

בית הדין הגבוה לצדק – תל-פיות לאסורים בנישואין?

(בג"צ 51/69 רודניצקי נ. ביה"ד הגדול לערעורים ואח', כ"ד פו"י (1), 704) ¹

רשימה זו – ענינה יחסו של בית המשפט הגבוה לצדק² לבעיית הקידושין הפרטיים של בני זוג האסורים להינשא זה לזו עפ"י דין תורה, ולפסיקת בתי הדין הרבניים בענין, כפי שבא לידי ביטוי בפסק דין רודניצקי, נשוא דיוננו. פס"ד זה הוא נקודת מפנה ביחסים שבין מערכת השיפוט הדתית-הרבנית לבין בג"צ ואף משמש יסוד ובסיס לפסקי דין אחרים ההולכים בעקבותיו. כאן, לראשונה, נטל בג"צ לידי סמכות המסורה ייחודית עפ"י החוק לבתי הדין הרבניים. מדוע עשה כן, מהם נימוקיו המשפטיים והאם כדין עשה, בכל אלה נדון להלן.

רקע ועובדות

בני הזוג רודניצקי-גולדמר, הוא כהן והיא גרושה, ערכו טקס קידושין פרטי. בעתירתם המשולשת לביה"ד הרבני בקשו, לחילופין: א) להצהיר מהו מעמדם האישי. ב) להצהיר שע"י מעשה הקידושין אסורים הם להינשא לאחרים כל עוד לא גותק הקשר ביניהם ע"י גט. ג) להצהיר שהם פנויים.

ביה"ד סרב להעתר לכל שלוש הבקשות מחמת "חששות מרובים... שלא נתבררו, ושלא ניתנים לדעת ביה"ד לבירור, נוסף על סתירות בדברי העדים". ביה"ד הרבני הגדול לערעורים, אליו ערערו העותרים, סמך ידו על מסקנת ביה"ד האזורי: אולם בג"צ, שנתבקש ע"י בני הזוג להתערב, סבר שביה"ד לא דן בעתירה החילונית השניה ועל כן הוציא צו נגד ביה"ד הרבני הגדול המחייבו לדון גם בעתירה זו. בעקבות זאת חזר ביה"ד ודן בענין והחליט, כי עצם החלטתו הראשונה לדחות את הערעור דוחה אותו ללא כל ספק על כל שלוש העתירות שבו. והוסיף ביה"ד ואמר, כי העתירה השניה הנ"ל "אינה כלל וכלל עתירה לשמחה", כי "כל כונתה ומטרתה... אינה אלא להיתר נישואין...". — עתירה כגון זו "אשר אין בה כל עתירה לחיוב... אלא לשם עקיפת הדין בלבד, הייתכן להעלות על הדעת מתן סעד לה ע"י ביה"ד?" משמע, ביה"ד דחה את העתירה מכח שיקול דעתו היות ואין העותרים ראויים למתן סעד מאת בית הדין. כאן המקום להסביר כי שני פסקי הדין הרבניים, הן בביה"ד האזורי והן בביה"ד

1 להלן, ענין רודניצקי.

2 להלן, בג"צ.

3 ערעור תשכ"ח/42.

הגדול, ניתנו כפי שניתנו מתוך הפקת לקח ממקרה קודם, הלא הוא המקרה הגדון בבג"צ חקלאי-גורפינקל נגד שר הפנים⁴,⁵. בני הזוג חקלאי-גורפינקל, אף הם כהן וגרושה שערכו טקס קידושין פרטי, הופנו ע"י בג"צ אל ביה"ד הרבני. זה, עם סרובו לתת אשור לתקפות המעשה, קבע כי השניים זקוקים לגט על מנת שיוכלו להינשא לזרים. אולם דא עקא, קביעה זו די היה בה כדי לרשום את בני הזוג במרשם התושבים כנישואים. למודי גסיון ממקרה חקלאי סרבו הדיינים במקרה שלפנינו להעתר גם לבקשה החלופית השניה של העותרים.

בג"צ, שנתבקש עתה שוב לדון בענין עשה, בסופו של דיון ארוך, את מלאכתו של ביה"ד הרבני. הוא נענה לבקשתם של העותרים וקבע כי מחמת ספק אסורים בני הזוג להינשא לאחרים כל עוד לא גותק הקטר ביניהם ע"י גט פטורין כשהתוצאה – רישומם של השניים כנישואים.

1. **לבעית פירושו של סעיף 2 לחוק שיפוט בתידין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.**⁶

בראש פסק דינו מעלה השופט לנדוי בפנינו מחלוקת ישנה הנטושה בין שופטי ביהמ"ש העליון, בנוגע לפירושו של סעיף 2 לחוק האומר: "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". מחלוקת זו, בין השופט זילברג לשופט לנדוי, ראשיתה בענין חקלאי. לדעת השופט זילברג החידוש העיקרי בסעיף זה הוא, שבו "הביע המחוקק את רצונו כי נישואין וגירושין של יהודים ייערכו אך ורק עפ"י דיני ישראל"⁷ או על דרך השלילה: רצון המחוקק הוא כי נישואין וגירושין האסורים עפ"י דיני ישראל יהיו אסורים מלכתחילה גם עפ"י החוק.

ביסוס לפירושו זה מוצא השופט זילברג בניסוחו המיוחד של הסעיף. המחוקק נקט כאן לשון ברורה של ציווי לכתחילה ("ייערכו") ובה בשעה גמנע מלנקוט לשון אפשרית אחרת ממנה היה משמע שרק על תקפם בדיעבד של הנישואין והגירושין חל דין התורה, אך לא על "רציותם לכתחילה".

לעומתו טען השופט לנדוי, כי אין לקרוא סעיף זה כקובע איסורי נישואין לפי חוק המדינה מלכתחילה, לפני שנערכו, אלא כוונתו היא להטיל את דיני התורה רק על שאלת תקפם בדיעבד של נישואין וגירושין.

דומה, כי גם אם לשונו הפשוטה של החוק תואמת יותר את פירושו של השופט זילברג אין בה לבדה כדי להכריע, שכן לא נאמר: "נישואין וגירושין... לא ייערכו בישראל אלא עפ"י דין תורה" אלא על דרך החיוב נאמר: "...ייערכו בישראל עפ"י דין תורה" – לשון שאינה חד משמעית והסובלת גם פירוש שונה. מכאן, כנראה, טענתו של השופט לנדוי כי "צורת המלים בה הוא בחר אינה מחייבת, לדעתך, מסקנה כה מרחיקת לכת"⁸.

4 בג"צ 80/63, י"ז פד"י, 2048. להלן, ענין חקלאי.

5 אכן, סימנים ראשונים למפנה הנזכר בראשית דברינו ניכרים כבר במקרה זה.

6 פה"ח, 134, תשי"ג עמ' 165. להלן, החוק.

7 חקלאי, עמ' 2062 בין אותיות ב'-ג'.

8 שם, עמ' 2068 בין אותיות ו'-ד'.

השופט לנדוי תומך יתדותיו בנימוקים אחרים, ארבעה במספר, עליהם נגסה לעמוד מקרוב. שנים מהם מוצאים אנו, בקצרה, בפסק דינו בענין חקלאי. באותו ענין ציין השופט זילברג כי איסור נישואי כהן וגרושה הכלול בסעיף 2 לחוק, הוא מן הבחינה האזרחית "חוק בלתי מושלם" היינו, ללא סנקציה של בטלות וללא עונש. על יסוד זה טוען השופט לנדוי ואומר: "ממה נפשך, אם אין בסעיף 2 הנוכר סנקציה של בטלות מדוע יש לראות באותו סעיף מניעה להכרה במעמדם של המבקשים כנשואים...?"⁹ אולם, אם נקבל את עמדתו הפרשנית של השופט זילברג נמצא כי אין בטענה זו ממש. בעצם הסעיף כשלעצמו אין בודאי לראות מניעה להכרה בנישואי המבקשים, אך המניעה עולה בעקבותיו של הסעיף — בעקבותיו של האיסור שנקבע בו — במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט. שכן, מסביר השופט זילברג, מתן הצו המבוקש, עשוי להביא לעשיית החוק כולו פלסטר, דבר שעל ביהמ"ש למנוע ככל יכולתו¹⁰. ולא זו אף זו: קשה להעלות על הדעת שאדם העושה מעשה האסור עפ"י החוק יזכה להכרה בעצם המעשה האסור, וזאת בבית-המשפט הנוהג לכלכל מתן סעדיו תוך שימת לב מיוחדת להתנהגות המבקש¹¹.

נימוק אחר יש לראות בהמשך דברי השופט לנדוי: "אך אם אמנם יש לקרוא סעיף זה כקובע איסור — ואפילו בלתי מושלם — של הקידושין מלכתחילה לפני שנעשו, הרי שיש כאן תוספת מהותית על הדין הדתי..."¹².

אם עלינו להבין את הדברים ככתבם וכלשונם הרי שאין הם מחוורים כלל. גלוי וידוע כי כאשר מאמץ המחוקק דין זה כלשהו הופך אותו דין לחוק לכל דבר והוא מחייב את אורחי המדינה מכח היותו חוק שנחקק ע"י המחוקק הריבוני במדינה. כך, כאשר המחוקק הישראלי מאמץ לו דין מדיני התורה, הופך דין זה לחלק ממשפט המדינה ככל חוקי הכנסת¹³. במה גשתנה אפוא מקרה אחד בו קלט המחוקק דין כזה בשלימות — מן הבחינה שלפני מעשה ומן הבחינה שאחר מעשה גם יחד — ממקרה אחר בו קלט המחוקק דין דתי באופן חלקי בלבד? — בשני המקרים המחוקק הוא "בעל הדין" ומקור היניקה ומידת היניקה אינם מעלים ואינם מורידים.

ובהתיחס לענין דגן: המחוקק חפץ כי איסורי נישואין שמקורם בתורה יקלטו במשפט המדינה ויהפכו לחוק, — היכן כאן "תוספת מהותית" על הדין הדתי?

9 שם, שם.

10 מכאן תשובה לטיעונו העקרוני של השופט ויתקון בענין חקלאי, עמ' 2058 מול אות ג' (דבריו אינם נוגעים ישירות לדיונו באשר אין הוא יוצא מתוך הנחת קיומו של איסור בחוק על עריכת קידושין מעין אלה). השופט ויתקון מעמיד זה מול זה את שיקול התנהגותו האישית של המבקש מול השיקול הציבורי הכללי. לאור דברים אלה נמצא כי בצד השיקול הפרטי (ר' להלן) עומד גם שיקול כללי רחב יותר.

11 הכוונה לבג"צ המחמיר בענין זה אף יותר מבית משפט אחר המתבקש לתת סעד הצרתי. ר' דברי השופט ויתקון בענין חקלאי, עמ' 2058 בין אותיות ב'-ג', וכן דברי השופט קיסטר בענינו, עמ' 726 מול אות א'.

12 רודניצקי, שם.

13 השווה דברי השופט ויתקון בע"א 191/51 סקורניק נ. סקורניק, ח' פד"י, 141, בעמ' 179—180. כן עיין אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים, כרך ב', עמ' 290—291, 314—316, וכן מאמרו "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" אצל בוק, המשפט העברי ומדינת ישראל, עמ' 15 והלאה.

אמנם יתכן כי הטענה בדבר "תוספת מהותית" על דין התורה אינה מכוונת לענין האיסור הקבוע בחוק אלא לענין בטלות המעשה. היינו, כיון שעפ"י דין התורה קידושי חייבי לאוין תופשים, על כן אם החוק קובע בטלות המעשה יש בכך משום "תוספת מהותית" על הדין הדתי.

אולם, כבר הודגש לעיל כי מניעת ההכרה בקידושי העותרים אינה קבועה בחוק אלא היא תוצאה הכרחית משיקול הדעת הרחב המסור בידי שופטי בית הדין הגבוה לצדק. לשון אחרת: מניעת הסעד אינה "מהותית" אלא "פרוצדורלית" באופיה, וממילא אין לראות בה "תוספת מהותית" על דין התורה המכיר בתקפם של קידושי מעין אלה. שתי טענות נוספות להצדקת פירושו לסעיף נוכל למצוא בדברי השופט לגדוי בענין רודניצקי.

כבר צויין לעיל, בהקשר לנימוק הראשון, כי איסור נישואי כהן וגרושה מן הבחינה האזרחית הוא בבחינת "חוק בלתי מושלם" ללא סנקציה של בטלות וללא עונש. לענין זה חוזר השופט לגדוי בדבריו כאן. הוא מעמידנו על העובדה שמן הבחינה ההלכתית-הדתית אין כאן חוסר שלמות, ואילו נתן המחוקק כח בידי בתי הדין הרבניים היו הם דואגים להשלמת האיסור, הלכה למעשה, תוך שימוש ב"סנקציות הידועות להלכה". אולם "המחוקק לא רצה בהשלטת ההלכה בסוגיה זו במלואה, כי הוא נמנע מלתת בידי בתי הדין הרבניים את כוח הכפייה הנתון להם בהלכה, אלא בכל הנוגע לכפיית מתן גט הוא יצר מנגנון מיוחד שעל פיו אין בית הדין הרבני יכול לפעול בכגון זה ללא שיתופם של הידען המשפטי ושל ביהמ"ש המחוזי, כאמור בסעיף 6 של החוק מתשי"ג"¹⁴.

בואת מבקש השופט לגדוי להוכיח, מתוך החוק גופו, כי השלטת דין התורה על עריכת נישואין וגירושין לפי סעיף 2 לחוק אינה זהה עם הפעלה מלאה של כל דיני ההלכה בתחום זה.

לדעתנו, הוכחה זו דחויה היא בשתיים. יש לשים לב כי במקרה זה, כבמקרה הקלאסי, המדובר בבני זוג החיים במשותף, באיסור, כשאין איש מהם חפץ בפירוד. במקרה כזה גם הדין הדתי כשל עצמו הוא כיום בבחינת "חוק בלתי מושלם". אמנם מן הבחינה ההלכתית המקורית, כפי שבאה לידי בטוי בתלמוד ובפוסקים, יכול בית-דין לכפות בני זוג שנשאו באיסור להיפרד זה מזה בגט¹⁵, אולם במציאות הקיימת, בה רוב הציבור אינו סר למרות ההלכה מכח אמונתו, לא יעלה על דעת בית-דין לכפות גירושין כאשר אין צד מן הצדדים פונה ודורש זאת. הווי אומר: המציאות היא שנטלה כח זה מידי בית הדין, כפי שנטלה כוחו להתערב בשאר מקרים של עוברי עבירה שעל פי הדין ראוי בית-דין להענישם או לכפותם. על כן, בכל הנוגע לכפיית גט במקרים מן הסוג שלפנינו, אין לראות בהוראת החוק משום גטילת סמכות המסורה לביה"ד, אלא יש לראותו רק כמעתיק את סמכויות ביה"ד כפי שהן קיימות באופן מעשי.

אכן, לכשנדקדק בלשונו של סעיף 6 הנ"ל נבחין, כי אין הוא עוסק כלל במקרה בו הדין הדתי מחייב לכפות על שני בני הזוג גירושין, נגד רצון שניהם, אלא רק במקרה בו אחד מהם דורש זאת. שכן נזכרים בסעיף זה שני מקרים בלבד בלשון "או": "ציווה בית דין רבני... לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו, או לכפות אשה לקבל גט פיטורין

14 רודניצקי, עמ' 711 מול אותיות ה-ו'.

15 ר' שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שנייה, עמ' 56, 58.

מאשה...". אך לא נאמר בו: "ציונה בית דין רבני לכפות איש ואשה להיפרד זה מזו בגט פטורין...". או בדומה לזה. ומכאן שאין הוראת הסעיף רלבנטית לענינו כלל. אולם יתרה מזו: גם אם נסכים כי יש בסעיף 6 לחוק משום צמצום הוראות ההלכה במקרה שלפנינו, אין בכך כדי ללמדנו על כוונתו הכללית של המחוקק, כפי שמבקש השופט לבדוי להגיה, ולהחילה גם על סעיף 2 לחוק. כלל הגיוני פשוט הוא, כי כאשר הוציא החוק במפורש דבר אחד מן הכלל, יש להסיק מכך כי הכלל כולו, על כל הכלול בו, נשאר על מכוננו. אף בענינו כך: בסעיף 2 מדבר החוק באופן כללי על "...גישואין וגירושין... עפ"י דין תורה" ואילו בסעיף 6 מוציא הוא מכלל רחב זה ענין אחד בלבד, הוא ענין כפיית מתן גט. המסקנה המתבקשת היא שכל שאר דיני גישואין וגירושין הכלולים במושג "דין תורה" שרירין וקיימין.

טיעון נוסף, עקרוני-כללי, מעלה השופט לבדוי בדבריו בענין רודניצקי. וזו לשונו: "איסור גישואי כהן וגרושה הינו מצוות לא-תעשה דתית... בשביל מי שאינו מאמין יש בו באיסור זה לא רק כפייה מצפונית אלא גם הפליה בין כהן ובין סתם יהודי מטעמים שבדת... שומה עלינו לבקוט פירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסודות של חוק המדינה"¹⁶.

ועדיין צריך עיון. — אין כמוהן להתעלם מן הכלל עליו מסתמך השופט לבדוי בדבר מניעת סתירה בין החוק לבין עקרונות יסוד של המדינה, אולם במה דברים אמורים? בכל חוק אחר, חוק רגיל "מן השורה"... אך כאן ענין לנו בחוק שכל כולו לא בא אלא להשליט דין דתי בתחום מסוים, וכיצד ניתן למודדו באמת מידה של חוק רגיל ולפרשו באופן שלא יגרום לכפייה מצפונית-דתית על האזרח?

האם לא די בהוראת החוק לפיה אדם הרוצה להינשא באופן רשמי הייב לעשות זאת בדרך שהיא דתית מובהקת — בטקס דתי ובפני רשות דתית — כדי להצביע על כך שהמחוקק, במקרה דנו, לא חש ל"איסור" של פגיעה בחופש הדת והמצפון? ומהו ההבדל העקרוני בין מצוות עשה זו האחרונה המפורשת בחוק, לבין מצוות לא תעשה של גישואי כהן וגרושה?¹⁷

אם זקוקים אנו לסיוע ולהוכחה ממקום אחר יבואו "דברי הכנסת" שקדמו לקבלת החוק ויזכירו. הטענה בדבר כפייה דתית ומצפונית שבחוק זה חורה ונשנתה בפי דוברים רבים ואף סגן כר הדתות שהציג את החוק בפני הכנסת לא כפר בכך למעשה¹⁸. וכך הודה ואמר מ"מ ראש הממשלה דאז, משה שרת ז"ל: "...אין להתעלם מן העובדה כי קבלת החוק הזה כרוכה בויתורים מרחיקים על עקרונות ומושגי יסוד של חיים מתוקנים בעיני רבים מאד"¹⁹.

16 רודניצקי, שם בין אותיות ו'—ז'.

17 וכאשר מדובר היה בקידושין פרטיים של בני זוג שאינם אסורים להינשא עפ"י דין תורה, סרב אף בג"צ להעניק להם סעד. ר' בג"צ 32/66 שגב נ. ביה"ד הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), 505.

18 ר' דברי הכנסת, תשי"ג, כרך 14, עמ' 1048, בעמ' 1411. כן עיין שם בעמ' 1454 והלאה, ועמ' 2542 והלאה.

19 שם, עמ' 2559, עמודה ימנית.

20 על השימוש ב"דברי הכנסת" להוכחת כוונת המחוקק ר' בג"צ 131/65 סביצקי נ. שר האוצר ואח', י"ט פד"י (2), 369, בעמ' 375, 378. וכן: ע"א 437/64 מר"י נ. דרוקמן, י"ט פד"י (2), 477, בעמ' 482.

אמנם עשוי השופט לגדוי לסבור, כי ככל שנצמצם ונמעט בכפייה מסוג זה כן ייטב, אך לאור האמור דעתנו היא, כי עצם השימוש בכלל הזה אין לו מקום ואין לו אחיזה במסגרת החוק שלפנינו.

נמצאנו למדים עד כה, שאין אנו חייבים לקבל את טיעוני-נימוקיו של השופט לגדוי הבאים לתמוך בפירושו המצמצם לסעיף 2 לחוק. אולם נראה לנו, שיש לעמוד על כוונת המחוקק בדבר "רצייתם לכתחילה" של נישואין וגירושין עפ"י דין תורה בלבד, גם בדרך אחרת.

השופט לגדוי עצמו מצביע בפסק דינו בענין חקלאי²¹ על כך שהמחוקק אסר מפורשות נישואין וגירושין פרטיים עוד בזמן המנדט, בסעיף 7 לפקודת הנישואין והגירושין (רישום)²². הדרך היחידה המוכרת והמותרת בחוק היא עריכת הנישואין או הגירושין בפני ה"רשות הרושמת", היא הרשות הדתית – הרבנית²³.

מובן מאליו, שהמחוקק ידע ש"רשות רושמת" זו אינה משיאה אלא בני זוג המותרים להינשא עפ"י דין תורה ואם למרות זאת קבע דרך זו כדרך מותרת יחידה, נמצא כי המחוקק אימץ מכללא גם את הצד האיטורי הוה שבנישואין עפ"י דין התורה. מפקודה זו, העוסקת אך ורק בשלב ה"לכתחילה" – בשלב עריכת הנישואין בלבד – יכולים אנו להסיק, ללא צורך להיזקק לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). תשי"ג 1953, כי המחוקק קלט בשלימות את דיני עריכת הנישואין שבהלכה היהודית.

זאת ועוד: כיון שמצינו שהמחוקק אסר במפורש עריכת קידושין פרטיים, היכן מצינו ועל יסוד מה ניתן לקבוע יוצאים מן הכלל לאיסור זה? לאור הפקודה הנ"ל המצב המשפטי הוא שקידושי בני הזוג במקרה שלפנינו, כבמקרה חקלאי, אסורים הם, ולו רק מחמת היותם קידושין פרטיים, ושוב תמהים אנו כיצד יוכל בימ"ש ששיקול דעת רחב לו, לתת ידו ולהכיר במעשה אסור, הכרה שמשמעותה המעשית היא חיזוק ומתן תוקף לעצם המעשה האסור?²⁴

II על שיקול דעתו של בית הדין הרבני וסמכותו כג"צ

הנחת יסוד בפסק דינו של השופט לגדוי שביה"ד הרבני "סרב להשתמש בסמכות" בכך שלא הן בעתירת בני הזוג לגופה²⁵. הנחה זו היא הפותחת את הפתח להתערבותו של בג"צ בענין הנתון דרך כלל לסמכות ביה"ד הרבני. כפי שיבואר להלן, נראית לנו הנחה זו כלא נכונה מכמה בחינות.

מן המפורסמות הוא, כי מתן סעד הצהרתי נתון לשיקול דעתו של בית המשפט או של

21 שם, עמ' 2070 מול אות ר'.

22 חא"י, כרך ב', עמ' (ז) 876, (א) 903.

23 סעיף 2 לפקודה הנ"ל: "... הרשות הרושמת פירושה... הרב בנישואין לפי דיני ישראל".

24 גם בהתעלם מן החשש של היווצרות אנדרלמוסיה בסדרי הנישואין בישראל. ר' דברי השופט לגדוי בענין חקלאי, שם, עמ' 2069 מול אותיות ה-י' ובענין רודניצקי, עמ' 713 מול אותיות ב-ג. ר' גם להלן בהקשר לדברי הנשיא אגרנט בפרשת שניבירייכרס.

25 ר' בעמ' 715 מול אותיות ד-ה'.

בית הדין הדן בענין²⁶. בית הדין רשאי במקרים כאלה לדחות עתירה על סמך שיקול דעתו, מאחר ואין העותרים ראויים לסעד או מטעמים של שמירת הסדר הציבורי. נמצא, ביה"ד נהג במקרה שלפנינו בהתאם לסמכותו בדחותו את העתירה על הסף ולא יתכן אפוא לראות בכך "סרוב להשתמש בסמכות"²⁷. לשון אחרת: בית הדין הרבני אכן פסק בענין שהובא בפניו, אם גם לא לגופו של ענין, אך גם זה פסק דין הוא!

לאור זאת דבר שאין צריך לומר הוא, שאין כל דמיון בין הענין שלפנינו למקרה של רשות מנהלית אשר מסיבה כלשהי אינה יכולה לתקן בעצמה את פעולתה, שממנה מבקש השופט לנדוי להקיש²⁸. בית הדין הרבני אינו חסר יכולת להעתר לבקשת העותרים. יכול ויכול הוא אלא שאינו רואה צורך או חובה בכך...

המסקנה ההכרחית היא, שהדרך להתערבות בג"צ בענין חסומה. שכן, אם נהג ביה"ד כפי שנהג בהתאם לסמכותו אין בג"צ רשאי להרהר אחר מדותיו ולבקר את ההחלטה, גם אם יסודה בטעמים שבשיקול הדעת בלבד שהרי, כידוע, אין בג"צ ערכאת ערעור על פסק דינו של ביה"ד הרבני²⁹.

את הבסיס החוקי להתערבות בג"צ בענין רואה השופט לנדוי — על יסוד גנחתו שביה"ד הרבני סרב להשתמש בסמכות — בצירופם של שני סעיפי חוק: ס' 7(ב)(2) וס' 35 לחוק בתיהמ"ש, תשי"ז—1957³⁰.

מס' 7(ב)(2) נובעת, בין השאר, סמכות בג"צ לפקח על צעדי מרשם האוכלוסין ועל כן, אומר השופט לנדוי "אם תוך כדי כך יהא עלינו להכנס לגוף השאלה של תקפות הקידושין... נוכל לדון בשאלה זו דרך אגב, לפי ס' 35 לחוק בתיהמ"ש...". עם כל הכבוד, נראה שהשופט לנדוי לא דק פורתא.

אין חולק על כך שפקיד הרישום נהג במקרה דנן כדיון בסרבו לרשום את בני הזוג העותרים כנשואים, מאחר ולא היתה לפניו כל תעודה ציבורית כנדרש ע"י החוק³¹. לבג"צ לא היתה אפוא כל עילה לפסול את מעשהו או לבקרו. כל שנותר לבג"צ לעשות, וזאת אכן עשה, ליצור בעצמו את ה"תעודה הציבורית" שתשמש יסוד לרישום העותרים כנשואים ע"י פקיד המרשם.

הנהג, לשם מתן תעודה זו בידי העותרים אין שאלת תקפותו של מעשה הקידושין שאלה אינצידנטלית, הנופלת לתחומו של ס' 35 הנ"ל, אלא שאלה עיקרית, אך דא עקא ששאלה זו כשאלה עיקרית אינה נתונה לסמכות בג"צ אלא לסמכותו הייחודית של ביה"ד הרבני!

26 השופט לנדוי עצמו מדגיש זאת פיהם לבית הדין הרבני בפסק-דינו בענין שגב, שם, עמ' 558 למעלה. יריעה רחבה בענין זה פורש השופט חשין ז"ל בע"א 238/53 בהן ובוסליק נ. יהודימ, ח' פד"י, 4 בעמ' 46 (ס' 20 מפסק הדין).

27 ע"י בדברי הנשיא אגרנט בפסק-דינו בענין שגב, שם, עמ' 518 מול אותיות ב-ה', הרומזים לדעתנו על גישה דומה.

28 רודניצקי, עמ' 715 מול אותיות ה-ו'.

29 סעיף 7(ב)(4) לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, מאפשר לבג"צ להתערב בהחלטות בית הדין הרבני במקרים של הריגה מסמכות בלבד.

30 סה"ח 233, תשי"ז, עמ' 148.

31 רודניצקי, שם, עמ' 716 מול אות א'.

32 חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה—1965, ס' 19 ג' שהוסף בתשכ"ו.

הווי אומר: גם בהנחה שביה"ד הרבני סרב להשתמש בסמכות לא היה בסיס חוקי להתערבות בג"צ בדרך בה עשה כן.

מה שרשאי, כמדומה, בג"צ לעשות במקרה כגון זה הוא, לצוות על ביה"ד הרבני לדון בענין בהסתמך על ס' 7 (ב) (4) לחוק בתיהמ"ש וזאת, כאמור, בהנחה שאמנם סרב ביה"ד לדון, אך לאור הדברים דלעיל, ביה"ד אכן דן בענין ובמסגרת סמכותו פעל, ועל כן גם סעיף זה אין בו כדי לאפשר התערבותו של בג"צ בענינו. ומעבר לכל האמור: סבורים אנו, שגם בחינת שיקול דעתו של ביה"ד הרבני לגופו אינה מחייבת את המסקנה אליה הגיע השופט לנדוי. לדעתו, כך יש להבין, השקפת בג"צ על האינטרס הציבורי עומדת בניגוד גמור להשקפת ביה"ד הרבני – "השקפה הניזונית מאדיקותו הדתית"...

השקפת בג"צ על האינטרס הציבורי בענינו באה לידי בטוי בדברי הנשיא אגרנט בפסק דינו בענין שגב.³³

אל קביעת המבחן הסופי בשאלת מתן סעד הצהרתי במקרים מן הסוג שלפנינו מגיע הנשיא אגרנט תוך מציאת דרך פשרה בין שני שיקולים הפועלים זה כנגד זה בשאלת הקידושין הפרטיים. לאחר סקירה תמציתית על הוראות הדין הדתי והחוק הישראלי הנוגעות לענין, מסכם הנשיא לאמור: "מן האמור עד כה עולה ברורות, שכל אדם המשתתף בקידושין פרטיים... עושה מעשה הפוגע בהכרח... בסדר הציבורי שקבע החוק... ולא עוד אלא פותח פתח רחב לכל אותן תוצאות הלואי החמורות והמזיקות שצמחו בעבר מקידושין נסתרים ואשר ההסדרים שהונתגו בשטח זה ע"י משפט המדינה נועדו למנוע אותן ולעקרן".³⁴

דברים אלה מחייבים, לכאורה, שביהמ"ש לא יעתר לפניות בעל הדין ולא יתן לו את הסעד ההצהרתי המבוקש בדבר תקפותם של הקידושין הפרטיים שנעשו על ידו. אולם מאידך גיסא, סבור הנשיא אגרנט, מן ההכרח להתחשב בשיקול נוסף "הנעוץ גם כן באינטרס הציבורי והפועל בכיוון ההפוך". כאשר טוען אדם כי רכש מעמד של גישואין הרי שלציבור כולו, ולא רק למבקש עצמו, ענין גדול בהשגת הכרעה שיפוטית בשאלה אם גישואיו תקפים אם לאו. אינטרס ציבורי זה, מסביר הנשיא, נובע מחשיבותו החברתית והמוסרית הגדולה של המוסד האמור. לכן קובע הנשיא אגרנט את המבחן הבא: כאשר קיים גורם, בין עובדתי בין הלכתי, המונע סידור נישואין כדת בין הצדדים, יש להכריע בעד מתן הסעד ההצהרתי המבוקש היינו, כאן מכריע משקלו של האינטרס השני הנוכח. לעומת זאת, אם לא קיימת כל מניעה לסידור נישואין חוקיים כדת בין הצדדים, אזי מכריע משקלו של האינטרס הראשון הנוכח "הואיל ובנסיבות האמורות מכתב האינטרס של הציבור שהצדדים יסדירו את נישואיהם, באין כל מניעה לכך, לפי הסדר שנקבע לצורך זה ע"י משפט המדינה".³⁵

והנה בענינו, אף שביה"ד הרבני הונחה בפסק דינו ע"י שיקול דתי, הרי למעשה כל שעשה לא היה אלא הכרעה בין שני אינטרסים לגיטימיים – מנוגדים אלה, בעוד הנשיא אגרנט מכריע, כאמור, בדרך של פשרה. הלואת יקרא "השקפה הניזונית

33 נוכרי כי בענין שגב עמדה לדין שאלת קידושין פרטיים של בני זוג שאינם אסורים להינשא עפ"י דיני ישראל.

34 שגב, שם, עמ' 527 מול אות א'.

35 שם, עמ' 533 למעלה.

מאדיקות דתית? והאם מן הדיוק הוא לראות בהכרעה זו של ביה"ד הרבני משום ניגוד גמור להשקפתו של הבג"צ?^{37,38}

זאת ועוד: השופט לנדוי מתעלם, משום מה, מהחלק הראשון שבפסק דינו של ביה"ד הרבני הגדול (בחלקו השני שניתן לאסור התערבות בג"צ) בו נאמר: "עצם ההחלטה לדחות את הערעור דוחה אותו ללא ספק על כל שלוש העתירות שבו". דומה, במלים אלו מבהיר בית הדין שהעתירה כולה נדחת לגופה ורק לאחר מכן, כתוספת, קובע ביה"ד שאין העותרים ראויים, לדעתו, לסעד³⁸. על כן גם מסיבה זו לא היה בג"צ רשאי, לדעתנו, להתערב בענין תוך שהוא קובע שבית הדין סרב להשתמש בסמכותו.

III כשרותם של עדי הקידושין

בשלב האחרון של פסק הדין דן השופט לנדוי בשאלה – האם זקוקה העותרת לגט על מנת שתוכל להינשא לאחר. זאת אחר שציינו, כי זהו המבחן לקיום קשר הנישואין בין בני הזוג, כפי שהייב לבוא על ביטויו במרשם האוכלוסין.

בהקשר זה נזקק השופט לנדוי לשאלת כשרותם של עדי הקידושין. עדים אלה הוכרו כבלתי כשרים הן ע"י ביה"ד הרבני האזורי והן ע"י ביה"ד הגדול לערעורים, עקב היותם מחללי שבת. השופט לנדוי מתנגד לכך ולדעתו "על בית משפט זה להתעלם מפסילה סיטונית זו ולו רק מפני שלפי סעיפים 2, 3 של פקודת העדות כל אדם הוא כשיר להיות עד"³⁹.

בכל הכבוד יש להעיר, כי דברים אלה יסודם בטעות. כידוע, מבהינה ההלכה בין שני סוגי עדים: עדי הוכחה ועדי קיום. הראשונים הם עדים הנדרשים רק לשם הוכחת קיומה של עובדה, או לשם הוכחת ביצוע פעולה מסוימת וכדומה, בעוד האחרונים אינם נדרשים, לשם הוכחה כלל אלא הם מהווים תנאי הכרחי-מהותי להיווצרותה של מעשה או מצב משפטי מיוחד. עדי הקידושין משתייכים לקטגוריה האחרונה⁴⁰, על כן שאלת

36 יצויין כי הנשיא עצמו רומז בדבריו כי המבחן שקבע אינו מבחן מוחלט שאין אחריו כלום, וכי אין בו גם כדי לחייב את ביה"ד הרבני. וכה דבריו: "יהא זה ברור שלא באתי כאן להצביע על הפתרון האמור אלא כעל פתרון הטומן בחובו את הגישה הכללית אשר שומה על ביי"מ זה להביאה בחשבון שיקוליו... שהרי עצם מתן הסעד ההצהרתי... אינו נתון בסמכותנו כי אם בסמכותו של בית הדין הרבני" (עמ' 532, מול אותיות ד'–ה').

37 מן הראוי להדגיש כי בין שופטי ביהמ"ש העליון גופו נשמעו לא אחת דעות העולות בקנה אחד עם השקפת ביה"ד הרבני בעניננו. ר' דברי השופט חשין ז"ל בענין כהן וכפוליק (הע' 26 לעיל) אשר טען, בפסק דין ארוך ומנומק, שאין להעניק סעד הצהרתי לבני הזוג שהיו אסורים להינשא ע"י דין תורה וערכו טקס קידושין פרטי. כמו כן – דברי השופט זילברג בענין קלארי, אשר סרב להעניק סעד הצהרתי בנוסיבות הדומות לענין הקודם, מתוך שראה את בני הזוג בלתי ראויים לכך (בניגוד לעמדת השופט לנדוי שם, שלא ראה פסול בעצם מעשה הקידושין הפרטי).

38 ר' דברי השופט קיסטר בעניננו, עמ' 721 למעלה, 728 מול אותיות ד'–ה'.

39 רדניצקי, שם, עמ' 718 מול אותיות ב'–ה'.

40 שרשבסקי, שם, עמ' 36. על הבחנות דומות ראה: לענין "הודאה" – דברי השופט זילברג בע"א 65/51 קוטיק נ. זולפסון, ה' פד"י, 1341, ס' 7 מפסק דינו. לענין צוואה – דברי השופט חשין ז"ל בע"א 88/57 רוזנברג נ. הלפרין, י"ב פד"י, 1096, בעמ' 1100 (ס' 3 מפסק הדין).

כשרותם אינה ענין ראיתי-פרוצדורלי אלא ענין מהותי שיש לדון בו עפ"י דין תורה בלבד, כבשאר השאלות הנוגעות למעשה הקידושין, וממילא ברור שפקודת העדות אינה רלוונטית כלל לענין.⁴¹

iv הרהבת יריעותיה של הלכת רודניצקי

(בג"צ 275/71 כהן-מלר נ. ביה"ד הרבני האזורי ת"א, כ"ו פד"י (1), 227⁴²;
בג"צ 29/71 קידושין נ. ביה"ד הרבני האזורי ת"א ואח' 48).

עסקנו באריכות מה בפס"ד רודניצקי משום המפנה שבו. אכן, פס"ד זה משמש יסוד ובנין אב למקרים אחרים שבאו בעקבותיו.
גדון בקצרה בשני פסקי דין שיצאו לא מכבר מתחת ידי בג"צ, ואשר בכל אחד מהם ניתן לראות שלב נוסף ומיוחד בהתפתחות שראשיתה, כאמור, בענין רודניצקי.

ענין כהן-מלר

עובדות המקרה דומות, בראשיתן, לאלו של מקרה רודניצקי. בני הזוג, כהן וגרושה שערכו טקס קידושין פרטי, פנו אל ביה"ד הרבני במטרה לקבל ממנו, במישרין או בעקיפין, אישור לתקפות המעשה. אולם למוד נסיון, כנראה, מהשתלשלות הארועים בענין רודניצקי, הוציא הפעם ביה"ד פס"ד שונה. בסעיף ב' מפסק הדין נקבע כי "לאור הצהרת המבקשים... אסור לכ"א מהם להינשא לאחר...". עם זאת הוסיף ביה"ד, בסעיף ג', לאמור: "האיסור לכל אחד מהמבקשים להינשא לאחר, כאמור בסעיף ב' אין בו משום מתן מעמד כלשהו של נשואים למבקשים, ואין, לכן, לרשום אותם כנשואים".
נזכר סעיף אחרון זה סרב משרד הפנים לרשום את בני הזוג כנשואים והם הפנו עתירתם לבג"צ.

בפסק דינו מטעים מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, כי הדברים שבסעיף ג' הנ"ל בענין רישום בני הזוג יש לראותם כפסק שבהלכה בלבד, שאם לא כן יש בהם משום חריגה מסמכות... מאידך, האמור בסעיף ב' לפסק דינו של ביה"ד הרבני די בו כדי לחייב רישום בני הזוג כנשואים, כפי שנקבע בענין רודניצקי.⁴⁴

עם כל הכבוד, נראה לנו כי טעמו ומסקנותיו של השופט זוסמן אינם עומדים בפני הביקורת. אמת נכון הדבר, אין לבית הדין הרבני סמכות כללית לצוות על רשויות, גופים ופקידים לעשות מעשה או להמנע ממנו... אך עם זאת יש ורשות מרשויות המדינה מצווה ממילא לפעול לאור עובדות משפטיות שנקבעו ע"י ביה"ד הרבני. הכוונה, כמובן, לתחום דיני הנישואין והגירושין. הסמכות הייחודית לקביעת מעמדם האישי של בני זוג מסורה, כידוע, בידי בתי הדין הרבניים, ורישומם של הללו

41 ר' דברי השופט קיסטר בענינו, עמ' 727, ס' י' מפסק דינו. אך התבונה והבקורת הנ"ל אינם נזכרים בדבריו.

42 להלן, ענין כהן-מלר.

43 עד. לשעת כתיבת הדברים טרם פורסם. להלן, ענין קידר.

44 ר' רודניצקי, שם, עמ' 717 מול אות ה'.

כנשואים במרשם האוכלוסין אינו אלא פועל יוצא ממעמד המשפטי כפי שנקבע באופן כללי, לכל ענין, ע"י ביה"ד הרבני.

לשון אחרת: גם אם אין ביה"ד הרבני מוסמך לצוות על פקיד הרישום לפעול כך או אחרת הרי הלה חייב לבצע את הרישום בהתאם למסקנות שנקבעו, או העולות, מפסק דינו של ביה"ד הרבני.

הנהגה, במקרה שלפנינו אכן רשאים אנו להתעלם מן הסיפא של סעיף ג' הנ"ל ולראות בו חריגה מסמכות, אך ברישא של אותו סעיף קובע ביה"ד במפורש שאין לראות את בני הזוג כנשואים. בזאת אין ביה"ד מורה לפקיד הרישום דבר, הוא אך קובע את מעמדם האישי-משפטי כלפי כולי עלמא ולכל ענין, וממילא גם לענין הרישום, ואין יעלה על הדעת שרשאי פקיד הרישום להרהר אחר מסקנתו המפורשת של בית הדין, לבדוק את הדברים לגופם ולהסיק מסקנה שונה?

ומכאן, ספק אף לענין סמכותו של בג"צ להתערב בענין: בכמה פס"ד ישנים קבע ביהמ"ש העליון, כי אחד המבחנים לקיומו של קשר הנישואין הוא השאלה האם רשאים, או שאינם רשאים, בני הזוג להינשא לאחרים טרם הפרדם זה מזה בגט⁴⁵. בענין רודניצקי אומץ מבחן זה שנית⁴⁶. השופט גנדוי אף הוסיף מדיליה, שאם אכן ייקבע שבני הזוג חייבים בגט כנ"ל חייב הדבר לכוא לידי ביטוי במרשם האוכלוסין ע"י רישומם כנשואים...⁴⁷.

אולם, אימתי יפה כוחם של דברים אלו? כאשר שאלת קיומו של קשר הנישואין היא בסמכות ביהמ"ש או בג"צ היינו, כאשר עולה שאלה זו "דרך אגב" לפי ס' 35 לחוק בתיהמ"ש. אך כאשר השאלה עולה בפני בית דין רבני רשאי הוא אף רשאי לפסוק בה עפ"י מבחניו הוא, ואין בג"צ (ובודאי לא פקיד הרישום) ערכאת ערעור המוסמכת לפסול מסקנת ביה"ד רק משום שאינה עולה בקנה אחד עם תוצאות מבחניו שלו בענין. בענין כהן-מלר צועד השופט זוסמן צעד נוסף בדרך שנפרצה בפס"ד רודניצקי. הוא מרחיב את תחומה של הלכת רודניצקי, אך זאת, כאמור, יתר על המידה וללא בסיס משפטי איתן.

ענין קידר

הרחבה מופלגת — "מתיהה" ממש — של הלכת רודניצקי מוצאים אנו בפסק דינו של הרוב בענין קידר.

עקרונות, דומים פרטי המקרה לאלו של מקרה רודניצקי אלא שכאן מדובר לא בקידושי כהן וגרושה אלא בקידושין פרטיים של כהן וחלוצה⁴⁸.

גם במקרה זה סרב ביה"ד הרבני האזורי לתת סעד כלשהו לעותרים, אך משפנו

45 על עצם השאלה האם מבחן זה נכון וצודק ר' "ספק קידושין במשפט הישראלי", חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, מאת פ. שיפמן.

46 ר' ציטוטים מפסקי הדין, תוך הסכמה, בעמ' 717, מול אותיות ב'—ד'.

47 שם, שם, מול אותיות ד'—ה'.

48 אלמנה שקיבלה חליצה מאחי בעלה שמת ולא הניח אחריו זרע. איסור נישואי כהן חלוצה אינו אלא מדרבנן. קידושין ע"ח ע"א, רמב"ם איסורי ביאה י"ז ז'. ר' שרשבסקי, שם, עמ' 58, 236.

בערעור לבית הדין הרבני הגדול נדון ענינם לגופו והוחלט להחזיר את הענין לבית"ד האזורי, מאחר וזה לא גמר את מלאכתו בקשר לחקירת עדי הקידושין.

בשלב זה, תוך כדי ההליכים בבתי הדין הרבניים, פנו העותרים לבג"צ וזה החליט, מפי השופט ברנזון המבטא את דעת הרוב, כי השתלשלות הענינים מוכיחה שבתי הדין הרבניים אינם מתכוונים אלא "למשוך" את בני הזוג ללא תכלית... על כן נטל בג"צ על עצמו את המלאכה ופסק, על יסוד הלכת רודניצקי, כי בני הזוג "אסורים להינשא לאחר או לאחרת כל זמן שלא התגרשו".

לגופו של ענין אין לנו מה להוסיף על דברי השופט י. כהן (בדעת מיעוט). גם אחרי פס"ד רודניצקי, מטעים השופט כהן, ההלכה היא שלא יושיט בג"צ סעד כל עוד לא מוצו עד תום ההליכים בבתי הדין הרבניים. אשר למעשה, טוען השופט כהן, אין לראות בהחלטת בית"ד הגדול במקרה דנא השתמטות מלדון בבקשת העותרים.

נראה, כי הרוב בענין קידר הרחיק לכת עד מאד. התערבות בג"צ תוך כדי ההליכים בבתי הדין הרבניים – הנראית כאילו מונעת ע"י הרצון "לחסוך בזמן" ו"לקצר בהליכים" – הינה תמוהה ביותר.

המעייץ והעוקב אחר השתלשלות הפסיקה בנושא זה מאז פרשת חקלאי דרך פרשת רודניצקי ועד הלום אינו יכול שלא לחוש בסימנים ברורים של מגמה חדשה: הפיכה דה פקטו של בג"צ לערכאת ערעור על החלטות בתי הדין הרבניים, דבר המתבטא בבדיקת פס"ד רבניים לגופם⁴⁹, תוך הסקת מסקנות שונות, ונטילת סמכויות ללא סמכות⁵⁰.

שמשון אטינגר

49 מאלפת מנקודת מבט זו, הערתו של השופט ברנזון בענין קידר: "השתלשלות הדיונים לאחר מכן, הן בבית"ד האזורי והן בבית"ד הגדול לערעורים, מוכיחה לדעתי האחזות בענינים צדדיים, שחשיבותם אצל הדיינים במקומם, אבל בסופו של דבר אינם יכולים להשפיע על התוצאה הסופית" (בסוף פסק הדין).

50 אין ספק, מגמה זו יסודה ברצון ל"הושיע" בני זוג שאין להם דרך רשמית-חוקית לבוא בברית הנישואין. אולם, כפי שעולה במקובץ מדברינו, אין לכך בסיס או הצדקה משפטית מספקת.