוק שיפוט בתי דין רבניים היה, כזכור, סימן היכר אחד ויחיד להשתייכות אל העדה היהודית, והוא: הרישום בפנקסי הבוגדים של כנסת ישראל. לא נמצא שמו על הלוח — לא היה האיש "חבר העדה היהודית" במובן סימן 53 של דבר המלך, ולבית הדין הרבני לא היתה כל סמכות לדון בעניני המעמד האישי שלו. אפילו אם הוא ויריכו גם יחד הסכימו בלב שלם ובנפש חפצה לשיפוט הרבנים. הגיעה ההלכה בקיצוניותה עד כדי כך, שיהודי שהתדין שנים על גבי שנים עם בת זוגו על עסקי מזונות בבית הדין הרבני, ואף שילם בקביעות במשרד התוצאה לפועל את השעורים שהוטלו עליו על ידי בית הדין, יכול היה בבוקר לא עבות אחד להוציא מגרתיקו את טענת אי-החברות, וטענה זו — משהוכחה — היתה משתקת כהרף עין את כל הפעולות שעמדו או שיכלו לנקוט נגדו על יסוד פסקי הדין הרבניים¹⁰³. והאשה, שסמכה כתום לב על סמכות הרבנים, לא היתה לה ברירה בלתי אם להתחיל בכל הפרשה מחדש בפני בית המשפט המחוזי, — ולא דוקא מחדש ממש: כי בעד הזמן שבובזו על הדין שנכשל, לא יכלה אשת-לא-חבר זו (חוץ ממקרים מיוחדים)¹⁰⁴ לתבוע מזונות מבעלה אפילו בבית המשפט המחוזי.

102 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ג' (א), סעיף 4; השווה גם ענין נגד יודסקי, בג"ץ 63/57, המרצה 94/57 (סרם פורטם).

103 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ב' (א), סעיף 7, יפסקי הדין המובאים בו.

104 עין ודוק רמ"א אה"ע, סי' ע"ג, סעי' ה', וש"ס אה"ע שם, סעי' ח'.

תקנה לתקלה זו — תקלה שנפלו ברשתה מאות נשים או אמהות עזובות — הומצאה על ידי המחוקק הישראלי בסעיף 10 של החוק. מעתה לא יוכל אותו לא-חבר לטעון את הטענה הזו, אם אך נתקיימו שני תנאים אלה: שפסק הדין ניתן לאחר דיון במעמד בעלי הדין, ושהוא ניתן אחרי הקמת המדינה. הנתבע השפוט נתון באותו מצב, בו היה נתון „אילו אותה שעה היה חוק זה בתוקף“, ומכיוון ש„חוק זה“ ביטל את ההבדל בין „חברים“ ו„לא חברים“, וקבע כקריטריון את יהדותו של בעל הדין¹⁰⁵, לא יוכלו — בתנאים הנ"ל — להשמיע את הטענה אפילו כלפי פסק דין שניתן לפני צאת החוק.

(ב) אחרי הקמת המדינה, אין הוראת סעיף זה חלה אלא על פסקי דין שניתנו אחרי הקמת המדינה. יש להצטער על שהמחוקק לא הרחיב את ההוראה — לפחות לגבי השמעת הטענה של אי-חברות — גם על פסקי דין שניתנו לפני הקמת המדינה. כי הטענה הזו היא מעיקרה טענה פורמליסטית, ריקת תוכן, היתה, ואפשר היה, בהזדמנות זו, למחוק אותה לגמרי מספר הטענות. או — לפחות שלפחות — לבטל את אפשרות השמעת הטענה כלפי פסקי דין שניתנו אחרי שנת 1944, שנת הפנקסים האחרונה, אשר ממנה ואילך לא התקיים בכלל גיהול רשימת חברי כנסת ישראל¹⁰⁶.

(ג) לאחר דיון במעמד בעלי הדין, סתם הכתוב ולא פירש: „דיון“ מהו, החייב הוא להיות דיון שהתנהל כולו בנוכחות בעלי הדין, או ש„מקצת דיון ככולו“? סבורני, כי ה„רציו לגיס“ של החוק תמציא לנו את התשובה לכך. טעמו של החוק הוא, כנראה בעליל, הסכמתו דאו של הנתבע לשיפוט הרבנים שבאה לידי ביטוי בהופעתו בפני בית הדין, ולכן אפילו אם השתתף רק בשיבה אחת, וטען לגופו של ענין, ייחשב פסק הדין כפסק דין שניתן „לאחר דיון במעמד בעלי הדין“¹⁰⁷.

(ד) הוראת סעיף 10 כללית היא, וחלה גם על ענינים אחרים שהסמכות לדון בהם הוקנתה לבית הדין הרבני על ידי חוק שיפוט בתי דין רבניים.

105 ראה לעיל, פרק ה', סעיף 1 (ב).

106 ראה עמ' צור נגד יו"ר ההוצ'ס, בג"ץ 293/52, ד' פסקי דין 98, בעמוד 100 למטה.

107 עיין ודוק בפסק דינו של השופט זוסמן, היוזמן נגד יו"ר ההוצ'ס, בג"ץ 59/53,

ד' פסקי דין 1142.

דוגמא לכך: פסק כפית חליצה שניתן על ידי בית הדין הרבני אחרי הקמת המדינה ולפני צאת החוק, גם פסק דין כזה, אם ניתן לאחר דיון במעמד בעלי הדין, יראו אותו כאילו ניתן כדין, ובית המשפט המחוזי יוכל להפעיל את הסנקציה האמורה בסעיף 7 של החוק.

(ה) ולבסוף יש לציין הלכה אחת שנקבעה על ידי בית המשפט העליון, היא: כי אם ביני לביני — היינו, בין מתן פסק הדין הרבני לבין צאת החוק — הוגשה תביעה באותו נושא לבית המשפט המחוזי, והוא החל לדון בה תוך גבולות סמכותו, אין הסמכות שלו נשללת על ידי הוראת סעיף 10 של החוק.

... בגוף החוק אין רמז לכונתו של המחוקק להשמיט על ידי סעיף 10 את הקרקע מתחת לרגליו של בית משפט מחוזי אשר פעל בגדר סמכותו החל לדון בענין מסויים בטרם הוחק החוק תחודש¹⁰⁸.

108 ע"ה נגד כרדה, ע"א 421/54, ס' פסקי דין 1205, סוף פסקה 12, בעמוד 1212.

חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951

1. חוק זה הוא בעיקרו חוק מטריאלי בעניני המעמד האישי של כל אדם בישראל. חוץ מן הסעיף הראשון — "הפרוגרמטי" — וסעיף 6 המשלים אותו, דן כל אחד מסעיפיו בענין מסויים, או בכל עניניו של המעמד האישי. ואפילו הסעיף הראשון, וההלכה הכללית שבו, עשויים לאצול על עניני המעמד האישי. נאמר בו:

"דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית — אין נוהגים לפיה".

הוראה זו, כמו כל הוראות החוק, מתייבת לא רק את בית המשפט האזרחי, אלא גם את בית הדין הדתי. כאמור בסעיף 7 של החוק, ומכאן מסתעפת ועולה השאלה, מה יהא על דיני העדות של החוקים הדתיים השונים? האם חייב יהיה בית הדין הדתי לקבל עדות אשה, גם כאשר החוק הדתי שלו רואה אותה כפסולה לעדות? ודאי הדבר, כי הרבנים, למשל, לא יהיו חייבים להתיר אשה לשוק על סמך עדות נשים הבאות ומעידות, כי קבלה גט מבעלה כדת וכדין? לכך אפשר למצוא "היתר" בסעיף 5 תאומר: "אין חוק זה כא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין וגידושין". ברם, מה יהא הדין בענינים אחרים, שאינם נוגעים דוקא לדיני איסור והיתר כאלה?

1 דאה פסק דינו של השופט וילברג, שטיינר נגד היועץ המשפטי, ע"א 209/54, ט' פסקי דין 241, בעמוד 251 למעלה.

2 זאת אומרת: שקבלה את הגט בפני שני עדים בשדים. בנוגע לעדות אשה ודיניה השונים עיין ודוק: בבא קמא, דף פ"ח ע"א; שבועות, דף ל' ע"א; רש"י שם, ד"ה שבועת; רמב"ם הלכות עדות, פרק ט', הלכה ב'; שו"ע חו"מ, סי' ל"ה, סעי' י"ה, ורמ"א שם; כתובות, דף כ"ב ע"ב; רמב"ם הלכות גירושין, פרק י"ב, הלכה ד'; שו"ע אה"ע, סי' י"ז, סעי' ב'; הגהת הרמ"א שם; משנה יבמות, דף קי"ז ע"א; משנה יבמות, דף קי"ז ע"ב; רמב"ם שם, שם, הלכה ס"ו; שו"ע אה"ע שם, סעי' ג'; עיין ודוק משנה יבמות, דף קכ"ב ע"א.

אינני מוכן להכריע בשאלה נכבדה זו, כי יש בה פנים לכאן ולכאן: הכל תלוי בפירוש המונח "פעולה משפטית", שנשנה פעמיים בסעיף הנ"ל. יש מקום לומר, כי "פעולה משפטית" משמעותה היא: כל פעולה המחוללת במישורין שינוי כל שהוא בעולם היחסים המשפטיים. כגון: מכר, מתנה, שעבוד, התחייבות, מחילה, נישואין, גירושין וכדומה, אך לא פעולה שמהותה ומטרתה היא להוכיח את העובדות הנגזרות אחריהן את האפקט המשפטי. תגרת עדות היא פעולה הנעשית אנב דיון משפטי, אך אינה — אולי — היא גופה "פעולה משפטית" במובן הסעיף הנ"ל, כי לא היא היא היוצרת במישורין את התוצאה המשפטית.

אך גם אם נאמר, כי גם היא נכללת בתחומי המושג הנ"ל, עדיין שאלה היא, מה היא הסנקציה שאפשר להפעיל נגד עבירה מצד בית הדין הדתי על ההוראה הנ"ל? סבורני, כי התשובה לכך היא: אין! בפרט עכשו, נוכח הוראת סעיף 7 (ב) (4) של חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957. אך גם לפני צאת חוק חדש זה, לא היה המצב שונה בהרבה. אפשר כי אז יכול היה בית המשפט הגבוה לצדק לצוות על בית הדין הדתי לשמוע את העדות ההיא, אך — כנראה בעליל, וכמובן מאליו — הוא לא היה נותן לו, וגם לא יכול היה לתת לו, הוראות כל שהן בנוגע לעצם הפסיקה. והן הקושי העיקרי הוא לא בזה שאין בית הדין שומע את העדות, אלא בזה שאין הוא נשמע לה.

ברם יתכן, כי כל הבעיה שלפנינו לא תתעורר כלל ועיקר כאשר הענין הנדון הוא מעניני הסמכות המקבילה, בהם תלויה סמכותו של בית הדין בהסכמת הצדדים, כי הואיל ואנו כאן בשאלת קבלת עדות קא עסקינן, אפשר אולי לומר, כי אם אמנם ההסכמה לשיפוט אינה מהווה, היא כשלעצמה, גם הסכמה להתדין על פי החוק המטריאלי של דיני העדה, הרי היא מהווה הסכמה להתדין על פי דרכי הדיון ודיני הראיות של בית הדין הדתי; ואם כך הדבר, יהא בית הדין פטור לגמרי מ"עולו" של החוק, בשל הוראת סעיף 7 שבו. רעיון זה לא יפתור כליל את הבעיה שלפנינו, אך

3 כך היא, כנראה, דעתו של ת צדוק, חוק שיח זכויות האשה, הפרקליט, אוקטובר 1951, בעמודים 66—67.

4 אך השווה להלן, סוף סעיף 8.

יצמצם בהרבה את החשיבות המעשית שבה, ביחוד מאחר שעניני נישואין וגירושין חנוט, יהיו כרגיל "משוריינים" מכוח הוראת סעיף 5 של החוק.

2. הוראה בעלת חשיבות מעשית מרובה ניתנה בסעיף 2 של החוק. תכליתה היא לבטל את פסלות האשה הנשואה בעניני רכוש וקנין, עד כמה שקיימת פסלות זו באיזה שהוא מן החוקים הדתיים. כי המשפט האזרחי של ארצנו, אינו מכיר בכלל הגבלות מסוג זה. בסעיף זה נאמר:

"לאשה נשואה תהיה כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה; ואין קניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי קשר הנישואין".

(א) השפעת הוראה זו על פירות נכסי מלוג. ברני ישראל קיימים, כידוע, שני סוגי נכסים של אשה נשואה. נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל:

"ששני מיני נכסים יש לה: נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל. נכסי צאן ברזל הם שמכנסת לו ושמין אותם וכותבים אותם ככתובתה; ודא והנעלת ליה בגדים ותכשיטין, ומקבל עליו אחריות. שאם הם עבדים ובהמה ומתו מתו לו, ואם הותירו הותירו לו, ואם הם מטלטלין ופחתו או הותירו או נגנבו או נאבדו הכל הוא באחריותו. ואם אינו מקבלן עליו באחריות או נקראים נכסי מלוג, ואם פחתו או הותירו או נאבדו אז הכל באחריותה".

הדוגמאות שניתנו כאן אך משל הן, וחלוקת הסוגים קיימת לגבי כל מיני נכסים, בין אם הם מטלטלין בין אם הם קרקעות⁶. ובאחד מפסקי דינו כתב בית המשפט העליון הישראלי:

"וההבדל ברין בין נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל, הוא גלוי וידוע. בנכסי מלוג הקרן שייכת לאשה והבעל אוכל את

5 סור אה"ע, סי' פ"ה; השוה שו"ע אה"ע, סי' פ"ה, סעי' כ', ורמ"א שם; רמב"ם הלכות אישות, פרק ס"ז, הלכה א'.

6 ראה רמ"א אה"ע שם; באר היטב שם, סי' ק (ב); המובאה להלן הערה 8.

הפירות. בנכסי צאן ברזל הגוף כמעט קנוי לבעל — נקוד על כמעט, כי קיימות הגבלות רבות שאין כאן המקום לעמוד עליהן — אלא שהוא אחראי להם כלפי אשתו, והם חוזרים אליה; בעין או בדמים לפי ה"שומא", לאחר מות הבעל או גירושי האשה (כתובות דף מ"ז ע"ב, דף ע"ט ע"א וע"ב). ומקומות אחרים; יבמות דף ס"ו ע"א). שני סוגים אלה שמש מעיד עליהם ועל אפיים: המלה "מלוג" נגזרה מן השורש "מלג", היינו מליגת (תלישת) שערות, וכשם שהמולג "תולש השער ועוזב הראש, כך כאן אוכל פירות ועוזב קרן" (חלקת מחוקק, אה"ע סי' פ"ה, ס"ק ג), ומקורו בערוך; השוה גם רשב"ם בבא בתרא דף קל"ט ע"ב, ד"ה האשה), והשם נכסי צאן ברזל מכואר כך: "לשון צאן ברזל, קרן קיים, שאין פחת ונפסד, שאפילו מתו כולן אחריותן עליו לשלם לה כשימות או יגרשנה" (רש"י יבמות דף ס"ו ע"א, ד"ה אלמנה).

"ונכסי מלוג הן נכסים שנפלו לה מבית אביה, או שהכניסה קרקעות שלא נישומו בכתובתה ולא קבל עליו אחריות, ואוכל פירותיהן בחייה כתקנת חכמים תחת פרקונה, ולהכי מיקרו מלוג שמולגו ומחסרו בעל, שאוכל הפירות במליגת הראש".

זכות אכילת הפירות היא זכות ריאלית, חפצית, הדובצת ב"שעבוד" על נכסי המלוג של האשה; יש אומרים: "נשואה ירו כידה" (בנכסים אלה) ויש אומרים אפילו: "ירו עדיפא מידה"⁷; ותקפה של הזכות גבר ו"חוקק" עוד יותר, והיא הפכה כמעט "קנין הגוף" ממש, בתקנה הידועה בשם "תקנת אושא", שהוזכרה פעמים רבות בתלמוד:

"באושא התקינו: האשה שמכרה בנכסי מלוג בהוי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלקוחות"⁸.

7 לרר נגד סטריקביסקי, ע"א 39/55, פסקי דין 1274, בעמוד 1279.

8 רשב"ם בבא בתרא, דף קל"ט ע"ב, ד"ה אשה.

9 כתובות, דף פ"ג ע"א, עיין שם.

10 ככא קמא, דף פ"ה ע"ב; בבא מציעא, דף צ"ו ע"ב; בתובות, דף ע"ח ע"ב; בבא בתרא שם, ומקומות אחרים זולתם; רמב"ם הלכות אישות, פרק כ"ב, הלכה ז', ע"ש ודוק; שו"ע אה"ע, סי' צ', סעי' ט', ונושאי בליו; הגהת הרמ"א שם.

באושא התקינו. דאף על גב דבעלמא לאו כקנין הגוף דמי (כלומר: קנין פירות אינו כקנין הגוף), בעל בנכסי אשתו אלמנה דבגן לשעבודיה (וזקו חכמים את שעבודו) משום: איבה, והוי כלוקח ראשון¹¹.

נוכח כל אלה אין ספק בדבר, כי בדיני ישראל אין לאשה נשואה "כשרות מלאה לעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה", וקניניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים ונפגעים על ידי קשר הנישואין. לכן אמר בית הדין המיוחד — והשופט השלישי, הרב הוכמן ז"ל, הסכים לכך — כי:

„לאור ההוראה המצויה בסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, אין עוד קיום למוסד של „נכסי מלוג" במשפט הפוזיטיבי המקומי"¹².

מפשוטם של דברים אלה עולה, כי הוראת סעיף 2 היא הוראת חוק סובסטנטיבית, המבטלת את זכותו של הבעל לאכילת הפירות הללו, — זכות שהיתה נתונה לבעל היהודי קודם לכן, מכוח הדינים הסובסטנטיביים של החוק האישי שלו.

וכאן צפה ועולה שאלה חשובה מאד: מה יהא דינם של אותם הבעלים, אשר נשאו את נשותיהם, ורכשו זכות אכילת פירות בנכסיהן, לפני צאת החוק הנ"ל? האין זאת „זכות שנרכשה", אשר איננה מתבטלת על ידי החוק החדש, אלא אם כן הכוונה להפעלתו תרטראקטיבית עולה מתוך החוק החדש גופו? הלא כך נאמר בסעיף 14 של פקודת הפרשנות (נוסח חדש):

„(ב) תיקוק המבטל דין אין כוחו של הביטול יפה —

(3) להשפיע על זכות או על זכות יתר שנרכשה או שנוקדה לפי הדין המבוטל, או על התחייבות או על חבות שהלו לפירי.

הן המונח „דין", גם בפקודת הפרשנות גופה, כולל גם דין דחי, כפי שנאמר בסעיף 1 של הפקודה.

היוצא מזה, לכאורה, כי הוראת סעיף 2 לא תחול אלא על נכסים שרכשה האשה הנשואה אחרי צאת החוק, ואולי אפילו: רק על נכסי אשה שנישאה אחרי צאת החוק. כי אם היא נישאה לפני צאת החוק, אפשר לומר, כי זכותו של הבעל כבר „נולדה" קודם לכן במובן סעיף 14 (ב) (3) הנ"ל, ושוב אין היא מתבטלת אפילו לגבי נכסים שרכשה האשה אחרי פרסום החוק, על כל פנים — וזו היא המסקנה הלכאורית המינימלית — לא תחול הוראת הסעיף על נכסי מלוג שהאשה הביאה אתה מבית אביה, או שרכשה אותם בדרך אחרת, לפני צאת החוק הנ"ל, שהדי לגבי נכסים אלה ודאי הוא כי זכותו של הבעל „נרכשה" על ידו קודם לכן, כפי שנאמר בסעיף הפרשנות הנ"ל.

ואף על פי כן סבור אני, כי אין זו המסקנה הנכונה שיש להסיק מצירופם של סעיף 2 של החוק וסעיף 14 (ב) (3) של הפקודה הנ"ל. המפתח לפתרון השאלה טמון, לדעתי, בסעיף 7 של החוק, ניסוחו של סעיף זה אינו מן הרגילים; הוא „אוניקום" בכל התחיקה. נאמר בו:

„כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לדון בעניני המעמד האישי וכו'".

הסיפא — ניחא! והיה צורך לאמור את הדבר, כי על ידי כך הטיל המחוקק את החוק חובה גם על בתי הדין הרתיים, שהם, בדרך כלל, אינם חייבים להתחשב בפסקי דינם עם הוראות החוק האזרחי¹³. אך הרישא למה? כלום יש חוק מדינה, שאין בתי המשפט חייבים לנהוג על פיו, ולשם מה באה ההדגשה המיוחדת הלזו?

על כך יש, לדעתי, רק תשובה אחת, והיא: כי המחוקק, בלי להמעט על ידי זה את דמותו המטריאלית של החוק, רצה עוד להנסיף עליו נופך פרוציטואלי מיוחד, כדי להשיג על ידי כך תוצאה השווה, מבחינה מעשית,

11 רש"י כנא קמא שם, ד"ה באושא.

12 סידס נגד יו"ר ההוצ"ס, בית דין מיוחד 1/50, ח' טסקי דין 1020, בעמוד 1023.

13 דאה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (א), סעיף 1.

אחר שנתארסה או נתנו לה במתנה, הכל נקראין נכסי מלוג,
שכולן ברשותה הן"¹⁶.

ואין ספק, כי גם כלפי פגיעה בנכסים אלה מכוונת הוראת הסעיף הנ"ל.
כוונתו של המחוקק היא, כי האשה הנשואה לא תיפגע בקנייניה או בעשייה
בקנייניה בעטיו של קשר הנישואין. כעצם, כל הסיפא מיותרת היא ואפשר
היה להסיק את הדבר מתוך הרעיון שהובע ברישא: "לאשה נשואה תהיה
כשרות מלאה וכו' כאילו היתה פנויה".

(ב) מעשה ידיה. האם ביטלה הוראת סעיף 2 גם את זכותו של הבעל
היהודי למעשה ידיה של אשתו? התשובה לכך היא, לדעתי, לא! אמנם יש
רגלים להשקפה, כי ידי האשה "משועבדות" לבעלה¹⁷, אך עדיין אין בכך
— למעשה — משום צמצום כשרותה לקנין או לעשייה בקניינים במובן
הסעיף הנ"ל. ה"שעבוד" הוא רוכך הרבה בספרות המאוחרת, וההבדל בין
אכילת פירות ומעשה ידיה מצא לו ביטוי נאה בדברי התוספות בקשר
לקושיא אחת:

"שאני פירות דידו כידה וזוכה בגוף הקרקע, אבל מעשה ידיה
אינם בעיני, דלא שייך למימר שיזכה בגוף הידיים"¹⁸.

"ומעשה ידיה... שאם היה לה מעות ממקום אחר... היתה
יכולה ליתן לו דמי משקל ה' סלעים ביהודה וכו'" (זאת
אומרת: חוב הוא, שהיא יכולה לסלק לבעלה במעות, כמו כל
חוב אחר)¹⁹.

להפעלתו הרטרואקטיבית של החוק.¹⁴ הוא ציווה על בתי המשפט ובתי
הדין, בפה מלא ובמלים מפורשות, כי חכאן ולהבא עליהם לנהוג — זאת
אומרת: לפסוק — לפי חוק זה, ואך ורק לפי חוק זה, והפועל יוצא מהוראה
פרוציטואלית זו הוא, כי סעיפי החוק, וסעיף 2 בתוכם, "מבטלים" ממילא,
ללא כל אזכרת רטרואקטיביות, גם את הזכויות המטריאליות שנרכשו לפני
פרסום החוק, עד כמה שאינן עולות בקנה אחד עם דעיון שיווי זכויות
האשה; כי בין אם זכותו של הבעל "נרכשה" מבחינה מטריאלית בין אם
לא "נרכשה", שום בית משפט או בית דין לא יורשה מכאן ולהבא להפגיל
את הזכות ההיא, בשל היותה מצמצמת את כשרותה המלאה של האשה
הנשואה כנ"ל. סבורני, כי זו היא הדרך היחידה לפתרון הבעיה שלפנינו.
שאם לא נלך בה, נגיע אל התוצאה המשונה, כי המחוקק, עם כל טרחתו
המרובה לעקור מן השורש את הפליטה לרעה של האשה, עשה רק את
מחצית המלאכה, והפלה הוא גופו בין אשה לאשה: בין זו שעדיין לא
נישאה לאיש כשנת 1951, לבין זו שכבר נשואה היתה באותה שנה, או,
לפחות, בין אשה אשר טרם ירשה את נכסי המלוג שלה לבין אשה אשר
כבר היתה עתירת נכסים כאלה בשנה ההיא (כלומר: ביום התפרסם החוק
הנ"ל).¹⁵ אך — מודה אני — אין תשובה בפי על השאלה, מדוע לא נקט
המחוקק דרך יותר פשוטה, ולא הכריז כפירוש על פעולתו הרטרואקטיבית
של החוק.

נאמר בסעיף 2: "ואין קנייניה שרכשה לפני הנישואין נפגעים על ידי
קשר הנישואין". ברור, כי המלה "לפני" לאו דוקא, וכי הוראת החוק חלה
גם על "פגיעה" הנגרמת עקב קשר הנישואין לנכסים שרכשה האשה בהיותה
כבר נשואה. בדיני ישראל, כידוע, גם נכסים שנפלו לאשה לאחר שנישאה
— או אפילו לאחר שרק "נתארסה" (נתקדשה) — בכלל נכסי מלוג הם:

"וכן כל נכסים שיש לאשה שלא הכניסה אותן לבעלה ולא
כתכו אותן בכתובה אלא נשארן לעצמה, או נפלו לה בירושה

14 על הרטרואקטיביות של חוקים פרוציטואליים, ראה את הדברים שנאמרו בספק
דינו של השופט זילברג, כהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' מסקי
דין 4, פסקה 8, בעמודים 16-17.
15 ארגומט זה, כשהוא לעצמו, לא היה מסטיק בדי לשחת אוסי רטרואקטיבי להוראת
הסובסנסטיביות של החוק, מכיון שאין זו "בוזגה המשתמעת" — כלומר: משתמעת
מדברי החוק גוסו — כמובן הסיפא של סעיף 14 של פקודת הפרשנות.

16 רמב"ם הלכות אישות, פרק ט"ז, הלכה ב'.
17 סוגיא דהמקדיש מעשה ידי אשתו, כתובות, דף ג"ח ע"ב—ג"ט ע"ב; דמכ"ם הלכות
ערכין וחרמין, פרק ו', הלכה כ"ח; שו"ע אה"ע, סי' ס"א, סעי' א', ונושאי כליו שם.
18 תוס' כתובות, דף מ"ז ע"ב, ד"ה זמנין; בן גס הרא"ש כתובות, פרק נערה
שנתפתחה, לסוגית הש"ס שם.
19 שו"ת מהר"ם (ר' יוסף מסראני), חלק א', סי' ה'; השו"ע קצות החושן, חר"מ,
סי' קי"ז, ס"ק (ו). משקל חמש סלעים ביהודה הוא השיעור שהאשה חייבת בו לפי
המשנה, כתובות, דף ס"ד ע"ב.

והכי נמי במעשה ידיה, שאין קנוי לו אלא לגוביינא בעלמא²⁰.

מעשה ידיה הם ה"תמורה" בעד המזונות שהבעל חייב לאשתו, ואין לראות בבך הפליה לרעה של האשה. יתר על כן: לא יתכן כאן שום קיפוח של זכויות האשה, מכיוון שהברירה בידיה, ואם לא כדאי לה הרבר — היא יכולה לומר: איני ניוזנת ואיני עושה.

„אמר רב תונא אמר רב, יכולה אשה לומר לבעלה: איני ניוזנת ואיני עושה. קסבר כי תקינו רבנן מזוני עיקר, ומעשה ידיה משום איבה, וכי אמרה: איני ניוזנת ואיני עושה — הרשות בידיה“²¹.

„מזוני עיקר. תחילת תקנתא לטובתה תקנוה, משום דזמנין דלא ספקה במעשה ידיה למזונות, ותקנו תחילה עיקר תקנתא שיוון את אשתו, והדר תקון לו מעשה ידיה משום איבה, וכיוון דעיקר תקנתא לטובתה ומשום ידיה הואי, כי אמרה: לא ניחא לי בהאי טיבותא — שומעין לה“²².

ולא עור אלא שלרעת אחר מגדולי הפוסקים — וזו היא כנראה עתה הדעה המקובלת — יכולה האשה לומר איני ניוזנת וכו' ולחזור בה מדבריה ולחזור ולומר, כל אימת שתרצה, כך שהכרירה שבידה אינה ברירה חד-פעמית שכרוך בה סיכון מסוים, אלא ברירה הולכת ונשנית, היכולה להיות מותאמת על ידה לצרכיה האמיתיים.

„הטעם מבואר בר"ן (הסובר שאינה יכולה לחזור בה), שאינו בדין לשנות בכל פעם שתרצה: בעת שתמצא מלאכה — תאמר איני ניוזנת ואיני עושה, וכשלא תמצא — תאמר רצוני

במזונות; ויש חולקין (הבונה ל"יש חולקין" המוזכר בהגהת הרמ"א) הוא דעת דיי"ן²³ דכתב, כיוון דקיימא לן מזוני עיקר — בדין הוא שתהיה ידה על העליונה, דהא יש חוק קצוב בכל שבוע כמה היא עושה, משום הכי הברירה בידיה לומר בשבוע זו (זה) אני אעשה לעצמי ובשבוע אחרת (אחר) תאמר תן לי מזונות ואני מוכן (מוכנה) לעשות חוק הקצוב“²⁴.

דעתי היא, איפוא, כי על אף „שעבוד הירים“ המונח מבחינה משפטית ביסודה של הזכות, זכותו של הבעל היהודי למעשה ידיה של אשתו לא נתבטלה עקב הוראת סעיף 2 הנ"ל.

3. הסעיף השלישי של החוק קובע אפוטרופסות שוה ו"טבעית" להורים על ילדיהם, בסעיף זה נאמר:

„(א) האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם; מת אחד ההורים, הנשאר בחיים הוא האפוטרופוס הטבעי.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית משפט או בית דין מוסמך לנהוג בעניני אפוטרופסות על ילדים, הן על גופם והן על רכושם, כהתחשב עם טובת הילדים בלבד“.

(א) אפוטרופוס טבעי. „אפוטרופוס טבעי“ הוא האפוטרופוס מן הדין, שאין צורך במינויו. ברומה לזו היא „האפוטרופסות החוקית“ (tutela legitima) הרומאית, בניגוד ל„האפוטרופסות הממונה“ (tutela dativa) של הרומאים²⁵.

23 הכונה היא לרכנו ירוחם, ספר משרים, נתיב כ"ג, חלק חמישי, דפוס ויניציאה ש"ג (1553), דף נ"ז ע"ב, סוד ראשון למסה — סוד שני למעלה; גם החלק מחוקק, אה"ע סי' ס"ט, ס"ק (ו), וביאורי הגרי"א שם, ס"ק (ו), מסכימים כנראה לדעה זו; עיי' גם תוס' כבא כתר, דף מ"ס ע"ב, ד"ה יכולה, ודו"ק.

24 בית שמואל, אה"ע, סי' ס"ט, ס"ק (ג).

25 ראה ד"ר ש. איזנשטדט, המשפט הרומאי, תולדותיו והורחיו, בעמודים 255—256.

20 סי' יו"ד, סי' רל"ד, ס"ק (פ"ג).

21 כמובות, דף ג"ח ע"ב; רמב"ם הלכות אישות, פרק י"ב, הלכה ד'; שו"ע אה"ע, סי' ס"ט, סעי' ד'; אך השוה רמ"א אה"ע, סי' פ', סעי' ס"ו.

22 רש"י כתובות שם, ד"ה מזוני.

המג'לה. בסעיף 974 שבה, קובעת תור מיוחד לאפוטרופסי הקטנים, והוא תור מעודב של אפוטרופסים חוקיים, ממונים על ידי החוקיים (או על ידי ממוניתם) או ממונים על ידי בית המשפט. בראש התור עומד אבי הקטן, ואחריו כסדרם: האפוטרופוס שנתמנה על ידו, האפוטרופוס שנתמנה על ידי זה האחרון, אבי-אביו או אבי-אבי-אביו של הקטן, מי שנתמנה על ידו וכו'. ובית המשפט העליון המנדטורי פסק, כי הוראת סעיף 974 של המג'לה היא תוראת חוק שדירה וקיימת על אף הוראת סימן 51 של דבר המלך, וממילא היא מהייבת גם לגבי לא-מושלימים²⁶. ספק, אם ההחלטה נכונה היא, ואם נכונה היא — ספק, אם בית המשפט היה מחליט כפי שהחליט, אילו המדובר היה במשפט המתנהל במישרין בנוגע למינוי אפוטרופוס²⁷.

בדיני ישראל אין בכלל „אפוטרופוסות חוקית“, או אם תרצה לומר — נוסחא אחרת — אין בהם אפוטרופוס חוקי אלא אחד, והוא: בית דין. אך תואיל ואפוטרופוסות החוקית של בית הדין מתבטאת, למעשה, במינוי אפוטרופוס מתאים ופיקוח על מעשיו, הרי אפשר לתזור אל הנוסחא הראשונה ולומר, כי דיני ישראל בכלל אינם מכירים את דבר האפוטרופוסות „הטבעית“ או „החוקית“ של הקרובים הקרובים ביותר²⁸.

„רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומין“.

„רבן גמליאל ובית דינו. כלומר: נשיאי ישראל שבכל דור ודור“²⁹.

„דדוקא דיינין שממונין בכל עיר ועיר, או גדולי הדור שהן אביהם של יתומין, יש להם למנות אפוטרופוס ליתום, ואם ייראה שהם טובים ליתומים — יכולים למנות את עצמן“³⁰.

„כי כל בית דין ובית דין הוא אביהם של יתומים... שמעינן מיהא, דאף על גב שאבי היתום הניח אפוטרופוס, אם ייראה לבית דין שזה אינו נוהג כשורה — יש להם לסלקו ולמנות אחר תחתיו, כי הבית דין אביהם של יתומים האמיתיים“³¹.

„האמיתיים“ — זאת אומרת: הרשות העליונה, אשר בידה מסורים כל עניני היתום, ואם הם (כרגיל וכמקובל) אינם „ממנים את עצמם“ — ויש לפעמים, שאין זה מן הראוי שיעשו כן³² — האפוטרופוס הוא: או מי שמינהו אבי יתומים (האב שמת והוריש את הנכסים), או מי שמינהו בית דין³³, מלבד אותו מקרה מיוחד של „יתומים שסמכו אצל בעל הבית“³⁴, שאין כאן המקום לעמוד על פרטיו.

„יתומים שסמכו אצל בעל הבית לעשות על פיו, ולא נתמנה להן אפוטרופוס לא מאביהן ולא מבית דין, אפילו הכי כאפוטרופוס הוא“³⁵.

על כל פנים, קרובי הקטן, ואפילו אביו, אינם אפוטרופסיו החוקיים, ובית דין, בדרך כלל, גם אין נוטים למנות אותם, מפני ש„אין מורידין קרוב לנכסי קטן“³⁶.

„מה ששמעון טוען (להיות אפוטרופוס) מפני שהוא קרוב המת יותר מכל אדם (הוא היה בן אחי המת, ההדודן של הקטנה).“

30 שרית הראש, כלל פ"ה, סימנים ה'—ו'.
31 שרית מהרשד"ם, סי' תל"ד.
32 ראה רמ"א חו"מ, סי' ר"צ, סעי' א'.
33 משנה גיטין, דף נ"ב ע"א, ומקומות אחרים.
34 גיטין שם.
35 רש"י גיטין שם.
36 בבא מציעא, דף ל"ט ע"א; דמכ"ס הלכות נהלות, פרק ח', הלכה כ': שר"ע חו"מ, סי' ר"צ, סעי' ב' (מבחין בין קרקעות ונכסים אחרים).

26 חסון נגד דהאן, ע"א 236/43, 43 אל"ד 822.
27 עיין דווק בדברים שנאמרו שם בריש הקסע הרביעי, בעמוד 826, ד"ה „למי דעתך“.
28 ב„שערי צדק“, חלק א', שערי י"א, פרק א', פסקה א', נאמר אמנם: „האבות הם אפוטרופסים חוקיים על בניהם ובנותיהם הקטנים וכו'“, אבל — כנראה בעליל מן הדברים שנאמרו שם וכן מן המקורות (אה"ע סי' ע"א, ופתחי תשובה שם, ס"ק א') שהוא מסתמך עליהם — משתמש שם המחבר כמונח „אפוטרופוס חוקי“ לציין בו את האדם החייב מן הדין לדאוג לפרנסתו ולכלכלתו של הילד, אנו כאן, בדברנו על „אפוטרופסים חוקיים“, מתכוונים לאנשים המוסמכים לייצג את הקטן ולחייב אותו כפעולותיהם המשפטיות. במובן זה, שהוא המובן הרגיל של אותו כיסוי, אין „אפוטרופוסות חוקיות“ (פרט אולי ל„בית דין“) במשפט העברי.
29 גיטין, דף ל"ז ע"א, ורש"י שם.

אדרבה טענה זו היא כנגדו בדיו תורתנו, אף על פי שבדין העובדי כוכבים נהגין בה, לפי שאין מורדין קרוב לנכסי קטן... שאנו חוששין פן כשיגדל הקטן יאמר זה הקרוב שהוא זכה בה מכוח ירושה, אלא שהסכימו הגאונים ז"ל שזו דוקא בקרקעות, אבל במטלטלין מורדין בין קרוב בין רחוק, ומכל מקום אפילו במטלטלין אין טענת הקורבה כלום, אלא חבל תלוי באמונת האיש ובישר מדותיו.³⁷

אלא שבדורות המאוחרים יותר החלו קצת להקל בדבר, ואפילו בנוגע לקרקעות, ובמקרים מסויימים — אפילו להעדיף את הקרוב.³⁸ אבל גם אחרי ההתפתחות הזאת, עדיין לא הוקנה מעמד של „אפוטרופוס חוקי“ אפילו לקרוב הקרוב ביותר.

ואשר לכשרותה של האשה לשמש אפוטרופסית, נאמר בתלמוד:

„אין עושין אפוטרופין נשים... ואם מינן אכי יתומין, הרשות בידו“³⁹.

וגם כאן חלה התפתחות מסויימת. הטעם מעיקרו היה, מפני שנשים „אין דרכן לצאת ולבוא ולטרוח“⁴⁰, ולכן עם השתנות העתים, ועם התגברותה — תרתי משמע — של פעילות האשה בחיי הכלכלה, החלו להקל גם בנידון זה, ונשים „משכילות ונבונות“ זכו להתמנות כאפוטרופין על ידי כתי הדיון, אלא שנהגו לצרף אליהן איש מהימן היודע לטרוח בנכסי יתומים.⁴¹

על ענינים אלה נתן דעתו המחוקק הישראלי, והסדיר אותם הסדר חוקי — כללי, טריטוריאלי — בסעיף 3 של החוק. מעתה, האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם, ואם מת אחד מהם — השני הוא האפוטרופוס הטבעי. החירוש הוא משתי כחינות: (א) המחוקק אימץ לו בזה

את רעיון האפוטרופסות החוקית, שאינה מצריכה כל מינוי מטעם בית המשפט או בית הדין; (ב) הוא הכשיר את האשה להיות אפוטרופסית בזאת על ילדיה, גם אם החוק האישי — של הילד או שלה — אינו מכיר באפוטרופסות שכזאת.

סעיף 3 (א) מטפל רק באפוטרופסות הטבעית של האשה-האם. אין הוא דן בשאלה, אם אפשר למנות את האשה כאפוטרופסית על מי שאינו הילד שלה. אך ברור, לדעתי, כי מעתה לא יהיה כל פגם ודופי גם במינוי שכזה. דובר זה יוצא מתוך ההוראה הכללית, האמורה בסעיף 1 של החוק, כי פעולותיה בתור אפוטרופסית בשם הקטן הן — לדעתי — ודאי „פעולות משפטיות“ במובן הסעיף הנ"ל.⁴²

(ב) כאחד. המלה „כאחד“ פירושה: יחד, או: כעת וכעונה אחת.⁴³ ומשמעותה כאן, שהאפוטרופסות הטבעית משותפת לשני ההורים; אין אחד מהם עדיף ממשנהו, ורק שניהם יחד מייצגים את הילד, ודשאים לפעול בשמו.⁴⁴ לא קבע המחוקק הסדר מיוחד למקרה, בו אחד ההורים מנוע מלפעול, בשל מחלה, העדרות וכדומה. הוא סמך, כנראה, על הוראת ס"ק (ב), המדרשה לבית המשפט או לבית הדין המוסמך „לנהוג בעניני אפוטרופסות על ילדים... בהתחשב עם טובת הילדים בלבד“. אם תאדע, איפוא, מניעה כזאת, יוכל בית המשפט או בית הדין — במקרה של צורך — למנות את ההורה השני כאפוטרופוס יחיד על הילד, אם באופן כללי ואם בשביל מטרה מסויימת, הכל כפי שהענין יחייב. מינוי זה לא יבטל את האפוטרופסות הטבעית של ההורה המנוע, אלא ידחה אותה, במדת הצורך, מפני האפוטרופסות הממונה היחידה של ההורה השני, או של כל אדם אחר שיתמנה

42 אין זה סותר את הדברים שנאמרו על ידי הנשיא אולשן, בענין ששינר נגד היועץ המשפטי, ע"א 209/54, ס' פסקי דין 241, בעמוד 249, עיין שם ורוק היטב.

43 „ובן לא יאמרו שניהם: הרי אנו נניח אותה כאחד“ (כתובות, דף ק"א ע"ב); „שלשה שאכלו כאחד“ (ברכות, דף מ"ה ע"א); „ילדה שני זכרים, ויצאו שני ראשיהן כאחד“ (כבודות, דף י"ז ע"א). בשני המקורות האחרונים יש גורסים „כאחת“, אך הרמב"ם, כהביאו את הלכות ההן, נוקט לשון „כאחד“ (הלכות ברכות, פרק ה', הלכה ב'; הלכות בכורות, פרק ה', הלכה א').

44 אין זה טיב, כמובן, כהוראת חוק המקנה זכות פעולה מסויימת לכל אחד משני ההורים, כגון: הסעיפים 3 (ד), (2), 5 (א), של חוק גיל הנישואין, תש"ג—1950.

37 שו"ת הריב"ש, ס"ר שכ"ד.

38 השוה שו"ת מהרשד"ם, חלק חושן משפט, ס"ר ש"ב.

39 גיטין, דף נ"ב ע"א; רמב"ם הלכות נחלות, פרק י', הלכה ו'; שו"ע חו"מ, ס"ר ר"צ, סעיפים א', ב'.

40 רש"י גיטין שם, ד"ה נשים.

41 ראה „שערי ציואל“ שם, שער ח', פרק ב'.

על ידי בית המשפט או בית הדין. אסמכתא לכך מצויה בפסק דינו של הנשיא אולשן בענין שטיינר⁴⁵.

(ג) ילדים. לא נאמר בחוק, מי הוא "ילד", והשאלה היא, עד היכן מגיע גיל ה"ילדות" לצורך סעיף זה.

„אפטרופא לדיקנני — לא מוקמינן“⁴⁶.

כלומר: אפטרופוס לבעלי זקן — אין אנו מעמידים, ואין זו מכסימה המיוחדת לדיני ישראל בכלד. כל חוקי תבל נוהגים על פיה, אלא שאין דעתם שווה בנוגע לשאלה, אימתי נחשב אדם ל"בעל זקן" שכזה. ברור, איפוא, כי המלה "ילדים" פירושה כאן: ילדים קטנים, וחזרת השאלה למקומה, מה הוא קצה גיל הילדות לצורך הוראות הסעיף הנ"ל. הבדירה היא, לדעתי, בין שנים אלה: או שאנו מייחסים לאותו מונח מובן אורחי — כללי, טריטוריאלי — או שאנו עושים אותו "פונקציה" של דיני האפטרופוסות, הנוהגים בחוק האישי (הדתי או הלאומי) של הילד הנידון. הדברים נוטים, לכאורה, לצד האלטרנטיבה הראשונה, מביוון שענין הקטנות והגדלות אינו, הוא גופו, אחד מעניני המעמד האישי.

ואף על פי כן, נוטה אני דוקא לצד האלטרנטיבה השניה, ושני טעמים לדבר:

(אא) אין בשום מקום, לא בחוק ולא ביודיקטורה, הגדרה כללית של המונח "ילד". וגם לא תתכן הגדרה מקיפה וכל-כוללת של מונח זה. כי הכל תלוי במטרתו הספציפית של החוק, והמחוקק, בהתחשבו עם מטרה זו, פעמים מרחיב ופעמים מקצר את גיל הילדות⁴⁷.

45 שטיינר שם, בעמוד 249, עיין שם ודוק.

46 בבא מציעא, דף ל"ט ע"א. אך השחה "שערי עזראל" שם, שער י"ג, פרק ה'.

47 למשל: "ילד" פירושו — אדם שטרם הגיע לגיל 14 (ארבע עשרה), סעיף 1 של חוק לימוד חובה, תש"ט—1949; "ילד" פירושו — מי שעדיין לא מלאו לו 16 (שש עשרה) שנה, סעיף 1 (א) של חוק עבודת הנוער, תשי"ג—1953; "ילד" — מי שלא מלאו לו 14 (ארבע עשרה) שנה, סעיף 1 של חוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים), תש"ו—1955.

(בב) המסקנה שדמזנו עליה לעיל עולה, לכשנדייק היטב, מתוך סעיף קטן (ב) של הסעיף, נוכח, כי התוראה שכו לא ללמד על עצמה יצאה, אלא ללמד על הסעיף כולו יצאה, והא ראייה: היא אשר יהא על האפטרופוסות הטבעית שהמחוקק יצר אותה בס"ק (א), הרי האפטרופוסות המחוננה שביה המשפט (או בית הדין) עושה אותה מכוח ס"ק (ב), היא ודאי ענין של המעמד האישי במובן סימן 51 של דבר המלך. הוזה אמר: פרט לכללים החדשים שנקבעו מפורשות על ידי המחוקק הישראלי — שוויון אשה לאיש, ועליונות העקרון של טובת הילדים⁴⁸ — הרי שאר העניינים הכרוכים במינוי אפטרופוסות זו יהיו נידונים, כפי שהיה קודם לכן, על פי חוקו האישי, הדתי או הלאומי, של הילד, שהוא "הנפגע" העיקרי על ידי מינוי זה. ואם החוק הדתי, למשל, רואה אותו כ"גדול" או "בוגר" שאינו "בראפטרופוסות" עור, אוי גם בית המשפט האזרחי לא יוכל למנות אפטרופוס עליו, נמצא, כי בתחומי ס"ק (ב) תידון למעשה שאלת ה"ילדות" לא לפי קריטריון כללי, אזרחי-טריטוריאלי, אלא לפי הדינים השונים הנוהגים בחוקים האישיים השונים, ומכיוון שכך, הרי מן ההכרח הוא, כי באותה מידה ממש יימדד גם לאפטרופוסות הטבעית האמורה בס"ק (א) של הסעיף, הגע בעצמך: הן מטרתה העיקרית של הוראת ס"ק (ב) היא לשמש "תבלין" או "עוד כנגדה" לאפטרופוסות הטבעית של ס"ק (א), והיא, כנראה בעליל, לא תעזור ואף תגרום לתסבוכת עצומה, אם תהיה התפצלות ושוני בין מובני המונח "ילדים" בשני הסעיפים הקטנים הנ"ל. אמור מעתה: המונח "ילדים", הן בס"ק (ב) והן בס"ק (א), הוראתו היא: בנים ובנות שהם עדיין "ילדים" — כלומר: אנשים אשר טרם התבגרו ועמדו ברשות עצמם — מבחינת החוק האישי שלהם, רק אם ננקוט פירוש זה, לא תהיה לעולם "התנגשות" בין הסעיפים הקטנים הללו, אלא יהיו משלימים זה את זה בדרך שרצה בה המחוקק: כרגיל — יהיו התורים האפטרופוסים הטבעיים ותחוקיים על ילדים אלה מכוח הוראת ס"ק (א); אך אם טובת הילדים תדרוש אחרת — ימנה בית המשפט או בית הדין המוסמך אפטרופוס או אפטרופוסים אחרים במקום מכוח הוראת ס"ק (ב), לא יקרה לעולם, כי אותו אדם גופו יהיה "ילד" במובן ההוראה האחת, ויהיה "לא-ילד" במובן ההוראה האחרת.

48 ראה להלן (ד).

49 ברור, כי חוקו האישי של הילד, ולא של מי שעומדים למנות עליו, הוא הקובע בנידון זה.

(ד) טובת הילדים בלבד. עקרון טובת הילדים הוא עקרון סופי ומכריע, והוא דוחה מפניו כל כלל משפטי אחר, ואפילו אם מקורו הוא בתוק האזרחי של הילד, או של הילד והוריו גם יחד.

בענין שטיינר הנ"ל טען בא כוח המערער, כי מכיון שבסעיף 3 — בניגוד לסעיף 4 — לא השתמש המחוקק בפתיחה „על אף האמור בכל חוק אחר“, הרי בעניני אפוסטרופסות-ילדים יש להעדיף את החוק הלאומי של הנתין הזר על פי סימן 64 (2) של דבר המלך, ואם לפי אותו חוק לאומי — כפי שהיה במקרה שטיינר — האב בלבד הוא האפוסטרופוס הטבעי של הילד, יש להכיר באפוסטרופוסות חוקית זו, ולמסור לרשותו ולהחזקתו את הילד הנידון. בית המשפט העליון דחה בשתי ידיים, ובשני פסקי דין נפרדים, את הטענה ההיא.

מפסק דינו של הנשיא אולשן:

„גראה לי הפירוש שניתן על ידי השופט המלומד לסעיף 3 (א), לפיו יש להתעלם מהחוק הלאומי של התובע⁵⁰, ופסק הדין ההצהרתי המבוקש לא יוכל להינתן.

על כוונת המחוקק בסעיף 3 (א) אפשר ללמוד מסעיף 1 האומר:

„דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה, באשר היא אשה, לכל פעולה משפטית — אין נוהגים לפיה“.

וכשם שבע"א 213/51⁵¹ קבע בית משפט זה שהמלה „חוק“ כסעיף 4 לאותו חוק מתכוונת גם להוראות דבר המלך במועצה, כן כסעיף 1 מתכוונת המלה „חוק“ גם להוראות דבר המלך במועצה.

50 המסקנה שהגיע אליה השופט קיסרד היתה: „כנוגע לעניני האפוסטרופוסות הן סעיף 3 (א) גם על ילדים תושבי הארץ שהם אזרחים זרים, וכן, גם אם לפי החוק הלאומי של הילד רק האב הוא האפוסטרופוס הטבעי שלו, יראה בית המשפט את שני הוריו כאחד כאפוסטרופוסים הסכעיים של הילד“.

51 סקינדר נגד שורק, ע"א 213/51, ו' פסקי דין 367.

בא כוח המערער הצביע על סעיף 4, בו נאמר בפירוש „על אף האמור בכל חוק אחר, זכויות בעזבונו של אדמת מולק ומטלטלין ייקבעו לפי חוק המירי“, וטען, שהגה בסעיף זה מצא המחוקק לנחוץ לאמור באופן מפורש „על אף האמור בכל חוק אחר“, וזה על אף סעיף 1, הכולל את המלים „וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה... אין נוהגים לפיה“. בעובדה זו, אשר בא כוח המערער מצביע עליה, אין כל סתירה למה שנאמר לעיל, כי בסעיף 4 לא מדובר על שאריות האשה, כי אם על השוואת החלוקה של אדמת מולק ומטלטלין לחלוקת מירי, וזה נוגע לא רק לאשה כי אם גם לזרשים אחדים⁵².

וכפסק דיני כתבתי את הדברים האלה:

„מבחן טובת הילדים, לדעתי, לא יימלט בו אחד מן השנים: או שאינו שיקול רציני כלל, או שמתחשבים בו, ובו בלבד, כגורם החלטי, מכריע, הדוחה (במקרה התנגשות) כל שיקול אחר. פשרה לא תיתכן כאן: הוא אינו ניתן לחלוקה, ואין למזגו ולערבבו באיזה שהוא שיקול אחר... לכן צדק המחוקק הישראלי בקבעו — וזהו לדעתנו מובנו הנכון של סעיף 3 (ב) — כי טובת הילדים תהא השיקול הסופי והמכריע, הן בהתנגשה עם זכות האפוסטרופוסות האמורה בסעיף 3 (א), והן בהתנגשה עם הוראת חוק זו, שהחלתה חובה מכוח סימן 64 (2) הנ"ל. לא נמצא לכך נוסחה יותר מוצלחת מן המטבע שטבע אחד מגדולי הפוסקים שלנו:

„כללא דמילתא, הכל תלוי בראות בית דין באיזה מקום יש תקנה לוודד יותד“ (ש"ת הרדב"ז, חלק א', סי' קכ"ג).

ואשר לקרשייתו של ב"כ המערער: מדוע, אם כן, השמיט כאן המחוקק את המלים „על אף האמור בכל חוק אחר“? התשובה

52 פסק דינו של הנשיא אולשן בענין שטיינר שם, בעמודים 248—249.

לכך היא, בקיצור ובפשטות: לא היה צורך בכך, שהרי «כבר מלתחילת אמורה» בסעיף 1 של החוק, ואמירה זו משתרעת גם על סעיף 3 (ב), לאור העדיפות היותר גבוהה הנתונה למבחן טובת הילדים כנ"ל. רק בסעיף 4 — המחיל את «הוראות הניתנות בתוספת השניה לפקודת הירושה». כלומר: את הוראות חוק הירושה העותומני, גם על אדמת מולק ומטלטלין — רק כאן היה צורך-מה בתוספת המלים הללו, ושני טעמים לדבר:

(א) סעיף זה «נוגע לא רק לאשה כי אם גם ליורשים אחרים», כפי שהעיר הנשיא המלומד בפסק דינו:

(ב) אפילו ביחס לאשה גופה, סעיף 4 לא תמיד מיטיב את מצבה לעומת מה שהיה קודם לכן; במקרים מסויימים עלול הוא להרע את מצבה, ולגרום דוקא להפחתת חלקה, כירדשת. בנכסי המולק של בעלה. למשל: כאשר האשה היא אלמנת נתין זר שהניח אחריו אדמת מולק ומטלטלין, והחוק הזר, מכוח ההוראה אשר בסעיף 4 (iii) (א) לפקודת הירושה המנדטורית, היה מוכח אותה בחלק יותר גדול מן החלק המגיע לה כעת, על פי חוק הירושה העותומני, בתוקף סעיף 4 לחוק שיווי זכויות האשה.

היוצא מזה, כי סעיף 4 זה אינו מצוי כל כולו תוך ד' האמות של עקרון-יניעת-הפליטה-האשה-לרעה, האמור בסעיף 1, ולכן דאה המחוקק צורך לשדיון אותו מפני כל פגיעה או ספק פגיעה, על ידי הוספת המלים הנ"ל⁵⁴.

4. הסעיף הרביעי של החוק אומר:

«(א) על אף האמור בכל חוק אחר, זכויות בעזוכון של אדמת מולק ומטלטלים ייקבעו לפי ההוראות הניתנות בתוספת השניה לפקודת הירושה.

53 פסק דינו של השיפוט זילברג כענין שסיינד שם, כעמודים 251—252.

(ב) הוראות סעיף קטן (א) יחולו על כל עובון שהצו לחלוקתו יינתן אחרי שנכנס חוק זה לתקפו, אף אם המנוח מת לפני שנכנס חוק זה לתקפו.

(ג) אין הוראות סעיף קטן (א) חלות על נכסי עובון שיש עליהם צוואה⁵⁵.

(א) מהותה של ההוראה. סעיף זה, כפי שכבר צויין בפסקי הדין שצוטטו על ידינו לעיל⁵⁴, אינו עוסק דוקא בביטול הפליטה האשה, אם כי רעיון השוואת האשה לאיש היה אחד הגורמים העיקריים לחקיקתו⁵⁵. הוא מחיל את הוראות חוק הירושה העותומני גם על אדמת מולק ומטלטלין. מעתה יחולקו גם עזבונו מולק ומטלטלין של מוריש זר, לא על פי החוק הלאומי שלו — כפי שהיה עד כה מכוח הוראות סעיף 4 (iii) (א) של פקודת הירושה — אלא לפי החוק העותומני הנ"ל⁵⁶.

(ב) דטרואקטיות? סעיף קטן (ב) מורה, כי הוראות סעיף קטן (א) «יחולו על כל עובון שהצו לחלוקתו יינתן אחרי שנכנס חוק זה לתקפו, אף אם המנוח מת לפני שנכנס חוק זה לתקפו». פשוטם של דברים הוא לכאורה: החלה רטרואקטיבית של הוראות סעיף קטן (א), ואף על פי כן מפסק אני הרבה בדבר. כי מה יהא אם המטלטלין, למשל, חולקו בפועל ממנו, ללא צו ירושה, על ידי היורשים דאז על פי החוק הקודם — למשל: בהתאם לחוק הלאומי של המוריש הזר, לפי סעיף 4 (iii) (א) של פקודת הירושה — היוכל עתה יורש אחד, אחרי קבלו צו ירושה על פי החוק החדש, לתבוע מאת היורש השני את החלק, או עודף החלק, המגיע לו על פי החוק

54 ראה לעיל, סעיף 3 (ד).

55 בדיני ישראל, למשל, אין האשה יורשת את בעלה, ואין הבת יורשת במקום שיש בן (ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (א), סעיף 5). לפני תקיפת חוק שיווי זכויות האשה, רשאי היה בית הדין הרבני, אם כל היורשים הסכימו לשיפוט, לחלק את עובון המולק והמטלטלין של מוריש יהודי על פי דיני ישראל, ולשלול מאת האשה או הבת את זכות הירושה שלה (ראה סעיף 8 (2) של פקודת הירושה). עתה לא יורשו לעשות כן, אלא אם כן נתקיימו התנאים האמורים בסעיף 7 של חוק שיווי זכויות האשה (ראה להלן).

56 סקינר נגד טורק, ע"א 213/51, ר' פסקי דין 367. הוראות החוק העותומני בוארז פרוטרוס על ידינו לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (א), סעיף 5.

החדש? והן צו הירושה, כידוע לנו, אינו קונסטיטוטיובי אלא דקלרטיבי, והוא אינו מעביר ומקנה את נכסי העזבון ליורשים⁵⁷. סבור אני, בלי לקבוע מסמרות בדבר, כי יש לצמצם את הוראת סעיף קטן (ב) לצו ירושה שינתן מכאן ולהבא ביחס לנכסים אשר טרם חולקו בין היורשים. שאם לא תאמר כן, עלול להגרם עול גדול לאדם שהוציא את הנכסים שנפללו לו בשעתו מאת מורישו. כי מה אשמתו של האיש, אשר פעל אותה שעה בהתאם גמור עם החוק, ולא חזה באיצטגנינון את השינויים העתידיים להעשות על ידי המחוקק? נאמר באחד מפסקי דינו של בית המשפט העליון הישראלי:

„המחוקק, בדרך כלל, אינו מחבב חוקים רטרואקטיביים (או: „רטרוספקטיביים“). ונפשו סולדת כהם. אך ההכרח לא יגונה, כמאמר החכם הידוע, ויש, לפעמים, כי הוא נאלץ לנהוג כן. במקרה כזה שומה על פרשני החוק, לצמצם ככל האפשר את מידת הרטרואקטיביות שבו, ולהעמידה על שיעור הגיוני ומתקבל על הדעת, כדי שלא לבלבל יתר על הנחוץ. סדרי בראשית“ שהוסדרו לפני הינתנו של החוק⁵⁸.

ואולי אפשר למצוא אסמכתא לדברים שנאמרו, בעצם נוסחו של החוק, לא אמר המחוקק, כי תוראת החוק העותמני יחולו למפרע מיום הפטירה על ירושת עזבונו של מוריש, אשר טרם ניתן צו ירושה ביחס לעזבונו. הוא אמר: „יחולו על כל עזבון שהצו לחלוקתו יינתן אחרי שנכנס חוק זה לתקפו“, משמע שהמדובר הוא בצו הניתן לפני חלוקת העזבון.

(ג) צוואות. בסעיף קטן (ג) נאמר, כי הוראות סעיף קטן (א) לא יחולו על נכסי עזבון שיש עליהם צוואה. והוא אמר: גם עתה מתר לערוך צוואות על נכסי מולק ומטלטליו, ולחלק על פיהן את הנכסים שלא בהתאם לחוק העותמני, ועל צוואות אלה יחולו ההוראות שנקבעו בדבר המלך ופקודת הירושה. אך בינתים נשתנה המצב לגבי צוואות יהודים מבחינת הסמכות, וסמכות הרבנים לאישורן הפכה סמכות מקבילה, כשל הוראת

57 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (ב), סעיף 13.
58 ציגלמן נב' י"ד וחברי בית הדין הרבני בתל אביב, בג"ץ 98/53, ו' פסקי דין 606, בפמ"ד 613.

סעיף 9 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953⁵⁹. על נכסי מירי — אי אפשר לעשות צוואה, כי עדיין עומדת בתקפה הוראת סעיף 21 של פקדת הירושה.

(ד) זכויות. המחוקק נקב בשם „אדמת מולק ומטלטלים“, אך, לדעתי, אין ספק, כי הוראת סעיף 4 תחול גם על ירושת זכויות⁶⁰. כנראה, כלל המחוקק במונח „מטלטלים“ כל מה שאינו מקרקעים⁶¹.

5. סעיף 5 של החוק אמר:

„אין חוק זה בא לפגוע כדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין.“

שאלת משמעותו הנכונה של סעיף זה נתעוררה כמשפט מלחם⁶². והיא בוארה על ידי בית המשפט העליון בזה הלשון:

„מטרתו של החוק, כפי ששמו מעיר עליו, היא: להשוות אשה לאיש, ולמנוע ולעקור כל אפליה משפטית שהיא לרעת האשה. לכן: ידא „דין אחד לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית“ (סעיף 1); „לאשה הנשואה תהיה „כשרות מלאה לקנין ולעשיה בקנינים כאילו היתה פנויה“ (סעיף 2); ו„האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם“ (סעיף 3). אבל כאן החלה מחשבה אחת מנקרת במוחו של המחוקק: ומה יתא אם יבואו לפסול, בשם שיווי-זכויות זה, את כל אותן האפליות המשפטיות, הקיימות בשטח עניני נישואין וגירושין. עד כמה שהם כפופים, מכוח דבר המלך במועצה, לחוק הדתי? למשל: איש (יהודי או מושלמי) שנשא אשה על איתנו. נישואיו תופסין — אשת איש כי תינשא לאחר, אין נישואיה

59 ראה לעיל, פרק ה', סעיף 9 (א).

60 ראה פסק דינו של השופט זילברג, פנ"ג פלדמן, ע"א 148/53, ס' פסקי דין 1711, בעמ"ד 1720 ימציה. ראה סעיף 2 של פקדת הפרסנות.

61 cf. Stroud's Judicial Dictionary, 2nd. ed., at pp. 1232-1233.

62 מלחם נגד השיטת הטרעני, עכו, בג"ץ 49/54, ח' פסקי דין 910.

תופסין; בעל (יהודי) שנשתתתה אשתו, יכול לקבל היתר מאה רבנים — אשה שנשתתתה בעלה, אינה יכולה לקבל היתר כזה. והלא חוק שיווי זכויות האשה הוא חוק של הכנסת, המחייב את כל תושבי המדינה, והרתיים בכלל, וכלום לא יכלו — אגמלא סעיף 5 — לבטל מחמתו את כל האפוליות המשפטיות הנ"ל?

ומכיון שהמחוקק הישראלי לא רצה בתוצאה מרחיקת-לכת זו. מכיון שרצונו היה לכבד ולא לפגוע בהיתרים והאיסורים הרתיים ההם, לכן קם הכריז. בסעיף 5 של החוק, כי למרות עקרון שיווי זכויות האשה שהונח ביסודו של החוק, "אין חוק זה בא לפגוע כריני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". זו היא "המשימה" שהוטלה על סעיף 5, ולצורך זה הוא הוכנס — אם הותר לומר: "כראת שיווי זכויות, כראת לו תורה תבלין" — לסעיפי החוק הנ"ל...⁶⁵

6. "משימה" מסוג אחר הוטלה על הסעיף הששי של החוק. נאמר בו:

"אין חוק זה בא לפגוע בכל הוראת חוק הבאה להגן על האשה באשר היא אשה".

היא זה מיותרת-אינה-מיותרת: מיותרת — מבחינת מטרתו הברורה של החוק; אינה מיותרת — בשל נוסחו הוהיר והנהוג של ריש סעיף 1. ברור, כי כל כוונת המחוקק היתה לבטל את ההפלות הקיימות לרעת האשה. כפי שגם נאמר לפורשות בסוף הסעיף ההוא. לכן לא היה כלל צורך "לשריין" את החוקים הבאים להגן על האשה באשר היא אשה, כי גם בלא הכי לא היתה צפויה להם כל "סכנה". אך הצורך בכך נוצר, כפי שכבר רמזתי, כשל ניסוח המלים הפותחות את סעיף 1. יכול היה המחוקק להשתמש כמטבע שטבעו חכמי התלמוד:

"השוה הכתוב אשה לאיש לכל דינין שבתורה".⁶⁶

ולכתוב על משקל זה בריש סעיף 1: "השוה בזה החוק אשה לאיש לכל פעולה משפטית" — או ברומה לכך — ולהמשיך: "וכל הוראת חוק המפלה לדעה את האשה וכו'". בהתאם לנוסח הקיים. ברם המחוקק לא נקט את הנוסח ההוא, בחששו, כנראה, פן ושמא העאוואה זו גופה תהווה, כאילו, הוראה ב"עליונות" של האיש⁶⁵. לכן הוא כתב:

"דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית וכו'".

אך מנוסח זה — חשש המחוקק מאירך גיסא — יסיק, אולי, מי שהוא את המסקנה, כי אסור שתהיה הפליה אפילו לטובת האשה, ומשום כך הוא הוסיף והורה, בסעיף 6 של החוק, כי:

"אין חוק זה בא לפגוע בכל הוראת חוק הבאה להגן על האשה באשר היא אשה".

7. חשיבות מרובה נודעת לסעיף השביעי של החוק, וזה לשונו:

"כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לרון בעניני המעמד האישי, אלא אם כל הצדדים הם בני שמונה עשרה שנה ומעלה והסכימו לפני כית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם".

על משמעותו של הפסוק הראשון כבר עמדנו לעיל⁶⁶. הפסוק השני מפנה את החוק אל בתי הדין הרתיים, ומחייב גם אותם לנהוג על פיו. חוק אם נתקיימו התנאים האמורים שם.

(א) פ ס י ק ה — ח ר י ג ה. ומה יתא אם בית הדין הרתי, כאיזה שהוא מן הענינים, "לא ינהג לפי חוק זה"? למשל: יסרכ להכיר באפורופוסותה הטבעית של האם, יחלק נכסי מולק שלא בהתאם לחוק העותומני. על מדוכה

65 השוה, למשל, דברי הכנסת, הכנסת הראשונה, מושב שלישי, כרך 9, עמודים 2091 (סדר שני), 2166 (סדר שני).

66 לעיל, סעיף 2 (א).

63 כלהם שם, בעמוד 916.
64 בבא קמא, דף ס"ו ע"א.

זו יושב בית המשפט העליון במשפט כרייה⁶⁷, ושני שופטי הרוב, השופטים גויטיין וברגנון, הביעו דעה ברורה על כך, בעוד שהנשיא אולשן לא נגע בנקודה זו.

...מה יהיה, איפוא, גודלו של פסק דין היוצא מבית דין דתי כשבית הדין כותב במפורש בפסק דינו, או שמנוסח פסק הדין ברור שהוא מתעלם מהוראותיו של דוק מסויים. — במקרה דידן, חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951. לרעתי התשובה נמצאת בסעיף 1 ובסעיף 7 של אותו חוק.

בסעיף 1 כתוב:

„דין אחד יהיה לאשה ולאיש לכל פעולה משפטית; וכל הוראת חוק המפלה לרעה את האשה באשר היא אשה לכל פעולה משפטית — אין נהגים לפיה“.

סעיף 7 אומר:

„כל בתי המשפט ינהגו לפי חוק זה“.

מכלל הן אתה שומע לאי. כל בית משפט, שינהג שלא על פי החוק, פעולותיו תהיינה מחוסרות סמכות⁶⁸. כי חוק שיווי זכויות האשה הגביל וצמצם את סמכותם של בתי הדין הדתיים לנהוג על פי החוק הדתי, כפי שעשו זאת לפני חקיקת הדוק. התשובה, איפוא, לשאלה שנשאלה לעיל — כשפסק הדין ייראה על פניו, שהשופטים לא שמו לב לחוק המדינה — היא, כשיובא פסק הדין למשרדי ההוצאה לפועל, אפשר יהיה למנוע את הוצאתו לפועל בטענה שבית הדין הדתי פסק, שלא בהתאם לסמכות שניתנה לו⁶⁹.

„חכרי שואל מה יהיה גודלו של פסק דין היוצא מבית דין דתי כאשר ברור כי בית הדין התעלם מהוראותיו של חוק מסויים הוא עליו — במקרה דידן: חוק שיווי זכויות האשה,

תשי"א—1951 — ותשובתו לשאלה זו היא, כי כאשר פסק הדין ייראה על פניו שהשופטים (הדתיים) לא שמו לב לחוק המדינה אפשר יהיה למנוע את הוצאתו לפועל בטענה שבית הדין הדתי פסק שלא בהתאם לסמכות שניתנה לו. לזה אני מסכים, אך עם כל הכבוד נראה לי שאין בתשובה זאת כדי למצות את הענין, כי הרי נוסף לטענת ואסר סמכות בהוצאה לפועל ישנן דרכים אחרות לתקוף פסק דין פסול שניתן ללא סמכות... כללו של דבר, חושבני כי פסק דין של בית דין דתי, שניתן ללא סמכות, מפאת היותו מנוגד להוראת חוק חילוני החל על בית הדין, נתון לפסילה ככל פסק דין דומה. אחד של טריבונל נמוך, שניתן ללא סמכות⁷⁰.

עינינו הוראות, כי שני השופטים המלומדים תמימי דעים בנקודה אחת. והיא: כי אם בית הדין הדתי לא ינהג על פי החוק הנ"ל ויוציא, באחד מעניניו, פסק דין הנוגד את הוראות החוק, יהיה זה פסק דין שניתן ללא סמכות, ומשרדי ההוצאה לפועל יסרבו לבצע את פסק הדין. לכשנדייק יפה יפה בדברי השופטים המלומדים, נווכח, כי הדגש הוא על פסק דין של בית דין דתי, שניתן בניגוד ל„חוק מסויים הוא עליו“, כלומר: בניגוד לחוק, שהמזעק הפנה אותו בחפורש גם אל בית הדין הדתי, דוגמת החוק הנ"ל, ומכל שכן אם אותו חוק חילוני מופנה אך ורק אליו⁷¹.

(ב) נכסי מלוג. פירות נכסי מלוג קובעים פרשה לעצמם בתחומי השאלה שלפנינו: כאן קיים שיקול מיוחד, העשוי להשפיע על סמכות בית הדין.

זהו דבר השיקול: כידוע, פסק בית הדין המיוחד בענין סידס⁷², כי זכותו של הבעל היהודי לאכול פירות נכסי מלוג של אשתו, היא „ענין של נישואין“ הנתון (לגבי אורחי הארץ) לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. נשוא הדין היה שם פסק דין רבני שניתן בשנת תשמ"ז (1947), והשאלה — שהוכרעה לחיוב — היתה, אם זכות אכילת הפירות הנ"ל היא „ענין של

70 ברייה שם, בעמודים 1199—1200.

71 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד (א), סעיף 1.

72 סידס נגד יורד ההוצ"מ, בית דין מיוחד 1/50, ח' ססקי דין 1020.

67 ברייה נגד שיין מוסה סכרי, בג"ץ 187/54, ס' ססקי דין 1193.

68 הכוונה היא לבית דין דתי, כפי שעולה מן הדברים הנאמרים להלן בפסק הדין.

69 ברייה שם, בעמודים 1198—1199.

נישואין" במובן הסימנים 51, 53 (1), של דבר המלך⁷³. בינתיים יצא חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג—1953, ומיום פרסומו ואילך, יונק בית הדין הרבני את סמכותו הייחודית בעניני נישואין וגירושים, לא מן הסימן 53 (1) של דבר המלך, אלא מסעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים.

ועתה צא וראא: שנתים לפני צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, חקקה הכנסת את חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, וסעיף 2 שבו ביטל את זכות אכילת הפירות הנ"ל⁷⁴. נמצא כי המונח "עניני נישואין" בסעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, אינו כולל את הענין של פירות נכסי מלוג, שהרי לא יתכן, כי מונח משפטי מסוים יכל בקרבו יצור משפטי שאיננו קיים. והפועל-יוצא מכל זה הוא, כי יהא אשר יהא על תקופת הבינים שבין חקיקת שני החוקים הללו, הרי, על כל פנים, החל מיום פרסומו של חוק שיפוט בתי דין רבניים — היינו: החל מיום הארבעה כספטמבר 1953 — ודאי אין לבית הדין הרבני סמכות ייחודית בענין פירות נכסי מלוג. לא מפני שהוא (בית הדין) עוכר בזה — אם יפסוק לטובת הבעל — על הוראת סעיף 2 של חוק שיווי זכויות האשה, אלא בלאו הכי, ומטעם יותר פשוט: מפני שברונו בענין זה, תוך סמכות ייחודית, הוא חורג מגבול הסמכות שניתנה לו בסעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים.

לא תהיה לו סמכות ייחודית, אך יתכן מאד, כי תהיה לו סמכות מקבילה לדין בענין זה, היינו: אם שני בני הזוג (שהם, כרגיל, כל הצדדים הנוגעים בדבר) הסכימו לשיפוטו, רצוני לומר, כי מבחינת חוק שיפוט בתי דין רבניים לא תהיה כמקרה זה מניעה לסמכות, — וזה כשל תהוראה האמורה בסעיף 9 של החוק, בסעיף זה נאמר:

"בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על אדן ישראל 1922—1947". ... אשר בהס איז לבית דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה, יהא לכית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך".

73 ראה סידס שמ, בעמוד 1031, מול אותיות השוליים ר—ה, וכן בעמוד 1025.
74 ראה לעיל, סעיף 2 (א).

כאן תלה המחוקק את "עניני המעמד האישי" בהגדרה שניתנה לכך בסימן 51 של דבר המלך. נמצא, שאם בני הזוג הסכימו להתדין בפני הרבנים בענין פירות נכסי מלוג, נתקיימו כל שלשת התנאים שנקבעו בסעיף 9 לסמכותו המקבילה של בית הדין הרבני:

(אא) הענין הוא "ענין המעמד האישי" במובן סימן 51 של דבר המלך, בשל היותו "ענין של נישואין" במובן סימן 53 (1), כפי שהחליט בית הדין המיוחד במשפט סידס הנ"ל;

(בב) אין בו לבית הדין הרבני "שיפוט ייחודי לפי חוק זה", הואיל והוא אינו "ענין של נישואין" במובן סעיף 1 של החוק, כפי שהוסבר לעיל;

(גג) כל הצדדים הנוגעים בדבר הסכימו (לפי הגחנתו) לשיפוטו של בית הדין הרבני.

ולכן לא תהא במקרה זה — מבחינת חוק שיפוט בתי דין רבניים — כל מניעה לכך, שביית הדין ידון בענין אכילת הפירות הנ"ל.⁷⁵ סיכומו וקיצורו של דבר: סמכות ייחודית בענין פירות נכסי מלוג — כלומר: הסמכות לדין בהם בלי הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר — ודאי ודאי אין עתה לבית הדין הרבני.

(ג) ההסכמה להתדין לפי דיני העדה. בית הדין הדתי רשאי לסטות מהוראת חוק שיווי זכויות האשה, אם כל הצדדים הם בני שמונה עשרה שנה ומעלה, והם הסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדין לפי דיני עדתם. אם נתקיימו תנאים אלה, יוכל, איפוא, בית הדין הדתי להוציא למשל, צו ירושה שלא בתנאים לחוק העותומני, אבל רק בנוגע לנכסי מולק ומטלטלין, כי ביחס לנכסי מדי, עדיין קיימת הוראת סעיף 21 של פקורת הירושה, ובהוראה זו אין יוצא מן הכלל לגבי ההסכמה הנ"ל. יתכן רק, כי במקרים מסויימים, אפשר יהיה לדאוג בהסכמה "להתדין לפי דיני העדה" ויתור על זכות הירושה מצד הירוש או הירושת, ואזי יוכל בית הדין הדתי

75 יתוארו מקרים, בהם ההסכמה לשיפוט הרבנים תהווה, ממילא, גם הסכמה להתדין לפי דיני העדה" במובן סעיף ז, ואזי לא תהיה כל מניעה לסמכות גם מבחינת חוק שיווי זכויות האשה.

לחלק גם את נכסי המירי לפי דיני העדה שלו. למשל: כאשר בעלת הדין היא „אשת חבר הרי היא כחברה“, היודעת יטה יטה, כי לפי דיני ישראל אין האשה יורשת את בעלה.

בסעיף 7 של חוק שיווי זכויות האשה נאמר: כל הצדדים; בסעיף 9 של חוק שיפוט בתי דין דבניים נאמר: „כל הצדדים הנוגעים בדבר“. אך, אם שני הריבורים הללו אינם זהים זה עם זה, והיקפו של האחרון נרחב יותר, הרי פירושו של דבר יהיה, כי בעניני הסמכות המקבילה עלול להניצא אדם שהסכמתו לשיפוט הכרחית היא כדי להקנות סמכות לרבנים, ואף על פי כן לא יהיה צורך בהסכמתו כדי להתיר לבית הדין לדון באותו ענין על פי דיני העדה. קשה להעלות על הדעת, כי לכך התכוון המחוקק. מאידך גיסא, אין אני מוכן לומר, כי המונח „כל הצדדים הנוגעים בדבר“ בסעיף 9 של חוק שיפוט בתי הדין הרבניים, הוא זהה ממש עם המונח „כל הצדדים לדיון“ האמור בסעיף 53 (2) של דבר המלך. השאלה נתעוררה, כזכור, על ידי ממלא מקום הנשיא, השופט חשין, והונחה על ידו בצדדי „עיון“⁷⁶. נוטה אני, איפוא, לחשוב, כי ער כמה שהדבר נוגע לעניני הסמכות המקבילה, הביטוי „כל הצדדים“ בסעיף 7 של חוק שיווי זכויות האשה, פירושו הוא: כל אותם האנשים אשר החוק — לפי המצב החוקי השורר אותה עדה לגבי אותו ענין ולגבי אותו בית דין — דרש את הסכמתם לשיפוט בית הדין. רק בדרך פירושו זה נחלץ לפחות מן הסיבוכים הנוספים, העלולים לעלות מן המשולש הטרימינולוגי ההוא.

8. הסעיף השמיני והאחרון של החוק יצר שתי עבירות:

(א) הוא ביטל את „ההגנה הטובה“ שהיתה נתונה למרבה נשים על פי פסקה (ג) של הסייג לסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, 1936⁷⁷; וזאת אומרת — בלשון פסק דינו של בית המשפט העליון בענין מלחם⁷⁸ — הוא

76 ראה לעיל, פרק ה', סעיף 9 (ב).

77 „בתנאי כי תהא זו הגנה טובה כלפי אישום על פי סעיף זה אם יוכח —“

(ג) כי חוק הנישואין החל על הכפל, הן בשעת עריכת הנישואין הקודמים, והן בשעת עריכת הנישואין שלאחריהם, היה חוק שאינו דיני ישראל, והוא התיר לו לקחת יותר מאשה אחת.“

78 מלחם נגד הכיפס השרעי, כג"ץ 49/54, ח' פסקי דין 910.

„חיסל את האפליה“ שהיתה קיימת כנידון זה על פי החוק המנדטורי, והטיל מכאן ולהבא את איסור הביגמיה על כל העדות השוכנות בארץ; הוראה זו „פגעה“ בעיקר בבני העדה המושלמית;

(ב) הוא עשה התרת קשר נישואין בעל כרחו של האשה לעבירה פלילית, שדינה מאסר עד חמש שנים.

במשפט מלחם הנ"ל נטענה הטענה, „כי הטלת איסור ריבוי נשים על מושלמים, היא דבר הסוגע בחופש הדת, ולכן לא יכלה הכנסת להוציא חוק איסור שכוה“, אך בית המשפט דחה את הטענה ואמר:⁷⁹

„אין אנו מקבלים את הטענה הזאת. בלי להיכנס כלל לבידור השאלה, אם ועד כמה אפשר או מותר לגוף המחוקק של המדינה לחוק חוקים הפוגעים מפורשות בחופש הדת של הפרט, הרי במקרה זה, על כל פנים, לא היתה פגיעה שבזאת „חופש הדת“ אין פירושו: החופש לעשות מה שהדת מתירה, אלא: החופש למלא את אשר הדת מצווה, וריכוז נשים, כנראה בעליל, אינו מצווה של הדת המושלמית, אלא רשות, אם כי יתכן מאד, כי במקרים מסוימים, עשויה רשות זו לאפשר קיום מצווה דתית אחרת. אבל כך הוא הדבר לגבי הרבה מעשים מותרים, שהמחוקק משום-מה דאה צורך לאסור אותם על האזרח, ואיש לא יבוא עמו בטרונאי על כך.“

ועוד טענה, מקורית למדי, נטענה שם על ידי בא כוח המבקש, והיא כי סעיף 8 (א) המבטל את הפסקה השלישית של הסייג „נסתר מחמתו“ של סעיף 5 האמור:

„אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין.“

והרי איסור הביגמיה למושלמים, אם אמנם כוחו עמו, פוגע כהיתרי נישואין שהיו נתונים קודם לכן לבני העדה הזאת. גם טענה זו לא נתקבלה על דעת

79 מלחם שם, בצמדים 913—914.

בית המשפט, בהסבירו — כפי שכבר צוטט על ידינו לעיל — את משמעות הנכונה של הסעיף הנ"ל.

המחוקק השווה מושלמים ליהודים בנוגע לעצם איסור הביגמיה. אך לא השווה אותם זה לזה גם לגבי ההיתר הדתי האינדיווידואלי המשמש הנגה טובה על פי פסקה (ד) של הסייג⁸⁰. הטעם נראה בעליל: כי מכיוון שהדת המושלמית מתירה בכלל את רבוי הנשים (עד ארבע במספר), אין שופטי בית הדין השרעי יכולים להחיר דבר המותר. אך על כגון זה אומרים: „בשביל שאני זכר — הפסדתי?“, ומדוע ההיתר הדתי יגרור בעקיפין דוקא את החמרת האיסור החילוני? מן הראוי, איפוא, כי המחוקק יצור אינסטנציה אורחית אשר, בתנאים מסויימים, תוכל להעניק למושלמי היתר נישואין ברומה להיתר הניתן ליהודי על פי פסקה (ד) הנ"ל.

סעיף 181 א שהוכנס לפקודת החוק הפלילי על ידי סעיף 8 (ב) אומר:

„התיר האיש קשר הנישואין על כרחא של האשה, באין פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך המחייב את האשה להתרת קשר הנישואין — האיש אשם בפשע ורינו מאסר עד חמש שנים“.

מנוסחו של הסעיף עולה ברורות, כי אין עבירה אלא אם כן מעשהו של האיש היה „יעיל“ מבחינה משפטית-אורחית, והצליח להתיר את קשר הנישואין. „התיר האיש קשר הנישואין וכו“ — נאמר שם, משמע שעם מעשהו של האיש הותר קשר הנישואין, וכני הווג חדלו להיות בעל ואשתו. בנסחו כך את הסעיף — היינו: בהניחו כתנאי לעבירה את „יעילות“ המעשה — גילה המחוקק הישראלי, כי אין ברצונו להתערב בדיני החוקים השונים השוררים על עניני המעמד האישי, וכי, על אף סלידתו ממעשי התרת נישואין כגון אלה, אין הוא מוכן לבטל או שלא להכיר בתקפם החוקי. כיוצא כזה נהג המחוקק כלפי עבירה אחרת שנוצרה על ידו, והיא: נישואי „נערה“ (אשה פחותה מבת שבע עשרה), עבירה על סעיף 2 של חוק גיל הנישואין, תש"י—1950. שכן נאמר שם בסעיף 3 (א) של החוק:

80 „כי חוק הנישואין החל על הבעל, הן בשעת עריכת הנישואין הראשונים והן בשעת עריכת הנישואין השניים, היה דיני ישראל, וכי פסק דין סוסי מאת בית דין רבני של העדה היהודית, המאושר על ידי שני הרבנים הראשיים לארץ ישראל, והנותן לו היור לנישואין שניים, הושג על ידו לפני עריכת נישואי השניים“.

„נערכו נישואין כניגוד לסעיף 2, והם תופסים לפי החוק החל על עניני המעמד האישי של הצדדים וכו“.

אמנם, שם התערב המחוקק במקצת גם בעניני המעמד האישי, בקבעו כי העובדה שהנישואין נערכו בניגוד לסעיף 2 תשמש „עילת תביעה להתרתם בדרך של גט, או בדרך של פירוק קשר הנישואין, או בדרך אחרת“, אך התעבדות זו היא בחינת „שטר ושוברו בצידו“, כי מיד לאחר מכן נאמר: „הכל לפי הוראות החוק הול על עניני המעמד האישי של הצדדים“, אין להניח כי מלים אחרונות אלה מתייחסות ל„דרך ההתרה“, להבדיל מ„עילת התביעה“, כי יקשה מאד להפריד בין הדברים. ודוק היטב.

בבוא בית המשפט להרשיע אדם בעבירה על סעיף 181 א הנ"ל, הוא יצטרך, איפוא לבדוק אם אמנם הותר קשר הנישואין, ושאלה זו תידון, כמובן, לפי החוק החל על עניני המעמד האישי של הווג. למעשה תתכן העבירה על הסעיף רק: או במושלימי המגרש את אשתו באמירה בעל כרחא, או ביהודי הנותן לאשתו גט בעל כרחא, ומכיוון שעכשו, לאחר צאת חוק שיפוט בתי דין רבניים, ונוכח הוראת סעיף 2 של אותו חוק, כשרותו של כל גט יהודי הניתן בישראל נידונה על פי דיני ישראל⁸¹, הרי אם העביר היה יהודי — ואפילו יהודי שאינו לא אורח ולא תושב — תידון השאלה על פי דיני ישראל.

בדיני ישראל, „גט בעל כרחא“ הוא עבירה על חרם דרבנו גדשום, ונחלקו הפוסקים, אם בדיעבד הגט הוא כשר או לא. הדעה הרווחת היא, כנראה, שהגט הוא גט, ומתיר את האשה לשוק, אלא שבמקרים מסויימים עדיין יש מקום, לדעת מקצת האחרונים, לפסול את הגט ולדאות את הגירושין כבטלים ומבוטלים.

הספק בנוגע לכשרותו של גט בעל כרחא, נתעורר עקב פסוק אחד בנוסח החרם, כפי שהובא באחת מתשובות מהר"ם מינץ, המסכמת את תקנות רמ"ה (רבנו גדשום מאור הגולה). החרם הובא שם, למעשה, בשתי נוסחאות:

81 וז ראה לעיל, פרק ה', סעיף 2 (ג).

„ולא יהא אדם דשאי לזרוק גט לאשתו כי אם ברשות שלשה קהילות, ואם יעשה — הבעל והסופר והעדים יהיו בנידוי כאשר תיקן רגמ"ה...“⁸²

„תקנה שלא ליתן גט לאשה בעל כרחא, ואין הגט כלום“⁸³.

פסוק אחרון זה עורר תמזון בקרב לב הפוסקים — חרם מן המאה האחת עשרה, המבטל גט כשר מן התורה! — וניסו לפרשו ולצמצמו בדרכים מדרכים שונות. הרי מה שכתב בעל כנסת הגדולה:

„ויכול לגרשה בלא דעתה וכו'... ג"ב: מדינא, אבל רגמ"ה החרים שלא לגרש אשה בעל כרחא...“

אמר המ"ס: ופשוט הוא דאם גרשה בעל כרחא, אפילו שעבר על חרם רגמ"ה גיטו גט, ובתקנות שהובאו בהר"ם מינץ סי' ק"ב כתוב שלא ליתן גט לאשה בעל כרחא ואין הגט כלום, עד כאן: והאי ואין הגט כלום, לא ידעתי פירושו, נהי דעבר על החרם, מכל מקום הגט גט; ושמה סבירא ליה כדבא כתמורה: כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני, וכיוון דעבר על החרם, אותו הגט אינו מועיל כדעת הגהות כרדכי ז"ל בסוף שבועות...“⁸⁴

אך הנודע ביהודה אין דעתו נוחה מן ההסבר הזה:

„ואינם אצלי אין דברי הכנסת הגדולה בפירושו דברי מהר"ם מינץ בתקבלים, איך אפשר שמהר"ם מינץ יסתום כדעת המרדכי נגד דעת התוספות והרא"ש... ולא עוד אלא לכתוב

ואין הגט כלום? ולכן פשוט אצלי, שלא מטעם זה כתב מהר"ם מינץ דבר זה, אבל כוונתו דמה שכתב ואין הגט כלום — לענין חיובי הבעל לאשתו שלא הועילו הגט כלום, ועדיין חייב בשאר וכסות... זה הגרא"ה לעניות דעתי בכונת מהר"ם מינץ“⁸⁵.

פירושו של דבר: לא זו בלבד שהרגמ"ה גופו לא הכריז על ביטול הגט — דבר העולה, לכשנדיק, הן מדברי כנסת הגדולה והן מהשגותיו של הגר"ע ביהודה — אלא גם הר"ם מינץ, בעל התוספת ההיא, לא התכוון לכך. כוונתו היתה רק, כי הבעל, אחרי מתן גט כזה, יעמוד בחובתו כלפי מגורשתו, לגבי חיובי שאר וכסות, כאילו לא נתגרשה הימנו בלל, וזו היא כנראה — עד כמה שהדבר נוגע לאי-בטילות הגט — דעת רוב הפוסקים. הרמ"א, למשל, אומר בפירוש:

„עבר וגירשה בעל כרחא בזמן הזה ונשאת שוב אין האישי נקרא עבריין“⁸⁶.

הרי שבדיעבד הגט כשר, ומתיר את האשה לשוק, ועד היכן שידיעתי מגעת, לא מציינו אף פוסק נודע אחר, שיבטל בוודאות, וללא כל היסוס, את הגט שניתן בעל כרחא.

ברם בזה עדיין לא פטרנו ופטרנו כליל את השאלה דגן, כי למטה מן הענין שם, מציע הגר"ע ביהודה הסבר אחר לדברי מהר"ם מינץ, וממנו עשויה לעלות הלכה חשובה. הוא אומר שם:⁸⁷

„ויתר על זה אמינא דאפילו לפי הבנת בעל כנסת הגדולה בכונת מהר"ם מינץ, אף על פי כן אין הטעם משום מימרא דרבא בתמורה, אלא מטעם ששם בתחילת סי' ק"ב חישב כל תקנות הראשונים, חישב שם: לא יהא אדם רשאי לזרוק גט לאשתו כי אם ברשות ג' קהילות, ואם יעשו — הבעל והסופר

85 נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חלק אה"ע, סי' קכ"ט.

86 רמ"א אה"ע, סי' קי"ט, סעי' ו', בשם כל בו.

87 נודע ביהודה שם, שם.

82 שו"ת מהר"ם מינץ, סי' ק"ב, דפוס שאלוניקי תקס"ב (1802), דף קי"ט ע"א, טור ראשון לבעלה.

83 מהר"ם מינץ שם, דף קי"ט ע"ב, טור שני באמצע, תירוק אחד ליישוב הסמירה שבין יתי הניסחאית, מציי כשונה מאמר מרדכי מהדורא קכ"א, סי' ק', עין שם.

84 כנסת הגדולה על הסור, סי' קי"ט, דף קנ"ז ע"ב, שיפה כ"ח, הכונה בסוף דבריו היא לדברי המרדכי בס"ס ר"י בר פרק, עין שם; ראה גם פסק דינו של השופט זילברג, בייקובס נגד קרסין, ע"א 110/57, סי' פסקי דין 1401, כעמידים 1413—1416.

בסעיף 181 א הגיל נאמר :

„התיר האיש קשר הנישואין וכו', באין פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך המחייב את האשה להזרית קשר הנישואין וכו'“.

בית דין מוסמך — גיזא, אך בית משפט, כיצד? הן המדובר הוא כאן באקט הנעשה על ידי האיש גופו; מעשה כזה, כפי שכבר צויין, יתואר רק או כזוג יהודי או כזוג מרשלימי, — האימתי יהיה בית המשפט האזרחי מוסמך לחייב אשה יהודיה או מרשלימית להתיר את קשר הנישואין? אמנם, בעת חקיקת חוק שיווי זכויות האשה, ולפני חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים, עדיין היתה אפשרות אחת, מאד רחוקה, לכך י, אך קשה להצית, כי דוקא ל„היכי תמציי“ זה התכוון המחוקק בכתבו את הסעיף הגיל. סבורני, איפוא, כי את הלשון „בית משפט“ — המחוקק, אגב גררא גסבה, ללא משמעות מיוחדת בעלת ערך מעשי.

תוך כדי היכתב הפרקים האחרונים, נתפרסם חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, ובו כמה תוראות חשובות לגבי הענינים הגידונים בזה הספר. עוד לא הגיע הזמן לסקור את כל האימפליקציות העולות מהן, כי דוקא בתחומי הוראות אלה — הרכה יודיקטורה עושה, אציין רק, כקיצור נמרץ, את הנקודות העיקריות שבהן.

(א) לפי סעיף 7 (ב) (4) של החוק, מוסמך בית המשפט העליון, בבית משפט גבוה לצדק, לצוות על בתי הדין הדתיים לא רק להימנע מלדון בענין

91 האפשרות הרחוקה הלזו היא: זוג יהודים ישראלים, לאחברים בנסת ישראל, והבעל קיבל מבית המשפט המחוזי צו המחייב את האשה, כהתאם לדיני ישראל, ללכת למשרד הרכנות ולקבל גט פטורין מבעלה. דוגמת הצו שניתן לבעל על ידי בית המשפט המחוזי כענין כוגאדי, ונדטל — מסעמים שלא כולם תופסים כאן — על ידי בית המשפט העליון המנדטורי. כי שם היה אחר הצדדים. נתן זר, וכרוגמא שלנו שניהם ישראלים (ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ב' (ב) סעיף 6). עכשו, לאתר חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים, לא תהא נחוצה גם אפשרות שכזאת.

העדים יהיו בנידוי כאשר תיקן ר"ג מאור הגולה, עכ"ל של מהר"ם מינץ, וסתמו כפירושו שמיידי שהסופר העדים ידעו מזה שהוא רוצה לגרשה בעל כרתה, דאם לא כן — הסופר העדים מה חסאו? ... ואם כן, מה שכתב שוב שם כדף קנ"ג ע"ד: תקנה שלא ליתן גט לאשה בעל כרתה ואין הגט כלום, גם כן כוונתו שהסופר והעדים ידעו מזה, ואם כן הם עברו על חרם רגמ"ה, והרי העדים פסולים, וגם לרעת הפוסקים שהסופר צריך להיות שליח הבעל, אם כן כיוון שכאן העכירה היא בשעת הכתיבה, שהרי חרגמ"ה היה גם על הכתיבה, אין שליח לדבר עבירה, וכמו שמבואר בנדוע ביהודה שלי, חלק אה"ע, סי' ע"ה וסי' ע"ו, עיין שם" 88.

התשובות שהוא מפנה אליהן בסוף דבריו, הן אלה הדנות במעשה שהיה: „באחד שגירש אשתו הראשונה על ידי שליח ובעל כרתה, שתפסה בעלי מלחמות להאשה באמצע הרחוב, והשליח זרק הגט לחיקה וכו'“, והורה הנודע ביהודה:

„כיוון שיש כאן עבירה חמורה לעבור על חרגמ"ה לגרש בעל כרתה, אם כן אין שליח לדבר עכירה, ובטל מעשה השליחות לגמרי, ולא נתגרשה בשליחות הבעל, ואין כאן גירושין, והיא אסורה להנשא...“ 89.

אך חבריו חלקו עליו, כפי שיראה המעיין בספרו שם. גם שאלת פסלות העדים כתבת העבירה על חרם, שנויה במחלוקת דבה, זה מאות בשנים. בספרות הרבנית י, אין כאן המקום להכנס לבירור כל השאלות ההן, וברצוני רק לציין, כי אם העבירה על סעיף 181 א נעשתה בנתינת גט בעל כרתה על ידי שליח, או בידיעת הסופר והעדים, יתכן כי האיש יצא נקי, בשל הספיאק דדינא בנוגע לתקפם של הגירושין.

88 צ"ל: סי' ע"ה יסי' ע"ו; כי סי' ע"ו הוא תשובה של מחותנו, ר' יצחק הלוי איש הורייין, החלק על דעתו של הנודע ביהודה.
89 נודע ביהודה, כהורא קמא, חלק אה"ע, סי' ע"ה.
90 ראה סקירת הפוסקים בשאלה זו, שהובאו בספק דינו של השופט זילברג, כהן בוסליק נגד הייעץ הכספתי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4, בעמודים 25—31.

בחוק הישראלי נאמר:

„הטוב ענין כדון לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לכירור הענין, דשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו ענין אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר“.

המלים שהודגשו על ידינו, לא בבדי הוכנסו לסעיף חדש זה. מטרתן היתה, כפי שהוצהר על ידי מביאי החוק לפני הכנסת, לקבוע:

„שלהכרעה זו של בית המשפט לא יהיה תוקף כללי אלא תוקף לגבי המשפט המסויים“⁹⁴.

ואם אמנם רעיון זה אינו דק רצונו של המחוקק, אלא גם פירוש המלות האובייקטיבי של דברי הסעיף הנ"ל; ומכיוון שבסעיף לא נאמר: אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית של בית משפט אחר או של בית דין אחר, אלא: אף אם הענין שבשאלה הוא בסמכותו הייחודית וכו' — זאת אומרת: נקבע כאן תקפה של החלטת האינצידנטלית כלפי כל דיון אחר, ולא דוקא „ייחודי“ — הרי תראה זו מכניסה שינוי חשוב מאד להלכות ה„רס יודיקטא“ של ארצנו, המבוססות על המשפט המקובל האנגלי⁹⁵. ומחזירה אותנו אל העקרון שהוכרו עליו על ידי בית הלורדים, בסוף המאה השמונה עשרה, במשפט הביגמיה של הרוכסית מקינגסטון⁹⁶. פירושו של דבר יהא, כי לא זו בלבד שהחלטת אינצידנטלית בעניני המעמד האישי לא תכבול ידי בית משפט או בית דין שיש לו סמכות ייחודית בענין, אלא כל החלטה אינצידנטלית בכל ענין שהוא לא תהווה מעתה „רס יודיקטא“ כלפי כל דיון אחר של אותו ערכאה שיפוטית שהיא, ואפילו אם נתקיימו בה שאר התנאים השוררים בסוגיא משפטית זו.

שלא לפי סמכותם, אלא גם — באופן פוויטיבי — לדרך בענין מסויים לפי סמכותם. מעין „מנדמוס“ חדש אשר, בצורתו זו, לא ידענהו עד כה. בית המשפט העליון המנדטורי ציוה, אמנם, פעם לבית הדין הרבני לערעורים להוקע לבקשת ערעור שהוגשה לפניו⁹², אך לא הרי זה כהרי זה — לא הרי הצו לדרך בבקשה שתכליתה היא לבטל פסק דין שניתן שלא כדון, כהרי הצו לדרך בענין מסויים מלכתחילה דיון ראשוני — ופשוט⁹³.

(ב) סעיף 7 (ב) (4) מצמצם את כוחו של בית המשפט הגבוה לצדק לענינים. בהם בית הדין הדתי הורג מסמכותו, או אינו משתמש בה. ספק, אם מעתה יוכל בית המשפט להתערב גם כאשר, לדעתו, מצוי פגם יסודי אחר בדיונים, או הם עלולים להביא לידי עיוות דין, ועל שום מה רק „ספק“? על שום שבפסוק השני של פסקה (4) נאמר:

„ובלכד שלא ייחק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו וכו“.

ויתכן, כי בזה הונח מקום להתערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק מכוח ההוראה הכללית של סעיף קטן (א), לאור ההרגשה המיוחדת — „מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (א)“ — האמורה כריש סעיף קטן (ב) של הסעיף.

(ג) סעיף 48 (8) של החוק מבטל את הפסקה השנייה של סימן 47 לדבר הבלד, ובמקומה של זו — ואף יותר מזה — בא סעיף 35 של החוק, לשינוי של סעיף 35 שונה בנקודה מאד חשובה מלשונו של סימן 47.

כדבר המלך נאמר:

„אם באיזה ענין אזרחי או פלילי שהובא לפני בית משפט אזרחי מתעוררת באורח אינצידנטלי שאלת המעמד האישי, אשר מן ההכרח להכריע בה לצורך הענין הנידון, יכול בית המשפט האזרחי להכריע בשאלה וכו“.

94 ראה דברי הכנסת, הכנסת השלישית, מושב שני, עמוד 2104, טור שני, דברי יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט.

95 השוה פלמן נגד שחב, ע"א 126/51, ו' ססקי דין 313.

96 ראה לעיל, חלק ראשון, פרק ד' (ג), סעיף 9, הערה 13.

92 כתר נגד נטרא בית הדין הרבני לערעורים, בג"ץ 18/41, 41 אפלוכום 117.

93 אך השוה את אמרת האגב הבלתי ברורה, שנאמרה בענין ברמל נגד יו"ר ההוצ"ל, בג"ץ 49/46, 46 אל"ר 527, בעמוד 528, שורות 4—5 מלמטה.

רשימת המקורות

א. פסקי דין ישראלים וארצישראלים

177	אבו כליל נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 103/42; 42 אמלכום; 582; 9 סל"ר
173	אגרסט נ. הרשקוביץ, ע"א 76/41; 41 אמלכום; 253; 8 סל"ר; 235; 10 לבנון 22
285	אולמן נ. אולמן, ע"א 47/42; 42 אמלכום; 231; 9 סל"ר; 312; 12 לבנון 126
173, 42	אוזור נ. אוזור, ע"א 22/42; 42 אמלכום; 259; 9 סל"ר; 328; 12 לבנון 3
99, 14, 10	איוולמן נ. איוולמן, ע"א 334/54; ס' פסקי דין 230; י"ח פסקים עליון 103
390, 55	איטינג'וסטרמן נ. איטינג' ת"א 340/37, תל אביב; אוסף פס"ד של ביה"מ המחוזי, ת"א, 1938, 31—33
98, 14	איצקוביץ נ. איצקוביץ, ע"א 199/51; ה' פסקי דין 1667; ו' פסקים עליון 132
91	אלפרט נ. יו"ר ההוצ"ם, בית דין מיוחד 1/28; 1 פל"ר; 395; 1 רוסנברג 126
378, 18, 17	אלשיך נ. באנאיים, ב"ש 60/41; 41 אמלכום; 448; 11 לבנון 8
35	אמדו נ. אמדו, בג"ץ 125/49; ד' פסקי דין 5; ג' פסקים עליון 15
30	אנבאחוי נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 49/45; 45 אל"ר; 659; 12 סל"ר; 426
28, 27, 22	אסטה נ. גרוס ואסטה, ב"ש 20/43; 43 אל"ר; 12; 10 סל"ר; 124
88, 87	אקאחי נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 48/46; 46 אל"ר; 543
177	באבא נ. עמבאריקי, ת"א 52/29, חיפה; 4 רוסנברג 1254
15	באטרסה נ. באטרסה, ע"א 208/42; 42 אמלכום; 785; 9 סל"ר; 748
197	בדרקאן נ. נאסאר, בג"ץ 80/42; 42 אמלכום; 512; 9 סל"ר; 467; 12 לבנון 90
37, 34	בוגאר נ. בוגאר, ת"א 77/45; ת"א; 45 פמ"ן 210
388, 387, 101	בוגאר נ. בוגאר, ע"א 274/45; 46 אל"ר; 324; 13 סל"ר; 111
103, 101, 90	בויסגר נ. קרמאני, ת"א 1052/50; ת"א; ח' פסקים מזוויים 467
387, 167	בורשטיין נ. יודלביץ, ע"א 70/49; ה' פסקי דין 858; ד' פסקים עליון 88
94	ביכובסקי נ. ביכובסקי, ת"א 351/38; ת"א; 7 לבנון 179
302—299	ביכובסקי נ. ביכובסקי, ע"א 19/40; 7 לבנון 173; 7 סל"ר; 228; 40 אמלכום 184
128	
93, 39, 4	
260, 128	

	ביכובסקי נ. ביכובסקי, ע"א 11/41; 41 אמלכום; 230; 8 סל"ר; 241; 11 לבנון 238
,129, 13, 4	
,253, 131, 130	
,339, 261, 260	
359, 358, 340	
73	בקלוק נ. בקלוק, בג"ץ 7/44; 44 אל"ר; 192; 11 סל"ר; 128
59, 58, 14	ברזילי נ. סובה'ברמן, ע"א 160/43; 43 אל"ר; 217; 10 סל"ר; 241
	כרייה נ. שמך סברי, בג"ץ 187/54; ס' פסקי דין 1193; כ' פסקים עליון 36
,422, 173, 172	
423	
,325, 31, 8	ברנוביץ נ. ברנוביץ, בית דין מיוחד 3/45; 46 אל"ר; 306; 13 סל"ר; 133
330	
285, 282	ברניקר נ. בורשטיין, ע"א 85/49; ה' פסקי דין 306; ד' פסקים עליון 83
14	ב'ארוס נ. עדאס, ע"א 129/42; 42 אמלכום; 753; 9 סל"ר; 707
	גבאי נ. בית הדין של הרבנות הראשית רחובות, בג"ץ 12/53; ז' פסקי דין 478; י"ג פסקים עליון 5
,168, 81—79	
171	
283, 280, 207	גוטוסר נ. טרוימן, ע"א 62/50; ד' פסקי דין 746; י"ג פסקים עליון 284
19, 12	גולדנברג נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 105/45; 46 אל"ר; 546; 13 סל"ר; 180
259, 38	גורוכוב נ. גורוכוב, ב"ש 27/42; 42 אמלכום; 187; 9 סל"ר; 268
260, 95	גורוכוב נ. גורוכוב, ת"א 132/42; ת"א; 43 פמ"ן 111
	ג'יקובס נ. קרטו, ע"א 110/53; ס' פסקי דין 1401; כ' פסקים עליון 192
430	
51—50, 45	גליק נ. גליק, ע"א 68/46; 46 אל"ר; 449; 13 סל"ר; 311
	גליקסברג נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 8/48; א' פסקים 210; ב' פסקי דין 168
,71, 45, 43	
172	
44	גרינורג נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 32/46; 46 אל"ר; 517
72	גלר נ. גלר, בג"ץ 149/51; ה' פסקי דין 1399; י' פסקים עליון 189
	דינפילד נ. דינפילד, ע"א 112/36; 1 לבנון 15; 3 סל"ר; 214; 9 רוסנברג 750
41	דניאל נ. סלמון חיים, ע"א 131/54; ס' פסקי דין 984; י"ס פסקים עליון 316
267, 165	דרעי נ. יו"ר ההוצ"ם, בג"ץ 86/55; ס' פסקי דין 1938; ב"א פסקים עליון 263
,394, 57, 45	
349	האלו נ. האלו, ע"א 98/47; א' פסקים 195; ב' פסקי דין 16
179, 80, 18	הוד נ. הוד, ע"א 62/37; 2 לבנון 133; 4 סל"ר; 249; 37 אמלכום 249
376	

לבנון נ. אלמליח, ע"א 27/49; ג' פסקי דין 168; ה' פסקים עליון 139
לבנוני (חיים) נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 138/54; ח' פסקי דין 324; ט"ו
פסקים עליון 101
לוי נ. גאנאיים, ב"ש 160/41; 41 אפלבום 448
לוי נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 162/46; 47 אל"ר 395; 14 פל"ר 282
לויט נ. לויט, המרצה 168/55; ט' פסקי דין 1539; כ" פסקים עליון 334
לויז נ. לויז, ע"א 87/49; ה' פסקי דין 921; ג' פסקים עליון 263
לדר נ. סטריקובסקי, ע"א 39/55; ז' פסקי דין 1274; ב"ד פסקים
עליון 399

לובקברג נ. חלקנברג, ע"א 22/34; 2 פל"ר 365; 8 דוסנברג 588

מייבאקאשחילי נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 5/30; 1 דוסנברג 131
מילר נ. מילר, ע"א 100/49; ה' פסקי דין 1301; ו' פסקים עליון 140
מינץ נ. מינץ, ע"א 51/38; 38 (1) אפלבום 224; 5 פל"ר 262
מלחם נ. השופט השרעי עכו, בג"ץ 49/54; ח' פסקי דין 910; ט"ז
פסקים עליון 70

מנהל מס עובון נ. גוסליב, ע"א 171/54; ט' פסקי דין 1347; י"ח פסקים
עליון 142
משקה נ. משקה, ע"א 42/49; ג' פסקי דין 88; ד' פסקים עליון 108

נושא חן נ. נושא חן, ע"א 158/37; 2 לבנון 201; 37 אפלבום 391
4 פל"ר 373

נחאס נ. קרטיה, ע"א 220/38; 38 (2) אפלבום 151; 5 פל"ר 518

סאלם נ. רושם הקרקעות, בג"ץ 98/44; 44 אל"ר 540; 11 פל"ר 491
סאמארה נ. סעדה, ע"א 70/46; 47 אל"ר 91; 14 פל"ר 9
סאקיה נ. עובון מויאל, ע"א 98/27; 1 דוסנברג 200; 1 פל"ר 273
ס. נ. ס. ב"ש 39/57; י"א פסקי דין 921; כ"ס פסקים עליון 168
סידס נ. נשיא ההוצ'ים, בג"ץ 116/49; ד' פסקי דין 266; ג' פסקים
עליון 211
סידס נ. יו"ר ההוצ'ים, בית דין מיוחד 1/50; ה' פסקי דין 1020; ט"ז
פסקים עליון 173

סילבר נ. סילבר, חק ירושות 203/43; ת"א; 44 פמ"ן 75

סילבר נ. סקרקה, ע"א 71/44; 44 אל"ר 460; 11 פל"ר 381

סלמן נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 63/44; 44 אל"ר 792
סלמן נ. סלמן, ע"א 204/55; י"א פסקי דין 711; כ"ח פסקים עליון 241
סקורניק נ. סקורניק, ת"א 685/50; ת"א; ה' פסקים מחוזיים 51

היוזמן נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 59/53; ז' פסקי דין 1142; י"ד פסקים
עליון 207
היועץ המשפטי נ. מלינק, ע"ס 85/38; 5 לבנון 125; 6 פל"ר 34
היועץ המשפטי נ. בית הדין לססנות, בג"ץ 88/50; ד' פסקי דין 301
ה' פסקים עליון 226
הרניק נ. הרניק, ע"א 104/54; ח' פסקי דין 995; ט"ז פסקים עליון 413
הרשנהורן נ. היועץ המשפטי, ע"ס 54/54; ח' פסקי דין 1300; י"ז
פסקים עליון 177

וולקנברג נ. חלקנברג, ע"א 22/34; 2 פל"ר 365; 8 דוסנברג 588

זאדה נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 24/41; 41 אפלבום 161; 9 לבנון 177
זאדה נ. היועץ המשפטי, בג"ץ 85/54; ח' פסקי דין 738; ט"ו פסקים
עליון 455
זלצברגר נ. זלצברגר, ע"א 335/46; 47 אל"ר 125

ח"רלים נ. הרב רביץ, בג"ץ 168/56; י"א פסקי דין 75; כ"ו פסקים
עליון 400
חסון נ. דהאן, ע"א 236/43; 43 אל"ר 822; 10 פל"ר 542

סננבוים נ. סננבוים, ת"א; 45 פמ"ן 431
סננבוים נ. סננבוים, ע"א 234/45; 46 אל"ר 337; 13 פל"ר 201

יוסימף נ. היועץ המשפטי, ע"ס 122/50; ה' פסקי דין 481; ד' פסקים
עליון 166

כאחאס נ. כאחאס, ע"א 201/43; 43 אל"ר 557; 10 פל"ר 484
כאשו נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 2/46; 46 אל"ר 170; 13 פל"ר 76
כהן נ. לודמירר, ע"א 122/44; 45 אל"ר 75; 11 פל"ר 522
כהן-בוסליק נ. היועץ המשפטי, ע"א 238/53; ח' פסקי דין 4; י"ד
פסקים עליון 278

כספרוים נ. כספרוים, ע"א 148/52; ח' פסקי דין 1289; י"ז פסקים
עליון 47

כרמל נ. יו"ר ההוצ'ים, בג"ץ 49/46; 46 אל"ר 527; 13 פל"ר 374
כתן נ. נשיא בית הדין הרבני לערעורים, בג"ץ 18/41; 41 אפלבום 117
8 פל"ר 140; 9 לבנון 131

ציגלמן נ. יו"ר וחברי בית הדין הרבני כתי"א, בג"ץ 198/53 ז' ססקי
 דין 606; י"ב ססקים עליון 210
 418
 358 צ'כור נ. צ'כור, המרצה 6/57; י"א ססקי דין 335; כ"ז ססקים עליון 423

קאחאם נ. קאחאם, ע"א 40/40; 8 לבנון 173; 7 סל"ר 411
 קאחאם נ. קאחאם, ערעור מועצת המלך 41/42; 43 אל"ר 487; 10
 46 סל"ר 328
 47, 9 קוסיק נ. חלפסון, ע"א 26/51; ה' ססקי דין 1341; ו' ססקים עליון 221
 212, 3, 4, 214

קומרובסקי נ. מנהל מס שבח מקרקעים, ע"א 120/52; ז' ססקי דין
 141; י"ב ססקים עליון 122
 280 קונראדס נ. לוי, ע"א 168/55; י' ססקי דין 1310; ב"ד ססקים עליון 411
 330, 324 קלוצמן נ. נשיא ההוצל"ם, בג"ץ 291/52; ז' ססקי דין 266; י"ב ססקים
 עליון 451
 76 קטיס נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 28/38; 38 (1) אפלבום 373; 5 סל"ר 351
 177 קפלן נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 10/41; 41 אפלבום 49; 8 סל"ר 86
 56 קפלן נ. קפלן, ע"א 131/42; 42 אפלבום 728; 9 סל"ר 752
 322, 67-68 קרדוש, תי"א 263/42, חיסה; 46 סמ"ן 569
 15 קריסטל נ. ליבוניץ, תיק ירושות 147/48, ת"א; ב' ססקים מחוזיים 14
 303 קשמן נ. קשמן, ע"א 186/37; 2 לבנון 132; 4 סל"ר 304; 37 אפלבום
 422
 92, 39, 13

רוזנבאום נ. רוזנבאום, בית דין מיוחד 1/49; ז' ססקי דין 1037; י"ד
 ססקים עליון 137
 31, 24-26
 376 רוזנבוים נ. רוזנבוים, ע"א 376/46; ב' ססקים עליון 5; ב' ססקי דין 235
 376, 20-24
 379 רוזנווייג נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 54/55; ט' ססקי דין 1542; כ' ססקים
 עליון 335
 388, 123, 108
 389 רחמני נ. רחמני, בג"ץ 170/56; י"א ססקי דין 1247; כ"ז ססקים עליון
 197
 377, 374, 344
 381 רבסמן נ. רבסמן, ת"א 180/37, ת"א; אוסף סס"ד מחוזיים, ת"א,
 1937, 30-32
 42 רצאבי נ. רצאבי, ע"א 114/55; ט' ססקי דין 1319; כ' ססקים עליון 96
 393, 349 רשקוביץ נ. זלכרשטיין, ע"א 106/40; 8 לבנון 51; 7 סל"ר 310
 323 40 אפלבום 229

שבלבוים נ. שבלבוים, ע"א 119/39; 7 לבנון 55; 7 סל"ר 20; 40
 אפלבום 38
 4

סקורניק נ. סקורניק, ע"א 1191/51; ח' ססקי דין 141; י"ד ססקים
 עליון 389
 222, 85, 5
 226-230
 237-242
 364, 337, 251
 417, 414 סקינדר נ. שורץ, ע"א 213/51; ו' ססקי דין 367; ס' ססקים עליון 107

עסיה נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 71/50; ה' ססקי דין 202; ז' ססקים
 עליון 211
 45 עסיה נ. ברדה, ע"א 421/54; ס' ססקי דין 1205; כ' ססקים עליון 43
 380, 373, 30
 397

עמיצור נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 293/52; ז' ססקי דין 198; י"ב ססקים
 עליון 110
 74-6, 71
 396 עמר נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 6/43; 43 אל"ר 73; 10 סל"ר 78
 73

פין בלוז נ. פון בלוז, ע"א 148/42; 42 אפלבום 650; 12 לבנון 151
 מיינגבלס נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 164/45; 45 אל"ר 640
 שינשטיין נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 9/43; 9; 43 אל"ר 21; 10 סל"ר 122
 12 לבנון 209
 טיליפסטל נ. טיליפסטל, ב"ש 33/42; 42 אפלבום 1326; 9 סל"ר 343
 11 לבנון 196
 39 שלמן נ. שחב, ע"א 126/51; ו' ססקי דין 313; ו' ססקים עליון 429
 435, 343, 342 שניגשטיילר נ. יו"ר ההוצל"ם, בג"ץ 101/42; 42 אפלבום 569; 9
 סל"ר 553
 66 סנז נ. שדמה, ע"א 148/53; ס' ססקי דין 1711; כ"א ססקים עליון 12
 419, 281 פראבדה נ. פראבדה, תיק ירושות 179/46, ת"א; 46 סמ"ן 643
 310 פריבנסקי נ. זלבר, ע"א 179/54; י"א ססקי דין 626; כ"ח ססקים
 עליון 271
 303-5
 312-3

פריבסר נ. פריבסר, המרצה 121/55; ס' ססקי דין 1361; כ' ססקים
 עליון 167
 84, 83, 39
 358, 262 פריברגר נ. שדמה, ע"א 195/43; 43 אל"ר 395; 10 סל"ר 405
 252, 251 שרלמן נ. שרלמן, תיקי ירושות 794/49 + 291/50, ת"א; ג' ססקים
 מחוזיים 32
 334, 100
 324 טרן נ. בנהל מחלפת רישום והסדר קרקעות, בג"ץ 109/49; ו' ססקי
 דין 257
 48

Newbould v. A.-G. (1931), P. 75	93
Ogden, v. Ogden (1908), P. 46	7, 264
Outram v. Morewood (1803), 7 R.R. 473	342
Peacey v. Grosvenor (1944), 1 All E.R. 81	292—294
R. v. Hammersmith Superintendent Registrar of Marriages (1917), 1 K.B. 634	144
R. v. Hutchins (1879-1880), 5 Q.B.D. 353	342
R. v. Hutchings (1880-1881), 6 Q.B.D. 300	342
R. v. Naguib (1917), 1 K.B. 359	138, 142
R. v. Russel (1901), A.C. 446	152
Routledge v. Hislop (1860), 2 L.T. 53	342
Sasson v. Sasson (1924), A.C. 1007	157
Scrimshire v. Scrimshire (1752), 161 E.R. 782	175
Shaw v. Gould (1868), 18 L.T. 833	150
Simonin v. Mallac (1860), 164 E.R. 917	8, 264
Sottomayer v. de Barros (1877), 2 P.D. 81	156
Spivack v. Spivack (1930), 46 T.L.R. 243	146, 148
Srini Vasan v. Srini Vasan (1945), 2 All E.R. 21	143
Underwood v. Wing (1855), 102 R.R. 316	291
Wing v. Angrave (1860), 11 E.R. 397	289—291

ג. ספרות משפטית

(א) עברית

407	אינוסטרדט, ש. המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו, תל אביב, 1953
358, 356	בן ישי, ס. סמכותם של בתי הדין הרבניים, הפרקליט, אמריל 1955
	גלובוס, א. ל. שאלות ותשובות בדיני אישות והמעמד האישי, הפרקליט,
354, 351—352	ספטמבר 1954
255, 242	דיקן, ס. דיני נישואין ונידושין, תל אביב, 1956
315	דיקסטין, ס. שמירת הנכסים בתחומי המשפחה, הפרקליט, 1946
	זלברג, מ. חוק ומוסר במשפט העברי, פורה שלישית בהצאות לוכר
29	ייל מנגס, הוצאת ספרים ע"ש מנגס, תשי"ב
133, 35	לבונסקי, א. לכיאור סימן 55 לדבר המלך, הפרקליט, ספטמבר 1955
256, 231, 221	לבונסקי, א. נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה, ירושלים 1957
343	
241	פיינברג, נ. "אמרת אגב" האומרת ודשני, הפרקליט, אוקטובר 1954
	פרוקציה, ג. תהלת החוק הכינלאומי-פרסי בענין נישואין, הפרקליט,
253	ספטמבר 1953
	פרלס, ש. חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ב—
390, 358, 350	1953, ויחס לדינים קודמים, הפרקליט, ספטמבר 1954
399	צוק, ח. חוק שיחיו וכויות האשה, הפרקליט, אוקטובר 1951
287	רוזנטל, ח. שנים שמתו כאח, הפרקליט, דצמבר 1951

	שוכייטה נ. יו"ר ההוצלים, בג"ץ 100/41; 42 אפלבוים 185 9 סלי"ר
40	121; 11 לבנון 74
259, 38	שומאלי נ. יו"ר ההוצלים, בג"ץ 51/45; 45 אלי"ר 1651; 12 סלי"ר 443
	שטיינד נ. הוועץ המשפטי, ע"א 209/54; ס' פסקי דין 241; י"ח פסקים
411, 398	עליון 116
415—6	
	שטרנברג נ. אהרונוסון, ע"א 246/40; 41 אפלבוים 17; 8 סלי"ר 55;
65	9 לבנון 54
	שטריימל נ. יו"ר ההוצלים, בג"ץ 12/42; 42 אפלבוים 254; 9 סלי"ר
382—3	213; 12 לבנון 22
	שטרק נ. יו"ר ההוצלים, בג"ץ 22/39; 6 לבנון 45; 39 אפלבוים 273;
383, 8	6 סלי"ר 323
61, 40, 38	שיבלי נ. שיבלי, בג"ץ 85/47; ב' פסקים עליון 454; ב' פסקי דין 142
259	
62, 30	שיף נ. שיף, בג"ץ 109/53; ד' פסקי דין 543; י"ג פסקים עליון 151
28	שופרד נ. שנפלד, ת"א 123/54; ת"א; י' פסקים מחוזיים 451
45	תורגמן נ. יו"ר ההוצלים, בג"ץ 49/32; 5 רוטנברג 1610

ב. פסקי דין אנגליים

Baindail v. Baindall (1946), 1 All E.R. 342	144, 148, 152
Berthiaume v. Dastous (1930), A.C. 79	175
Bethell v. Hildyard (1888), 38 Ch. D. 220	138, 145
Brook v. Brook (1861), 11 E.R. 703	175
Cheang Thye Pin v. Tan Ah Loy (1920), A.C. 369	144
Chetti v. Chetti (1909), P. 67	144
Cohn, in re Cohn (1945), 1 Ch. 5	287, 302, 307
Flitters v. Allfrey (1874-1875), 10 C.P. 29	312
Golsmid v. Bromer (1798), 161 E.R. 568	216, 218
Harvey v. Farnie (1880), 6 P.D. 35	135
Hickman v. Peacey (1945), 2 All E.R. 215	289, 294—297
Hyde v. Hyde (1866), 14 L.T. 188	137—139
Inverclyde v. Inverclyde (1931), P. 29	93
Khoo Hool Leong v. Khoo Chong Yeok (1930), A.C. 346	141
Kingston, The Duchess of Kingston's Case (1776), Cockle's Cases and Statutes on Evidence, 8 ed. p. 43	342
Lindo, v. Belisario (1795), 161 E.R. 530	217
Lindop, Re Lindop (1942), 2 All E.R. 46	294
Nachimson v. Nachimson (1929), 46 T.L.R. 166	147
Nachimson v. Nachimson (1930), 46 T.L.R. 444	147

ד. מקורות המשפט העברי

(א) התלמוד, מפרשיו ופוסקיו

411	ברכות, מ"ה ע"א
275	תרומות, פרק א', משנה ה'
274	תרומות, פרק ד', משנה ג'
276	עירובין, ל"ו ע"ב
276	עירובין, ל"ז ע"ב
273	פסחים, ס"א ע"א
276	יומא, ג"ה ע"ב
288	יבמות, י"ט ע"א
244	יבמות, כ"א ע"א
198	יבמות, כ"ב ע"א וע"ב
160	יבמות, כ"ז ע"א
318, 317	יבמות, ל"ח ע"א
384	יבמות, ל"ט ע"ב
391, 382	יבמות, מ"א ע"א
383	יבמות, מ"א ע"ב
244	יבמות, נ"ד ע"א
160	יבמות, ס"א ע"ב
118	יבמות, ס"ה ע"ב
274	יבמות, ס"ו ע"א וע"ב
372	יבמות, צ"ב ע"ב
223	יבמות, ק"ז ע"א
384	יבמות, ק"ט ע"א
106, 105	יבמות, ק"י ע"ב
162	יבמות, ק"ב ע"ב
398	יבמות, ק"ד ע"ב
398	יבמות, ק"ו ע"א
398	יבמות, קכ"ב ע"א
398	כתובות, כ"ב ע"ב
13, 11	כתובות, מ"ו ע"ב
11	כתובות, מ"ז ע"ב
17	כתובות, נ"ב ע"ב
406, 405, 117, 13	כתובות, נ"ח ע"ב — נ"ט ע"ב
405, 13	כתובות, ס"ד ע"ב
117	כתובות, ע' ע"א
117	כתובות, ע"א ע"ב
223	כתובות, ע"ג ע"א

(ב) לועזית

Bartholomew, Polygamous Marriages and English Criminal Law, 17 Modern Law Review 344	154
Batiffol, Traité Élémentaire de Droit International Privé, Paris 1955	249
Beckett, The Recognition of Polygamous Marriages under English Law, 48 L.Q.R. 341	144, 147
Buckland, Main Institutions of Roman Private Law	270
Cheshire, Private International Law, 3 ed.	138, 140, 144, 247
Cohn, Herman, Foreign Laws of Marriage and Divorce, Tel Aviv 1937	119
Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 2 ed.	271
Dernburg, Deutsches Erbrecht, 1905	184, 208
Dicey—Morris, Conflict of Laws, 6 ed.	152, 156
Enneccerus—Kipp—Wolff, Lehrb. d. Buergerl. Rechts, Erbrecht, 1928	184, 208
Everest and Strode, Law of Estoppel, 3 ed.	342
Eversley, Domestic Relations, 5 ed.	93, 260
Freeman, Law of Judgments, 5 ed.	343
Girard, Droit Romain, 15 ed.	270
Coadby, International and Inter-Religious Private Law in Palestine, 1926	257
Halsbury—Hallsham, Laws of England	30, 148
Hudson, International Legislation, 1936	250
Hunter, Introduction to Roman Law, 9 ed.	270
Morris, The Recognition of Polygamous Marriages in English Law, 46 Harv. L.R. 961	154
Niboyet, Cours de Droit International Privé Français, Paris 1949	249
Radin, on Roman Law	269, 270
Sohm, Institutionen, 14 Aufl.	270
Stroud's Judicial Dictionary, 2 ed.	419
Valéry, Manuel de Droit International Privé Paris, 1914	248
Vitta, Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine, 1947	335
Walker, Internationales Privatrecht, Wien 1934	249
Weiss, Institutionen d. roemischen Privatrechts, 2 Aufl.	270
Wiefels, Erbrecht, 90—94 Aufl.	208
Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts	183
Wolff, Priv. Intern. Law, 2 ed. 7, 141, 153, 246-7, 286, 308-9	

108	בבא בתרא, מ"ח ע"א
278, 277	בבא בתרא, ק"ז ע"א
192	בבא בתרא, ק"ח ע"א
185	בבא בתרא, ק"ט ע"ב
191	בבא בתרא, ק"י ע"ב
187	בבא בתרא, ק"י ע"ב
186, 185	בבא בתרא, ק"י ע"א וע"ב
328, 327	בבא בתרא, ק"י ע"א
326	בבא בתרא, ק"י ע"א
401	בבא בתרא, ק"י ע"ב
327	בבא בתרא, קמ"ח ע"ב
326	בבא בתרא, קמ"ט ע"א
327, 326	בבא בתרא, קנ"א ע"א וע"ב
327	בבא בתרא, קנ"ב ע"ב
320, 319	בבא בתרא, קנ"ח ע"ב
187	בבא בתרא, קנ"ט ע"ב
216	סנהדרין, כ"ה ע"א
215	סנהדרין, כ"ז ע"ב
217	סנהדרין, כ"ח ע"א
245	סנהדרין, ע"ד ע"א
245	סנהדרין, ע"ה ע"א
398	שבועות, ל' ע"א
384	בכורות, י"ג ע"א
411	בכורות, י"ז ע"א
287	בכורות, י"ז ע"ב
277	בכורות, י"ז ע"ב
52	ירושלמי תרומות, פרק א', הלכה א'
374	ירושלמי מעשרות, פרק א', הלכה א'
361	ירושלמי שבת, סרק ו'
394	ירושלמי יבמות, סוף פרק י"ב
384	ירושלמי כתובות, פרק ה', הלכה ד'
118	ירושלמי גיטין, פרק ס', הלכה ז'
25	ירושלמי קדושין, סוף פרק א'
95	ירושלמי קדושין, פרק ר', הלכה ח'
174	ירושלמי הוריות, פרק א', הלכה א'
276	רש"י עירובין, ל"ז ע"ב, ר"ה ר' יוסי
277	רש"י ביצה, ל"ז ע"ב, ר"ה יורשין
382	רש"י יבמות, י"ז ע"ב, ר"ה יש ויקה

125, 119, 118, 106	כתובות, ע"ז ע"א
401	כתובות, ע"ח ע"ב
11	כתובות, ע"ט ע"א וע"ב
278	כתובות, ס"ג ע"א
29	כתובות, ס"ו ע"א
411	כתובות, ק"א ע"ב
379	כתובות, ק"ז ע"ב
162	נוזר, י"ב ע"ב
117	טוטה, ל"א ע"א
104	גיטין, י"ז ע"א
273	גיטין, כ"ד ע"א וע"ב
277, 274, 273	גיטין, כ"ה ע"א וע"ב
408	גיטין, ל"ז ע"א
278	גיטין, מ"ח ע"א
106, 105	גיטין, מ"ט ע"ב
410	גיטין, נ"ב ע"א
327	גיטין, ע"ב ע"ב — ע"ג ע"א
105	גיטין, ע"ג ע"א
105	גיטין, ע"ח ע"א
123, 108	גיטין, פ"ח ע"ב
372	קדושין, ה' ע"ב
28	קדושין, ל"א ע"ב — ל"ב ע"א
374	קדושין, מ"א ע"ב
108, 107	קדושין, נ"י ע"א
215	קדושין, ס"ה ע"א
380, 368, 38	קדושין, ס"ו ע"ב
244	קדושין, ס"ז ע"ב
380	קדושין, ס"ח ע"ב
420	בבא קמא, ס"ו ע"א
374	בבא קמא, מ"א ע"ב
276	בבא קמא, נ"א ע"ב
374	בבא קמא, ג"ד ע"א
275	בבא קמא, ס"ט ע"א
216	בבא קמא, ע"ב ע"ב
398	בבא קמא, פ"ח ע"א
401	בבא קמא, פ"ח ע"ב
372	בבא מציעא, י"ב ע"ב
327	בבא מציעא, י"ט ע"ב
412, 409	בבא מציעא, ל"ט ע"א
401	בבא מציעא, צ"ו ע"ב

328	תוס' קידושין, ס"ג ע"א, ד"ה כגון
275	תוס' בבא קמא, ס"ס ע"א, ד"ה כל
329	תוס' בבא מציעא, י"ט ע"ב, ד"ה הוא
15	תוס' בבא מציעא, ע"ד ע"א, ד"ה הוא
123	תוס' בבא בתרא, מ"ח ע"א, ד"ה אלא, בשם הר"י
407	תוס' בבא בתרא, מ"ט ע"ב, ד"ה יכולה
199, 192, 191, 187	תוס' בבא בתרא, ק"ד ע"ב, ד"ה מה
15	תוס' סנהדרין, כ"ד ע"ב, ד"ה כל
258	תוס' סנהדרין, נ"ב ע"ב, ד"ה פרט
215	תוס' מכות, ו' ע"א, ד"ה שמואל
258	תוס' עבודה זרה, ל"ו ע"ב, ד"ה משום
288	תוס' בכורות, י"ז ע"ב, ד"ה אפשר

111	ר"י כתובות, פרק אף על פי, סוגיא דמירדח
112	המאור הגדול להר"ה על הרי"ף, שם
112	מלחמת ה' להרמב"ן, שם
113, 110	שלטי הגבורים, שם
405	דא"ש כתובות, פרק גערה שנתפתח
111	הגהות אשר"י, כתובות, פרק אף על פי, ס"ג ל"ה
121	מרדכי כתובות, פרק המדיר, ס"ג ר"א
386	מרדכי יבמות, פרק החולק, ס"ג ק"ו
123	הגהות מרדכי, גיטין, ס"ג תס"ט
245	נימוקי יוסף על הרי"ף סנהדרין, סוף פרק בן סורר ומורה

(ב) רמב"ם

411	הלכות ברכות, פרק ה', הלכה ב'
368	הלכות אישות, פרק א', הלכות ו', ז' ח
372	הלכות אישות, פרק ג', הלכות ו', ז'
215	הלכות אישות, פרק ד', הלכה ו'
244	הלכות אישות, פרק ד', הלכה י"ב
368	הלכות אישות, פרק ד', הלכה י"ד
390, 353	הלכות אישות, פרק ד', הלכה ט"ו
223	הלכות אישות, פרק ז', הלכה כ"ג
406	הלכות אישות, פרק י"ב, הלכה ד'
119	הלכות אישות, פרק י"ב, הלכה י"א
160	הלכות אישות, פרק י"ה, הלכה ג'
110	הלכות אישות, פרק י"ד, הלכה ח'
111	הלכות אישות, פרק י"ה, הלכה י"ד
119	הלכות אישות, פרק ט"ו, הלכה ז'

160	רש"י יבמות, כ"ו ע"א, ד"ה שהיו
318	רש"י יבמות, ל"ח ע"א, ד"ה סבא ריבם, או סבא חולקין
326	רש"י כתובות, ג"ה ע"ב, ד"ה מתנת
406	רש"י כתובות, ג"ח ע"ב, ד"ה סווגי
110	רש"י כתובות, ס"ג ע"ב, ד"ה לא כישתין
104	רש"י גיטין, י"ז ע"א, ד"ה כל
277	רש"י גיטין, כ"ה ע"א, ד"ה לקוחות
273	רש"י גיטין, כ"ה ע"א, ד"ה אמר, וכה
275	רש"י גיטין, כ"ה ע"ב, ד"ה ושוחה
410, 409	רש"י גיטין, נ"ב ע"א, ד"ה נשים, יתומים
108	רש"י קידושין, נ' ע"א, ד"ה ומצוה
275	רש"י בבא קמא, ס"ס ע"ב, ד"ה אסרין
402	רש"י בבא קמא, מ"ח ע"ב, ד"ה באושא
274	רש"י כבא מציעא, י"א ע"א, ד"ה נתון
274	רש"י כבא מציעא, י"ט ע"ב, ד"ה נתון
327	רש"י בבא מציעא, י"ט ע"ב, ד"ה שכיב מרע
15	רש"י שבוועת, כ"ד ע"ב, ד"ה אסמכתא
398	רש"י שבוועת, ל' ע"א, ד"ה שבוועת
276	רש"י חולין, י"ז ע"א, ד"ה אסרין
108	רש"י בבא בתרא, מ"ח ע"א, ד"ה דילמא
278	רש"י בבא בתרא, ק"ו ע"א, ד"ה יודשין
327	רש"י בבא בתרא, קל"ו ע"א (משנה)
327	רש"י בבא בתרא, קל"ו ע"א, ד"ה מוכיח
401	רש"י בבא בתרא, קל"ט ע"ב, ד"ה אשה
165	רש"י בבא בתרא, קמ"ז ע"ב, ד"ה נפלה
326	רש"י בבא בתרא, קמ"ז ע"ב, ד"ה מתנת
319, 317	רש"י בבא בתרא, קנ"ח ע"ב, ד"ה נפלו, אלו ואלו, בחזקת יודשי האם
276	ר"ן נדרים, ג"ה ע"ב, בשם הרב רבנו משה

276	תוס' עירובין, ל"ו ע"ב, ד"ה אלא
384	תוס' יבמות, ל"ט ע"ב, ד"ה אמר
125	תוס' יבמות, ס"ד ע"א, ד"ה יציא
328	תוס' יבמות, צ"ג ע"א, ד"ה קנייה
405	תוס' כתובות, מ"ז ע"ב, ד"ה זמנין
328	תוס' כתובות, ג"ה ע"ב, ד"ה ואין
111	תוס' כתובות, ס"ג ע"ב — ס"ד ע"א, ד"ה אבל
125, 121, 118, 117	תוס' כתובות, ע' ע"א, ד"ה יציא
162	תוס' נזיר, י"ב ע"א, ד"ה באשה
258	תוס' קידושין, כ"א ע"ב, ד"ה אשת
29	תוס' קידושין, ל"ב ע"א, ד"ה אורז

398	הלכות עדות, פרק ט', הלכה ב
217, 215	הלכות עדות, פרק י"ג, הלכות א' - י"ד
174	הלכות ממרים, פרק א', הלכות א' ב'
28	הלכות ממרים, פרק ו', הלכה ג'
258	הלכות מלכים, פרק ח', הלכה ג'

(ג) סוד

29	יו"ד, סי' ר"מ
122	אה"ע, סי' קנ"ד
385	אה"ע, סי' קנ"ז
279	ח"מ, סי' רע"ח

(ד) שולחן ערוך

29	יו"ד, סי' ר"מ, סעי' ה'
160	אה"ע, סי' א', סעיפים א', ח'
77	אה"ע, סי' א', סעי' ה'
169, 81, 78	אה"ע, (רמ"א), סי' א', סעי' ה'
380	אה"ע, סי' ח', סעי' ה'
160	אה"ע, סי' י"ב, סעי' ד'
398	אה"ע, סי' י"ד, סעי' ב', והגהת הרמ"א שם
398	אה"ע, סי' י"ז, סעי' ג'
257, 223	אה"ע (רמ"א), סי' כ"ו, סעי' א'
372	אה"ע, סי' כ"ז, סעיפים ג', ד'
372, 215	אה"ע, סי' מ"ב, סעיפים ב', ה'
217	אה"ע (רמ"א), סי' מ"ב, סעי' ה'
106	אה"ע, סי' ס"ט, סעי' ד'
379, 119	אה"ע, סי' ע"ג, סעיפים ה', ח'
406	אה"ע (רמ"א), סי' פ"ג, סעי' ס"ו
405	אה"ע, סי' פ"א, סעי' א'
11	אה"ע, סי' פ"ה, סעי' ב', והגהת הרמ"א שם
401	אה"ע, סי' צ"ג, סעי' ט'
431, 388, 165	אה"ע (רמ"א), סי' קי"ט, סעי' ו'
353	אה"ע, סי' קכ"ט, סעי' ה'
223	אה"ע, סי' קמ"ט, סעי' א'
390, 118	אה"ע (רמ"א), סי' קנ"ד, סעי' א'
119	אה"ע, סי' קנ"ד, סעיפים ג', ה'
125	אה"ע, סי' קנ"ד, סעי' כ"א
386, 353	אה"ע, סי' קנ"ז, סעיפים ד', ה'
384	אה"ע, סי' ק"ס, סעי' א'

400, 11	הלכות אישות, פרק ט"ז, הלכה א'
405	הלכות אישות, פרק ט"ז, הלכה ב'
384	הלכות אישות, פרק י"ח, הלכה ט"ו
401	הלכות אישות, פרק כ"ב, הלכה ז'
106	הלכות גירושין, פרק א', הלכה ב'
105	הלכות גירושין, פרק א', הלכה ט'
107	הלכות גירושין, פרק ב', הלכה כ'
398	הלכות גירושין, פרק י"ב, הלכות ד', ט"ו
384	הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה ב'
385	הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה ו'
383	הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה י"ג
382	הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה י"ד
391	הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה י"ט
244	הלכות איסורי ביאה, פרק א', הלכה ו'
244	הלכות איסורי ביאה, פרק ב', הלכה ה'
405	הלכות ערכין וחומין, פרק ו', הלכה כ"ח
275	הלכות תרומות, פרק כ', הלכות ט', י"א
274	הלכות בעשר, פרק א', הלכה ד'
278	הלכות בעשר, פרק ז', הלכה א'
278	הלכות שמיטה וייובל, פרק י"א, הלכה כ'
273	הלכות קרבן פסח, פרק ב', הלכה ה'
411, 287	הלכות בכורות, פרק ה', הלכה א'
328	הלכות בכירה, פרק ב', הלכה ט', והשגת הראב"ד שם
327	הלכות זביח ומתנה, פרק ג', הלכה א'
326	הלכות זביח ומתנה, פרק ח', הלכות ב', ח', ט"ו
326	הלכות זביח ומתנה, פרק ח', הלכה י"ז, והשגת הראב"ד שם
327	הלכות זביח ומתנה, פרק ח', הלכה כ"ו
327	הלכות זביח ומתנה, פרק ט', הלכה ט"ו
328	הלכות זביח ומתנה, פרק י"ב, הלכה ט"ו
186	הלכות נחלות, פרק א', הלכות א', ב', ג'
187	הלכות נחלות, פרק א', הלכה ה'
198	הלכות נחלות, פרק א', הלכה ז'
192	הלכות נחלות, פרק א', הלכה ח'
192, 187	הלכות נחלות, פרק א', הלכות י"א, י"ב, י"ג
318, 317	הלכות נחלות, פרק ה', הלכה ה'
319	הלכות נחלות, פרק ה', הלכה ו'
321	הלכות נחלות, פרק ה', הלכה ט'
409	הלכות נחלות, פרק ח', הלכה ב'
278	הלכות נחלות, פרק ו', הלכה א'
410	הלכות נחלות, פרק ו', הלכה ו'

29	ס"ו, יורה, ס"י ר"מ, ס"ק (ו)
81	ס"ו, אה"ע, ס"י ק"מ, ס"ק (י"ב)
107	מגיד משנה, רמב"ם הלכות אישות, פרק י"ד, הלכה ח'
386	מגיד משנה, רמב"ם הלכות יבום וחליצה, פרק א', הלכה ו'
320	מגיד משנה, רמב"ם הלכות נחלות, פרק ה', הלכה ד'
321	מגיד משנה, רמב"ם הלכות נחלות, פרק ה', הלכה ט'
329	מגיד משנה, על הרמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, פרק י"ב, הלכה י"ד
245	משנה למלך, רמב"ם הלכות יסודי התורה, פרק ה', הלכה ב'
162	משנה למלך, רמב"ם הלכות גירושין, פרק ו', הלכה ג'
81	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י א', ס"ק (ס"ו)
160	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י י"ב, ס"ק (ו)
223	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י ב"ו, ס"ק (ב)
215	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י מ"ב, ס"ק (י"א)
105	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י ק"מ, ס"ק (ו)
353	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י קנ"ו, ס"ק (ג)
384	פתחי תשובה, אה"ע, ס"י קס"ה, לסעי' א'
405	קצות התושן, חו"מ, ס"י ק"ו, ס"ק (ו)

(ו) שאלות ותשובות ותיבורים אחרים

245	ר' אליהו מזרחי, ס"י נ"ט
122, 114	הרא"ש, כלל ל"ה, ס"י א'
120, 109, 105	הרא"ש, כלל מ"ב, ס"י א'
121, 119	הרא"ש, כלל מ"ב סימנים א', ב', ג'
114, 113	הרא"ש, כלל מ"ב סימנים ו', ח'
409	הרא"ש, כלל פ"ה, סימנים ה'—ו'
166, 164	באר משה, חלק אה"ע, ס"י ה'
165, 161	בית שלמה, חלק אה"ע, ס"י צ"ה
165	כרכת רצה, ס"י ק"ט
215	הרדב"ו, חלק ד', ס"י אלף שע (רצ"ח)
122, 116	חוס המשולש, סוד שלישי, ס"י ל"ה
123	ר' חייא רוסא, ס"י כ"ד
118	חכם צבי, ס"י קל"ג
161	חתם סופר, אה"ע, חלק א', ס"י ד'
164	חתם סופר, אה"ע, חלק א', ס"י י"א
109	חתם סופר, אה"ע, חלק א', ס"י קס"ו
119	חתם סופר, אה"ע, חלק א', ס"י קל"א
258, 257	הריב"ש, ס"י ר'
123, 117	הריב"ש, ס"י קכ"ו
410	הריב"ש, ס"י שכ"ד
215	מהר"י וייל, ס"י ז'

317	אה"ע, ס"י קס"ג, סעיפים ו', ח'
391	אה"ע, ס"י קס"ד, סעי' א'
384	אה"ע, ס"י קס"ה, סעי' א', והגהת הרמ"א שם
215	חור"מ, ס"י ל"ג, סעיפים ב'—ט'
216	חור"מ, ס"י ל"ד
398	חור"מ, ס"י ל"ה, סעי' י"ד, והגהת הרמ"א שם
329	חור"מ, ס"י ס"ה, סעי' י"ד
278	חור"מ, ס"י קע"ה, סעי' ג'
328	חור"מ (רמ"א), ס"י קצ"א, סעי' ד'
328	חור"מ (רמ"א), ס"י קצ"ה, סעי' ה'
328	חור"מ, ס"י קצ"ו, סעי' ז'
16	חור"מ, ס"י ר"ה, סעי' ס"ו
327	חור"מ, ס"י רמ"א, סעי' א'
326	חור"מ, ס"י ר"ג, סעיפים א', ד', ז', ט'
327	חור"מ, ס"י ר"ג, סעי' ב'
326	חור"מ, ס"י רנ"ב, סעי' א'
329	חור"מ, ס"י רנ"ז, סעי' ז'
328	חור"מ, ס"י רנ"ח, סעי' כ'
279	חור"מ, ס"י רע"ח, סעי' ח'
320	חור"מ, ס"י ר"פ, סעי' י'
410	חור"מ, ס"י ר"צ, סעיפים א', ב'
409	חור"מ (רמ"א), ס"י ר"צ, סעי' א'

(ה) נושאי כליהם של הרמב"ם, הסוד והשולחן ערוך

158	באורי הגר"א, אה"ע, ס"י א', ס"ק (כ"ט)
407	באורי הגר"א, אה"ע, ס"י ס"ט, ס"ק (ו)
328	באר הגולה, חור"מ, ס"י דנ"ח, ס"ק (ד)
158	באר היטב, אה"ע, ס"י א', ס"ק (כ)
353	באר היטב, אה"ע, ס"י קנ"ו, ס"ק (ג)
328	באר היטב, חור"מ, ס"י קצ"א, ס"ק (ו)
279	באר היטב, חור"מ, ס"י רע"ח, ס"ק (ס"ו)
161	בית, סוד אה"ע, ס"י ק"מ
29	בית יוסף, סוד יורה, ס"י ר"מ
166	בית שמואל, אה"ע, ס"י א', ס"ק (כ"ג)
217	בית שמואל, אה"ע, ס"י מ"ב, ס"ק (כ"ב)
407	בית שמואל, אה"ע, ס"י ס"ט, ס"ק (ג)
217	חלקת מחוקק, אה"ע, ס"י מ"ב, ס"ק (י"ז)
407	חלקת מחוקק, אה"ע, ס"י ס"ט, ס"ק (ו)
165	חלקת מחוקק, אה"ע, ס"י ק"מ, ס"ק (ז)
406	ט"ו, יורה, ס"י רל"ד, ס"ק יס"ג

מפתח העניינים

(לחלק ראשון)

30	אבהות, האם עניין של המעמד האישי
195	"אב" ו"בן": בבית הדין הדתי — לפי החוק הדתי
105	"אב" ו"בן": בבית המשפט האזרחי (לגבי ירושה) — לפי חוק התובע
244	אדם הנתון לשלטונם של שני חוקים לאומיים
(88) 123	אונס מאסר
(88) 123	אונס ממון
221	אזרחות ארץ-ישראלית כמכניסה לספירת משפט חדשה
220, 221	אזרחות ארץ-ישראלית כמכשירה למפרע את הנישואין
87, 88	אזרחות כפולה
87, 88, 338	אזרחות כפולה, ארץ-ישראלית וזרה: נתין זר
338	אזרחות כפולה, שתיהן זרות: החוק הלאומי האפקטיבי
262, 263	אזרחים ארץ-ישראליים המתגרשים בבית המשפט המחוזי, לפי איזה חוק?
261	אזרחים ארץ-ישראליים יכולים להתגרש בבית המשפט המחוזי
277, 278	אחין שחלקו, אם טרשין או לקוחות
(58) 243	איזה "חוק לאומי" יועדף כאשר כל אהנו מכשיר טכס וישואין שונה
247, 248	אין ידם יכול להיות בעל שתי לאומיות (השקפה ישנה)
223	"אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"
254	אין אשה נשואה לבעל "רוק"
118, 120, 124	"איני זן ואיני מפרנס"
247	אין לאדם אלא דומיטיל אחד
339	אין נישואין לתצאין (משמעות)
271	אין פעולה חפצית כדבר שאינו מסוים
152, 153, (153) 154	אכסטרטוריות של עבירת הביגמיה באנגליה
17—27	אלימוני ומיינסנס
17, 18	אלימוני ומיינסנס לפי פסק דין אלפרט
18, 19, 20	אלימוני ומיינסנס לפי פסק דין דוד
20, 21, 22, 23, 24	אלימוני ומיינסנס לפי פסק דין דוונבוים
24, 25, 27	אלימוני ומיינסנס לפי פסק דין דוונבאום (בית הדין המיוחד)
249, 250	אמנת האג 1930
113, 115, 116	אמתלאות לדבריה (בטעות "מאיש עלי")
(27) 15	אסמכתא
30, 35, 36, 46, 47	אפוקרופסות
251—255	אקט הנעשה ע"י זר אינו, בהכרח, בעל תוקף לגבי אקסים מאחרים
251	אקט כשד הנעשה על ידי נתין זר עומד בתקפו
243	אשה אחת זשני בעלים?
265, 266	אשה הנשואה לבעל-שאינו נשוי לה
120	"אשה שבעלה מצער-אותה הרבה"

166	ר' יוסף קארו, סי' י"ד
223	יחזה דעה, סי' י"ח
405	מהרי"ט, חלק א', סי' ה'
120	מהרי"ט, חלק א', סי' ק"ג
386, 353	מהרי" מיניץ, סי' י"ב
169	מהרי"ק, שורט פ"ד
407	רבנו ידוהס, ספר מיטריט, נתיב כ"ג, חלק חמישי
160	כל בו, סי' ק"ז
122	הרמ"א, סי' ל"ז
122	הרמ"א, סי' צ"ו
430	מאמר מודני, מהדורא קמא, סי' ק'
122	המב"ט, חלק א', סי' ע"ו
16	המב"ט, חלק ב', סי' כ"ד
16	המב"ט, חלק ג', סי' קמ"ב
114, 112	המיוחדות להרמב"ן, סי' קל"ח
430, 160, 105, 78, 77	מהר"ם מיניץ, סי' ק"ב
160, 78, 77	מהר"ם פאדיה, סי' י"ד
160, 77	מהר"ם ריסנבורג, סי' קנ"ב
117, 111	מהר"ם ריסנבורג, סימנים של"א, של"ב
158	הר"ן, סי' מ"ח
163, 161	נודע ביהודה, מהדורא קמא, חלק אה"ע, סי' ג'
432	נודע ביהודה, מהדורא קמא, חלק אה"ע, סי' ע"ה
16	נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חלק ח"ד, סי' קמ"ח
166	נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חלק אה"ע, סי' צ'
431	נודע ביהודה, מהדורא תנינא, חלק אה"ע, סי' קכ"ט
164	ר' עקיבא אינר, מהדורא תנינא, סי' ע"ג
386	שאלת יעבץ, סימנים כ"ח, ל'
386	שאלת יעבץ, סי' כ"ט
159	"שאלת יעבץ, חלק שני, סי' ט"ו
120	הש"כ"ן, חלק ב', סי' ח'
117, 114	הש"כ"ן, חלק ב', סי' רנ"ו
115	הרשב"ט, סי' צ"ג
410	מהרש"ם, חלק חושן משפט, סי' ש"ב
409	מהרש"ם, חלק חושן משפט, סי' תל"ד
386	שמן רוקח, אה"ע, סי' י"ג
410	שערי עזראל, חלק א', שער ח', פרק ב'
408	שערי עזראל, חלק א', שער י"א, פרק א'
412	שערי עזראל, חלק א', שער י"ג, פרק ה'
165	תפארת צבי, סי' מ"ב
257	תרומת הדשן, סי' ר"ט

בתי־דין נוצריים (סמכותם) 40
 בתי־דין עדתיים (סמכותם) 134
 בתי־דין עדתיים ופסק דין של הפקעת נישואין 134
 בתי־דין רבניים (סמכותם) 40
 גוף מהיום, פירות לאחר מיתה 328
 גט בעל כורחה (87) 78, 105
 גט לפי החוק הצ'כוסלובקי 219
 גט מעושה על ידי נכרים 108, 109, 121, 123
 גט : אותיותיו אנטיפסיות 108, 123
 גט : מקצתו דקלרטיבי מקצתו קונסטיטוטיו (27) 104
 גט : נוסחו 104
 גט : שורש המלה 104 (27)
 גילוי עדיות — יהרג ואל יעבוד 245
 גירושין אזוריים בארץ־ישראל 259, 260
 גירושין בגט המושלש לאחר שנשתפית 161, 162, 163, 164, 165
 גירושין בדיני ישראל : אינם "פסק" 96, 97
 גירושין בדיני ישראל (טיבם) 96, 97
 גירושין : חווה ? 56, 97, 106
 גירושין : רק מרצון הבעל 106
 גישה חדשה לכשרות הנישואין הפוליגמיים 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144
 גליק (הלכת) 50, 51, 52, 53
 גרושה אורחית שנישאה ליהודי ישראלי בישראל 251, 252, 253, 254, 255
 דבר נישואין 11, 12, 13
 דוגמאות לסדר הפטירות לפי דיני ישראל 315—317
 דיני ישראל בבית המשפט האורחי 5, 6
 דיני הגירושין באנגליה חוק חרות 260
 דיני ישראל (לגבי סדר הפטירות) : אחד ודאי, השני ספק —
 אין ספק מוציא מידי ודאי 314
 דיני ישראל (לגבי סדר הפטירות) : אחד קרוב למנוח, השני קרוב לכן וזוג
 של המנוח — ייתנו הנכסים לקרוב הראשון 314
 דיני ישראל (לגבי סדר הפטירות) : אחד קרוב למנוח, השני קרוב לקרובו
 של המנוח — ייתנו הנכסים לקרוב הראשון 315
 דיני ישראל (לגבי סדר הפטירות) : שניהם "ספיקות" — יחליקו 314
 דיסקרציה של זקן השופטים 85, 86
 דעה הרווחת (לגבי סדר הפטירות) : סעיף 184 חל על כל פטירה בה לא הוכח
 כי אחד האריך ימים יותר 297, 298
 דרגא ראשונה 188—194
 דרגא שניה 191—199

באה מחמת טענה 118
 בסילת נישואין 13
 "בטלים מעיקרא" 93, 94
 בינמיה (תנאי העבירה) 77, 78
 ביטול נישואין של ארץ־ישראל המסקיף למטרע את אורחותו 128, 129, 130
 בית דין אקלואסטי 216
 בית דין דתי דן על סי החוק הדתי 172, 219
 בית דין דתי, האם קשור בהלכת רס יודיקסא 343
 בית דין רבני אינו מוסמך לגבי לא־חברים
 בכנסת ישראל 64, 65, 66, 212, 220, (24) 220
 בית הדין הדתי אינו קשור בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי 175
 בית המשפט המחוזי אינו יכול לאשר צוואה מסולה בדיני ישראל
 מבחינת הכושר 324, 325
 בית משפט מחוזי, היכול לאשר צוואה כלתי הוריה 330
 בן כלי דת 38, 39, 259, 261
 בני זוג בני דתות שונות 340
 בני זוג בעלי חוקים לאומיים שונים 339, 340
 בני מוריש ארץ־ישראלי שהמירו את דתם 266
 בן עדה וחסר עדה 38, 39
 בן עדה שהמיר (1) 32
 "בן", "צאצא", "בעל" לפי חוק התובע 264
 "בעינא חוסרא לידא ומרה לקבורה" 118
 "בעל" ו"אשה" כמובן חוק הבינמיה 236
 "בעל" ו"אשה" : בבית הדין הדתי — על סי החוק הדתי 195
 "בעל" ו"אשה" : בבית המשפט האורחי (לגבי ירושה) — על סי חוק התובע 195, 197
 בעל לאומיות כסולה 241
 בעל פוליסוט (72) 118, 119, 120
 בעל רועה זונות (75) 118
 ברירה ודטרמיניסמט סילוטוסי 272
 ברירה : הסקר 275, 276
 ברירה : חלוקת ירושה 277, 278
 ברירה : כתיבת גט 272, 273, 274, 276
 ברירה : לקט שכחה וסאה 275, 276
 ברירה : עירובי תחומין 276
 ברירה : קרבן סטח 273, 274, 276
 ברירה : קריאת שם על תרומות ומעשרות 274, 275, 276
 בתי־דין מושלמים (סמכותם) 32, 39
 בתי־דין מושלמים : הסמכות הרחבה ביותר 32
 בתי־דין מושלמים : מוגבלת לבעלי דין שהם כולם מושלמים 32
 בתי־דין מושלמים : מושלמי ולא מושלמי, הסמכות לבית המשפט האורחי 33, 34
 בתי־דין מושלמים : מושלמי ולא מושלמי, סמכות זקן השופטים 34, 35, 36, 37

256	התנגשות בין שני חוקים דתיים
76—82	התרת נישואין שניים
216	התדכרות של נישואין
300, 301	ודאי יורש, וספק יורש
95, 96, 97, 101, 127, 134	וולקנברג (הלכת)
(157) 281, 281	ויתור היורש, כמוסד קיים, באחד החוקים
284	ויתור יורש אחד לסובת משנהו — אין
207, 208	ויתור לפי החוק הגרמני
207, 208	ויתור, מי בא במקומו של המותר
207, 283	ויתור עוקר את הירושה למפרע
207, 281, 282	ויתור על ירושה
285	ויתור על נכס מסויים: רק באמצעות העברה
207	ויתור, פרשה סתומה במשפט הארץ-ישראלי
282	ויתור: החלטי, בלתי מותנה
285	ויתור: צורה
170, 171	זוג מעורב (נתין זר עם א"י)
170, 171	זוג מעורב: היש צורך בהסכמת האורח הא"י
138, 139, 140	זכויות ירושה בנישואין פוליגמיים
268, 269	זכות הירושה של ילד טבעי לפי החוק הצרפתי
222, 224	זמן המעשה קובע את הכשרות
233, 234	זמן הקובע את החוק הלאומי
331, 332, 333	זמן הקובע את כשרות הצוואה
338	זמן הקובע כשרות האקס: החוק הלאומי של יום המעשה
332	זמן הקובע כשרות הצוואה, מכחינת הצורה
327, 328	"זמנו של שטר מוכיח עליו"
261	זקן השופטים, לפי סימן 55, היכול לקבוע את הדין
62—76	חברות בכנסת ישראל
278	"חד בר חד עד יהושע בן גון"
	חרומוניות של הפטירוח על פי הקומון לאו, היא צורת פתרון לבעיה
311	בלתי פתירה
166	חובת גידושין לאחר שנשתפית
291	חוסר אפשרות פיזית כי שני אנשים ימותו כרגע אחד
224	חוק אזרחי הקובע תחומי שלטונם של הדיינים העדתיים
211, 212	"חוק אישי" במובן סימן 47, דבר המלך
212	חוק אישי לגבי אזרח ארץ-ישראלי בן עדה מוכרת
213	חוק אישי לגבי נתין זר
238, 239	חוק דתי כחוק אוניברסלי
219	חוק דתי מהול בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי

199—200	דרגא שלישית
188—210	דרגות הירושה
242	דת היהודית מיוחדת לעם ישראל
161, 165	הבטחת המזונות בעת מתן "היתר"
77	"הגנה טובה" (כלפי אישום בינמית)
315, 320	"החוקה נחלה באותו שבט"
193, 194	הודה משותף אחד — תנאי לייצוג
292	הורים זקנים
195	הורים שאינם נשואים זה לזה
158, 166	"היתר" אינו אקס של גירושין
136, 137, 158	"היתר" אינו כורת את הקשר
165	"היתר" אינו פוסל ממזונות
79, 80, 168	"היתר" — החלטה שיפוטית
77, 169	"היתר" — לבגי זרים
125—170	"היתר" ליהודי זר (לפני 1947)
169	"היתר" ליהודי זר (אחרי 1947)
79, 80, 167, 168	"היתר" — עניין נישואין
236, 237	הלכת הרשנהורן לעומת הלכת סקורניק
257	הלכת סקורניק אינה מלמדת על התנגשות חוקים בין-דתית
49, 50, 51, 52, 53, 54, 55	הסכמת ההורים לסמכות
40—44	הסכמה לסמכות במקרי סמכות מקבילה
55, 56, 57	הסכמה לסמכות: במקרה החזקת ילדים
46, 47, 48, 49	הסכמה לסמכות: במקרה קטינים
41, 42, 43, 44	הסכמה לסמכות: האם דופכת את הסמכות ליחודית
45	הסכמה לסמכות: צורת ההסכמה
278	הסתלקות מירושה בדיני ישראל אחרי נפילתה
278, 279	הסתלקות מירושה בדיני ישראל מחלק הבכורה
240	העדפת אותו "חוק לאומי" המכשיר את הנישואין
(23) 219	"העמדה"
336	הפנייה לחוק הדתי
336	הפנייה לחוק מקום המושב
336	הפנייה לחוק מקום המעשה
336	הפנייה לחוק מקום המצא הנכסי ולא ניודי
91—95	הפקעת נישואין
92	הפקעת נישואין (הגדרה)
91, 92	הפקעת נישואין של נתין זר
95—99	הצהרת תוקף גירושין
233—237	הרשנהורן (הלכת)
161, 162, 163, 164, 165, 166	השליש הגט כתנאי ל"היתר"
161	השליש הכתובה כתנאי ל"היתר"

241, 242 טיבם של דינים דתיים מוכרים
 סגנונים (הלכת) 219, 220, 221, 222
 "סעם מבורר להיתר" 160, 161
 יוציא ויתן כתובה 117, 118
 יורשים זרים לפי החוק הרומאי 270
 יורשים מרצון ויורשים מוכרחים לפי החוק הרומאי 269
 יורשים שמקור ירושתם הוא יחד מאחד 205, 206
 יחם מיוחד לנישואין "יהודיים" 145, 146, 147
 ייצוג 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 197, 199, 203, 204
 ייצוג לפי גזעים 189, 190
 ייצוג: לא ביאת כוח אלא פיקציה 198
 ילד בלתי חוקי 197, 198
 ילד מאומץ 196, 197
 ילד שנוגד מחוץ לנישואין 195, 196, 197, 198
 ילד שנוגד מן הפנוייה, על פי דיני ישראל 198
 ירושה בבית הדין הדתי 181, 182
 ירושה בבית המשפט האזרחי 263
 ירושה בקבר 187, 191, 192
 "ירושה בקבר" לעומת ייצוג 199
 ירושה מושלכת 270
 ירושה מושלכת איננה בחוק הארץ־ישראלי 281
 ירושה קוגנאטית (26) 188
 ירושת בני הווג 203
 ירושת הבעל לאחר ה"היתר" 165
 ירושת מידי 182
 "יש כרירה" או "אין כרירה" 270—278
 כופין אותו להוציא 106—122
 כופין אותו עד שיאמר רוצה אני (הטעם) 107, 108, 109
 כושר הנישואין נידון לפי חוק הדומיסיל 7, 137
 "כושר לעשות צוואה": בכלל או צוואה זו 323, 324, 325
 כללי דיני ישראל בנוגע לסדר הפסידות; האכמכתאות להם 317—320
 כללי הראיות הנ"ל מחייבים לגבי "עדי קיום" 214, 215, 216
 "כל מילתא דלא מצד עבד השתא וכו'" 163
 כללי ראיות של הדין הדתי אינם מחייבים את בית המשפט האזרחי 213, 214
 כללי ראיות של הדין הדתי אינם מחייבים וכו' (סעמו של דבר) 214, 215
 כשרות הצורה גידונה לפי חוק מקום העדיכה 7
 כשרות גישואין המתעוררת אגב אורחא 239, 336
 "לא היה בלתי כשיר לערוך צוואה": צוואה סתם 323
 לאומיות האמקסיבית 248, 249, 250

חוק הגירושין האנגלי אינו מוחל מכוח סימן 46 260
 חוק הדתי אינו קובע אם התובע זכאי לרשת 268
 חוק הדתי קובע רק את הקרבה והיחס 268
 חוק הלאומי של נתין זר 335
 חוק הלאומי: חוק מדינת הנתינות 335
 "חוק הנישואין" (הגדרה) 81
 "חוק הנישואין" לגבי אישום ביגמיה 77, 81, 82
 "חוק הנישואין" שלפיו נישאו 259, 260, 262, 263
 חוק העותומני 182—210
 חוק העותומני לעומת החוק הגרמני 207, 208, 209, 210
 חוק העותומני: שיטה פרנסלית, מוגבלת, יחסית 187, 188
 חוק הקובע: השורר על הצדדים בעת עריכת הנישואין 221
 חוק הקובע: של התובע או של הנתבע 130
 "חוק התובע" של מי: של המיוצג או של המייצג 197, 198, 199
 חוקו האישי של בן־בלי־עדה 260, 261
 חוקו האישי של המנוח המוריש (לגבי סדר הפסידות) בניגוד לחוקו של התובע 313, 314
 חוק יום המוות קובע כשרות הצוואה, הן מבחינת הכושר והן מבחינת הצורה 333
 חוקיות הילדים בנישואין פוליגמיים 140
 חוק חילוני שהוספה לבית הדין הדתי 172, 173
 חוקים אישיים, זר ומקומי, הנושקים אהודי 212
 חוק לאומי ללא כללי הפנייה 337
 חוק ללא כללי הפנייה, התמצלות בין הקומון לאו והחוק הארץ־ישראלי 337
 חוק מסריאלי בבית הדין הדתי 172
 חוק מסריאלי בענייני המעמד האישי 172, 344
 חזקת הפימולסניות פועלת, באין ידיעה חי מת קודם, גם באשר ידוע כי לא מתו בשעה אחת 321, 322
 חזקת הסימולטניות סיקציה בלתי מציאותית, כדי למנוע הסבת הנחלה 321, 322
 "חסיפת" כמכות על ידי הכללת העניין בדבר של סמכות ייחודית 344
 חלוקת הזמן עד אין סוף — מושג "מתפסי" 293, (184) 294
 חלוקת נכסי מירי — חוק סדיטוריאלי (2) 3
 חלוקת סמכויות לפי דבר המלך 32—171
 חסד חלוקת עובדן לאשה על פי חוק שאינו מכיר בנישואין 265
 חסד נתינות (חוקו האישי) 100, 223, 233, 332, 333, 334
 חסד נתינות: נתין זר 89, 233, (48) 237, 334
 חרם דרבינו גרשום (86) 77, (87) 78, (89) 78, 105
 חרם דרבינו גרשום גושפנקא להשקפה מוסרית קיימת 159, 160
 חרם דרכינו גרשום (סעמו) 158, 159
 חרם דרכינו גרשום (לשון התקנה) (166) 160, 160
 חרם וידרושלים 218
 "סוב יום המוות מיום העשייה" 333

לא־חבר, חוקו המטריאלי 80, 128
 ללא כללי הפנייה, וזה החוק הלאומי עם החוק הפנימי של המדינה הזרה 337
 "לפי שאינה בשכוייה וכו'" 110
 "מאה אנשים מן שלש קהילות ומן שלש ארצות" 160 (168) 161
 "מאה רבנים" 161 (168)
 "מאסי עלי" 110—117, 122, 123
 "מדינה שלישית" לגבי כפולי נתינות 354, 355
 מדינות שאישרו אמנת האג 1930 250 (77)
 "מהות הקשר" לפי חוק מקום העריכה 144
 "מהיום ולאחר מיתה" 327, 328
 מונוגמיות או פוליגמיות: לפי מהות הקשר 144
 "מורדת" כיורשת 267, 268
 מושלמיס, האם הם "עדה" 32, 33, (4) 33, 35
 מושלמים זרים 132, 133
 מושלמים זרים נתיני מדינה "חילונית" 133, 134
 מוונות הורים 27—29
 מוונות הורים בדיני ישראל 27, 28, 29
 מוונות הורים, האם עניין של המעמד האישי 29
 מטרה המצומצמת אשר למענה מעדיפים את המשפט העברי 240, 243
 "מי האריך ימים יותר": ידוע שאחד מהם האריך, או לא ידוע כלל 292—298
 "מלאכים העורכים תרגיל קפיצה על חודה של מחט" 293
 מניעות לגבי שאלת החברות בבנות 73, 74, 75, 76
 מעושה במקרה של טפיקא דינא 109
 מעושה בדין, שלא כדין 108, 121, 123
 מעמד אישי: "דיונים" 9, 10
 מעמד אישי: "דין" פונקציה של "דין" 5, 6
 מעמד אישי: מובנו וטעמו 3
 מעמד אישי: מעמדו המיוחד 3, 4
 מעמד אישי: גומרוס קלאוזוס 3
 מעמד אישי: פירוש מונחיו בכלל (מיון) 6, 7, 8
 מעמד אישי: שוני מין לעומת שוני דין 8
 "מעשה בית דין" לגבי פסיקה אינצידנטאלית 340—343
 מעשה ידע 13
 "מצוה לשמוע דברי חכמים" 108
 מקדש בפסולי עדות 215
 מקדש לפני ען אחד 218
 מקדש שלא בעדים 215
 מקום המושב קובע את הכושר 7, 255
 מקום המעשה קובע כשרות הצורה 7, 175, 228, 229, 255
 "מקום עמידה" של התובע כיורש 300, 301

משנה דהמויד 119
 משפט בינלאומי פרטי קודם למשפט הפנימי 230
 משפט העברי — דת־לאומי או לאומ־דתי 242
 משפט העברי "כחוק לאומי" של יהודי זר 240, 241
 משפט העברי לעומת "החוק הלאומי" 240
 משפט העברי — משפט דתי (פיינברג ודייקן) 241, 242
 משפט העברי — משפט לאומי (אגרנט) 240, 241
 משפט וינג (סדר הפטירות) 289, 291
 "משפט מלטאי" 7 (10)
 משפט מלטה 7
 משפטי פסי (סדר הפטירות) 292—298
 משפט פלילי לעומת משפט אזרחי 236
 משפט קנווארו 249
 "מתה אשתו מתוך קטטה" 165
 מתו במעמד אחד 303, 304
 "נוגע בדבר" לעומת "צד לדין" 40, 41
 "נוגעים לנתינים זרים" 90, 91
 "גומרוס קלאוזוס" לגבי כפיית גט 119, (87) 122
 ניאוף בעילת גירושין לפי החוק האנגלי 260
 נישואי ביגמיה לפי החוק הצ'כוסלובקי 220
 נישואי בני זוג כני דתות שונות 340
 נישואי בני זוג בעלי חוקים לאומיים שונים 339, 340
 נישואי בני נח לעומת נישואי "ישראלים" 258
 נישואי יהודי ולא יהודיה 93, 94
 נישואי כפל יהודיים אינם מונוגמיים 147, 148, 149, 150
 נישואין דתיים תחת שלטון הנאצים 237, 238
 נישואין דתיים שנערכו ברוסיה 233
 נישואין (הצהרת בטילותם) 13
 נישואין (הצהרת תקפס) 10
 נישואין וגירושין 10—14
 "נישואין יהודיים" 145, 146, 147
 נישואין יהודיים הם מונוגמיים 147
 נישואין כשרים רק כאשר כל אחד מבני הזוג כשר לנישואין 252
 נישואין מונוגמיים (הגדרה) 137
 נישואין "נוצריים" 137
 נישואין על פי דין תורה שנערכו בחו"ל 239, 240
 נישואין פוליגמיים 137
 נישואין פוליגמיים בטלים (השקפה ישנה) 138, 141, 142
 נישואין פוליגמיים ונישואי כפל 140
 נישואין (קביעת האקט) 14

303, 304, 305 סדר הפטירות לפי משפט פרובלכסקי .
 סדר הפטירות, קומון לאו: המוציא מתכרו עליו הראיה 289
 סדר הפטירות של גרמנים שנהרגו באנגליה: לפי החוק הגרמני 306, 307
 סדר הפטירות, שתי שיטות: תור קבוע או חד־זמניות 286, 287
 סדר הפטירות: חד־זמניות מונעת הסכת הנחלה ממשפחה למשפחה 287
 סדר הפטירות: חלק של החוק המהותי הוזל על אותו עובון 305
 סדר הפטירות: לפי החוק הלאומי של המוריש 305
 סדר הפטירות: מבחן סעיף 184, אקט הקניינים 1925 288, 291, 292
 סדר הפטירות: מי מת תחילה 285—286
 סדר הפטירות: סעיף 184, הוראה טובסטנטיבית או כלל של ראיות 298, 299, 303, 306, 307, 309
 סדר הפטירות: תור קבוע, יותר מציאותי 287, 288
 סדר הפטירות: תור קבוע לפי גיל, לפי מין 286, 287
 סוג יורש שהוא יצור ביניים 268, 269
 סטייה כחריגה מסמכות 172, 174
 סטייה מן החוק האזרחי על ידי בית הדין הדתי 172—174, 175, 176
 סטייה מן החוק הדתי על ידי בית הדין הדתי 173, 174
 סטייה מעקרון חוק הדומיטיל לגבי זדים (טעמה) 335
 סיום הדבר על ידי מאורע עתיד באמצעות "ברירה" 271, 272
 סימן 46 הוראה מקבילה לסימן 47 227
 סימן 46 מופנה לבתי המשפט האזרחיים 232
 סימן 47 אינו מפנה לסימן 46 דבר המלך 227
 סימן 47 מפנה לבתי המשפט האזרחיים 232
 סימן 47 מופנה לסימן 46 של דבר המלך 225, 226
 כמבות מקבילה 40
 סמכות מקבילה: אינה לגבי בית דין דתי מושלמי 133
 "ספק בן תשעה לראשון, ספק בן שבעה לאחרון" 301
 "ספק ויבם שבאו לחלוק בנכסי סבא" 317, 319
 סקורניק: ההבדלים בין שלושת פסקי הדין 227—232
 סקורניק (הלכת) 222—232
 סקורניק: לא נעשה בו שמוש ישיר בסימן 64 (2) דבר המלך 226, 228, 229, 233
 עדה חסרת ילדים 68, 69
 עדה מושלמה, האם "עדה" במובן דבר המלך 33, (4) 33, 34, 83, 84
 עדות דתית שונות 82—85
 עדות דתיות שונות (סמכות זקן השופטים) 83, 84
 עדות "רשע" 216
 עדים הקובין זה לזה 215, (7) 215
 עדי קיום 214, 215, 218
 "עיניה נתנה באחר" 111, 114
 עיקר וספל 57—62

235, 236, 237, 238 נישואין שנערכו בחוץ לארץ שלא בהתאם לחוקי המדינה
 "נכסים בחזקתן" 315
 נכס' מלוג 10, 11, 12
 נכפה 109, 110, 120, 121
 נכרי שנשא נכרית ונתגיירו וכו' 257
 נעדרים, סמכות בית הדין הרבני 48, 49
 נפילת הירושה 269, 279
 נפילת הירושה בדיני ישראל 272, 277—278
 נפילת הירושה בדיני ישראל כשיש יורש אחד 277
 נפילת הירושה בדני ישראל כשיש יותר מיורש אחד 277, 278
 נפילת הירושה לפי החוק העותומני 280—285
 נפילת הירושה לפי החוק העותומני: בשעת מוח המוריש 280, 281
 "נפל הבית עליו ועל אמו" 319, 321
 "נפל הבית עליו ועל אשתו" 319, 320
 "נראה" ו"ראוי" אם זהים או לא 272
 "נשו" במובן אקט העבירות נגד האדם 151, 152, 153
 נשיא בית המשפט העליון במקום "זקן השופטים" 39
 נשתתית 81, (97) 81, 135, 158
 נתונים לביטול 93
 נתינותו של המוריש קובעת 91
 נתינות זוה הנוצרת למפרע עקב ביטול הנישואין 93
 נתינות כפולה 87, 88
 נתין זר (הגדרה) 87, 88, 89
 נתין זר (סמכות) 89, 90
 נתינים מעורבים בנוגע לצורת הטכס 246, 247
 נתינים מעורבים בנוגע לשאלת הכרשד 247
 "סבא ויבם בנכסי ספק" 318, 319
 "סבא וספק בנכסי יבם" (227) 318, 318, 319
 סב וסבה שאינם נשואים 201
 "סדר הזקנה" לפי החוק האנגלי 309
 סדר הפטירות 285—322
 סדר הפטירות (אסכולות שונות) 286, 287
 סדר הפטירות במשפט סקוטי: באין ראה — נלקח העובון על ידי הכתר 311
 סדר הפטירות לפי דיני ישראל: אין צורך בסכנה משותפת או מאורע אחר 321
 סדר הפטירות לפי החוק האנגלי החרות 288
 סדר הפטירות לפי החוק הנרמני 287
 סדר הפטירות לפי החוק הרומי־צרפתי 286, 287
 סדר הפטירות לפי הקומון לאו 288, 289, 303, 304, 310, 311
 סדר הפטירות לפי חוק הדומיטיל של המנוח 308
 סדר הפטירות לפי משפט בורשסיין: הדעות השונות 299, 300, 301, 302, 303

צוואה הולוגרפית לפי החוק הנרמני 332
 צוואה — יצור "אמבולטור" 333
 צוואה ניוונת משתיקתו של המצוה 333
 צוואה כשרה לפי החוק האישי, וסעיף 12 של פקודת הירושה 325
 צוואה פסולה לפי דיני ישראל מבחינת הצורה 324
 צוואת בריא 325
 צוואת בריא: אינה תופסת אלא אם כן הוקנה הגוף מחיים 327
 צוואת בריא: אינו יכול לחזור בו 329
 צוואת בריא: צריכה קנין 327
 צוואת שכיב מרע 325
 צוואת שכיב מרע: אינה צריכה קנין 326
 צוואת שכיב מרע: אינה קונה אלא לאחר מיתה 326
 צוואת שכיב מרע: יכול לחזור בו 327
 צרת הפיצול לא נפטר ממנה, אלא אם כן תבוטל לגבי יהודים
 הוראות סימן 64 (2) של דבר המלך 256

 קאואס (הלכת) 9, 46, 47, 55
 קביעת הסוג או האופי 263—269
 קביעת הסוג והאופי לפי חוק התובע 263, 264
 קביעת העובדות ענייניו של בית המשפט 214
 קלסיפיקציה 6, 7, 8
 קלסיפיקציה לגבי החלת החוק בסדר הפסירות 307, 308
 קנס בשידוכין 15, 16
 קרבת דם בצרוף הברה חוקית 264
 קרבת דם (לגבי יצוג) צריך שתהיה אחידה 193, 194
 קרבת חיתון: אין בה יצוג 193
 קרובי דם וקרובי חיתון לגבי סדר הפסירות 286
 קרובי האב וקרובי האם 217
 קשמי המיווג של חוק דתי וחוק אזרחי 211

 ראיות כבית המשפט האזרחי 212, 213, 214
 רשקוביץ (הלכת) 323, 324
 רשקוביץ מוגבל לעניינים של צורה 324

 שאלה אינצידנטלית 212, 215
 שאלת סדר הפסירות מתעוררת כאשר הזכות הנטענת היא
 לנכסים שירש המוריש מאדם אחר 285
 שתיין ירושה לזכרים ונקבות 189, 190
 שוני בין צוואה ופעולות משפטיות אחרות 333
 שידוכין 14—17
 שידוכין לפי דיני ישראל 15, 16

עיתים שוטה עיתים חלומה 81 (97)
 ענין התלוי ועומד 343, 344
 עקירה למפרע על ידי ותורה, תוצאה של מידיות הנפילה 283
 עקרונ המיידיות בירושה 280

 פגיעה בעיקרי הצדק הסבעי 176, 177, 178, 179, 180, 181
 "סגם בצורה" לגבי הפקעת נישואין 94, 95
 פיינשטיין (הלכת) 49, 50
 מיסיקה שהוכרזה כמהפיסיקה, ונדחתה מפני ה"קומון סנס" 293
 מיצול הסטאטוס 231, 256
 "פי שניים" (לבכור) מתנה קרייה רחמנא 279
 "פנדנסה ליטה" 18, 19
 פנוייה שאינה כשירה להתקשר בקידושין 254
 פנוייה שהיא "אשת איש" לפי החוק הדתי 254
 פנקס הכוגרים 63, 64, 66, 67
 פסולי עדות דאורייתא מכוח רשתתן 217
 פסיקה אינצידנטלית 340, 341, 342, 343
 פסיקה אינצידנטלית, האם מעשה כית דין לגבי פסיקה אינצידנטלית אחרת 341, 342
 פסיקה אינצידנטלית ופסיקה ישירה: איזה מהן מהחה מעשה בית דין 343
 פסיקה אינצידנטלית מותרת לכל בית משפט או בית דין 341
 פסיקה אינצידנטלית של בית משפט שאינו מוסמך לדון ישירות בענין 342
 פסיקת בית המשפט הישראלי בענייני המעמד האישי של
 נתיני זר תהא תואמת פסיקתו של בית המשפט הזר 336
 פסק דין, יוצר חוק או מפרש חוק 27
 פסק דין משנה סטאטוס 178, 181
 פסקי דין "אין פרסונם" 181
 פסקי דין "אין רם" 178, 181
 פרוטסטנטים 38, 259
 משיטת רגל אזרחית 34

 צאצאים וצאצאי צאצאים 188, 189
 צו מתן גט 100—103, 123, 124, 125, 126, 127
 צוואה אזרחית 324, 325, 332, 333, 338
 צוואה בלתי הידירה 31, 325, 329, 330, 331
 צוואה בדבר המלך כוללת גם צוואה בלתי הידירה 330
 צוואה בלתי הידירה, אישורה בבית המשפט המחוזי, לגבי מטלסלין 331
 צוואה בלתי הידירה, אישורה בבית המשפט המחוזי, לגבי קרקעות 331
 צוואה בלתי הידירה, אישורה בבית המשפט המחוזי, תלוי בסיב הקנין 331
 צוואה בלתי הידירה, לפי יום המות או לפי יום העשייה 333
 צוואה בפקודת הירושה, האם כוללת גם צוואה בלתי הידירה 330
 צוואה (הגדרה) 329

408, 409, 410	אפוסטרופות לפי דיני ישראל
408	אפוסטרופות לפי המגילה
411	אפוסטרופות משותפת של הורים
407, 411, 412	אפוסטרופות על ילדים
410	אשה כאפוסטרופא
411	אשה כאפוסטרופית על קטין זר
426, 427, 428	ביגמיה של מושלמים
362, 363, 364	כיטול נישואין
408	"בית דין אביהן של יתומים"
421, 422, 423	כית דין החורג מחוק שווי זכויות האשה
355	בית המשפט האזרחי כ"מדינה שלישית"
380	כנו מן הנכרית
(94) 390	בעל מומר
(40) 368, 368	גט בעל כרחה
429, 430, 431, 432	גט בעל כרחה (בדיני ישראל)
372, 373	גט חומרא
389	גט מעושה
348	גירושין
368, 369	גירושין אורחיים
368	גרושה לכהן
425, 426	דיני העדה
363	דין כפונקציה של דיין
367	דין תורה (כושר)
367	דין תורה (משמעותו)
367	דין תורה (צורה)
395	הבעת הסכמה
348	התורת חיי אישות
358—361	הימצאות בישראל
395, 396, 397	הכשרת פסקי דין למפרע
350	"המרת דת" ו"המרת עדה"
425, 426	הסכמה להתדיין לפי דיני העדה
362, 363, 364	הפקעת נישואין
(28) 362	הפקעת נישואין (הגדרה)
348	הצהרת כיטול נישואין
348	הצהרת קיום נישואין
393, 394	הקדשות
397	התחלת דיון בבית המשפט המתווי
427, 428, 429, 433	התרת קשר הנישואין על כרחה של האשה

183, 184	שיטה גרדואלית ושיטה פרנטלית
186	שיטה פרנטלית כלתי מוגבלת
(26) 183	שיטה פרנטלית-גרדואלית מעורבת
185, 186	שיטת המשפט העברי בעניני ירושה
128	שינוי למפרע המפקיע את האורחות
128	שינוי למפרע של הסטאטוס
326	שכיב מרע (הגדרה)
216	שני בשני
265	שתי נשים התובעות, כל אחת לפי חוקה האישי, את כל העזבון
268	שני השלבים בתכיעת הירושה
(258) 328	"שעה אחת קודם פטירתי"
129, 130, 131, 132	שעה הקובעת לגבי הסמכות
140, 141, 142, 143, 144	תוצאות הנישואין כנישואין פוליגמיים בעלי תוקף
197, 266, 267	תוצאות משונות של הוראת טעיף 23 של פקודת הירושה
341, 342, 343	תוקפה של פסיקה אינצידנטלית
(184) 294, (189) 295	תורת היחסות
224, 259	"תחומי שלטונם של הדינים העדתיים"
280, 281	תעודת הירושה הכרזה פורמלית
222	תעודת נישואין כתשריר
221, 222	תעודת נישואין שניתנה על יסוד "העמדה"
139, 140, 142, 144, 148, 149	תרופת של אישות בנישואין פוליגמיים
154, 155	תרופת אישות בנישואין פוליגמיים בארץ ישראל
111, 112, 113	תקנה דמתיכתא (תקנת הישיבה)
(125) 274	תרומה לכהן, מעשר ראשון לכהן (קנט עזרא)
(125) 274	תרומה לכהן, מעשר ראשון ללוי

(לחלק שני)

380	"אופי" של יורש
361	אורח המדינה
406, 407	"איני גיוונת ואיני עושה"
435	אינצידנטלית (המלטה)
419	איסור והיתר לנישואין וגירושין
348	איסור הסכמי גירושין
375, 376, 377	אישימיעת טענת סמכות
376, 377	אלימוני ומיינסונס
378	אלטרס (הלכת)
354, 355	אמנת האג מ'1930
412	"אפוסטרופא לדיקנני"

מבחן האפקטיביות לגבי כפולי דת 355
 "מדינה שלישית" לגבי כפולי דת 355
 "מדינה שלישית" לגבי כפולי נתינות 354—355
 מולק (עזבון) 416, 417
 מומד ביני ישראל (11) 353, (94) 390
 מזונות בחיי הכעל הנתבעים מן העזבון 379
 מזונות הפחדה 388
 מזונות יבמה 383, 384, 385
 "מזונות לאשה" (סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 371, 374, 375
 "מזונות לאשה" (סעיף 4 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 380, 381
 "מזונות לילדי הווג" (סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 371, 374, 375
 מזונות מעזבון 378, 379
 מזונות שלא אנג גירושין (ברירת האשה) 377
 מזונות שלא אנג גירושין (הצהרה נגאטיבית) 378
 מזונות שלא אנג גירושין (שיפוט) 375, 376, 377
 "מזוני עיקר" 406
 מטריאלית (הוראה) 369
 "מעמד בעלי הדין" 395, 396
 מעשה ידיה 348, 405
 מעשה ידיה (בידני ישראל) 405, 406, 407

 נדוניא 348
 נישאה אחרי צאת החוק 403
 נישואי יהודי ולא יהודיה (סמכות) 358
 נישואי תערובת 365, 366
 נכסי מלוג (הגדרה) 400, 401
 נכסי מלוג שנפלו לה לאחר שנישאה 404, 405
 נכסי צאן ברזל (הגדרה) 400, 401
 "נשואה ידו כידה" 401
 נתבע, לגבי ההימצאות כישראל 360, 361
 נתין זר 361, 362, 363, 364

 "טופיות" כפסק כפיית גט או תליצה 390, 391, 392
 סכסוך פרויסיבי וסכסוך נגאטיבי כשייכות הדתית 352, 353
 סמכות מקומית של בית הדין הרבני 364, 365
 סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים לעומת סימן 64 של דבר המלך 362
 סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים לעומת סימן 65 של דבר המלך 362
 סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים ויחסו לסעיף 1 374, 375
 סעיף 4 של חוק שיפוט בתי דין רבניים 375—381
 סעיף 4 של חוק שיפוט בתי דין רבניים ויחסו לפסק דין רוזנבאום 376, 377
 סעיף 23 של סקודת הירושה 380

זכות אכילה פירות של נכסי מלוג (טיבה) 401, 402
 זרים 361, 362, 369

 חברות בכנסת ישראל (ביסול) 394, 395
 חופש הדת 427, 428
 חוק השבות, תש"ו—1950 349
 חוק מגן על אשה 420
 חוק שווי זכויות האשה, פרוציסואלי או מסדיאלי 403, 404
 חייבי לאוין 368
 חייבי עשה 368
 חליצה (ענין של גירושין) 382, 383
 חליצה (תביעה) 381—386
 חרם דרבינו גרשום 429, 430, 432

 סובת הילדים 414, 415, 416
 "ספל" ו"כרוך" 371, 372
 ספל ועיקר 371

 יבום 382, 383, 384
 יבם מומר 385, 386
 יהודי (הגדרה) 349, 350, 351, 352, 353
 יהודים 348—358
 יהודי שהמיד 350, 353
 "יהודים" או "יהודי" 355, 356, 357
 "יהודים": שניהם יהודים (לגבי סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 356, 357
 "יהודים": שניהם יהודים (לגבי סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 365
 יהודי (לגבי שפוט, משמעותו) 364, 393, 394
 "ילדים" בחוק שווי זכויות האשה 412, 413
 "יתומים שסמכו אצל בעל הבית" 409

 כסות עיניים 373
 כפול דת 352, 353, 354
 כפול נתינות 354, 355
 כפיית גט 387—391
 כפיית תליצה 391, 397
 כרוך בתקיעת הגירושין 371, 374, 375
 כשרות אשה נשואה 400
 כתובה 348

 לא-חברים בכנסת ישראל 349, 371
 לא-יהודים ביורשי עזבון יהודי 379, 380
 "לרבות" (סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים) 374

398, 399	עדות אשה
371, 372	"ענין"
348	עניני נישואין וגירושין
368, 369, 370	ערוה
365—371	עריכת נישואין וגירושין
427, 428	מגיעה בחופש הדת
348, 400, 405, 423, 424, 425	פירות נכסי מלוג
356	פקודת הפרשנות
394	"צד נוגע כדבר"
418, 419	צחאות
370, 371	צורה ותוכן
401	קניין הגוף
409, 410	קרובים כאפוטרופסים
417, 418	רטרואקטיביות בירושת מולק
435	רס יודיקטא
388, 389	"רשות פקוח" כמולה
368	שניות
399	"פעולה משפטית" (הגדרה)
404, 405	"שרכשה לפני הנישואין"
373	תביעה כנה
348, 371	תביעות גירושין
380	תובע (חוקו האישי לגבי ירושה)
360, 361	תובע (לגבי ההימצאות בישראל)
370, 371	תוכן וצורה
(26) 361	תושב (הגדרה)
380	"תכונה" של יורש
365, 366	תקנות המעמד האישי (סמכויות קונסולריות, 1922)
401, 402	תקנת אושא
370	תרתי דסתרי

- the right of usufruct abolished by sec. 2 / Conclusion to be drawn from sec. 7 / The opening words "All Courts shall act in accordance with this Law" *add a procedural nuance* to the provisions of the Law, which become thereby *retroactive* / The property of the wife acquired by the wife "*after celebration of marriage*" / Husband's right to "her handiwork" ("Maaseh Jadeha") / Not abolished by the Law / Reason for it. 400
3. Meaning of term "natural guardian" / Mejlle / Judgment of Mandatory Supreme Court in re Hasson / Jewish law of Guardianship / Father not natural guardian / Tendency not to appoint relatives as guardians / New approach in later generations / Meaning of sec. 3 / "K'echad" / One parent prevented from acting / Application of subsection (b) / "Children" / Who is a "child" for the purposes of this section / "Benefit of the children alone" / Final and decisive principle prevailing over any other rule of law / Judgments of Supreme Court in re Steiner. 407
4. Application of Ottoman Law to mulk land and movables / Also when deceased foreigner / Judgment of Supreme Court in re Skinder / Subsection (b) of sec. 4 / Estate actually distributed before enactment of the Law / Can one heir sue the other for the return of the part to which he would be entitled under the new Law? / Rules of construction with regard to retroactive laws / The wording of Subsection (b) / Provision, possibly, limited to order given *before* distribution of estate / Rights / Probably also included in the provision of this Section. 416
5. Not affected by the Law provisions as to permission and prohibition of marriage and divorce / Reservation, as explained by the Supreme Court in re Malham. 419
6. Meaning of provision of sec. 6 / The needs for it by consequence of formulation of sec. 1. 420
7. Duty imposed on the Religious Courts to act in accordance with this Law / Religious Court not acting accordingly / Judgment — excess of jurisdiction / Judgments of Goltein J. and Berinson J. in re Beria / Melug property / No more a matter of marriage / Consequences with regard to jurisdiction / Consent to laws of Community / Such consent as renunciation of right of succession / Practical importance in regard of Miri / "All the parties" / "All the parties interested" in sec. 9 of the Rabbinical Courts' Jurisdiction Law / Whether difference between two terms. ... 421
8. The two criminal provisions of sec. 8 / Bigamy no more permitted to Moslems / Re Malham / Dissolution of marriage against the will of the wife / Constitutes an offence only when the act of the husband *dissolved* the marriage / Jewish Law concerning delivery of Get "against her will" / a "Get B'al korha" delivered through an agent ("Shallach") or with knowledge of the "scribe" ("Sofer") and witnesses / Provisions of sections 7, 35, of the Law of Courts, 5717—1957. 426

will of the wife" ("M'usse Shelo Kadln" or "Get B'al Korha").

(c) The double "Supervising Authority" of sec. 6 / The law, possibly, has curtailed here, in a certain sense, the jurisdiction of the Rabbinical Court / Maintenance "in terrorem" / Judgment of Supreme Court in re Rosenzweig.

(d) Discretion of Attorney-General / Judgment of Supreme Court in re Zade.

(e) Application of sec. 6 to a convert ("Mumar").

(f) Period of 6 months / Application of Attorney-General filed previously.

(g) "From the date of the order" / Finality / Who is the Court (Beth Din) giving the order in case of a dismissed appeal / Or, if the Rabbinical Court of Appeal alters the terms of the order / Delayed order.

7. Sec. 7 of the law. 391
Here, too, it must be an order to force / Why shorter period / Duty to give "Halitsa", according to Jewish Law, only after the expiry of three months since the death of deceased.

8. Sec. 8 of the law. 392
Finality of order / Rules 102, 105, of the Rabbinical Rules of Procedure.

9. Sec. 9 of of the law. 392
(a) Rabbinical Courts' Jurisdiction Law, now the only law determining exclusive and concurrent jurisdiction of Rabbinical Court in matters of Personal Status / Confirmation of wills now within the *concurrent jurisdiction* of the Rabbinical Court / Judgment of Supreme Court in re Ratsabi / Not affected by the Law, exclusive jurisdiction in regard to constitution and administration of religious endowments, as per Art. 53(3) of Order in Council.
(b) "All the parties interested" / Whether there is a difference between the meaning of this

term and the term "all the parties to the action" used in Art. 53(2) of the Order in Council / Judgment of Deputy President Cheshin in re Dar'i.

10. Sec. 10 of the law. 395
Principal ratio legis: to remedy hardships caused by the rule of membership in "Knesseth Israel" / Not validated, judgments given with regard to "non-members" before the establishment of the State, even in those years when there was not at all a register of members / Proceedings in presence of parties / Judgment of Sussman J. in re Hausman / Section applies also to all other matters, in regard of which jurisdiction has been conferred on the Rabbinical Court by this Law / Order to force Halitsa given by the Rabbinical Court after the establishment of the State and before the enactment of the Law.

Chapter VI

Law of Equality of Women's Rights

5711—1951 398—435

1. Substantive Law in matters of Personal Status / Whether testimony "legal action" within the meaning of sec. 1 / May a woman's testimony be rejected by virtue of the provision of sec. 5 / Consent to jurisdiction, whether constitutes consent to rules of procedure and evidence of the law of the Community. 398

2. Effect of sec. 2 on the right of the Jewish husband to the usufruct of "Mehrg" property / Jewish Law with regard to Mehrg property / Usufruct — right in rem / Decision of Special Tribunal in re Seedes / Right acquired by husband before the enactment of the Law / Sec. 14 of the Interpretation Ordinance / Whether applicable to

part of the section / Novelty of the provision — in respect of foreigners / Mixed Marriages (between Jew and non-Jew) celebrated before the Consul / Law to amend the Personal Status (Consular Powers), 5717—1956 / Did not repeal the provision of para (b) of Regulation 4 / Results.

- (b) "Shall be celebrated in Israel" / Validity of marriages and divorces performed abroad / What will be attitude of Civil Courts in dealing incidentally with question of their validity.
- (c) "In accordance with the Law of the Torah" / i.e. in accordance with the provisions of Jewish Law concerning the *validity*, in form and capacity, of the marriage and divorce / If they are not valid in Jewish Law, the Civil Court will not recognise them, although the Court does not recognise the precedent legal position negating their validity in Jewish Law / Sec. 2 applicable also to foreign Jews who are *not* Toshavim of Israel / Provision of sec. 2 and foreign Courts / The dual character, religious and civil, of Jewish marriage and divorce performed in Israel, and the results thereof.
- (d) "Jew", in all sections of the law, includes also a Jew who is not a registered member of "Knesseth Israel".

3. Sec. 3 of the law. 371

- (a) Novelty of provision / Matter which is not a matter of Personal Status / Whether the principle of "principal" and "ancillary" still applies to matters of marriage.
- (b) Divorce *ex abundante cautela* / Judgment of Israeli Supreme Court in re Charlap / "Genuine" claim of divorce.
- (c) "Including maintenance of wife and children" / Meaning / Jurisdiction — incidental / No

exclusive jurisdiction if defendant neither citizen nor Toshav.

4. Sec. 4 of the law. 375

- (a) Restriction of Rabbinical Court's jurisdiction / Decision of Special Tribunal in re Rosenbaum / The choice with the wife: whether to go to Rabbinical Court or to District Court.
- (b) "Or against his estate" / Whether it repeals the rule laid down in re Alpert / Alternative interpretation: Maintenance of the widow for the time preceding the death of husband / Non-Jewish heirs of a Jew.
- (c) Jurisdiction according to sec. 4 — only with regard to wife, not children / Judgment of Supreme Court in re Rachmani.

5. Sec. 5 of the law. 381

- (a) Claim for "Halitsa" now Judicial Action / Judgment of the Mandatory Supreme Court in re Sztralnel / The legal character of the "tle" ("Zika") in Jewish Law / Halitsa, possibly, a matter of divorce within the meaning of the Order in Council / The maintenance of the childlessly deceased brother's wife ("Jevamah") in Jewish Law / The Regulation ("Takanah") of the Convention of Israeli Rabbis, 5710—1950.
- (b) Jurisdiction of Rabbinical Court with regard to a converted Jew ("Mumar") / Jewish Law on this question.

6. Sec. 6 of the law. 387

- (a) The problem of enforcement of delivery of Get in Jewish Law / Judgment of the Mandatory Supreme Court in re Bugayer.
- (b) "Has the Rabbinical Court ordered.... to force" etc. / stress "to force" / Reason for it: rules of Jewish Law / Otherwise the Get will be "unlawfully coerced" or "against the

5. Dual nationality / When one of them Palestinian (Israeli), person not "foreigner" / Different foreign nationalities / Whether Civil Courts will follow modern tendency to give preference to effective nationality.	337
6. Time decisive for validity of act / National law at the time of the act / Skornik rule.	338
7. Succession and will / Distribution of mulk and movables / Commorientes / Determination of class and character.	338
8. Spouses with different national laws / Can there be a "married" husband and "single" wife? / Re Bichovsky / Similar problem with regard to Palestinians of different religious denominations.	339
9. Incidental decisions and res judicata / Art. 47 of Order in Council / Incidental decision of Civil Court in a matter which is in exclusive jurisdiction of a Religious Court / Direct decision of Religious Court delivered between two incidental determinations of the Civil Court / Principle of res judicata and jurisdiction of Religious Courts.	340
10. Lis pendens / Principle laid down by Israeli Supreme Court.	343

Part Two

LAWS OF THE STATE OF ISRAEL

INTRODUCTION	347
---------------------	-----

Chapter V

*Law of Rabbinical Court's Jurisdiction
(Marriage and Divorce), 5713—1953*

1. Sec. 1 of the law	348
(a) Matters of marriage and divorce / Meaning of term.	
(b) "Jews" and not "members of the Jewish Community" / Abolishment of criterion of membership in "Knesseth Israel" / Who is a "Jew"? / Comparison with the term	

used in the Repatriation Law / Distinction / No person can be regarded as "Jew" within the meaning of the Rabbinical Jurisdiction Law, if Jewish Law does not regard him as such / Problematic question when there is a "positive conflict" between Jewish Law and another Religious Law / Two aspects of the question: jurisdictional and substantive / Matters of marriage and divorce of Jews converted to Catholic faith / Can there be "exclusive" jurisdiction of two different religious Courts? / What personal law will be applied by Civil Courts to matters of Personal Status of "duo-religionists"? / Comparison with the "selection" principle applied to persons of dual nationality / "Jews" or also "Jew"? / Interpretation rule of sec. 2 of the Interpretation Ordinance / Decision of President Olshan in re S. v. S.

- (c) "In Israel" / Legal domicile equivalent to actual residence / Decision in re Bichovsky with regard to term "persons in Palestine" used in Art. 47 of the Order in Council / Jew residing abroad suing his spouse residing in Israel.
 - (d) "Citizens of the State or "Toshavim" of the State" / Meaning of term "Toshav" / Two aspects of the extension of the Rabbinical jurisdiction / Rabbinical Court has jurisdiction to grant a decree of dissolution of marriage to a foreign Jew (Toshav of the country) / In which way can a Jewish marriage be "dissolved" by an act of the Rabbinical Court / Great importance of this innovation.
 - (e) "In the exclusive jurisdiction" / The two meanings of the term.
 - (f) "Of Rabbinical Court" / Local jurisdiction.
- | | |
|---|-----|
| 2. Sec. 2 of the law. | 365 |
| (a) "Marriage and divorce of Jews" / Means: Jew and Jewess / Conclusion from the latter | |

of the Law of Property Act, 1925 / Rule prevailing in Common Law / The Wing cases in the middle of the 19th century / English decisions in the Peacey cases after the coming into force of the said Act / Analysis of the judgments of the Court of Appeal and House of Lords / Discussions on the physical possibility of simultaneous deaths / Meaning of words "uncertain which of them survived the other or others" / Principle laid down in the House of Lords / Whether the provision of sec. 184 is binding on Israeli Courts / Judgments of Dunkelblum J. and Baker J. in re Burstein / Whether personal law of deceased applicable to question of order of deaths / Re Problevsky in the Israeli Supreme Court / Deceased was Polish citizen, and the Court decided to apply Polish law / Analysis of the ratio decidendi / Reference to English case: re Cohn / Decision in re Problevsky based on the idea that even the Common Law rules with regard to commorientes were a norm of substantive law / Reason for it / The law applicable is the personal law of the deceased whose estate is being distributed by the Court / Rule applicable also to Miri.	285
15. Determination of question of order of deaths in Jewish Law / Formulation of 4 basic rules / "Certain" and "doubtful" heir / Relative of deceased, and relative of his (deceased) spouse / Relative of deceased, and relative of his (deceased) relative / Authorities for each of the rules / The two last of them based on the idea, that no estate should be removed from "tribe" to "tribe", unless the order of deaths entailing such removal has been proved / Rules of Jewish Law as practical and effective solution of most questions arising in connection with commorientes / Rules apply also to commorientes who did not die out of a common disaster. ...	314
16. Wills / Will in civil form / Judgment of	

Supreme Court in re Rashkovitz / Form and capacity / Judgment of Israeli Supreme Court in re Konrades / Narrowing down to questions of form.	322
17. Irrevocable will / Can the Civil Court grant probate, as "civil will", to an irrevocable will of a "healthy" Israeli Jew ("Zavaath Bari Bilti Hadira")? / Reason for doubt: definition of term "will" in sec. 2 of the Succession Ordinance / Jewish Law with regard to wills of "sick" and "healthy" persons (Zavaath Shekhiv Mera and Zavaath Bari) / Main principles / Decision of Special Tribunal in re Baranowicz / Whether irrevocable Zavaath Bari is operative after death / Possible consequences with regard to the provision of sec. 12 of the Succession Ordinance.	325
18. Time relevant for validity of will / Judgment of Israeli Supreme Court in re Casparius / Decisive — the law of the date of death, with regard to capacity and to form / Deviation from principles governing other acts, and reason for it / Whether Casparius rule will apply to an irrevocable will.	331
19. Matters of Personal Status of stateless / Determined in accordance with Religious Law of Community / Judgment of Supreme Court in re Freyberger / By virtue of Art. 47, or Art. 64(2)? ...	333
(C) <i>Foreigners before the Civil Courts</i>	
1. Introduction.	335
2. The national law / Lex patriae instead of lex domicilii prevailing in English law / Reason for it.	335
3. Rules of Renvoi / Art. 64(2) / Enlarged to be applicable to other Renvoi-Rules / Judgment of Olshan J. in re Miller.	336
4. National law not containing Renvoi-Rules / Applicable — the domestic law of the foreign country / Otherwise — practice of English Courts.	337

Law — national or religious? / View expressed by Prof. Feinberg / Dual nationality of the foreign Jew according to Agranat J. / The Court will apply that "national law" which recognises the validity of the marriage / The problem of "sujets mixtes" and the modern approach to the question / Opinion of Batiffol and Niboyet / Theory of "Effective Nationality" / Art. 5 of the Haag Convention of 1930 / General tendency to apply only one national law / Whether principle of "selection" workable in the case under consideration.	237
6. Effect of Skornik rule on validity of acts performed after naturalisation / Divorcee by civil divorce who married in Israel by Jewish religious ceremony / Decision of Kister J., that validity should not be recognised / Answer to criticism of this decision / Recognition (by the Civil Court) of the validity of the civil divorce, does not make the woman legally capable to contract a new marriage in Jewish religious form.	251
7. Skornik rule and questions of capacity / Israeli Jew, domiciled abroad, who marries there a non-Jewess in accordance with the <i>lex loci</i> / "Splitting of Status".	255
8. Collision between two local laws / Which personal law will apply Civil Court in dealing incidentally with the validity of marriage of an Israeli couple of Jewish proselytes, married to each other when being Christians? / Jewish Law on validity of such marriage.	256
9. Palestinians having no personal law / e.g. Protestants / <i>Re Gorochov</i> / Decision of Chief Justice to apply "French Matrimonial Law as at the time the marriage was contracted" / Judgment of District Court in <i>re Gorochov</i> / Alternative application of English Statute Law by the District Court / Whether the Chief Justice had jurisdiction to make the said order / Whether	

there is legal foundation for the principle laid down in the said order / Analysis of the proviso at the end of Art 64(1).	259
10. Law of succession in the Civil Court / Also mulk land and movables of a Palestinian deceased are distributed according to Ottoman Law.	263
11. Class and character / Peculiar rule of sec. 23 of the Succession Ordinance / Decisive — the religious or national law of the claimant / Curious results of this rule / Two women, each of them, under her personal law, the only legal wife of the deceased / How will the estate be distributed / Judgment of President Olshan in Daniel Case / A unique problem: when the class to which the claimant belongs according to his personal law has no "opposite number" in the law governing the distribution of the estate / e.g. natural child, of French nationality, according to Art. 758 of the Code Civil	263
12. Devolution of estate / Various systems of law / The "hereditas jacens" of Roman Law / Immediate devolution in Jewish Law / The problem of "Breira" in connection with inheritance / Immediate devolution and its effects on the question of renunciation / Distinction between the part of the firstborn and the part of the "simple" son / Practical importance of these rules.	269
13. Devolution of estate in Ottoman Law / Immediate / Nevertheless possibility of renunciation / Practice of Courts / Effect of renunciation: retroactive annihilation of right to inherit / Renunciation in favour of a certain other heir / Judgments of Sussman J. and Witkon J. in <i>re Gottlieb</i>	280
14. Commorientes / The various schools / Certain order of deaths or simultaneity / Advantages and disadvantages of each of them / Present English system: presumption of occurrence of deaths according to order of seniority / Sec. 184	

3. Matters of succession before the Religious Court / Distribution of mulk and movable property in accordance with the law of the Community / Application of a person beneficially interested to regulate the distribution in accordance with the Ottoman Law.	181
4. Miri land / Distribution — according to Ottoman Law.	182
5. Provisions of Ottoman Law / Various systems of law with regard to order of succession / The Parentel-System and the Gradual / Jewish Law: pure and unlimited Parentel System / Ottoman Law: relative and limited Parentel-System / Sec. 2 of the Law / Representation and succession per stirpes / Comparison with the principle of "Inheritance through the Grave" of Jewish Law / No representation unless the relation between represented person, representing and deceased, is a blood relation originating from a common parent within the three degrees of succession / Practical consequences of this rule / Sec. 3 of the Law / The law governing question of legitimacy / Comparison with the provision of sec. 23 of the Succession Ordinance / Class and representation / Sec. 4 of the Law / "Will pass to the grandparent who is his or her spouse" / Whether excludes grandparents not married to each other / Sec. 5, 6, of the Law / Husband and wife / "Mixtes" sources of succession: blood-relation and family-relation / Renunciation and representation / The points on which the Ottoman legislator deviated from the provisions of the German law.	182

(B) *Palestinians before the Civil Courts*

1. <i>The Problem</i> / Application of Religious Law in the Civil Courts.	211
2. Art. 47 of Order in Council / "Personal Law" / Defined by judicature, not by legislator / It	

means, with regard to a Palestinian, member of a recognised Community, the Religious Law of the Community / The substantive law, not procedural / Reason for it / Distinction between "testifying" and "constitutive" witnesses / Jewish Law as to witnesses of marriage / Rules governing capacity of such witnesses — part of substantive law / English decision in the "jactitation of marriage" case of Goldsmid v. Bromer.	211
3. Blending of Religious Law with rules of Private International Law / Tenenbaum Case / Which is the law governing the validity of marriage of a foreigner who became a Palestinian / Decision of District Court: validity tested in the light of his present law / Decision of Supreme Court: the law applicable is the law which governed the parties at the time of celebration of marriage / Skornik Case / Marriage valid according to Polish Law and void according to Jewish Law / Marriage declared valid by District Court and Supreme Court, in applying principles of Private International Law / Different approaches by the individual Judges / Dictum of Witkon J. as to duty of Religious Court to apply principles of Private International Law / Interpretation of the fact that Art. 46 is addressed only to the Civil Courts.	219
4. Provision of Art. 64(2) was not directly applied in Skornik Case, although parties were technically foreigners / The rule applied by the majority in the Supreme Court case of Hershenhorn / Reservation of President Olshan as to the applicability of rule to civil cases.	233
5. Jewish marriage celebrated according to Jewish Law and invalid according to the <i>lex loci</i> / Agranat J. in Skornik Case: the marriage should be recognised as valid / Reason: Jewish Law is the "national law" of a Jew within the meaning of Art. 64(2) / But: Jewish Law will be applied only "in favorem matrimonii" / Jewish	

of Iting-Westerman / Extension of scope by the Supreme Court in re Azgour.	95
6. Order for delivery of Get / The order given by the District Court in re Bugayer / Setting aside of the order by the Supreme Court / The three reasons of Justice Frumkin / Analysis of same by reference to Jewish Law / Nature of Jewish divorce / Free will of the husband / Coercion, lawful and unlawful / Three main theories among the "Poskim" / Whether the Get given in obedience to the order would have been valid / Whether the order was a "Decree of Dissolution of Marriage" within the meaning of Art. 64(1) / Analysis of the Volkenberg rule.	100
7. Decree of Nullity of Marriage causing retroactively the loss of Palestinian citizenship / Whether it is a Decree of Dissolution of Marriage granted to a <i>foreigner</i> / Judgments in re Bichovsky.	128
8. Art. 64 (proviso) is limiting the <i>jurisdiction</i> of the Court / Whether finding of facts negating application of that limitation is Res Judicata.	132
9. Jurisdiction of Moslem Religious Courts / Amendment of Art. 52 in 1939 / "In such matters" / Jurisdiction of Moslem Religious Court when the foreigner, according to his national law, is subject to <i>concurrent</i> jurisdiction / Whether in such a case <i>consent</i> will confer jurisdiction.	132
10. Courts of Religious Communities / Foreigner may consent to all matters, except Decrees of Dissolution of Marriage / Jewish Get / Nullity of Marriage / Permit of hundred Rabbis / Re Silver / Judgment of District Court / Recognised the validity of the second marriage, "although not divorced from the latter" (i.e. his first wife) / The national law of the husband (English Law) on this question / Monogamous "Christian" marriages / Polygamous marriages / Potentially polygamous / Non-recognition of polygamous marriages by virtue of their being "non-Christian" /	

The new modern attitude / Tendency to recognise polygamous marriages which are valid according to the <i>lex domicilii</i> , even if the spouses are British, provided that the Court will not grant "Matrimonial Reliefs" / No place for such a "proviso" in a Palestine Court, even if composed of British Judges / Reason for it / The Court could have recognised the validity of the second marriage, without examining the legal validity of the "Heter" (Permit to re-marry) / Judgment of Supreme Court in re Silver / The Court applied the <i>lex domicilii</i> to the Heter, and regarded the depositing of the Get as an act of divorcement / Criticism of this view by reference to Jewish Law / The "Herem" (ban) of Rabenu Gershom / The depositing of the Get, its reasons and nature / The Heter and depositing of Get do not dissolve the bond of marriage / Conclusions as to the jurisdiction (then) of the Rabbinical Court.	134
11. Consent to jurisdiction in case of a "mixed" couple, i.e. Palestinian and Foreigner / Whether necessary to obtain consent of the Palestinian party / Analysis Of Art. 65.	170

Chapter IV

The Substantive Law in Matters of Personal Status, According to the Order in Council

(A) <i>Palestinians and foreigners before the Religious Court.</i>	
1. The Religious Court applies its Religious Law / Non-interference, if its decision is not in accordance with the Religious Law / Non-interference, if its decision is not in accordance with the general law / When will such a decision be regarded as excess of jurisdiction / Re Neussihin.	172
2. Judgments against natural justice / Non-recognition / Whether there is a difference between judgments <i>in personam</i> and judgments <i>in rem</i>	176

7. Other matters of Personal Status / Guardianship / Legitimation and adoption of minors / Determination of paternity, whether matter of Personal Status / Irrevocable will.	30
---	----

Chapter III

Jurisdiction of Courts According to the Order in Council

(A) *Palestinians*

1. Moslems / Whether members of a "Religious Community" / Criterion / Conflicting decisions / Decision of Chief Justice in Gorochov Case / Decision of President of the Israeli Supreme Court in Fruchter Case.	32
2. Jews and Christians.	40
3. Concurrent Jurisdiction / Whether consent to jurisdiction renders it "exclusive" / Practical consequences.	40
4. Form of consent.	45
5. Consent in matters of minors / The Kawas rule / Criticism in Israeli Supreme Court / Maintenance of children / Maintenance of child as part of expenses of the mother: Feinstein rule / Consent of parents as natural guardians: Gllick rule / Modification of rule by the Israeli Supreme Court in the cases of Mashke and Elselman / Custody of children.	45
6. Principal and Ancillary / Barziley rule / Positive and negative aspects of the rule / Criterion / Not ancillary or incidental when the reliefs are alternative: Shibli rule / Whether a matter which is not a matter of Personal Status may be regarded as "ancillary" / Analysis of negative part of the rule.	57
7. Membership in "Knesseth Israel" / Criterion for membership in Jewish Community / Genesis of the rule / Its hard consequences / Gradual limitation of the rule in Israeli Courts by	

application of principles of Estoppel / Amizur Case / Abolishment of rule by Israeli Legislator	62
8. Jurisdiction of Rabbinical Court to permit second marriage / Original version of section 181 of the Criminal Code Ordinance, 1936 / The lacuna revealed in Melnik Case / Amendment of 1947 / Permit — Judicial Decision, and matter of Personal Status / Section 181(d) enlarging jurisdiction of Rabbinical Court / Condition for validity of permit: applicability of Jewish Law as to the substantive validity of first marriage / Applicability of Jewish Law by virtue of Renvol Principles.	76
9. Members of different Religious Communities / Art. 55 of Order in Council / Whether application to Chief Justice, mandatory / Decision of President of Israeli Supreme Court in Fruchter Case / Whether applicable to Foreigners / Discretion of Chief Justice.	82

(B) *Foreigners*

1. Definition of "Foreigner" / Amendment of 1935 / Sujets mixtes, when one of the nationalities is Palestinian / Stateless.	87
2. Jurisdiction of Court / Art. 64(1) of Order in Council.	89
3. "Affecting Foreigners" / View held by Justice De Commarmond / Rejection of it by Israeli Supreme Court / Nationality of <i>deceased</i> devise in matters of succession and wills.	90
4. Decrees of dissolution of marriage / Amended definition of 1935 / Applies also to Art. 64(1) / "Nullity of marriage" includes void and voidable marriages / Authorities / Nullity of marriage for lack of form.	91
5. Declaration of validity of divorce already performed / Jewish "Get" as private act: Volkenberg rule / Important results of the rule / The declaration of the District Court in the case	

TABLE OF CONTENTS

Part One

MANDATORY LEGISLATION

Chapter I

Matters of Personal Status — General

1. "Numerus Clausus" / Their common denominator 3
2. Special standing 3
3. "For, Jewish Law applied in the Civil Courts, is not identical with Jewish Law administered by Rabbinical Court" / *Jus* as "function" of *Judex*. 4
4. Interpretation of terms / Comparison with the classification rules in Private International Law / Distinction between difference *in class* and difference *in law* 6

Chapter II

Matters of Personal Status — Particular

1. "Suits" — Actions". 9
2. Matters of marriage or divorce / Usufruct of "Melug" property / Matrimonial rights and duties. 10
3. Declaration of validity and nullity of marriage / Determination, as a *fact*, of the ceremony of marriage. 13
4. Engagement / Breach of promise / Character of action in Jewish Law. 14
5. "Alimony" and "Maintenance" / Definition of terms in the Mandatory Judicature / Re-examination of problem by the Israeli Supreme Court in re Rosenbaum / Opinions of the three Justices / Final settlement of question by the Special Tribunal. 17
6. Maintenance of children and other relatives / Definition of maintenance of father as "charity" in Jewish Law / Nevertheless, "Maintenance" within the meaning of the term in the Order in Council / Reason for it. 27

PERSONAL STATUS
IN
ISRAEL

by

M. SILBERG, Dr. jur.

*Visiting Professor of Law of Personal Status,
Hebrew University, Jerusalem;
Justice of the Supreme Court of Israel.*

Faculty of Law of the Hebrew University
Legal Studies No. 4

Published by "*Mif'al Hashichpul*"
The Students' Organisation of the Hebrew University

Jerusalem, 1957