

מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי

(המשך *)

מאת

פרופ' יצחק אנגלרד

שער שלישי: החלת הדין הדתי

פרק רביעי

הגבלות בהחלת הדין הדתי

1. הגדרת הבעיה

במספר מקומות במחקרנו הזכרנו, כי בתי המשפט האזרחיים אינם מחילים את הדין הדתי בשלמותו, וכי כתוצאה מכך נוצר שוני בין פתרונותיהם המהותיים לבין אלה העולים ממערכת השפיטה הדתית.¹ אולם, עד עתה נתונה היתה מחשבתנו לגורמים ה"פנימיים" של תופעה זו, כגון השפעת השקפת עולמו של השופט על עצם הטיפול בגורמה הדתית. בפרק זה נעסוק בגורמים ה"חיצוניים", דהיינו בעקרונות משפט קבועים, המסייגים באופן מודע את תחולת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים. אין זה מוציא, כמובן, את הגורמים הפנימיים הפועלים גם בהקשר זה, אך המאפיין את הגורם החיצוני, היא דווקא ההכרה הדוגמטית בפעולתו וביטוי באמצעות מושגי משפט.² השופט זילברג מונה — באימרה שהפכה למפורסמת³ — שלושה סייגים עיקריים לתחולת הדין הדתי: דרכי הדיון, דיני הראיות וכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. סייגים אלה הם הגורמים לכך, כי "לא הרי דיני ישראל הנדונים בבית משפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנדונים בבית הדין הדתי".⁴ נקודת המוצא של השופט זילברג היא השוואת התוצאות המשפטיות הסופיות במערכת השיפוט האזרחית, עם אלה שבמערכת הדתית. במישור זה קיימת משמעות זהה לשלוש הסוגיות הנזכרות. כפי שהשוני בדרכי הדיון ובכללי הראיות עשוי להביא לידי הבדל במסקנה הסופית בסיכסוך נתון, כך החלתם או אי-החלתם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי משפיעה השפעה מכרעת על תוכן ההכרעה במשפט. נמצא כי ה"פטור" של בתי הדין הדתיים מלהחיל את כללי ברירת הדין⁵, המחייבים בבתי המשפט האזרחיים, הוא גורם גוסף לשוני אפשרי, על אף זהות הענין, בין פסקי הדין של שתי מערכות השיפוט.

אולם, מבחינת הגבלה בתחולת הדין הדתי, שלוש הסוגיות הנזכרות לא מעור

* חלק א' וחלק ב' הופיעו במספחים, כרך ב', עמ' 268; 510.

1 ר' שם, עמ' 315, 528.

2 השווה את דברי ההקדמה לעבודתנו.

3 ע"א 238/53 כהן, בופליק ג. היוה"מ, ח' פד"י (4), 19.

4 שם, שם; וכן השווה זילברג, המעמד האישי בישראל, שם, עמ' 4—6.

5 ר' להלן הערה 11.

אחד הן. דחיית כללי הפרוצדורה הדתיים (במובנם הרחב: סדרי דין ודיני ראיות) והעדפת כללים אזרחיים, מושתתת על ההבחנה בין משפט מהותי לבין כללי פרוצדורה. במלים אחרות, כאשר במקרה נתון מצווה בית המשפט האזרחי להחיל את הדין הדתי, הוא בורר מתוכו את החלק המהותי, להבדיל מכללי הפרוצדורה. בית הדין הדתי, לעומת זאת, ינהג תמיד לפי הוראות הדין הדתי בשלמותו, הן בנוגע לפרוצדורה והן בנוגע לדין המהותי. שונה המצב לגבי כללי ברירת הדין. אחד מקווי האופי של משפט דתי הוא תחולתו האוניברסאלית. כלשונו של השופט זילברג, הדין הדתי פורש את מצודתו – למפרע וללא כל סייג – על מעשים שנעשו בעבר על-ידי נתינים זרים, מחוץ לגבולות המדינה.⁶ במיוחד בולט הדבר בדין היהודי בענייני איסור והיתר.⁷ באופן כללי ניתן לקבוע, כי מטבעו של כל משפט דתי למעט בהכרח בכללים של שיטות משפט אחרות, הנוגדות את ההסדר הדתי ומעטים הם הכללים הדתיים העוסקים בברירת דינים.⁸ על כל פנים, אין כל קשר בין כללי ברירת הדינים הנוהגים במשפט הישראלי (המפנה בפרטים רבים למשפט המקובל האנגלי), לבין העקרונות שאפשר למצוא בדינים הדתיים.⁹ לרוב טוען הדין הדתי לתחולה רטרואקטיבית ובלעדית תוך שלילה מוחלטת של כל משפט זר.¹⁰

תפיסת הדין הדתי שולטת, בדרך הטבע, בבתי הדין הדתיים. בתי המשפט האזרחיים, לעומת זאת, החליטו כי הם קשורים לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, גם כאשר המדובר

6 ע"א 238/53, שם, שם; ר' לבונטין, על נישואין ונישואין הנערכים מחוץ למדינה, ירושלים, תשי"ז, עמ' 18: "והינה מבחינת משפט הנישואין היהודי אין בעצם 'חוץ לארץ'. כלליו פרסונליים ולא טריטוריאליים וכל עוד אדם הוא יהודי אין חשיבות בענינו למקום הנישואין (ממש כשם שאין בענינו חשיבות לנתינותו הלאומית של יהודי). היוצא לחוץ לארץ כאילו לא עשה דבר, שכן מעמד הרסיני מתפשט על כל היהודים בכל המקומות, מבחינתו אין קסם טבוע בגבולותיה הקיימים של מדינת ישראל".

7 ר' במיוחד שאקי, "תקפם של נישואין אזרחיים בין יהודים, שנערכו מחוץ לישראל – בפני בתי דין רבניים בישראל", הפרקליט, כרך כ', 385, 391, 394–396. המחבר חולק על הקביעה הגורפת, כי הדין הדתי כעולם אינו מכיר במשפט זר וכי הוא נעדר לגמרי כללים של ברירת דינים. המחבר מראה אגב ניתוח של פסיקה רבנית כי, לפחות בענייני ממון, קיימת נטייה להכיר בזכויות שנרכשו לפי משפט זר, אף בענייני נישואין. עם זאת הוא מסכים כי בענייני איסור והיתר הדין הדתי מקפיד לשמור את הוראותיו ומתעלם מכל דין אחר. ראה מאותו מחבר גם "נישואין אזרחיים בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל – עילה למתן היתר נישואין לבעל", הפרקליט, כרך כ"ב, 347, 358–360.

8 לגבי דוגמאות להכרה במשפטים זרים מצד בתי דין רבניים, ראה את מאמריו הנזכרים של שאקי, שם, לגבי הפנייה מצד דינים דתיים אחרים אל מערכות משפט זרות, וכללים דתיים על ברירת דינים ר' Vitta, *Conflitti interni ed internazionali*, Vol. 2, Torino, 1955, p. 8 nn. 90, 91.

9 ר' גם שאקי, שם, עמ' 395: "נכון הדבר שאין בתי הדין נוקקים לכללי המשפט הב"ל הפרטי, החלים בבתי הדין האזרחיים. אין זה משום ולוול בתכנם ובמהותם, אלא משום שיש להם, משלהם, עקרונות ברורים להשגת אותן מטרות, בסיסים ידועים". אם כי אנו מסכימים עם המחבר שאפשר למצוא בדין היהודי מקרים של הכרה במשפט זר, הרי אין אנו מאמינים כי הכרה זו מקורה בחפץ להשיג את המטרות אליהן שואפים כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המדינתי.

10 ראה באופן כללי טדסקי, "מעבר מסטטוס נישואין חילוני לדתי והחלת האחרון למפרע", מחקרים במשפט הפרטי, מהדורה שנייה, ירושלים תשי"ט, 194, 195–196.

הוא בתחולת הדין הדתי. במלים אחרות, בתי המשפט האזרחיים מחילים את הכללים הרגילים של ברירת הדינים, אף שעה שההתנגדות היא בין דין דתי לבין משפט מדינה זרה. מבחינה עקרונית אין כאן הגבלה מיוחדת לתחולת הדין הדתי, כי הרי ממש אותם העקרונות יגבילו את תחולת המשפט הפנימי החילוני של המדינה. מבחינת בתי המשפט האזרחיים אין כאן בעצם סייג לתחולת הדין הדתי, אלא השוואת מעמדו ליתר כללי המשפט הפנימי המהותיים. אין ספק, כי להשוואת מעמד זו משמעות מיוחדת במינה נוכח העובדה, כי הדין הדתי דורש תחולה אוניברסאלית וטרואקטיבית ודרישתו זו מוצאת את הגשמתה המלאה בבתי הדין הדתיים, להם סמכות שיפוט מטעם המדינה. בתי המשפט האזרחיים, בהם הוחלט כי הם עצמם יחילו תמיד את כללי ברירת הדינים, הכירו עם זאת במפורש בזכותם של בתי הדין הדתיים לנהוג באופן בלעדי לפי דיניהם הדתיים, גם במקרה המכיל אלמנט זר.¹¹

כתוצאה מתפיסה זו נוצר מצב של פיצול הדין בענייני המעמד האישי. לא כאן המקום לבחון את נכונות הגישה הנזכרת, שננקטה על-ידי בתי המשפט האזרחיים, ואף לא את פרטי כלליה.¹² לצורך ענייננו נסתפק בקביעה, כי בעצם דחיקתו של הדין הדתי – על יסוד הכללים של ברירת הדינים – אין בה מסווג הגבלה מיוחדת בתחולת דין זה; כלומר, אין כאן הגבלה הקשורה לייחוד מעמדו של הדין הדתי במשפט המדינה. אולם, כל זה נכון מבחינה פורמלית; מבחינה עניינית גיווכה לדעת, כי קיים קשר משמעותי ביותר בין תוכן הדין הדתי – במיוחד היהודי – לבין דחייתו על יסוד כללים פורמליים.¹³ במלים אחרות, העובדה כי פתרון הדין הדתי אינו מתקבל על דעתו של השופט, נוכח השקפת עולמו הכללית, עובדה זו מהווה נימוק חשוב בהכרעתו לא להיזקק לדין זה כאשר קיים בעניין אלמנט זר.

בכך הגענו לסוגיה נוספת בהגבלת תחולת הדין הדתי, שלא נזכרה אמנם באימרתו המפורסמת הנזכרת של השופט זילברג, אך מעוררת שאלה חשובות. כוונתנו לערוך ת ק נ ת ה צ י ב ו ר. השאלה היא, אם רשאי בית המשפט הישראלי לפסול את הדין הדתי, אליו הופנה באופן כללי, בנימוק שתוכנו סותר את תקנת הציבור בישראל? בעיה זו עומדת במישור אחד עם דחיית דיני הפרוצדורה הדתיים, מאחר שקבלת העיקרון של תקנת הציבור משמעותה הגבלה מיוחדת לתחולת הדין הדתי, בהבדל מן הדין הפנימי (העצמאי). שתי ההגבלות האלה מוכרות לגבי תחולת משפט זר במסגרת המשפט הבינ-לאומי הפרטי. שאלת תחולתן לגבי הדין הדתי מחזירה אותנו לנקודה המרכזית במח-קרנו: מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי, כשבתור נקודות השוואת משמשים המשפט הישראלי הפנימי – מחד גיסא, והמשפט הזר – מאידך גיסא. נפתח את הדיון בעיקרון תקנת הציבור, ובהמשך נעסוק בהבחנה בין דין מהותי וכללי פרוצדורה בתחומנו.

11 בג"צ 301/63 שפירא נ. הרב הראשי לישראל, "ח פד" (1), 598, 608, 620, 621. וכן ראה שאקי, "נישואין אזרחיים", שם, שם.

12 ראה על כך באופן כללי, לבונטין, שם.

13 השווה את דבריו של לבונטין, שם, בעמ' 50.

2. תקנת הציבור

א. כללי

במשפט הישראלי קיים העקרון – המקובל בשיטות משפט שונות – לפיו כל דין זר, אשר צריך היה לחול לפי הכללים הרגילים של ברירת הדינים ייחקה, אם עומד הוא בניגוד לתקנת הציבור.¹⁴ עקרון זה חל בדבר אכיפת פסקי-דין זרים וההכרה בהם.¹⁵ אולם, מבחינה טכנית-משפטית ניתן להבחין במושג תקנת הציבור במשפט הבינלאומי הפרטי בין שתי פונקציות שונות הנכללות בו: חיובית ושלילית.¹⁶ הפונקציה השלילית היא הבולטת יותר, כי הדין הזר נדחה לאחר בדיקת תוכנו ותוצאות תחולתו על-ידי בית המשפט במקרה נתון. הדחייה היא מלאכת השופט, המוסמך לבחון את התאמת הפתרון הזר לעקרונות יסוד מסויימים של החברה בה הוא מכהן.¹⁷ הפונקציה החיובית של תקנת הציבור היא פחות גלויה, משום שתוצאתה היא העדפת המשפט הפנימי על משפט זר בשלב מוקדם. המשפט הזר אינו נדחה בגלל תוכנו הספציפי, אלא בגלל אופיין המחייב של הוראות המשפט הפנימי. ההוראות הפנימיות נחשבות כ"נוקשות" משום שהן נוגעות לתקנת הציבור, ולכן אינן נסוגות מפני הוראות המשפט הזר; נמצא כי רעיון תקנת הציבור מועיד מראש לפתרון הבעיה את הדין הפנימי, ללא היוזקות לדין זר כלשהו.¹⁸ כבר העירו, שפונקציה זו של תקנת הציבור, המכונה חיובית, אינה

14 ר' בג"צ 143/62 פזק-שלינגר ג. שר הפנים, י"ז פד"י, 231: "כל ארץ הרוצה להיות בצוותה במשפחת העמים חייבת לשם כך לוותר על ביצוען של מקצת מהלכות הדין שלה, כשאלמנט זר קם ומתערב בפעולה משפטית... אך ישנם מקרים – יוצאים מן הכלל – בהם מתן חוקף לדין הזר ולתוצאה הנובעת ממנו, יהיו פוגמים ממש בסדר הציבורי לפיו אנו חיים ורק מקום שיעמוד דין זר בניגוד לרגש הצדק והמוסר של הציבור בישראל יהיה עלינו לסכלו".
15 ס' 3(3) לחוק אכיפת פסקי חוץ, תשי"ח-1958: "[בית משפט בישראל רשאי להכריז פסק חוץ כפסק אכיף אם מצא שנתקיימו בו תנאים אלה]: תכנו של הפסק אינו סותר דיני מדינת ישראל או תקנת הציבור בישראל".

16 על ההבחנה באופן כללי ר' M. Wolff, *Private International Law*, Oxford 1950, p. 171; Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen 1962, pp. 257 sqq.; *Schweizerisches Privatrecht*, I, Basel 1969, pp. 509, 532; Niederer, "Ordre Public in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts," 62 (1943) ZSR, pp. 1, 11 sqq.; Betti, *Problematica del diritto internazionale*, Milano 1956, pp. 282 sqq.; Meise, *Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internationalen und interlokalen Privatrecht*, Hamburg 1966, p. 194; Raape, *Deutsches Internationales Privatrecht*, I, Berlin 1938, § 12, p. 60.

Cf. Batiffol, *Droit international privé*, Paris 1967, 4è. éd., nos. (17) 355 sqq.; 17 Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid 1952, *passim*.

18 Maury, *op. cit.*, pp. 69 sqq.; cf. W. Goldschmidt, "Système et philosophie du droit international privé," 45 (1956) *Revue critique de droit international privé*, pp. 234 sqq. קיימת מחלוקת בין הסופרים בדבר היקף הפונקציה החיובית. יש הרואים עקרון פרשנות כללי העשוי לחול לגבי כל חוק פנימי. לפי גישה זו קיימת קטגוריה שלמה של חוקים בעלי "תחולה הכרחית" הדוחים את המשפט הזר. ברוח זו ראה G. Sperduti, *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano 1967, pp. 175 sqq. וכן ראה את הביבליוגרפיה של המחבר המובאת שם. על גישה זו נמתחה

לאמיתו של דבר אלא כלל נסתר של ברירת דין.¹⁹ להבחנה זו בין שתי הפונקציות הנזכרות (שפותחה במיוחד במשפט הגרמני ובמשפט השווייצרי)²⁰, אפשר למצוא הקבלה בחוק אכיפת פסקי חוץ המקומי. בסעיף 3(3) לחוק נזכרות שתי אפשרויות לאי אכיפת פסק חוץ: סתירת דיני מדינת ישראל, או סתירת תקנת הציבור בישראל. דומה כי כוונת המחוקק בחלופה הראשונה היתה לפונקציה החיובית של תקנת הציבור, כלומר לאותן הוראות פנימיות החלות על העניין הנידון במישרין, ואשר מפאת אופיין הציבורי המחייב, אינן נסוגות מפני הדין הזר כפי שגובש בפסק. המושג תקנת ציבור, לעומת זאת, מבטא את רעיון התפקיד השלילי, דהיינו, דחיית הדין הזר כגלל תוכנו. נסתפק כאן בציון שתי הפונקציות הנזכרות, מבלי לבחון אם נכון הוא לכוללן תחת מושג אחד ומבלי לעמוד על היקף תחולתן במשפט הבינלאומי הפרטי.²¹ לעומת זאת השמשנה שתי הפונקציות הנזכרות במשפט הבינלאומי הפרטי כנקודת מוצא לבחינת תופעות דומות ומקבילות לגבי הדין הדתי. אנו כמובן ערים לעובדה, כי תחולת הדין הדתי במשפט הישראלי שונה באספקטים חשובים ממקרי תחולת משפט זר מכוח כללי ברירת הדינים. לכן, המדובר בתופעות מקבילות, אך לא זהות. על השוני בין שתי הסוגיות נעמוד בהרחבה להלן לגבי כל עניין ועניין.

עד כה עסקנו בתקנת הציבור של המשפט הפנימי (בתפקידה על המישור הבינלאומי). אולם, שאלה נוספת, אם כי נפרדת, מתעוררת לגבי תקנת הציבור של המשפט הזר עצמו: "באילו מידה מוכנים להתחשב בה כשנוקמים באופן עקרוני למשפט הזר"? מקובל לכרוך שאלה זו בדיון הכללי על תקנת הציבור. ננהג גם אנו כך ונבדוק בהמשך דברינו את שאלת תחולתה של תקנת הציבור הדתית במשפט הישראלי.

ביקורת מצד סופרים גורסים שאין להכיר בעקרון כללי בנוסף לעקרון תקנת הציבור הממלא לפי המינוח שלנו פונקציה שלילית. רק באותם מקרים, בהם מורה המחוקק במפורש על תחולה של הדין המקומי, על אף היסודות הזרים שבמקרה, יידחה המשפט הזר. ראה G. Pau, "Limiti di applicazione del diritto straniero nell'ordinamento italiano," *Rivista di diritto internazionale* 477 (1969) 52. וכן ראה את המקורות המובאים שם.

¹⁹ Neuhaus, *op. cit.*, pp. 49-50, 257-258.

²⁰ ראה את המקורות בהערה 16.

²¹ קיימים חילוקי דעות בדבר משמעותה המדויקת של ההבחנה ובמיוחד בדבר ההצדקה שבתפקיד החיובי של תקנת הציבור במשפט הבינלאומי הפרטי. במידה רבה מושפעות ההשקפות השונות בדבר התפקיד החיובי של תקנת הציבור עליידי העמדה הכללית הנקטת בדבר המשמעות של עקרון תקנת הציבור כולו. כאן מקובל להצביע על אסכולה רומניסטית הגורסת את עקרון תקנת הציבור ככלל (עקרון הטריטוריאליזם), לעומת אסכולה אחרת התופסת את עקרון תקנת הציבור כחריג. ראה Maury, *op. cit.*, pp. 22 sqq. על הקשר בין התפקיד החיובי של העקרון לבין משמעותו הכללית ר', Niederer, *op. et loc. cit.*, pp. 5-6, 11 sqq.; Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris 1959, pp. 94 sqq.; cf. Wiethölter, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, Berlin 1956, pp. 61 sqq. ראה עוד באופן כללי Unger, "Use and Abuse of Statutes in the Conflict of Laws," 83 (1967) *L.Q.R.* 427; Graulich, "Règles de conflit et règles d'application immédiate," *Mélanges Dabin*, II, Paris 1963, 629.

ב. הפונקציה השלילית של תקנת הציבור: דחיית הדין הדין הדתי בגלל תוכנו ההפניות אל הדין הדתי במשפט הישראלי הן, בדומה להפניות אל משפט זר, כלליות, רבי-ערכיות וניידות.²² תכונות אלה הינן הבסיס העיקרי לעקרון תקנת הציבור במשפט הבינלאומי הפרטי, בו הוא מטמיע כשסתום בטחון בפני תוכנו הבלתי-ידוע מראש של הדין הזר.²³ גשאלת השאלה: האם רשאים בתי המשפט האזרחיים לדחות פתרון של הדין הדתי, משום שהוא נראה בעיניהם כבלתי מתיישב עם עקרונות היסוד של מדינת ישראל?

לשאלה זו, בצורתה העקרונית והכוללת, ניתנה תשובה שלילית בלתי מסוייגת על-ידי השופט זילברג בפרשת פונק שלזינגר נ. שר הפנים.²⁴ הועלתה הטענה, כי על בית המשפט האזרחי להתעלם מן הדין היהודי, עד כמה שהוא פוסל נישואי תערובת בין יהודים לנוכרים. השופט זילברג דוחה טענה זו מכל וכל, בהבחינו בין מקרה של החלת משפט זר לבין מקרה של החלת דין דתי. לדבריו, השופט היושב לדין במדינה מסויימת "אינו יכול לומר כי חוקי המדינה פוגעים בהרגשת הצדק שלו, ולכן אינו מוכן לקיימם. החוק בכל מדינה ומדינה, ומכל שכן במדינה דמוקרטית שיש לה גוף מחוקק פרלמנטרי, תואם – או נחשב כתואם – את עיקרי הצדק הטבעי המקובלים באותה מדינה, שאם לא כן לא היו החוקים נחקקים, ומשנחקקו היו מתבטלים תחת לחץ דעת הציבור".²⁵ תשובה זו אינה משכנעת בהנמקתה. נכון אמנם, כי אין בכוחו של בית משפט בישראל לפסול חוק של הכנסת, בנימוק שיש בו משום פגיעה במושגי הצדק.²⁶ אולם, לכך כלל לא נתבקש: לא בפסילת חוק הכנסת מדובר, אלא בדחיית כלל של הדין הדתי. אין לומר כי הדין הדתי, במובן זה, כמוהו כחוק של הכנסת, כי כידוע תוכנו לא נחקק על-ידי הכנסת, אלא חוקי הכנסת קולטים אותו בדרך של הפניה. ואם תאמר שהפניה כמותה כחקיקה פנימית, הרי אז תשאל: במה שונה חלקו של משפט זר, שאף הוא נקלט בדרך של הפניה?²⁷

22 על מושגים אלה ראה לעיל, חלק א', עמ' 309.

23 Raape בספרו הנזכר מעיר כי "ההפניה אל משפט זר היא קפיצה לתוך החושך" (שם, עמ' 59).

24 י"ז פד"י, 225.

25 שם, עמ' 238.

26 על עקרון זה של ריבונות המחוקק חוזר בית המשפט העליון בפרשת ע"א 450/70 רזנווינסקי נ. מדינת ישראל, כ"ו פד"י (1), 129, 134–137: "כאשר ברור מעל לכל ספק רצונו של המחוקק למסור לשיפוטם של בתי הדין הדתיים היהודיים ענייני הנישואין והגירושין של יהודים שנישואין וגירושין אלה ייערכו לפי דיני תורה, ולא לפי דין אחר, על בתי המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העקרון של חופש המצפון שבהכרח העצמאות או בסימן 83 לדבר המלך במועצה".

27 במיוחד יש להרגיש את האופי הנייד של ההפניה בשני המקרים. לדעתנו לא דייק Rigaux בספרו (Droit international privé, Bruxelles 1968, p. 228) בדברו על מושג המשפט הלאומי המחוסן מפני כל ביקורת שיפוטית בדבר התאמתו לתקנת הציבור. המחבר אומר שם כי החסינות המוחלטת של המשפט הלאומי היא פריבילגיה השייכת לכל השיטה הפורמלית של מערכת המשפט הפנימי. המושג פורמלי בהקשר זה אינו מדוייק כי אין בכוחו להבדיל בין משפט זר החל במדינה לבין משפטה העצמי של המדינה. ראה על כך את דברינו בחלק א'. המחבר, דרך אגב, אינו בטוח אם עקרון תקנת הציבור מופעל כלפי המשפט הקולוניאלי (שם, עמ' 229).

לדעתנו, הבעיה בפסק הדין הנזכר לא זועמדה בצורתה הנכונה. השאלה אינה אם בית המשפט מוסמך לפסול דבר חקיקה של הכנסת, אלא אם המחוקק עצמו הגביל תחולתה של מערכת גורמטיבית אחרת על יסוד מבחן תקנת הציבור. לשון אחרת, השאלה היא, אם נוכח העובדה שההפניה אל הדין הדתי היא כללית וניידת, התכוון המחוקק לקלוט דין זה ללא ביקורת נוספת כלשהי, או שמא חפץ היה לסייג את תחולתו על יסוד עיקרון תקנת הציבור²⁷. הבעיה נוגעת, איפוא, ל ט י ב ה פ נ י י ה : מסוייגת או בלתי מסוייגת. לא זו בלבד שאין כאן התנשאות בית המשפט על המוסד המחוקק, אלא נהפוך הוא: בית המשפט דואג לשמירת העקרונות היסודיים של מערכת הגורמות הפנימית ברוח המחוקק. באמצעות הגבלת הדין הזר נשמרות מפגיעה, איפוא, דווקא אותן הוראות אשר המחוקק קבע בעצמו.

כאמור, נתקבל אצלנו הסייג לגבי משפט של מדינה זרה במסגרת המשפט הבין-לאומי הפרטי. אולם, גם אם בתחום זה מבחינה פורמלית אין הבדל בין הפנייה אל משפט זר לבין הפנייה אל דין דתי²⁸, אין להסיק מכך, כי הסייג של תקנת הציבור חל במידה שווה לגבי שני המקרים. עדיין קיימים מספר הבדלים הן מבחינת הרקע והן מבחינת התפקיד.

מבחינה היסטורית המטרה העיקרית של ההפניות אל הדין הדתי היתה שמירת האוטונומיה של העדות הדתיות בתחום ענייני המעמד האישי. בעיית התחולה של הדין הדתי היתה, איפוא, מראשיתה בעיה פנימית של השלטון. נוכח העובדה כי, בדרך כלל, כל הגורמים המעורבים הם מקומיים: תושבי הארץ הפועלים בתחום שיפוט, רחוקים אנו מן הבעיות המיוחדות של המשפט הבינלאומי הפרטי, בו הגורם המכריע הוא דווקא אותו אלמנט זר המביא את המערכת הגורמטיבית הפנימית לידי עימות עם משפט זר. יתירה מזו; המחוקק אשר הפנה אל הדין הדתי עשה זאת, במקורו, מתוך כוונה לא להסדיר בעצמו את העניינים הכפופים לדין הדתי. גם אם חלו מאז שינויים חשובים בחקיקה הפנימית, עדיין נשארים תחומים ניכרים, בהם אין בנמצא הסדר עצמאי מקביל של המחוקק. בכל המקרים האלה אין, איפוא, כל "התחרות" בין פתרון פנימי ופתרון דתי, בהבדל מהתנגשות הדינים במשפט הבינלאומי הפרטי.

לעובדה זו משמעות רבה בשאלת תקנת הציבור. אם אין הסדר פנימי עצמאי בנושא מסויים, מניין לנו לשאוב את עקרונות היסוד של המחוקק, לאורם יש לבחון את ההסדר הדתי²⁹?

פתרון לבעיה ספציפית זו אפשר היה, אולי, למצוא בזמן המנדט הבריטי, שעה שהמשפט הופעל על-ידי שלטון בעל אופי קולוניאלי. במשטרים קולוניאליים רבים הוכרה האפשרות העקרונית לפסול דין מקומי (לרוב דין דתי אישי או שבטי), אם דין זה נראה בעיני בית המשפט הקולוניאלי כפוגע בעקרונות אוניברסאליים מסויימים³⁰.

²⁷ Cf. Maury, *op. cit.*, p. 131 sq.

²⁸ ההפניה אל "המשפט האישי" בסימן 47 לדבה"מ כוללת כאמור הן הפנייה אל הדין הדתי והן הפנייה אל המשפט הלאומי. ר' לעיל חלק א', עמ' 215, הערה 30.

²⁹ ברוח זו ראה Vitta, *Conflict of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, Tel Aviv 1947; Id., "The Conflict of Personal Laws," 5 (1970) *Is.L.R.* 170, 200.

³⁰ Solus, *Traité sur la condition des indigènes en droit privé*, Paris 1927, pp. 302 sqq.; Vitta, *op. ult. cit.*, p. 200; Id., *Conflitti interni ed internazionali*, vol. 2, Torino 1955, pp. 102 sqq.

עקרונות אלה נשאבו מתוך מערכת המשפט של המעצמה השלטת. מושג תקנת הציבור ה"קולוניאלי", נתפרש באופן צר יותר מן המושג המקביל שהופעל במטרופולין עצמה במסגרת ברירת הדינים.³¹ כך, למשל, נפסלה הפוליגמיה במטרופולין בכל מקרה, אך לא בארץ המושבה.³² במושבות רבות מילא עיקרון "תקנת הציבור הקולוניאלי" שני תפקידים. מן הצד האחד שימש כמכשיר לפסילה ישירה של הוראות מקומיות בעלות אופי פוגע במיוחד בעקרונות אוניברסאליים. בדרך זו בוטלו מוסדות משפט מקומיים מסויימים, שנראו כשליליים ביותר בעיני השלטון הקולוניאלי. מן הצד האחר מילא עיקרון תקנת הציבור תפקיד של שינוי הדרגתי של המשפט המקומי, במטרה לקרבו למשפט העצמי של המעצמה הקולוניאלית.³³ השינוי בוצע על-ידי דחיית הפתרון המקומי והעמדת דין המטרופולין במקומו.³⁴

אולם, לא בכל המושבות השתמשו באותה המידה בעקרון תקנת הציבור כדי לדחות את הדין המקומי. קיים, כנראה, קשר בין מידת ההסתמכות על העקרון הנזכר לבין מדיניותו הכללית של השלטון הקולוניאלי בדבר ההתערבות הישירה בסדרי החברה המקומית.³⁵

ידועה זהירותם של האנגלים, בשלטונם הקולוניאלי, מלהתערב בסדרי המשפט הפנימיים, בהבדל בולט ממדיניות הצרפתים במושבותיהם.³⁶ אכן, עובדה היא, כי בזמן המנדט הבריטי בארץ ישראל, לא מילא מושג תקנת הציבור תפקיד חשוב בפסילת הוראות דתיות או מקומיות אחרות בדרך כלל.³⁷ אנו מוצאים אמנם רמזים בפסיקה מפי שופטים בריטיים, לפיהם עשויים בתי המשפט האזרחיים להתערב במערכת הדתית,

31 בספרות המשפטית מקובל להגדיר את תחום הבעיות שנבעו מהחלת הדינים הרתיים לגבי בני העדות השונות כמשפט בין-אישי או בין-עדותי, להבדיל ממשפט בין-לאומי פרטי. לא כאן המקום לבחון את מידת הקרבה בין שני התחומים והאפשרות להחיל כללים משפטיים באופן מקביל בשני התחומים. ראה לגבי בעיה זו Bartholomew, "Private Interpersonal Law," (1952) *Int. & Comp. L.Q.*, 325, sq.; Vitta, *The Conflict*, *cit.*, 5 (1970) *Is.L.R.* 337, 245 sqq.

32 Vitta, *op. ult. cit.*, p. 201.

33 Vitta, *Conflitti internazionali*, vol. 2, *cit.*, pp. 110 sqq.; Lampué, "Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français,"

43 (1954) *Rev. Crit. dr. inst. privé.*, 249, 290-91.

34 בצדק מעיר Lampué במאמרו הנזכר (הערה קודמת, בעמ' 291) כי דחיית הדין האישי במקרה זה אינה תוצאה של ברירת דינים. כלומר, המדובר אינו בשאלה של התנגשות דינים אישיים שונים אלא בביטול כללי של דין אישי מסויים. "[Le juge] ne résout pas davantage un conflit interpersonnel, puisque le rapport qui donne lieu au litige se rattache par tous ses éléments au même statut. La matière est donc complètement étrangère à la question du conflit des lois. (*ibid.*, p. 291).

35 Vitta, "The Conflict, *op. et loc. cit.*, p. 201; Id., *Conflitti interni*, *cit.*, pp. 106-8.

36 לגבי הגישה הצרפתית בדבר עליונות המשפט הצרפתי באופן כללי ראה גם Kollewijn, "Conflicts of Western and Non-Western Law," 4 (1951) *Int.L.Q.*, 307, 311-312; Bartholomew, *op. et loc. cit.*, p. 327; Batiffol, *op. cit.*, p. 300, n. 31. המחבר האחרון מציין בהערה הנזכרת כי רעיון העליונות של משפט המטרופולין התבטא בפועל בפסילת חוקים מקומיים באמצעות תקנת הציבור. ראה גם את המקורות המובאים שם.

37 סקירה כללית על הפסיקה המנדטורית ר' אצל Vitta, *Conflict of Laws*, *cit.*, pp. 50 sqq. 58 sqq.

לא רק במקרה של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי בסדרי הדין³⁸, אלא גם במקרה של פגיעה בעקרונות צדק מהותיים³⁹. אולם, הדבר גשאר בגדר רמזים בודדים, ללא מעשים בעקבותיהם. יתכן שהסיבה לאי-ההתערבות מצויה לא רק במדיניות הכללית של השלטון הבריטי, אלא גם בעובדה שהמדובר בדינים הדתיים של הדתות המונותאיסטיות הגדולות, שלא היו רחוקים ביותר מתפיסתם התרבותית של השופטים הבריטיים בעלי מסורת נוצרית.

היה המצב המשפטי בתקופת המנדט אשר היה, הרי עם הקמת מדינת ישראל השתנתה הבעיה. שוב אין שופטים זרים היושבים בארץ של ילידים. השופט הישראלי רואה את עצמו כחלק אינטגרלי של האוכלוסיה המקומית על כל שכבותיה. הרקע המדיני השתנה אף הוא עם הקמת המדינה היהודית. החלת הדין הדתי, ובראש וראשונה הדין היהודי, משתלבת עם הבעיה הכללית של יחסי דת ומדינה והיא נושא למאבק פוליטי ולא רק ביטוי למדיניות קולוניאלית "ליברלית", כפי שהיה המצב בתקופת המנדט הבריטי⁴⁰.

היותה בעיה פנימית מבליטה דווקא את חשיבותה המרכזית במשפט הישראלי, המבדילה משאלת תחולת העקרון במשפט הבינלאומי הפרטי ובכך טמון קו אופיה המיוחד. ההבדל נוגע לשני אספקטים. שיטות משפט אחדות דורשות כתנאי מוקדם לתחולת הסייג של תקנת הציבור, כי לסכסוך קשר הדוק עם מערכת המשפט של המדינה בה הוא גידון⁴¹. כלומר, דחיית המשפט הזר מותנית בכך, כי לפתרון הבעיה השלכה ישירה על מצב משפטי בתוך המדינה. תנאי זה מתקיים תמיד לגבי החלת הדין הדתי, בגלל אופי הבעיה, החסרה, בדרך כלל, גורמים עבר-לאומיים.

אולם, אם היה באספקט זה משום הסרת מכשול בדרך החלת העקרון כלפי הדין הדתי, הרי מן הצד האחר האופי הפוליטי והאידיאולוגי של הבעיה מערים מכשול נוסף וכבד-

38 על בעיה זו ראה בהרחבה להלן עמ' 50 ואילך.

39 H.C. 24/41, *Zaadch v. Chief Execution Officer Jerusalem*, 8 P.L.R. 175, 178; H.C. 103/42 *Abu Khalil v. Chief Execution Officer Jerusalem*, 9 P.L.R. 579.

בתי המשפט הישראליים הסתייגו במפורש מדעה זו, על כך ראה להלן סמוך להערה 50.

40 הבעיה דומה מבחינה זו למעמד המשפט הקנוני בארצות נוצריות אחדות, במיוחד באיטליה. בצדק מעיר על כך ויטה: "Owing to the homogeneous character of the population in such countries, the existence of two personal sets of rules does not arise from the necessity of facilitating the common life of different groups. The present situation has developed rather out of a complex historical process, namely the age-long clash between Church and State and the subsequent *modus vivendi* reached by these two institutions." ("The Conflict," *cit.*, 5 (1970) *Is.L.R.* at p. 350).

על עקרון תקנת הציבור לגבי המשפט הקנוני ראה הערה 129 להלן.

41 במשפט השווייצרי ובמשפט הגרמני משתמשים במונחים *Inlandsbeziehung*, *Binnenbeziehung*. ראה על עקרון זה באופן כללי *Vischer, "Internationales Privatrecht, op. et ziehung"*, pp. 534-535; *Neuhaus, op. et loc. cit.* ביקורת וסקירה רחבה על הספרות בי ארצות השונות ר' אצל *Meise, Zur Relativität der Vorbehaltsklausel im internat. onalen und interlokalen Privatrecht*, Hamburg 1966, pp. 84-166; *Lagarde, op. cit.*, pp. 55 sqq. על הבעיה במשפט האנגלו-אמריקאי ראה גם *Paulsen, Sovereign, "Public Policy in the Conflict of Laws"*, (1956) *Col.L.R.* 969, 981 sqq.; *Dicey & Morris, Conflict of Laws*, 8th ed., London 1967, p. 73.

משקל בדרך ההיזקקות לרעיון תקנת הציבור. ואמנם לא הסתפק השופט זילברג בנימוק הפורמלי הנזכר בפרשת פונק-שלוזינגר, אלא הוסיף טעם ענייני: "גם במציאות ולאמיתו של דבר, אין חוקי האישות הדתיים שלנו נוגדים את השקפותיו של כלל הציבור הישראלי".⁴² נימוק זה הוא בעל חשיבות גדולה, כי הוא מבליט את חילוקי הדעות האידיאולוגיים הפנימיים בגושא זה. הציבור היהודי הדתי בישראל, המקבל על עצמו את החיוב שבדין הדתי, לא זו בלבד שלא יוכל לראות בפתרונות הדין הדתי פגיעה בעקרונות יסודיים של החברה בישראל, אלא יראה בהוראות הדין הדתי ביטוי נצחי לתיקון העולם במלכות שדי. נמצא כי ההכרזה מצד בית המשפט האזרחי, כי תוכנו של הדין היהודי נוגד את תקנת הציבור של המדינה היהודית, לא תוכל להתקבל על דעתו של הציבור הדתי, המהווה חלק בלתי מבוטל של האוכלוסיה. השופט האזרחי עצמו לא בנקל יטה להכריז על כלל מן המשפט היהודי, המהווה בעיניו חלק חשוב מן התרבות הלאומית היהודית,⁴³ כנוגד את עקרונות היסוד של החברה.⁴⁴

נוכח המחלוקת האידיאולוגית העמוקה, המפלגת את הציבור הישראלי, בדבר מעמד הדין הדתי במדינה, דחייה שיפוטית של דין זה על יסוד נימוק כללי של תקנת ציבור אינה רצויה. היא לא תוכל לשכנע את הציבור הדתי ותיחשב כביטוי מובהק לנקיטת עמדה סובייקטיבית של שופט במחלוקת אידיאולוגית.⁴⁵ מוטב כי שאלה מסוג זה

42 שם, עמ' 233.

43 כפי שהזכרנו בראשית מחקרנו הנימוק הלאומי הביא מספר שופטים למסקנה כי הדין הדתי אינו בבחינת משפט זר. ר' לעיל, חלק א', עמ' 276, 315; חלק ב', עמ' 523.

44 בעיה דומה קיימת במשפט האיטלקי לגבי המשפט הקנוני בענייני נישואין. דעת הסופרים חלוקה אם ובאיו מידה ניתן לדחות את ההכרה בנישואין על-פי המשפט הקנוני בהסתמך על עקרון תקנת הציבור. בין היתר הועלתה אף כאן הטענה כי נוכח תאופי האוניברסאלי של הדין הקנוני, נוכח מוסריותו הגבוהה ושלמותו המשפטית, לא תיתכן כלל סתירה יסודית כזאת בין משפט הכנסייה לבין משפט המדינה. השווה Spinelli, *La trascrizione del matrimonio canonico*, Milano 1966, p. 101. אם כי הבעיה דומה ביסודה לזו המעסיקה אותנו כאן, הרי קיימים הבדלים חשובים ברקע הנורמטיבי; במיוחד יש לציין כי קיים הסדר מקביל של נישואין אזרחיים, ממנו ניתן ללמוד על השקפות היסוד של המחוקק האיטלקי בענייני נישואין. השווה בהקשר זה את דברינו לעיל סמוך להערה 29. בין המחברים השוללים את החולתו של עקרון תקנת הציבור לגבי הדין הקנוני ר' Del Giudice, *Manuale di diritto ecclesiastico*, 10a ed., Milano 1964, *passim*; Spinelli, *La trascrizione*, Falco, *Corso di diritto*, cit., pp. 99 sqq. בין המחברים המחייבים את התחולתה ר' Finocchiaro, *Matrimonio*, Bologna 1938, pp. 37, 418; Spinelli, *ibid.* 1971, pp. 257 sqq. ראה את הביבליוגרפיה הענפה אצל Spinelli, *ibid.* 1971, pp. 257 sqq. Vitta, *op. ult. cit.*, pp. 201-202.

45 על לבטי השופטים בעמדם בפני שאלה אידיאולוגית, ראה פרשת שליט (בג"צ 58/68, כ"ג פד"י (2), 477) ובמיוחד את התלטות השופטים אגרנט, לנדוי וויתקון. השווה בהקשר זה את הסתייגותו של Neuhaus מן השימוש בעקרון תקנת הציבור נגד משפט זר כנשק במחלוקת מדינית פנימית: "Höchst bedenklich ist die Benutzung des ordre public als Waffe im inländischen rechtspolitischen Streit, wenn etwa ein höchstes Gericht die Anwendung eines Satzes der lex fori offenbar gerade deshalb mit Hilfe der Vorbehaltsklausel gegen das abweichende Recht eines Nachbarlandes durchsetzt, um den Wert dieses Satzes gegenüber einer starken Opposition im eigenen Lande hervorzuheben." (*Op. cit.*, p. 263). השווה גם לבוגטין, על נישואין וניי רשיון הנערכים מחוץ למדינה, ירושלים 1957, עמ' 50.

תוכרע על-ידי המוסד המחוקק במישרין. במסקנה זו עשוי לתמוך נימוק אמפירי נוסף: גם אם נכון הוא שמבחינה פורמלית נקלט הדין הדתי על-ידי הפנייה כללית וניידת, הרי עובדה היא שעיקרי הדין היהודי ידועים היו לחברי המוסד המחוקק, כן ידוע ברבים אופיים הדתי-איסורי של הנוראות הדין היהודי, אשר משום כך אינו גיחות לשינוי. במיוחד ידועים היו הכללים ה"בעיתיים" מבחינת התקפה החילונית וההפנייה אליהם בוצעה במלוא הידיעה.⁴⁶

לבעיה צד נוסף במציאות הישראלית: קיום מערכת שיפוט דתית על-יד בתי המשפט האזרחיים. הדין הדתי מוחל בראש וראשונה בבתי הדין הדתיים, להם שיפוט בלעדי בענינים אחדים. מוכן מאליו, כי בעיני השופט הדתי עיקרי הדין הדתי הם מעל לכל ביקורת אנושית, ואין להעלות על הדעת פסילתו בנימוק כלשהו. דין זה הוא בעיניהם, כבעיני כל מאמין, הביטוי המושלם לתקנת הציבור. והנה, בתי הדין הדתיים הם בעיני המדינה חלק אינטגרלי ממערכת השיפוט הפנימית, ואין הם בבחינת בתי-דין זרים. הם כפופים במישרין לפיקוח בית המשפט הגבוה לצדק במסגרת ס' 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, אם עקרון תקנת הציבור אמנם מהווה סייג חוקי לתחולת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים, ההגיון מחייב שסייג זה יחול גם על השיפוט הדתי. מסקנה זו מתחייבת מאופיו של עקרון תקנת הציבור. כאמור, עקרון זה מופעל, במקרים של מה שנראה בעיני בית המשפט כפגיעה חמורה בעקרונות היסוד של המדינה, אין זה מתקבל על הדעת, כי בתי הדין הדתיים הפועלים בתחום המדינה, לא יצטרכו לנהוג לפי אותם עקרונות יסוד וכי המדינה תבצע פסקי-דין דתיים, הנחשבים כפגיעה חמורה בעקרונות אלה. פסילת דין דתי בבית משפט אזרחי בלבד, היתה מביאה לידי פיצול המושג תקנת ציבור בתוך המדינה עצמה, דבר שאין הדעת סובלתו, כי משמט הוא את הקרקע מתחת העקרון כולו.⁴⁷

מן הצד האחר, שמירה על אחדות המושג על-ידי חיוב בתי הדין הדתיים לנהוג לפיו, אף היא דרך בעייתית; משמעותה כפיית הדיינים הדתיים לסטות מן הדין הדתי, כדי להתאים את החלטתם לעקרונות היסוד, כפי שנוסחו על-ידי בתי המשפט האזרחיים. כפי שנראה בהמשך דברינו מעוררת דרך הכפייה הן בעיה מוסרית (כפיית שופט לנהוג בניגוד לאמונתו) והן בעיה מעשית (יש גבול ליכולת הכפייה בעניינים דתיים-מצפוניים).⁴⁸

שבים אנו למסקנה הקודמת: אין לפסול בדרך שיפוטית את הדין הדתי, על יסוד העקרון הכללי והסתמי של תקנת ציבור. כל עוד נתונה סמכות שיפוט לבתי הדין הדתיים, ההנחה היא כי המחוקק לא התכוון לסייג את תחולת הדין הדתי על יסוד מבחן ביקורת כללי, שאינו מוזכר במפורש והמסור, ללא הגדרת תוכנו, לראות עיניו של השופט היושב בדין.

46 כוונתנו לאיסור נישואים בין כהן וגרושה, ולאיי-האפשרות של נישואי תערובת. עובדה מעניינת היא כי נימוק דומה הועלה אף באיטליה לגבי ההכרה בדין הקנוני. ראה על כך Finocchiaro, *op. cit.*, pp. 263 sqq. אך כאמור הרקע הנורמטיבי שונה באיטליה. הבעיה האופיינית בדבר דחיית הדין הדתי נוגעת דווקא למקרים בהם הדין הקנוני מוכן להתיר נישואין האסורים על פי דיני הנישואין האזרחיים.

47 ברוח זו ראה לבונטין, שם, עמ' 70-71, הערה 89.

48 להלן סמך להערה 63.

נראה כי בתי המשפט האזרחיים ערים היו לבעיותיו זו של עקרון תקנת הציבור בתחום ההלכת הדין הדתי. על כל פנים, במציאות לא פסלו באמצעותו את הדין הדתי המהותי במישרין, גם שעה שהוראות הדין הדתי נגדו את השקפות היסוד המקור בלות עליהם.⁴⁹ יתירה מזו, מספר פעמים הסתייג בית המשפט העליון במפורש מהרמזים הנזכרים, המצויים בפסיקה המנדטורית, לפיהם נתונה סמכות פסילה מעין זו בידו בתי המשפט האזרחיים.⁵⁰

אולם גם אם מבחינה פורמלית נפסק, כי אין בכוחו של עקרון תקנת הציבור לפסול דין דתי,⁵¹ הרי השפעתו ניכרת בעקיפין. היינו חוטאים לאמת לו היינו מסתפקים באספקט הפורמלי של השאלה. בתי המשפט האזרחיים מצאו דרכים עקיפות כדי לצמצם את תחום תחולתו הממשית של הדין הדתי, שעה שסברו כי הפתרון הדתי נוגד את תקנת הציבור. הטכניקות להשגת מטרה זו הן רבות ושונות והן נוגעות למסודות משפט שונים. נסתפק בהדגמות אחדות, העשויות להצביע על המגמה להשתמש בעקרון תקנת הציבור בדרך עקיפה.

דוגמה לכך אנו מוצאים בגישתו של השופט זוסמן בפרשת שטרייט,⁵² שעסקה בסוגיית היתר הנישואין. במקרה זה היתר בית הדין הרבני לאדם לשאת אשה על אשתו, כשהי גימק העיקרי למתן ההיתר היה, שבני הזוג נישאו בחוץ לארץ בנישואין אזרחיים בלבד. השופט זוסמן מגיש, כי בית הדין מוסמך היה לפסוק מה שפסק ואין זה משנה, כי בית המשפט האזרחי, הקשור לכללי ברירת הדין — לא היה פוסק כמוהו. אולם, לדעת השופט יש למנוע מן הבעל שהשיג את פסק הדין מלפעול לפיו. וכך הוא אומר: "הדין הדתי שהוחל על יהודים מכוח סעיף 1 לחוק [שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953], אינו חל על שומרי מצוות בלבד. אבל הדופי הוא בכך, שאחרי חיי נישואין שנמשכו במשך עשרות שנים והולדת הבן, בא [הבעל] לבית-הדין הדתי ומשיג ממנו פסק-דין המפקיע את נישואיו על יסוד העילה שהגישו לא נערכו בטכס הדתי בחופה וקידושין. בטענה זו חפץ [הבעל] לנער חצנו מטכס נישואין תקף שערך לפני קרוב ל-40 שנה, להפוך את אשתו בדיעבד לפילגשו ואת בנו לבן שנולד לו מן הפגיוה. זוהי התנהגות לא הוגנת אשר הסדר הציבורי אינו סובל לה".⁵³ השופט מסכם באמרו, כי "שימוש הבעל בהליכי בית הדין הרבני נוגד את המוסר ואת

49 ראה, למשל, את פסקי הדין של השופטים זוסמן ולנדוי בפרשת ע"א 571/69 בהנא, כ"ד פד"י (2), 549, 557. שני השופטים תתרעמו על התוצאות של פסק-דין דתי שחייב את האשה לקבלת גט בגלל האיסור הדתי (כהן וגרושה), אך הם לא ראו את עצמם מוסמכים לפסול את הדין הדתי. וראה במיוחד בג"צ 10/59 זיקי לוי נ. בית הדין הרבני האזורי ת"א, י"ג פד"י, 1182, 1193: "כי תוכנו המטריאלי של החוק הדתי, עד כמה שחוק זה מוכר עקרונית על-ידי חוקי הארץ, אינו מחייב דוקא להיות נושא חן והסד בעיני השופט האזרחי וממילא אין הוא (כלומר השופט האזרחי) יכול לפסול את הפסק המקיים הלכה למעשה, את החוק המטריאלי ההוא"; בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, ש"ם, עמ' 621—622; בג"צ 130/132 ענב נ. ביה"ד הרבני והרבנות הראשית, כ"א פד"י (2), 505, 520—521.

50 בג"צ 10/59, ש"ם, שם; בג"צ 301/63, ש"ם, שם.

51 ר' את המקורות בהערות 24, 49 לעיל.

52 בג"צ 301/63, ש"ם, עמ' 627 ואילך.

53 ש"ם, עמ' 629.

ההגנות, ועלול לערער את הסדר הציבורי. לפיכך, יתערב בית המשפט של יושר בדבר וימנע את המעשה" (כל ההדגשות שלנו).⁵⁴ גישה זו היא אמנם של שופט יחיד (השופטים האחרים הגיעו לתוצאה סופית דומה בדרכים אחרות), אך אין אנו מוצאים הסתייגות מפורשת ממנה.⁵⁵ השופט יוצא מן ההנחה, שאין בסמכותו לפסול במישור, על יסוד עקרון תקנת הציבור, את הפתרון הדתי, כפי שנתגבש בפסק-דין דחי מוסמך, אך הוא מגיע לדחיית הדין הדתי בדרך עקיפין: צו אישי נגד בעל הדין שזכה בפסק הדין והבא למנוע ממנו את ביצועו ואת השימוש בו.⁵⁶ אין השופט מסתיר את שיקול תקנת הציבור. הטכניקה עצמה של צו אישי שאולה מן המשפט האנגלי מן התקופה בה נאבקו ביניהם בתי המשפט השונים. ההסתמכות על התקדים ההיסטורי הזה נראית מוזרה למדי, נוכח השילוב הקיים בפועל בין מערכת בתי הדין הדתיים לבין מערכת השיפוט הכללית של המדינה, הן מבחינת פיקוח בית המשפט הגבוה לצדק והן מבחינת הוצאה לפועל.⁵⁷ על כגון דא העיר כבר לפני שנים מספר פרופ' לבונטין, שחש בהקבלה בין שתי התופעות: "בתקופה הקדומה, לפני מיוזן בתייהמ"ס של הקומון לוא והאקוויטי באנגליה, ליגלג פעם מבקר אחד ואמר: 'האנגלים כוננו בית משפט אחד לעשיית עוול ובית משפט שני לתיקון העוול'. נקווה כי עקיצה זאת, שחודה המקורי קהה ברבות הימים, לא תושחו עתה מחדש – ובארצנו".⁵⁸

אין זו הדרך היחידה בו נקטו בתי המשפט האזרחיים כדי למנוע תחולת הדין הדתי, הנראה להם פוגע בעקרונות היסוד המקובלים עליהם. נסתפק בהוכחת אחדות מן הטכניקות מבלי לעמוד על פרטיהן ודיקדוקיהן. קודם כל, קיימת דעה, כי פסק-דין של בתי

54 שם, עמ' 632.

55 השווה גם ד"נ 10/69 בורנובסקי נ. הרב הראשי לישראל, כ"ה פד"י (1), 7, בעמ' 27.

56 שם, עמ' 630 ואילך.

57 השופט ווסמן מנסה להראות כי באנגליה קיימת גם כיום האפשרות של הוצאת צו אישי המונע שימוש בפסק-דין מקומי למרות האיתור בין בתי המשפט של המשפט המקובל לבין אלה של דיני היושר. אך, לדעתנו, האסמכתאות המובאות על ידו אינן תומכות בגירסה זו. בפרשה הראשונה *The Teresa* (1894) 71 L.T. 342 הוציא בית המשפט צו מניעה נגד בעל דין כדי שיפסיק את תביעתו בבית-דין נמוך. גימוקיו של בית המשפט היו כי בית הדין הנמוך אינו מוסמך כלל לדון בתביעה (הצלת אניה) בגלל גובה הסכום וכי התביעה שם אינה נוחה (exceedingly inconvenient). בית המשפט העדיף מטעמי הוצאות לפעול באמצעות צו מניעה, אם כי היה מוסמך להוציא צו איסור. פסק-דין זה אינו יכול לשמש אסמכתא למניעת אדם להסתמך, מטעמי יושר, על פסק-דין מקומי. הוא הדין לגבי הפרשה השניה, *McHenry v. Lewis* (1883) 47 L.T. 549, בה דנו בכלל *Lis alibi pendens*. גם המקרה *Bolton v. Bolton* (1891) 65 L.T. 698 אינו שייך לענין זה. בית המשפט לערעורים ביטל צו מניעה בענין גישואין, צו שהוצא עלי-פי רקע מיוחד (קטינה שרכושה נוהל עלי-ידי בית המשפט). פסק הדין המ' 280/57 וכו' חכמים נ. שמירט, י"ב פד"י, 59, 64 עוסק בפסק-דין זרים שהושגו במרמה. בג"צ 91/49 פריש נ. רושם האגודות השותפות, ה' פד"י, 287, אינו דן בצווי מניעה הבאים למנוע המשכת הליכים מטעמי יושר, כטענת השופט, אלא בצווי מניעה להבדיל כצווי-איסור במקרה שבית המשפט הנמוך או בית הדין "פועל מחוץ לגדר שיפוטו", שם, בעמ' 291–292. כאמור לא מצאנו אסמכתא המתירה עדיין כיום צווי מניעה נגד השימוש בפסק-דין מקומי מטעמי יושר. השווה בענין זה Hanbury, *Modern Equity*, 8th ed., London 1962, pp. 13, 20, 566 sqq.

58 על גישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה, עמ' 50.

הדין הרבניים המבוססים על דין דתי, במקום שבתי המשפט האזרחיים היו מפעילים משפט זר מכוח כללי ברירת הדיגים, פסקי-דין אלה אינם מהווים מעשה בית-דין בבתי המשפט האזרחיים.⁵⁹

דרך נוספת של דחיית דין דתי מצויה בסופו של דבר בכל הרחבה בסמכות השיפוט של בתי המשפט האזרחיים על חשבון השיפוט הדתי. הרחבה מעין זאת מושגת הן באמצעות פירוש מצמצם של הוראות החוק המעניקות סמכות שיפוט בלעדי לבתי הדין הדתיים⁶⁰, והן בפירוש רחב של הסמכות הנגזרת המוענקת לבתי המשפט האזרחיים מכוח ס' 35 לחוק בתי המשפט⁶¹. על אף העובדה, שלעיתים המניע העיקרי לצימצום סמכות השיפוט הדתית מצוי בשיקולים כלליים, הקרובים לעקרון תקנת הציבור, הרי נימוק זה אינו מוזכר במפורש. משום כך לא כאן המקום לנתח ביתר פירוט את היחסים בין שיפוט דתי לבין שיפוט אזרחי.

ג. הפונקציה החיובית של תקנת הציבור: תחולה ישירה של נורמות פנימיות הדמיון בין מה שמכונה "פונקציה חיובית של תקנת הציבור" במשפט הבינלאומי הפרטי לבין תופעה זו בתחום תחולת הדין הדתי בישראל הוא פורמלי גרידא: בשני המקרים נחתך הסכסוך על פי הנורמות הפנימיות של המדינה. מבחינה עניינית, לעומת זאת, קיים הבדל מהותי שסיבתו נעוצה ברקע השונה של הבעיה. כאמור, הרקע ההיסטורי לתחולת הדין הדתי מצוי בשאיפה למתן אוטונומיה משפטית לעדות הדתיות. השלטון המרכזי נמנע מלהסדיר באופן עצמאי את העניינים, אותם מסר לשיפוט הבלעדית של המערכת העדתית-דתית. אולם, בו ברגע שהמחוקק מוצא לנכון להסדיר באופן עצמאי עניין כלשהו מענייני המעמד האישי, הרי אין עוד הכרח להיזקק לדינים הדתיים. מבחינה עקרונית בכוחו של כל הסדר פנימי לבוא במקום הדין הדתי, כשממשעות הדבר היא: החלפת דין פרסונלי בדין טריטוריאלי אחיד. בישראל של היום, מידת התגשמה של החלפה מעין זאת היא שאלה מדינית ואידיאולוגית ממדרגה ראשונה, ולא כאן המקום לנקוט עמדה במחלוקת אקטואלית זו. נסתפק בציון הבעיות הכרוכות בהחלפה זו ובתיאור המגמות הקיימות בתחום זה.

הבעיה העיקרית נובעת מכפילות המערכת השיפוטית, אזרחית ודתית. החלפת דין דתי בדין אזרחי קלה לביצוע בבתי המשפט האזרחיים, הרואים בהוקי המדינה את מקור סמכותם היחיד והמקבילים עליהם את מרותם המלאה. לא כן המצב בבתי הדין הדתיים. אלה רואים את עצמם בראש וראשונה כמערכת שיפוט אוטונומית ונאמנותם נתונה, בדרך הטבע, לדין הדתי לפיו הם דנים⁶². כאן ניצבים גבולות ברורים לכוחה של

59 השווה בג"צ 301/63, שב, עמ' 629, בו מביאיר השופט זוכמן את השאלה בצריך עיון; ראה בג"צ 73/66 זמלון נ. שר הפנים, י"ח פד"י (4), 645, 667. כאן מצוין השופט לבדוי כי לדעתו אין בית הדין הדתי מוסמך לתת פסקי-דין הצהרתי להדרכת מירשם התושבים בנוגע לתקפם או פסלותם של גירושין שנערכו בחוץ לארץ; וראה במיוחד ע"א 173/69 בבר ג. בבר, כ"ג פד"י (1), 665.

60 למשל, בג"צ 181/68 פלורסהיים נ. מיה"ד הרבני חיפה, כ"ב פד"י (2), 723; ע"א 47/62 בייסר ג. בייסר, ט"ו פד"י, 154.

61 ר' למשל, בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית הדין הרבני הגדול לערעורים, כ"ד פד"י (1), 704, 716.

62 ר' על מעמדם הדו-משמעי לעיל, חלק א', עמ' 293.

המדינה לכפות על הדיינים הדתיים את חוקיה שלה, תוך כדי סטייה מהדינים הדתיים. פרופ' טדסקי – בדונו באפשרות הטלת גזירות על בתי הדין, שיש בהן משום סתירת יסודות הדין הדתי – מציין, בצדק, כי התערבות ישירה זו של המחוקק "היתה גורמת שנאה וסופה היתה נמצאת בלתי יעילה. שנאה – משום שנפשו של אדם סולדת מפני כפייה על המצפון הדתי. בלתי יעילה – משום שבתי הדין הדתיים היו מתמרדים, ובצדק, נגד הגזירה"⁶³.

עם זאת, הלך המחוקק בדרך ההתערבות הישירה במקרים אחרים, אך מספרם אינו רב. במקרים אלה הטיל המחוקק חובה מפורשת על כל בתי המשפט ובתי הדין, לנהוג לפי הוראות החוק. הוראה מפורשת ברוח זו אנו מוצאים בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א–1951⁶⁴, חוק אימוץ ילדים, תש"ך–1960 ובחוק הירושה, תשכ"ה–1965⁶⁵. הוראות חוק של הכנסת הוחלו על בתי הדין גם במסגרת חוק גיל הנישואין, תש"י–1950⁶⁶ וחוק בתי-דין דתיים (הזמנה לבית הדין), תשט"ז–1956⁶⁷.

מן הראוי לציין, כי עצם הנהגת הסדר אורחי עצמאי על-ידי המחוקק הישראלי, עדיין אין פירושה כי בתי הדין הדתיים חייבים לנהוג לפיו ולזנוח את תוראות הדין הדתי. בכל מקרה קיימת ההנחה החזקה, כי בתי הדין רשאים לדון לפי דינם הדתי. משום כך דרושה הוראה מפורשת לשם חיוב בתי הדין הדתיים לפסוק לפי החוק החילוני. ואמנם במציאות נוהג המחוקק לקבוע במפורש את תחולת הדין החילוני בבתי הדין הדתיים⁶⁸. אולם, בכל מקרה של הטלת חובה כזאת על בית-דין דתי, הבעיה הקשה מצד המדינה היא, כיצד לדאוג בפועל להגשמת ההוראות החילוניות בבתי הדין הדתיים, כך שגזירת המחוקק לא תישאר אות מתה. המעמד האוטונומי של בתי הדין – להם מערכת ערעור נפרדת – מכביד על הפיקוח היעיל מצד בית המשפט הגבוה לצדק. האחרון מפעיל אמנם פיקוח על בתי הדין, אך לפי העקרונות הכלליים המנחים את פעולותיו, אין הוא מוסמך לשמש כבית משפט לערעורים ואין הוא יכול לבדוק את ההחלטה לגופו של הענין.

63 "על בעית הנישואין במדינת ישראל", מחקרים במשפטנו הפרטי, שם, עמ' 199, 208–209.
64 ס' 7: "כל בתי המשפט ינהגו לפי זה; כן ינהג לפי חוק זה כל בית-דין המוסמך לדון בענייני המעמד ואישי, אלא אם כל הצדדים הם בני שמונה עשרה ומעלה, והסכימו לפני בית הדין, מרצונם הטוב, להתדיין לפי דיני עדתם".

65 ס' 24 לחוק האימוץ: "... בית-דין דתי הדן לפי סעיף זה יחולו עליו הוראות הסעיפים 1 עד 22, 25 ו-31, וכל מקום בהם שמדובר בו בבית משפט יראו כאילו מדובר בו בבית-דין דתי". ס' 148 לחוק הירושה: "... על זכויות ירושה ועל זכויות למוזנות מן העזבון לא יחול אלא חוק זה".

66 ראה ס' 3 לחוק. על ס' זה, ראה במיוחד טדסקי, "על בעית הנישואין במדינת ישראל", שם, עמ' 200–202.

67 ס' 5 לחוק עוסק בסירובו של אדם להיענות לבית הדין. בסיפא נאמר: "אך בית הדין לא יהיה מוסמך לקנוס או לחייב אדם על שלא השיב על שאלה או שלא הגיש מסמך שלדעת בית הדין לא היה חייב להשיב או להגיש על-פי הדין המחייב בבית המשפט". ר' על כך במיוחד א. הרנון, "התובה להעיד וראיות חסויות בבית-דין רבני", הפרקליט (תשכ"ה), כרך כ"א, 283.

68 ר' גוסס ס' 24 לחוק אימוץ ילדים הנ"ל (הערה 65 לעיל) לעומת הנוסח של ההוראה המקבילה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, ס' 79; וראה במיוחד את הוויכוח בכנסת סביב השאלה אם לחייב גם את בתי הדין הדתיים לנהוג לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, דברי הכנסת, כרך 34, עמ' 3080 ואילך.

מבחינה פורמלית החליט בית המשפט הגבוה לצדק, כי התעלמות בית הדין הדתי מגורמות כחייבות של המדינה, כמוה כחריגה מסמכות ודין פסק הדין הדתי להבטל.⁶⁹ אולם ספק רב, אם במציאות, דרך זו של הטלת נורמות אזהרות על בתי הדין הדתיים הוכיחה את עצמה כיעילה, על אף שהמחוקק נהג כך, בזהירות ובמקרים מועטים בלבד. במספר הודמנויות השמיע בית המשפט העליון תלונה על אי-התחשבות בתי הדין הרבניים בחוקים האזרחיים ובפסקי הדין המפרשים חוקים אלה.⁷⁰

לא כאן המקום להרחיב את היריעה על מכלול הבעיות, הנוגעות לפרשת היחסים העדינה והסבוכה בין שתי מערכות השיפוט. קיימת רגישות רבה, מצד שני המוסדות שמקורה בסיכסוכי סמכות רבים ובעצם הפעלת הפיקוח מצד בית משפט אזרחי על מערכת שיפוטית דתית, הרואה עצמה כאוטונומית.⁷¹

מלבד דרך ההתערבות הישירה, שהיא כאמור הטלת הוראות המשפט האזרחי הכללי על כל מערכות השיפוט, נהג המחוקק בדרכי ביניים. במקרים מסוימים השאיר את הדין הדתי ואת סמכות השיפוט של בתי הדין הדתיים בעינם, אך גזר איסור פלילי על מבצע הפעולה המשפטית שאינה לרצון המחוקק. דוגמא לכך: הנושא אשה על אשתו או המגרשה בעל כורחה, עשוי אמנם להשיג את התוצאה המשפטית בה חפץ, אך הוא עבר עבירה פלילית וצפוי לעונש.⁷² דרך אחרת מצויה כפי שכבר נזכר בשלילת סמכות השיפוט הבלעדית של בית הדין הדתי, כלומר העברת הענין לסמכות השיפוט המקבילה של בית המשפט האזרחי, בו מובטחת החלטת הגורמות החילונית.⁷³

בנוגע לדיון המהותי אנו מוצאים פתרונות שונים. יש והמחוקק קובע את תחולת ההוראות החילוניות בכפוף להסכמת כל בעלי הדין, כי עניינם יוכרע לפי הדין הדתי.⁷⁴

69 בג"צ 202/57 סידים נ. הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול, ירושלים, י"ב פד"י, 1528, 1539; 187/54 ברייה נ. קאדי בית הדין הערעי המסלמי עכו, ט' פד"י, 1193, 1199, 1200.

70 ר' לדוגמא, ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, כ"ד פד"י (1), 792, עמ' 809: "בתי הדין הרבניים אמנם דנים לפי דין התורה, כרוב חריפותם ובקיאותם, אך מתעלמים הם כליל מחוקי המדינה... לשוא יגעתו ולא מצאתי הסתמכות על חוקי המדינה לגופם של העניינים שעמדו להכרעה. חוק שיווי זכויות האשה, למשל, הוא בבל ייראה ובבל יימצא...". (השופט ח. כהן), ור' שם, עמ' 80 את דבריו של השופט ברנזון. וכן ראה את דבריו החריפים של השופט ח. כהן בדעת המיעוט שלו בד"נ 10/69 כורנובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, כ"ה פד"י (1), 7, עמ' 15. השופטים יצאו מן ההנחה כי פסקי הדין של בית המשפט העליון המפרשים את חוקי הכנסת מהווים תקדים מחייב בבתי הדין הדתיים. מבחינה פורמלית הנחה זו אינה נעלה מספק. ס' 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, הקובע את הלכת התקדים המחייב חל על בתי משפט בלבד. ראה את דבריו לעיל, חלק ב', עמ' 551, הערה 131.

71 הדבר בלט במיוחד בענין רישום נישואי כהן וגרושה, ראה על כך להלן סמוך להערה 149, ובמיוחד בג"צ 29/71 קידר נ. בית הדין הרבני האזורי, ת"א, כ"ז פד"י (2), 608.

72 חוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט-1959; על שאלת תקפות התוצאה המשפטית ראה גם להלן עמ' 53 ואילך. ר' גם טדסקי, שם, שם.

73 במקרה של סמכות מקבילה, בית הדין הדתי עשוי להיוקע לענין לפי בחירת בעל דין אחד, כגון בתביעת מזונות האשה לפי ס' 4 לחוק שיפוט בתידין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, או בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר, כגון לפי ס' 9 לחוק הנזכר, או לפי ס' 24 לחוק אימוץ ילדים, תשי"ד-1960, או לפי ס' 155 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

74 כגון ס' 7 לחוק שיווי זכויות האשה (לעיל הערה 64), וכן ס' 155(ב) לחוק הירושה. יצוין כי היום, כנראה, אפשרות הבחירה הסטטוטורית בענייני המעמד האישי של דין מהותי

משמעות הדבר, כי קיימת אפשרות של בחירה בין משפט חילוני ודין דתי.⁷⁵ פתרון אחר מצוי בענין מוזנות בין הורים וילדים. לפי ס' 3(ב) לחוק תיקון דיני המשפחה (מוזנות), תשי"ט—1959: "אדם שאינו חייב במוזנות הילדים הקטינים שלו והילדים הקטינים של בן-זוגו לפי הוראת הדין האישי החל עליו... חייב במוזנותיהם, והוראות חוק זה יחולו על מוזנות אלה". התוצאה המעשית של החוק היתה, כי בתי המשפט החילו את הוראות החוק כהשלמה לזכויות המוזנות לפי הדין הדתי.⁷⁶ כאמור, במקרה של החלה ישירה ומפורשת של הוראות עצמיות של המדינה, דחיית הדין הדתי בבית המשפט אינה תוצאה של עקרון תקנת הציבור. אולם, גם בתחום זה אפשר לגלות את השפעתה של השקפת בית המשפט בדבר עקרונות היסוד, הראויים לחול בחברה הישראלית. ההשפעה אינה מופעלת אמנם במסגרת עקרון פורמלי, אלא בעקיפין באמצעות טכניקה של פרשנות; פרשנות מרחיבה לגבי הוראה עצמית של המחוקק. פרשנות מצמצמת לגבי הוראה המפנה לדין הדתי. נדגים את שתי דרכי הפרשנות מתוך הפסיקה המקומית.

פרשנות מרחיבה: דוגמה בולטת לדרך פרשנות הבאה להרחיב את תחולת הדין החילוני — תוך כדי דחיית הדין הדתי — מצויה בסוגייה של איסור ריבוי נישואין. כאן מתנגשים עקרונות יסוד של המונוגמיה ושל שיווי זכויות האשה בדינים מסוימים של ההלכה היהודית. לפי סעיף 5 לחוק תיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט—1959, קיימת הגנה מיוחדת בדמות היתר נישואין. היתר הנישואין, כלומר הרשות לשאת אשה על אשתו, ניתן לאדם לפי פסק-דין סופי של בית-דין רבני באישור שני הרבנים הראשיים לישראל. ס' 5 הנדון אינו קובע כל הוראה מיוחדת בדבר הדין המהותי לפיו יחליטו בית הדין והרבנים הראשיים אם לתת את היתר הנישואין אם לאו. ההנחה הטבעית היא, כי "הדין הולך אחר הדיין", דהיינו, כי הגופים הרבניים יפעלו באופן בלעדי על פי הדין היהודי,⁷⁷ אולם הנחה זו נסתרה בפסיקה של בית המשפט העליון. בפסק באופן עקרוני, כי ס' 5 הנזכר הוא פרי יצירת המחוקק החילוני והרבנים הראשיים חייבים לפעול בהתאם למטרת החוק ולא בניגוד לה.⁷⁸ מכאן שאם מתן האישור סותר את מטרת החוק ועשוי לסכלה, כי אז, יתערב בית המשפט הגבוה לצדק כדי למנוע את התוצאה הזאת. בפרשת בורנובסקי⁷⁹ מסכם נשיא בית המשפט העליון את העקרון במילים אלה: "בהעניקו לרבנים הראשיים לצורך הפטור הנזכר בס' 5, את סמכות האישור הנ"ל, התכוון שהם ישגיחו על כך, שמטרתו — לחזק את יסודות המונוגמיה בחיי החברה — לא תיעשה פלסתר על-ידי ריבוי דו-דברי נישואין, ומכאן שיהיו מפקחים

קיימת רק בבית הדין הדתי, אך לא בבית המשפט. כן יצויין כי מן ההוראה שבס' 155(ב) לחוק הירושה אין זה ברור בידי מי הבחירה בין הדין הדתי לבין הוראות חוק הירושה, כלומר בידי הצדדים או בידי בית הדין.

75 על גושא זה ראה באופן כללי טדסקי, "על הבחירה בין המשפט הדתי לאזרחי בשיטה הנהוגת", מחקרים במשפט ארצני, מהדורה שניה מורחבת, תשי"ס, עמ' 189 ואילך.

76 ר' בסוגיה זו שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, ירושלים תשכ"ז, עמ' 362, הערה ג: וכן ר' ע"א 508/70 נתוביץ נ. נתוביץ, כ"ה פד"י (1), 603, 609.

77 השווה בג"צ 143/62 פונק, שלזינגר נ. שר הפנים, י"ז פד"י, 225, 250; בג"צ 450/70 רוגוזינסקי נ. מדינת ישראל, כ"ו פד"י, 129, 134.

78 בג"צ 301/63 פרשת שארייט, שם.

79 ד"נ 10/69 בורנובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, כ"ה פד"י (1), 7, בעמ' 50.

שלא יינתן היתר נישואין אלא בהתאם לדקדוקי ההלכה ושהוא יינתן רק במקרים בלתי רגילים, בהם תובעת שורת הצדק שלא לעגן את הבעל מזה, ולא תגרם עוולה לאשה מזה".

לפנינו מקרה מובהק של הטלת חובה על מוסדות דת לסטות מדינים הדתי, כדי להגשים עקרונות יסוד חילוניים. בית המשפט הגיע לתוצאה זו באמצעות פרשנות מרחיבה של הוראת חוק סתומה. מבחינה קונקרטית חוייבו הרבנים הראשיים לראות נישואין אזרחיים בין יהודים שנערכו בחוץ לארץ כתקפים. במילים אחרות, נאסר עליהם, במסגרת סמכותם לפי סעיף 5 הנוכח, לתת אישור להיתר נישואין, אם הנימוק היחיד הוא שהנישואין הראשונים נערכו בטכס אזרחי. העובדה שנימוק זה די בו למתן ההיתר מבחינת הדין הדתי, אינה מספקת מבחינת החוק החילוני.

בין השופטים נתגלעו אמנם חילוקי דעות הריפים למדי לגבי היקף השיקולים החילוניים המחייבים את מוסדות הדת, או ביתר דיוק, לגבי היקף החובה לסטות מן הדין הדתי נוכח "מטרות החוק". לפי דעת המיעוט של השופט ח. כהן מטרת החוק החילוני רחבה ביותר, משום שהמחוקק התכוון לסגור את שערי הביגמיה על מגעול וברייח – יתא אשר יתא הדין הדתי אשר פתח את השער, או אשר נכון הוא לחזור ולפתחו לעת מצוא. לכן, הוא בדעה, שפרט למקרים בודדים⁸⁰, אין לתת היתר נישואין. גישתו של השופט ח. כהן גדחתה אמנם, בדיון הנוסף בפרשת בורנובסקי, אך חילוקי הדעות מצביעים על האפשרות הרחבה הטמונה בטכניקה של פרשנות לדחות את הדין הדתי על יסוד שיקולים כלליים של תקנת ציבור. בפרשת בורנובסקי הנוכחת אנו מוצאים נטייה להטיל את החובה לשקול שיקולים חילוניים לא רק על הרבנים הראשיים, הנתפסים כאן כאורגן מינהלי, אלא גם על בתי הדין הרבניים עצמם⁸¹.

דוגמאות נוספות ניתן למצוא בתחומי של חוק שיווי-זכויות האשה, תשי"א–1951. בית המשפט העליון פירש הוראה כללית וסתמית למדי של החוק⁸², כמבטלת את הסדר נכסי המלוג, המבוסס על הדין הדתי היהודי⁸³. כן נפסק כי ביטול זה חל באופן רטרוא-

80 לדעתו מוגבלת סמכות האישור של הרבנים הראשיים לאותם מקרים בהם קיימת סיבה או בייקטיבית שמנעה את פירוק הנישואין הקודמים (כגון מחלת נפש של האשה המונעת ממנה הבעת דעה בהליך הגט או העדרותה הממושכת בנסיבות המעוררות חשש סביר לחייה), ל ה ב ד י ל מן המקרים בהם הסיבה לאי-פירוקם נובעת מסרבנות האשה לקיים את החיוב לקבל גט פיטורין מבעלה. דעתו זו, המגבילה את סמכות הרבנים הראשיים, נתקבלה בפרשת שפרייט, שם, אך ההלכה נהפכה בנקודה זו בד"נ 10/69 הנוכח.

81 הדבר נאמר במפורש על ידי שופט המיעוט ח. כהן, שם, עמ' 14–15. הנשיא אגרנט, המביע את דעת הרוב, אינו מזכיר את האפשרות של התערבות אצל בית הדין המוציא תחילה את האישור. אך רמז לדבר אפשר למצוא בדעתו (בעמ' 27–28) טאין חשיבות מבחינת פיקוח בג"צ אם פעולת הרבנים הראשיים היא בעלת אופי מינהלי או שיפוטי. בשני המקרים רשאי בג"צ להתערב. (ראה לעומת זאת את הדעה השונה שהובעה בפרשת שפרייט, שם, עמ' 636–637, 641, אליבא דשופט אולסון). לפי הגיון דברים זה, קשה לראות מדוע לא יוכל בית המשפט הגבוה לצדק להתערב גם נגד בית הדין הדתי הפוסק על מתן ההיתר בשלב הראשון.

82 ס' 2 לחוק.

83 בג"צ 202/57 סידים ג. בית הדין הרבני הגדול ירושלים, י"ב פד"י, 1528; ע"א 313/59 בלבן ג. בלבן, י"ד פד"י, 285. ראתה את הביקורת על הלכה זו אצל שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, ירושלים, תשכ"ו, עמ' 216 ואילך.

אקטיבי, משום שלפני בית המשפט "חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה סדר חברה אשר שמו וסעיפו הראשון הפרוגרמטי מעידים עליו כי הוא... ביקש לעקור מן השורש כל ענין בו קיים לפי החוק הקיים קיפוח משפטי כלשהו של האשה..."⁸⁴. מתוך דברים אלה משתמע, כי התחולה הרטרואקטיבית של הביטול, היא תוצאה של שיקולים המבוססים על תקנות הציבור.⁸⁵

גישה דומה מצטיירת בסוגיה של אפוסטרופות ההורים על ילדיהם במסגרת ס' 3(ב) לחוק שיווי זכויות האשה הנוכח. סעיף קטן זה מורה, כי המבחן העליון בקביעת הזכויות על גוף הילד ורכושו הוא טובת הילד.⁸⁶ והנה, בדינים דתיים אחדים מצויות הנוראות שונות, המגדירות את מה שנראה בעיניהם כטובת הילד במקרים קונקרטיים. נוכח ההוראה המפורשת בס' 7 לחוק שיווי זכויות האשה, כי גם בית-דין דתי חייב לנהוג לפי הנוראות החוק, אין חידוש בכך כי בית המשפט העליון הכריז על מבחן "טובת הילד" כעקרון טריטוריאלי, החל על דיני כל הדתות והדתה כל משפט נר או דין דתי נוגד.⁸⁷ אולם, לא בכך אנו עוסקים, אלא בשאלה כיצד לפרש את כוונת טובת הילד, שעה שמצויות הנוראה מפורשת בדין הדתי המגדירו לגבי מקרה קונקרטי. נטיית בתי המשפט האזרחיים היא למלא מושג זה בתוכן חילוני. בלשונו של השופט גויטיין: "המבחן הוא אובייקטיבי ועל השופטים בדונם בענין זה להתעלם מהקביעות התיאוריטיות של החוק הדתי, הקובע מה תהיה טובת הילדים במצב מסוים"⁸⁸. ספק רב אם נוסח הסעיף מחייב פירוש כזה; לפנינו דוגמה נוספת לדחיית הדין הדתי באמצעות פרשנות מרחיבה של חוק הכנסת.

פרשנות מצמצמת. כאמור, תופעה מקבילה, בסימנים הפוכים, קיימת לגבי חוקים של המדינה המפנים אל הדין הדתי. כאן, השיקולים של תקנת הציבור עשויים להביא את השופט לידי פרשנות מצמצמת, שמטרתה להגביל את תחולת הדין הדתי. דוגמה אופיינית לכך מצויה בפירוש ס' 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953, המורה כי "נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על-פי דין תורה". סעיף זה עורר בין היתר⁸⁹ את השאלה, אם יש בו משום הטלת חובה חוקית כללית לערוך את הנישואין לפי כל הנוראות הדין הדתי, או שמא הכוונה היא לתוקף הנישואין בלבד.

התשובה לבעיה זו חשובה במקרים—אשר מספרם אינו קטן—בהם הדין הדתי

84 שם, עמ' 1537.

85 אולם קשה ליישב את הרעיון כי הביטול חייב להיות בעל תוקף רטרואקטיבי בגלל תקנת הציבור—עם הנראות ס' 7 לחוק, המסמיק את בני הזוג להסכים על המשך תחולת הדין היהודי אף לאחר כניסתו לתוקף של החוק החדש. במילים אחרות, קשה ליישב את האופי הדיספוניטיבי של ההסדר החדש עם הביטול הרטרואקטיבי המבוסס, כביכול, על צורך לעקור מן השורש את ההסדר הקיים. על הקשר בין ביטול רטרואקטיבי לבין רעיון תקנת הציבור ראה באופן כללי, Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts*, Berlin 1849, vol. VIII, pp. 368, sqq.; cf. Brogini, "Intertemporales Privatrecht," *Schweizerisches Privatrecht*, vol. I, Basel 1969, pp. 353, 405 sqq.

86 ר' גם ס' 17 וס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962.

87 ע"א 86/63 אל-צפדי נ. ברוך בנימין, י"ז פד"י, 1419, 1422, 1429.

88 בג"צ 187/54 ברייה נ. קאדי בית הדין השרעי המוסלמי, עכו, ס' פד"י, 1193, 1198.

89 על בעיות פירוש של סעיף זה באופן כללי ר' זילברג, המעמד האישי בישראל, ירושלים תשי"ח, עמ' 365 ואילך.

היהודי מטיל איסור לעריכת נישואין, אך מכיר בתוקפם של נישואין כאלה בדיעבד (בהלכה: איסורי לאו)⁹⁰. הענין נידון במציאות בעיקר בסוגיה הסבוכה של נישואין פרטיים בין כהן וגרושה, האסורים על-פי ההלכה, אך התופסים בדיעבד. השאלה שהתעוררה היתה, אם בני הווג שערכו נישואין אסורים על-פי הדין הדתי, עברו בכך על הוראת ס' 2 הנוכרת. לדעת השופט זילברג יש בס' 2 משום הטלת איסור אזרחי על בני הווג⁹¹ לערוך נישואין שאינם מותרים על-פי הדין היהודי⁹². השופט מודה אמנם, כי אין בסעיף סנקציה מפורשת, ולכן ההוראה כולה היא בבחינת *lex imperfecta*, אם כי ביצוע המעשה הבלתי חוקי הוא שיקול שעשוי למנוע מבני הווג קבלת סעד המסור לשיקול דעתו של בית המשפט, כגון הצהרה על תוקף הנישואין⁹³.

דעה זו נדחתה על-ידי הרוב. השופט לנדוי⁹⁴ חולק על ההשקפה הנוכרת בציינו, כי השלטת דין תורה על עריכת נישואין וגירושין לפי ס' 2, אינה זהה עם הפעלה מלאה של כל דיני ההלכה הנוגעים לנישואים ולגירושין. אין לקרוא סעיף זה כמטיל איסור, שהינו דתי גרידא במקורו ובמהותו, על כלל היהודים בישראל, כולל גם אלה, שבשבילם שמירת איסור דתי אינה ענין של אמונה דתית. לדבריו איסור נישואי כהן וגרושה הינו מצוות לא תעשה דתית הנוגעת ליחס בין אדם למקום. בשביל מי שאינו מאמין יש באיסור זה לא רק כפייה מצפונית, אלא גם הפליה בין כהן לבין סתם יהודי מטעמים שבדת. השופט לנדוי מסכם: "שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה"⁹⁵. חילוקי הדעות בין השופטים⁹⁶ לא זו בלבד שהם מגלים את גמישותו של המושג תקנת הציבור (כאן ככלי פרשנות), אלא הם אף מרמזים על התפקיד הנכבד שמילא בית המשפט העליון בתחום יחסי דת ומדינה.

ד. מונקציה משולבת של תקנת הציבור: עקרונות הצדק הטבעי

עוד בתקופת המנדט נתגבשה ההלכה, שאין להכיר בפסק-דין של בית-דין דתי, הפוגע בעקרונות הצדק הטבעי⁹⁷. מושג זה מקורו במשפט המינהלי האנגלי והוא

90 על ההבחנה המקבילה בין *impedimentum impediens* לבין *impedimentum dirimens* ראה את דבריו של השופט קיסטר בפרשת רודניצקי, שם, עמ' 722–723.

91 מסדר הנישואין – להבדיל מבני-הווג – צפוי לעונש פלילי אם סידר נישואין בידיעה שהם אסורים לפי דין; ר' ס' 8 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט–1959.

92 בג"צ 80/63 גורפינקל, חקלאי נ. שר הפנים, שם, 2062, 2063.

93 שם, שם: "אבל גם חוק בלתי-מושלם – חוק הוא, והאזרח חייב שלא לעבור עליו".

94 שם, עמ' 2068, וביתר הרחבה בבג"צ 51/69 רודניצקי, וכו', כ"ד פד"י (1), 704, 711–712.

95 שם, עמ' 712.

96 ר' את דעתו החולקת של השופט קיסטר, שם, עמ' 719 ואילך. גישת הרוב השוללת את תחולת החלק "האיסורי" של ההלכה, בהסתמך על עקרונות יסוד של חוק המדינה, מעוררת בעיה חריפה. כיצד רשאים מוסדות הרבנות לנהוג לפי מכלול הדין הדתי אם החלק האיסורי לא הוחל במדינה? מאידך, אין להעלות על הדעת שאפשר לכפות על הרבנים ועל הדיינים לנהוג בניגוד לאיסורים מפורשים של ההלכה. דומה, כי קיומו של סעיף 8 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), תשי"ט–1959 (ראה הערה 91 לעיל), מצביע על רצון המחוקק לקלוט אף את החלק האיסורי של הדין הדתי.

97 ר' זילברג, *הבעמד האישי בישראל*, עמ' 176 ואילך. אחד מפסקי הדין הראשונים שהכיר בכך הוא C.A. 8/32 Khouri v. Ziadeh, 5 R. 1673.

מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי

משמש, בין היתר, כמכשיר טכני לביטול החלטות שיפוטיות שניתנו על-ידי בתי-דין או גופים אחרים בעלי סמכות שיפוטית. הכוונה היא לפגיעה במספר עקרונות יסוד המבטיחים דיון הוגן, כגון הכלל שיש לשמוע את שני בעלי הדין (*audi alteram partem*)⁹⁸. רעיון הצדק הטבעי קרוב למושג תקנת הציבור⁹⁹, אך הוא מצומצם ממנו, באשר הוא נוגע לסדרי הדין בלבד, להבדיל מהדין המהותי. משום כך חורג הוא במידה רבה מתחום מחקרנו אשר הוא – החלת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים. כידוע, בתי המשפט כלל אינם גוקים להוראות הדיוניות של המשפט הדתי, אלא נוהגים הם תמיד לפי סדרי הדין האזרחיים. עקרון זה מבוסס, כפי שנראה עוד בהמשך מחקרנו, על ההבחנה בין פרוצדורה ודין מהותי, השולטת בכל מקרה של הפניית אל הדין הדתי. נמצא, כי בית המשפט האזרחי כשלעצמו, לא יעמוד בפני הבעיה, אם לנהוג לפי סדרי דין שמקורם בדין הדתי ואשר נראים בעיניו כנוגדים עקרונות יסוד של דיון הוגן. השאלה גוגעת בעיקרה להחלטות שניתנו בבתי הדין הדתיים על יסוד סדרי דין פגומים, או לעצם הדיון המתנהל בבית הדין הדתי. מבחינת בית המשפט האזרחי המדובר איפוא בשאלת ההכרה בפסק-דין דתי, או בשאלת הפיקוח על פעולות בית הדין. שני הגושים רחוקים מעט מגושאנו המרכזי הנזכר.

מבחינה פורמלית פסילת החלטה או פסילת דיון בגלל פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, משמעותה מעין שילוב בין הפונקציה החיובית והפונקציה השלילית של עקרון תקנת הציבור¹⁰⁰. מצד אחד, עקרונות הצדק הטבעי הם כללים לפיהם חייבות לנהוג מראש כל מערכות השיפוט, אזרחיות כדתיות. מן הצד האחר, במקרה קונקרטי נבדקות דרכי ניהול המשפט בבית הדין הדתי לאור עקרונות אלה, והן נפסלות אם יש בהן משום פגיעה בעקרונות היסוד של דיון הוגן.

כאמור, הבעיה מתעוררת רק לגבי בתי הדין הדתיים הנוהגים לפי סדרי הדין של הדין הדתי. בית המשפט האזרחי נתקל כאן בנורמה הדתית, המוגשמת על-ידי מוסד שיפוטי אחר. לכן, הוא נמצא במעמד של גוף, המבקר החלטה או פסק-דין שהוצאו על-ידי בתי-דין דתי. באופן עקרוני ייתכנו שני מצבים של ביקורת: התקפה ישירה על ההחלטה או על פסק הדין הדתי והתקפה קולטורלית¹⁰¹.

ההתקפה הישירה נערכת על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק, שהוא המוסד המוסמך לפקח על שמירת עקרונות הצדק הטבעי בבתי הדין הדתיים, כמו בכל יתר בתי הדין הפועלים מטעם המדינה¹⁰². לא כאן המקום לעסוק בהיקף הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק ובכללים המנחים אותו בתפקיד כללי זה¹⁰³. נסתפק בשתי הערות הנוגעות לפיקוחו על בתי הדין הדתיים. במקרים, המועטים יחסית, בהם התערב בית

98. Cf. Garner, *Administrative Law*, 2nd. ed., London 1967, pp. 104 sqq.; 153 sqq.

99. ראה עוד באופן כללי 127 pp. Wade, *Administrative Law*, Oxford 1961. בתחום המינהלי פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי היא בבחינת חריגה מסמכות. אך ראה על כך להלן הערה 117.

100. על המושגים האלה באופן כללי ראה לעיל סמוך להערה 16.

101. ראה על הבחנה זו 35 sqq. Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality*, Oxford 1965.

102. באמצעות צו בירור, ס' 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז–1957.

103. לגבי בעיית היחס בין ס' 7(א) ו-7(ב) (4) ראה בג"צ 10/59 לוי ג. ביה"ד הרבני האזורי, ת"א, י"ג פד"י, 1182; כן ראה את הערות השופטים בפרשת שרייט, ש"פ, עמ' 609; 619–620.

המשפט הגבוה לצדק מאז קום המדינה, לא היה זה כלל ברור, אם אמנם היה קיים ניגוד מהותי בין עקרונות יסוד של דיון הוגן, כפי שבוטאו במושג צדק טבעי, לבין סדרי דין דתיים, המחייבים את בתי הדין הדתיים לפי משפטם העצמאי. תמיד היתה קיימת ההנחה, כי אף הדין הדתי דורש שמירת אותם העקרונות. במילים אחרות, ההחלטה עליה קבלו בפני בית המשפט הגבוה לצדק היתה מנוגדת לא רק לעקרונות היסודיים "חילוניים", אלא באותה מידה גם לסדרי הדין הדתיים.¹⁰⁴ התערבותו של בית המשפט היתה נחוצה בעיקרו של דבר לשם יעילות בעשיית הצדק, ולא דווקא לשם דחיית הוראות דתיות. על רקע זה מובנים היסוסיו של בית המשפט הגבוה לצדק להתערב בהליכים המתנהלים בבתי הדין הדתיים מדרגה ראשונה.¹⁰⁵ בית המשפט מעדיף לאחרונה להפנות את העותר למוסדות הערעור של המערכת הדתית עצמה, מתוך ההנחה האמורה, כי הפגיעה בעקרונות הצדק הטבעי מהווה אף פגיעה בדין הדתי.¹⁰⁶

הערה נוספת: במקרה שתוכן ההוראה הפרוצדורלית הדתית אמנם נוגד את עקרונות הצדק הטבעי, התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק, שהיא בבחינת התקפה ישירה על החלטתו, תביא אתה התערבות ישירה בהליכי בית הדין. כלומר, על בית הדין הדתי תוטל החובה לנהוג לפי נורמות חילוניות (הפעם פרוצדורליות). הנורמה הדתית תידחה ובמקומה יבוא עקרון היסוד של הפרוצדורה האזרחית במסגרת כללי הצדק הטבעי.¹⁰⁷

התקפה עקיפה על פסק-דין דתי עשויה להעריך בכל בית משפט אזרחי, בו מנסים להסתמך על פסק הדין הדתי. לבית משפט זה אין סמכות פיקוח ישיר, אלא נזקק הוא לפסק הדין הדתי, כאחד מיסודות הדיון המתנהל לפניו. דוגמה להתקפה קולטרלית עשוי לשמש פסק הדין המנדטורי הדר ג. הדר.¹⁰⁸ כאן נתעוררה שאלת תוקפו של פסק-דין גירושין של בית-דין אורתודוקסי, שניתן במעמד צד אחד בלבד. בית המשפט האזרחי סירב להכיר בתוקפו של פסק הגירושין בהסתמכו על כני נימוקים: האחד, החוק הדתי גופו אינו מכיר בהפקעת גירושין בהעדר צד אחד. נימוק זה אינו שייך לענינו, משום שבית משפט אזרחי אינו יושב כבית משפט לערעורים על פסק-דין דתי ואין זה מתפקידו

104 לגבי מקומו של עקרון "ישמע גם הצד האחר" בדין היהודי ראה את דבריו של השופט זילברג בפרשת לוי הנוכחת, שם, עמ' 1188; השופט מדגיש כי הרבנים פגעו בעיקרון של הדין הדתי עצמו.

105 בנקודה זו נחלקו דעות השופטים בפרשת לוי. השופט זילברג אומר בדעת המיעוט שלו כי לא מן המידה יהא ולא מן הצורך כי בית המשפט הגבוה לצדק יתערב בפסקי הדין שניתנו על-ידי הערכאה הראשונה של בית הדין הרבני, כאשר אלה פוגעים בעקרון הצדק הטבעי של חובת האזנה נאותה לשני הצדדים. כי עקרון זה מושרש בדין היהודי ואפשר בקלות לערער על פגיעתו בפני בית הדין הרבני לערעורים; שם, עמ' 1133. אך ראה את פיקפוקיו של השופט זוסמן בדבר יעילות הפיקוח על פסק-דין של בית הדין הרבני הגדול לערעורים (שם, עמ' 1201).

106 ר' בג"צ 349/65 פרו נ. קאדי מדיה"ב, כ' פד"י (2), 342, 345.

107 בפרשת לוי התוצאה של עשיית הצדק-על-תנאי להחלטי היתה ביטול הפסק הדתי בלבד. אך אין ספק שמשמעות הביטול היא הטלת חובה על בית הדין לשוב ולדון לפי כללי הצדק הטבעי.

108 C.A. 63/37, Haddad v. Haddad, 4 P.L.R. 249, 251

לבחון את מידת התאמתה של ההחלטה לדין הדתי (אף בית המשפט הגבוה לצדק אינו רואה עצמו מוסמך לכך, למרות העובדה שהוא מפעיל פיקוח ישיר על בתי הדין)¹⁰⁹. הגימק האחר היה, כי פסק הדין נוגד את עקרונות הצדק הטבעי של המשפט האזרחי ולכן הפסק כולו נחשב כבטל ומבוטל. לפנינו איפוא מקרה, בו שלל בית המשפט האזרחי את תוקפו של פסק-דין דתי, כשנתבקש להכיר, אגב דיון בתביעת מזונות¹¹⁰, בנפיקתו המשפטית.

אולם, פסק-דין זה מעורר שאלה עקרוניות. האמנם ניתן לשלול את תוקפו של פסק-דין דתי, אשר שינה באופן קונסטיטוטיובי מעמד אישי של אדם (פסק-דין *in rem*). לדעתו של השופט זילברג¹¹¹ דבר זה מן הנמנע הוא. לפי השקפתו אין בית המשפט האזרחי יכול שלא להכיר בתוצאה של שינוי סטטוס, שהושגה באמצעות פסק-דין דתי, גם אם הלה נגזר בהליכים פורצודורליים פגומים שפגעו בעקרונות הצדק הטבעי. פיקוחו של בית המשפט האזרחי מצטמצם לפסק-דין דתי, הזקוק עדיין להוצאה לפועל (פסק *in personam*). בית המשפט הרואה פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי בהליכים לפני בית הדין הדתי, רשאי כאן לסרב את ההוצאה לפועל.

סימוכין לדעתו, כי אין בית המשפט רשאי לבטל פסק-דין המשנה סטטוס, מוצא השופט זילברג בעובדה, שבפסק הדין המנדטורי הזכר ניתנים שני גימוקים לאי-ההכרה. הסיבה לכך היא כי מכיון שבית המשפט האזרחי לא נתבקש כאן לבצע את פסק הדין הפגום, לא יכול היה להתעלם משינוי הסטטוס, אלא לא גימוקים נוספים לכך. "רק משקלם המצטבר של שני הגימוקים: (א) כי החוק הדתי גופו אינו מכיר בתוקפו של הפסק; (ב) כי המשפט האזרחי מצווה שלא להכיר בפסק-דין הנוגדים את עיקרי הצדק הטבעי — שנים אלה חברו יחד וגברו על כשרותו הפרוצסואלית¹¹² של הפסק". אם נסכם את דעתו של השופט זילברג, הרי במקרה של פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי, יש להבדיל בין פסק-דין *in personam* לבין פסק-דין *in rem* ובייחוד פסק-דין המשנים סטטוס. לגבי הסוג הראשון יסרב בית המשפט האזרחי לתת ידו להוצאת פסק הדין לפועל. לגבי הסוג השני לא יסרב בית המשפט האזרחי להכיר בתוקפו של הפסק, אלא אם לפי הדין הדתי עצמו פסק הדין מחוסר תוקף.

מסקנה זו אינה נראית בעינינו. לא אופי הפסק (אישי — חפצי) קובע את מעמדו בבית המשפט האזרחי, אלא טיב הביקורת המופעלת לגביו. נקודת המוצא לפתרון מצויה בהבחנה הגוררת בין התקפה ישירה על פסק הדין, באמצעות בית המשפט הגבוה לצדק, לבין התקפה קולטרלית, אגב דיון בכל בית משפט אחר. כאשר הפנייה היא לבית המשפט הגבוה לצדק, העתירה מכוונת נגד פסה"ד הדתי עצמו. בית המשפט העליון מופקד על השמירה של עקרונות הצדק הטבעי בבתי הדין. ההתקפה הישירה הזאת על פסק הדין נערכת, בדרך הטבע, סמוך להוצאתו. אם בית המשפט

109 ר' בג"צ 301/63 'שפרייט וכו', שם, עמ' 608: "אלא הלכה פסוקה היא ונוהג קבוע הוא בבית-משפט זה מימים ימימה, שאין אנחנו יושבים בערעור על בתי-דין דתיים".

110 ראה זילברג, המעמד האישי בישראל, שם, עמ' 178 ואילך. ר' גם את דבריו בבג"צ 10/59, שם, עמ' 1192—1193.

111 המעמד האישי בישראל, שם, שם.

112 שם, עמ' 180—181. כוונתו היא שפסק הדין ניתן אמנם בניגוד לדין הדתי, אך עלידי בית-דין המוסמך סמכות מלאה לפסוק בדין הדתי.

ישראל, כי הפגיעה בצדק הטבעי מצריכה את התערבותו, הוא יבטל את הפסק מבלי להתחשב במהות הפסק. גם אם הוא משנה סטטוס, דינו להתבטל, כשמשמעות הדבר היא הטלת חובה על השופטים הדתיים לשוב ולדון בענין והפעם תוך שמירה על הכללים ה"הילוניים". (דרך אגב יצוין, כי בדין היהודי פסקי הדין בעניני נישואין וגירושין אינם בעלי אופי קונסטיטוטיובי, משום שהם הנישואין והן הגירושין הם פעולה משפטית הנערכת בשלמותה בין בני הזוג).

נשאלת השאלה: "מה דין הביטול, כאשר פסק הדין הדתי הוא בעל אופי קונסטיטוטיובי, ולמעשה הביא לידי שינוי סטטוס בדין הדתי"? נניח כי בית הדין הדתי הפקיע נישואין במעמד צד אחד ותוצאה זו אינה ניתנת לביטול לפי הוראות הדין הדתי. מה יועיל בית המשפט על-ידי ביטול פורמלי של פסק הדין הדתי? מובן מאליו כי אין בכוחו לשנות את הדין הדתי המהותי. התשובה היא, לדעתנו, כי משמעות ביטול הפסק הדתי היא שלילת הנפקות המשפטית שלו במערכת המשפט של המדינה. כלומר, המדינה אינה מוכנה לקלוט את המצב המשפטי הקונקרטי שנוצר בדין הדתי עקב פסק הדין. המשמעות המעשית לגישה זו עלולה להיות, במובן ידוע, פיצול הסטטוס; הדין הדתי יכיר בשינוי הסטטוס – משפט המדינה יסרב להכיר בו. אף אם באופן עקרוני מצב זה אינו רצוי כשלעצמו, מתחייב הוא מסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק, ומעובדת שיבוץ של בתי הדין הדתיים לתוך מערכת השפיטה הכללית. בידי בית המשפט הגבוה לצדק הכוח לבטל החלטה שיפוטית שפגעה בעקרונות הצדק הטבעי. מבחינת משפט המדינה, שאינו יכול כמובן להדור בכוחות עצמו לתוך המערכת הנורמטיבית הדתית¹¹³, הפסק מתבטל על כל נפקויותיו.

נשאלת השאלה שהועלתה על-ידי השופט זילברג, "מה טעם יש להבדיל, למשל, בין אקט גירושין בעל כורחה של אשה מושלמת, בתוצאותיו אנו מכירים, לבין פסק גירושין שלא בפניה של אשה אורתודוקסית, בתוצאותיו אין אנו מכירים"? התשובה לשאלה זו מצויה בכך, שהגירושין במקרה הראשון הם פעולה משפטית המבוצעת על-ידי היחיד. הפעולה אמנם אסורה והמבצע צפוי לעונש המור, אך המדינה מכירה, בהעדר הוראה נוגדת, בנפקותה על-פי הדין הדתי. הסנקציה הפלילית כשלעצמה, אינה אומרת שאין להכיר בשינוי הסטטוס שהפעולה האסורה גררה אחריה על-פי דין דתי. לעומת זאת, במקרה של פסק-דין, הפגיעה בעקרונות יסוד של משפט המדינה נעשתה על-ידי מוסד הנחשב, לצורך זה, כאורגן של המדינה. הפיקוח של בג"צ מופעל על המוסד השיפוטי עצמו והתרופה מכוונת נגד הפסק הפגום הנתקף במישורין. ביטול הפסק שקול מבחינת המדינה לביטול הפעולה השיפוטית כולה. אין איפוא ללמוד היקף מכאן על פעולה משפטית של יחיד, הצפוי לסנקציה פלילית על ביצוע הפעולה. מן האמור עולה, כי במקרה של התקפה ישירה, ביטול פסק הדין על-ידי בית המשפט הגבוה לצדק פירושו: ביטול התוצאות המשפטיות מבחינת משפט המדינה¹¹⁴.

עד כאן דנו בהתקפה ישירה על הפסק. המצב שונה במקרה של התקפה קולטרלית. מבחן להכרה או לאי-הכרה בפסק הדין הדתי מצוי באופן הפגם בו לוקה הפסק.

113 ר' על כך בהרחבה לעיל, חלק א', עמ' 290, 291.

114 הכוונה היא כי כל מוסדות המדינה הייבים לצאת מן ההנחה כי הפסק הדתי אינו קיים וכי המצב המשפטי הקודם ממשיך להתקיים.

אם הפגם יורד לשורש הסמכות עד כדי כך שאפשר לראות את ההחלטה כולה כבטלה, הרי רשאי יהיה בית המשפט האזרחי, לפניו מבקשים להסתמך עליו, לשלול את תוקפו מכל וכל. לצורך הענין הנידון לפניו הפסק כולו ייחשב כבטל, על כל תוצאותיו המשפטיות, כולל שינוי סטטוס, אם היה כזה. והיה אם, לעומת זאת, הפגם אינו יורד לשורש הסמכות, ההחלטה הדתית תקפה והיא עומדת בפני כל התקפה עקיפה.

לגבי פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי מצד בית הדין, השאלה המכרעת אינה אם הפסק הדתי הוא אישי או חפצי, אלא אם הפגיעה היסודית בסדרי דין מהווה פגם היחיד לשורש הסמכות אם לאו. שאלה זו אינה מצומצמת לשיפוט בתי הדין, אלא היא נוגעת להחלטות שיפוטיות של כל בתי הדין המינהליים. בסוגיה כללית זו החליט בית המשפט העליון¹¹⁵, תוך התייחסות לחילוקי הדעות הקיימים בנושא¹¹⁶, כי דין פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי כדין חריגה מסמכות¹¹⁷, ופעולת הרשות בטלה ומבוטלת ואין צורך בהתקפה ישירה¹¹⁸. אולם ההחלטה ניתנה לגבי מעשה פיטורין מצד המינהל, ועדיין פתוחה השאלה אם אותה הלכה חלה גם על פסק של בית-דין דתי. הספק נובע מכך, כי לבית המשפט בהגיעו למסקנה אליה הגיע היו לא מעט התלבטויות, וכי לא נתן את דעתו על מקרה של החלטה שיפוטית. יתירה מזו. המחוקק עצמו הביע בסעיף 7(ב) (4) לחוק בתי המשפט אם רצונו לצמצם במידת מה את הפיקוח הישיר על בתי הדין הדתיים במקרה של חוסר סמכות¹¹⁹. אם כך הוא לגבי התקפה ישירה, האם לא כל שכן במקרה של התקפה עקיפה? הסוגיה של התקפה עקיפה על פסק-דין דתי הנוגע בפגיעה בעקרונות הצדק הטבעי טעון לדעתנו בדיקה נוספת. יש לשאוף לכך, כי בעל הדין הנפגע ישתמש באפשרות הרחבה לתקוף את פסק הדין התקפה ישירה באמצעות עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק. קיומה של סמכות פיקוח זו מצד בית המשפט העליון, יוצר הבדל מהותי ממקרה בו נדרש בית משפט כלשהו להכיר בפסק-דין חוץ. במקרה האחרון התרופה היחידה במשפט הישראלי מצויה באי-הכרה בפסק-דין זה, שפגע בעקרונות יסוד של פרוצדורה הוגנת. משום כך אין ללמוד היקף מדיני ההכרה בפסק-דין חוץ, העשויים לתת סמכות רחבה יותר לבית המשפט המקומי¹²⁰. על רקע הבדל זה יש להבין אף את הפסיקה המנדטורית, שנטתה להכיר באפשרות לא להכיר בפסק-דין דתי שפגע בעקרונות הצדק הטבעי. פסק-דין אלה ניתנו בשנות השלושים, דהיינו, בזמנים בהם טרם נתגבשה ההלכה, שהכירה באפשרות של התקפה ישירה על הפסק באמצעות בית המשפט הגבוה לצדק¹²¹.

115 ע"א 183/69 עיריית פתח תקוה נ. טחן, כ"ג פד"י (1), 398.
116 ר' את המקורות המובאים על-ידי השופט ווסמן, שם, עמ' 403 ובמיוחד Rubinstein, *op. cit.*, pp. 220 sqq.

117 לדעת השופט ח. כהן, פגיעה בעקרונות הצדק הטבעי כמותה כחריגה מסמכות, שם, עמ' 406. ר' לעומת זאת את השקפתו של השופט ווסמן, שם, עמ' 403–404.
118 ר' את הרשימה על פסק הדין של ד. מושביץ, "הפרת כללי הצדק הטבעי והשלכותיה", משפטים (תשל"א), כרך ג' 84.

119 על העותר לעורר את שאלת הסמכות בהודמנות הראשונה שהיתה לו.
120 השווה ס' 6 לחוק לאכיפת פסקי חוץ, תשי"ח–1958.

121 נראה כי הפנייה לבג"צ השתרשה בשלב מאוחר יותר, וגם אז לא במישורין נגד בית הדין הדתי, אלא נגד יושב-ראש ההוצאה לפועל, ר' בג"צ 26/51 מנצח נ. י"ר וחברי בית-הדין הרבני בירושלים, ה' פד"י, 714.

בסיכום: פגיעה עלידי בית-דין דתי בעקרונות הצדק הטבעי חושפת את הפסק להתקפה ישירה בעתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, המוסמך לבטל את הפסק על כל תוצאותיו הקונסטיטוטיוכיות במסגרת משפט המדינה. לעומת זאת, שאלה היא מה מעמדו של הפסק הדתי במקרה של התקפה עקיפה; ספק בעינינו אם בית המשפט מוסמך לשלול ממנו את הכרתו.

ה. תשנת הציבור של חדין חדתי

מורג תקנת הציבור מופיע בהקשר נוסף, אם כי באופן מהותי שונה מזה שעסקנו בו עד עתה. התקנה בה נדון בהמשך דברינו נוגעת למצב הבא: המחוקק הפנה לשם פתרון בעיה מסויימת אל הדין הדתי, ואנו נוכחים לדעת כי לדין זה, שיקולים של תקנת ציבור. האם מהווים שיקולים אלה חלק אינטגרלי של הדין הדתי החל במשפט המדינה, או שמא נאמר, כי בתי המשפט האזרחיים אינם חייבים להיוקק לחלק זה של הדין הדתי? המדובר איפוא לא בתקנת הציבור של המדינה, העשויה לדחות הוראות של הדין הדתי, אלא בשיקולים פנימיים מדיניים של הדין הדתי, המשפיעים על פתרון סכסוך נתון. שאלה דומה נידונה אף בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי, כשהכוונה היא לתקנת הציבור של משפט זר¹²². וכך הוא המצב: משפט מדינה א' מפנה הפנייה כוללת אל משפט מדינה ב'. משפט מדינה ב' מצידו מפנה אל הפתרון המצוי במשפט מדינה ג', אלא שפתרון אחרון זה נראה בעיני מדינה ב' כנוגד את תקנת הציבור שלה והיא דוחה אותו בנימוק זה. השאלה המתעוררת במדינה א' היא, איפוא, אם דחיה זו המבוססת על תקנת הציבור (במובן הבינלאומי) מחייבת גם אותה. השאלה שנויה במחלוקת. התשובה המקובלת על סופרים רבים היא, כי עקרונות אין להכיר בתקנת הציבור של מדינה אחרת (במובן הבינלאומי, להבדיל מן המובן הפנימי)¹²³. על בית המשפט במדינה א' להתעלם, במקרה הרגיל, מן ההוראה המצויה במשפט מדינה ב', הדוחה את תחולת הפתרון של מדינה ג'¹²⁴. הפתרון של מדינה ג' יידחה אך ורק אם הוא נוגד אף את תקנת הציבור של מדינה א'¹²⁵.

לגבי הדין הדתי במשפט הישראלי הבעיה שונה. המדובר בתקנת הציבור הפנימית של הדין הדתי. כפי שהזכרנו, הדין הדתי אינו נוטה להכיר בשיטות משפט אחרות בתחום הנישואין והגירושין. לכן, ממילא אין נערכת בו בדיקה של משפט זר על מידת התאמתו לעקרונות היסוד של הדין הדתי.¹²⁶ הדין הדתי חסר לרוב הפגניה

Batiffol, *op. cit.*, p. 417 sq.; Neuhaus, *op. cit.*, p. 269; Maury, *op. cit.*, pp. 125 sqq.; 122
Wolff, *op. cit.* p. 184; Raape, *op. cit.*, p. 63 sq.; Lagarde, *op. cit.*, pp. 219 sqq.;
Meise, *op. cit.*, pp. 11 sqq. ראה במיוחד את המקורות המובאים אצל שני המחברים.
האחרונים.

123 על כך ראה במיוחד Lagarde, *op. cit.*, p. 220 sq., note 2.

124 ר' אהרן המפורסם המובא ב' בהערה 123.

125 בספרות הגרמנית בכונה מצב זה "L'effet réflexe de l'ordre public," ראה, Batifol, *op. cit.*, no. 368, 3°; Lagarde, *op. cit.*, pp. 223 sqq. המקום לפרט.

126 קיימים חריגים אחדים לקביעתנו. יש מקרים שבהם הדין המוסלמי מפנה אל הדין האישי של בעלי הדין אך מסייג את ההפנייה משיקולים כלליים של תשנת ציבור או של מושג

אל מערכת נורמטיבית אחרת. אין כאן, איפוא, מקום למושג תקנת הציבור במונח המשפט הבינלאומי הפרטי.

שבים אנו לשאלה העקרונית: האם מחייבת תקנת הציבור הדתית הפנימית אף בבתי המשפט האזרחיים שעה שהם מחילים את הדין הדתי? לבירור שאלה זו יש להקדים דיון במהותה של תקנת הציבור הפנימית.

קשה מאוד למצוא מכנה משותף מושגי לתקנת הציבור. בדרך כלל נתפס עקרון תקנת הציבור במשפט הפנימי כסייג לעיצוב החופשי והמוסכם של היחסים המשפטיים בין פרטים.¹²⁷ אולם האמת היא שהמושג אינו מתמצה בתחום ההסכמים. בהקשר שלנו אנו מבינים את עקרון תקנת הציבור במובנו הרחב כשהדגש על מטרתו הכללית, והיא: שמירה על הפעולה התקינה של מוסדות המשפט החיוניים לחברה.¹²⁸

במסגרת הדין הדתי מתוסף למטרה הכללית מימד חסוב נוסף: הערך העליון אינו קיום החברה כשלעצמה אלא החברה ביחסיה לבורא. אם נעביר רעיון זה לתחום היהדות אפשר לתאר את מטרתה של תקנת ציבור כך: שמירה על הפעולה התקינה של מוסדות המשפט הדתי בחברה כביטוי לעבודת הבורא. במשפט הקונו מופיע המימד המטפתי הנוסף תחת המושג של לום הנפש.¹²⁹

לפעולתה של תקנת הציבור במונח זה פנים רבות. היא עשויה להשפיע על הדין המהותי באמצעות יזמה מצד המוסד המחוקק, המשווה לנגד עיניו את המטרה הנזכרת. בהיבט זה של הבעיה אין אנו עוסקים, משום שלא יכול להיות ספק שהוראה מהותית מפורשת מחייבת את בית המשפט האזרחי, יהיו הרקע והמטרה שלה אשר יהיו.¹³⁰ שאלתנו נוגעת להפעלת תקנת הציבור על-ידי מוסד שיפוטי, השואף להגשים את המטרה של קיום חברה דתית, על רקע ההוראות הדתיות המשאירות לו תחום פעולה חופשי. במילים אחרות, הבעיה היא אם בתי המשפט האזרחיים, בהפעילם את הוראות הדין הדתי, חייבים להתחשב בתקנת הציבור של דין זה, ולדאוג לכך, כי המטרה העליונה הנזכרת תושג בתחומים בהם חל הדין הדתי.

טענה ראשונה נגד חיוב כזה עשויה להתבסס על הקושי הפסיכולוגי העצום מצד

מקביל Cf. Vitta, *Conflitti*, cit., p. 88-89, וראה במיוחד את המקורות המובאים שם בהערה 92.

127 זוהי המשמעות של הסדר הציבורי בס' 64 לחוק העותומני לפרוצדורה אזרחית.

128 Cf. Malaurie, *L'ordre public et le contrat*, Reims 1953, p. 69. אין זו כמובן הגדרה ממצה של המושג, אך היא נראית לנו מתאימה לצורך נושאנו. ראה עוד באופן כללי

Simitis, *Gute Sitten und Ordre public*, Marburg 1960, pp. 78 sqq. Malaurie, *op. cit.*, p. 31: "L'ordre public de l'Eglise mêle indissolublement les exigences de la communauté et la fin surnaturelle à laquelle les âmes sont ordonnées" D'Avack, *Corso di diritto canonico*, I, Milano 1956, pp. 170 sqq.; Lesage, *La nature du Droit canonique*, Ottawa 1960, pp. 151, sqq., cf. Fidele, "Natura pubblica del diritto canonico," *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962, pp. 823 sqq.

130 השווה, למשל, את הכלל בדין היהודי כי הבעל פטור ממוננות אשתו אם הנישואין היו באיסור, והוא מוכן לתת לה גט, ר' ע"א 571/69 כהנא נ. כהנא, כ"ד פד"י (2), 549, 555.

השופט. בהנחה המציאותית ביותר שהשופט הוא בעל השקפה חילונית – או אף בן דת אחרת – כיצד יתכן לדרוש ממנו לדאוג להגשמת מטרות מטפזיות הזרות לרוחו ולהשקפת עולמו. קושי זה קיים ללא ספק והוא נראה מכריע, כאשר אנו דורשים מן השופט האזרחי להגדיר בעצמו את התוכן של תקנת הציבור הדתית במקרה קונקרטי.¹³¹ קשה לראות שופט אזרחי בתפקיד שיפוטי יוצר במישור העקרונות היסודיים של הדת. אולם, יתכן מצב שבו גורם דתי הגדיר בבירור ובאופן מוסמך מהי תקנת הציבור של הדין הדתי בנושא קונקרטי ידוע, ואזי תישאל השאלה הממשית: "האם חייב השופט האזרחי להגשימה בהחילו את הדין הדתי"?

במציאות הישראלית מצויות מספר דוגמאות למצב דברים כזה, כשהמובחנת ביניהן נוגעת לסוגיה של גישוים פרטיים בין כהן וגרושה. כאמור, גישוין כאלה אסורים אך תופסים. במסכת זו התנהל מאבק משפטי ממושך כשהמעורבים בו הם: בני הזוג שגישו ברכס דתי אך פרטי, בתי הדין הרבניים שנתבקשו להצהיר על תוקפם של הגישוין ובכך על מעמדם האישי של בני הזוג, ולבסוף בית המשפט הגבוה לצדק שנקרא להתערב, כדי להורות לפקד מרשם האוכלוסין במשרד הפנים לרשום את בני הזוג כגישוים. אין זה מענייננו כאן לעסוק בשאלת סמכות השיפוט או בפרטים טכניים אחרים הנוגעים לרישום. מבחינת מחקרנו מעניינת ביותר ההתגוששות בין בית המשפט הגבוה לצדק לבין בתי הדין הדתיים כשביניהם עומד פקד מרשם. מן הדין כי נרחיב במקצת את היריעה על מקרה זה, המדגים את מעמד תקנת הציבור הדתית בבתי המשפט האזרחיים.

תחילה התעוררה הבעיה עוד לפני חקיקת חוק שיפוט בתי-דין רבניים. בפרשת כהן, בופליק¹³², פנו בני הזוג לבית המשפט האזרחי בבקשת הצהרה כי הם גישוים. שופטי הרוב (זילברג וווסמן) החליטו, כי נוכח העובדה שהגישוין תופסים לפי הדין הדתי, ההצהרה על המצב הקיים אינה בניגוד לסדר הציבורי "החילוני" של המדינה. על דעתם חלק השופט חשין ו"ל, שתואר במילים חריפות את הדופי שבהתנהגות בני-הזוג אשר עברו על איסור של הדין הדתי, ועם זאת מבקשים הצהרה על המצב המשפטי לפי דין זה.¹³³ הוא היה בדעה, כי יש לדחות את בקשתם להצהרה, מתוך השיקול שאין בית המשפט מחוייב להושיט יד עזר לפורצי גדר ולעוברי חוק, למען לא יהא חוטא נשכר.¹³⁴ כל שלושת השופטים הגיחו כמובן מאליו, שלו היה הענין בא בפני בית הדין הדתי, היה הוא מצהיר על תוקף הגישוים כפי שהדין הדתי קובע מבחינה מהותית. בענין זה מעיר השופט בעל דעת המיעוט, כי השיקולים העומדים לנגד עיניו של בית משפט אזרחי אינם מכריעים בבית הדין הדתי.¹³⁵ נמצא כי חלוקי הדעות בין השופטים נסבו סביב תפיסת הסדר הציבורי החילוני של המדינה.

בפרשה מאוחרת גורפינקל-הקלאי¹³⁶ גידונה הבעיה לאור חוק שיפוט בתי הדין

131 השווה את הבעיה הדומה במשפט הבינלאומי הפרטי, שעה שעל השופט לקבוע את תקנת הציבור של משפט זר. Meise, *op. cit.*, pp. 27 sqq.; Vallindas, "Der Vorbehalt des Ordre public im internationalen Privatrecht," 18 (1953) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1, 7.

132 ע"א 238/53 כהן, בופליק נ. היוה"מ, ח' פד"י, 4.

133 שם, עמ' 55–57.

134 בג"צ 80/63, י"ז פד"י, 2048.

135 שם, עמ' 55–56.

136 שם, עמ' 56.

הרבניים. המשיב היה שר הפנים הממונה על הרישום. כל השופטים הניחו שבית הדין הרבני לא היה מהסס להצהיר על תוקפם של הנישואין, למרות האיסור שבהם. אולם לגבי המסקנה הסופית שוב נחלקו דעותיהם של השופטים. שופטי הרוב¹³⁷ הפנו את בני הזוג אל בית הדין הרבני לשם קבלת ההצהרה על תוקף הנישואין. שופטי המיעוט¹³⁸ גרסו כי אין צורך בפנייה זו אל בית הדין הדתי ועל בית המשפט הגבוה לצדק להצהיר בעצמו על תוקף הנישואין ולצוות לרושםם כנשואים.

השופט זילברג מסתייג בתוקף מן הגישה, הרואה בהבנה את מעשה העותרים, שניצלו את הוראות הדין הדתי עצמו כדי לעקוף את איסור הנישואים. לאמיתו של דבר מאמץ בעת השופט זילברג השקפה דומה לזו שהובעה על-ידי השופט חשין בפרשת כהן בוסליק, ואשר עליה חלק בזמנו¹³⁹. יצוין, כי גם במקרה זה נשקלה העתירה מצד כל השופטים לפי תקנת הציבור החילונית, דהיינו לפי מדיניותו של המחוקק הישראלי. הרקע לבעיה השתנה בשעת בירור הפרשה השלישית רודניצקי נ. ביה"ד הגדול לערעורים¹⁴⁰. נתברר בינתיים כי בתי הדין הרבניים לא היו מוכנים להצהיר על קיום הנישואין, לא במישורין ולא בעקיפין¹⁴¹. נתגלה, איפוא, כי מתוך שיקולים של תקנת ציבור דתית, דוחה בית הדין הרבני את בקשת בני הזוג בנימוק המוצהר, שאין לסייע בידי עוברי עבירה¹⁴². בית הדין מנסה בדרך זו למנוע את רישומם במירשם האוכלוסין.

בפעם הראשונה הועמד בית המשפט העליון בפני הכרזה מפורשת מצד מוסדות השיפוט הדתיים על תוכן תקנת הציבור הדתית במקרה הנידון, והיא: דחיית בקשתם של בני הזוג להצהיר על מעמדם. בית הדין הרבני רואה בהצהרה כזאת משום מתן עידוד לעריכת נישואין האסורים על-פי ההלכה. לפי הדין היהודי, על אף תוקף הנישואין, אסור לבני הזוג לחתת יחד וחובה עליהם להתגרש. התנגדותו של בית הדין הרבני לרישום בני הזוג כנשואים, הובעה בצורה עוד יותר מפורשת בפרשה נוספת: כהן נ. בית הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו¹⁴³, כאן, ציין תחילה בית הדין הרבני, כי לבני הזוג אסור להינשא לאחר, כי אסור להם להמשיך לחיות יחד, וכי עליהם להתגרש. אולם הוסיף: "האיסור לכל אחד מהמבקשים להינשא לאחר אין בו משום מתן מעמד כלשהו של נשואים למבקשים ואין לכך לרשום אותם כנשואים"¹⁴⁴.

137 השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון.

138 השופטים ויתקון ומני.

139 השופט זילברג מתרץ את השוני בין שתי ההחלטות בנוסח חוק שיפוט בתי-דין רבניים שקיבל תוקף לאחר הגשת הבקשה בפרשת כהן, בוסליק. ר' בג"צ 80/63, שם, עמ' 2064–2066.

140 בג"צ 51/69, כ"ד פד"י (1), 704.

141 נוכח העובדה כי ההצהרה העקיפה שבני הזוג אסורים להינשא לאחר ללא גט הספיקה לשם רישומם כנשואים, סירב בית הדין להצהיר על כך.

142 ר' את נוסח ההחלטה בבג"צ 51/69, שם, עמ' 721.

143 בג"צ 275/71, 330/71, כ"ז פד"י (1), 227.

144 עמדתם השלילית של בתי הדין הרבניים באה לביטוי גם בפרשה האחרונה (לעת עתה) בה נידונו נישואים בין כהן וחלוצה: בג"צ 29/71 קדר, כהן נ. בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב, כ"ז פד"י (2), 608. ואלה דבריו של בית הדין: "... [אסור] לו לבית הדין ... לתת תוקף רשמי לקידושין שהם בעבירה לפי הדין, ולהפכם על-ידי מתן תוקף לשרירים וקיימים לאורך ימים, בו בזמן שלפי הדין אסור למעורבים בקידושין כאלה להמשיך בחיי משפחת משותפים ובצוותא".

אם נשקוף על הבעיה מבחינה עיונית, הרי תקנת הציבור הדתית מהווה ללא ספק חלק אינטגרלי של הדין הדתי. אם הפנה המחוקק אל המערכת הדתית, ההנחה היא כי התכוון אל מכלול ההוראות הדתיות המצויות בה¹⁴⁵. במה יגרע, איפוא, חלקה של תקנת הציבור הדתית, מה עוד שהיא נוגעת דווקא לעקרונות היסוד של השיטה כולה? והנה אף בהפניות אל משפטי מדינות זרות, במסגרת ברירת הדינים, אין מתעלמים מתקנת הציבור הפנימית של המדינה הזרה¹⁴⁶.

אולם, לא כך העמיד בית המשפט העליון את הבעיה. הוא החליט ברוב דעות מכריע¹⁴⁷ כי יש לרשום את בני הווג כנשואים. בית המשפט אינו מוכן לשעות אל דרישות תקנת הציבור הדתי, שמטרתה להגשים את האיסור הדתי לנישואי כהן וגרושה. בית המשפט האזרחי אינו מסתיר את נימוקיו האידיאולוגיים: איסור הנישואין בין כהן וגרושה אינו נראה בעיני אדם בלתי-מאמין. משום כך יש לרכך את חומרת הדין ולאפשר לבני הווג שהשתמשו בתחבולה של נישואים פרטיים, לקבל אישור פורמלי על תוקף נישואיהם באמצעות רישום רשמי. אולם דרך זו פתוחה רק לאלה שאינם יכולים להינשא בטכס דתי רשמי; וזו שיכול היה להינשא בפני הרבנות, אך אינו רוצה בטכס הדתי בגלל טעמים מצפוניים אישיים, איננו זכאי לעזרת בית המשפט¹⁴⁸.

הלכות אלה נפסקו על-ידי בית המשפט האזרחי, בהתבססו על שיקולים של אינטרס ציבורי, אשר באופן עקרוני שולל נישואין פרטיים, חוץ מן המקרה בו יש מניעה דתית לנישואין.

כאשר הועלתה לפני בית המשפט עמדתו של בית הדין המפרש את תקנת הציבור הדתי הוא אומר (מפי השופט לגדוי): "זו השקפתו של בית הדין הרבני על האינטרס הציבורי, השקפה הנונית מאדיקותו הדתית. לבית משפט זה השקפה אחרת על מה שהאינטרס הציבורי דורש בענין זה, כמו שהוסבר בפרשיות הקלאי ו-שגב, השקפה הנשענת על חוק המדינה שהחוקק על-ידי נציגי הציבור כולו – אדוקים וחופשיים כאחד – עבור הציבור כולו"¹⁴⁹.

אם הרקע הרעיוני להתלטה ברור ההנמקה הפורמלית בעייתית ביותר. קודם כל לא נאמר בה, כי באופן עקרוני אין להיזקק לתקנת הציבור הדתי; נקבע בה כי תקנת הציבור הדתי נוגדת במקרה הנדון את תקנת הציבור של המדינה, ומשום כך אין לקבלה. אולם אם תקנת הציבור הדתי היא חלק אינטגרלי של הדין הדתי, והמחוקק הפנה אליו הפנייה בלתי מסוייגת, אין להיזקק למושג תקנת הציבור של המדינה כדי לדחות את ההוראות הדין הדתי. כך על כל פנים עלה מניתוחנו את מושג תקנת הציבור¹⁵⁰. תשובה אפשרית היא כי בכוחו של עקרון תקנת הציבור של המדינה לדחות את תקנת

145 השווה את דבריו של השופט אגרנט בפרשת שגב רייכרט, כ"א פד"י (2), 505, 526 בקשר להרם דירושלים: "מכוח ס' 2 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג – 1953, הפכו ההסדרים האמורים להיות, כאשר לעריכת נשואין בין יהודים בישראל, חלק ממשפט המדינה ומכאן שהם משקפים גם את מדיניותו של המחוקק החילוני בשטח זה".

146 השווה הערה 123 לעיל.

147 השופטים לגדוי, זוסמן, ברנזון וויתקון בפרשת רודניצקי, שם; לעמדה זו הצטרפו השופטים מני ועציוני בפרשת כהן, שם.

148 דעת הרוב בפרשת שגב רייכרט, שם.

149 פרשת רודניצקי, שם, עמ' 715.

150 לעיל סמוך להערה 49.

הציבור הדתי, להבדיל מהוראות אחרות של הדין הדתי. אולם גם תשובה זו אינה נקיה מספקות. ההגיון מחייב ששיקולים של תקנת הציבור של המדינה יחייבו בכל מערכות השיפוט, דתית כאזרחית. אולם דומה, כי המסקנה אליה נוטה בית המשפט היא, כי בית הדין הדתי ינהג, ורשאי לנהוג, על-פי שיקולים של האינטרס הציבורי הדתי, בעוד שבית המשפט האזרחי ינהג לפי אלה של האינטרס הציבורי של המדינה¹⁵¹. כאמור, קשה לראות כיצד שני מוסדות שיפוט, הפועלים בתוך המדינה ומטעים המדינה, ינהגו על-פי שיקולים מנוגדים של האינטרס הציבורי. האמת היא כי האופי האידיאולוגי המובהק של הנושא כולו, מכביד ביותר על הניתוח המשפטי. שופטי בית המשפט העליון אינם מסתירים, כי ערים הם לעובדה שהמדובר בעקיפת הדין הדתי שתוכנו אינו נראה להם (איסור נישואין בין כהן לגרושה). ההתנגשות בתקנת הציבור הדתי אינה אלא תופעת לוואי להכרעה ערכית מוקדמת, והיא: לדחות את החלק האיסורי של הדין הדתי, כמוסבר לעיל אגב הדיון בס' 2 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים¹⁵². רישומם של בני הזוג במירשם האוכלוסין אינו אלא הגושפנקה האחרונה לדחיית הדין הדתי בנושא זה. היבט זה של הענין מודגש במיוחד בפסק הדין של השופט קיסטר, המייצג את דעת המיעוט¹⁵³. הרגשתו היא כי ההכרעה הערכית כאן היא "חשופה" מדי, כלומר תלושה מדי מגימוקים משפטיים וקשורה מדי בהשקפתו האישית של השופט. משום כך קשה להסיק מסוגיה זו בלבד מסקנות עקרוניות בדבר מעמדה של תקנת הציבור הדתי.

התופעה של התעלמות מתקנת הציבור הדתי, כאשר אין היא תואמת את השקפת העולם החילונית, מתגלית אף בסוגיות אחרות. טול לדוגמא את המקרים בהם מתעוררת שאלת תוקף הבטחה לנישואין בין אנשים האסורים, על-פי הדין הדתי, לבוא בברית נישואין, או של הסכמים הנוגעים לחיים המשותפים בין בני הזוג כשיש לפי הדין הדתי עבירה בחיים אלה. בהבדל ממקרי עריכת נישואין אסורים, אין כאן הפנייה אל הדין הדתי. שאלת תוקף ההסכם נחתכת לפי דיני החוזים הרגילים של המדינה. הקשר לתקנת הציבור הדתי נוצר בעקיפין: לפי הדין הדתי הסכמים כאלה פסולים; דיני החוזים של המדינה פוסלים הסכמים, כאשר הם בניגוד לתקנת הציבור או למוסר. השאלה היא, איפוא, אם מוכן בית המשפט האזרחי להיות מודרך בקביעת התוכן של תקנת הציבור או של ערכי המוסר, מעמדת הדין הדתי, אשר חל בעניני נישואין.

אין זה מפתיע כי גם כאן, נוכח גמישות המושגים "תקנת ציבור" ו"מוסר" נחלקו השופטים בדעותיהם. בפרשת ברש ג. ברש¹⁵⁴ הביע השופט קיסטר את הדעה, כי הסכם נישואין בין אשה לבין בועלה, האסור לה לפי הדין הדתי, ייחשב כהסכם בלתי חוקי. השופטים האחרים שיסבו אותו בדיון נמנעו מלהביע דעה בנושא זה. לעומת זאת בפרשת

151 ר' פרשת רדניצקי, שם (השופט גנדוי): "כך גם כאן, כשבית הדין הרבני רואה את עצמו מנוע בעתירה השנייה של העותר לגופה, אך עלינו לראות את הענין באור אחר"; ר' במיוחד פרשת קירר, כהן, שם: "אין אני בא בטרוניה עם בית הדין הרבני הגדול לערעורים שהוא מנסה לעכב את הדיון ואת ההחלטה הסופית בענין כזה, שהוא לו לזר, ואני יכול להבין את רצונו שלא להושיט יד עזר למעשה שהוא עבירה על מצוות הדת".

152 לעיל, סמוך להערה 94.

153 בפרשת רדניצקי, שם, עמ' 719, 722: "ברגע שדיני נישואין של יהודים בישראל הם דיני תורה, אינני חושב שבית משפט רשאי להתייחס לאיסורים מסויימים כפחות מחייבים מאשר אחרים".

154 ע"א 174/65, כ' פד"י (1), 617, 627.

יגר נ. פלביץ¹⁵⁵ החליט ביהמ"ש העליון, כי הסכם מוונות בין אשה נשואה לבין איש אחר אינו בלתי חוקי או בלתי מוסרי, אם כי לא היה ספק שבעיני הדין הדתי היחסים הנ"ד דונים היוו עבירה חמורה ביותר¹⁵⁶. בהקשר זה מן הראוי להזכיר את השקפתו של השופט ויתקון בדבר תוקף הסכם בין איש נשוי ופילגשו. ואלה דבריו: "אכן נשאלת השאלה, אם ההסכם ששימש יסוד לרישום הנכס על שם [האשה] היה הסכם בלתי מוסרי ונוגד לתקנת הציבור, בהיות אחד הצדדים אדם נשוי בשעת עשייתו. על שאלה זו עונה חברי השופט זילברג: הן, וחברי השופט כהן: לא, שניהם כיד בקיאותם הטובה עליהם מביאים ראיות ואסמכתאות מהמשפט העברי. בוויכוח זה בדבר ההלכה אין לי כל חלק... משום שאינני יכול להאמין כי דעת הקהל משתקפת בדינים והלכות שעניינם קידושין-על-תנאי, חליצה וגיוור. לא בדינים אלה ימצא ציבורנו ברובו המכריע השראה לגבי הבעיה העומדת לפנינו"¹⁵⁷.

לבסוף נזכיר דוגמה נוספת ובהקשר אחר של גישה, המעדיפה שיקולים המבוססים על השקפת עולם ליברלית על פני שיקולים דתיים. לפי הדין הדתי היהודי נישואי תערובת בין יהודים לנוכרים אסורים ואינם תופסים. שאלת מעמדם של נישואים כאלה שנערכו בחוץ לארץ – לאור מבחן תקנת הציבור במובן הבינלאומי – נבחנת על-ידי השופט זוסמן בפרשת פונק שלזינגר נ. שר הפנים¹⁵⁸. לדעתו ההוראה הכללית בס' 2 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים, המחילה את הדין היהודי במדינת ישראל היא, לכל היותר, ביטוי לתקנת הציבור הפנימית, באשר היא חלה על נישואין של יהודים בישראל בלבד. העובדה שהדין הדתי היהודי פוסל נישואי תערובת אינה מחייבת בהכרח את המסקנה, שיש לפסול תוקפם של נישואין כאלה שנערכו על-פי משפט זר. וכך אומר השופט: "פסול הנישואין על-פי הלכות הדת יהא שיקול נכבד ביותר, אך אין הוא צריך להיות השיקול היחיד. ציבור ישראל מחולק היום לשני מחנות. מחנה אחד, שומר מצוות או מרביתן, עומד לעומת מחנה אחר המדגיש את ההבדל בין מדינת חוק ומדינת הלכה. השקפותיהם של בני שני המחנות נוגדות אלו את אלו בתכלית. הסדר הציבורי בישראל אין פירושו, שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד על המחנה השני. החיים מחייבים יחס של סובל-לנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה-המידה של השופט אלא מאזן כ ל הדעות הרווחות בציבור"¹⁵⁹.

ספק רב בעינינו אם קנה-המידה של "מאזן כל הדעות" הוא משמעותי בתחום ההכרעה בין ערכים מנוגדים. השאלה הגדולה היא, אם אין להסתפק בהכרעה שנעשתה על-ידי המחוקק עצמו ולהשאיר בידיו, לטוב או לרע, את היוזמה לשינויים. במילים אחרות, הבעיה האמיתית נוגעת לתפקיד שעל בית המשפט למלא בסכסוך האידיאולוגי החריף בנושא דת ומדינה. שאלה זו מצדה היא שאלה ערכית שהתשובה עליה חורגת בהכרח מתחום הניתוח המשפטי.

155 ע"א 563/65, כ' פד"י (3), 224.

156 הנמקתו של השופט ברנזון מסתמכת על קיום המוסד המוכר של ידועה בציבור: "כלום יש שני סוגי מוסר וטובת ציבור, אחד בחקיקה ואחד בפסיקה?"

157 ע"א 337/62 ריזנפלד נ. יעקבסון, י"ז פד"י, 1009, 1025.

158 בג"צ 143/62, י"ז פד"י, 225, 241.

159 שם, עמ' 257. השופטים האחרים לא נקטו עמדה בנושא זה.