

מאמר יס

מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי (חלק שלישי – המשך) *

מאת

פרופ' יצחק אנגלרד

פרק רביעי: הגבלות בהחלת הדין הדתי

ההבחנה בין דין מהותי לבין דיני פרוצדורה

א. מבוא

הלכה מקובלת בכל הפסיקה האזרחית היא כי יש להבחין בשעת החלת דין דתי בין כלל מהותי ובין כלל פרוצסואלי. בדומה למצב לגבי משפט זר, המוחל מכוח המשפט הבינלאומי הפרטי, אין בית המשפט האזרחי נזקק לדיני הפרוצדורה הדתיים. לפנינו הגבלה מודעת ומוכרת בתחולת הדין הדתי, הגבלה אשר שימשה יסוד לאמרתו המפורסמת של השופט זילברג: "כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדין ושונות לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק"¹.

בהמשך דברינו נבדוק תחילה את הנימוקים הפורמליים והענייניים שהושמעו לזכות ההבחנה בין דין מהותי לבין דיני פרוצדורה בסוגייתנו, ולאחר מכן נסקור את דרך הפעולה בפסיקה המקומית תוך כדי ניתוח ביקורתי של המצבים האופייניים.

ב. הנימוקים הפורמליים להבחנה

פסק הדין המנחה – ובעצם היחיד שבו נידונה שאלת הבסיס הפורמלי לעקרון הרווח – ניתן מפי השופט זילברג בפרשת קושיק נ' וולפסון². השופט משתית את ההבחנה על הביטוי "חוק אישי", המופיע בסימן 47 לדבר המלך במועצתו, והמשמש מקור להחלת הדין הדתי על ענייני המעמד האישי בבתי המשפט האזרחיים. בסימן זה נאמר באופן כללי כי בענייני המעמד האישי יפעילו בתי המשפט האזרחיים את החוק האישי המתאים. וכך מנמק בית המשפט את ההגבלה בתחולת הדין הדתי: "והנה אותו ביטוי גופו – החוק האישי – אשר לגבי נתין ארץ-ישראלי פירושו הוא החוק הדתי של בעל הדין, פירושו הוא לגבי נתין זר: החוק הלאומי שלו (סימן 64 לדבר המלך);

* החלקים הקודמים של המאמר הופיעו: החלק הראשון במשפטים, ב', 268; החלק השני, שם, 510; והחלק השלישי, משפטים, ד', 31.

1 ע"א 238/53 כהן, בוסליק נ' היוה"מ, פד"י ח' 4, 19.

2 ע"א 26/51, פד"י ה' 1341.

כי הוראת סימן 47 היא הוראה כללית המקיפה וכוללת את שני ה.ס. מכאן, כי גבולות תכנה של מלת-העצם "חוק" כאן לגבי הנתיב הארץ-ישראלי אינם יכולים להיות יותר רחבים מגבולות תכנה של אותה מלה ממש לגבי הנתיב הזר. וכשם שבתי המשפט האזרחיים, בדונם בענייני המצב האישי של נתין זר, משתמשים רק בחוק הסובסטיבי ולא בחוק הפרוציסואלי הלאומי שלו או בדיני הראיות שבו — וזוהי דאי אין מחלוקת... כך גם בדונם בענייני המצב האישי של נתין ארץ-ישראלי, כי לא ייתכן לייחס פירושים שונים לאותה מלה ממש.

נימוק פורמלי זה אין בו כוח שיכנוע רב. הביטוי הסתמי "חוק אישי" אינו עוצר כוח כדי ליצור זהות מוחלטת בין גבולות ההחלה של דין זר לבין אלה של דין דתי. ההנחה המוקדמת כי לא ייתכן בהקשר זה לייחס פירושים שונים לאותה מלה ממש, נסתרה ממילא על ידי המחוקק עצמו הרואה כיום את הדין הדתי בבחינת "דין" כמשמעו בפקודת הפרישנות, להבדיל ממשפט זר הנתפס עדיין כעניין של עובדה על כל הנובע מכך.³ יתרה מזו, בהודמניות אחרות השופט זילברג עצמו יצא נגד הנסיון לזהות את מעמד הדין הדתי עם זה של משפט זר והוא הגן בלהט אידיאולוגי רב על הייחוד שבמעמד הדין היהודי במסגרת המשפט של מדינת ישראל.⁴ הייחוד שבמעמד הדין הדתי, לעומת המשפט הזר, אינו מתמצה בהערכתו האידאולוגית השונה ואף לא בגפקויות הנובעות מהכללתו במושג "דין", אלא הוא בעל משמעות מעשית בסוגייתנו. עקרון תקנת הציבור נדחה במפורש לגבי הדין הדתי, בהבדל בולט מן המצב לגבי המשפט הזר.⁵ כידוע החלתו של האחרון כפופה למבחן של תקנת הציבור, וכל הוראה וזרה הסותרת אותה נדחית מפניה. נמצא, כי, ממילא, סברתו של השופט זילברג בדבר ההכרח בזוהר "גבולות תכנה של מלת העצם 'חוק' לגבי נתין זר ותושב ישראלי" אינה מתקיימת. התוצאה של דחיית העקרון של תקנת ציבור בתחום הדין הדתי היא כי גבולות תחולתו רחבים יותר מאלה של המשפט הזר החל מכוח הכללים של ברירת הדין.

נפלה איפוא ההנמקה הפורמלית שהתבססה על דיוק בלשון המחוקק. מהו אם כן הבסיס להבחנה בין מהות ופרוצדורה?

האמת היא כי על שאלה זו יש להשיב תחילה במסגרת המשפט הבינלאומי הפרטי שממנו הועברה ההבחנה בין מהות ופרוצדורה אל תחום הדין הדתי. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי חלים במשפטנו מכח סימן 46 לדבר-המלך במועצתו, המפנה למשפט המקובל האנגלי לשם השלמת החסר בדין המקומי.

ההבחנה בין מהות ופרוצדורה היא עקרון אחד מני רבים שנקלטו מן המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי.⁶ סימן 47 לדבר המלך במועצתו מפנה באופן סתמי לדין

3 ר' על כך בהרחבה לעיל, בחלק ב של מאמרנו שהופיע במשפטים, כרך ב', בעמ' 510 ואילך; וכן ראה, ברוח ביקורתנו, א' ח' שאקי, "ערבוב תחומין וצמצום סמכות השיפוט הדתי", נוילין, כרך כא-כב, (תשכ"ה), בעמ' 38, 42-43.

4 ר' את דבריו של השופט זילברג בפרשת יוכיפוף, ע"פ 112/50 (פד"י ה' 481, 501) המובאים לעיל, חלק א, משפטים, כרך ב', בעמ' 315, וכן במיוחד את דבריו בפרשת פונק, שלזינגר, בג"צ 143/62 (פד"י י"ז 225, 238), המובאים לעיל, חלק ג, משפטים, כרך ד', בעמ' 36.

5 לעיל, חלק ג, שם, שם.

6 ר' באופן כללי לבונטין, גולדוטר, כללי ברירת הדין בישראל והסימן 46 לדבר המלך, ירושלים, תשל"ד.

האישי בענייני סטטוס, ולמען דעת את פרטי הדינים בדבר היקף תחולתו אין דרך אחרת אלא לפנות אל כללי ברירת הדין שבמשפט המקובל האנגלי. בדרך זו הלך בית המשפט העליון בפסק דין מנחה בפרשת פקורניק נ' פקורניק,⁷ בה נפתרה ההתנגשות בין הדין המקומי הדתי לבין משפט זר על יסוד מבחנים אנגליים. ברוח דומה ובנגיעה ישירה לעניינינו נפסק בפרשת ונדל-הירשברג נ' יקובספלד-יקורבקה⁸ כי בשאלה של החלת דיני ראיות זרים יש לפסוק על פי הלכות המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי.

מצאנו איפוא את הבסיס הפורמלי בתחום המשפט הב"ל הפרטי, לעצם ההבחנה בין מהות ופרוצדורה ולפרטי דיניה. אך, בסיס זה אינו מספיק כדי להשתית עליו את תחולת ההבחנה לגבי הדין הדתי. כידוע, הפעלת הדין הדתי בענייני המעמד האישי אינה קשורה בקיום של אלמנט זר, ולכן אין זו שאלה של ברירת דינים במובנה המדויק. מן הנמנע איפוא להיזקק לדיני המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי בדרך הנהוגה של השלמת לקונה במובן סימן 46 לדבר המלך במועצתו. ההסתמכות על כללי המשפט המקובל האנגלי, השייכים לסוגייה של ברירת הדינים, היא בבחינת היקש; כלומר, החלת ההבחנה הנזכרת על הדין הדתי במשפט הישראלי נעשית בדרך האנלוגיה ולא בדרך של השלמת החסר במסכת זוהי. יכולנו אולי לדבר על השלמה לו נזקקנו לכללים אנגליים בדבר החלת משפט כנסייתי במערכת המשפט המקובל. (ספק רב בעינינו אם אפשר למצוא שם הבחנה דומה בין מהות ופרוצדורה, נוכח העובדה כי יסודות ההסדר שונים תכלית השינוי).⁹ נמצאנו למדים כי דבקות הפסיקה בהלכות המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי נעדרת בסיס פורמלי בתחום החלת הדין הדתי. אולם, לפני שננסה להציע פתרון פורמלי שונה לבעייה של כללי הפרוצדורה, עלינו לבחון את הנימוקים הענייניים שהועלו על ידי בתי המשפט לזכות ההבחנה בין דין פרוצסואלי ובין דין מהותי.

ג. הנימוקים הענייניים לזכות ההבחנה

בפרשת קוטק נ' וולפסון הנזכרת¹⁰ לא הסתפק בית המשפט בנימוק הפורמלי של פנייה אל המשפט האנגלי, אלא שאף להשתית את צימצום התחולה של הדין הדתי על בסיס רעיוני.

בית המשפט מעלה תחילה נימוק מעשי הנוגע לעצם הרכב בית המשפט. לדברי בית המשפט "הטענה כי יש להחיל את הדינים הדתיים כמות שהם, ללא שיור כלשהו, ודיני ראיות בכלל" אין לקבלה משום שאין להעלות על הדעת שבית משפט אזרחי חייב להיות מורכב, בדונו בענין המעמד האישי של יהודי, משופטים שהם כשרים לדון על פי דיני ישראל.

נימוק ענייני נוסף מוצא בית המשפט באופיים של סדרי הדין. לדעתו אפשר להנהיג "יחסיות" ושוני לגבי השימוש בדין המהותי, "אך לא יתכן לנהוג הפליה כזאת

7 ע"א 191/51, פד"י ח' 141, בעמ' 159 ואילך, 163 ואילך, 180.

8 פד"י י"ב 1896, 1901.

9 לפי התפיסה האנגלית המשפט הכנסייתי האנגלי הוא חלק של המשפט המקובל, ודומה כי אין מבחינים בין פרוצדורה ומהות, השווה Bishop of Exeter v. Marshall (1868) L.R. 3, 52-53 (H.L.) וכן ראה באופן כללי 17, 52-53 (H.L.) Caudrey's Case (1581) 5 Co. Rep. 1a; 77 E.R.1.

10 לעיל הערה 2.

בעצם צורת הדיון, וקל וחומר כאשר הדבר נוגע לצרכי קביעת העובדות. אם מערכת ראיות מסויימת נראית בעיני המחוקק כשרה ומשכנעת במשפטו של ראובן, לא ייתכן לראותה פסולה ובלתי משכנעת במשפטו של שמעון¹¹. לדעת בית המשפט יש צידוק בשוני אפשרי בדין המהותי המוחל על ענייני המעמד האישי משום שעניינים אלה "חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת עולם – השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' – של הנוגעים בדבר". מאידך, אין לרעיון זה תפיסה כל עיקר כאשר המדובר "לא בזכויותיהם וחובותיהם של המתדיינים, אלא בחובתו ותפקידיו של בית המשפט, ועליו למלא חובה זו במתכונת ובצורה הקבועה במשפט של כל אחד ואחד"¹².

ההנמקה העניינית, כפי שהושמעה על ידי בית המשפט בפרשה הנזכרת, לוקה בחולשות גלויות.

ראשית, העובדה כי אין אפשרות להחיל את כל דיני הפרוצדורה הדתיים אינה מחייבת את המסקנה כי יש לדחותם בכל מקרה. ברי כי אין להרכיב בית משפט מיוחד לשם התאמתו לכללי הדת הקובעים את אירגונו של בית הדין הדתי ואת כשרותם של הדיינים. כאשר המחוקק הפקיד את הפעלת הדין הדתי בידי הערכאה האזורית, הוא הניח את קיומו של בית המשפט האזרחי וביסס עליו את סמכות השיפוט. בית המשפט קיים מלכתחילה בתוקף משפט המדינה, המסדיר באופן בלעדי את כינונו ואת הרכבו. בית משפט זה מצווה להחיל את הדין הדתי וממלא אין כל מקום להחליפו או לשנותו. הדין הדתי אינו יכול לחול על עצם אירגון המוסד השיפוטי. נמצא, כי שאלת התחולה של דיני הפרוצדורה הדתיים עשויה להתעורר לגבי צורת הדיון בלבד בשעת בירור עניין של המעמד האישי.

שנית, ההבחנה בין זכויות בעלי הדין וחובותיהם לבין חובותיו של בית המשפט אינה עומדת בפני הביקורת¹³. השופט זילברג בפרשת קושיק הנזכרת כורך יחד את סדרי הדין, כמובן הצר, ואת דיני הראיות בראותו אף את האחרונים ככללים קוגנטיים שאין לבעלי הדין שליטה עליהם, בהבדל מהדין המהותי. תפיסה זו אינה נכונה. לבעלי הדין עשויה להיות השפעה רבה הן על דרך הדיון והן על דרך קביעת העובדות. רשאים הם, למשל, להסכים על דרכי הוכחה מיוחדות, תוך סטייה מן הכללים המקובלים¹⁴. אפשר גם אפשר כי מערכת ראיות מסויימת הנראית בעיני המחוקק כשרה ומשכנעת במשפטו של

11 שם, עמ' 224. יש רגליים לסברה כי בית המשפט הושפע בהנמקתו מן הנאמר בספרו של M. Wolff, *Private International Law*, 2nd ed., 1950, Oxford, p. 230; לגבי סקירה מקיפה על הנימוקים לדחיית דיני הפרוצדורה הורה במשפט הבינלאומי הפרטי וכן הביקורת עליהם ראה I. Szász, *International Civil Procedure, A Comparative Study*, 1967, Budapest, pp. 203 et seq.

12 השווה Wolff, *op. cit.*, p. 229.

13 ראה את הביקורת העיונית אצל Wolff עצמו, שם, שם.

14 ר' הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון, תשל"ל, ירושלים, עמ' 36, 37: "בעלי הדין רשאים להסכים על שינוי בדיני הראיות, הן בשעת מהלך המשפט והן קודם לכן. הסכם יכול להכשיר ראייה פסולה, כגון עדות שמיצה או עדות בעל-פה כנגד מסמך. הסכם יכול גם לפסול ראייה שהיתה כשרה אלמלא ההסכם כגון תניה בחוזה שדבר אשר בדרך כלל ניתן להוכיחו בעל-פה לא יוכח אלא בכתב". וכן ראה Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve*, 1965, Paris, nos. 30 et seq.

ראובן, יראהו כפסולה ובלתי משכנעת במשפטו של שמעון אם כך הוסכם בין בעלי הדין בשעת מהלך המשפט או קודם לכן. אין איפוא דבר בעצם מהותם של דיני הפרוצדורה האזרחיים העלול למנוע את תחולתם של כללי פרוצדורה אחרים¹⁵, במקרה שלנו – דתיים.

הרעיון של אחדות הפרוצדורה, עם כל חשיבותו העקרונית, אינו מספיק כדי לבסס עליה דחייה מוחלטת של כל דיני הפרוצדורה והראיות של הדין הדתי. נגמק עניין זה ביתר הרחבה. בית המשפט בפרשת קיטיק הנזכרת הפליג בהצדקת השוני בדין המהותי. אולם, הוא לא שאל את עצמו אם המשמעות המעשית של עמידה נוקשה על עקרון ההבחנה בין פרוצדורה ומהות אינה מונעת דווקא את הגשמתה של המטרה העיקרית, והיא שמירת השוני המהותי בנושאים של השקפת עולם, כהגדרת ביהמ"ש עצמו. על הגישה האנגלית, המרחיבה באופן קיצוני למדי את מושג הפרוצדורה בתחום ברירת הדינים, נמתחה ביקורת חריפה, במיוחד בתחום דיני הראיות¹⁶. רבים הם העוררים על הדחייה הרחבה של הדין הזר המסתמכת על המיון הטכני של מהות ופרוצדורה¹⁷. דומה כי הפסיקה האנגלית עצמה ריכזה בשנים האחרונות את עמדתה ואין היא משוכנעת עוד בנכונות החלוקה החדה והחד-משמעית בין סדרי הדין לבין דין מהותי¹⁸. רבים העלו מול רעיון אחדות הפרוצדורה ויעילותה את הערך הלא-פחות חשוב של אחדות הפתרון. כי סוף סוף ההחלה של משפט זר באמצעות ברירת הדינים באה מתוך שאיפה להשיג פתרון זהה ככל האפשר בערכאות השיפוט השונות. החלת הפרוצדורה המקומית אינה צריכה לשמש מטרה בפני עצמה. לעתים היא מחוייבת המציאות מטעמי יעילות או נוחיות או מטעמי הסדר הציבורי. דעה רווחת היא כי בהעדר גימוקים אלה מן הדין הוא להתחשב באותן ההוראות הנורות הקשורות קשר הדוק בדין המהותי, כך שהתעלמות מהן עלולה להשפיע השפעה ישירה על הפתרון המהותי¹⁹. אם שיקולים אלה תופסים בסוגייה של ברירת הדינים, ראויים הם להישמע על אחת כמה וכמה במקרה של החלת דין דתי. כידוע, החלת הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים מקבילה לזו בבתי הדין הדתיים. ממילא אין מקום לעקרון הטריטוריאליזם התומך, לדעת

15 ראה באופן כללי Szászy, *ibid.* וכן ראה שאקי, שם, בעמ' 46; וכן לבונטין, נישואין ונידושין הנערכים מחוץ למדינה, תשי"ז, ירושלים, בעמ' 70, הערה 89.

16 Cheshire, *Private International Law*, 8th ed., 1970, London, pp. 661, 664 et seq.; Dicey & Morris, *Conflict of Laws*, 9th ed., 1973, London, pp. 1099 et seq.; Graveson, *Conflict of Laws*, 6th ed., 1969, London, p. 632-633.

17 ראה במיוחד את הספרות בארה"ב "Substance" and "Procedure", *Logical and Legal Bases of Conflict of Law*, 1942, Cambridge Mass., p. 154; Cavers, "Procedure for – and in – the Choice of Law Process," *The Choice-of-Law Process*, 1965, Ann Arbor, p. 268; cf. A. Shapira, *The Interest Approach to Choice of Law*, 1970, The Hague, pp. 170 et seq.

18 Cf. *Mahadervan v. Mahadervan* [1964], p. 233, 243.

19 ראה את המקורות הנזכרים בהערות 15, 16, 17, וכן Morgan, "Choice of Law Governing Proof", 58 *Harv. L. R.* 153, 194-195. ראה לעומת זאת את הגישה הנוקשה בסוגייתנו מפי השופט ח' כהן בע"א 99/63 פלג, ארז ג' היוה"מ, פד"י י"ז 1122, 1128: "... 'וכמה שהדין הפרוצדוראלי של המשפט הזר לא יהא אחוז ודבוק בדין הסובסטנטיבי, אין [בית המשפט] רשאי להתילו, והוא נדחה מפני הדין הפרוצדוראלי המקומי של בית המשפט'.

אחדים, בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי בהפעלה אחידה של הפרוצדורה הפנימית.²⁰ הפרוצדורה הדתית שולטת, בהסכמת המחוקק, במלוא היקפה במערכת השיפוט הדתי.²¹ השיפוט הדתי נתפס בעיני המדינה כשייך באופן אינטגרלי למערכת השיפוט שלה. נמצא כי דיני הפרוצדורה הדתיים חלים ממילא בתחום המדינה והנימוק הענייני של אחדות הפרוצדורה אינו בעל משקל רב.

המסקנה העולה מדברינו היא כי דחיית סדרי הדין הדתיים (במובנם הרחב) על יסוד ההבחנה האנגלית בין פרוצדורה ומהות, חסרת בסיס פורמלי-משפטי. גם הנימוקים הענייניים שהועלו על ידי בית המשפט העליון אינם משכנעים. עם זאת לית מאן דפליג כי אין אפשרות להחיל בבית המשפט האזרחי את כל דיני הפרוצדורה הדתיים. בהמשך דברינו ננסה להשתית את הפתרון בבעיה זו על בסיס פורמלי וענייני שונה. לאחר מכן נבדוק ביתר פירוט את הפסיקה המקומית תוך ראייה ביקורתית של הפתרונות.

ד. הפתרון המוצע: עקרון התחולה הישירה מטעמי יעילות וסדר ציבורי

לדעתנו יש לזנוח את ההבחנה הנוקשה בין פרוצדורה ומהות, כמשמעותה במשפט האנגלי. נקודת המוצא חייבת להיות שונה: הדין הדתי הפרוצסואלי אינו נדחה א-פריורי, אלא דחייתו באה כתוצאה מן האופי המחייב של סדרי הדין ודיני הראיות האזרחיים. כוונתנו לתפקיד המכונה "חייב" של תקנת הציבור, עליו הרחבנו את הדיבור בפרק הקודם.²² הפרוצדורה האזרחית — להבדיל מהדתית — חלה בבית המשפט האזרחי מכוח העקרון של "תחולה ישירה". כלומר, הנימוק הפורמלי להגבלת הדין הדתי אינו מצוי דווקא בהבחנה הטכנית בין מהות ופרוצדורה, אלא בכוונת המחוקק להחיל את סדרי הדין האזרחיים בבית המשפט אף בשעה שזה דן בענין של מעמד אישי. המבחן מצוי איפוא לא באופי ההוראה הדתית בלבד, אלא גם באופיה של ההוראה האזרחית. ההנחה הראשונית היא כי המחוקק — הכוונה בהקשר זה גם למתקין התקנות — יצר את המסגרת הפרוצסואלית של בתי המשפט מתוך רצון כי זו תקויים בכל דיון בפני בית המשפט, ללא הבחנה בנושא הסיכסוך או בטיב הדין המהותי. במלים אחרות, כוונה דרך פעולתו של בית המשפט האזרחי בבואו לברר סכסוך כלשהו. במובן ידוע, גישה זו יפה עקרונית גם לגבי סיכסוכים שיש בהם אלמנט זר, כהצעת מספר סופרים.²³ אך אנו נסתפק באימוצה לגבי סוגיית הדין הדתי. כאן חופשיים אנו לנהוג כך, כי, כאמור, אין יסוד פורמלי להחלת המבחן הצר של המשפט המקובל האנגלי השולט בתחום ברירת הדינים.

אך, גם אם נקודת המוצא היא שהמחוקק התכוון להחיל את דיני הפרוצדורה האזרחיים על כל דיון בבית המשפט, הרי הנחה זו ניתנת לסתירה. ההכרעה תלויה במהות הכלל הפרוצסואלי הדתי. כאמור, מול שיקולי היעילות, האחדות והסדר הציבורי עומד השיקול של מהות הפתרון במערכת האזרחית והדתית.

20 Riezler, *Internationales Zivilprozessrecht*, Tübingen 1949, p. 94. ראה גם שאקי, שם, בעמ' 45.

21 בכפוף לעקרונות הצדק הטבעי, ר' לעיל, חלק ג', משפטים, ד', עמ' 35, 50 ואילך.

22 לעיל, חלק ג', שם, בעמ' 44 ואילך.

23 Cf. Battifol, *Droit international privé*, 5è éd., 1970, Paris, nos. 248, 697.

מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי

לדעתנו, יש לפתור את שאלת התחולה של דיני פרוצדורה דתיים לפי המבחן העקרוני הבא: ככל שההוראה הדיונית הדתית היא כללית יותר, כלומר, אינה מיוחדת לעניין הנידון בפני בית המשפט, כך יד ההוראה הדיונית האזרחית על העליונה לעומת זאת, כאשר ההוראה הדיונית הדתית היא מיוחדת לנושא הסיכסוך, אין לדחותה ללא בדיקה נוספת בדבר מידת התאמתה לעקרונות הדין ההוגן והיעילות. במלים אחרות, כאשר הכלל הדתי הוא ביטוי לעקרונות דיון כלליים, עקרונותיה של המדינה בעיצוב הדין המשפטי עדיפים. אולם, כאשר נתגבשה בדין הדתי הלכה דיונית (במובן הרחב, הכולל דיני ראיות) מיוחדת מתוך נגיעה ישירה הדוקה לנושא הסיכסוך, שהוא בסוגיית המעמד האישי, הרי יש להעדיפה על כלל הדין האזרחי.

אופי המיוחד והמגובל של כלל דיוני, מצביע לעתים על קיום קשר הדוק בינו לבין הדין המהותי. דבר זה בולט בתחום החזקות המשפטיות.²⁴ משפט המדינה אשר השאיר סוגיות מסוימות להסדרה בלעדית על ידי הדין הדתי, אינו מכיל, כמובן, כל הוראות דיוניות מיוחדות המיעדות לסוגיות אלה. אם תדחינה ההוראות המיוחדות הדתיות בגלל אופיין הדיוני בלבד, לא תהיה לבית המשפט ברירה, אלא להסתמך על דיני הראיות והפרוצדורה הכלליים. הסתמכות זו עלולה להביא לידי תוצאות בלתי-רצויות מבחינת הפתרון המהותי.

בהמשך דברינו נבחן את ההיבטים השונים של הבעיה על רקע הפסיקה הישראלית. בניתוחנו נשווה את הפעלת המבחן המסורתי המבדיל בין מהות לבין פרוצדורה עם הפתרון המוצע על דינו.

ה. מהות ופרוצדורה במבחן הפסיקה

הנושאים הנדונים בבתי המשפט האזרחיים על פי הדין הדתי מוגבלים במספרם ובהיקפם. לכן שאלת מעמדו של הדין הפרוצדורלי הדתי כמעט לא התעוררה במציאות, אלא רק לגבי סוגיות מועטות, באופן יחסי, בהשוואה לשאלה המקבילה במשפט הבינלאומי הפרטי. יתרה מזו, יש השפעה מכרעת לעובדה כי המשפט הדתי אינו משפט נורמטיבי בתור מערכת עצמאית. בהעדר מוסדות עצמיים של הוצאה לפועל, הדין גשען לשם ביצועו על רשויות המדינה. נמצא כי סוגיות דיוניות רבות מוסדרות ממילא על ידי משפט המדינה, ואין כל בעייה של דחיית הדין הדתי. בניתוחנו נתרכז בסוגיות בהן נתעוררה הבעיה במציאות.

כשרות העדים ואמצעי ההוכחה

הלכות העדות היהודיות ידועות בהגבלותיהן הרבות לגבי כשרות העדים. פסולים לעדות הם, בין היתר, קרובים, נשים, הנוגעים בעדותם ובעלי עבירה על מצוות הדת.²⁵ פסלויות אלה אינן מקובלות על משפט המדינה הדוגל בעקרון חופש הראיות ואינו מגבילן אלא במקרים חריגים.²⁶

בתי המשפט דחו, על יסוד ההבחנה האגלית בין דין מהותי דין פרוצדורלי, את

24 על כך ביתר הרחבה, להלן בעמ' 15 ואילך.

25 רמב"ם, הלכות עדות, פ"ט, ה"א; טור חושן משפט, סימן ל"ה.

26 ר' ע"א 238/53 כהן, בוסליק נ' יהודה, פד"י ח' 4, 19.

ההוראות המגבילות של הדין הדתי. מסקנה זו נראית מוצדקת מבחינה עקרונית גם לפי הגישה המוצעת על ידינו: הנחה סבירה היא כי כוונת המחוקק היתה שדיני העדות של המדינה יחולו על כל סיכסוך המתברר בפני בתי המשפט האזרחיים. כלומר, אין ספק כי רצון המחוקק הוא שעקרון חופש הראיות יופעל גם בסיכסוך שנוסאו ענין של מעמד אישי, עקרון זה עדיף על הכלל הנוגד בדין הדתי.

אולם, אם פסלות של עד בדין הדתי אינה תולדה של עקרון כללי – כגון זה של פסולי העדות הנזכרים – אלא הוראה המיוחדת לעניין מסויים של המעמד האישי, אין לדחותה ללא בדיקה נוספת. אפשר, כי בדין היהודי קשה למצוא פסלות מיוחדת נוספת בענייני נישואין וגירושין, נוכח ההגבלות הכלליות הרבות. אך אין להוציא מכלל אפשרות הגבלות כאלה בדין הדתי של עדה אחרת.

בעיה קרובה, אם כי לא זהה לגמרי, עמדה בפני בית המשפט העליון בפרשת פלדמן²⁷. דיני הירושה, לפני חוק הירושה משנת 1965, הכירו בברירה לערוך צוואה על פי דין דתי או על פי פקודת הירושה האזרחית. הצוואה האזרחית חייבת היתה להעריך בכל מקרה בכתב; הדין היהודי לעומת זאת הכיר בצוואת שכיב מרע שיכלה להעשות בעל פה לפני שני עדים. במקרה הנדון נערכה צוואה לפני קרובי משפחה שהם פסולי עדות על פי העקרונות הכלליים של הדין היהודי. והנה, הוראה מפורשת בפקודת הירושה קבעה לגבי צוואה אזרחית כי "לא יוכה אדם בטובת הנאה על-פי צוואה בצורה אזרחית אם הוא אחד העדים לצוואה". נמצא כי הורשים על פי הצוואה היו מפסידים את חלקם גם לו היה המדובר בצוואה אזרחית (בגלל היותם עדים המפיקים הנאה) וגם לפי הדין הדתי הכולל, משום שלא היו מצליחים לקיים את הצוואה בגלל פסלותם להעיד על עריכתה.

אולם, בית המשפט העליון החליט לקיים את הצוואה על יסוד מיון כפול: ההוראה האזרחית היא בבחינת דין מהותי ולכן אין היא חלה על צוואה הנערכת לפי דין דתי; ההוראה הדתית בדבר פסלות העדים היא בבחינת הוראה דיונית ואין להיוקק לה בדיון בפני בית המשפט האזרחי. התוצאה היתה כי הצוואה קיימה לפי הדין המהותי, על אף היותה למורת רוחן של שתי שיטות המשפט.

לפתרון שונה אפשר היה להגיע לו ניתן היה לראות בהגבלה הדתית עניין הנוגע במיוחד לצוואה. בהנחה זו היינו גורסים כי יש מקום להחיל את ההוראה הדתית, למרות אופיה הפרוצדוראלי. אולם, פסלות קרובים היא בבחינת הוראה כללית בדין הדתי, ולכן היא נדחתה בצדק על ידי בית המשפט. אך, יש רגליים לסברה כי עדות הקרובים במקרה זה לוקה בפסול הנוסף של הנוגעים בעדותם. נוכח ההוראה המהותית המגבילה במשפט האזרחי שבסיסה העיוני דומה לפסול הדתי של נגיעה בעדות, אפשר היה אולי ללמוד היקש ממנה ולראות בפסול הדתי עניין ספציפי לקיום צוואה. דומה, כי פסילת הצוואה במקרה זה היתה תוצאה המתאימה יותר לרוח שתי השיטות²⁸.

לגופו של העניין; אין ספק כי דחיית הדינים הדתיים בדבר פסולי עדות אינה רק עניין של נוחיות או של אחידות הפרוצדורה. פסולי העדות של ההלכה היהודית אינם

27 ע"א 423/64 פלדמן נ' פלדמן, פד"י כ"ט (2) 197.

28 ראה את הפרק הבא על בעיית ההרכבה וההתאמה. דרך הפתרון המוצע כאן היא לאמיתו של דבר הליך ההתאמה המוסבר להלן.

מתיישרים עם השקפת עולמם של הצופטים האזרחיים. במיוחד מתקשים הם להסכים לפסלותם של עוברים על מצוות הדת; וכפי שאחד מהם ציין: "...עדים הכשרים לפי דין התורה, כמעט ואינם עוד בנמצא בתוכנו, ועל-כל פנים אין לאל ידינו לבדוק ציצייתיהם, תרתי משמע, אם כשרים הם אם לאו"²⁹. ביתר הריפות התבטא השופט לגדוי בפרשת רודניצקי³⁰: "פסיקתו האחרונה של בית הדין הגדול בה פסל עדים מחללי שבת יוצרת מצב קשה ביותר, בו פוסל בית דין, שלו מסור שיפוט ייחודי על כל היהודים במדינה בענינים חיוניים מאד, כל אותו חלק ציבור שאינו שומר שבת לכל דקדוקיה — ולא אטעה אם אומר שהוא רוב מנינה של האוכלוסיה היהודית בארץ כולה — מלהעיד בפניו באותם ענינים חיוניים. ברור שעל בית משפט זה להתעלם מפסילה סיטונית זו, ולו רק מפני שלפי הסעיפים 2 ו-3 של פקודת העדות כל אדם הוא כשיר להיות עד בכל משפט בפני בית משפט אזרחי"³¹.

אולם, כאשר פסלות העד משפיעה לא רק על דרכי ההוכחה, אלא על מהות הענין, כלומר על כשרות הפעולה כולה, הרי אין מנוס מלהחיל את הדינים על כל פרטיהם ודיקדוקיהם אף בבית המשפט האזרחי. זה יהיה המקרה שעה שעדים דרושים בדין הדתי לקיום הפעולה המשפטית, אשר מצדה נקלטת על ידי משפט המדינה בצורתה המוגמרת. בשורה של פסקי דין נקראו בתי המשפט להכריע בשאלה אם הוראה דתית מסויימת נוגעת למהות העיסקה או להוכחתה בלבד, כלומר, במקרה של פסולי עדות השאלה היתה אם עדותם נחוצה *ad substantiam* או *ad probationem*. ההכרעה בשאלה זו הצריכה לעיתים התעמקות בנבכי הדין היהודי, החסר לרוב מיון שיטתי, ועל כל פנים אינו נוהג למיין את דיניו לפי המושגים החילוניים. בית המשפט העליון לא התעלם מן הבעייתיות בציינו כי "אין מנוס מן 'המלאכותיות' הזאת וההכרח לא יגונה, כל עוד מוטל על בתי המשפט האזרחיים תפקיד שפיטה על פי דינים דתיים"³². בהמשך דבריו של בית המשפט אנו מוצאים רמז ברור להשקפתו כי החלת דרכי הפרוצדורה האזרחית עדיפה: "כל מעשה של ברירת דינים מביא לידי שעטנו, אלא גראה לי שבמצבנו שלגו שעטנו זה הוא הרע במיעוט ודי לחכימא"³³.

אולם, דומה כי הסתייגותו החריפה הנזכרת של השופט לגדוי בפרשת רודניצקי³⁴ מהלכות פסולי העדות, לא היתה מבוססת מבחינה משפטית³⁵, כי שם עמדה על הפרק שאלת תוקף הגישואין. עדי הקידושין דרושים לעצם קיומם של הקידושין ופסלות העדים גוררת את בטלות הפעולה עצמה. נמצא, כי בקביעת השאלה אם הקידושין תקפים, חייב

29 ע"א 99/63 פלג, ארז, שם, עמ' 1128, אליבא דשופט ח' כהן.
30 בג"צ 51/69 רודניצקי ב' ביה"ד הגדול לטעוררים, פד"י כ"ד (1) 704, 718.
31 ר' את ביקורתנו על דברים אלה בהקשרם הענייני, להלן סמוך להערה 35. אולם, בניסוחו של השופט לגדוי גלום הרעיון של ה ח ל ה י ש י ר ה של פקודת העדות, רעיון התואם את תפיסתנו בדבר בעיות הפרוצדורה הדתית, כמוסבר בסעיף הקודם.
32 ע"א 99/63 פלג, ארז, שם, עמ' 1128, אליבא דשופט ח' כהן.
33 שם, שם. באותו ענין מצא בית המשפט כי לפי ה ח ל כ ה העדים בצוואת שכיב מרע הם עדי ברור להבדיל מעדי קיום, ולכן יש לבדוק את כשרותם על פי המשפט האזרחי.
34 ר' לעיל הערה 30 והטקסט בסמוך לה.
35 כוונתנו במיוחד לדבריו של השופט לגדוי, שם, עמ' 718: "בעיני בית-משפט זה העדים שהעידו על הקידושין אינם נחשבים איפוא לפסולים".

בית המשפט להתחשב בכללי הפסלות הדתיים המופיעים כאן כחלק של המשפט המהותי.³⁶

באשר לדרכי התוכחה של הדין הדתי יש להבדיל בין המקרה בו מכיר הדין הדתי בצורות מיוחדות נוספות על אלה המוכרות בדין האזרחי, לבין המקרה בו מצמצם הוא את הדרכים המקובלות.

במקרה הראשון יש לדעתנו לראות את אמצעי ההוכחה המוכרים בסדר הדין האזרחי כרשימה סגורה, עליהן אין להוסיף. אין איפוא לקבל סוגי שבועה וחרמות המיוחדים לדין דתי כלשהו. הנחתנו היא כי המחוקק רצה שבתי המשפט ינהגו בכל מקרה לפי יסודות הפרוצדורה המקובלים, ואין הם רשאים לחרוג ממסגרת תפקידיהם המוגדרים, גם אם דרך ההוכחה המיוחדת פתוחה עקרונית לפני בית הדין הדתי.³⁷

בית המשפט³⁸ צדק איפוא שעה ששלל את האפשרות לנהוג לגבי "מורדת" על פי הפרוצדורה המיוחדת של ההלכה: החרכה וצו התייחדות כאמצעים לבירור האמת. דרכים אלה נוגדות את השיטה האדברסרית הנהוגה בבתי המשפט האזרחיים. החרם הדתי נוגד אף את השקפת העולם החילונית ואין להניח כי המחוקק הסמיך את בית המשפט לבצע פעולה דתית זו, גם אם מזוהה היא לנישוא הסיכסוך הנידון בפניו. באותו ענין הסביר בית המשפט העליון: "היום שאין אנו עוד מחרימים ואין אנו אומרים לשני בני הווג להתתייחד בפני עדים – אנחנו מתירים לכל אחד מבני-הווג לבוא ולהעיד, אף על פי שהוא עצמו בעל דין, ועדותו עשויה לשמש ראיה – ובלבד שתהא מהימנה על השופט"³⁹.

הבעיה שונה כאשר מדובר במקרה ההפוך, בו הדין הדתי מצמצם את קבילות הראיות הרגילות, בדרשו, למשל, הוכחה בכתב על עניין מסויים או אמצעי הוכחה אחר, המוכר אמנם על ידי משפט המדינה, אך אינו האמצעי הבלעדי. כאן תתעורר השאלה: האם יש לקבל צימצום העקרון של חופש הראיות למקרה מיוחד, להבדיל מעקרון כללי נוגד? לגבי עקרון כללי נוגד, כגון הדרישה הקבועה להוכיח טענה על ידי שני עדים, אין ספק כי יש לדחותו. יד העקרון האזרחי בדבר חופש ההוכחה חייבת להיות על העליונה בהתאם לתפיסתנו הנזכרת. אולם, המסקנה אינה כה ברורה, כאשר הדין הדתי דורש, מתוך שיקולים הנוגעים עניינית לנישוא הסיכסוך בלבד, דרך הוכחה מיוחדת. במציאות התעוררה הבעיה אגב תביעות אבהות, שעה שטרם הוחלט סופית כי סוגיה זו אינה כפופה כלל לדין המהותי הדתי, משום שאינה נמנית על ענייני המעמד האישי במובן סימן 51 לדבה"מ⁴⁰. עד להתלטה הסופית בדבר הדין המהותי, יצאו בתי המשפט מן ההנחה כי הדין הדתי חל, אך הם דחו את ההגבלות הקבועות בדין זה בעניין הוכחת האבהות⁴¹. בדין היהודי מצויות הוראות מפורטות בקשר לדרכי ההוכחה של האבהות

36 ר' את דבריו של השופט קיסטר, שם, עמ' 727-728.

37 האמת היא כי גם בית הדין הרבני נתקל בקושי כיצד לבצע את הוראותיה המיוחדות של ההלכה בזמן הזה. ר' ערעור תשכ"ה/112, פד"ר ו' 33, 54.

38 ע"א 151/60 עבדאן נ' עבדאן, פד"י י"ד 1828.

39 שם, עמ' 1831.

40 ההחלטה כי אבהות אינה עניין של מעמד אישי ניתנה בבג"צ 283/72 בוארון נ' בית הדין הרבני האזרחי, ת"א יפ"ו, פד"י כ"ו (2) 727, וראה את דשימתו של פ' שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", משפטיב, כרך ד', 664.

41 ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פד"י ה' 1341; ע"א 275/61 פלוגי נ' אלמונית, פד"י ט"ו 2300.

ויש בו מעמד מיוחד להודאתו או להכחשתו של האב⁴². בתי המשפט החליטו כי אין להזקק לדיני הראיות הדתיים, וכי יש לקבל את עקרון חופש ההוכחה, כך שכל אמצעי ההוכחה המוכרים במשפט המדינה כשרים וקבילים ויעילים בסוגיה זו⁴³. דומה כי בגישתם זו הושפעו בתי המשפט מגישתם הליברלית לשאלת זכויות הילד ה"טבעי", גישה שמצאה במרוצת הזמן ביטוי מובהק בחקיקה הישראלית, לפיה יש להכיר לילד ה"טבעי" את כל הזכויות כלפי הוריו מולידיו, כלומר, לקיום זכויות אלה די ביחס הביולוגי⁴⁴. משום כך אין כל מקום להכביד על הוכחת האבהות.

התוצאה המעשית של דחיית דיני הראיות הדתיים היתה כי שאלת הדין המהותי הפכה להיות במידה רבה עיונית, משום שעיקר השאלה היא דווקא הוכחת האבהות. לדעתנו, לא היה מקום לדחות מכל וכל את דיני הראיות הדתיים, בהנחה – כמובן – שחל הדין הדתי המהותי. ההגבלות בדרך ההוכחה כאן מבטאות מדיניות ספציפית לנושא, ולפי גישתנו יש להחיל את דיני הראיות המיוחדים של הדין הדתי. גם כיום השאלה אינה נטולת חשיבות מעשית לגמרי, משום שאפשר כי שאלת האבהות תתעורר אגב סוגיה המוסדרת עדיין לפי הדין הדתי המהותי, כגון הכשרות לגישואין⁴⁵.

והנה, ביטול כל ההגבלות הדתיות בהוכחת האבהות והעמדת עקרון חופש ההוכחה תחתן, עלולים להביא לתוצאות הנוגדות את המדיניות הליברלית של בית המשפט. ניטול את המקרה בו טוען גבר לאבהותו על ילד שנולד מאשה הנשואה לאחר. כאן, ההקלה בהוכחת האבהות עלולה לפגוע במעמד ילד זה מבחינה חברתית. אין תימה איפוא כי בית המשפט⁴⁶ גזק, שעה שעמדה בפניו תביעה מעין זאת, לחוקה של הדין הדתי: "רוב בעילות אחר הבעל"⁴⁷. ההסתמכות על חוקה זו היא בניגוד להצהרה העקרונית כי לעולם אין תחולה לדיני הראיות הדתיים. אולם, כאמור, העקרון הזה נראה לנו מוטעה וכפי שניזכר בהמשך דברינו נאלצו בתי המשפט עצמם לסטות ממנו.

בסיכום הדבר נשוב ונדגיש: אין לדחות מראש הגבלות של הדין הדתי לגבי דרכי ההוכחה המיוחדות לנושא הסיכסוך. יש להפעילן בלתי אם נוגדות הן את תפיסת היסוד של שיטת המשפט הישראלית בדבר סדרי דין הוגנים ויעילים.

נמל ההוכחה, חזקות וכמות ההוכחה

לפי הגישה האנגלית המסורתית כל הנושאים האלה – הקשורים ביניהם – נמנים על המשפט הפרוצדורלי⁴⁸. על אף קירבתם לדין המהותי נתפסו נושאים אלה על ידי המיון הנוקשה המופעל בסוגיית ברירת הדינים⁴⁹. כאמור, זכתה התפיסה האנגלית העקרונית

42 שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, ירושלים תשכ"ז, עמ' 352 ואילך.

43 ר' המקורות המובאים בהערות 40 ו-41.

44 ר' שיפמן, שם, עמ' 665, וכן חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959 (ס' 1(א)); 3; חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (ס' 3(ג)), 10(2).

45 ר' שיפמן, שם, עמ' 665-666.

46 ע"א 231/61 צ"ז ב' גרשל, פד"י ט"ו 2087, 2094.

47 שרשבסקי, שם, שם; שיפמן, שם, הערה 14. השווה גם ע"א 447/58 פלוני ב' אלמוני ואלמונית, פד"י י"ג 903, בו סירב בית המשפט לתת פסק דין הצהרתי כי ילד מאשה נשואה הוא ילדו של אדם אחר.

48 הרנון, שם, 1.35.

49 Cf. Cheshire, *op. cit.*, pp. 668 et seq.

לביקורת רבה.⁵⁰ בתחום החוקות אנו מוצאים אף סטיות אחדות ממנה בזרם אחד של הפסיקה האנגלית⁵¹ שהדים לה נשמעו אף בפסיקה הישראלית.⁵² לדעת שיטות מספר בעולם הסוגיות של נטל הוכחה ושל חוקות הן חלק של המשפט המהותי, ולדעת רבים יש להחיל לגביהן את הוראות המשפט המהותי.⁵³

לפי גישתנו אין טעם ואין צורך לפתור את הבעיה באמצעות מיון שונה של הנושאים הנזכרים. לא זו בלבד שקיים קשר הדוק בין הסוגיות האלה לבין הדין המהותי, אלא הן בבחינת הוראות מיוחדות לעניין נשוא הסיכסוך. הקביעה מי נושא בנטל ההוכחה נוגעת בדרך כלל למסכת עובדות נתונה. בהבדל מסדרי הדין, במובנם הצר, אין להניח כי המחוקק רצה להחיל עליה דווקא את ההוראות האזרחיות. במסקנה זו הומכים מספר נימוקים. ראשית, בסוגיות רבות הנדונות על פי הדין הדתי, אין הוראות "מתחרות" עצמאיות של המדינה.⁵⁴ מכאן, כי אין גם הוראות ראיותיות מקבילות העשויות לבוא במקום אלה של הדין הדתי. ניטול לדוגמא את החוקות המשפטיות המיוחדות של הדין הדתי בתחום הנישואין והגירושין. דחייתן מראש בגלל אופיין הפרוצסואלי תיצור חלל ריק. חלל זה יתמלא על ידי דיני הראיות הכלליים, אשר ספק רב אם מתאימים הם למקרה הנדון.⁵⁵ אפשר כי המחוקק, לו היה נותן את דעתו על הסוגיה הספציפית, היה מאמץ אף הוא את החוקה המשפטית הקבועה בדין הדתי.

שנית, אין כל קרשי מיוחד בהחלת דינים ראיתיים דתיים כגון אלה הקובעים על מי מוטל נטל השיכנוע. מבחן היעילות אינו עומד איפוא כמכשול בדרך החלת הדין הדתי.⁵⁶ מכאן, כי כאשר אין למצוא בדין הראיתי הדתי דבר המתנגד לתפיסת בית המשפט בנוגע להגינות הדיון, עליו להיזקק לו. בהמשך דברינו נסקור את הפסיקה בה התעוררו הבעיות של נטל ההוכחה ושל כמות ההוכחה.

סוגיה ראשונה שהעסיקה את בתי המשפט נוגעת לתביעת מזונות מצד האשה שעזבה את בית בעלה.

לפי הדין היהודי האשה מפסידה את זכותה למזונות, פרט למקרה בו עזיבתה את הבית מוצדקת היא. הבעיה שהטרידה את בתי המשפט היתה: "על מי מוטל הנטל להראות כי סירובה לחיות עם בעלה היה מוצדק?" בפרשת מקיטן נ' מקיטן⁵⁷ קובע השופט ח' כהן (ללא ציון אסמכתא) כי על הבעל להוכיח בכל מקרה שעזיבתה של אשתו היתה בלתי מוצדקת—וכי כל עוד לא ירים נטל זה האשה זכאית למזונות מכוח הנישואין. עמדתו זו לא נתקבלה על דעת שופטים אחרים, אשר למדו מן הדין היהודי כי על האשה להוכיח את צדקת עזיבתה: "אשה החיה בנפרד מבעלה אינה יכולה על פי דיני ישראל

50 ר' לעיל הערה 16.

51 ר' לעיל הערה 18, וכן *Re Cohn* [1945] 1 Ch. 5, cf. Cheshire, *ibid.*; Wolff, *ibid.*

52 ע"א 179/54 פרוכלסקי נ' זילבר, פד"י י"א 626, 630-631; ע"א 70/49 בורשטיין נ' יורלביץ, פד"י ה' 858.

53 Cf. Szászy, *op. cit.*, pp. 247 et seq.; 285 et seq. ראה שאקי, שם, עמ' 43.

54 השווה לעיל, חלק ג', משפטים, כרך ד', עמ' 37.

55 האפשרות לפנות מכוח סימן 46 לדבה"מ לדיני הראיות האנגליים בסוגיות המעמד האישי אינה גראית לנו. לגבי גירושין השווה זילברג, המעמד האישי בישראל, תשי"ח, ירושלים, עמ' 260.

56 השווה שאקי, שם; לבונטין, שם.

57 ע"א 634/61 פד"י ט"ז 945, 951.

לחבוע מזונות מבעלה, אלא אם כן היא מראה או מסבירה לבית המשפט שלא היתה כל אשמה מצדה בעזיבת בית בעלה או בסירוב לחזור אליו"⁵⁸.

באשר לכמות ההוכחה באותה הסוגיה מגיע בית המשפט למסקנה, על יסוד ניתוח התלכה היהודית, כי משקל ההוכחה, שעל האשה להביא הוא קל. בדבריו של השופט קיסטר העקרון מנוסח כך: "...אם החוק המטריאלי קובע שחובת ההוכחה היא יותר קטנה מכרגיל, אין צורך לפי דיני עדויות הנותנים בבית משפט אזרחי, בעדות מסייעת לטענות האשה, אלא מספיק שיכנוע השופט על פי כל חומר הראיות שבפניו"⁵⁹.

עינינו הרואות: בית המשפט החיל במקרה הנדון את דיני הראיות הדתיים על אף הכרזותיו העקרוניות הנוגדות. לפי גישתנו נהג בית המשפט כשורה.

שאלת נטל ההוכחה התעוררה בהקשר נוסף המיוחד לדין היהודי בהלכה היהודית קיימת מחלוקת פוסקים בשאלת דין מעשה ידיה של האשה שהם בבחינת "העדפה"⁶⁰. גדר הספקות הוא אם הכנסה זו מגיעה לבעל אם לאו. ספק זה בדין לא הותר עד עצם היום הזה, ולכן חל עקרון המשנה "קיום לי"⁶¹, כלומר, כל בעל דין רשאי לטעון כי יש לפסוק על פי הדעה שהיא לטובתו. התוצאה המעשית של *non liquet* כזה היא כי הוכחה בדין הוא תמיד המחזיק בכסף, מכוס שיריבו הוא בבחינת "המוציא מחברו עליו הראיה". לפי תפיסת הדין היהודי עקרון נטל ההוכחה חל גם על שאלה משפטיות שאינה ניתנת לפתרון. נמצא כי בעל הדין הבא להוציא ממון נושא בנטל הוכחה אישר מלכתחילה אינו מסוגל להרים⁶². אולם, בכך הענין אינו מסתיים. כאשר אשה המחזיקה בהכנסות מכל מעשה ידיה באה לתבוע מזונות מבעלה, הלה רשאי לטעון כי הוא יצא ידי חובתו של תשלום מזונות בתוקף הטענה "קיום לי כאותם הפוסקים האומרים כי הכנסותיה מהעדפה הן שלו". במלים אחרות, טענתו היא כי האשה מחזיקה בכספים שלו, והוא מועידם למילוי חובת המזונות. המשמעות המעשית של מצב זה היא כי הבעל יכול לסרב לשלם מזונות כאשר בידי האשה כספים מספיקים לפרנסתה ממעשה ידיה⁶³.

העקרון "קיום לי" נמנה, כשלעצמו על דיני הראיות, כי הוא קובע את נטל ההוכחה הראשוני. כלומר, הקביעה מיהו "המוציא מחברו" במקרה הנדון היא הוראה פרוצדורלית על אף קשרה ההדוק לדין המהותי⁶⁴.

58 ע"א 256/65 מילר נ' מילר, פד"י י"ט (3) 171, 177; באותה רוח ר' ע"א 353/65 חבב נ' חבב, פד"י כ' (2) 199, 204; ת. אישות חי' 133/69 אוסטרוביץ נ' אוסטרוביץ, פ"מ ע"ב 256, 260-261; השווה גם ע"א 460/67 פלוני נ' אלמונית, פד"י כ"ב (1) 157, 160 וכן ע"א 8/66 דנה נ' דנה, פד"י כ' (3) 110.

59 ע"א 256/65, שם, עמ' 180; וכן ראה ע"א 460/67, שם.
60 עיין שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה מתוקנת ומורחבת, תשכ"ז, ירושלים, עמ' 177 ואילך.

61 שרשבסקי, שם, וראה את המקורות המובאים שם.
62 ראה באופן כללי, פ' שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תשל"ב, ירושלים, עמ' 16 ואילך, 120; וכן פ' שיפמן, "מעמדו של ספק", דעות, ל"ג, (תשכ"ז), עמ' 153 ואילך.

63 שרשבסקי, שם, עמ' 178.

64 השווה שיפמן, "מעמדו של ספק", שם, הערות 13, 15; אך ראה שיפמן, ספק קידושין, שם, בעמ' 120 הערה 72. המחבר מעורר בצדק את השאלה אם אין לראות בנטל הוכחה שמן הנמנע להרימו, הוראה מהותית אף לפי המיון האנגלי המסורתי.

בפרשת יוסף נ' יוסף⁶⁵ לא היסס בית המשפט העליון להחיל במלואו את הדין הדתי על הסוגייה ותביעת המזונות של האשה נדחתה על יסוד הנימוקים ההלכתיים הנזכרים. יצויין, כי הרעיון שספק בדין כמוהו כספק בעובדות מבחינת גטל ההוכחה הרובץ על בעלי הדין הוא מיוחד לדין היהודי. במשפט האזרחי מצב של *non liquet* אינו לגיטימי כי השופט חייב להכריע בשאלות המשפטיות⁶⁶. שאלות אלה אינן כלל אובייקט של הוכחה⁶⁷.

ישוב נעיר כי לפי גישתנו אין חשיבות מכרעת לשאלה אם יש למיין את ההוראה הדתית כמהותית או כפרוצסואלית. אם מיוחדת היא לנשוא הסיכסוך מן הראוי להחיל מתוך ההנחה כי המחוקק לא התכוון להעמיד תחתה הוראה אזרחית משלו. הלכת "קיס ליי", על אף אופיה הכללי בדין היהודי, היא מיוחדת משום שתחולתה מותנית בקיום של ספיקא דדינא.

לכאורה, כאשר הספק אינו נוגע לדין אלא לעובדות, לא צריך היה להיות הבדל בין הדין הדתי לדין האזרחי, כי הרי שניהם דוגלים עקרונית ברעיון "המוציא מחברו עליו הראיה". אך, לתוצאה שונה הגיע בית המשפט המחוזי בפרשת כפן נ' כפן⁶⁸. המדובר היה באשה שיהדותה היתה מוטלת בספק עובדתי. אשה זו תבעה מזונות מבעלה היהודי. הספק ביהדותה השפיע כמובן על מעמד נישואיה בהטילו ספק בדבר תקפותם. לפי הדין הדתי על האשה הנטל להוכיח את יהדותה, דהיינו, מבחינת התביעה למזונות, את תוקף נישואיה. כל עוד הספק לא הוסר אין לחייב את האיש במזונותיה. אולם, בית המשפט המחוזי לא קיבל מסקנה זו: "הכלל בדיני ראיות של המשפט העברי 'המוציא מחברו עליו הראיה' מביא במקרה זה לכך שהאשה הנחשבת ל'מוציאה' תיכשל בתביעת מזונות. לגבי בית משפט זה שאינו קשור בכלל זה לפי משמעותו בדין העברי, המצב שונה. אותם השיקולים שהביאו את ביה"ד הרבני הגדול לראות באשה יהודיה למטרת חיובה בקבלת גט, מספיקים בבית משפט זה בכדי לחייב את בעלה לזונה"⁶⁹. לפי מסקנת בית המשפט הנישואין קיימים כל עוד לא נקבעה בטלותם, ואחם קיימות הזכויות הממוניות הנובעות מהם.

דרך מחשבתו ומסקנתו של בית המשפט ראויות לביקורת. הטענה כי בית המשפט האזרחי אינו קשור לעקרון "המוציא מחברו עליו הראיה" אינה יכולה להיות נכונה. כאמור, עקרון זה מקובל על כל שיטות המשפט. לכן, אפילו היינו מחילים תמיד את דיני הראיות של משפט המדינה (ולפי גישתנו הדבר אינו הכרחי) — המסקנה היתה זהה: המוציא מחברו עליו הראיה!⁷⁰

תאמת היא, כמובן, שלא בדהיית דין ראיתי מדובר, אלא בדהיית הספק כולו לגבי זכות המזונות. חיוב האשה בקבלת גט (בגלל הספק) מספיק לדעת בית המשפט כדי

65 ד"נ 23/69, פד"י כ"ד (1) 792.

66 ראה באופן כללי שיפמן, ספק קידושין, שם, עמ' 20 ואילך, וכן A. M. Rabello, "Non liquet: From Modern Law to Roman Law," 9 (1974), Is. L. R. 63, וכן המקורות המובאים שם.

67 לפי ס' 33 לפקודת הפרשנות הדין הוא מן המפורסמות שאינו צריכות ראיה. השווה לעיל, חלק ב, משפטים, כרך ב, עמ' 519 ובמיוחד עמ' 524.

68 ת"מ 315/65, פ"מ נ"ו 63.

69 שם, בעמ' 68.

70 ר' גם שיפמן, ספק קידושין, שם, בעמ' 120.

לחייב את הבעל במזונות. נמצא כי לפי גירסת בית המשפט נישואי-ספק כמוהם כנישואי וודאי לגבי כל הזכויות הממוניות הנובעות מהם. במלים אחרות, במקרה של היוקקות לגט מספק עובדתי, קיימת חזקה משפטית כי הנישואין קיימים כל עוד לא הוכח ההיפך.⁷¹ חזקה משפטית מעין זו היא יציר כפיו של בית המשפט, והיא חסרה בסיס משפטי.⁷² כל עוד מוסדרת הסוגיה של מזונות האשה על פי הדין הדתי (באמצעות הפניית משפט)⁷³, האשה התובעת נושאת בנטל להוכיח כי נישואיה תקפים.⁷⁴ הספק בקיום נישואיה פועל לרעתה. העובדה, כשלעצמה, שהאשה זקוקה לגט אם רצונה להינשא לאחר, אינה יכולה להשפיע כאן על זכותה למזונות, הנקבעת כולה לפי הדין הדתי.⁷⁵

נסיים את סקירתנו זו בחזקה משפטית אמיתית של ההלכה היהודית, הלא היא החזקה הידועה "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות"⁷⁶. בתי המשפט עסקו לא פעם בחזקה

71 לפי הגיון זה כאשר הספק הוא בדין, דהיינו ספק שאינו ניתן להתרה, החזקה היא חלוטה ואינה ניתנת לסתירה.

72 ראה גם את ביקורתו של שיפמן, שם, בעמ' 120, 123-124, המצביע על חוסר העקביות של בית המשפט בשאלת סמכות השיפוט. בבג"צ 214/64 כגן נ' רייני בית הדין הרבני הגדול, פד"י י"ח (4) 309, 317, החליט בית המשפט כי "נישואי ספק יהודיה אינם בסמכותו של בית הדין הרבני, לא בנוגע לאשה ולא בנוגע לבעל, כי בעטיו של ספק זה אינך יכול לקרוא עליהם את הדיבור "נישואין של יהודים" שבו תלויה סמכות הרבנים על פי סעיף 1 של החוק". אם המבחן הוא צורך האשה בגט, הרי יש לראותה כאן קרובה יותר ליהודיה, ולהעניק סמכות לבית הדין הרבני. השווה גם בג"צ 359/66 גיתיה נ' הרבנות הראשית והמזכר הדתית ירושלים, פד"י כ"ב (1) 290, 298 וביקורתו של שיפמן, שם, בעמ' 124, הערה 90.

73 כלומר, הפנייה אל התוצאות המשפטיות של הדין הדתי; על המושג הפניית משפט ראה לעיל, חלק א, משפטים, כרך ב, עמ' 297 ואילך.

74 המצב עשוי להיות שונה כאשר המדובר בהפניית עובדה (על מושג זה ר' לעיל חלק א, שם). במקרה של הפניית עובדה תחולת הדין הדתי מצומצמת לקביעת יסוד במסכת העובדות של הנורמה המשפטית. נמצא כי בית המשפט חופשי יותר בצירוף הנפקות המשפטית האורחית. גיטול לדוגמה את פרשת פלדמן נ' פלדמן (ע"א 603/65 פד"י כ' (2) 465; ד"נ 14/66, פד"י כ' (4) 693), בה החליט בית המשפט כי אשה, שהיא ספק נשואה בהיותה בבחינת "יבמה לשוק", זכאית לרשת את בעלה. מסקנה זו אפשר לבסס על הנימוק כי בית המשפט רשאי לפרש את המונח "בן-זוגו של המוריש" המופיע בחוק הירושה כמתייחס לאדם שהוא על פי הדין הדתי ספק נשוי. כמובן שעל בית המשפט לשוות נגד עיניו את מטרת החוק, שעה שהוא בורר לו את משמעות המונחים על רקע הדין הדתי. יתכן ויש מקום להבדיל בין ספק בדין לבין ספק בעובדה בשאלה הגידונה. ר' על כך ועל הבעיה כולה גם שיפמן, "מעמדו של ספק", שם, בעמ' 156 ואילך וכן ספק קידועי, שם, בעמ' 119 ואילך.

75 הדין הדתי אינו מעניק לאשה ספק-נישואה זכות למזונות ואין נפקא מינה אם המדובר בספק בדין או בספק בעובדה. אולם, אם האיש מסרב לתת לה את הגט, שהוא גט מספק, האשה עשויה לזכות במזונות לפי הדין הדתי בגלל העיגון. (ראה שרשבסקי, שם, בעמ' 93 סמוך להערה 43 ובמיוחד בעמ' 342; המתברר מציין כי קיימת מחלוקת פוסקים בשאלה זו. גדר הספקות הוא אם דין "מעוכבת מחמתו להנשא" חל לא רק על ספק גרושה, אלא גם על ספק נשואה. ר' את המקורות המובאים שם). יצוין כי לו היה בית המשפט מחליט בכל מקרה של ספק נישואין על חיוב מזונות, הרי משמעות הדבר היא החלה "פיקטיבית" של הדין הדתי, דהיינו החלת תוצאה משפטית דתית על מסכת עובדות שאינה כלולה בנורמה הדתית. השווה על כך להלן בעמ' 24-25.

76 על מהות חזקה זו ר' שרשבסקי, שם, בעמ' 35, 85, 341; אנציקלופדיה תלמודית, כרך א (מתדורה ישנה), תקנ"ג ואילך.

זו הנוגעת לקיום כוונה לעריכת קידושין של זוג החי חיים משותפים⁷⁷. גם אם במקרים מסויימים משמעות חוקה זו תואמת חזקות המקובלות ברוב שיטות המשפט, כגון *semper praesumitur pro matrimonio*⁷⁸ הרי אופיה הדתי מטביע עליה את חותמו. גדרה ותחום תחולתה נקבעים על ידי הדין הדתי⁷⁹. לפי גישתנו יש להחיל חוקה מיוחדת זו על כל כלליה ופרטיה למרות אופיה הראיתי הפרוצסואלי⁸⁰.

שיעור המזונות

הסוגיה של שיעור מזונות האשה, להבדיל מעצם קיום הזכות, זכתה לדיון מיוחד בפסיקה. שורש הבעיה מצוי בעקרון של המשפט הבינלאומי הפרטי האנגלי כי עניין של "תרופה" כפוף תמיד למשפט המדינה בה יושב בית המשפט הדן בנושא⁸¹. על סמך הלכה אנגלית זו הסיק בית המשפט העליון בפרשת סקורניק נ' סקורניק⁸² כי שאלת שיעור המזונות יש לדונה לפי המשפט המקומי ולא על פי משפט מקום עריכתם של הנישואין. בית המשפט הגיע למסקנה זו על יסוד היקש מן העקרון האנגלי הנזכר כפי שהופעל בתביעות פיצויים, שם מקובל להבדיל בין הזכות לקבלם, לבין גובהם⁸³. לפי גירסת בית המשפט יש לדמות את שאלת גובה הפיצויים לזו של שיעור המזונות. שתיתן הן ענין של תרופה הכפוף ל-*lex fori*. אולם, בפרשת סקורניק עצמה לא קבע בית המשפט מסמרות לגבי מהות הדין המקומי, אלא הזכיר בגשימה אחת את הדין הדתי האישי ו"אותם כללים לפיהם נוהג בית המשפט האזרחי במדינתנו". אך, אם ללכת לפי הגישה הכללית של הפסיקה המאמצת את ההבחנה בין מהות ופרוצדורה, המסקנה המתחייבת היא כי יש לדחות את הדין הדתי לגבי שיעור המזונות, בהיותו ענין של תרופה, דהיינו, של פרוצדורה. במלים אחרות, אם נלך בעקבות ההשקפה המעתיקה את ההבחנה בין מהות ופרוצדורה, כמשמעותה בברירת הדינים, אל סוגית החלתו של הדין הדתי, הרי יש לקבוע את שיעור המזונות לא לפי הדין הדתי, אלא לפי "עקרונות המשפט האזרחי"⁸⁴.

בפרשת סקורניק רמו בית המשפט על עקרונות אזרחיים כאלה בהסתמכו על פסק דין לוי⁸⁵. אולם, האמת היא כי עצם ההבחנה בין קיום הזכות למזונות לבין שיעורם אינה

77 ת"א 1542/59 צרפתי נ' צרפתי, פ"מ כ"ג 240, 244; ת"א 799/49 יתום נ' יתום, פ"מ ו' 473, 476; ע"א 79/52 פורטר נ' סופריין, פד"י ח' 1430; Cf. H.C. 46/46 Pollak v. Pollak, 13 P.L.R. 390.

78 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פד"י ח' 141, 148 ואילך.

79 ע"א 79/52, שם; ע"א 238/53 כהן, בוכליק נ' היוה"מ, פד"י ח' 4, 24.

80 מעניינת העובדה כי בתי המשפט אשר שללו תחילה במפורש את ההזיקקות לדיני הראיות הדתיים הסתמכו ללא הרהור נוסף על החוקה הנוכרת; ר' לדוגמה ת"א 1542/54, שם, בעמ' 244-243.

81 Cheshire, *op. cit.*, p. 678 et seq.; Dicey & Morris, *op. cit.*, p. 1101.

82 ע"א 191/51, שם.

83 Cheshire, *op. cit.*, p. 683 et seq.; Dicey & Morris, *op. cit.*, p. 1103; cf. *Boys v. Chaplin* [1972], A.C. 356, 394.

84 ע"א 191/51, בעמ' 172, 174: "... כל הנוגע לענין של קביעת גובה דמי המזונות אינו אלא ענין הנוגע למגננון שבאמצעותו יש לממש את זכותה המהותית של האשה הנשואה לקבלן מבעלה ואת חובתו של זה לחיתן לה; הווה אומר, כי זהו ענין של תרופה ותו לא".

85 שם, בעמ' 174; ר' להלן הערה 86.

ברורה. קשה לראות כיצד אפשר לקבוע את גובה המזונות ללא הסתמכות על הוראות מהותיות⁸⁶. ועוד, מניין לו לבית המשפט לקחת את הכללים הנוגעים לגובה המזונות, אם לא מן הדין הדתי? בפרשת לויין הציע בית המשפט מבחנים אחדים לקביעת גובה המזונות⁸⁷, אך הם גורמים יצירה עצמית שלו, ויסודם המשפטי מפוקפק ביותר⁸⁸.

הוראה תמציתית בענין היקף המזונות מצויה אמנם בס' 6 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט—1959⁸⁹, אך ס' 2 לחוק זה קובע במפורש כי "אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה"⁹⁰. לפי פשוטו של סעיף אחרון זה עולה כי המחוקק אשר בס' 6 נתן את דעתו על שאלת היקף המזונות, התכוון להחיל את הדין הדתי גם על סוגיה זו, שאם לא כן, הוא היה מסייג את לשון ס' 2. נמצא כי אף מבחינה פורמלית אין עוד בסיס להבחנה בין קיום זכות המזונות לבין שיעורם. על שתי השאלות יש להחיל את הדין הדתי⁹¹. אין טעם לשוב ולפרט את נימוקי הענייניים למען תחולת הוראות מיוחדות של הדין הדתי, גם אם לפי המיון האנגלי הם נמנים על תחום הפרוצדורה במסגרת המשפט הבינלאומי הפרטי.

86 בנקל אפשר לטעון כי גובה החיוב אינו אלא היקפו, ולפי דבריו של השופט אגרנט עצמו, שם, בעמ' 172–173, שאלת היקף הזכות היא חלק מן הבעיה המהותית של קיום החיוב. נדגים את הקושי באמצעות דוגמה: אשה שיש לה הכנסה מסוימת מרכושה תובעת מזונות מבעלה. השאלה אם יש לנכות הכנסה זו משיעור המזונות, בו חייב הבעל, נוגעת ללא ספק לסוגייה של גובה המזונות, אך היא גם קשורה קשר בל יינתק לדין המהותי. ההבחנה המוצעת על ידי השופט אגרנט בין היקף הזכות לבין מימושה היא קשה.

87 ע"א 84/49 לויין נ' לויין, פד"י ה' 921, 936. השיקולים המוזכרים בפסק-דין זה לחישוב גובה המזונות בין היתר הם: (א) הבעל הפסיד את קרבת אשתו מבלי שהוא יהיה האשם היחיד; (ב) לאשה יש הכנסות מרכוש; לבעל אין הכנסות רבות; (ג) רצוי שהאשה תדע, כי עליה לחפש סידור קבוע על ידי קבלת גט פיטורין. השיקולים היו של בית המשפט שלמטה ובית המשפט העליון סומך את ידיו על שני השיקולים הראשונים, אך דוחה את השיקול האחרון. לדעתנו כל השיקולים הם בעלי אופי מהותי ולכן הם חסרים בסיס משפטי.

88 ההתחשבות בהכנסות האשה מרכושה עומד בסתירה גלויה להחלטה המאוחרת בפרשת כהן (ע"א 61/71, פד"י כ"ה (2) 372), בה שלל בית משפט, על יסוד נימוקים מהותיים המבוססים על הדין הדתי, את ניכוי ההכנסות משיעור המזונות. ר' להלן עמ' 29.

89 לשון ס' 6: "היקף המזונות, מידתם וצרכי סיפוקם ייקבעו, באין הסכם בין הצדדים, על ידי בית המשפט בשים לב לגסיבות ופרט למזונות על פי סעיף 3 — לפי מחסורו של הזכאי ויכולתו של החייב".

90 הוראה דומה מצויה בס' 3 לגבי מזונות הילדים.

91 אך ראה מ' שאוה, "מידת תחולת ההוראות של חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959, על מזונות בן-זוג וילדים קטינים", עיוני משפט, ג', (תשל"ג), עמ' 337. המחבר מציע לפרש את הסעיפים המצמצמים את התחולה (ס' 2 ו-3) כמתכוונים להוראות מהותיות בלבד. כלומר, לדעתו חלות ההוראות הפרוצדוראליות המיוחדות של החוק בכל מקרה, דהיינו גם כאשר חל על הסיכסוך הדין המהותי הדתי. פירוש זה אינו נראה לנו כלל ועיקר. קודם כל הוא נוגד את הלשון החד-משמעית של הסעיפים האלה שאינם מבחינים בין הוראה להוראה. שנית, גם לו נכון היה שענייני הפרוצדורה נחתכים תמיד לפי הדין האזרחי, הרי מלכתחילה ה"התארות" אינה בין החוק החדש לבין הדין הדתי, אלא בין דיני הפרוצדורה הכלליים של המדינה שהוחלו קודם החוק לבין דיני הפרוצדורה המיוחדים של החוק החדש. נוכח הלשון המפורשת של ס' 2 ו-3 אין בכוחו של החוק המיוחד לדחות את הדין הכללי (האזרחי) הקודם.

עובדה היא כי בכל הפסיקה לאחר פרשת פקוריניק אינו מתגלה נסיון להחיל הוראות "אזרחיות" כלשהן על סוגיית שיעור המזונות. בשורה של פסקי דין הוחלו ההוראות הדתיות כדבר מובן מאליה⁹². יתרה מזו, כאשר הועלתה הטענה כי בשאלת מעמדה של הכנסות האשה בתביעת מזונות יש להבדיל בין עצם החיוב למזונות לבין גובהם, בית המשפט דחה טענה זו והחיל את הדין הדתי במלואו⁹³.

פרק חמישי: הרכבת הדין הדתי על המשפט האזרחי והתאמת שתי המערכות

ההפעלה בצוותא של כללים ממערכות משפט שונות מביאה לעיתים לידי קשיי שילוב. משל למה הדבר דומה: למכונה המורכבת מחלקים שנוצרו בבתי מלאכה שונים. המכונה מתקשה לפעול כהלכה ללא התאמה מיוחדת של חלקיה השונים. על בעיה זו האופיינית לסוגיית ברירת דינים עמדו סופרים רבים, אשר כינוה בעיית ההתאמה (adaptation, Anpassung)⁹⁴.

ככל ששיטות המשפט המופעלות יחד שונות במהותן, כך גדול הסיכון שגלגלי המכונה יחרקו במגעם ושיווצרו קשיי הפעלה. השוני בין משפט דתי למשפט חילוני הוא כידוע רב⁹⁵ ואין תימה כי שילובם דורש לעתים התאמה⁹⁶.

הסופרים השונים של המשפט הבינלאומי הפרטי טרחו למצוא מיון ואיפיון שיטתיים של המקרים בהם מתעוררת בעיית ההתאמה⁹⁷. דומה כי משימתם זו עלתה יפה, על כל

92 ר' לדוגמה ע"א 328/72 לנגל נ' לנגל, פד"י כ"ז (2) 470; ע"א 206/60 דרהם נ' דרהם, פד"י י"ד 1726; ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פד"י כ' (2) 21; ע"א 72/62 צוקרמן נ' צוקרמן, פד"י ט"ז 1781. וכן השווה שאווה, שם, הערה 15.

93 בפרשת רינת (ע"א 426/65, שם, בעמ' 24-25). כאן נידונה שאלת ההתחשבות בהכנסות האשה. לדעת הערכאה הראשונה הכנסות האשה עשויות היו להיות רלבנטיות לגבי קביעת גובה המזונות, להבדיל מקביעת עצם החובה. על כך משיב בית המשפט העליון מפי השופט זילברג: "... מה לי עקרון חובת המזונות מה לי שיעור דמי המזונות. גם בזה וגם בזה אי אפשר להתחשב בזכות שהגיעה לבעל לפני חקיקת חוק שיווי זכויות האשה".

1 Cf. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin—Tübingen 1962, p. 250.

2 K. Lipstein, "The General Principles of Private International Law," 135 (1972) I *Recueil des Cours* 97, 207 et seq.

3 לעיל, חלק א, משפטים, כרך ב, בעמ' 270 ואילך.

4 J. Schröder, *Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen*, Berlin 1961, pp. 20, 32.

5 Lewald, "Règles générales des conflits de lois", 69 (1939) III *Recueil des Cours* 1, 126 et seq.; Cansacchi, "Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflits de lois," 83 (1953) II *Recueil des Cours*, 79, 111 et seq.; Schröder, *op. cit.*, *passim*.

פנים הרבה יותר יפה מאשר נסיונם המקביל למצוא פתרונות מוסמכים לחוסר ההתאמה עצמאית, אך מבחינה עקרונית אפשר להבדיל בין שתי דרכי פתרון במשפט הבינלאומי הפרטי⁶. האחת, שינוי בכלל של ברירת הדינים; האחרת, שינוי בתוכן הגורמה המהותית. נבאר את שתי האפשרויות באמצעות דוגמה שיש לה קשר, כפי שנראה להלן, לנושא מחקרנו.

נתאר לעצמנו זוג שנישא במדינה א' בה מוענקת לאלמנה זכות ירושה בעזבון בעלה, אך אין לה זכויות אחרות בנכסי בעלה מכוח הנישואין. זוג זה מתארח במדינה ב' בה אין לאלמנה זכות ירושה, אך יש לה זכויות בעזבון מכוח הנישואין. כעת אפשר, שלפי הכללים של ברירת הדינים של בית המשפט הנזקק למקרה, חל על הזכויות מכוח הנישואין דין מקום עריכת הנישואין (דין מדינה א') ועל זכויות הירושה דין מדינה ב'. התוצאה הבלתי מתקבלת על הדעת היא כי האלמנה לא תהנה מזכות כלשהי בעזבון. מסקנה זו מתחייבת מן הצירוף של גורמות סותרות. אך המצב המשפטי הנובע מצירוף זה הוא בניגוד לרוחן של שתי שיטות המשפט גם יחד: משפט מדינה א' שולל זכויות האלמנה מכוח הנישואין, משום שהוא מעניק לה זכות ירושה; משפט מדינה ב' שולל זכות ירושה בגלל הענקת זכויות אחרות לאלמנה בעזבון בעלה. מכאן, אבדן כל הזכויות אינו תואם את כוונתה של אף לא אחת משתי המדינות. אם נשנה את סדר המדינות בדוגמה שלנו, התוצאה שוב תהיה בלתי סבירה: האלמנה תקבל זכויות כפולות, הן הירושה והן זכויות אחרות, בעזבון⁷.

נבחן כעת את שתי האפשרויות לפתרון רצוי יותר של בעייה מפורסמת זו. לפי האחת, שינויה הכללי של ברירת הדין המפצל את הסדר הזכויות על יסוד הפנייה לשתי שיטות משפט. במקומו יבוא הכלל כי על הסוגיה כולה – דהיינו, על זכויות הנישואין והירושה – תחול שיטה אחת בלבד. כלומר, מסכת זכויותיה של האלמנה תידון כולה או על פי משפט מדינה א' או על פי משפט מדינה ב'. דרך פתרון זו מצליחה למנוע מראש את בעיית חוסר ההתאמה, כי בית המשפט ייזקק מלכתחילה לשיטת משפט אחת ויחידה. לפי הדרך האחרת ייעשה ניסיון להגיע לידי מסקנה משביעת רצון באמצעות שינוי הדין המהותי באחת משתי שיטות המשפט. במקרה בו צפויה שלילת כל זכויותיה של האלמנה, בית המשפט ישנה, למשל, את הוראות מדינה א' במגמה להעניק לה זכויות ירושה. בית המשפט יקבע כי אלמנה שאינה זכאית לזכויות אחרות בעזבון תיחשב כבעלת זכות ירושה⁸. במקרה ההפוך של צבירת זכויות, יכניס בית המשפט שינוי בדין המדינה ב', כך שמוכות הירושה המוכרת שם לאלמנה ינוכו הזכויות שבאות לה בשיטה האחרת מכוח הנישואין.

אין ספק כי בדוגמה הנזכרת הליך ההתאמה הוא ביטוי ליצירה שיפוטית משמעותית וחשובה. השופט מתערב במהות הדין הזר ובמובן זה מלאכתו היא מלאכת חקיקה גלויה ומודעת⁹. אולם, לעתים תיקוניו של השופט אינם כה מהותיים וההתאמה הדרושה אינה

6. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. 1971, München—Berlin, §8, III

7. Lipstein, *op. et loc. cit.*, p. 209; Lewald, *op. et loc. cit.*, p. 144–145

8. Cf. Lewald, *ibid.*

9. Raape, "Les rapports juridiques entre parents et enfants", 50 (1934), *Recueil des Cours* 403, 496 et seq.

יותר מאשר החלת דין "בשינויים המחוייבים"¹⁰, אם להשתמש במטבע לשון הכה אתובה על מחוקקנו בחוקיו השונים.¹¹

אם נתבונן כעת בבעיית ההתאמה בסוגייתנו, הלא היא סוגיית ההחלה של הדין הדתי בבתי המשפט האזרחיים, עלינו להדגיש מספר קווי אופי מיוחדים המכדילים אותה מתחום ברירת הדינים.

ראשית, הוראות הדין הדתי – ובמיוחד אלה של ההלכה היהודית – אינן בלתי ידועות למחוקק. קליטת הדין הדתי בענייני המעמד האישי היא הליך קבוע. נמצא כי בידי המחוקק האפשרות הסבירה להתערב ולהסדיר את חוסר ההרמוניה על ידי כללים משלו. מאידך, מציאות הדין האזרחי אף אינה בבחינת נעלם בעיני הדין הדתי. הלה עשוי ליצור כללי התאמה עצמאיים למקרים של חוסר הרמוניה עם המשפט האזרחי. הבעיה אז תהיה, כמובן, אם כללים דתיים אלה מחייבים את בית המשפט האזרחי.

שנית, מבחינת איפיון המקרים בהם נוצרת חוסר ההרמוניה אפשר לקבוע כי היא תוצאה של התחולה החלקית של הדין הדתי, כלומר של צירופו להוראות אזרחיות לגבי מסכת עובדות נתונה. צירוף זה הוא בעיקרו תולדה של הצימצום בתחולת הדין הדתי. על תגורמים המגבילים את תחולת הדין הדתי עמדנו בפרק הקודם. שלושה הם המצבים העיקריים בהם עלול להיווצר חוסר התאמה כתוצאה מהרכבת שיטה על שיטה. הראשון, דחיית חלקית של הדין הדתי על ידי משפט זר, מכוח כללים של המשפט הבינלאומי הפרטי; השני, דחיית חלקית של הדין הדתי על יסוד ההבחנה בין מהות ופרוצדורה, ואחרון, דחיית חלקית של הדין על ידי תחולה ישירה של משפט מהותי אזרחי. נדון בכל אחד משלושת המצבים האלה בנפרד.

1) האפשרות של דחיית דין דתי על ידי משפט זר הוכרה בפרשת פקורניק נ' פקורניק¹², שם נפסק כי יש להכיר במעמד הנישואין שנרכש בעבר על ידי בני-הזוג בחוץ לארץ, גם אם דינם האישי העכשווי אינו מכיר בו. ההרכבה של הדין הדתי (החל מכאן ולהבא ולא למפרע) על הדין הזר יוצרת חוסר הרמוניה חמור. בפי סופרים אחדים מכונה סיטואציה זו כמצב משפטי צולע¹³. הבעייתיות שבמצב זה נתגלתה בפרשת פקורניק עצמה: האשה תבעה מזונות מבעלה, יצעה שהדין החל על תביעת המזונות (הדין הדתי) אינו מכיר בתוקף הנישואין שנערכו כאמור לפי המשפט הזר.

בעיני בית המשפט הפתרון הוא פשוט וחלקי¹⁴: "אינני מהסס, איפוא, להפעיל את זכות המזונות העומדת לאשה הגישואה לפי המשפט העברי גם לטובת אשה שנישואיה מבוססים על חוק זר, אך מוכרים הם בעיני המשפט הישראלי"¹⁵.

לאמיתו של דבר ביצע כאן בית המשפט הליך של התאמה (adaptation). דרך הפתרון

10 Cansacchi, *op. et loc. cit.*, p. 120 et seq.

11 על כך ר' באופן כללי, ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, כרך ג, (חשל"ג), 5, 15 הערה 65.

12 ע"א 191/51, פד"י ח' 141; ביקורת מעמיקה על ההלכה שנפסקה ר' אצל לבונטין, על נישואין ונירשין הנערכים מחוץ למדינה, תשי"ז, ירושלים.

13 על פי המונח העתיק *matrimonium claudicans*; Neuhaus, *op. cit.*, p. 253.

14 שם, בעמ' 180, אליבא דשופט ויתקין.

15 הדין הדתי חל גם לפי השופט אולשן, שם, בעמ' 161. השופט אגרנט לעומת זאת מבחין בין קיום הוכחות למזונות לבין גובהם כמוסבר לעיל, בעמ' 20-21.

היא הפעלה פיקטיבית¹⁶ של הדין הדתי. בית המשפט קובע על פי הוראות הדין הדתי תוצאות למסכת עובדות שבעיני דין זה אינן קיימות כלל. במלים אחרות, בית המשפט מניח קיום של מצב משפטי במסגרת הדין הדתי ומצרף אליו את נפקויות המשפט הנובעות ממנו בדין זה. ההנחה עצמה היא פיקטיבית, ולכן לפנינו שינוי שיפוטי של מסכת העובדות ההיפותטית המהוות חלק של הנורמה הדתית. כלומר, אנו מחילים נפקות משפטית של הדין הדתי על מציאות הורה לו לחלוטין.

הן מבחינה פורמלית והן מבחינה עניינית המצב הנדון שייך לתחום ברירת הדינים. נמצא כי עקרונית קיימת אפשרות אחרת של פתרון הבעיה. במקום החלה פיקטיבית של המשפט הדתי, ניתן לשנות את גבולות התחולה של שתי מערכות הדינים על ידי שינוי הכלל של ברירת הדינים. ברוח זו אפשר לקבוע כי הדין הור יחול לא רק על עצם קביעת הסטטוס, אלא גם על כל תוצאותיו המשפטיות הנובעות מקיומו. דרך פתרון זו תמנע את חוסר ההתאמה, משום שאין צורך בהרכבת הדין הור על הדין הדתי¹⁷. אולם, ספק רב בעינינו אם אפשר לאמץ פתרון אחרון זה ללא התערבותו המפורשת של המחוקק¹⁸.

פתרון "התחלה הפיקטיבית" של הדין הדתי אינו כה פשוט כפי שהגית בית המשפט בפרשת בקורניק¹⁹. לא תמיד אפשר לצרף בקלות את תוצאות הדין הדתי אל מעמד שנרכש לפי שיטה זאת. ניטול לדוגמה את המקרה של כהן וגרושה, תושבי הארץ, הנישאים בחו"ל נישואין אזרחיים. לפי ההלכה היהודית נישואי כהן וגרושה הם אסורים אך תופסים בהיותם איסורי-לאו. נמצא, כי גם אם נכיר בקיום הנישואין מכוח הדין הור, עדיין ספק רב אם צומחת לאשה זכות מזונוות בגלל האופי האסור של הנישואין. לפי דין תורה אין לאשה הנשואה בנישואין אסורים זכות למזונוות, כי בעלה "בעמד" והוצא קאי²⁰. בהנחה שסנקציה זו מופעלת לגבי נישואי כהן וגרושה שנערכו בישראל²¹, שאלה היא אם אין להרכיבה גם על הנישואין שנערכו לפי משפט זר? מן הצד האחד, אפשר לטעון כי נוכח עריכת הטכס בחו"ל יש להתעלם לגמרי מן האופי האסור של הנישואין הקיים לפי הדין הדתי המקומי. מן הצד האחר, קשה יהיה להצדיק את השינוי בתוצאות המשפטיות לגבי נישואין כאלה שנערכו בישראל.

16 Neuhaus, *op. cit.*, p. 256

17 פתרון הפוך, אשר גם הוא ימנע את בעיית ההרכבה, הוא החלתו של הדין הדתי למפרע מעבר לגבולות המדינה. השווה לבונטין, שם, ובמיוחד שם בעמ' 33 לגבי דרך פתרון אחר של בעיית המזונוות.

18 דרך זו מעוררת בעיות חריפות בגלל סמכות השיפוט המסורה לבי"ד דתי, השווה לבונטין, שם, בעמ' 28.

19 אנו מתעלמים מן הבעיות העקרוניות האחרות עליהן עומד לבונטין בספרו הנ"ל. ראה בהקשר זה גם את דעתו השונה של טדסקי, "מעבר מסטטוס נישואין חילוני לדתי והפעלת האחרון למפרע", מחקרים במשפטנו הפרטי, תשי"ט, ירושלים, עמ' 149, 196 הערה 4.

20 שרשבסקי, ריני משפחה, מהדורה שנייה, תשכ"ז, ירושלים, בעמ' 203-204. שלילת המזונוות באה כדי ל"עודד" את בני הזוג להתגרש, לשם הפסקת המצב האסור על פי הדין הדתי.

21 יש ספק אם בתי המשפט ישללו את זכות המזונוות של האשה בנישואים אסורים כאלה, על אף ההוראה המפורשת בדין הדתי. גדר הספקות הוא האפשרות כי בתי המשפט יראו בשלילת המזונוות תוצאה המבוססת על "איסור דתי" שאינו חלק מן המשפט הישראלי. גישה זו מצאה את ביטוייה בפרשת רודניצקי (בג"צ 51/69, פד"י כ"ד (1) 704, 711-712) ועמדנו עליה, לעיל, בחלק ג, משפטים, כרך ד, בעמ' 50. אולם, נוכח העובדה כי בעינינו מזונוות האשה ההפנייה אל הדין הדתי היא בגדר "הפניית משפט", כלומר, על בית המשפט

(2) הפעלת ההבחנה בין דין מהותי לבין דין פרוצסואלי מביאה בדרך הטבע לידי חוסר הרמוניה. ההרכבה של הוראות פרוצדורה אזוריות על דין מהותי דתי מצריכה הליך של התאמה, אם כי "עומקו" של ההליך אינו קבוע. יש וההתאמה היא קלת ערך ויש והיא דורשת שינויים מהותיים. ההתאמה היא חיובית, למשל, בתחום דיני הראיות, שעה שהדינים הדתיים מוהלים על מסכת עובדות שקיומה הוכח לפי כללים אזוריים. דוגמה מובהקת לחוסר הרמוניה בתחום זה מצויה בפרשת פלדמן נ' פלדמן²², עליה הרחבנו את הדיבור בפרק הקודם. שם הביא הצירוף המכני של הדין האזורי והדין הדתי לידי מסקנה שהיתה בניגוד לרוחן של שתי השיטות. לפי גישתנו הדוגלת בריכוך ההבחנה המסורתית בין מהות ופרוצדורה אפשר למנוע, על ידי החלה של הדין הדתי, את המקרים החריפים ביותר של חוסר הרמוניה בתחום זה.

(3) המקרה החשוב ביותר בו מתעוררת בעיית ההתאמה הוא כאשר דין אזורי מ הו תי מורכב על דין דתי מהותי. חוסר ההרמוניה נוצר כאן לעיתים כתוצאה מההפרעה באיזון הפנימי של המערכת הדתית (או האזורית). הדבר מורגש במיוחד כאשר בדין האחד קיים קשר מתואם בין מוסדות משפט שונים. הסדרת אחד המוסדות על ידי דין שונה מערערת את שיווי המשקל הפנימי של המערכת כולה²³.

בהבדל מהתחום של ברירת הדינים, דומה כי דרך הפתרון היחידה מצויה בהליך ההתאמה. אין בית המשפט יכול לשינוי את תחום תחולתו של הדין הדתי. עליו לקבל את גזירת המחוקק שקבע תחומים אלה במפורש. הזוהר אבני הגבול לשני הכיוונים תהיה בבחינת הסגת גבול אסורה. נמצא כי מבחינה עקרונית אין בכוחו של בית המשפט למנוע מראש את חוסר ההרמוניה. עליו או להשלים עם התוצאה הבלתי סבירה או לנסות לתקנה באמצעות הליך ההתאמה. במציאות עורו שתי סוגיות עיקריות את בעיית ההתאמה, ומן הדין כי נדון בהן ביתר הרחבה.

הסוגיה האחת, אשר הטרידה את בתי המשפט עד להתערבותו של המחוקק, נגעה ליחס בין דיני הירושה האזוריים לבין זכויות האלמנה לפי הדין הדתי. ההלכה היהודית אינה מכירה בזכות הירושה של האשה בעובון בעלה, אך היא מעניקה במקום זה זכויות אחרות שמקורן ביחס הגישואין: כתובה ומזונות. נוכח העובדה כי ענייני גישואין כפופים לדין הדתי אך הירושה מתחלקת לפי הדין האזורי, הטאלה היתה אם זכאית האלמנה לצבור לטובתה את שתי מערכות הזכויות²⁴. כפי שראינו בראשית פרק זה עשויה להיווצר בעיה דומה במשפט הבינלאומי הפרטי²⁵.

להחיל את הנפקות המשפטית של הדין הדתי, קשה לראות כיצד יחוייב הבעל במזונות, שעה שהוא פטור במפורש על פי הדין הדתי. השווה ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פד"י כ"ד (2) 549. במקרה זה נשללה אמנם זכות האשה למזונות, אך על יסוד פסק דין רבני שחייב אותה לקבל גט. השווה שם, במיוחד את פסק דינו של השופט קיסטר (בעמ' 553) ממנו משתמע לכאורה כי לדעתו אין מזונות לאשה הנשואה בגישואין אסורים.

22 ע"א 423/64, פד"י י"ט (2) 197; לעיל עמ' 12.

23 Schröder (op. cit., §§17, 46 et seq.) מכנה מקרים אלה מצבים של "תצלות" (Ueber- kreuzung) על יסוד ניתוחו של Wengler, "Die Qualifikation der Materiellen Rechts- sätze im internationalen Privatrecht", Festschrift Wolff, 1952, Tübingen, p. 337, 368.

24 שרשבסקי, שם, בעמ' 267-270.

25 לעיל, בעמ' 23.

לגבי הכתובה הכיר בית המשפט בזכותה של האלמנה לקבלתה בנוסף על זכויותיה בירושה. שני נימוקים עיקריים ניתנו להחלטה זו בפרשת סקינדר²⁶: לא בדין האזרחי ולא בדין הדתי מצויות הוראות תיאום בין שתי הזכויות, ולכן אין בית המשפט רשאי לשנות את הדינים. אין לו ברירה אלא להכיר בקיומן של שתיהן.

לעומת זאת, בענין המזונות מן העובון הביע בית המשפט דעה שונה²⁷. הוא קבע אמנם כי זכות הירושה לפי הדין האזרחי אינה פוגעת בעצם זכות האלמנה לקבל מזונות מן העובון לפי הדין הדתי, אך בשעת קביעת השיעור של המזונות יש להתחשב בירושה²⁸.

הנימוק העיקרי שהושמע לטובת מסקנה זו היה כי כך קובע הדין הדתי עצמו²⁹ וכי כך נהוג למעשה בבתי הדין הדתיים³⁰. הנמקה זו מסתמכת איפוא על כללי תיאום של הדין הדתי³¹. נשאלת השאלה "האם רשאי היה בית המשפט להיזקק לכלל תיאום³² המצוי בדין הדתי?" מבחינה משפטית-טכנית אפשר לנסח את התאלה בצורה זו: "האם התפנייה אל הדין הדתי היא הפנייה הכוללת את הוראות ההתאמה של דין זה?" אנו נוטים לדעה כי התשובה היא חיובית; על בית המשפט להחיל את הדין הדתי על הוראות התיאום שבו, כלומר, לפסוק בסוגייה כפי שהיה פוסק בית דין הנזקק לענין³³.

26 ע"א 95/54 סקינדר נ' שוורץ, פד"י ט' 931, 935.

27 בפרשת ע"א 168/61 וכו', לויצקי נ' קובון א. לויצקי, פד"י ט"ו 2027, הדעות היו חלוקות בין השופט ח' כהן (שם, בעמ' 2033) לבין השופט זילברג (שם, בעמ' 2035). האחרון היה בדעה כי לאלמנה מגיעות שתי הזכויות. השופט ח' כהן חזר על דעתו כי יש לנכות את הירושה בחישוב שיעור המזונות בע"א 447/61 פרץ נ' מנהל מפ קובון, פד"י ט"ז 85. ר' במיוחד המ' 1181/51 קובון וזילב' נ' מנהל מחלקת רישום והפדר קרקעות, פ"מ ז' 327, 336, השופט קיסטר.

28 ר' 447/61, שם, בעמ' 88; והשווה ק"צ 67/55 בענין קובון מנחם יחיא אחמר, פ"מ כ' 302.
29 ר' שרשבסקי, שם, בעמ' 269: "לו היתה האלמנה יורשת לפי דיני ישראל, לא היתה זכאית למזונות מעובון". לדעת המחבר הוא הדין לגבי זכות הכתובה, בניגוד להבחנה העולה מפרשת סקינדר הנ"ל. ר' עוד שרשבסקי, "פרק בדיני אישות בהתנגשותם עם חוקי מדינת ישראל", דעות, גליון י"א, (תש"ד), בעמ' 49.

30 המ' 1181/51, שם, בעמ' 336.

31 בפסקי הדין הנזכרים של בית המשפט העליון (לעיל, הערה 27) אין הנמקה מפורשת ואחידה. השופט ח' כהן הדגל בניכוי הירושה בחישוב שיעור המזונות אינו מסתמך על הדין הדתי (בהבדל מן השופט קיסטר בהמ' 1181/51 הנ"ל). לעומת זאת, השופט זילברג המביע את הדעה כי לאלמנה שתי הזכויות, מסתמך על הרעיון כי יש בכך משום "מתנה" לפי הדין הדתי; ע"א 186/60, שם, בעמ' 2035.

32 כוונתנו לכלל דתי הקובע כיצד לנהוג נוכח קיום ההוראה האזרחית.

33 שאלה דומה – אם כי לא זהה – עשויה להתעורר במסגרת המשפט הבינלאומי הפרטי והבינודתי. נביח כי לפי כללי ברירת הדין (או לפי כללים אחרים) בית המשפט מופנה אל הדין הדתי. והנה בדיקת הדין הדתי מגלה כי אין בו הוראה מהותית, אלא הפנייה חזרה אל הדין האזרחי. האם עלינו לקבל את ה-*renvoi* או לא? שאלה זו התעוררה בבית משפט גרמני לגבי תחולת הדין הקנוני בישראל (בענין מזונות) והיא קבלה תשובה חיובית בחוות הדעת של מכון מכס פלנק בהמבורג, אליו פנה בית המשפט הגרמני. לפי חוות הדעת התפנייה חזרה אף היא בעלת אופי כולל ויש להפעיל את כללי ברירת הדין של המשפט הישראלי (במקרה הנדון ס' 17 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959); *Guachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 1970, Tübingen*. 1971, p. 125.

בהעדר כלל תיאום דתי, רשאי לדעתנו בית המשפט לבצע את הליך ההתאמה ביזמתו. אולם, פטורים אלו מלקבוע מסמרות בסוגייה זו, משום שהבעיה באה על פתרונה הכולל באמצעות הוראה מפורשת בחוק הירושה, תשכ"ה—1965. ס' 11(ג) לחוק מורה: "לגבי זכות הכתובה המגיעה לבן-זוגה על פי עילה הנובעת מקשר האישות, ובכלל זה מה שאשה מקבלת על פי כתובה, ינוכה מחלקו בעזבונו...". המחוקק בחר בדרך של התאמה סטטוטורית בין שתי מערכות הזכויות. באשר לזכות המזונות של האלמנה בעזבונו בעלה, נקבע בחוק הירושה הסדר עצמאי³⁴ הכולל הוראת תיאום³⁵. בית המשפט האזרחי אינו נזקק עוד בסוגייה זו לדין הדתי³⁶, ובכך נמנעת כל אפשרות של חוסר התאמה.

אולם, הסוגייה האחרת בה קיים חוסר הרמוניה מוסיפה לעורר קשיים עד עצם היום הזה. חוסר ההתאמה נוצר כתוצאה מהתערבות המחוקק, אשר ביטל את תחולתו של חלק מן הדין הדתי בנושא יחסי הממון בין בני הזוג. נפרט את העניין: משפט המדינה ביטל את זכותו של הבעל לאכילת פירות בנכסי המלוג של אשתו, זכות המוענקת לו לפי ההלכה היהודית³⁷. והנה, כאשר הגישה אשה, בעלת נכסים, תביעת מזונות נגד בעלה, העלה האחרון את הטענה כי מנעת זכותו לאכילת פירות בנכסי אשתו גוררת אחריה שלילת זכותה של האשה לקבל ממנו דמי מזונות.

לשם הבנת הבעיה כולה עלינו להתבונן תחילה בהסדר הפנימי של הדין הדתי. לפי ההלכה קיים קשר בין זכויות הבעל בנכסי אשתו לבין חובותיו כלפיה. לעומת חובותו של הבעל לזון את אשתו עומדת לו הזכות למעשי ידיה; לעומת זכותו לאכילת פירות עומדת חובתו לפדותה³⁸. אולם, לפי הדין היהודי העובדה כי האשה היא בעלת נכסים אינה פוטרת את בעלה מחובת המזונות. אך, כאשר האשה כובשת תחת ידיה כספים המגיעים לבעלה, הוא רשאי לזקפם על חשבון דמי המזונות המגיעים ממנו.

בעקבות זה פסקו בתי המשפט האזרחיים כי הבעל רשאי לזקוף את הכנסות האשה מיגיעת כפיה על דמי המזונות המגיעים ממנו³⁹. פתרון זה תואם באופן עקרוני את הרעיון המודרני של שוויון בני הזוג, רעיון אשר עמד ביסוד ביטולה של זכות הבעל לאכילת פירות בנכסי אשתו. כעת, לפי ההשקפה הדוגלת בשוויון זכויות המינים, אין זה מן הראוי כי אשה עתירת נכסים תחזיק בהכנסות מרכושה ועם זאת תדרוש את מלוא מזונות הבית מבעלה.

אולם, מבחינה משפטית לא ראו בתי המשפט אפשרות להגיע לידי התוצאה הרצויה של התחשבות ברכוש האשה בשעת קביעת שיעור המזונות שעל הבעל לשלם

34 פרק רביעי לחוק, ס' 56–65.

35 ס' 59 לחוק.

36 ס' 148 לחוק. קשר מסוים עם הדין הדתי קיים מכוח ס' 57(ב) לחוק, המתנה את זכות האלמנה למזונות מן העזבונו באי-שלילת זכותה לקבלת מזונות בחיי בעלה.

37 על ביטול זכות הבעל החליט בית המשפט העליון בפרשת סידים (בג"צ 202/57, פד"י י"ב (1528) על יסוד פירוש ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. פירוש זה זכה לביקורת על ידי שרשבסקי, שם, עמ' 216 ואילך, אך בתי המשפט הוסיפו להתחזק בהלכה שנפסקה בפרשת סידים. כעת ראה את הוראת ס' 4 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, הקובע במפורש כי אין בכריתת הגישואין כשלעצמה כדי להקנות לאחד מבני הזוג זכויות בנכסי השני.

38 שרשבסקי, שם, בעמ' 162, 171 ואילך.

39 ד"נ 23/69 יוסף נ' יוסף, פד"י כ"ד (1) 792, וראה את המקורות המובאים, שם.

לה⁴⁰. השילוב "המכני" של דין אזרחי ודין דתי מנעו אפשרות זו מן הטעם הבא: הדין האזרחי ביטל את זכות הבעל לאכילת פירות; מאידך, הדין הדתי מחייב באופן עקרוני את הבעל בתשלום מזונות גם אם יש לאשה רכוש משלה. אם נשלב כעת את שתי המערכות, הרי יש לראות את רכוש האשה כמשוחרר מאכילת פירות מצד הבעל, מצב האפשרי גם לפי הדין הדתי⁴¹. ומאידך, כאמור, קיום רכוש בידי האשה אינו פוטר את הבעל מחובת מזונות⁴².

התוצאה היא בלתי סבירה והיא נוגדת את רוח שתי השיטות. היא בלתי סבירה משום שהיא יוצרת הבחנה בין אשה שיש לה הכנסה מעבודה (אותה מנכים משיעור המזונות) לבין אשה שיש לה הכנסה מרכוש (אותה אין מנכים)⁴³. היא נוגדת את רוח המשפט האזרחי משום שיש בה פגיעה בעקרון של שוויון בני-הזוג⁴⁴. היא נוגדת את רוח הדין הדתי משום שלפי מכלול ההוראות בדין זה יש איזון פנימי בין חובות הבעל לזכויותיו, איזון שהופרע על ידי הביטול החד-צדדי של הזכות לאכילת פירות בנכסי המלוג.

לפנינו מקרה אופייני של חוסר הרמוניה הבא כתוצאה מהרכבת שיטה על שיטה. נשאלת השאלה: האם התערבות המחוקק היא האפשרות היחידה לתיקון המצב, כפי שגרס בית המשפט העליון בפרשת כהן?⁴⁵

לדעתנו לפני בית המשפט פתוחה הדרך של תאמת שיפוטית. נוכח העובדה כי שילוב מכני של שתי המערכות מביא לידי תוצאה הנוגדת את רוח שתיהן, ראוי בית המשפט לשנות את הדין המהותי, כך שבקביעת שיעור המזונות יתחשבו בהכנסות האשה מרכושה⁴⁶.

הליך ההתאמה מבוצע תכופות במציאות, אם כי לא באופן מדעי. הכרתו של ההליך עשויה לאפשר את תחימת גבולותיו ואת קביעת תנאיו. יש לקוות כי בתי המשפט ישתמשו בטכניקה זו, על אף שהתיאשו עד הלום ממציאת פתרון עצמי בסוגיה הגידונה הטילו את יתבם עה המחוקק⁴⁷.

40 ע"א 61/71 כהן נ' כהן, פד"י כ"ה (2) 327, במיוחד בעמ' 335.
41 למשל נכסים שניתנו לאשה במתנה בתנאי שהבעל לא יאכל מהם פירות. ר' שרשבסקי, שם, בעמ' 156. אפשר אפוא לראות, במצוות המחוקק, את כל נכסי האשה כנכסים שאינם לא נכסי צאן ברזל ולא נכסי מלוג, דהיינו, נכסים שהם אך ורק ברשותה של האשה.
42 ע"א 426/65 רינת נ' רינת, פד"י כ' (2) 21, 25, 27; ע"א 61/71, שם. לדעתנו דחה בית המשפט בפרשת כהן בצדק את הטענה שהסתמכה על האפשרות הקיימת בדין הדתי לזקוף את פירות נכסי המלוג כנגד שיעור המזונות בו חייב הבעל. זקיפה זו אפשרית רק משום שלפי הדין היהודי הפירות מגיעות לבעל. בהנחה שאינן מגיעות לו (כפי שהמצב לפי גזירת המחוקק), הרי חובתו של הבעל היא לשלם את מלוא שיעור המזונות. בהבדל מדיו מעשה ידיה, אין יחס הדדי ישיר בין חובת המזונות לבין הזכות לאכילת פירות. ר' ע"א 61/71, שם, בעמ' 334 המביא שרשבסקי, שם, בעמ' 124 הערה 30: "אם אין לבעל זכות לפירות נכסיה, אין הוא זכאי לאמר צאי פירות נכסיד במזונותיד".
43 כטענת ב"כ האשה בפרשת כהן, שם, בעמ' 331: "נמצא שחוק שיווי זכויות האשה מעניק 'שוויון' לנשים עשירות בלבד, ואילו את הנשים העמלות והמתייגעות מפקיר הוא, כמקדם, לחסדי בעליהן".

44 ע"א 61/71, שם, בעמ' 332, 335.
45 שם, בעמ' 33 (השופט עציוני); בעמ' 335 (הנשיא אגרנס).
46 דומה כי למעשה נהג כך בית המשפט העליון בעבר בענין הצירוף של זכות הירושה אל זכות האלמנה למזונות מן העזבון. השווה לעיל עמ' 27.
47 ראה היום: הצעת חוק לתקון דיני המשפחה (מזונות) (תסז), תשל"ה 1975, ה"ח תשל"ה, 1168.