מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי

(המשך מהחוברת הקודמת)

מאת

פרופסור יצחק אנגלרד

שער שלישי: החלת הדין הדתי

פרק ראשון

מבוא

בשער זה אנו נעסוק בהחלת הדינים הדתיים בבתי המשפט האזרחיים בלבד. לא נעמוד על הפעלת הדין הדתי בבתי הדין הדתיים השונים הפועלים במדינת ישראל על פי סמכויות שהוענקו להם על־ידי המחוקק. כפי שכבר הזכרנו [1] קיימים הבדלים מהותיים בדרך ההחלה של הדין הדתי בין מוסדות השיפוט הדתיים ובין בתי המשפט האזרחיים. תשומת לבנו תהיה נתונה לקווים המיוחדים המאפיינים את החלת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים.

את המושג "החלה" אנו תופסים במובנו הרחב ביותר, כלומר, כל הסתמכות על הוראות הדין הדתי או התחשבות בהן מצד מערכת המשפט הישראלי.

בשימושנו זה במושג החלה יש משום הרחבה, כי מקובל אצל סופרים רבים לייחד את המושג הזה להסתמכות על גורמות לשם קביעת הנפקות המשפטית [2]. נמצא, כי לפי גישה זו החלת משפט זר קיימת אך ובק במקרה של הפניית משפט, להבדיל מהפניית עובדה. במלים אחרות, החלת משפט זר פירושה, במובנה הטכני והדווקני, קביעת התוצאות המשפטיות לגבי מסכת עובדות מסויימת על פי משפט זר זה [3]. לדעת סופרים אלה, במקרה של הפניית עובדה אין "החלה" כי אם "התחשבות" גרידא בגורמות הזרות [4].

מבחינת מעמד הגורמה המשפטית הזרה ככלל התנהגות במערכת הפנימית, אין ספק כי ההבחנה בין "החלה" ובין "התחשבות" היא בעלת משמעות. (במיוחד בולט הדבר בהפניות מתנות [5], כגון דרישת ההדדיות; ההתייחסות אל המערכת הזרה היא

1 לעיל עמ' 315, בחוברת הקודמת (ולהלן ללא ציון: חוברת קודמת).

2 Bernardini, *Produzione di norme giuridiche mediante rinvio*, Milano 1966, p. 364; F. Rigaux, *Droit international privé*, Bruxelles 1968, no. 136: "Comme la règle de droit attache à une hypothèse certaines conséquences juridiques, *appliquer* cette règle consiste à déduire à propos d'une situation particulière l'effet juridique qui lui appartient".

3 Rigaux, *ibid.*: "*Applique* le droit étranger, le juge qui emprunte à ce droit la conséquence juridique postulée par la partie à laquelle il donne gain de cause".

4 Rigaux, *op. cit.* nos. 137–138. על ההבחנה בין הפניית עובדה והפניית משפט ראה לעיל עמ' 300—304.

5 על מושג זה ראה לעיל עמ' 308—309.

nevo.co.il

נטולת תוכן לגבי עובדות המקרה הנידון). אולם, אם נשקיף על ההליך המחשבתי הכרוך בהפעלת נורמה, הרי ההבדל אינו כה מהותי. גם בהפניית עובדה השופט נקרא לא פעם להגשים את ההוראה הזרה המופשטת לגבי מסכת עובדות נתונה, הליך האופייני להחלת המשפט. ההבדל היחיד הוא כי כאן ההסתמכות על המשפט הזר אינה אלא שלב אחד בפתרון הסכסוך שלפניו: התוצאה המשפטית הסופית נקבעת על־ידי הוראה פנימית. כי, כידוע, בהפניית עובדה ההסתמכות על המשפט הזר באה לשם השלמת מסכת העובדות. אך לאמיתו של דבר, מה שמכונה מסכת עובדות מהווה לעתים בעצמה נפקות משפטית לגבי מסכת עובדות קודמת. לדוגמה: היותו של אדם "יהודי" היא ה ע ו ב ד ה אליה קשורה הנפקות המשפטית של סמכות בית הדין הרבני; אולם, היותו של אדם יהודי היא מצדה הנפקות המשפטית של עובדות קודמות, כגון הליך הגיור[6].

מאחר ואנו נתרכז בשער זה ב ה ל י ך ההפעלה של הנורמות הדתיות, אנו תופסים את מושג ההחלה במובנו הרחב. בכך, כמובן, לא שללנו קיום הבדלים חשובים בין שני סוגי ההפניות הנזכרים.

השאלה היסודית העומדת בפנינו בסוגיית החלת הדין הדתי היא הבאה: האם קיים הבדל עקרוני בין החלת נורמות המשתייכות למערכת נורמטיבית אחרת והמופעלות באמצעות הפנייה[7] לבין החלת נורמות שנוסחו במלואן על־ידי המחוקק הפנימי?

6 על היחס הזה בין מסכת עובדות ונפקות משפטית ראה במיוחד — Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1969, p. 186 sq.: "Man gelangt auf diese Weise zu einer gewissen Relativierung der Begriffe 'Tatbestand' und 'Rechtsfolge': Die Rechtsfolge des einen Rechtssatzes erscheint in einem anderen Rechtssatz als Tatbestandselement".

7 בעיות מסויימות, במיוחד של פרשנות, עשויות להתעורר גם כתוצאה מקליטה ישירה של הדין הדתי (על מושג זה ראה לעיל עמ' 297). אולם, הבעיה ה ע ק ר ו נ י ת קיימת לגבי קליטה על־ידי הפנייה בלבד. בדבר שאלת הפרשנות ראה בג"צ 163/57 לוביץ נ. עיריית תל־אביב־יפו, י"ב פד"י, 1041. כאן התעוררה השאלה כיצד לפרש את המלים "בשר חזיר או מוצריו הנועדים לאכילה" שהופיעו בחוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת), תשי"ז—1956. חוק זה הסמיך רשות מקומית להתקין חוק־עזר המגביל או האוסר גידול חזירים והחזקתם, ומכירת בשר חזיר, ומוצריו, הנועדים לאכילה. טענת העותר היתה כי לא כל חלקי החזיר כלולים הם במונח "בשר חזיר", אותו יש לפרש לפי מובנו המקובל, הכולל את החלק הרך הניתן לאכילה בלבד, ולא חלקים אחרים. טענה זו נדחתה על־ידי כל שלושת השופטים שישבו בדין. הנשיא, השופט אולשן, מנמק את הדבר כך: "אם נכון הדבר . . . שחוק ההסמכה בא כדי לתת אפשרות לרשויות המקומיות לאסור על מכירת בשר חזיר בהתחשב עם רגשות חלקי האוכלוסיה הנ"ל — ועל זה אין חולק — הרי אין מנוס מפירוש המלים 'בשר חזיר' לאור אותה מסורת שעמדה לעיני המחוקק כאשר עסק בניסוח החוק" (שם, עמ' 1048), והשופט זילברג (שם, עמ' 1067): "אך אין ספק כי תכליתו ה ע ק י פ ה של החוק — לעתים קרובות התוצאה העקיפה היא מטרתו 'הישירה' של המחוקק — היתה למעט את א כ י ל ת בשר החזיר . . . לכן ברור הדבר, כי בנקטו את הלשון 'בשר חזיר' הוא התכוון לכל אותם החלקים הכלולים באיסור הדתי־לאומי הנ"ל". וראה שם, עמ' 1077 דבריו של השופט זוסמן, המסכים למסקנה, אך חולק על דעתו של השופט זילברג בדבר מעמדם העקרוני של כללי הפרשנות האנגליים בחקיקה הישראלית. מבחינה כללית יש להעיר כי הוויכוח נסב סביב פרשנותו של מ ו נ ח, דהיינו, מתן משמעות לביטוי. ראה על כך גם המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ. קום, ו' פד"י, 4, וראה, לעיל, עמ' 303 הערה 19. לעומת זאת, דומה כי איש לא פיקפק בכך כי במקרה של הפנייה יש להחיל את הנורמה הדתית בהסתמך על כללי הפרשנות העצמאיים של המערכת הדתית.

nevo.co.il

שאלה זו התעוררה בשיטות רבות לגבי נורמות המשפט הזר המופעלות במערכת הפנימית מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. הבעיה העקרונית מנוסחת לרוב כנוגעת ל מ ע מ ד ו של המשפט הזר: האם הוא בבחינת ע ו ב ד ה או בבחינת מ ש פ ט ז[8].

קיימת נטייה להגדיר תחילה את מעמדן של ההוראות הזרות כעובדה או כמשפט ולאחר־מכן להסיק ממיון זה את הנפקויות השונות הנובעות ממנו בתחום ידיעת המשפט הזר, פרשנותו ועוד.

גישה זו היתה אולי מוצדקת, לו אפשר היה למצוא מבחן קבוע וחד־משמעי להבחנה בין עובדה ומשפט, ובנוסף לכך מבחן זה היה עוצר כוח לסווג באופן ברור את המשפט הזר באחת משתי הקטגוריות.

אולם, דומה כי שני התנאים גם יחד אינם קיימים. ידועה היא המחלוקת בדבר משמעות ההבחנה בין עובדה ומשפט באופן כללי[9]. והנה, המציאות מלמדת כי בעולם המשפט מיוצגות שתי ההשקפות, זו הרואה במשפט הזר שאלה של עובדה וזו הרואה בו שאלה של משפט[10]. יתרה מזו, ההסדר המשפטי בעניינים שונים מבוסס לעתים על גישה מעשית שאינה תואמת במלואה אף לא אחת משתי ההשקפות. אין, איפוא, כל טעם לנסות ולסווג את המשפט הזר על יסוד קביעה אפריורית. בצדק העיר Maury[11] כי "הקביעה שהחלת המשפט הזר היא שאלה של עובדה אינה מהווה גימוק המצדיק את הפתרונות, אלא נוסחה המסכמת אותם".

המשפט הישראלי, ההולך בעקבות ההשקפה האנגלו־אמריקאית המסורתית, רואה את החלת המשפט הזר כשאלה של עובדה[12].

השקפה זו מוצאת את ביטויה העיקרי בתחום הדיוני, דהיינו, בדרך הטיעון וההוכחה

8 הספרות המשפטית היא ענפה, ראה את הביבליוגרפיות הרחבות אצל C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris 1965; Zajtay, *Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht*, Berlin 1963; M. Giuliano, "Le traitement du droit étranger dans le procès civil dans les systèmes juridiques continentaux," 14 (1962), *Rev. int. de droit comparé* 5; S. L. Sass, "Foreign Law in Civil Litigation, A Comparative Survey," 16 (1968), *American Journal of Comparative Law*, 332; *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht, Festveranstaltung und Kolloquium anlässlich des 40–jährigen Bestehens des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1968; A. Nussbaum, "The Problem of Proving Foreign Law," 50 (1940–41), *Yale L. J.* 1018.

9 Cf. *Le fait et le droit, Etudes de logique juridique*, Bruxelles 1961; cf. Paton, *Jurisprudence*, 3rd ed., Oxford 1964, pp. 175 sqq. לגבי סוגייתנו ראה במיוחד I. Zajtay, *op. cit.*, pp. 7 sqq.

10 ראה את המקורות המובאים לעיל בהערה 8.

11 *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Mexico 1949, p. 50, cité par W. Goldschmidt, "Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé," *Mélanges Maury*, Paris, t. 1, pp. 152, 157.

12 ע"א 18/51 חברת ניו־זילאנד לביטוח בע"מ נ. יובל, ז' פד"י, 518, 527; ע"א 406/62 זילכה נ. רלומי, י"ז פד"י, 904, 907—909. ר' א. סלנט, דיני ראיות, תל־אביב תשכ"ג, עמ' 181, 188 (תוספת תשכ"ט); Vitta, *Personal Status in Palestine*, Tel-Aviv 1947, p. 141 sq.

nevo.co.il

של המשפט הזר. תפיסה זו היתה שרירה אף לגבי הדין הדתי, אם כי מראשית המנדט הבריטי היו קיימות הוראות מיוחדות בדבר הוכחתו בבית המשפט האזרחי אשר סטו במידת מה מן הכללים המסורתיים והנוקשים החלים בסוגייה זו על משפט זר [13].

שינוי חשוב במעמדו של הדין הדתי חל כתוצאה מתיקון בפקודת הפרשנות בשנת 1945 שהרחיב את משמעות המושג "דין" על־ידי הכללת הדינים הדתיים בו, בהבדל מדינים זרים החלים בישראל בתוקף כללי המשפט הבינלאומי הפרטי.

תיקון זה הוא ללא ספק חשוב — כפי שנראה עוד בהרחבה בסמוך — בתחום המעמד הדיוני של הדין הדתי. אך דומה כי הפסיקה המקומית הגזימה בחשיבות שייחסה לתיקון זה מבחינת המעמד הכללי של הדין הדתי במערכת המשפט המקומי [14]; כי סוף סוף אין לשכוח כי פקודת הפרשנות אינה אלא ריכוז של הגדרות לנוחיות המחוקק. לכן, לא נראית לנו נטייתם של בתי המשפט לייחס משמעות לעצם הכללת הדין הדתי במושג "דין" וללמוד מעובדה זו גרידא על טיב קליטתו של הדין הדתי בשיטה המקומית [15]. את מעמדו של הדין הדתי יש להסיק מן ההוראות המהותיות של פקודת הפרשנות (או של חוקים אחרים) הנוגעות במפורש ל"דין" ובכך לדינים הדתיים [16].

נקודת המוצא של דיוננו מצויה, איפוא, בפתרונות הקיימים לגבי שאלות ספציפיות הנוגעות להחלת הדין הדתי במערכת המקומית, ולא בקביעה אפריורית המתבססת, כביכול, על ט ב ע מיוחד של שיטה זרה.

אולם, גם אם בחרנו לבחון את מעמד הדין הדתי במערכת הישראלית לפי פרטי הכללים הקובעים את דרך החלתו, עדיין עלינו לשאול אם אין הבדל מהותי בגישתו הכללית של השופט, שעה שנקרא להחיל הוראות משפטיות זרות. בלומר, לא מעמד דוגמטי מיוחד, אלא מעמד מיוחד מכוח המציאות. אספקט זה של הבעיה זכה להדגשה מיוחדת אצל המלומד בטיפול (Batiffol). לדעתו קיים שוני מהותי בין גישת השופט אל משפטו הפנימי ובין גישתו אל משפט זר. כאן, הוא ממלא תפקיד יוצר בקביעת תוכן המשפט ומשמעותו, כי הוא חי את שיטתו ושואף למצוא את הפתרון ההגיוני, המועיל והצודק במסגרת נוסח החוק. שם, לגבי המשפט הזר, הוא ניגש למלאכתו כעין משקיף מן החוץ המסתפק במציאת ה"קיים" [17].

13 ר' להלן, עמ' 517—518.

14 ר' למשל את דבריו של השופט זילברג בע"פ 112/50 יופיפוף נ. היוה"מ, ה' פד"י, 481, 501—502, ר' לעיל, עמ' 315. השווה גם ע"א 99/63 פלג נ. היוה"מ, י"ז פד"י, 1122, 1127 בשאלת התקדים המחייב לגבי פירוש הדין הדתי, וראה על כך במיוחד להלן בעמ' 549 ואילך. וכן א. ח. שאקי, "ערבוב תחומין וצמצום סמכות השיפוט הדתי", (תשכ"ה) נויליין, כרך כא—כב, עמ' 38, 46; מ. שאווה, "טעות בקביעת היהדות השוללת סמכות", (תש"ל) הפרקליט, כרך כ"ה, ע"ע 617, 628—630, 639.

15 השווה ויטה, "בתי־דין דתיים ושיפוטם בארץ־ישראל ומהותם המשפטית", (1946) הפרקליט, כרך ג', עמ' 70, מודפס שוב (תשכ"ט) הפרקליט, כרך כ"ה, ע"ע 174, 178; והשווה לעיל עמ' 315.

16 הסעיף החשוב ביותר הוא ס' 33 לפקודת הפרשנות הדן בידיעת הדין ובו נדון בפרק הבא. פרט לסעיף זה אין כמעט סעיפים הנוגעים באופן ממשי לדין הדתי.

17 Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, pp. 108 sq.: "Il ne s'agit plus de raisonner sur le juste, l'utile ou le caractère contraignant de l'impératif législatif, mais de constater un état de fait. Selon la juste

nevo.co.il

אין ספק כי יש צדק רב בהערתו של בטיפול. השופט, העוסק במשפט זר, נעדר רגש ההזדהות הפנימית עם ההוראות הנורמטיביות הזרות; אין בלבו אותו חוש אחריות לשלמות השיטה ולפעולתה התקינה בחברה כפי שהדבר קיים, לרוב, בהחלת משפטו העצמי [18].

אך, האם דבר זה נכון אף לגבי הדין הדתי בישראל? דומה, כי קיים הבדל גדול בין עמדתו של שופט יהודי לגבי הדין היהודי לבין גישתו אל דינים דתיים אחרים. השופט היהודי — הכוונה בעיקר לזה הבקי בתלמוד ובפוסקים — קשור קשר נפשי לדין היהודי ומייחס לו ערך דתי או לאומי. מצויה אצלו מידה רבה של הזדהות עם המשפט היהודי והוא חפץ ביקרו. התוצאה מגישה מיוחדת זו משתקפת יפה בפסיקה של בתי המשפט. השופטים הבקיאים בהלכה צוללים לתוך ים התלמוד, לעיתים מתוך גישה עצמאית ניכרת ודולים מתוכו את הפתרונות הנראים להם רצויים [19].

שונה גישתו של אותו השופט כאשר עוסק הוא בדין דתי אחר; עמדתו דומה לזו הננקטת על־ידי שופט הפונה אל משפט זר כלשהו [20]. אולם הבדל זה, הקיים במציאות, אינו מוכר על־ידי המחוקק, המסדיר את מעמד כל הדינים הדתיים בצורה זהה.

expression de W. Goldschmidt (*Sistema y filosofia del derecho internacional privado*, I, p. 18; cf. aussi *ibid.*, II, p. 6 et Beziehungen zwischen Ontologie und Logik in der Rechtswissenschaft, *Oesterreichische Z. für öffentl. Recht*, III, p. 197), les juges not vis-a-vis du droit étranger la position d'"observateurs sociologiques." *Id., Droit international privé*, 4e. éd., Paris 1967, pp. 374: "La cause de cette différence se trouve dans ce que le juge est *extérieur* au système juridique étranger: au lieu de contribuer à le créer, il l'observe du dehors, comme un sociologue selon la juste observation de W. Goldschmidt, c'est à dire qu'il le regarde comme un fait extérieur à constater, et non pas comme une notion à élaborer:" cf. *ibid.*, p. 386; cf. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., München-Berlin 1964, p. 180 sq.

18 אבל ראה Zajtay, *Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht*, Tübingen 1963, pp. 27 sqq. המחבר חולק על השקפתו של Batiffol בטענה כי שיטת הפרשנות בהחלה של משפט זר אינה שונה מזו המופעלת לגבי המשפט הפנימי. לא שוכנענו מנימוקיו של Zajtay. דומה כי המחבר עירבב בין ס מ כ ו ת ו ה ע ק ר ו נ י ת של השופט להחיל את המשפט הזר בדיוק כמו המשפט הפנימי לבין המציאות הממשית המגלה כי השופט אינו נוהג כך. חעדר רגש ההזדהות מצד השופט הוא המקשה עליו למלא תפקיד יוצר בהחלת המשפט הזר. אין כאן עקרון עיוני, אלא מציאות פסיכולוגית וחברתית. ראה בהקשר זה אצל אותו מחבר את הניתוח בדבר עמדת בית־המשפט לקסציה הצרפתי הנמנע מלפקח על החלת המשפט הזר מתוך רגש של רתיעה להשתתף בהליך היצירה של משפט זר, יצירה הכרוכה בהליך הפסיקה. ר' שם, ע"ע 118—120, 206.

19 ר' למשל ע"א 88/57 רוזנברג נ. קרמרי, י"ב פד"י, 1096 (השופט חשין ז"ל); בג"צ 301/63 שמריים נ. הרב הראשי לישראל, י"ח פד"י (1), 598, 616 ואילך (השופט זילברג); ע"א 164/67, 220/67 היוה"מ נ. אברהם, כ"ב פד"י (1), 29 (השופט זילברג). אין טעם להרבות כאן בדוגמאות. אנו סבורים כי כן הראוי להקדיש מחקר מיוחד לסוגייה זו של הטיפול במשפט היהודי מצד בתי־המשפט האזרחיים. מחקר זה יצטרך להעריך את החלת הדין היהודי ופיתוחו מנקודת ראות פנימית יהודית והוא חייב להתבצע על־ידי חוקרי המשפט העברי.

20 במציאות אין כל יחס בין היקף ההסתמכות הרחב על הדין היהודי ובין ההסתמכות המועטה על דינים דתיים אחרים. (על כך יעמוד המעיין ברשימת המקורות המופיעה במפתח הענייני של שובך פסקי הדין של בית־המ"ש העליון). לגבי דוגמאות להסתמכות מצד שופטים יהודיים

nevo.co.il

בהמשך דברינו נעסוק בשאלות הספציפיות הנוגעות להחלת הדין הדתי: ידיעת הדין הדתי; פסיקת הדין הדתי (כולל שאלת כוחו המחייב של תקדים); ההבחנה בין דין מהותי ובין פרוצדורה בהחלת הדין הדתי; שאלת ההתאמה כתוצאה משילוב דין דתי ודין אזרחי.

פרק שני

ידיעת הדין הדתי בבית המשפט

השלטון המנדטורי הבריטי בארץ־ישראל נתן מראשיתו את דעתו על הבעייה של החלת שיטות משפט שונות בענייני המעמד האישי. במיוחד צפה מראש כי בתי המשפט האזרחיים החייבים להחיל את "הדין האישי" בעניינים אלה, ייתקלו בבעייה של ידיעת דין זה. ההפנייה אל הדין האישי היא רב־ערכית [1] והיא מתייחסת ביסודה לשתי קבוצות דינים עיקריות: הדינים העדתיים־הדתיים לגבי אזרחי הארץ [2] והדינים הלאומיים לגבי אזרחי־חוץ [3].

המחוקק המנדטורי — אשר ידע ללא ספק את עמדת המשפט המקובל האנגלי כי המשפט הזר הוא בבחינת עובדה — קבע הוראות מיוחדות בדבר ידיעת הדין האישי על־ידי בתי המשפט האזרחיים.

לגבי הדין הדתי נקבע במקורו [4] בסימן 47 לדבה"מ במועצתו, 1922 בזו הלשון:
"Where in any civil or criminal cause brought before the Civil Court a

ראה בג"צ 143/62 **פונק שלזינגר נ. שר הפנים**, י"ז פד"י, 222, 250—251 (השופט זוסמן, חוק קנוגי); בג"צ 235/68 **ר.ב. נ. הרבנים הראשיים לישראל**, כ"ג פד"י (1), 449, 467—470 (השופט זילברג, דינים דתיים שונים). הגישה היא זהירה וכשל משקיף חיצוני: "לא אמשיך יותר בפיתוח רעיון זה, היינו בדיקת הפרוצידורה בבית הדין השרעי: אם היא תואמת את הוראת ס' 130 הנ"ל או לא, כי אין אני רוצה, ואף אינני מוסמך, להכניס את ראשי בין שני ההרים הגדולים הללו של שופטי בית הדין השרעי לערעורים". (בג"צ 111/63 **אבו חורש נ. בית הדין השרעי לאזור עכו**, י"ח פד"י (1), 589, 593, מפי השופט זילברג). השווה עוד ת"מ 839/67 **הברא נ. הברא**, ס"ג פ"מ, 183, 184; תי"ר 99/66 **ארשיד נ. ארשיד**, נ"ח פ"מ, 331, 337—339 (חוק ביזנטי).

פרק שני

1 על מושג זה ר' לעיל עמ' 309.

2 כך היה המצב במקורו. בינתיים חלו שינויים חשובים, במיוחד לגבי היהודים, כתוצאה מחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953. ראה על כך באופן כללי, זילברג, **המעמד האישי בישראל**, ירושלים תשי"ח.

3 ר' סימן 64 לדבה"מ. נתעלם כאן מהיקף ההפנייה. עם זאת מן הראוי לציין כי בשנים האחרונות חלו שינויים חשובים כשהמגמה היא להחליף את הדין הלאומי בחוק המושב. ראה על כך באופן כללי A. Shaki, "The Criterion 'Domicile' and its Preference over the Criterion of Nationality in Israel Private International Law," *Scripta Hierosolymitana*, vol. XVI, Jerusalem 1966, pp. 163 sqq.

4 ההוראה כולה בוטלה בינתיים על־ידי ס' 48(8) לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957. על משמעות הביטול ר' להלן בעמ' 528.

nevo.co.il

question of personal status incidentally arises, the determination of which is necessary for the purposes of the cause, the Civil Court may determine the question and may to that end take the opinion by such means as may seem most convenient, of a competent jurist having knowledge of the personal law applicable."

הוראה שונה במקצת נקבעה לגבי המשפט הלאומי של זר בענייני המעמד האישי [5]: בית המשפט רשאי להזמין את הקונסול או באי־כוח של הקונסוליה כדי שיישב כדיין־יועץ לצורך מתן עצה בדבר הדין האישי.

בשני ההסדרים האלה יש משום סטייה מדיני המשפט המקובל האנגלי, כלומר, מן הכללים המסורתיים המסדירים את מעמד המשפט הזר [6] בפני ערכאות אנגליות. כי, כאמור, לפי דינים אלה נחשב המשפט הזר כ ש א ל ה ש ל ע ו ב ד ה ממש, ולכן אין על בית המשפט לנקוט ביזמה כלשהי לשם ידיעת תוכנו. בעל הדין הרוצה להסתמך על המשפט הזר נושא בנטל ההוכחה והדרך להוכחתו היא באמצעות ע ד ו ת מ ו מ ח ה [7].

עם זאת, גם במשפט האנגלי אפשר למצוא הוראות סטטוטוריות המרככות את הדין המסורתי בכך שהן מאפשרות פנייה מצד בית המשפט האנגלי אל בית המשפט הזר לשם קבלת חוות דעת [8]. הוראות אלה, אשר הוחלו באופן פורמלי גם על ארץ־ישראל [9], מוגבלות בתחולתן ודומה כי השימוש בהן אינו רב [10].

סטייתו של המחוקק המנדטורי מן הכלל המסורתי של המשפט המקובל מובנת יפה גוכח ההבדל החשוב בין תפקיד הדין האישי בשאלות המעמד האישי ובין תפקידו של משפט זר החל מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הרגילים.

כי מהו המצב האופייני בסוגיית המשפט הבינלאומי הפרטי? לדיון עומדת מסכת עובדות בה מצוי אלמנט זר מבחינת המערכת המקומית. השאלה היא של ברירת דינים כשבמקרה הפשוט "מתחרה" הפתרון המצוי בשיטה הפנימית עם זה הקבוע בשיטה הזרה. ואומנם, בעיית מעמדו של המשפט הזר במערכת הפנימית מושפעת השפעה רבה

5 סימן 64 (iii) לדבה"מ. השווה את האפשרות של צירוף דיין בבית הדין המיוחד ע"פ סימן 55 לדבה"מ.

6 למעט את המשפט האקלזיאסטי (האנגליקני) באנגליה הנחשב כולו כחלק של המשפט הפנימי ולא כמערכת נורמטיבית אוטונומית. ר' על כך במיוחד תי"צ 115/54 גרינזבורג נ. בוליין, י"ב פ"מ, 129, 132—133.

7 על המשפט המקובל האנגלי ראה Dicey and Morris, *Conflict of Laws*, 8th ed., London 1967, pp. 1110 sqq.; Cheshire, *Private International Law*, 7th ed., London 1965, pp. 115 sqq. לגבי הרקע ההיסטורי של הגישה האנגלית ראה (1968) S. L. Sass, *op. cit.*, *Am. J.C.L.*, 322, 335 sqq.

8 British Law Ascertainment Act, 1859; Foreign Law Ascertainment Act, 1861, cf. Dicey and Morris, *op. cit.*, p. 1118.

9 באמצעות סימן 35 לדבר המלך במועצתו, 1922.

10 החוק הנזכר בדבר בירור המשפט הזר משנת 1861 מתנה את תחולתו בכריתת אמנה. כנראה שעד עתה לא נכרתה אף לא אמנה אחת. ראה Dicey and Morris, *ibid.*, n. 94. בארה"ב קיימת נטייה להתרחק מן התפיסה המסורתית של המשפט המקובל האנגלי, נטייה שמצאה ביטוי ממשי בתחיקה של מספר מדינות ובכללי הפרוצדורה הפדרלית, ראה על כך Sass, *op. cit.*, pp. 340 sqq., 346 sqq.; Miller, "Federal Rule 44.1 and the Fact Approach to Determining Foreign Law," 65 (1967) *Michigan L.R.* 613; David, *op. cit.*, *passim*

nevo.co.il

על־ידי עובדת הקיום־יחדיו של פתרון על פי המשפט הפנימי ופתרון על פי השיטה הזרה [11]. תפקידם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי הוא, במקרים אלה, לאפשר בחירת הפתרון המהותי מתוך התחשבות באספקט הבינלאומי של הבעיה.

המצב שונה לגמרי בענייני המעמד האישי בישראל, כאשר המחוקק מפנה אל הדין הדתי. הבעיה אינה בחירה בין שני פתרונות "מתחרים" [11א], אלא ההפנייה אל הדין האישי היא תולדה של העדר פתרון מהותי במשפט הפנימי של המדינה (משפט פנימי כאן במובן הצר: נורמות שתוכנן נקבע במלואו על־ידי המחוקק הישראלי — למעט הוראות החלות מכוח הפנייה). נמצא כי השיטה הפנימית נעדרת הוראות מהותיות עצמאיות לפתרון הסיכסוך העומד להכרעה.

לעובדה זו חשיבות גדולה בסוגיה הנידונה של ידיעת הדין הדתי. המשפט הישראלי הפנימי, במובן הצר, אינו יכול למלא כל התפקיד של מילוי מקום במקרה של אי־ידיעת הדין הדתי [12]. לכן, לו היה קורה שבית המשפט אינו יודע את תוכנו של הדין האישי, האפשרות היחידה היתה להכריע בתביעה על פי הנימוק הפורמלי של נטל השיכנוע. כלומר, אם היה זה התובע שביקש להסתמך על הדין הדתי, תביעתו היתה נדחית בנימוק שלא הרים את נטל השיכנוע לביסוסה [13]. לעומת זאת, בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי אין כל הכרח להיזקק לפתרון הפורמלי של דחיית התביעה; בית המשפט הנקלע למצב של אי־ידיעת המשפט הזר, יוכל לפסוק על פי המשפט המהותי הפנימי.

11 Cf. *generaliter* David, *op. cit.*, *passim*; Zajtay, *op. cit.*, *passim*.

11א אין אנו מתייחסים למקרים בהם ניתנת הברירה ליחידים להיזקק, לפי רצונם, או לדין הדתי או למשפט המדינה. על אפשרות זו בדרך כלל ראה טדסקי, "על הבחירה בין המשפט הדתי לאזרחי בשיטה הנוהגת", מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שניה, ירושלים תשי"ט, 189. במקרה של הפנייה אל הדין הדתי המצב השכיח הוא העדר הסדר פנימי. אך השווה הערה 16.

12 על תפקיד זה במשפט הבינלאומי הפרטי באופן כללי ראה David, *op. cit.*, pp. 94 sqq. (La vocation subsidiaire de la lex fori); Batiffol, *op. cit.*, no. 349.

13 השווה ע"א 37/49 רפפורט נ. פלדברובסקי, ד' פד"י, 645, 647: "אם יש צורך להוכיח משפט זר בפני בית־משפט מקומי, היינו אם זכויותיו של צד זה או אחר בדיון תלויות בהוראות החוק הזר, ושום הוכחות לא הובאו לפני בית־המשפט בדבר מהות אותו משפט, עומדות בפני בית־המשפט שתי אפשרויות: (א) לפסוק נגד אותו צד הצריך להוכיח את החוק הזר, היינו אותו הצד אשר לשם הוכחת זכותו מוטלת עליו חובת הוכחת החוק הזר, כיון שאותו צד לא מילא אחר חובת ההוכחה המוטלת עליו, או (ב) לפסוק לפי החוק המקומי הידוע לבית המשפט, מתוך הנחה פיקטיבית, שהמשפט הזר מודהה עם משפט המקום". נמצא, כי אם נעדר המשפט הפנימי הוראות מהותיות, נשארת האפשרות הראשונה הנזכרת. אין לנו צורך לדון כאן בשאלה אם מצב כזה של העדר הוראה מהותית יכול היה בכלל להיווצר במשפט המקומי, נוכח הוראות סימן 46 לדבה"מ; או ביתר דיוק, אם העדר הסדר בתחום זה נקבע לפני או אחרי פנייה אל המשפט המקובל האנגלי. השווה בהקשר זה את C.C. 41/45, *Craig* v. *Corbett*, 1946, S.J.D.C. 105, 108: "I have not been told what the law of that country is on this subject, but I think that as no evidence has been adduced to the contrary I am entitled to presume it is the same as English Law... It occurs to me that if there is no law at all in this country in respect of the celebration of marriages we might be entitled to introduce the English Common Law upon the subject". השווה עוד בהקשר זה זילברג, שם, עמ' 259 ואילך, הדן בשאלה מהו הדין האישי של אזרחי ישראל שאינם נמנים על אחת העדות הדתיות המוכרות.

nevo.co.il

ואמנם כך הוא נוהג בישראל בתוקף העקרון המכונה "חזקת הזדהות הדינים"[14] שמקורו במשפט המקובל האנגלי[15].

בענייני המעמד האישי בהם חסרה השיטה הישראלית הפנימית הסדר מהותי עצמאי[16], אפשרות זו אינה קיימת והפתרון היחיד הוא, כאמור, דחיית התביעה. אך פתרון זה הינו בלתי־רצוי ביותר, משום שיש עניין ציבורי רב בקביעת המעמד האישי של אדם[17].

מסתבר כי שיקולים אלה הם אשר הניעו את המחוקק המנדטורי לאפשר לבתי המשפט לנקוט ביזמה לשם בירור הדין הדתי[18]. ואמנם, בזמן המנדט נהגו בתי המשפט

14 על העקרון בישראל וסייגיו ראה ע"א 281/53 פסיפיק מדיטרניין ליין, פנמה נ. תעשיות אי"י בע"מ, ט' פד"י, 1779; ע"א 109/56 מרור נ. זורדיק, י"א פד"י, 904; ע"א 291/61 צ'יזם נ. כרשל, ט"ו פד"י, 2087, 2094 ואילך. במקרה האחרון מביע השופט כהן את הדעה — הרווחת גם בספרות המשפטית האנגלו־אמריקאית — כי אין כאן "חזקה" במשמעות הרגילה של מונח זה, אלא החוק הזר שלא נטען ושלא הוכח נדחה מפני ה־lex fori. השווה גם את ספרו הנ"ל של דוד, שם. הסייג החשוב ביותר לתחולת החזקה מבחינתנו חל בענייני המעמד האישי. ראה הערה 18 להלן. על הפעלת המשפט המקומי במקרה של אי־ידיעת המשפט הזר נמתחה ביקורת רבה ולדעתנו מוצדקת. Cf. Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham 1963, p. 3 sqq. הסופרים ממליצים על יזמה רבה יותר מצד בית המשפט לבירור הדין הזר ובמקרה הצורך לשיפוט על־פי עקרונות משפט אוניברסליים או קרובים לשיטה הזרה. ראה בהקשר זה David, *op. cit.*, pp. 105 sqq., 123 sqq.; Kegel, *op. cit.*, p. 82; cf. Batiffol, *ibid.*, nn. 45–46; Cappelletti, "Jura novit curia, etc.", *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, II, Milano 1967, pp. 143 sqq.

15 Cf. Morris and Dicey, *op. cit.*, pp. 1118–1119; A. Nussbaum, *op. cit.*, pp. 1035 sqq.; David, *op. et loc. cit.* המחבר האחרון סוקר באופן השוואתי את הגישות השונות. מן הדין להזכיר כי לא תמיד נזקקו בתי המשפט למשפט הפנימי, גם כשאפשרות זו היתה קיימת. ראה במיוחד את מקרה Walton במדינת ניו־יורק, 233 F 2d 541 (2d Cir. 1956) והביקורת שנמתחה על החלטה זו Currie, "On the Displacement of the Law of the Forum," 58 (1958) *Col. L. R.* 964; Ehrenzweig, *Conflict of Laws*, St. Paul 1962, pp. 366 sqq.; David, *op. cit.*, pp. 97 sqq.; Cappelletti, *op. cit.*, pp. 143, 148 n. 9, 152 sqq.

16 כוונתי העיקרית למצב המשפטי שהיה קיים בראשית זמן המנדט. מאז חלו שינויים רבים בכיוון הנהגת הסדר פנימי כללי בתחומים שהוגדרו במקור כעניינים של מעמד אישי (מזונות, אימוץ ועוד).

17 השווה ע"א 179/54 פרזבלפקי נ. זילבר, י"א פד"י, 626, 631 (בית המשפט העליון מחזיר את הדיון לשם שמיעת עדים על החוק הזר, במקום לדחות את התביעה).

18 האמת היא כי מצב דומה קיים גם לגבי ענייני המעמד האישי של אזרחי־חוץ ועל רקע זה יש להבין את הוראת סימן 64(III). כי, אם יקרה שהמשפט הלאומי לא יהיה ידוע לבית המשפט, ההסתמכות על המשפט הישראלי (במובן הרחב — הכולל את הדינים הדתיים) אינה פתרון משביע רצון. ואמנם, בתי המשפט הישראליים הסתייגו במפורש מהחלת עקרון הזדהות הדינים בעניינים של מעמד אישי. ראה ע"א 37/49 רפפורט נ. פלדברוכסקי, ד' פד"י, 645; ע"א 51/49 יזדי נ. יזדי, ד' פד"י, 762; ע"א 291/61, שם, שם; הנימוק המועלה נגד החלת החזקה (קרי: הדין המקומי) הוא כי המשפט המקומי אינו אחיד, אלא מפנה בעניינים של המעמד האישי אל הדינים הדתיים השונים, ראה 291/61, שם, עמ' 2091 (השופט כהן). הנטייה של בתי המשפט היא ליזום בירור הדין הזר (ר' ע"א 179/54, שם, שם) או להיזקק למשפט המקומי כמבטא עקרונות משפטיים אוניברסליים (כגון זכות האשה למזונות, לירושה ועוד). ראה ע"א 51/49, שם, עמ' 767; ע"א 291/61, שם, שם. השווה Nussbaum, *op. et loc. cit.*, n. 116; Ehrenzweig, *op. cit.*, pp. 364–365; מן הצד האחר נראה כי בתי המשפט ה־

nevo.co.il

האזרחיים לפנות אל סמכות דתית של העדה לשם קבלת חוות־דעת מוסמכת או להסתמך על עדויות מומחים שהובאו על־ידי בעלי הדין [19].

במיוחד בולטת יזמתו של בית המשפט לערעורים לפנות אל ראשי העדות בשאלות של הדין הדתי, ב נ ו ס ף לעדות מומחה שהוגשה בבית המשפט שלמטה [20].

אולם, בתי המשפט המשיכו לראות, באופן עקרוני, את החלת הדין הדתי כשאלה של עובדה, אותה יש להוכיחה באמצעות ראיות [21]. אבל לא פעם ניטשטשו הגבולות בין עובדה ומשפט, במיוחד כאשר לשופט היו ידיעות אישיות בתחום הדין הדתי שאיפשרו לו גישה בלתי אמצעית ועצמאית לחומר המשפטי הנידון [22].

שינוי חשוב במעמד הדין הדתי חל בשנת 1945 עם תיקון פקודת הפרשנות. הורחבה הגדרתו של המונח "דין" הכולל מעתה — מלבד דברי חקיקה פנימיים (חיקוק) ודברי חקיקה בריטיים מסויימים — גם "דינים עותומניים, דינים דתיים בין שבכתב ובין שבעל־פה, דיני המשפט המקובל ועקרוני היושר של אנגליה, כפי תקפם בארץ־ישראל לפני הקמת המדינה או כפי תקפם במדינה" [23].

עיקר חשיבותו של התיקון מצוי בתחום ידיעת הדין הדתי והוכחתו בבית המשפט וזאת מכוח סעיף 33 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש] המורה: "כל דין הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה, אם אין הוראה אחרת מפורשת בשום דין" [24].

עובדה מעניינת ואופיינית היא כי התיקון נתקבל בספקות ואף בהתנגדות מצד משפטנים יהודיים. אלה היו מעוניינים כי מלאכת הפירוש של הדין הדתי תופקד בידי מוסד הלכתי, הרבנות הראשית. ההתנגדות לתיקון באה מתוך שיקולים דתיים ולאומיים. היה מי שהתנגד עקרונית לפירוש הדין הדתי על־ידי שופטים חילוניים או בני דתות

מקומיים מפעילים את עקרון הזדהות הדינים לגבי ע צ ם כ ל ל י ב ר י ר ת ה ד י נ י ם, וזאת אף בעניינים של מעמד אישי. ראה ע"פ 141/60 היוה"מ נ. יגודה, י"ד פד"י, 1355, 1356.

19 Cf. Cr. A. 11/40. *Marashli* v. *A. G.*, 7 Ct. L. R. 118; C. A. 65/34, 2 P. L. R. 348. שאלה מעניינת היא מידת ח ו ב ת ו של בית המשפט ליזום בירור כזה לגבי מ ש פ ט ז ר נוכח הוראת סימן 64(III). נראה כי בתי המשפט אינם מרבים כיום להעזר בקונסולים. בזמן המנדט היו מספר מקרים בהם לא הסתפק בית המשפט בחוות הדעת מטעם הקונסולים אלא דרש ראיות נוספות: ע"א 176/26 רוזנברג, כרך 3, עמ' 985; ע"א 20/29, 1 פל"ר, 420. בשאלת משמעותו של סימן 64(III) נגע בית המשפט בע"א 51/49, שם, עמ' 764—765; הוא דחה את הטענה כי עדותו של קונסול היא הדרך היחידה להוכחת משפט זר.

20 Cr. A. 85/38, *A. G.* v. *Melnik* (1939) 1, S.C.J. 15, 16–17: "Although evidence as to the law applicable was taken before the District Court we thought fit to take the opinion of Chief Rabbi Herzog in this matter".

21 Cf. C. A. 139/38. *Shomar* v. *Shomar*, 4 Ct. L.R. 91–92; C.A. 65/34, 2 P.L.R. 348.

22 Cf. C. A. 51/30 *Frankenthal* v. *Leibel*, 1 P.L.R. 639, 641 : "Two witnesses gave evidence in the Court below as to the meaning of this clause. Our learned brother Frumkin has consulted authoritative text-books on this question and we have no hesitation in holding...".

23 במקור האנגלי: "Ottoman Law, religious law (whether written or unwritten), and the common law and doctrines of equity of England, which is or are now, or has or have heretofore been, or may hereafter be, in force in Palestine".

24 במקור האנגלי (ס' 35): "Judicial notice shall be taken of every law, unless the contrary be expressed by law".

nevo.co.il

אחרות[25], והיה מי שדאג להחייאה אוטונומית של המשפט היהודי[26]. שתי ההשקפות היו מעדיפות כי תוכן הדין ייקבע על־ידי אנשי דת מוסמכים.

והנה, שנים מועטות בלבד לאחר התיקון שינה המאורע של הקמת המדינה היהודית את הרקע של הבעיה כולה. בתי המשפט האזרחיים, ששופטיו כעת יהודים, אינם נחש־בים עוד כמוסדות של שלטון זר, והשיקולים הלאומיים ממריצים להפקיד בידיהם את המשפט היהודי לשם פיתוחו וחידושו[27].

מבחינה דתית יהודית יצר דו־הקיום של בתי משפט אזרחיים של המדינה היהודית ובתי הדין הרבניים בעיות חדשות, אך לא כאן המקום להרחיב עליהן את הדיבור[28].

הכללת הדין הדתי במונח "דין" השוותה, איפוא, את מעמדו, מבחינת ידיעתו על־ידי בית המשפט, לזה של הוראות המשפט הפנימיות. אולם, בעיני בתי המשפט לא הצטמצם השינוי באספקט הדיוני המעשי של הוכחת הדין הדתי, אלא הם למדו ממנו על שינוי במעמדו הכללי: החלת הדין הדתי אינה עוד שאלה של ע ו ב ד ה כי אם שאלה של מ ש פ ט. השתנתה נקודת המוצא; אם לפני כן נידונה כל הבעיה מתוך ראיית הדין הדתי כענין של עובדה[29] — גישה הממשיכה לחול על המשפט הזר[30] — הרי מעתה השאיפה היא להשוותו למשפט הפנימי לכל דבר[31].

לפני שנדון בתוכן השינוי מבחינת ידיעת הדין הדתי, עלינו לברר את היקף ההוראה החדשה. השאלה הראשונה היא: "האם הכוונה לכל דין דתי המוחל בישראל, או שמא התכוון המחוקק רק לדינים הדתיים של העדות המוכרות?"

בסעיף ההגדרה עצמו אנו מוצאים אמנם הגבלה כללית: "...כ פ י ת ק פ ם ב א ר ץ־י ש ר א ל ל פ נ י ה ק מ ת ה מ ד י נ ה א ו כ פ י ת ק פ ם ב מ ד י נ ה", אך עדיין נשאלת השאלה מהי משמעות סייג זה? אפשרות אחת היא לפרשו כמתכוון לכל דין דתי המוחל בישראל. כלומר, לפי פירוש זה נתפס מבחן התוקף לפי מובנו הפורמלי: כל דין דתי המופעל בישראל מכוח רצון המחוקק הישראלי. לפי גישה זו סעיף 33 לפקודת הפרשנות היה חל לא רק לגבי הדינים הדתיים של העדות המוכרות, אלא לגבי כל דין דתי עליו מסתמכים לצורך פתרון סיכסוך כלשהו.

כך, למשל, נקבע במשפט המקומי כי ענייני המעמד האישי של נכרי יידונו על פי

25 קלוג, (1945) **הפרקליט** כרך ב', עמ' 209.

26 דיקשטיין (דייקן), "המשפט העברי בתוך מסגרת המשפט הארץ־ישראלי", (1945) **הפרקליט**, כרך ב', עמ' 291, 298. המחבר הציע כי בתיהמ"ש האזרחיים יפנו אל הרבנות הראשית בדרך של *קושיה מיוחדת; "ובייחוד שהמשפט הדתי העברי בדיני משפחה אין לראותו כמשפט מאובן. זהו משפט חי, שיש בו תנודות ותזוזות ושאנו דווקא מעוניינים שהרבנות הראשית תקבל אפשרות לפי הבנתה לפתח אותו ולסגלו לצרכי הארץ, העם והדור...". ר' עוד פריימן, "מזונות של ילד שנולד שלא בנשואין על פי דיני ישראל", (1945) **הפרקליט**, כרך ב', עמ' 163, 172–173.

27 השווה גם את דבריו של השופט זמורה ז"ל, לעיל עמ' 277, הערה 36א.

28 השווה את מאמרנו "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", **הנות והלכה**, תשכ"ח.

29 הדבר התבטא בין היתר באי־התערבותו של בית המשפט העליון בקביעותיו של בית המשפט שלמטה בדבר הדין הדתי שהתבססו על ראיות כשרות ומספיקות. השווה ע"א 65/34, 2 פל"ר 348. אך ראה גם ע"א 85/38, שם.

30 כאמור, מאפשר סימן 64(III) לדבה"מ, קבלת חוות דעת מטעם הקונסול הזר בענייניים של מעמד אישי. ר' הערה 19 לעיל.

31 כגון: הלכת **התקדים המחייב**, ראה על כך להלן בעמ' 547 ואילך.

nevo.co.il

המשפט הלאומי שלו. נניח כעת בה במשפט הלאומי מפנה אל דין דתי כלשהו (למשל, בהודו[32]). האם גם דין דתי זה ייחשב כמפורסמות שאינן צריכות ראיה? לדעתנו לא לכך ההתכוון המחוקק הנוהגנו וזאת כי חשוב על מספר מוגבל של דינים דתיים ה ה ל י ם ב ק ב י ע ו ת לגבי תושבי הארץ בענייני המעמד האישי, היינו, הדינים הדתיים של העדות הדתיות המוכרות. נמצא כי הביטוי "כפי תקפם במדינה" אינו בעל משמעות טכנית פורמלית, אלא הוא מבטא רעיון של הפנייה קבועה.

בכך מגיעים אנו לשאלה השניה: במקרה של דין דתי של עדה מוכרת, האם הוא נחשב כמפורסמות בכל התחומים ובכל העניינים, או רק בענין הנוגע למעמד האישי? לדעתנו, כוונת המחוקק היתה לענייני המעמד האישי בלבד. אנו מסיקים זאת מן הלשון "כפי תקפם במדינה (או בא"י)" המופיעה בהגדרה והמצביעה כאמור על תחולה קבועה של דין דתי ולא על תחולה מקרית וחד־פעמית[33].

אולם, כאשר המדובר בענין של מעמד אישי של עדה מוכרת, אין להבדיל בין הפניית עובדה והפניית משפט. כל שאלה של הדין הדתי היא בבחינת "דין" במובן פקודת הפרשנות ואין זה משנה אם ההיזקקות לדין זה היא לשם קביעת הנפקות המשפטית עצמה, או לשם קביעת מסכת העובדות. לכן, אם תתעורר למשל שאלה של תוקף הנישואין במשפט פלילי, הדין הדתי הרלבנטי הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה[34]. בסיכום: יש לסייג את סעיף 33 לפקודת הפרשנות בשני סייגים; אחד מבחינת סוג הדינים הדתיים ואחד מבחינת נשוא הסיכסוך: הדין הדתי הוא כמפורסמות שאינן

32 Cf. Derrett, 7 (1958) *Am. J. Comp. Law*, pp. 380–393; *Id.*, Statutory Amendments of the Personal Law of Hindus since Indian Independence, *Rapports généraux au Ve. Congrès international de droit comparé*, I, Bruxelles 1960, pp. 101–124.

33 סימוכין למסקנתנו אפשר למצוא בסייג דומה שנתקבל על־ידי הפסיקה לגבי המשפט המקובל האנגלי. כידוע, כלול אף משפט זה בהגדרת המושג "דין" (ר' לעיל הערה 23). והנה, בית המשפט העליון קבע כי המשפט האנגלי הנחשב כמפורסמות שאינן צריכות ראיה, הוא זה החל בתוקף סימן 46 לדבר המלך במועצתו, היינו, בתוקף הפנייה כללית וקבועה. לפיכך, בכל מקרה הפנייה חד־פעמית אל המשפט האנגלי (כגון היותו המשפט הלאומי של אזרח זר) נושא בעל הדין המסתמך עליו בנטל ההוכחה והדרך להוכיחו היא באמצעות חוות דעת של מומחה. ראה ע"א 118/51 חברת ניו זילאנד לביטוח בע"מ נ. יובל, ז' פד"י, 518, 527: "כי בל נטעה ובל נשגה בעירובי תחומין, ואל לנו להיכשל כאן בדמיון החיצוני: אם אנו מגיעים כאן אל החוק האנגלי, דרך האספקלריה של הלכת וולף־דייסי, הרי זה הוא לא המשפט המקובל האנגלי, אשר נהפך כביכול לחוק מקומי, עקב הוראת סימן 46 לדבר המלך שלנו, אלא הוא הינו אותו חוק אנגלי ז ר, המקובל והחרות גם יחד, שאנו חייבים להשתמש בו מכוח עקרונותיו של המשפט הבינלאומי הפרטי... חוק אנגלי ז ר זה, ומכל שכן החלק הסטטוטורי שבו, אינו בגדר מפורסמות שאינן צריכות ראיה, אף־על־פי ש א נ ג ל י הנהו, ויש להוכיחו, כמו כל חוק זר, על־ידי עדות מומחים, ולא בדרך של 'ניתי ספר ונחזי'. כי תכנו של חוק זר הוא שאלה של ע ו ב ד ה ולא שאלה של חוק". השווה גם תימ"א 77/66 ריווים נ. וודל, נ"ט פ"מ, 151. כהפנייה קבועה אל המשפט האנגלי יש לראות כמובן אף את ההפנייות המפורטות בדברי החקיקה המקומיים השונים (כגון חוק הגזיקין, פקודת החוק הפלילי ועוד).

34 כגון במסגרת החוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט—1959; השווה לעיל (בעמ' 302) וכן השווה בתור דוגמה ע"פ 485/65 עמאש נ. היזהיימ, כ' פד"י (1), 378. כמו כן כלולים במושג "דין", הדינים הדתיים של העדות המוכרות, אליהם מפנה המחוקק באמצעות הפנייה מתנה. על מושג זה ראה לעיל עמ' 308—309.

צריכות ראיה אם הוא הדין של אחת העדות הדתיות המוכרות והשאלה המתעוררת בפני בית המשפט נוגעת לענייני המעמד האישי, כמוגדר בסימן 51 לדבר המלך במועצתו.

לכן, במקרה הנזכר של הודי (*ההנחה היא כי משפטו הלאומי מפנה אל הדין האישי הדתי*) הדין הדתי אינו נחשב כמפורסמות שאינן צריכות ראיה ובעיית ידיעתו חייבת להתתך לפי הכללים הנוגעים למשפט הלאומי (סימן 64(III) לדבה"מ)[35]. כמו־כן, אם יובא למשל בפני בית המשפט הישראלי ענין בו מעורב מסדר דתי קתולי, שלפי התקנון שלו יש להיזקק לפתרון הסיכסוך למשפט הקנוני — ההוראות המשפטיות הדתיות אינן נתפסות על־ידי ס' 33 הנזכר, ועל בעלי הדין להוכיחן ככל משפט זר אחר.

השאלות אותן עוררנו עד כאן לא זכו לדיון מפורש בפסיקה הישראלית[36]. המציאות היא כי הדין היהודי הוא הדין הדתי העיקרי עליו מסתמכים בעלי הדין. אם נצרף לכך את העובדה כי שיקולים לאומיים ודתיים ממריצים את השופטים הבקיאים בהלכה לפנות ביזמתם אל הוראותיה בכל תחומי המשפט[37], אין להתפלא כי אין נטייה מצד בתי המשפט האזרחיים לצמצם את אפשרויות ההסתמכות העצמית והעצמאית על הדין הדתי. אולם, גם אם מובנת היא הגישה האוהדת אל המשפט היהודי, המעניקה לו מעמד מיוחד, אין להתעלם מכך כי ההוראות החוקיות נוגעות במשותף ל כ ל הדינים הדתיים[37א]. אין ספק כי שאלת היקפו של סעיף 33 תתעורר, אם בכלל, בקשר לדינים דתיים של עדות אחרות אליהם הגישה אינה כה קלה ומקובלת.

מציאות זו מביאה אותנו אל בעיות מ ש מ ע ו ת ו של סעיף 33 לפקודת הפרשנות. בהנחה כי לפנינו ענין של מעמד אישי של אדם הנמנה על אחת העדות הדתיות המוכרות, מה פירוש הדבר כי הדין הדתי הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה? האם הוראה זו אוסרת על השופט שמיעת חוות־דעת מומחה על תוכן הדין הדתי? כיצד ינהג שופט שבפועל אינו יודע את תוכן הדין הדתי?

הראשונים שנתקלו בבעיות אלה של ידיעת הדין הדתי לאחר תיקון פקודת הפרשנות היו השופטים הבריטיים המגדטוריים שנקראו להכריע, בעיקר, בשאלות הלכתיות. הקביעה החדשה כי הדין הדתי הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה לא תאמה את מצב הידיעות האמיתי.

35 ר' לעיל הערות 18, 19.

36 אבל השווה ע"א 216/65 **ארטו נ. ארבעה נגרים**, נ' פ"מ, 352. כאן גרס השופט כי הלכת התקדים המחייב חלה רק על אותם הדינים הדתיים בהם קבע המחוקק "בשפה שאינה משתמעת לשתי פנים", כי יהולו על עניינים מסויימים "כפי שעשה זאת בענייני המעמד האישי ביחס ליהודים". על הבעיה של התקדים ראה להלן בעמ' 547 ואילך.

37 מבין דוגמאות רבות ראה בג"צ 290/65 **אלתגר נ. עיריית רמת־גן**, כ' פד"י (1), 29 (השופט קיסטר); ע"א 110/53 **ג'יקובס נ. קרטוז**, ט' פד"י, 1401 (השופט זילברג) וראה מקרים נוספים אצל מ. אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה", (תשכ"ט) **הפרקליט**, כרך כ"ה, עמ' 27, 44; ש. מירון, "הפסיקה במדינת ישראל על פי המשפט העברי", **דיני ישראל, שנתון למשפט עברי ולדיני משפחה בישראל**, כרך א', בעריכת ז. פלק, ירושלים תש"ל, עמ' 101—106.

37א אולם, בהקשר זה מן הדין להעיר כי בתי המשפט אף אינם עקביים לגמרי בנוגע למשפט הזר. על אף ההשקפה השולטת (ראה לעיל עמ' 514) כי המשפט הזר הוא בבחינת עובדה, לא פעם מסתמכים הם, מ י ז מ ת ם, על חוקים ופסקי־דין זרים כ מ ק ו ר ה ש ר א ה למסקנותיהם במשפט הישראלי. במיוחד שכיחה היא ההסתמכות על המשפט של ארה"ב. Cf. M. Wolff, *Private International Law*, 2nd ed., Oxford 1950, p. 220.

nevo.co.il

אחד השופטים האלה, ממנו ציפה המחוקק לידיעות שלא היו בנמצא, הגיב בשלילה גמורה בקבעו באופן החלטי: "אין מתפקידו של בית המשפט לדעת את המשפט הדתי למרות ההוראות של סעיף 33 מפקודת הפירושין, 1945. לדעתי אין לדרוש משופט ארץ ישראלי לדעת את חוקי כל העדות הדתיות בו בזמן שבית משפט אנגלי איננו מחוייב להכיר את חוקי הקתולים הרומאים באנגליה. החוקים היחידים שמתפקיד בית המשפט לדעתם הם אלה המפורטים בסעיף 46 לדבה"מ משנת 1922" [38].

אם כי אפשר להבין ללבו של השופט הבריטי הרי הנמקתו נעדרת כל בסיס משפטי [39].

לאחר הקמת המדינה, שהביאה לידי שינוי בהרכבם האישי של בתי־המשפט, נוצרה מציאות חדשה שבה ידיעת הדין היהודי נפוצה יותר בין השופטים. על רקע זה יש להבין את קביעתו ההחלטית של שופט ישראלי המבטאה את הגישה האוהדת אל הדין היהודי: "אינני מוכן לראות בדיני ישראל חוק זר כי לא יתכן ששופט יהודי יצטרך לשמוע מומחים כדי שיווכח מה מחייבים דיני ישראל" [40]. אך גם השקפה זו — בינה ובין זו של השופט המנדטורי קיים ניגוד אופייני — אינה מבוססת די צרכה על יסוד משפטי. כאמור, החוק מעניק לכל הדינים הדתיים המוכרים מעמד שווה במערכת ה־ישראלית.

האמת היא כי גם במציאות הישראלית לא כל השופטים בקיאים בדין היהודי ולמיעוט שבמיעוט יש גישה כלשהי אל הדינים הדתיים האחרים.

מה יעשה איפוא שופט שאינו מכיר את הדין הדתי או המסופק בפתרון שאלה מסויימת? בעיה זו קשורה למשמעות המדוייקת של הוראת סעיף 33 הנזכר. ברי, כי סעיף זה מרשה לשופט להסתמך על ידיעותיו האישיות בדבר הדין הדתי, בדיוק כמו לגבי כל הוראה משפטית פנימית [41]. השאלה היא הפוכה: האם בהעדר ידיעות כאלה רשאי השופט להעזר במומחים או לאו?

שאלה זו נידונה בהרחבה באחד מפסקי הדין של בית המשפט המחוזי [42]. כאן ביקש בעל דין לעזור לשופט באמצעות עדות של מומחה, עדות לה התנגד הצד שכנגד. השופט מסתמך על המלים "כל דין הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה" בדייקו: "אינן צריכות ראיה נאמר, אסור להביא עליהן ראיה לא נאמר. והדגש הושם על המלים — 'אינן צריכות ראיה'". מסקנת השופט היא כי בית המשפט רשאי להסתמך על ידיעותיו האישיות, אך אם חסר הוא הכשרה מספקת בתחום זה הוא נזקק לעזרתו של עד מומחה כ י ו ע ץ, אך מבלי שעדות זו תתקבל על ידיו כעובדה ביחס לדין הדתי [43].

38 פסק הדין מובא בתמצית, (1946) הפרקלים, כרך ג', עמ' 153, מובא גם בתי"צ 115/54, י"ב פ"מ 129, 136.

39 ראה את דבריו השקולים יותר של בית המשפט בתי"א 38/44, 1946 פמ"ן, 41, 43: "...Having regard to the recent amendment of the Interpretation Ordinance it falls upon the Court to take judicial notice, among other systems of law, of the law applicable being the Jewish Law. That, of course, puts any judge, who had not had the advantage of studying such a system of law in a considerable difficulty..."

40 ע"א 216/65 ארמן נ. 'ארבעה נגרים', נ' פ"מ, 352, 354.

41 ע"א 267/64, שם, שם: "הביטוי 'דין' כולל גם את הדינים הדתיים וממילא חל על כך הכלל של jura novit curia".

42 תי"צ 115/54 גרנזבורג נ. פולק, י"ב פ"מ, 129.

43 שם, עמ' 137. למסקנה דומה הגיע בית המשפט בפרשות נוספות: ראה: תי"ר 60/64 קודלנרסקי

nevo.co.il

אם כי מסקנת השופט נראית לנו, אין אנו מסכימים לנימוקו. אם הדין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה פירושו של דבר כי הוא בידיעתו השיפוטית של בית המשפט[44] ואינו ניתן כלל להוכחה: "Judicial notice covers the provisions of law which is not a matter of evidence at all".[45]

הדין אינו נחשב כעובדה השנויה במחלוקת ולכן אין הוא נתון כלל להליך של הוכחה. נמצא כי אין לקבל את דיוקו של השופט — כאן עניין שאינו צריך ראיה אינו ניתן להוכחה[45א].

אך, כאמור, אין זה גורע, מנכונות המסקנה. כי, כפי שהשופט רשאי, ואף חייב, להעזר בידיעותיו האישיות, דהיינו, הדלת פתוחה לפניו לרכוש ידיעות באופן עצמאי על אודות הדין הדתי (על־ידי קריאת ספרים ומאמרים, התייעצות עם חברים[45ב] ועוד) — כך ההגיון מחייב כי צריך להיות רשאי להעזר באנשים אחרים בבית המשפט עצמו. מדוע ייבצר ממנו עשיית דבר בפומבי שרשאי הוא לעשותו בחדרו?

אם ניטול מקרה רגיל של שאלה במשפט הפנימי, הרי השופט נעזר על־ידי עורכי הדין, באי־הכוח של בעלי הדין, הטוענים לפניו על הבעיות המשפטיות. יתרה מזו, הבאת אסמכתאות משפטיות וטיעון משפטי נחשבים כעין חובה המוטלת על עורך הדין, למרות שהמשפט הפנימי מוגדר כמפורסמות שאינן צריכות ראיה[46].

ג. ציוני, מ"ט פ"מ, 13, 17: "לא הייתי מהסס . . . לשמוע עדות רב שיורנו מה הדין וישיב לשאלות הצדדים ולשאלות בית המשפט כדי לעזור לבית המשפט להגיע למסקנה נכונה לפי ההלכה, וזה למרות שלפי הגדרת 'דין' שבפקודת הפרשנות המחוקק מניח שהדין הנדון ידוע לבית המשפט וכי אין צורך להוכיח אותו כעובדה"; תיא"פ 2542/62/8 הפן נ. בנימין, ל"ה פ"מ, 243, 253: "אמנם הכלל הוא לפי פקודת הפרשנות כי אין צורך בעדות על משפט דתי וישנה ידיעה משפטית לבית המשפט על ענייני דת; אבל . . . למעשה משמעות הוראה זאת רק שבית המשפט אינו חייב לשמוע עדים מומחים ויכול להסתמך על ספרים, אבל אין לצפות משופטים של בתי המשפט האזרחיים כי הם יכירו כל הדינים של העדות הדתיות שלפיהם עליהם לדון, ולכן מוטב לשמוע מומחים, אבל ביהמ"ש אינו קשור בחוות דעת המומחים"; תי"ר 99/66 ארשיד נ. ארשיד, נ"ח פ"מ, 331, 337—339.

44 השווה את הנוסח האנגלי המקורי: "*Judicial notice shall be taken . . .*".

45 Phipson, *Evidence, cit.*, § 47; Walker, *The Law of Evidence in Scotland*, Edinburgh and Glasgow, 1964, p. 48: ". . .Evidence regarding these matters is excluded."; David, *op. cit.*, No. 223. אנו מתיחסים לידיעה השיפוטית בשאלות משפט. הדין של "ידיעה שיפוטית" הוא רחב בהרבה ויש מקרים בהם נעזר השופט בעדים. לא כאן המקום לדון בבעיה אם עדות זו היא בבחינת ראיה או לאו. ראה Cross and Wilkins, *An Outline of the Law of Evidence*, 2nd ed., London 1968, p. 38.

45א גישת המשפט האנגלי הרואה את ידיעת הדין כמשתייכת לסוגית הידיעה השיפוטית מטשטשת במידת מה את ההבדל הקיים בין חובתו של בית המשפט לדעת את הדין (jura novit curia) ובין הרשות לרכוש ידיעות על עובדות הנחשבות כמפורסמות (notoria non egent probatione). שני הדברים אינם זהים, ואמנם בשיטות משפט שונות רואים בהם שני עקרונות שונים. Cf. Ch. T. Mc Cormick, "Judicial Notice," 5 (1951–1952) *Vanderbilt L.R.* 296, 304: "as to domestic law generally, the judge is not merely permitted to take judicial notice but reqired to do so. . ."

45ב השווה למשל ע"א 63/69 יוסף נ. יוסף, כ"ג פד"י (1), 804, 811, בו מזכיר השופט ת. כהן, כי חברו, השופט קיסטר, אשר לא ישב במשפט זה הפנה תשומת לבו למקור בהלכה.

46 Cf. Walker, *ibid.* ברוח זו יש להבין גם את דבריו של השופט ויתקון בבג"צ 359/66 ניתיה

משום כך, אין לדעתנו כל מניעה כי השופט אשר איגו בקי בדין דתי כלשהו יבקש מבעלי הדין עזרה על־ידי חוות־דעת של מומחה או ייזום בעצמו קבלת חוות־דעת כזאת[47].

אולם, מאחר והמדובר אינו בהוכחת עובדה, חוות־דעת כזאת אינה עדות במובן הטכני; היא בבחינת עזרה לבית המשפט, בדומה לתפיסה הקונטינגטלית בדבר חוות־דעת מומחים[48].

אך, גם אם נכון הוא כי חוות הדעת אינה בגדר ראיה במובן המדוייק, מן הנכון כי יישמרו כללים מסויימים החלים על עדות. במיוחד רצוי כי השופט יאפשר נקיטת עמדה לשני בעלי הדין. לכן, אם יזם בעצמו את קבלת חוות הדעת עליו להציגה לצדדים היריבים ולאפשר להם נקיטת עמדה, הן על־ידי טיעון והן על־ידי הגשת חוות־דעת נוספות. והוא הדין כאשר חוות הדעת מוגשת על־ידי בעל דין אחד; לצד שכנגד צריכה להיות ההזדמנות להציג את עמדתו לגביה[49].

מובן מאליו כי השופט אינו קשור בחוות הדעת והוא רשאי להלוק עליה ולקבוע בעצמו את המסקנה המשפטית הנראית לו. מצב דברים זה קיים במידה מסויימת אף שעה שהמדובר במשפט זר[50] — הנחשב לשאלה של עובדה במשפט הפנימי — וכל שכן במקרה שלפנינו בו קביעת הדין הדתי היא בבחינת שאלה של משפט[51].

ג. הרבנות הראשית, כ"ב פד"י (1), 290, 301 (מול האות ד'): "אילו עלה בידי העותר להראות לנו שהמשיבות טעו בהחלטתן ושיש דרך על־פי ההלכה לראות את התגיירות אמו כמוכחת, הייתי מושיט לו סעד, הוא לא הראה לנו דרך כזאת משום כך גם אני סבור אין לנו אלא לבטל את הצו על תנאי". הוא לא התכוון להוכחת הדין הדתי אלא לטיעון. לכן ביקורתו של מ. שאווה (הפרקליט, כרך כ"ה, 617, 628—629) אינה במקומה.

47 לגבי תפקידו של השופט בדבר בירור המשפט הזר החל מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי ראה במיוחד David, *op. cit.*, pp. 141 sqq.; Batiffol, *op. cit.*, no. 330; Rigaux, *op. cit.*, p. 202 sq. ראה גם את המצב במשפט הגרמני ובשיטות אחרות המטילים את חובת הבירור על השופט, Sass, *op. et loc. cit.*, pp. 141 sqq.; Giuliano, *op. et loc. cit.*; Kegel, *op. cit.*, p. 178 sq.; Cappelletti, *op. et loc. cit.*, pp. 150 sqq. ראה במיוחד את הסופר האחרון הדן ביחס בין העקרון כי הדין הוא מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה ובין הרשות להעזר בחוות דעת של מומחה. Cf. Sapienza, "Il principio 'iura novit curia' e il problema della prova delle leggi straniere," (1961) *Riv. trim. dir. proc. civile* 41.

48 נראה כי גם באנגליה לא ראו תחילה את חוות דעתו של מומחה כעדות. ר' הרנון, "יזמת השופט בהזמנת עדים", (תשכ"ג) הפרקליט, כרך י"ט, 246—258, וראה את המקורות המובאים שם. ראה עוד באופן כללי, דוד, שם, ע"ע 212 ואילך, 244 ואילך.

49 Cf. David, *op. cit.*, pp. 190 sqq., 231 sq.; Motulski, L'office du juge et la loi étrangère, *Mélanges Maury, cit.*, pp. 337, 368. בתי המשפט המקומיים שמרו בפועל על עקרון זה, ראה תי"צ 155/54, שם, עמ' 140: "לבסוף ברצוני לציין שאם באי־כוח המשיבים ימצאו לנכון גם מצדם להביא עד מומחה על החוק העברי, לא אמנע זאת מהם למרות שהם סיימו כבר את פרשת הוכחותיהם, וזאת על מנת שתהיה לי תמונה שלמה ובהירה על המשפט העברי עד כמה שהוא נוגע לענין הנדון בפני"; תי"ר 99/66, נ"ח פ"מ, 331, 338.

50 אפילו במקרה של עדות מומחה בלתי־נסתרת שמורה בידי בית המשפט האנגלי מידה ידועה של ביקורת על תוכן חוות הדעת. ראה את המקורות המובאים אצל Dicey and Morris, *Conflict of Laws, cit.*, p. 1115 nn. 57–60; Cheshire, *op. cit.*, p. 118; David, *op. cit.*, pp. 258 sqq.; Ehrenzweig, *op. cit.*, p. 365.

51 ר' תיא"פ 2542/62/8, ל"ה פ"מ, 243, 253—256; ראה את המקרים המובאים בהערה 43.

nevo.co.il

עד עתה דנו במקרה בו השופט מעוניין בהשגת ידיעות. מה יהא הדין כאשר בעלי הדין מבקשים להגיש חוות־דעת של מומחה, שעה שהשופט עצמו אינו רואה כל צורך בכך? האם זכות היא בידי הצדדים? דומה כי התשובה חייבת להיות שלילית. מאחר והדין הדתי אינו נתון להוכחה, אין בכוחם של הצדדים לכפות על השופט שמיעת חוות־דעת של מומחה[52]. הם רשאים לטעון בפניו בדבר תוכן הדין הדתי, ובסופו של דבר המרחק בין שני המצבים אינו רב.

מאידך, אם השופט אינו יודע את הדין הדתי ובעלי הדין אינם מגישים לו את העזרה הדרושה (או שהם אינם מסתמכים כלל על הדין הדתי או שאינם מביאים חוות־דעת) חובה מוטלת עליו לבררו ביזמתו[53]. בכך דומה הדין הדתי למשפט הפנימי, במובן הצר; כי מצוות המחוקק היא מפורשת: "הדין הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה".

מן האמור עולה כי מבחינת ידיעתו על־ידי בית המשפט, הדין הדתי תופס עמדת ביניים בין שאלה של משפט ושאלה של עובדה. אין להוכיח אותו ואין בעלי הדין נושאים לגביו בנטל שיכנוע, אך בית המשפט רשאי ואף חייב ליזום צעדים כדי להביא במקרה הצורך את תוכן הדין הדתי לידיעתו תוך כדי שמירה על כללים מסויימים של הבאת ראיות.

אם נסכם את משמעות ס' 33 לפקודת הפרשנות — נוכח התיקון משנת 1945 שהרחיב את המושג "דין" בהכלילו בו את הדינים הדתיים — נוכל לומר כי השינוי העיקרי חל בתפקידו של בית המשפט. בעוד שלפי סימן 47 המקורי לדבה"מ בית המשפט רשאי היה ליזום את בירור הדין הדתי והצדדים המשיכו לשאת בנטל הוכחתו — לפי התיקון בירור הדין הדתי הוא מחובתו של בית המשפט ואינו עניין הדורש הוכחה.

הבדל זה עורר כמובן את בעיית היחס בין שתי ההוראות שהמשיכו לחול זו בצד זו[54]. הבעיה פסקה מלהתקיים כאשר בשנת 1957 המחוקק ביטל, בקול דממה דקה[55], את ההוראה של סימן 47. ואמנם, המחוקק צדק בביטול זה כי לפי מסקנתנו לא הוסיף סימן 47 דבר על סמכויות בית המשפט לפי פקודת הפרשנות.

52 תי"צ 115/54, שם, עמ' 137: ". . . [ב]מידה והיתה לשופט הדן בשאלה משאלות המשפט העברי, ידיעה ממשית במשפט זה, הוא דן לפיו מבלי להזקק לעזרתו של עד מומחה".

53 לגבי חובת השופט לברר את תוכן המשפט הזר בשיטות המשפט השונות, השווה הערה 47 לעיל.

54 הבעיה הוזכרה בתי"צ 115/54 הנ"ל, אך בית המשפט לא ראה צורך, בנסיבות המקרה, להכריע בה.

55 ההוראה בוטלה על־ידי ס' 48(8) לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957. ראה את דבריו של יושב־ראש ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת לגבי הסתייגות מסויימת בענין אחר, לפיהם מתברר כי הוועדה לא דנה כלל בסעיף הביטולים (דברי הכנסת, כרך 22, עמ' 2507).

nevo.co.il

פרק שלישי

פסיקת הדין הדתי בבית המשפט

מטרת עבודתנו היא לבדוק את המעמד של הדין הדתי במשפט המדינה, כשנקודת המוצא היא האופי האוטונומי של שתי המערכות הנורמטיביות. הבעיה שתעמוד במרכז עיוננו, בשלב החלתו של הדין הדתי על־ידי בית המשפט האזרחי, תהיה הבאה: מהו היחס בין הטיב האוטונומי של הדין הדתי ובין מלאכת הפסיקה של בתי המשפט המחילים אותו במצוות המחוקק? לבעיה זו צדדים אחדים. קודם כל הטיפול בנורמות דתיות על־ידי שופט אזרחי, כלומר, הליך הפסיקה כשלעצמו. לאחר מכן יש לדון בשאלת היחס בין הפסיקה האזרחית ובין הפסיקה של מוסדות הדת, ולבסוף בבעיה אם תורת התקדים המחייב חלה על החלטות בדבר תוכן הדין הדתי.

1. הליך הפסיקה

בפרק הקודם עסקנו בידיעת תוכן הדין הדתי באופן כללי. אך למעשה, הליך הפסיקה הוא מורכב ואפשר להבחין בו בשני שלבים; האחד: ידיעת ההוראות המשפטיות הנוגעות לענין והבנתן; והאחר: הפעלת הוראות אלה על נסיבות המקרה[1]. קיים אמנם קשר הדוק בין שני השלבים, אך הם נבדלים בדרגת ההגשמה של הנורמה המשפטית. בשלב הראשון המשימה היא להבין את משמעות הנורמה המשפטית לפי לשונה (תהא היא כלולה במעשה חקיקה או במעשה שפיטה בעל כוח מחייב). בשלב זה ההתיחסות היא אל נורמה בעלת אופי מופשט וכללי. בשלב השני המשימה היא להעריך את הנסיבות הממשיות של המקרה הנידון לפי הנורמות הנוגעות לענין[2]. זהו הליך של הגשמה (קונקרטיזציה), כי הנורמה המופשטת מופעלת לגבי עובדות קיימות ולכן חד־פעמיות[3].

גם השופט המפעיל דין דתי אינו פטור משתי המשימות הללו. והנה, בשני השלבים גם יחד שמור מקום ניכר לתפקיד היוצר של השופט[4]. לא כאן המקום לדון בשאלת

1 בספרות המשפטית מקובל לכנות את השלב הראשון כפרשנות והשני כהחלה של הנורמה המשפטית. ראה David, *op. cit.*, nos. 345 sqq.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin 1969, pp. 228 sqq., 291 sqq.; Englisch, *Einführung in das juristische Denken*, 2. Aufly Stuttgart 1959, pp. 43 sqq.; cf. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, pp. 121 sqq.

2 בספרות הגרמנית הליך זה מכונה Subsumtion. ראה על כך את המקורות המובאים בהערה הקודמת ובמיוחד Larenz, *op. cit.*, p. 255 n. 1. על הקשר בין שני השלבים ראה לאחרונה R. B. Seidman, "The Judicial Process Reconsidered in the Light of Role-Theory," *M.L.R.* 516, 520 sqq. (1969) 32.

3 על הליך ההגשמה של הנורמה ותפקיד הפסיקה ראה Kelsen, *Reine Rechtslehre, cit.*, pp. 242 sqq., 346 sqq.

4 באופן כללי ראה קלסן, שם, ע"ע 346 ואילך, וכן ראה Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, pp. 121 sqq.

nevo.co.il

גבולות החופש ממנו נהנה השופט בתתירתו לקראת פתרון הנראה לו רצוי במסגרת הנורמות הקיימות. שאלה זו העסיקה רבים וטובים[5] ועדיין יש מקום להתגדר בו.

אולם, במסגרת נושאנו יש חשיבות מיוחדת לקיום חופש כזה, כי כאן הוא נוגע למערכת נורמטיבית זרה. כפי שהזכרנו בראשית שער זה[6] קיים הבדל בין גישתו של שופט אל המערכת העצמית ובין גישתו אל שיטה אחרת. ההבדל יתגלה בפועל בשני השלבים הנזכרים: שלב הפרשנות של ההוראה הדתית ושלב החלתה על נסיבות המקרה הנידון. כאמור, השופט הנקרא להחיל שיטה זרה אינו חש את *ההזדהות הפנימית* כפי שהוא חש אותה לרוב לגבי המערכת הנורמטיבית הלאומית שלו. העדר רגש זה מפחית במידה ניכרת מן הרצון למלא תפקיד יוצר במלאכת השפיטה. גורם נוסף לגישה הפסיבית מצד השופט מצוי, כמובן, בעובדת אי־הכרתו את הדין הדתי ובצורך להעזר בחוות דעתם של מומחים[7]. כמו כן הצבענו על גישה שונה לגבי הדין היהודי מצד השופטים דבקיאים בו; כאן ניכרת יזמה יוצרת בדומה לגישתם אל המשפט הישראלי[8].

אולם, כאשר השופטים משתמשים באפשרויותיהם לעצב באופן עצמאי את הנורמות הדתיות, יזמתם זו עשויה להביא לידי שוני בין הפתרונות המהותיים בבית המשפט האזרחי ובין אלה של מערכת השפיטה הדתית. תופעה זו של שוני אפשרי בהחלת הדין הדתי ידועה היא[9]. אחת הסיבות נעוצה בכך כי משפט המדינה אינו קולט את הדין הדתי בשלמותו, אלא מבחין, למשל, בין דין מהותי ודיני פרוצדורה, הבחנה לה נקדיש פרק מיוחד[10]. אך לדעתנו, אף לולא הגורמים החיצוניים האלה, המגבילים את תחולת הדין הדתי, התופעה של שוני אפשרי היא בלתי נמנעת בשל הרקע הדתי של הנורמות. ככל שתפקיד השופט הוא בעל משקל רב יותר בהליך הפסיקה, כך סיכויי הסטייה הם גדולים יותר. נתעלם כאן מקווי האופי המיוחדים של הדין היהודי (העדר קודיפיקציה וקיום מחלוקת פוסקים סביב דינים רבים)[11], המעניקים משקל נוסף למעמד הדיין בפעולות הפסיקה. גם בלעדיהם קיים הבדל יסודי בנקודת המוצא של השופט מבחינת השקפת עולמו. ידועה היא ההשפעה הניכרת הנודעת להשקפת עולמו של השופט על החלטתו במשפט. אולם, השוני בתפיסת העולם הוא בעל משמעות מיוחדת כשהניגוד הוא בין השקפה דתית והשקפה חילונית והמושא הוא נורמה דתית. הניגוד אינו צריך להיות כה מודגש, שעה שהמדובר הוא ביחסים בין שיטות משפט של מ ד י נ ו ת שונות. כי, כאשר השופט הפנימי מחיל נורמות של מדינה זרה, יתכן מאד כי אין שוני מהותי ברקע החברתי של מערכות החוקים. קיימים איפוא

5 ראה את המקורות המובאים בהערה 1 וכן Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956; Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, London 1964, *passim*; וראה את המקורות הרבים המובאים אצל המחבר האחרון.

6 לעיל, בעמ' 515—516.

7 השווה תי"ר 99/66 ארשיר נ. ארשיר, נ"ח פ"מ, 331, 337—339; ראה במיוחד את השאלות שהועמדו לחוות דעתם של המומחים.

8 לעיל, עמ' 516.

9 לעיל, עמ' 315.

10 להלן, פרק רביעי.

11 ראה על כך ביתר פירוט במאמרנו הנזכר על שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי, הנ"ל והלכה, שם, המובא גם אצל בזק, שם, שם.

nevo.co.il

סיכויים סבירים כי מסקנתו של השופט הפנימי אינה כה רחוקה מזו אליה היה מגיע השופט הזר בהחילו את משפטו שלו. המצב שונה בנוגע לדין דתי משום שביסוד המערכת הדתית הנחות טרנסצנדנטיות שאינן מקובלות על אדם שאינו מאמין בדת המסויימת.

באופן מיוחד מתגלה ההבדל כאשר הנורמות הדתיות עצמן משאירות שיקול דעת לשופט, כפי שהדבר קורא לעתים כאשר יש לפרש מושג כללי בעל משמעות ערכית. ניטול לדוגמה את העקרון של הדין היהודי כי בעניין החזקת הילד המבחן הקובע הוא "טובת הילד" [12]. קרוב לוודאי כי מה שנראה בעיני דיין דתי כטובת הילד אינו זהה דווקא עם מבחניו של שופט אזרחי שאינו מקבל על עצמו עול תורה ומצוות.

בפסיקה המקומית אפשר למצוא דוגמאות מספר בהן נוצרו ניגודים בין פסקי דין אזרחיים לדתיים כתוצאה מן השוני שבהשקפת העולם. אחד המקרים האלה נוגע למעמד בני הזוג היהודיים שנישאו בחו"ל בנישואין אזרחיים בלבד; בעיני בית הדין נישואין כאלה בד"כ אינם תופסים, אך הוא נוהג, בגלל חומרת האיסור של אשת איש, לדרוש עריכת טכס גירושין כדי להסיר את הספק הרחוק ביותר [13]. לדעת בית הדין הרבני אין לכפות על האיש לקדש את האשה בקידושין דתיים, לכן, אם האשה אינה רוצה לקבל את הגט (הניתן בגלל החשש הנזכר), יש להתיר לבעל לשאת אשה על אשתו [14]. ביסוד הגישה הזאת מונחת ההשקפה כי חיי אישות על פי נישואין אזרחיים בלבד נוגדים את מצוות הדת. אין לתמוה, איפוא, כי עמדה שונה להלוטין נקטה על ידי שופטי בית המשפט העליון כשנקראו לדון בנסיבות דומות [15] [16].

12 ראה, שולחן ערוך אבן העזר, סימן פ"ב, ס"ק ז', רמ"א; ביד"מ 1/60 ויינבר נ. באדי, ט"ו פד"י, 1457, 1477 ואילך (מפי הרב גולדשמידט); שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, ירושלים תשכ"ז, ע"ע 376—381.

13 על גישת הדין היהודי לנישואין האזרחיים ראה שרשבסקי, שם, ע"ע 85 ואילך; לוינגר, "האמנם נישואין אזרחיים יפלגו את העם", (תשכ"ו) אבניים, 65, 67 ואילך.

14 ערעור תש"ד/89 פסקי דין של בתי הדין הרבניים, כרך ג', 369, 374: "והנה כמו כן במה שלפנינו כאן דוודאי אינו יותר מבדין ספק קדושין וכדי שימשיכו לחיות יחד צריך לקדשה בקדושין כדין ולא ניחא ליה להמשיב השתא [באשה] ולא רוצה לקדשה, ואין להכריח אותו לקדשה נגד רצונו, א"כ מיסוד הדין יש לכפות האשה לקבל ג"פ ולא לעגנו . . . אולם אף שבררנו די שמה שביה"ד קבע שיש לכפות על המערערת לקבל ג"פ, זהו בהתאם ליסודות ההלכה וכנ"ל, בכ"ז כיון שקביעה סתמית בפסק הדין שיש לכפות על כך עלולה להכניסה לבית הסוהר, באם תסרב לשמוע לקיים פסק הדין במשך זמן מסויים ובהתאם לחוק . . . וישנן דעות שונות בדרך הרצויה לכפייה לנשים . . . אפשר להתיר [לאיש] לקחת אשה אחרת כדת משה וישראל אחר שזה רק מספק וחשש דבעיא לגט ובכזה אפשר להתירו וראה בתשובת אחיעזר ח"א סי' י' שכותב: 'אם כן לענין חדר"ג הוי ספק חרם, ואף לדעת המחמירים בספק חדר"ג כספק של תורה יש לומר דר"ג לא גזר אלא בוודאי אשה ולא בספק".

15 בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, י"ח פד"י (1), 598, 615 (מפי השופט זילברג): "בני הזוג דנן שחיו חיי אישות למעלה משלושים שנה, מותר להם גם להבא להמשיך ולחיות זה עם זו, אם רק הבעל יאות לחזור ולקדשה כדת משה וישראל. מצדה — כפי שעולה מכל נסיבות הענין — ודאי אין כל מניעה לזה, הוא אינו רוצה בכך, והלא אי־אפשר, בגלל סירובו הוא להכשיר את החיים המשותפים, לראות אותה כאשה שמן הדין לגרשה, ולהתיר לו, גלל כן, לישא אשה על אשתו!" וראה את דבריו של השופט זילברג, שם, בעמ' 627.

16 סוגיה נוספת בה נתגלה ניגוד בין גישת השופטים ובין גישת הדיינים היא עניין הנישואין הפרטיים במקרה של איסורי לאו (כהן וגרושה). ראה בג"צ 80/63 גורפינקל, חקלאי נ. שר

החשיבות הגדולה שיש להשקפת העולם, כלומר לאמונה, בהחלת הדין הדתי לא נעלמה מעיני חכמי המשפט. היא עוררה מחלוקת חריפה בין חכמי המשפט הקנוני, נוכח הטענה העקרונית כי משפטן שאינו מאמין בדת הקתולית אינו מסוגל כלל לתפוס את מהותו של הדין הקנוני. לפי גישה זו, שעל נציגיה המודרניים נמנים המלומדים Del Giudice [17] ו־Baccari [18], ההזדהות האישית עם יסודות האמונה הקתולית, דהיינו ה־sentire cum Ecclesia היא תנאי מוקדם להכרה המעמיקה של הדין הקנוני ולהבנתו [19]. על השקפה זו יצאו מבקרים רבים [20] ובפיהם הנימוק הבא: גם אם נכון הוא שההשקפה הדתית ממלאה תפקיד חשוב במשפט הקנוני, אין עובדה זו מונעת מאדם לא־מאמין להבין את השיטה מתוך גישה מדעית.

לדעתנו יש להבדיל בין הכרת הדין הדתי ובין החלתו, בין ידיעתו ובין פיתוחו. האדם הלא־מאמין יכול להכיר ולתאר את הדין הדתי, גם אם אינו מקבל את ההנחות הדתיות עליו הוא מושתת; אך דומה כי קשה לו למלא תפקיד יוצר [21]. האמונה הדתית ממלאה תפקיד חשוב ב ה ח ל ת הדין הדתי.

והנה, אחד מגדולי המשפטנים האיטלקיים בני זמננו בתחום המשפט הכנסייתי — Arturo Carlo Jemolo — מעורר את שאלת החלת הדין הקנוני על־ידי שופט חילוני בציינו: "כאשר השופט האיטלקי צריך להחיל משפט זר אין עליו, בדרך כלל, להסתמך על מושגים השונים באופן יסודי מאלה עליהם הוא רגיל להתבסס, ופחות מכל צריך הוא לנקוט בגישה נפשית חדשה; מאמצו מתמצה, בדרך כלל, בפירוש הנורמה הזרה.

הפנים, י"ז פד"י, 2048, 2068—2069 (השופט לנדוי), ולעומת זאת תיק 465/תשכ"ד של בית הדין האזורי, תל־אביב—יפו, פסקי דין של בתי הדין הרבניים בישראל, כרך ה', עמ' 219, 222—223. השווה בהקשר זה בג"צ 130–32/66 שגב, רייכרט נ. ביה"ד הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), 505, 534—535. וראה במיוחד בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, כ"ד פד"י (1), 704.

17 V. Del Giudice. *Nozioni di diritto canonico*, 11a ed., Milano 1962, p. 12; Id. "Note conclusive circa la questione del metodo nello studio del diritto canonico," (1940) *Arch. di dir. eccl.*, pp. 3 sqq.

18 R. Baccari, "Il sentimento religioso nell'interpretazione del Diritto Canonico," in *Studi in Onore di Vincenzo Del Giudice*, I, Milano 1952, pp. 1 sqq.

19 Del Giudice, *Nozioni, cit.*, p. 12: "Se è vero sempre che 'solo chi ama comprende,' è tanto più vero che l'aderenza spirituale alla verità cattolica — cioè, classicamente, il 'sentire cum Ecclesia' — è condizione per la 'conoscenza' profonda del diritto canonico".

20 Fedele, "Il problema del metodo nello studio del diritto canonico," in *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962, pp. 35–40; *Id.*, *Enciclopedia del diritto*, Vol. XII, 1964, voce: *Diritto canonico*, pp. 896 sqq.; D'Avack, *Corso di diritto canonico*, Vol. I, Milano 1956, p. 70 sqq.

21 השווה את הדוגמאות אצל Baccari, שם, עמ' 17 ואילך. המחבר מדגים את דעתו באמצעות המושגים ***rationabilitas*** ו־***aequitas canonica*** אשר בקביעת תוכנם יש חשיבות מכרעת לתחושה הדתית של המפרש. שתי הדוגמאות מתייחסות להחלת הדין הדתי הלכה למעשה. והנה, גם האדם הלא־מאמין יכול להבחין בכך כי בפירוש מושגים אלה יש חשיבות להשקפת עולמו של המפרש. הקושי שלו יהיה להפעיל אותם על מציאות קונקרטית. על מושג "היושר הקנוני" ראה גם הערה 22 להלן.

nevo.co.il

לעומת זאת, אם השופט שלנו צריך היה להחיל את משפט הכנסיה, הרי חייב היה להסתמך על מוסדות מיוחדים כגון ה־aequitas canonica, ה־"epieicheia"[22].

גם במסורת היהודית אנו מוצאים מקורות רבים המדגישים את חשיבותה של יראת שמים וקבלת עול תורה ומצוות בפסיקת ההלכה[23]. ויפה ביטא זאת המאמר התלמודי: "כל אדם שיש בו תורה ואין בו יראת שמים דומה לגזבר שמסרו לו מפתחות הפנימיות ומפתחות החיצוניות לא מסרו לו"[24].

אולם, תופעה זו של הבדלים בין פסיקת השופט החילוני ובין זו של השופט הדתי — ככל שהיא חשובה — מהווה בעייה שאינה ניתנת לפתרון. התופעה היא בלתי נמנעת כל עוד השיפוט מסור בידי מוסד חילוני. אך המציאות היא כי המחוקק אינו מוכן להעניק את סמכות השיפוט הבלעדית למוסדות הדתיים[25], ולכן אין לנו אלא לרשום לפנינו את קיום התופעה.

2. היחס בין פסיקה אזרחית ופסיקה דתית

בעית הסיב האוטונומי של הדין הדתי אינה מתמצית בתופעה בה דנו עד עתה והנוגעת למקומה של השקפת העולם בהליך הפסיקה. לשאלה השלכות גם במישור הפורמלי: מהו היחס בין הפרשנות המשפטית הדתית לבין זו של בית המשפט האזרחי? במלים אחרות ובצורה יותר קונקרטית: מהי מידת החיוב של הפסיקה הדתית (כלומר, פסיקה של מוסדות דתיים) לגבי בתי המשפט האזרחיים? האם האחרונים חייבים לקבל את הפרשנות הדתית כמחייבת, בהיותה ביטוי מוסמך של הדין הדתי? מבחינה עקרונית אפשר לנסח את הבעיה כך: האם בעיני משפט המדינה האוטונומיה של הדין הדתי משתרעת על הליך הגשמת הנורמות על ידי מוסדות השיפוט שלו? לפני שניגש לפתרון השאלה במשפט הישראלי, מן הראוי כי נדון תחילה בבעיה דומה הקיימת בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי לגבי החלת משפט זר. השאלה כאן תהיה הבאה: באיזו מידה קשור בית המשפט הפנימי, בהחילו את המשפט הזר, בהחלטות בית המשפט הזר המפרשות הוראות חוק מסויימות? האם בית המשפט הפנימי רשאי לסטות מפר־שנות זו, תוך כדי גישה עצמאית אל החומר הנורמטיבי הזר?

הדעה המקובלת בין חכמי המשפט היא כי כנקודת המוצא לפתרון הבעיה צריכה לשמש מעמד הפסיקה במשפט הזר עצמו. אם במערכת המשפט ההיא נודע לפסיקת בתי המשפט כוח מחייב, הרי בכך הופכות הלכות אלה לנורמות כלליות בעלות תוקף

22 Jemolo, "Un caso di abuso di astrattismo giuridico," in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano 1957, pp. 265, 271 sq. בהמשך דבריו מדגיש המחבר את ההבדל בין בית משפט של המדינה וזה של הכנסיה, בציינו כי בית משפט של הכנסיה הוא בעל סמכויות רחבות יותר בהיותו, במידת־מה, מוסד מחוקק ומבצע. על שאלה זו ראה עמ' 539 להלן. לגבי מושג ה"יושר הקנוני" ראה Lesage, *La nature du Droit canonique*, Ottawa 1960, pp. 135 sqq.; Fedele, "Certezza del diritto ed aequitas canonica," in *Lo spirito del diritto canonico, cit.*, pp. 197 sqq.; Eichmann, Mörsdorf, *op. cit.*, 1. Band, p. 122, וראה את המקורות המובאים אצל מחברים אלה.

23 ראה מאמרנו, שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי, שם, הערה 11, וסמוך להערה 44. בזק, שם, עמ' 125 ואילך.

24 בבלי, שבת, לא. וראה פירוש רש"י, שם.

25 השווה טדסקי, "עוללות בדבר התקדימים", (תשכ"א) הפרקליט, כרך י"ז, 244.

nevo.co.il

מחייב. המחוקק הפנימי, המפנה אל משפט זר, מפנה אל מכלול המקורות המשפטיים ובכך גם לפסיקה הזרה כשהיא בעלת כוח מחייב[26]. כי מה הטעם לדחות הלכה מחייבת במערכת אחרת, כשהמשימה היא להפעיל הוראות מערכת זו בשלמותן? על בית המשפט הפנימי ללכת אחרי הפרשנות המחייבת של בית המשפט הזר[27].

המצב שונה כאשר החלטות בית המשפט אינן מהוות מקור משפטי המוכר רשמית באמצעות תורת התקדים המחייב. הדעה המקובלת היא כי יש להעניק לפסקי הדין של בתי המשפט הזרים כוח משכנע רב, במיוחד כשהם יצאו מפי המוסד השיפוטי העליון, אשר מתפקידו לדאוג לאחדות ההלכה במערכת המשפט, גם אם הלכת התקדים המחייב אינה חלה לגביו[28]. מכאן, כי השופט הפנימי ילך בעקבות פסקי הדין הזרים בהחילו את

26 Nussbaum, "The Problem of Proving Foreign Law," 50 (1940–41) *Yale L.J.*, 1018, 1032: "A valid legal limitation upon the forum's power may result from the force of foreign judicial decisions. In the first place, it is obvious that a civil law (or any other) forum applying the rules of a common law legal system must respect the rule of precedent even though the forum itself does not possess such a rule."; Niboyet, "Qu'est-ce que la loi étrangère aux yeux des juges d'un pays déterminé" (1928) *Revue de droit international et de législation comparée*, pp. 753, 791 sqq.; cf. Carbonnier, "Loi étrangère et jurisprudence étrangère," 62 (1935) *Clunet*, 473, 478–79, 483 sq.; David, *op. cit.*, pp. 275 sqq.; Kegel, *op. cit.*, p. 180; cf. Wolff, *Private International Law*, 2nd ed., Oxford 1950, p. 215 sq.

27 Cf. *Buerger* v. *N.Y. Life Assurance Co.*, (1927) 96 L.J.K.B. 930, 934: "...a Court in this country cannot by putting its own construction upon the term 'interpretation' as it understands it, make a law for Russia which the Russian judicial system does not recognise." (*per* Bankes, L.J.); cf. *Guaranty Trust Co. of N.Y.* v. *Hannay & Co.* [1918] 2 K.B. 623, 638–39 (*per* Pickford L.J.), 658–59 (*per* Warrington L.J.), 667–670 (*per* Scrutton L.J.). דומה כי השופט סקרטון בשתי ההחלטות הנזכרות מכיר בסמכות העקרונית של בית המשפט הפנימי לסטות מהחלטה של בית משפט זר (ר' בפרשה האחרונה, בעמ' 667). אך אין הוא דן בשאלת התקדים המחייב, וראה במיוחד התייחסותו לפסיקה האמריקאית, שם, בעמ' 669. השווה עוד David, *op. cit.*, pp. 280 sqq. ראה עוד בהקשר זה את הלכת *Erie R. Co.* v. *Tompkins* (1938) 304 U.S. 64, 114 A.L.R. 1487. הלכה זו נוגעת להחלת משפט המדינות השונות של ארה"ב על־ידי בתי המשפט הפדרליים. בפסק הדין נאמר כי "...The Law to be applied in any case is the law of the State. And whether the law of the State be declared by its Legislature in a Statute or by its highest court in a decision is not a matter of federal concern" (p. 78). וראה על בעיית התקדים המחייב בהקשר זה Moore, *Federal Practice*, 2nd ed., New York 1965, Secs. 0.402 [1] nn. 15, 35; 0.307 [1]; "Note, How a Federal Court Determines State Law," 59 (1946) *Harv. L.R.* 1299; "Authority in State Courts of Lower Federal Court Decisions on National Law," 48 (1948) *Col. L.R.* 943. השווה עוד בהקשר זה את בעיית פירוש המשפט הלאומי על־ידי בית המשפט הבינלאומי C. W. Jenks, "The Interpretation and Application of Municipal Law by the Permanent Court of International Justice," 19 (1938) *B.Y.I.L.* 67, 92–95; David, *op. cit.*, p. 301 sq.

28 Nussbaum, "Problem of Proving Foreign Law," *op. et loc. cit.*; Wolff, *op. cit.*, p. 215; Niboyet, *op. et loc. cit.*, p. 799 sq.; David, *op. cit.*, pp. 275 sqq.

nevo.co.il

המשפט הזר, אך אין חובה מוחלטת מוטלת עליו לנהוג כן. הוא רשאי לסטות מן ההלכות שנקבעו בפסיקה הזרה אם קיימים טעמים מוצדקים לכך [29]. כי סוף סוף אין הכרח להעניק לפסיקה הזרה משקל רב יותר מזה הנועד לה במערכת שלה עצמה [30]. כמובן, בית המשפט הפנימי לא ימהר לדחות את ההלכה שנפסקה במערכת הזרה, כי ההנחה היא תמיד שבתי המשפט הזרים מבינים את משפטם הם ויודעים על נכונה להחיל את הוראות מחוקקם — כפי שהתבטא אחד הטופרים: "יאה לו לשופט להצניע לכת" [31].

באופן עקרוני, המסקנות שנתקבלו בתחום החלת המשפט הזר מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, יפות אף לגבי הדינים הדתיים אליהם מפנה המחוקק הישראלי. המערכת הדתית היא אוטונומית והמחוקק בהפנותו אליה לא הבדיל בין מקורות משפטיים שונים. לכן, אם נמצא כי במערכת הדתית התקדים הוא בעל כוח מחייב, הרי מעמד זה נשמר לו גם במשפט הישראלי. ואם יטען הטוען כי הדין הדתי — שאני, משום שהוא בבחינת "דין" שהוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה, בהבדל מן המשפט הזר [32] — הרי יבוא המשפט האנגלי ויוכיח. המשפט האנגלי גם הוא בבחינת "דין" ועם זאת הכלל הוא, כפי שמציין פרופ' טדסקי: "... בהורותו על המשפט האנגלי (או על חלקים מסויימים ממנו) לשם השלמת החסר שבמשפט הא"י, — בין (בדרך כלל) בס' 46 לדבר המלך במועצתו, ובין (במקרים מסויימים) בפקודות שונות — ברור שהמשפט האנגלי מובא כמות שהוא, על כל מקורותיו העצמיים, ובכלל זה על התקדימים האנגליים המשמשים כאחד המקורות האלה" [33].

אולם, גם אם העקרון לפתרון הבעיה נראה ברור, אין זה קל להחילו על מעמד הדין הדתי במשפט הישראלי. הקושי האחד נובע מכך כי מוסדות הדת — בעיקר היהודיים — משולבים לתוך מערכת המשפט של המדינה. עובדה זו מכבידה על מתן התשובה לשאלת משמעות פעולותיהם של מוסדות אלה לגבי בתי המשפט האזרחיים. קושי אחר נעוץ בהגדרת תפקידם של בתי הדין הדתיים במערכת הדתית עצמה. כפי שנראה בהמשך דברינו קיים קשר מהותי בין שני הענינים.

29 Cf. Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 2. Auflage, Zürich 1956, p. 343: "Von der im fremden Staate üblichen Auslegung des fremden Rechts darf der inländische Richter nur abgehen, wenn sie ihm aus guten Gründen in einem besonderen Falle als unrichtig erscheint."; Zajtay, *op. cit.*, p. 29. בדבר הנימוקים המצדיקים סטייה מן הפירוש המקובל במדינה הזרה ראה במיוחד דוד, שם, ע"ע 278 ואילך. המחבר מדגיש את הצורך בתיאום (coordination) בין שיטות שונות. לדעת המחבר שיקול זה מעניק לשופט עצמאות מסויימת בפרשנות המשפט הזר.

30 Cf. David, *op. cit.*, p. 278.

31 Kegel, *op. cit.*, p. 181: "Allerdings: je mehr man von einer Sache versteht, um so freier darf man sich äussern, und vom ausländischen Recht wird man meist weniger verstehen als vom eigenen. Takt ist also am Platze".

32 על בעייה זו ראה לעיל עמ' 521—522.

33 טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב", מחקרים במשפט ארצנו, ירושלים תשי"ח, עמ' 92, בעמ' 108, ראה גם שם, עמ' 114. המחלוקת הקיימת בשאלה אם יש ללכת אחרי חידושי ההלכה שנתחדשו באנגליה אחרי קום המדינה אינה גורעת מנכונות מסקנתנו, כי המחלוקת היא אם ההפנייה היא "נייחת" או "ניידת" (על מושגים אלה ראה לעיל עמ' 309), אך איש אינו

nevo.co.il

כבר הזכרנו בשער הקודם[34] כי בישראל מעמד בתי הדין הדתיים — במיוחד הרבניים — הוא אמביוואלנטי. המדינה נוטה לראות בהם מוסדות שיפוט שלה; בעיני הדיינים וחלק מן הציבור הדתי הם בעיקרם מוסדות אוטונומיים של המערכת הנורמטיבית הדתית. המבחן המעשי מצוי, כמובן, במישור היחסים בין בתי המשפט האזרחיים ובתי הדין הדתיים.

קודם כל עשויה להתעורר השאלה אם מוסמכים בתי המשפט האזרחיים (ביתר דיוק: בית המשפט הגבוה לצדק) לפקח על החלטות בתי הדין הדתיים ולבטלם במקרה ולדעתם יש בהן משום טעות בהחלת הדין הדתי.

שאלה זו קרובה לבעייתנו, אך אינה זהה אתה לגמרי. אמנם, אם תוכר סמכות כזאת לבית המשפט האזרחי, הרי פירושו של דבר: שלילת האוטונומיה ממערכת השיפוט הדתי. במקרה זה, ממילא לא היו רואים בפסקי הדין הדתיים משום תקדים מחייב, גם לו הדין הדתי עצמו היה מכיר בתורה זו, כי בעיני המדינה בית המשפט האזרחי היה ממלא תפקיד של כעין בית משפט לערעורים על מערכת השיפוט הדתי. כידוע, העקרון הוא כי בית המשפט הגבוה לצדק אינו בודק את החלטות בתי הדין הדתיים על מידת התאמתן לדין הדתי[35]. תפקידו לפקח על כך כי בתי דין אלה לא יחרגו מסמכויותיהם, מושג הכולל גם שמירה על עקרונות הצדק הטבעי בהליכים השיפוטיים[36]. אולם, מצב משפטי זה, המבוסס על פירוש ההוראות המסדירות את תפקידי בית המשפט הגבוה לצדק (ס' 7

חולק על כך כי עקרונית חייבים להיזקק לתקדימים במשפט האנגלי, ראה טדסקי, "בעיית הליקויים בחוק", שם, עמ' 132, 186.

34 לעיל, עמ' 293.

35 ראה בג"צ 301/63, י"ח פד"י (1), 598, 636: "מסכים אני עם חברי שאין אנו יכולים ליטול לעצמנו סמכות של בית משפט לערעורים על פסקי הדין של [בתי הדין הרבניים] ולהביע דעה על החלטותיהם מבחינת ההלכה" (מפי הנשיא); שם, עמ' 608: "בא־כוח המבקשת טען בפנינו שפסקי־דינם של בתי דין [רבניים] מגלים טעויות משפטיות על פניהם; והוא עמל וטרח הרבה והעלה פגימים ומרגליות מתשובות פוסקים מפוסקים שונים שדעתם ותורתם אינה עולה בקנה אחד עם הדעה המשפטית כפי שהיא באה לידי ביטוי בפסקי־דינם של בתי הדין הרבניים דנא. אלא הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית משפט זה מימים ימימה, שאין אנחנו יושבים בערעור על בתי דין דתיים: כל אשר פוסקים הם, הרי הוא הדין הדתי שלהם, ואין לו לבית משפט אזרחי להרהר אחר מידותיהם לענין מהותו וטיבו של בית דין דתי זה" (מפי השופט ח. כהן); שם, עמ' 629: "בית הדין הרבני פוסק על פי הדין שלו, ובית המשפט פוסק על פי הדין שלו, ואין האחד מבקר את דינו של השני" (מפי השופט זוסמן). ראה גם בג"צ 132/60–130, 158 שגב, רייכרט נ. ביה"ד הרבני והרבנות הראשית לצפת, כ"א פד"י (2), 505, 520. בגישה שונה נוקט השופט ויתקון בבג"צ 359/66 ניתיה נ. הרבנות הראשית, כ"ב פד"י (1), 290, 297—298. לפי דעתו אין מניעה עקרונית להתערבותו של בית המשפט האזרחי. ראה את הביקורת על דעתו, מ. שאווה, "טעות בקביעת היהדות השוללת סמכות", (תש"ל) הפרקליט, כרך כ"ה, 617. ראה במיוחד את האסמכתאות שם, בעמ' 626—627, הערה 44. יש לנו הסתייגויות לא מעטות מדרך הנמקתו של מ. שאווה כפי שיעלה מתוך המשך דברינו.

36 ר' בג"צ 132/66–130, שם, עמ' 518—519, והאסמכתאות המובאות שם. בפרשת ניתיה, שם, עמ' 295, רומז השופט לנדוי על טענה אפשרית כי טעות בהלכה כמוה כחריגה מסמכות. אך הוא נמנע מלחוות דעה ולפי מיטב ידיעתנו עד היום טרם נתקבלה טענה כזאת. בדבר מושג חריגה מסמכות השווה גם בג"צ 202/57, י"ב פד"י, 1528. כאן נקבע כי פסק דין רבני המתעלם מהוראת חוק של המדינה המחייבת את בית הדין הדתי הוא בבחינת חריגה מסמכות. ר' את הביקורת של שאווה, שם, עמ' 621, הערה 16.

nevo.co.il

לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957) [37], אינו מכריע בשאלה המעסיקה אותנו כאן בדבר היחס בין הפסיקה האזרחית והפסיקה הדתית. כי העדר ביקורת על החלטות בתי הדין הדתיים עדיין אינו אומר כי בתי המשפט האזרחיים יקבלו את ההלכות הפסוקות בהן כמחייבות [38].

והנה, הנטייה הברורה של בתי המשפט האזרחיים היא להתייחס אל בתי הדין הדתיים כאל מוסדות שיפוט בעלי מומחיות מיוחדת בענייני הדין הדתי, אך לא כאל אורגנים אוטונומיים של המערכת הדתית כולה. לכן, שאלת חיובם של פסקי הדין הדתיים, מופיעה בעיניהם כשאלה של היקף הלכת מעשה בית דין, בדיוק כמו כל החלטה אחרת של בית דין מיוחד הפועל במדינה. מבחינה משפטית אפשר לתאר את תפיסתם בדרך הבאה: כאשר המחוקק מפנה אל המערכת הנורמטיבית הדתית הוא מפנה אל הנורמות המופשטות של מערכת זו. הפסיקה כהליך של הגשמת הנורמות המופשטות, הוא שלב בו אין כל הבדל מהותי בין מעמד בית המשפט לבין זה של בית הדין. שניהם מחילים את הנורמות המופשטות על הנסיבות הקונקרטיות ואין כל עדיפות נורמטיבית לבית הדין הדתי בביצוע תפקיד זה — להבדיל מעדיפות איכותית אפשרית, בגלל מומחיותו המיוחדת בענין. מכאן המסקנה כי בית המשפט האזרחי אינו קשור לפרשנותו של בית הדין הדתי. יש אמנם לפסקי הדין של בתי הדין הדתיים כוח משכנע בגלל המומחיות של דייניהם, אך עקרונית חופשי בית המשפט האזרחי לאמץ לעצמו פרשנות שונה, אם הדבר נראה לו כמחייב על פי הנורמות הדתיות המופשטות הקיימות.

דעה זו מצאה את ביטויה המפורש מפי השופט ויתקון בפרשת גיתיה [39]: "... לא ייתכן שיהא בית משפט בישראל שענין שבהלכה יהיה לפניו מעין שטח סגור. כמובן, גם אני סבור שהמקרים שבהם יחלוק בית־משפט זה על בתי־דין רבניים בענין שבהלכה יהיו נדירים ביותר. בתי־דין אלה מוחזקים מומחים בתחום ההלכה, וכמו בתחומים אחרים הדורשים בקיאות מיוחדת, אף כאן לא נמהר לחלוק על דעת מומחים. בתי־דין דתיים דינם בנדון זה כדין בתי־דין וטריבונלים אחרים... דין דתי, בין שבכתב ובין שבעל־פה, אף הוא בגדר המונח "דין" (ראה פקודת הפרשנות סעיף 1), וחזקה על בית משפט שבמדינת ישראל, העוסק בדינים מארצות שונות, שאף דין יהודי אינו זר בעיניו" [40].

37 ר' בג"צ 30/63, שם, עמ' 619—620; בג"צ 359/66, שם, עמ' 298, ובמיוחד מ. שאווה, שם, והאסמכתאות המובאות על ידו.

38 יש לזכור כי פיקוח הבג"צ הוא על המקרה הקונקרטי המסויים, כלומר, על הנורמה האינ־דיווידואלית שיצאה מתחת ידו של בית הדין הדתי. שאלת היחס בין הפסיקה האזרחית והפסיקה הדתית אינה מצטמצמת בכך, אלא היא נוגעת לכוח המחייב שבהלכה שנפסקה בבית הדין הדתי בתור נורמה כללית. על כך ראה ביתר פירוט בהמשך דברינו בסמוך.

39 בג"צ 359/66, שם, עמ' 297.

40 דבריו של השופט ויתקון מתייחסים בעיקר לאפשרות פיקוח מצד בג"צ על המקרה הקונקרטי שנפסק בבית הדין הדתי. אך ברור, כאמור, שפיקוח כזה על החלטות בית הדין הדתי העליון שולל, ממילא, לפחות מבחינת המדינה, את הלכת התקדים המחייב מצד החלטות בית הדין כלפי בתי המשפט האזרחיים. הדבר נאמר במפורש על־ידי השופט ברגזון ב־ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, כ"ד פד"י (1), 792, 810: "...הדעת נותנת כי בית משפט חילוני, בבואו להחליט בענין שיש בו הלכה פסוקה של בית־דין דתי, ייתן לה משקל רב ביותר ובדרך כלל יונחה על ידה... עם זאת, ברור לי כי פסקי הדין של בתי־הדין הדתיים אינם קושרים ואינם מחייבים את בתי המשפט של המדינה בבואם להחליט בענין הנתון להכרעתם, אף שההכרעה צריכה ליפול לפי הדין הדתי... אם כי, כאמור, בית משפט חילוני יתייחס בכל הכבוד הראוי לפסק

nevo.co.il

נמצא כי במידה ולהחלטה של בית דין יש אופי מחייב הרי חיוב זה מתבסס על עקרון מעשה בית דין בלבד [41]. כלומר, פסק הדין מחייב בתור הוראה נורמטיבית אינדיווידואלית, להבדיל מנורמה כללית כמבוטא על־ידי עקרון התקדים המחייב [42]. במלים אחרות: לא הסמכות הפנימית של ההחלטה הוכרה כמעניקה לה את הכוח המחייב, אלא בעיקר שיקולים של יעילות משפטית [43].

לדעתנו, מהלך המחשבה המונח ביסוד השקפה זו אינו עונה בשלמות על השאלה העקרונית בדבר החיוב שבפסקי ההלכה של בתי הדין הדתיים, כי גם אם נקבל את הגישה הרואה בבתי הדין הדתיים טריבונלים במערכת המשפט של המדינה, עדיין עלינו לשאול מה מעמדם של בתי דין אלה במערכת הנורמטיבית הדתית. אם יתברר לנו כי מבחינת הדין הדתי עצמו להלכות הנפסקות בבתי הדין האלה כוח מחייב, הרי בתי המשפט, החייבים להחיל את הדין הדתי על כל מקורותיו המשפטיים, אינם רשאים להתעלם ממקור זה. למה הדבר דומה? לחקיקה היוצאת מהמוסדות המוסמכים של המערכת הדתית והמחייבת לכל הדעות את מערכת השיפוט האזרחית [44] המופנית אל הדין הדתי הפנייה גיידת [45].

והנה, בדיקת מעמדם של בתי הדין הדתיים בשיטה הדתית מגלה כי הוא שונה ביסודו מהמעמד של בתי המשפט במדינה המודרנית. כך, בית הדין בתפיסת ההלכה היהודית אינו רק אורגן שיפוטי, כי אם גם מוסד מחוקק [46] ובמידה מסויימת אף מוסד

הלכה של בית־דין דתי בענין הנתון להכרעתו, הוא מוסמך לחתוך את הדין באופן בלתי תלוי לפי מיטב ידיעתו והבנתו".

41 השווה ע"א 54/65 מקיפן נ. מקיפן, י"ט פד"י (2), 651, 656: "ואמנם לענין הגירושין, אין אחרי קביעת בית־הדין הרבני [שהאשה היא] 'מורדת ללא יסוד', ולא כלום; אלא התוספת שהוסיפו בתי־הדין הרבניים על שתי דרגותיהם, שהבעל פטור ממזונותיה, לא היתה צריכה לענין הגירושין, שהיה לפני בית־הדין הרבני, ומבחינה משפטית יש לראות בתוספת זו חוות דעת בעלמא, שאין בה משום מעשה־בית־דין כמשמעותו הטכנית". במקרה זה נידונו הקשיים המתעוררים כתוצאה מהשיפוט המקביל בענייני מזונות והשיפוט הייחודי המוענק לבית הדין הדתי במקרה של גירושין. בדבר החיוב של פסק הדין הרבני בתור מעשה בית דין ראה עוד את ההחלטה הקודמת בין אותם בעלי הדין בע"א 634/61, ט"ז פד"י, 945, 948; השווה עוד ע"א 353/65 חכם נ. חכם, כ' פד"י (2), 199, 207—208.

42 על הבחנה זו במסגרת החלת המשפט הזר (מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי) השווה Niboyet, "La loi étrangère d'un pays déterminé," *cit.*, pp. 794 sqq. המחבר מבחין בין lex specialis (פסק הדין כנורמה אינדיווידואלית) ובין lex generalis (פסק הדין כתקדים).

43 השווה את דבריו של השופט ח. כהן בע"א 54/65, שם, עמ' 657, בהם הוא מדגיש כי ייתכן וכל התורה של מעשה־בית־דין אינה מוכרת בדין היהודי. ועל כך הוא מוסיף: "אבל גישתם של בתי־הדין הרבניים לענין זה, או הדין שעל פיו הם דנים, אינם מעלים ואינם מורידים לענין הדין המחייב את בתי המשפט — והוא לתת תוקף למעשי־בית־דין, ולא להרשות לבעלי הדין להוסיף ולהתדיין בענין אשר כבר הוכרע ביניהם סופית". בדבר השאלה אם חל בדין היהודי הלכת מעשה־בית־דין ראה לאחרונה, א. מכלוביץ, "סופיות הדין במשפט העברי", דיני ישראל, שנתון למשפט עברי ולדיני משפחה בישראל, כרך א', ירושלים תש"ל, עמ' 7.

44 ראה בג"צ 80/63 נורפינקל, חקלאי נ. שר הפנים, י"ז פד"י, 2048, 2061; בג"צ 359/66, שם, עמ' 294—295.

45 על מושג זה ראה לעיל, עמ' 309—310.

46 השווה רמב"ם, הלכות סנהדרין, פכ"ד, ה"ד, וראה באופן כללי, גולאק, יסודי המשפט העברי, ספר רביעי, עמ' 3 ואילך; וראה בתחום דיני העונשין, י. מ. גינצבורג, משפטים לישראל, ירושלים תשט"ז, עמ' א' ואילך.

nevo.co.il

מבצע [47]. רעיון הפרדת הרשויות אינו תופס בדין היהודי המסורתי [48], ודומה כי גם בדין הקנוני הוא קיים באופן חלקי בלבד [49].

כמובן, מבחינה פונקציונלית אפשר להבדיל בין פעולה חקיקתית לבין פעולה שיפוטית, והבחנה זו לא נעלמה מעיני הדין היהודי. במלים אחרות, גם אם בית הדין ממלא תפקיד מחוקק, הרי הבסיס המשפטי והטכניקה המשפטית במעשה החקיקה שונים מאלה המשמשים במקרה של שפיטה [50]. לכן טעות היא ללמוד מסמכות החקיקה של בית הדין על *הכוח המחייב של תקדימיו*, כי התקדים הוא פועל יוצא של סמכות השפיטה [51]. מכאן, כי מבחינה עיונית קיימת בהחלט האפשרות שמעשי החקיקה של בית הדין מחייבים כנורמות כלליות, בעוד שהחלטותיו השיפוטיות נעדרות כוח מחייב לגבי מקרים אחרים [52].

בכך אנו מגיעים לשאלה העקרונית: האם תורת התקדים המחייב חלה בדין היהודי הקיים? אנו מדגישים את המלה "קיים" כי אין לנו כאן עניין לברר אם בעבר הרחוק היה קיים מוסד שיפוטי עליון בעל סמכות או לאו. לכן גם אם נניח שההלכות שנפסקו בסנהדרין הגדולה, דהיינו בבית דין הגדול של שבעים ואחד שמקום מושבו היה בלשכת הגזית בירושלים, היו אמנם מחייבות את כל בתי הדין האחרים [53], השאלה כיום היא

47 ראה גולאק, שם, עמ' 43 והמקורות המובאים על ידו.

48 ראה במיוחד את תפקידו של בית דין הגדול של שבעים ואחד (הסנהדרין הגדולה) כפי שהוא מופיע במקורות ההלכה; השווה רמב"ם, הלכות ממרים, פ"א, וכן המקורות המובאים באנציקלופדיה התלמודית, כרך ג, ערך: בית דין הגדול. אנו, במפורש נמנעים מלהביע דעה כלשהי בדבר תפקידי בית דין הגדול מבחינה היסטורית. עיוננו הוא דוגמטי גרידא, כלומר, הבנת ההלכה את תפקידו של בי"ד זה, כי תפיסתה של ההלכה היא גורם מכריע בעיצוב בתי דין היום. על האספקטים ההיסטוריים של מוסד הסנהדרין, ראה לאחרונה, מנטל, מחקרים בתולדות הסנהדרין, תל־אביב תשכ"ט, במיוחד עמ' 64 ואילך. כן ראה, שם, על בית דינו של הנשיא, עמ' 259 ואילך.

49 המושג המרכזי potestas iurisdictionis ("סמכות השלטון") כולל את שלוש הפונקציות: חקיקה, שיפוט, מינהל. Cf. Del Giudice, *Nozioni di diritto canonico*, 11a ed., Milano 1962, pp. 90, 94 sqq.; Jemolo, Un caso di abuso, *etc., loc. cit.*, p. 272 "...un ordinamento che solo recentemente ed in forma molto attenuata ha accettato una certa divisione dei poteri, ma ove la nozione dominante è quella della *iurisdictio*, che contiene in sè tre funzioni, legislativa, esecutiva e giudizaria".

50 הכלים המשפטיים לחקיקה הם "הגזירות" ו"התקנות". השווה על מושגים אלה מנטל, שם, עמ' 259 ואילך והמקורות המובאים שם, במיוחד רמב"ם, הקדמה לסדר זרעים.

51 על הסתייגותנו מדעתו של שאווה, שם, שם, בדבר מעמד בית הדין הרבני הגדול לערעורים במדינת ישראל, ראה את המשך דברינו.

52 השווה את העקרון התלמודי: "אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין" (עדיות, פ"א, מ"ה) — כפי שפורש על־ידי הרמב"ם (הלכות ממרים, פ"ב, ה"א, ב): "בי"ד גדול שדרשו באחת מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כך ודנו דין, ועמד אחריהם בי"ד אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו — הרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו... בית דין שגזרו גזרה או תקנו תקנה... ועמד אחריהם בית דין אחר וביקש לבטל דברים הראשונים ולעקור אותה התקנה ואותה הגזרה ואותו המנהג אינו יכול עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין". בענין זה השווה עוד באופן כללי, תוספות, גיטין ל"ו, ב', ד"ה "אלא אם כן גדול הימנו". וראה עוד, ח. כהן, "על התוקעים עצמם לדבר הלכה", משפט וכלכלה, כרך ג', 129, 137—138.

53 לפי המקורות דומה כי ההלכות שנפסקו בבית דין הגדול חייבו את כל בתי הדין האחרים. *פסק ההלכה שיצא מפי הסנהדרין הגדולה* נתפס כ פ י ר ו ש א ו ט נ ט י של *ההלכה*. השווה

nevo.co.il

nevo.co.il

אולם, אם ננסה להחיל את העקרונות האלה על המציאות הישראלית הרי ניווכח לדעת כי מציאות זו יצרה דפוסים חדשים שאינם תואמים את התפיסה המסורתית. מכאן, הקושי לתת תשובה חד־משמעית לשאלה המעסיקה אותנו כאן. מהי מציאות זו? שילובם של מוסדות הרבנות לתוך המערכת הנורמטיבית של המדינה הביא לידי פיצול בין סמכויות השפיטה — מחד ובין הסמכויות האחרות — מאידך. סמכויות השפיטה נמסרו לבתי הדין הרבניים תוך יצירת היררכיה: בית הדין הרבני הגדול לערעורים ובתי הדין האזוריים. יתר הסמכויות — שאינן מוגדרות — מופקדות בידי מוסדות הרבנות כשבראשם מועצת הרבנות הראשית. מגמת הפרדה זו — שנתחזקה לאחר קום המדינה [61] — אינה תואמת את גישת ההלכה. כי לפי תפיסתה בית הדין הוא הגוף המרכזי בעל סמכויות מגוונות. לכן, אם נשאל כיום מהי הסמכות המוענקת מבחינת ההלכה לפסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול לערעורים, הרי אנו נתקלים מיד בקושי של בעית היחס בין מוסד זה לבין מועצת הרבנות הראשית.

אין ספק כי חוגי הרבנות ערים הם לקושי זה וכפי שנודע לנו קיים נוהג לפסוק בשאלות עקרוניות בישיבות משותפות של שני המוסדות [62].

המבנה הקיים של שתי רשויות נפרדות (בתי־דין ורבנות) נתפס בעיני המדינה כביטוי להפרדת הרשות השיפוטית מן הרשות המנהלית (והמחוקקת), בדומה לארגונן המקובל של רשויות המדינה. עד כמה שתפיסה זו אינה הולמת את גישתם של מוסדות הדת אפשר ללמוד מן העובדות שנתבררו בפרשת גיתיה [63]. השאלה שעמדה לדיון היתה יהדותו של אדם בן העדה הפלשית. הלה פנה תחילה אל בית הדין הרבני האזורי, אך בית הדין הפנהו אל הרבנות הראשית שפסקה בענייננו את אשר פסקה. בית המשפט הגבוה לצדק, שנקרא להכריע בעניין, עמד תוהה בפני הדרך בה נקטו מוסדות הרבנות והשופט לנדוי מעיר על כך: "אני מניח שבית הדין נהג כך, מפני שהוא רואה ברבנות הראשית את הסמכות העליונה בעניני ההלכה הדתית. אולי אפשר היה להעלות טענה, שבכך שגה בית הדין הרבני, כי לרבנות הראשית, להבדיל ממערכת בתי הדין הרבניים, אין עוד סמכויות שיפוט" [64]. השופט הכיר, לעומת זאת, בסמכות החקיקה של הרבנות הראשית [65]. גם השופט ויתקון תמה על דרכם של מוסדות הדת: "כאן שימשו המוסדות בערבוביה. מהרב המורשה עברה הבקשה לבית דין, וזה העבירה, כנראה בשל חשיבותה הציבורית, למועצת הרבנות הראשית. גלגולים אלה — לא ברור לי, מה טעמם ומה יסודם החוקי" [66].

מבחינת דרכי ההלכה אין כל תמיהה על כך כי בית הדין הרבני פנה או הפנה את העותר אל מועצת הרבנות הראשית. בספרות ההלכה מקובלות מאוד פניות אל רבנים

61 לפי ס' 4 ו־8(א) לחוק הדיינים, תשט"ו—1955, רק שני הרבנים הראשיים הם בתוקף תפקידם חברי בית הדין הרבני הגדול לערעורים. אך ראה את התיקון של סעיף 8(3) משנת תשכ"ט—1969 הקובע כי "במקום שיש שני רבני העיר ושניהם כשירים לדיינות, ישמשו שניהם כראשי אבות בית דין".

62 לאחרונה, למשל, בשאלת רישום הלאום היהודי נתכנסו שני המוסדות לשם החלטה. ראה גם תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, תש"ך, אשר הותקנו בישיבה משותפת של מועצת הרבנות הראשית לישראל וחבר דייני בית הדין הרבני הגדול ביום ד' בטבת ה'תש"ך.

63 בג"צ 359/66 גיתיה נ. הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים, כ"ב פד"י (1), 290.

64 שם, עמ' 294.

65 שם, שם.

66 שם, עמ' 296.

nevo.co.il

גדולים בשאלות הלכתיות [67]. לא היה זה מפתיע כלל לו בית דין רבני איזורי היה פונה בשאלה כלשהי אל פוסק ידוע בחו"ל הבקי בסוגיה הלכתית מסויימת.

בעיני בית המשפט האזרחי נעשה כאן צעד תמוה מסמכות שיפוטית (בית הדין) אל סמכות מנהלית (מועצת הרבנות הראשית) [68]. אך חלוקה זו אינה תואמת את תפיסת מוסדות הדת.

מן האמור עולה כי המושג "פסיקת הלכה" אינו זהה עם המושג "החלטה שיפוטית", ודבר זה בולט בשניות הקיימת בין מערכת בתי הדין והרבנות הראשית. אם נחזור כעת לשאלתנו בדבר הכוח המחייב של התקדים במערכת הדתית, הרי התשובה לגבי בתי הדין היא שלילית: הדין היהודי אינו מעניק להחלטות שיפוטיות של בית הדין הרבני, בתור שכאלה, כוח מחייב כפי שהדבר קיים במשפט האנגלי. גם החלטות בית הדין הרבני הגדול לערעורים אינם בעלות כוח מחייב בתור תקדים [69]. בכך נפתרה מבחינה פורמלית גם הבעיה לגבי בתי המשפט האזרחיים. אם החלטות בית הדין אינן מקור משפטי במערכת הדתית, הן אינן מחייבות כשלעצמן במערכת המדינה [69]א. יש להן כוח משכנע, ובמציאות, לא פעם, מסתמכים בתי המשפט על פסקי דין רבניים [70]. כל זה, כמובן, מנקודת הראות של משפט המדינה, הבודק את מקורות המשפט בדין הדתי אליו הוא פונה. יש להניח כי שאלת היחסים בין פסיקה דתית ובין פסיקה אזרחית היתה מקבלת תשובה שונה לו היינו בודקים אותה בכללותה מבחינת ההלכה. במלים אחרות, לו היינו שואלים מהי עמדת ההלכה בדבר הרשות של בתי משפט אזרחיים לסטות מפסקי דין רבניים, התשובה היתה, אולי, שונה [71]. אך, את זאת לא שאלנו, כי נקודת המוצא שלנו היא משפט המדינה [71]א.

67 השווה גם גולאק, שם, עמ' 18.

68 ראה את דבריו של השופט ויתקון, שם, עמ' 297.

69 השווה בהקשר זה תקנה קט"ז לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, תש"ך, המסמיך את בית הדין לדון מחדש בכל פסק אם חושש הוא שטעה.

69א ראה ברוח זו ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, כ"ד פד"י (1), 792, 810, אליבא דשופט ברנזון: "עד כמה שידוע לי, אף בבתי הדין הרבניים עצמם אין בית דין אחד רואה עצמו קשור בהלכה שנפסקה על־ידי בית דין אחר. לא כל שכן ביחסים שבין בית משפט חילוני ובית דין דתי". לעומת זאת לא נראית לנו הנמקתו של השופט ח. כהן, שם, עמ' 809. וראה, שם, פסק דינו של השופט י. כהן, עמ' 810—812.

70 ראה, למשל, בג"צ 130–132/66 שנב, רייכרט נ. ביה"ד הרבני וכו', כ"א פד"י (2), 505, 518, 533; ע"א 13/66 פלונית נ. פלוני, כ' פד"י (2), 512, 516; ע"א 166/66 גולדמן נ. גולדמן, כ' פד"י (2), 533, 536; ע"א 231/66 הכרי נ. הכרי, כ' פד"י (2), 685, 687; ע"א 63/69 יוסף נ. יוסף, כ"ג פד"י (1), 804, 808—809.

71 בית הדין עשוי לראות בבית המשפט האזרחי ערכאה שאינה מוסמכת לפסוק במקום שנפסקה הלכה על־ידי בית דין רבני.

71א לכן ספק רב בעינינו אם נכונה היא הנמקתו של השופט קיסטר ב־ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, שם, עמ' 805, האומר: "לפי דעתי חייבים אנו לקבל הלכה זו כפי שנפסקה בבתי דין רבניים בארץ... את הנימוק לכך שאנו חייבים לנהוג לפי פסקי הדין של בתי דין הרבניים ניתן למצוא בדיני התורה שלפיהם מצוה לשמוע לדברי חכמי התורה שבכל דור ודור, 'ויפתח בדורו כשמואל בדורו'". הנמקה זו יוצאת מנקודת ראות ההלכה הדתית. מבחינת משפט המדינה מצווה זו אינה תופסת. יש לזכור, כפי שמציין בהקשר קצת שונה באותו פסק דין השופט י. כהן, כי במדינת ישראל מכהנים אף שופטים שאינם מבני־הברית.

nevo.co.il

אולם, שילוב מוסדות הדת במערכת המדינה והמשמעות המיוחדת הנודעת למושג פסיקת הלכה בדין היהודי[72] מעוררים שתי שאלות נוספות שמן הראוי לעמוד עליהן כאן. האחת נוגעת למועצת הרבנות הראשית והאחרת למוסדות שיפוט קתוליים המצויים מחוץ לגבולות המדינה.

כפי שהזכרנו עומדת בראש מערכת הרבנות בישראל מועצת הרבנות הראשית. מועצה זו מופיעה כמוסד הלכתי עליון במדינה והוא נוהג להתקין תקנות ולהוציא פסקי הלכה בשאלות הלכתיות שונות. השאלה היא, איפוא, הבאה: מה מידת החיוב בפסקי הלכה אלה לגבי בתי המשפט האזרחיים? לבעיה זו שני אספקטים שונים; ראשית: מהי הסמכות של מועצת הרבנות הראשית מבחינת ההלכה עצמה? ושנית: מהי סמכות מועצה זו בעיני המדינה?

אין זה קל לפתור את השאלה הראשונה. לדעתו של הרב ישראלי, אחד המועטים שעסק בשאלה, סמכותה של מועצת הרבנות הראשית מבוססת על הסכמת הציבור לקבלה כסמכות עליונה. ואלה דבריו[73]: "והנה הרבנות הראשית קבלוה עליהם רוב הציבור שבא"י בתור רבותיהם... נמצא שהרבנות הראשית יש לה בכל מקום שבא"י תוקף של מרא דאתרא, כי גם רבני המקום אינם פועלים אלא בשליחותם. ממילא קיימת כלפיהם ההלכה של הרמ"א הנ"ל[74], שאין להורות נגד פסק שלהם, כל עוד אין הדבר בחינת טעות בדבר משנה אלא טעות בהכרעה ושיקול הדעת..."[75].

אולם, תהא סמכותה של הרבנות הראשית מבחינת ההלכה אשר תהא[76], עדיין עלינו לשאול את עצמנו אם אין המדינה רואה אותה כמוסד הלכתי עליון בעל אוטונומיה מלאה. לכאורה שאלה זו תמוהה היא: מה לה למדינה להעניק למוסד דתי מעמד עדיף על זה שיש לו במסגרת המערכת הדתית העצמית. אך, אם כי הדבר עלול להיראות תמוה ביחסים בין שיטות משפט של מדינות שונות, אין זה כך בנוגע למערכת דתית הפועלת

72 כלומר, לא רק *החלטה שיפוטית* אלא גם *קביעת הלכה אוטנטית*.

73 שם, עמ' נ"א.

74 ראה הערה 60 לעיל.

75 בדבר ההבחנה בין טעות בדבר משנה וטעות בשיקול דעת ר' את המקורות המוזכרים בהערה 57 לעיל. ראה עוד את דבריו של הרב ישראלי (שם, עמ' נ"א) בנוגע לציבור שלא קיבל על עצמו את הרבנות הראשית (הכוונה, למשל, לחוגי אגודת ישראל מסויימים, להם מוסד נפרד, מועצת גדולי התורה): "ואם אמנם, כלפי אותו חלק ציבור שמעיקרא לא קיבל עליו את הרבנות הראשית יש לדון שאין בזה משום לא תתגודדו בשני בתי"ד בעיר אחת וכנ"ל". השווה עוד יבמות, י"ג—י"ד; וכן רמב"ם, הלכות עבודת כוכבים, פי"ב, הי"ד, ובמיוחד כסף משנה, שם.

76 מבחינה מעשית השאלה עשויה להתעורר אף לגבי בתי־הדין הרבניים. לדעתנו, פסקי־ההלכה של מועצת הרבנות הראשית, אשר כאמור נוהגת להוציאם בשיתוף עם חבר הדיינים של בית הדין הרבני הגדול, מחייבים את בתי הדין ברוח הדברים של הרב ישראלי: "אבל אותו ציבור, והוא רוב היישוב שבא"י, שבחרו ברבנות הראשית ורואים בהם את רבותיהם, כלפיהם וכן כלפי הרבנים המשמשים באותן קהלות מכוח מינוי והס־כמת הרבנות הראשית, ודאי שהם בגדר המרי דאתרא שדינם דין ופסקם פסק, גם במה שנוגע לשאלות איסור תורה, כל עוד שלא יתגלה בפסק טעות ח"ו בדבר משנה" (ההדגשה שלנו).

nevo.co.il

בתחום המדינה עצמה. יש והמדינה תהיה מעוניינת כי מולה יעמוד גוף אחיד ויחיד המייצג באופן בלעדי את האינטרסים של דת מסויימת.

ואמנם כך היה המצב בזמן האימפריה העותומנית שעה שהכירו בראשי העדות כנציגים בלעדיים של העדה כלפי השלטון [77]. בראשית זמן המנדט הוכרה מועצת הרבנות הראשית כמוסד הלכתי עליון [78], ויש רגליים לסברה כי מעמדה זה נשמר לה גם במדינת ישראל [79]. מאידך, אין שום מקור במשפט הישראלי המכיר מעמד דומה לבית הדין הגדול לערעורים הנתפס כמוסד ערעור בלבד [80].

אם נכונה היא סברתנו שמועצת הרבנות הראשית היא המוסד ההלכתי העליון בעיני המדינה, הרי פסקי ההלכה שלו מחייבים באופן עקרוני את כל רשויות המדינה, אם ובמידה ורשויות אלה חייבים להחיל את הדין היהודי לפי רצון המחוקק הישראלי.

אולם, היקף סמכויותיה של הרבנות הראשית אינו מוגדר די צורכו. אין היא מוסד שיפוטי מבחינת המדינה [81]. בתי המשפט הכירו באופן מפורש בסמכות החקיקה של המוסד, והפעילו תקנות שנחקקו על ידו בענייני נישואין וגירושין [82]. מאידך, לגבי פסקי הלכה של הרבנות הראשית, שאינם מעשי חקיקה במובן הפונקציונלי, עמדת בתי המשפט היא הרבה יותר מסוייגת. במיוחד, נוטים בתי המשפט האזרחיים לראות את פסקי ההלכה המתייחסים לבעיות ספציפיות כפעולה של הגשמת נורמה דתית קיימת. בעיני בית המשפט פסק הלכה כזה הוא או פעולה מעין־שיפוטית או מינהלית בה הרבנות הראשית אינה ריבונית [83]. לכן אין בית המשפט קשור על ידו. הקושי העיקרי נובע מכך כי החלוקה הפונקציונלית בין פעולות מנהליות, שיפוטיות וחקיקתיות קשה

77 ר' את מאמרנו, "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק", (תשכ"ד) הפרקליט, כרך כ"ב, 68.

78 ר' את ההודעה הפומבית מאת המזכיר המדיני מיום 18 במרס 1921, המובאת במאמרנו, שם, עמ' 71—72. וכן בג"צ 69/25 פרמן נ. מרשל מחוז דרום, 1 פל"ר, 57, 63. ההודעה הנזכרת בוטלה עם כניסתן לתוקף של תקנות כנסת ישראל, 1928, אך לדעתנו מעמד הרבנות הראשית כמוסד הלכתי עליון לא נשתנה. השווה, לעומת זאת, רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, תל־אביב תשכ"ט, עמ' 76—78.

79 ר' מאמרנו, שם, עמ' 72—74; נכון אמנם כי הדבר אינו מופיע במפורש בחוקי הכנסת אך הרקע ההיסטורי להקמת המוסד ושמו מעידים על מעמדו בעיני המדינה. השווה גם את כתב הרבנות של הרב יצחק נסים משנת תשט"ו בשעת בחירתו לראשון לציון ורב ראשי לישראל. על הכתב חתומים נשיא המדינה, ראש הממשלה ושר הדתות, ובו נאמר בין היתר: "הוא הגבר חוקם על לרעות את עם ה' ולהנהיגו על מבועי התורה והיראה לשפוט לדון ולהורות ככל משפטי התורה, אחרי דברו לא ישנו וכל היוצא מפיו יעשו". אך ראה רובינשטיין, שם, עמ' 78 הערה 41. לדעתנו אין שום סתירה עקרונית בין ההשקפה שההלכה שואבת את תקפה המחייב בישראל ממשפט המדינה (או כלשון רובינשטיין: "היות ההלכה חלק מן המשפט הישראלי") ובין מסקנתנו כי המדינה רואה את הרבנות הראשית כמוסד הלכתי עליון. שני הדברים נעשים מכוח רצון המחוקק הישראלי.

80 לכן, אנו מסתייגים מדעתו של מ. שאווה, שם, שם, וראה לעיל, הערה 55.

81 ראה פרשת גיתיה, בג"צ 359/66, שם; דברי השופטים רומזים על כך כי בית המשפט הגבוה לצדק עשוי היה להתערב כדי למנוע ממועצת הרבנות הראשית להחליט החלטה שיפוטית בסכסוך קונקרטי המתברר בפני בית דין רבני.

82 בג"צ 359/66, שם, עמ' 294; וראה מאמרנו, שם, הערה 26.

83 ראה בג"צ 359/66, שם.

nevo.co.il

nevo.co.il

והנה, מוסדות הדת העליונים של הכנסיה הקתולית מצויים, כידוע, ברומא. מבחינת המשפט הישראלי אין לפקפק כי במידה והוא מפנה אל הדין הקתולי, מעשי החקיקה של המוסדות המוסמכים על־פי דין זה נקלטים בישראל. אך, השאלה היא מה מעמדם של מוסדות השיפוט העליונים, המצויים ברומא [89], במסגרת המשפט הישראלי. במלים אחרות, האם עלינו להכיר בפסקי דין שניתנו בבתי הדין של הוותיקן בערעור על פסק דין של בית דין קתולי מקומי? נכון, בעיה זו חורגת במידה מסויימת ממסגרת נושאנו, העוסק בהחלת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים. כי כאן המדובר הוא בערעור על החלטה של בית דין דתי בתוך המערכת הדתית. נמצא כי מבחינת בית המשפט האזרחי השאלה מצטמצמת לשאלה של סמכות שיפוט ושל מעשה בית דין. עם זאת, דומה כי הבעיה נוגעת ביסודה לאוטונומיה של הדין הדתי, דהיינו, לעקרון המשמש כנקודת מוצא לדיוננו כולו. משום כך נעמוד עליה בקצרה. השאלה עצמה התעוררה כבר בזמן השלטון העותומני ופתרונה היה שנוי במחלוקת [90]. גישה אחת שללה כל הכרה בהחלטות השי־פוטית של מוסדות הוותיקן בגימוק כי כל שיפוט הוא טריטוריאלי והסולטן לא התכוון להעניק סמכות שיפוט למוסדות מחוץ לאימפריה העותומנית [91]. הגישה האחרת דגלה בהכרה ישירה במוסדות אלה והיא נתקבלה בשנת 1894 באחד מפסקי הדין של בית המשפט המעורב במצרים [92].

גם בזמן המנדט לא הוכרעה השאלה סופית [93]. מן הצד האחד יש נטייה מצד מספר שופטים להכיר באפשרות זו של ערעור [94]; מן הצד האחר אנו מוצאים את הדעה השוללת כל תוקף מפסקי דין כאלה שניתנו בבית דין דתי מחוץ לגבולות המדינה [95].

בהעדר הוראות חוק מפורשות אין זה קל לפתור את הבעייה באופן חד־משמעי [96]. לדעתנו העובדה בלבד כי בית הדין הדתי העליון מצוי מחוץ לגבולות המדינה אינה צריכה להכריע לצד שלילת ההכרה. לעומתה עומד השיקול של אחדות המערכת הדתית. לשיקול זה משקל מיוחד בענייני נישואין, משום שבדין הקתולי נודעת למוסד

89 הסמכות השיפוטית העליונה הוא האפיפיור עצמו, אך הוא פועל בעיקר באמצעות שני בתי דין קבועים ה־Sacra Romana Rota וה־Signatura Apostolica. ראה באופן כללי סס׳ 1597—1605 לקובץ החוקים הקנוני, 1917.

90 Cf. Sidarouss, *Des Patriarcats*, Paris 1907, pp. 332–338; Rosetti, "L'autorité judiciaire du Pape dans l'Empire Ottoman." *L'Egypte Contemporaine*, 1912, pp. 371 sqq.

91 Cf. Sidarouss, *op. cit.*, 333; Rosetti, *op. et loc. cit.*

92 G. Privat, "Des Patriarcats catholiques d'Orient et de la juridiction suprême de la sainte Cour de Rome en pays Ottoman pour les procès matrimoniaux." 22 (1895) *Clunet*, 994, 1002–1017; לגבי גישת ביניים ר׳ Sidarouss, *op. cit.*, pp. 334, 337.

93 E. Vitta, *Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, Tel-Aviv 1947, p. 119 sq.; Goadby, *International and Interreligious Private Law in Palestine*, Jerusalem 1926, p. 135 sq., n. 21

94 H. C. 11/43, *Abu Khalil* v. *C.E.O.*, 1943 A.L.R. 143; H. C. 103/42, 9 P.L.R 579; cf. Vitta, *ibid.*

95 Goadby, *ibid.*; Vitta, *ibid.*; cf. C. A. 84/40, *Wilner* v. *Barkat*, 7 P.L.R. 401.

96 העובדה כי דבר המלך במועצה, 1922, מתייחס רק אל בתי דין דתיים להם סמכות שיפוט בישראל, אינה מוציאה את האפשרות, לדעתנו, כי יוכרו פסקי דין שניתנו על־ידי בית דין דתי מחוץ לגבולות המדינה. אך, ראה ויטה, שם, שם.

nevo.co.il

הנישואין משמעות דתית טרנסצנדנטית [97]. התעלמות מפסק דין מחייב במערכת הדתית היתה מהווה פגיעה בשלמות הדין הדתי.

טענה רצינית נגד ההכרה היא העדר פיקוח משפטי על בתי דין המצויים מחוץ לישראל. אולם, דומה כי אפשר להתגבר על טענה זו אם נכיר לבית המשפט הגבוה לצדק סמכות פיקוח — אמנם לא על בית הדין הזר עצמו — אך על הכרת פסק הדין הדתי וביצועו בישראל. הנימוקים המשמשים יסוד להתערבותו הישירה בפעולות בית הדין, ישמשו כאן כבסיס לביקורת על פסק הדין [98].

3. פסיקת הדין הדתי על־ידי בית המשפט העליון והלכת התקדים המחייב

נחזור כעת לפסיקת הדין הדתי בבית המשפט האזרחי. מה מעמדו של בית המשפט העליון בהחלת דין זה? נוכח ההוראה המפורשת בפקודת הפרשנות, כי הדין הדתי הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה, אין אצלנו כל פיקפוק בדבר הסמכות של בית המשפט העליון לפקח על החלה נאותה של הדין הדתי מצד בתי המשפט של מטה [99].

השאלה הנשאלת היא: האם הלכת התקדים המחייב — כנוסחה בסעיף 33 לחוק בתי המשפט — חלה גם על קביעותיו בדין הדתי של בית המשפט העליון? דבר אחד ברור: כל זמן שהדין הדתי היה נחשב בבחינת שאלה של עובדה [100] — אותה יש להוכיח בשלמותה — לא היה יסוד לתחולתה של הלכת התקדים המחייב. בית המשפט מסתמך אז בעיקר על חומר הראיות המוגש לו על־ידי בעלי הדין; ולכן אין מסקנתו המשפטית צריכה לחייב בעלי דין אחרים, אשר יתכן ובידיהם ראיות שונות בדבר תוכן הדין הדתי. ואמנם, כך הוא המצב במשפט האנגלי לגבי החלטות הנוגעות למשפט זר, הנחשב, כידוע, כענין של עובדה [101].

למסקנה, כי הלכת התקדים המחייב אינה חלה אלא על קביעות משפטיות שתוכנן מן המפורסמות שאינן צריכות ראיות, נודעת עדיין חשיבות גם בתחום החלת הדין הדתי בישראל. כפי שעלה מדברינו בפרק הקודם [102] מוגבלת הוראתו של סעיף 33 לפקודת הפרשנות לדינים הדתיים של העדות המוכרות בענייני המעמד האישי. נמצא כי הדינים הדתיים של העדות המוכרות בעניינים שאינם קשורים למעמד האישי וכן הדינים של

97 הנישואין הם בבחינת Sacramentum. ראה בהקשר זה את דבריו של Privat, *op. et loc. cit.*, p. 1012

98 השווה בהקשר זה את הוראות חוק אכיפת פסקי־חוץ, תשי"ח—1958. אפשר אולי ללמוד היקש מהוראות חוק זה, כי ספק רב בעינינו אם פסק דין דתי של מוסדות הוותיקן הוא בבחינת פסק חוץ במובן חוק זה.

99 לגבי המשפט הזר המוחל מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי קיימת בעיה במספר מדינות בדבר סמכות הפיקוח של בית המשפט העליון על החלתו. ניתוח מקיף בשאלה זו ראה אצל Zajtay, *op. cit.*, *passim;* cf. Batiffol, *op. cit.*, pp. 384 sqq.; Kegel, *op. cit.*, p. 181; Wolff, *op. cit.*, p. 223 sq.; Nussbaum, *op. et loc. cit.*, p. 1033. לגבי המצב המשפטי בארה"ב ראה Note, "Proof of the Law of Foreign Countries: Appellate Review and Subsequent Litigation," 72 (1958–59) *Harv. L.R.* 318.

100 עד לפקודת הפרשנות, 1945, ראה לעיל עמ' 521.

101 Cf. *Lazard Bros.* v. *Midland Bank* [1933] A. C. 289, 297–301; *Ottoman Bank of Nicosia* v. *Chakarian* [1938] A. C. 260, 279–281; cf. Wolff, *op. cit.*, 219.

102 לעיל, עמ' 523—524.

nevo.co.il

עדות בלתי מוכרות, טעונים הוכחה בבית המשפט ואין להחיל לגביהם את הלכת התקדים המחייב. במלים אחרות, החלטות בית המשפט העליון במקרים אלה אינן בבחינת "הלכה פסוקה" במובן סעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957.

למסקנה זו הגיע בית המשפט המחוזי [103] בפרשה שעסקה בחובתו של יהודי להישבע בבית המשפט לפני מתן עדותו. לפי נוסח התקנה שהסדירה בשעתו את הענין, חייב היה כל אדם להישבע זולת אם מתן השבועה היה בניגוד לעיקרי דתו, ואז יכול היה להסתפק במתן הצהרה בהן־צדק [104]. והנה, בפסק דין של בית המשפט העליון נקבע לפני כן כי השבועה אינה בניגוד לעיקרי הדת היהודית [105]. בית המשפט העליון הסתמך על מספר פסוקים בתורה ולא דן כלל במקורות הרבים המאוחרים [106]. בית המשפט המחוזי, שנקרא להכריע פעם נוספת בסוגיה זו, קבע כי אינו קשור לתקדימו של בית המשפט העליון ואחד הנימוקים שלו היה "שאין לראות בדעה אשר הביעה הערכאה העליונה הלכה פסוקה כאשר מדובר על אודות דיני ישראל, במקרים שהמחוקק אינו קובע בשפה שאינה משתמעת לשתי פנים שעל עניינים מסויימים יחולו דיני ישראל, כפי שעשה זאת בענייני המעמד האישי ביחס ליהודים" [107].

גם אם ניסוח הדברים אינו מדוייק ביותר [108], הרי תוכנם נכון: יש להבחין, כאמור, בין החלת הדין הדתי בענייני המעמד האישי לבין החלתו בעניינים אחרים. רק הסוג הראשון הוא בבחינת "דין" שאינו טעון הוכחה. העובדה כי בית המשפט העליון לא נזקק במקרה הנזכר לעזרת עדות בדבר תוכן הדין הדתי, (וכך הוא נוהג במקרים רבים לגבי הדין היהודי [109]) — עובדה זו אינה יכולה להשפיע על מעמד הדין הדתי, הנתפס כשאלה של עובדה הטעונה הוכחה.

אולם גם לגבי אותן ההוראות של הדין הדתי הכלולות במונח "דין", כמשמעותו בפקודת הפרשנות, קיימת שאלת התקדים המחייב. כי בהכללתן גרידא במושג "דין" עדיין אין פתרון חד־משמעי לבעיה אם יש לראות בקביעותיו של בית המשפט העליון הנוגעות לדין הדתי משום "הלכה פסוקה" במובן סעיף 33 לחוק בתי המשפט הנזכר. קודם כל מבחינה פורמלית: בסעיף 33(ב) הנזכר, המורה כי "הלכה שנפסקה בבית

103 ע"א 216/65 **ארמן נ. ארכמה נגרים**, נ' פ"מ, 352.

104 תקנה 182(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963: "כל אדם ייחקר בשבועה זולת אם נוכח בית המשפט שהשבועה היא בניגוד לעיקרי דתו של העד או שאינו דתי בכלל, בכל אחד מן המקרים האלה מותר לחקור את העד על יסוד הן־צדק בלבד". בשנת תשכ"ו תוקנה ההוראה ולשון התקנה 182(א) כיום היא כדלקמן: "... העד יישבע להעיד אמת, אולם רשאי הוא משהודיע שהוא עושה כן מטעמי דת או מצפון, שלא להישבע אלא להצהיר בהן צדק, זולת אם היה בית המשפט משוכנע שטעמי העד ניתנו שלא בתום לב".

105 ע"א 269/64 **כרצפות פ' פ' כע"מ נ. דוד אלפסי**, י"ח פד"י (4), 63.

106 ראה את רשימת הביקורת שלנו: "שבועה של עד — חיוב מן התורה ?", (תשכ"ה) **הפרקליט**, כרך כ"א, עמ' 435.

107 **שם**, עמ' 354.

108 כי השאלה איננה אם שפתו של המחוקק היא חד־משמעית או דו־משמעית. דומה כי כוונתו של השופט היתה להבחין בין הפנייה חד־ערכית ובין הפנייה רב־ערכית (על מושגים אלה ראה לעיל עמ' 309), אך גם הבחנה זו אינה נראית לנו. ההבדל הוא בין הפנייה קבועה לבלתי־קבועה, כפי שהסקנו אותה מהגדרת המושג "דין". ראה לעיל עמ' 523.

109 לגבי גישתו המיוחדת של בית המשפט אל הדין היהודי השווה לעיל עמ' 524.

nevo.co.il

המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון" אינו מופיע המונח "דין" ולכן אין בכוחה של הגדרת הדין בפקודת הפרשנות, להכריע, כשלעצמה, בשאלה המעסיקה אותנו כאן[110]. נמצא, כי את פתרון הבעיה יש לבסס על שיקולים רחבים יותר, בעלי אופי מהותי, הנוגעים למעמדו של הדין הדתי.

בין השיקולים האלה מצוי כמובן זה המתוסס על העובדה כי, כתוצאה מהכללת הדין הדתי במושג "דין", הוא נחשב כמפורסמות שאינן צריכות ראיה. אך השאלה היא אם עובדה זו היא המכרעת לגבי תחולת עקרון התקדים המחייב? לדעתנו — לא! הכלל כי הדין הוא כמפורסמות שאינן צריכות ראיה, משמעותו היא שבית המשפט חייב לדעת את הדין הדתי וכי אין בעל דין נושא בנטל הוכחתו. אולם, כלל זה עדיין אינו מחייב את המסקנה כי ההחלטה השיפוטית מהווה "הלכה פסוקה" לה כוח מחייב כתקדים. והמשפט הזר יוכיח! כפי שהזכרנו[111] קיימת נטייה, במיוחד בארה"ב, לרכך את ההלכה המסורתית בדבר מעמד המשפט הזר כשאלה של עובדה, ולהקל את הוכחתו על בעלי הדין. והנה, אין קשר הכרחי בין הלכת התקדים המחייב ובין הרחבת עקרון הידיעה השיפוטית על המשפט הזר. בצדק מעיר Nussbaum במאמרו כי העדר הכוח המחייב של החלטה בדבר תוכן המשפט הזר אינו תוצאה מראייתו כשאלה של עובדה. הסיבה העיקרית לשלילתו של עקרון התקדים המחייב לגביו נעוצה בנימוקים היסטוריים ובשיקולים של מדיניות משפטית[112]. הרחבת העקרון בדבר הידיעה השיפוטית על משפט זר משמעותה כי השופט רשאי להסתמך, בין היתר, על החלטות שניתנו על־ידי בית המשפט העליון בפרשה קודמת (בתור אמצעי אינפורמציה), אך אין פירושה חובה ללכת אחרי ההחלטה הקודמת בתור תקדים מחייב[113].

העולה מן האמור כי אין למצוא תשובה מפורשת וחד־משמעית לשאלתנו, לא במונח "דין" ולא בעקרון הידיעה השיפוטית. הדרא קושיא לדוכתא: המחוקק הישראלי, בדברו על "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון" האם התכוון לדין הדתי או לאו?

בהעדר הוראה מפורשת תשומת הלב מופנית לעקרונות הכלליים של תורת התקדים המחייב ובמיוחד לתפקידו של בית המשפט העליון בגיבוש הלכה אחידה המחייבת את יתר בתי המשפט — הכל כמובן על רקע החלת הדין הדתי.

פתרון הבעיה עורר מחלוקת בפסיקה ובספרות המשפטית. נגד החלת עקרון התקדים המחייב הושמעו מספר נימוקים, אותם אפשר לחלק לשתי קבוצות: נימוקים כלליים הנוגעים לדין הדתי בתור מערכת נורמטיבית נפרדת ואוטונומית ונימוקים הנוגעים

110 ראה ברוח זו, א. ח. שאקי, "ערבוב תחומין וצמצום סמכות השיפוט הדתי", (תשכ"ה), גוילין, כרך כ"א—כ"ב, עמ' 38, 46.

111 לעיל, עמ' 518 הערה 10.

112 Nussbaum, *op. cit.*, p. 1034 sq.: "It is true that a statement of the highest court on a point of foreign law lacks the effect of precedent, not because foreign law is regarded as a fact, but because the rule of precedent has been limited to domestic law for historical and policy reasons."; Note, "Proof of the Law of Foreign Countries, Appellate Review and Subsequent Litigations," 72 (1958–59) *Harv. L. R.* 318, 324 sqq.; cf. A. R. Miller, "Federal Rule 44.1 and the 'Fact' Approach to Determining Foreign Law," 65 (1966–67) *Mich. L. R.*, 613, 690, n. 295.

113 Cf. Nussbaum, *ibid.*; Note, *cit.*, *ibid.*

nevo.co.il

להחלת הדין הדתי בישראל על רקע קיום־יחדיו של בתי משפט אזרחיים ובתי דין דתיים.

נדון תחילה בנימוקים הכלליים, כפי שהועלו בתקיפות רבה על־ידי השופט קיסטר בפרשת קרץ[114]. השופט שולל את תוקפו המחייב של החלטת בית המשפט העליון בציינו: "בית המשפט כשבאה לפניו שאלה שהוא נדרש לפסוק לפי משפט שאינו נחקק על־ידי מוסד המחוקק בארץ, אלא על־ידי מוסד שמחוץ למוסדות מחוקקים של המדינה, בין אם זה חוק זר או בינלאומי פומבי או חוק דתי, חייב למצוא את הדין הזה ממקורות אותו משפט עצמו ולפרשו לפי עקרונות שאותו משפט קובע לגבי פירושן. אילו בית המשפט לא היה נוהג ככה, אלא רואה את עצמו קשור על־ידי תקדים של בית המשפט המקומי אשר מנוגד למקורות אותו דין, היה פוסק לא לפי המשפט שלפיו היה לדון"[115].

רעיון דומה הושמע גם בארה"ב לגבי הלכת התקדים המחייב בהחלת המשפט הזר: "It is arguable that a litigant is entitled to have his rights determined by direct reference to the applicable law and not by reference to an elaboration of that law by the forum upon the basis of its own prior decisions."[116]

נימוק זה נדחה מכל וכל על־ידי השופט כהן הקובע בע"א 99/63[117] כי "'הדין' אשר בתי המשפט מפרשים ומבצעים אותו בדרך קביעת הלכות, משמעו לפי ההגדרה שבסעיף 1 לפקודת הפרשנות לא רק חוקים חילוניים, אלא גם דינים דתיים בין שבכתב ובין שבעל־פה".

השופט יצר, איפוא, זהות בין פ ס י ק ת ה ל כ ה במובן סעיף 33 לחוק בתי המשפט ובין המושג "דין" כמוגדר בפקודת הפרשנות. אולם, כפי שהערנו זיהוי זה אינו מחוייב מבחינה פורמלית (המונח "דין" אינו מופיע בסעיף 33 הנזכר) וספק בעינינו אם הוא נכון מבחינה עניינית. ראשית, אפשר כי רשימת ההוראות המשפטיות המופיעה בהגדרת המונח 'דין' אינה ממצה את כל סוגי הנורמות עליהם עשויה לחול הלכת התקדים המחייב. אנו חושבים, למשל, על מ נ ה ג שהפך למן המפורסמות[118] ועל המשפט

114 ת"א 779/59 קרץ נ. עזבון קרץ, כ"א פ"מ, 400, 405.

115 השופט קיסטר מסתמך על פסק דין של מועצת המלך בפרשת *The Zamora* [1916] 2 A. C. 77, 91 תוך כדי הבאת קטעים מפסק דין זה. אולם, גם אם נכון הוא שפסק הדין האנגלי מגדיר יפה את ההבדל בין החלה אוטונומית של המשפט הבינלאומי לבין החלה של המשפט הפנימי, דומה כי אין הוא נוגע במישרין לשאלת התקדים המחייב. בפסק הדין האנגלי מדובר אמנם על ההבדל בין הסתמכות על חוק פנימי, המתיימר לבטא את כללי המשפט הבינלאומי הפומבי ובין הסתמכות ישירה על המשפט הבינלאומי, אך ספק אם בית המשפט האנגלי היה שולל, מאותו הטעם, את הלכת התקדים המחייב לגבי פירוש שיפוטי של הוראה מהוראות המשפט הבינלאומי, אבל ראה ברוח הדברים של השופט קיסטר C. W. Jenks, "The Authority in English Courts of Decisions of the Permanent Court of International Justice," 20 (1939) *B.Y.I.L.* 1, 28, 31–32. בשאלת התחולה של תורת ה־תקדים המחייב לגבי המשפט הבינלאומי המנהגי, ראה להלן הערה 120.

116 Note, *cit.*, 72 *Harv. L. R.*, 324.

117 י"ז פד"י, 1122, 1127.

118 השווה לגבי פיצויי פיטורין, לפני החוק משנת תשכ"ג—1963, ע"א 160/58 מנדלוביץ נ. פורת, י"ד פד"י, 666.

nevo.co.il

הבינלאומי הפומבי המנהגי [119]. שני הסוגים האלה אינם כלולים במושג "דין", ועם זאת יתכן מאוד כי החלטות בית המשפט העליון תחשבנה אף לגביהם כהלכות פסוקות בעלות כוח מחייב [120].

שנית, אין בדבריו של השופט כהן הנמקה ענייינית מדוע יש לתחום את הלכת התקדים המחייב לפי היקף ההגדרה של המונח "דין" בפקודת הפרשנות. האמנם כה ברור ש"דיני המשפט המקובל" ו"עקרוני היושר של אנגליה" ייקבעו באופן בלעדי על־ידי פסיקה של בית המשפט העליון המקומי (בהנחה שהיא קיימת), ללא אפשרות מצד בתי המשפט הנמוכים לשאוב את תכנם במישרין מהמשפט האנגלי [121]?

ביסוס רעיוני להרחבתה של הלכת התקדים המחייב על קביעות בדין הדתי נותן פרופ׳ טדסקי באחד ממאמריו [122]. בהתייחסו אל דבריו הנזכרים של השופט קיסטר הוא טוען כי הנמקה זו, אם תתקבל, בכוחה לפסול את תורת התקדים המחייב כולה. כי תקדים מוטעה יסלף את הדינים בכל השטחים, ומדוע תועדף כאן המערכת הזרה על המשפט הפנימי של המחוקק. הלה הסכים לכך כי פסיקת בית המשפט העליון תכריע בפרשנות חוקיו שלו; אין כל טעם כי יפקפק ביכולתו של בית המשפט העליון לפרש מערכות דינים אחרות.

119 בהנחה שמשפט זה חל אצלנו "מכוח היות ישראל מדינה ריבונית ועומדת ברשות עצמה" (כדבריו של השופט חשין בע"פ 174/54 שטמפפר נ. היוה"מ, י׳ פד"י, 5, 15) ולא באמצעות המשפט המקובל האנגלי.

120 במיוחד לגבי מנהג; לגבי המשפט הב"ל הפומבי המנהגי הדבר אינו כה ברור, ראה את השיקולים הכלליים בהמשך דבריו. וכן השווה את דעתו של השופט קיסטר, שם, שם (הערה 116 לעיל). ראה לעומת זאת, טדסקי, "עוללות בדבר התקדימים", (תשכ"א) הפרקליט, כרך י"ז, עמ׳ 244, בו הוא מזכיר את הדינים הבינלאומיים ככפופים לתקדים המחייב. גם במשפט האנגלי קיימות דעות שונות בשאלת התקדים המחייב לגבי המשפט הבינלאומי. ראה *Chung Chi Cheung* v. *The King* [1939] A. C. 160, 168: "The Courts... will treat [international law] as incorporated into the domestic law, so far as it is not inconsistent with rules enacted by statutes or finally declared by their tribunals" (*per* Lord Atkin); לעומת זאת הובעה דעה פחות נוקשה בפרשת *The Odessa* [1915] p. 52, 63: "Precedents handed down from earlier days should be treated as guides to lead, and not as shackles to bind. But the guides must not be lightly deserted or cast aside;" F. Morgenstern, "Judicial Practice and the Supremacy of International Law," 27 (1950) *B.Y.I.L.*, 42, 80–82; Jenks, *op. et loc. cit.*; cf. O'Connell, *International Law*, Vol. I, London 1965, p. 59. אולם, יש לשים לב לכך כי לפי גישת המשפט האנגלי, הרואה את המשפט הבינלאומי המנהגי כ ח ל ק של המשפט הפנימי, שאלה גדולה היא אם ההפנייה אל המשפט הבינלאומי היא "ניידת" או "נייחת" (על מושגים אלה ר׳ לעיל עמ׳ 309). ואמנם, העיון במקורות הנזכרים מגלה כי שאלה זו נשתרבבה בעקיפין לתוך הדיון בדבר התקדים המחייב. כלומר, השאלה היא, בין היתר, מה דינם של שינויים במשפט הב"ל המנהגי.

121 השאלה נוקבת במיוחד, נוכח העובדה כי במשפט האנגלי עצמו חלה תורת התקדים המחייב. בשאלה דומה, אם כי תוך ניתוח עיוני גרידא, דן המלומד Niboyet במאמרו הנזכר, שם, עמ׳ 807, והוא משאירה בצריך עיון. במשפטנו לובשת השאלה צורה מיוחדת על רקע הדעה, שהובעה במספר פסקי דין, כי הפסיקה האנגלית לאחר קום המדינה אינה מחייבת עוד בישראל. לפנינו, איפוא, לפי השקפה זו, הפנייה נ י י ח ת. על בעיה זו באופן כללי ראה לעיל עמ׳ 309.

122 עוללות בדבר התקדימים, שם, שם.

לכאורה, טיעון זה הוא בעל כוח משכנע רב במשפט הישראלי, המבוסס בעיקרו על מעשי חקיקה, להבדיל ממשפט מקובל יציר השופטים. כי בשיטתנו תקדימים רבים אינם אלא פרשנות של החוק. והנה המחוקק שלל מהשופט של הערכאה הנמוכה את אפשרות הפניה הישירה אל המקור הראשי — מעשה החקיקה — באלצו לקבל את פרשנות החוק כפי שגובשה על־ידי בית המשפט העליון. בלשונו של פרופ׳ טדסקי עצמו (אשר כלל אינו נמנה על חסידי הלכת התקדים המחייב[123]): "כי על כן התקדים המחייב מרחיק את השופטים מן החוק, והם חדלים להיות ׳עבדי המחוקק׳ בהפכם ׳עבדים לעבדיו׳"[124]. מכאן מסקנתו: אם הרחקה זו תופסת לגבי החוק הפנימי, ראויה היא להתקיים אף לגבי הדין הדתי.

אולם, לדעתנו, טיעון זה אינו בעל משקל מכריע. קיימים מספר הבדלים בין החוק הפנימי ובין הדין הדתי, בתור מערכת נורמטיבית אוטונומית, המטילים ספק על החלת תורת התקדים המחייב לגבי הדין הדתי.

קודם כל שיקול מעשי: ראינו כי השופטים המקומיים אינם בקיאים בתוכן כל הדי־נים הדתיים החלים בישראל, ונזקקים לחוות דעתם של מומחים[125]. אין להרבות במלים כדי להשתכנע כי במקרים כאלה אין כל צידוק להעניק כוח מחייב, או אף מנחה, להחלטת בית המשפט. יתרה מזו, גם באותם המקרים בהם מבררים השופטים במישרין את הוראות הדין הדתי, אפשרויות הטעות גדולות בהרבה, בהשוואה להחלת המשפט הפנימי[126].

אין זה מקרה כי דחיית דעתו של השופט קיסטר נעשתה אגב דיון בדין היהודי ועל־ידי שופט הבקי בו. אך האם הרגשת הבטחון קיימת אף לגבי דינים דתיים אחרים? עכ"פ אין ראיה מכרעת עולה מן העובדה שהמחוקק סומך על בית המשפט העליון בפירוש חוקיו; כי אין להסיק ממנה בהכרח שהתכוון לסמוך עליו גם לגבי דינים שלא הוא יוצרם.

הלכת התקדים המחייב, הלוא היא ביטוי להכרה המפורשת בתפקיד היוצר של בית המשפט. המחוקק סומך את ידו על הפסיקה כמקור משפטי. בתי משפט, מצדם, הם חלק אינטגרלי של מערכת המשפט הפנימי. המחוקק מוכן להפקיד בידי בית המשפט העליון את הכוח לפרש פירוש מחייב את חוקיו, כי סוף סוף ביכולתו לפקח על ההלכות שנפסקו ולשנותן במקרה הצורך באמצעות חקיקה. זיקה זו בין הפסיקה ובין החקיקה היא, באופן ברור ביותר, בתודעת השופטים, וגם אם הרחיקו לכת בהס־תמכותם על זיקה זו[127], אין ספק כי היא מונחת ביסוד ההסדר החוקי של הלכת התקדים המחייב.

123 ראה את מסקנתו במאמרו הנזכר, שם, עמ׳ 249—250.

124 טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב", מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שניה מורחבת, ירושלים תשי"ט, עמ׳ 92, בעמ׳ 128.

125 לעיל, עמ׳ 525—528.

126 Cf. Note, *cit.*, 72 *Harv. L. R.* 324.

127 ראה את הביקורת של פרופ׳ טדסקי, הלכת התקדים המחייב בזמן האחרון, (תשכ"ו) הפרקליט, כרך כ"ב, 320—323, על אמרות השופטים ח. כהן ו־ויתקון, מהן משתמע כי בשתיקת המחוקק יש משום מתן גושפנקא להלכה הפסוקה. ראה ד. נ. 13/60 היוהים נ. מתאגה, ט"ז פד"י, 430, 462 (השופט כהן); גוסמן נ. שן, י"ח פד"י (1), 371, 374 (השופט כהן); ע"א 346/63 טריפמן נ. ויקטור, י"ח פד"י (1), 366, 368 (השופט ויתקון).

nevo.co.il

המצב שונה לגמרי בנוגע לדין הדתי. המחוקק מפנה אליו באופן כללי מבלי לתת את דעתו על פרטי הדינים. מצדם, בעלי סמכות החקיקה הדתיים אינם עוקבים אחרי פסיקת בתי המשפט האזרחיים בישראל, או על כל פנים רובם אינם רואים כל זיקה בין פסיקה זו ובין דינם הדתי. נמצא כי פירוש מוטעה של הדין הדתי על־ידי בית משפט אזרחי יונצח ללא תקנה. דומה, כי לא לכך התכוון המחוקק שעה שקבע כי ענייני המעמד האישי יוסדרו על־ידי הדין הדתי.

לדעתו של פרופ׳ טדסקי מונח ביסוד הלכת התקדים המחייב סברת המחוקק כי בכיבוד התקדימים יש יותר ערובה להחלה הנכונה של הדינים מאשר סכנה לסילופם [128]. אפשר כי המחוקק סבר כן, אך דומה כי השיקול הרעיוני לאימוץ תורת התקדים מצוי בשאיפה ליציבות ההלכה ולאחדותה [129]. שאיפת האחדות היא המסבירה לדעתנו את הענקת הכוח המחייב לתקדימיו של בית המשפט העליון, שהוא אחד במדינה והעומד בראש מערכת השיפוט הרגילה. על רקע זה יש להבין אף את מוסד הדיון הנוסף המאפשר קביעת הלכה אחידה באמצעות הרכב רחב של שופטי בית המשפט העליון.

כעת, בשקלנו את דבר תחולת תורה זו לגבי הדין הדתי, עלינו לבחון אם היא משיגה את המטרות של יציבות ושל אחדות במציאות המשפטית הישראלית [130].

בכך אנו מגיעים לשגיות הקיימת בשיפוט בענייני המעמד האישי, כשהמערכת האזרחית עומדת מול המערכת הדתית. ואמנם, על רקע מיוחד זה הועלו נימוקים כבדי משקל נגד תורת התקדים המחייב בבית המשפט האזרחי. קודם כל ברור כי תקדימיו של בית המשפט העליון אינם מחייבים את בתי הדין של המערכת הדתית [131]. אך יתרה מזו, בתי הדין הדתיים נחשבים כמומחים בדבר הדין הדתי ומבחינה זו יש כוח משכנע רב לפסיקה של בתי הדין הדתיים בעיני בתי המשפט האזרחיים. כעת, נתאר לעצמנו מקרה בו פסק בית המשפט העליון מה שפסק בנושא מסויים בדין הדתי, כשהחלטה נוגדת נתקבלה במערכת הדתית. האם יש טעם לחייב את בתי המשפט ללכת דווקא בעקבות התקדים האזרחי? כאן תורת התקדים המחייב תוסיף לחוסר האחדות, ובכך לחוסר היציבות של המשפט הישראלי במובן הרחב; התוצאה תהיה, איפוא, הפוכה מזו אליה שואף עקרון התקדים המחייב [132].

128 עוללות וכו׳, שם, עמ׳ 244.

129 Cf. *Mirehouse* v. *Rennel* (1833) 6 E. R. 1015, 1023, *per* Parke, *J.*: cf. Allen, *Law in the Making*, 7th ed., Oxford 1964, p. 232 sq.; cf. Stone, *Legal System*, *cit.*, p. 211–12.

130 על שיקולים דומים בדבר תחולת התקדים לגבי המשפט הב״ל ראה Jenks, *op. et loc. cit.*

131 סעיף 33 לחוק בתי המשפט הנזכר אינו חל על בתי דין; הוא דן במפורש בבתי משפט, להבדיל מבתי־דין. השווה שאווה, שם, עמ׳ 639, הערה 95א.

132 בכך שונה הרקע המשפטי מזה הקיים בהחלת משפט זר. במקרה האחרון, פירוש מחייב של המשפט הזר בתוך המשפט הפנימי היה לפחות יוצר אחדות בשיטה הפנימית. על רתיעתו של בית המשפט לקסציה בצרפת לקבוע הלכה בשאלות של משפט זר, ר׳ Zajtay, *op. cit., passim*. בהקשר לרעיון האחדות במשפט המקומי ראה גם שאקי, ״צמצום היקף חלותו של הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים״, שם, עמ׳ 46—47. אולם לדעתנו, אין שייכות לסעיף 35 לחוק בתי המשפט, תשי״ז—1957, המורה כי במקרה של דיון מכוח סמכות גגרדת ההכרעה היא ״לצורך אותו ענין״. אנו סבורים, בניגוד לדעתו של שאקי, שם, שם, כי טיב

nevo.co.il

האמת היא כי מבחינה עקרונית בעית התקדים המחייב אינה כה חריפה במשפטנו, נוכח האפשרות המוענקת לבית המשפט העליון לסטות בכל מקרה מתקדימיו. בכך מצטמצמת הבעיה לבתי המשפט הנמוכים יותר. אולם, נוכח הנטייה הברורה של בית המשפט העליון לדגול ברעיון "הזיקה העצמית" לתקדימיו[133], עשויה להיות חשיבות מעשית להכרעה העקרונית כי לגבי הדין הדתי תורת התקדים המחייב אינה תופסת.

בסיכום: בהעדר הוראה מפורשת של המחוקק בדבר תחולת עקרון התקדים המחייב לגבי הדין הדתי, יש לבחון את הפעלתו מתוך הסתכלות ברעיונות המונחים ביסוד תורה זו, כלומר ברעיונות אשר הינחו את המחוקק שעה שאימץ אותה. מתוך נקודת ראות זו אנו מפקפקים בהתאמת התורה למערכת נורמטיבית זרה בכלל ולדין הדתי בפרט, לגביו פועלות שתי מערכות שיפוט נפרדות בתוך המדינה.

(המשך יבוא)

הסמכות (ניגררת או עיקרית) אינה נוגעת כלל לשאלת התקדים המחייב. לכן, החלטה הניתנת מכוח הסמכות הנגררת מחייבת ככל הלכה אחרת שנפסקה בבית המשפט העליון. ההגבלה הנזכרת ("לצורך אותו ענין") נוגעת אך ורק ליחסים בין הצדדים מבחינת מעשה בית דין.

133 ר' טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון", שם, עמ' 324—325.

nevo.co.il