

שיפוט ומשפט בעניני אבהות

(בג"צ 283/72 בוארון נ. בית הדין הרבני האזורי ת"א יפ"ו ואח/ כ"ו פד"י (2), 727)

א. מבוא

השאלה האם אבהות היא אחד מ"עניני המעמד האישי"¹ במובן הגדרת סימן 51 לדבר המלך במועצה היתה עד היום בחוקת שאלה תיאורטית גרידא² ורק לאחרונה ראה בית המשפט העליון צורך להזקק לה לגופה ולענות עליה בשלילה.³ אקדים ואומר שאין בדעתי להלוק על הפרשנות שניתנה על-ידי בית המשפט לסימן 51 לדבר המלך, פרשנות הנראית בעיני כמשכנעת מבחינה פורמלית. ענין האבהות הושמט מרשימת "עניני המעמד האישי" בסימן 51 הנ"ל, רשימה הנראית כ"נומרוס קלאוזוס"⁴ ורק בדוחק רב ניתן לדחוס את ענין האבהות לתוך המושג "לגיטימציה" (legitimation) הכלול באותה רשימה. מטרתה של הלגיטימציה היא לשנות את מעמדו של ילד הנחשב כבלתי חוקי, כיון שנולד מהורים שלא היו נשואים זה לזה, למעמד של ילד חוקי. בלגיטימציה נוצר איפוא יחס של אבהות חוקית על-ידי אקט משפטי קונסטיטוטיבי,⁵ מה שאין כן בתביעת אבהות בה מתבקש בית המשפט להצהיר על קיומו של יחס האבהות כעובדה טבעית.⁶ עם זאת נראה לי שיש מקום להסתייג מן המסקנה לפיה, השמטת ענין האבהות מסימן 51 יש בה כדי להפקיע את שיפוטו המקביל של בית דין רבני בתביעת אבהות, כיון שלפחות לענין שיפוט זה הרשימה בסימן 51 אינה ממצת. לשם בירור שאלה זו מוטב לבחון את מכלול ההשלכות הצפויות מהוצאת ענין האבהות מגדר עניני המעמד האישי המפורטים בסימן 51 לדבר המלך במועצה.

- 1 על משמעות הביטוי עניני המעמד האישי, ראה: טרסקי, "מעמד אישי", הפרקליט, כרך כ"ב, 164.
- 2 השאלה הועלתה לראשונה בפסק הדין בע"א 26/51 קוטיק נ. וולפסון, ה' פד"י, 1341, 1343 והושארה שם בצריך עיון, מבלי שהוכרעה בפסיקה המאוחרת יותר: ע"א 421/54 עמיה נ. ברדה, י"א פד"י, 1205, 1209; ע"א 620/61 יהוקאל נ. יהוקאל, ט"ו פד"י, 1177; ע"א 275/61 פלוני נ. אלמונית, ט"ו פד"י, 2300; בד"מ 1/62 אבו-אנג'ילה נ. פקיד הרישום, י"ו פד"י, 2751.
- 3 בג"צ 283/72 בוארון נ. בית הדין הרבני האזורי ת"א יפ"ו ואח/ כ"ו פד"י (2), 727.
- 4 ע"א 26/51 הנ"ל שם; ביד"מ 1/50 סידם נ. יריר ההוצאה לפועל, ח' פד"י, 1020, 1024; זילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 3.
- 5 כגון, נישואין של ההורים לאחר לידת הילד או הכרה מפורשת בו מצד האב. ראה בענין זה: Bromley, *Family Law*, 3rd ed., 289 et seq. לגבי הבעיה כבחירת הדין הקנוני ראה: McDevitt, *Legitimacy and Legitimation*, Washington, 1941.
- 6 שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, עמ' 395; זילברג, שם, עמ' 30. עניני אימוץ ילדים הוצאו בינתיים מסימן 51 על-ידי חוק אימוץ ילדים, תשי"ך-1960.

ב. הדין החל בענייני אבהות

במבט ראשון נראה כי הוצאת ענין האבהות ממסגרת ההגדרה הנ"ל של עניני המעמד האישי, פירושה העקרוני הוא דחיית תחולתו של הדין האישי על קביעת אבהות, שהרי חובתו של בית המשפט האזרחי להשתמש בדין האישי מוגבלת על-פי סימן 47 של דבר המלך לאותם עניני המעמד האישי כפי שהוגדרו בסימן 51. אך לאמיתו של דבר, שאלת שיוכו של ענין האבהות לא עוררה עד כה קושי מיוחד לצורך ברירת הדין החל לגופו של ענין. לכאורה, אפילו ניתן היה לראות ענין זה כענין המעמד האישי, הרי השאלה המעשית העיקרית בתביעת אבהות היא הוכחת זהותו של האב, ובשאלה זו, כבכל שאלה פרוצסואלית אחרת, בלאו הכי לא חל בבית המשפט המחוזי הדין האישי אלא דיני הראיות האזרחיים.⁷ אמנם הדין האישי עשוי לשלול מאדם את אבהותו על ילד מטעמים משפטיים, כגון הדין היהודי לפיו בנו של יהודי מאשה נכריה אינו מתייחס כלל אחר האב ואינו נחשב כבנו.⁸ מבחינת קביעת דתו של הילד, תחול, ללא ספק, ההלכה השוללת את השתייכותו של הילד לדת היהודית מחמת נכריותה של אמו.⁹ אולם לענין קביעת האבהות, דומה של צורכי החוק החילוני זו היא קביעה עובדתית-ביולוגית גרידא, "אבהות טבעית" להבדיל מ"אבהות חוקית"¹⁰, ואין אב יכול, למשל, להפטר מתשלום מזונות לבנו בטענה שאינו אביו החוקי,¹¹ כשם שאין לשלול ממנו את זכות האפוטרופסות בטענה זו, אם הוא אביו-מולידו של הילד.¹² הוא הדין לגבי זכותו של הילד לירושה לפי חוק הירושה, תשכ"ה-1965.¹³

אולם, אף לצורכי השאלה העובדתית ניתן לטעון, שיש להבחין בין ילד שנולד מפגיו שבא על הפגיוה לבין ילד שנולד מאשה נשואה. כשהאשה היתה נשואה דומה כי פרוצדורות מסוימות של הדין האישי בנושא זה, כגון "רוב בעילות אחר הבעל"¹⁴,

7 ע"א 26/51 הנ"ל; ע"א 275/61 הנ"ל; ע"א 164/60 פלונים נ. אלמוני, ט"ו פד"י, 347; ע"א 213/63 צנעני נ. ישראל, י"ז פד"י, 1961. כן ראה: ע"א 99/63 פלג וארו נ. הייעץ המשפטי, י"ז פד"י, 1122; ע"א 423/64 פלדמן נ. פלדמן, י"ט פד"י (2), 197.

8 "בנד הבא מישראלית קרוי בנד ואין בנד מן העובדת כוכבים קרוי בנד אלא בנה": קידושין, ס"ח ע"ב; רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פט"ו, ג', ד'; שו"ע אה"ע, סי' ד', סעי' ה', ראה זילברג, שם, עמ' 352.

10 ראה לבונטין, על נישואין ונירשיון הנקרים מחוץ למדינה, עמ' 20-22 והערה 29 שם.

11 בהעדר חובה לפי הדין האישי, ניתן לבטל את חובת המזונות על-פי החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959.

12 וראה במיוחד ע"א 86/63 אל-צפדי נ. בנימין, י"ז פד"י, 1419, בעמ' 1425: "אין החוק הישראלי, להבדילו מן החוק האנגלי, מכיר במעמד של אב חוקי להבדילו מן האב הטבעי, ואין לפרש את המונחים שבחוק של הכנסת כמשמעותם האפשרית בדיניה של עדה דתית זו או אחרת". נראה, כי מסקנה זו תלה לא רק לגבי סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, אלא גם לגבי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שלשון "הורים" בהם פירושו "מי שנטל חלק בהורותו של הילד" (ע"א 86/63 הנ"ל, שם).

13 חוק הירושה, תשכ"ה-1965, נותן זכות בירושה ל"ילדי המוריש וצאצאיהם" (סעיף 10(2) של החוק) ונראה, כי הכוונה בחוק חילוני-טריטוריאלי זה לצאצאיו מן הבחינה הביולוגית עובדתית גרידא. וראה גם סעיף 3(ג) של החוק הקובע, כי: "לענין זכויות הירושה של ילד אין נפקא מינה אם בשעת לידתו היו הוריו נשואים זה לזה, ואם לא".

14 פוסק, כ"ז ע"א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, ט"ו, כ'; שו"ע אה"ע, סי' ד', סעי' ט"ו. כן ראה: שרשבסקי, דיני משפחה, מהדורה שניה, עמ' 352 ואילך.

מבטאות, לאמיתו של דבר, מדיניות משפטית מהותית ולפיכך, לצורכי השימוש בהן על-ידי בית המשפט האזרחי, אין לשבצן בתחום הדיוני¹⁵. לכאורה גראה שבית המשפט האזרחי יהיה רשאי לדחות פרוזומפציות מעין אלו בדונו בהוכחת אבהות, רק מתוך כך שענין האבהות לא נכלל על-ידי המחוקק בגדר עניני המעמד האישי¹⁶. תוצאה זו, העולה לחייב פניה למשפט המקובל האנגלי בעניני אבהות, אינה גראית רצויה, נוכח הזיקה ההדוקה מבחינה ענינית בין דיני האבהות לבין דיני הממורות כלולים, כפי הנראה, במיוחד בין שאלת האבהות לבין שאלת הממורות. דיני הממורות כלולים, כפי הנראה, בגדר המושג "עניני נישואין" בהיותם קובעים את כשירותו של האיש להינשא¹⁷. אך הכלל, לפיו "רוב בעילות אחר הבעל", קובע הן את כשירותו של הילד לנישואין והן את אבהותו של הבעל עליו. הוא הדין לגבי ההלכה של "כיר", לפיה נאמן האב, בתנאים מסויימים, לפסול את בנו כממזר על-ידי שישלול את אבהותו על הילד¹⁸. נראה לי כי לגבי ילד שנולד מהורים נשואים – להבדיל, אולי, מבן שנולד מן הפנויה – צריך עיון, אם ניתן לפצל בין תחולת הדין האישי בשאלת הממורות לבין תחולתו בשאלת האבהות. אם פיצול זה ייעשה, תחול אצלנו, למשל, הלכת המשפט המקובל שבוטלה באנגליה גופה על-ידי החוק החרות לפיה אין לקבל ראיה של אחד מבני הווג על העדר קיום יחסי-מין ביניהם, אם יש בכך כדי לפסול את הילד כמי שנולד מחוץ לנישואין¹⁹. בזכות פניה כוללת לדין האישי בעניני אבהות ניתן לטעון, כי – כפי שנראה להלן – לצורכי זכותו של הילד ליטול חלק בירושה, ראה המחוקק המנדטורי שאלה זו כנתונה לדין האישי ואין מקום להניח שהתכוון להחיל דין שונה כששאלת מעמדו של הילד מתעוררת לצרכים אחרים²⁰.

15 בע"א 231/61 ציוס נ. נרשל ואח', ט"ו פד"י, 2087, 2094, מניח בית המשפט כדבר המובן מאליו, שהכלל של "רוב בעילות אחר הבעל" חל על בני-יוג שהדין האישי שלהם הוא הדין היהודי. לא הועלתה כאן הטענה האפשרית שאבהות איננה ענין המעמד האישי או שוו היא הלכה פרוצסואלית שמכל מקום אין להתחשב בה בבית המשפט האזרחי. לגבי הבעיה הכללית של תחולת הדין הדתי בעניני פרוצדורה וראיות, ראה לבונטין, על נישואין ונירשיון הנערכים מחוץ למדינה, עמ' 67 ואילך. כן ראה פסק דינו של השופט קיסטר בת"א 3136/61 א.א. נ. ע.ל., ל"ג פס"מ, 169.

16 דעתו של ד"ר שרשבסקי (שם, עמ' 343, הערה 1), כי הכללת עניני מזונות ילדים והחזקתם בגדר סימן 51 לדבר המלך כוללת בקרבה מכללא את קביעת האבהות עליהם, אינה גראית לי. הדין החל על השאלה העיקרית אינו חייב להיות בהכרח הדין החל על השאלה האיג-צידנטלית ומה גם ששאלת האבהות עשויה להתעורר בעניינים שאינם כלל מעניני המעמד האישי (כגון, תביעות נזיקין, ראה, למשל, המ' 1507/66 איזוביצקי נ. גרינברג, נ"ה פס"מ, 123).

17 ראה דברי השופט לגדי בבג"צ 359/56 גיתיה נ. הרבנות הראשית המועצה הדתית, כ"ב פד"י (1), 290, 294: "הסמכות לשפוט בעניני נישואין כוללת ממילא את הסמכות לקבוע מראש, בדרך פסק הצהרה, אם המועמד כשיר לנישואין". בהתאם לכך הוא קובע על-פי סעיף 1 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, כי "הרשות המוסמכת לפסוק בענין כשירות להנשא, של מי שמבקש להנשא על-פי דין תורה, הוא בית הדין הדתי".

18 שרשבסקי, שם, עמ' 353-358.

19 *Bromley, op. cit., ibid.* וראה ע"א 128+206/46, אל"ר, 1946, 596, בו נפסק, שיש להיזקק לכלל האמור של המשפט האנגלי, כתוצאה מקיום לקונה במשפט המקומי, אך ראה, לעומת זאת, ע"א 40/67 פלוני נ. מדינת ישראל, ס"ב פס"מ, 276.

20 אף בפסקי דין מנדטוריים אחדים יוצאים מתוך ההנחה שבשאלת אבהות חל הדין היהודי

ג. סמכות השיפוט של בית הדין הדתי

אך לשאלת שיוכו של ענין האבהות יש להדירש בעיקר לצורך קביעת סמכות השיפוט של בית הדין הדתי. מכלל זה יש להוציא, כנראה, את בית הדין המוסלמי הפועל על-פי הגדרה מיוחדת של עניני המעמד האישי הכוללת בקרבה בפירוש את עניני היוחסין²¹. לגבי בתי דין דתיים אחרים, כבר נפסק אמנם שבית הדין רשאי לדון בשאלת אבהות כשאלה אינן ציודניות למית המתעוררת לצורך ענין אחר שהוא בגדר סמכותו. סמכותו של בית הדין לדון במקרה זה בענין האבהות יונקת את כוחה מסמכותו לגבי הענין העיקרי²². כמו כן אין זה מן הנמנע שבית דין רבני יקנה לעצמו שיפוט בתביעת אבהות כענין הכרוך בתביעת גירושין, על-פי סעיף 3 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג-1953, אפילו אם גניח שאבהות איננה מעניני המעמד האישי²³. אך השאלה האם תביעת אבהות יכולה להיות מובאת לפני בית הדין הרבני כתביעה עצמאית ועיקרית תלויה בשאלה המוקדמת והיא, אם אמנם תביעה זו כלולה בהגדרה הפורמלית של עניני המעמד האישי. כאמור, השיב בית המשפט העליון על שאלה זו בשלילה ומכאן מסקנתו שאפילו הסכמת הצדדים אינה מקנה לבית הדין הדתי סמכות שיפוט בתביעה זו.

לפני שנבדוק מסקנה זו לגופה, כדאי להעיר כי מתחייבת ממנה תוצאה נוספת והיא, שאם אמנם אין לבית דין רבני שיפוט בתביעת אבהות, הרי אף החלטתו האינצידנטלית של בית הדין הדתי בשאלת אבהות הניתנת, למשל, בתביעת מזונות שהוגשה על-ידי האם להתזרזר הוצאותיה עבור הילד, לא תשמש כ"מעשה בית דין" המחייב את בית המשפט המחוזי בהליכים אחרים, למשל, בתביעה חדשה למזונות שתוגש אליו על-ידי האשה²⁴, אפילו לא טרחה האשה לציין בכתב התביעה את שמו המפורש של הילד

(ע"א 65/34, 2 פל"ר, 581; המ' 130/46, פמ"ן, 1946, 804). יצוין כי בתקופה העותומנית ראו, כנראה, את עניני היוחסין כנתון לדין הדתי (ראה: *Goaddy, International and Inter-Religious Private Law in Palestine*, 106, 108). שמא ניתן להיוקק לדין הדתי מכוח סימן 46 לדבר המלך, בהיותו חלק מן המשפט שנהג בא"י ביום 1.11.1914?

21 לפי תרגומו של ד"ר יעקב מירון מן המקור התורכי (ראה: מירון, "גדרי הדין והשיפוט המוסלמים בחוקי הירושה בישראל", הפרקליט, כרך כ"ו, 12), וראה בד"מ 1/62 הנ"ל. מושג זה כלול בחוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמיים אליו הפנה המחוקק בסימן 52 לדבר המלך ומכאן מצא בית המשפט, במקרה שלפנינו, חיוק למסקנתו שבסימן 51 השמטת עניני האבהות היתה השמטה מכוונת.

22 ע"א 421/54 הנ"ל.

23 ע"א 620/61 הנ"ל, שם, בעמ' 1182. בבדיעה זו נחזור ונדון להלן.

24 מבחינת הסמכות אין, כנראה, מניעה שהאשה תחזור ותתבע את מזונותיה בבית המשפט המחוזי, לאחר שלא זכתה במזונות בבית הדין הרבני, כי לפי ההלכה הפסוקה הסמכות לשנות פסק דין הודחה תביעה למזונות, להבדיל מפסק דין פוסק מזונות, אינה נתונה דוקא לערכאה שנתנה את הפסק המקורי: ע"א 167/63 נ'ראח נ. ב'ראח, י"ז פד"י, 2617; ע"א 15/65 מזוס נ. מחס, י"ח פד"י (3), 141. אין במקרה זה אף "השתק עילה", כיון שהמזונות נתבעים לתקופות שונות (ראה ע"א 173/69 בכר נ. בכר, כ"ג פד"י (1), 665) והאפשרות היחידה היא ל"השתק פלוגתא" (או "פלוגתא פסוקה" בלשוננו של פרופ' הרבון), אפשרות הנשללת במקרה שלפנינו, אם האבהות אמנם נתונה לסמכותו היחודית של בית המשפט המחוזי.

בתור תובע²⁵. הוא הדין בתביעה להחזקת הילד או בתביעה לקביעת אבהות המוגשת בשם האם²⁶ לבית המשפט המחוזי. פסיקתו האינצידנטלית של בית הדין הדתי לא תכבול את בית המשפט המחוזי בדונו באותה שאלה מחדש לצורך תביעות מעין אלו, אפילו אם זהותם של בעלי הדין לא נשתנתה, כיון שלדעת בית המשפט העליון הדיון בענין האבהות הוא מחוץ לסמכותו של בית הדין הדתי כענין עיקרי. מסקנה זו ניתנה להסיק, אמנם לא במישורין אבל בדרך ההיקש²⁷, מהוראת סעיף 35 של חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, לפיה הכרעתו של בית משפט בענין הגתון לסמכותו הייחודית של בית משפט או בית דין אחר אינה מחייבת אלא "לצורך אותו ענין"²⁸. הכרעת בית דין רבני בענין אבהות עשויה ליצור "מעשה בית דין" רק אם פסיקתו בענין האבהות עצמו היא בגדר סמכותו ולכאורה האפשרות היחידה לכך היא כאשר ענין זה יהיה כרוך בתביעת גירושין על-פי סעיף 3 הנ"ל.

אך לאמיתו של דבר נראה כי ההגדרה בסימן 51 לדבר המלך אינה ממצה את עניני המעמד האישי אשר בהם עשוי להיות לבית דין רבני²⁹ שיפוט על-פי הסכמת הצדדים. סעיף 9 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, קובע:

"בעניני המעמד האישי של יהודים כמפורט ב'סעיף 51 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1922-1947, או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט ייחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך".

מניסוחו של סעיף 9 ניתן ללמוד בבירור, כי פקודת הירושה מכילה ענין או ענינים נוספים של המעמד האישי אשר בהם יש להתחשב לצורך קביעת שיפוטו המקביל של בית הדין הרבני, וזאת מלבד פירוט הענינים בסימן 51 לדבר המלך במועצה. הכוונה, כמובן, איננה ל"ירושות צוואות ועזבונו" שנוכללו במפורש בסימן 51. נראה, כי הכוונה האפשרית היחידה היתה לענין הנוכח בסעיף 23 של פקודת הירושה. וזה לשון הסעיף:

"כדי לפסוק הלכה בכל שאלה, אם נמנה אדם על סוג של אנשים, או אם הוא בעל אופי או תכונה המזכים אותו ליטול חלק בירושה, ינהגו בתי המשפט האזרחיים על-פי הכללים הבאים:

(א) היה התובע מושלימי או בן לאחת העדות, ינהגו על פי החוק המושלימי או על פי חוק העדה;

25 אם התביעה לבית המשפט תוגש בשם הילד גופו לא יחייב בלאו הכי פסק הדין הרבני את הילד, שלא היה צד להליכים בבית הדין הרבני.

26 פסק דין לקביעת אבהות יכול שיהיה מוגש בשם האם ולא דוקא בשם הילד: ע"א 620/61 הנ"ל, ש"ב, בעמ' 1186 ועמ' 1188, אך בתביעה לפסק-חפצא, כגון לשינוי רישום במרשם האוכלוסין, יש לצרף את הילד: ע"א 231/61 הנ"ל.

27 הסמכות הנגזרת על-פי הוראת סעיף 35 הנ"ל מוגבלת על-פי לשון הסעיף לבית-משפט בלבד. בבג"צ 238/72 נהפס בית המשפט לאי-דיוק בצטטו את סעיף 35 בהקשר לבית הדין הרבני. אך עקרון הסמכות הנגזרת מוכר אף לגבי בתי הדין הדתיים כחלק מסמכותם הטבעית (inherent jurisdiction). ראה במיוחד ע"א 421/54 הנ"ל.

28 ראה, בין היתר, ע"א 54/65 מקיטן נ. מייטון, י"ט פד"י (2), 651, 667.

29 והוא הדין לגבי בית הדין הדרוזי: חוק בתי הדין הדרוזיים, תשכ"ג-1962, סעיף 5.

(ב) היה התובע נתין זר, ינהגו על פי החוק הלאומי שלו ...

(ג)

(ד) לעולם יכריע בית המשפט בשאלת המעמד האישי לטובת כשרות היוחסין (Legitimacy) אם התובע נחשב היה ככשר לפי החוק השורר על המעמד האישי של המנחם אשר את ירושתו הוא תובע, ושום שינוי בדת או בלאומיות, אם מצד המנחם ואם מצד התובע, לא יילקח בחשבון".

מסעיף 23 עולה בעליל כי גם כשרותו של הילד, כלומר, השאלה אם הוא נחשב כילד חוקי (Legitimacy) – מושג שהוא רחב הרבה יותר מהכשרתו של הילד (Legitimation) – היא ענין המעמד האישי הנחתך על-פי הדין האישי.³⁰ אמנם בסעיף 23 החל הדין האישי בשאלת כשרות הילד רק לצורך קביעת זכותו ליטול חלק בירושה, אך מסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים יש להסיק שבהסכמת הצדדים ניתן להביא ענין זה לבית הדין הרבני כתביעה בפני עצמה.

לכאורה, מן הגמגע להחיל את הדין היהודי בשאלה זו, כי דין זה כלל אינו מכיר במושג של ילד בלתי חוקי (Illegitimate child). אך כבר נפסק, שנוכח האפשרות לחוסר התאמה מלאה בין מושגי המעמד האישי השאולים מן הדין האנגלי לבין הדינים האישיים החלים על השאלה לגופה, אין להתחשב במובנו המדויק של המושג הנדון במשפט האנגלי, אלא יש לבחון אם הדין האישי מכיל בקרבנו, בתמצית ובקירוב, מושג דומה.³¹ גישה זו הכרחית במיוחד בנושא שלפנינו, כיון שמן הגמגע לתגדיר "כשרות יחסין" כמושג מופשט, המנותק מזיקה לשיטת משפט מסוימת.³² לצרכי החלת הדין היהודי בשאלה אם יש לילד מעמד של ילד חוקי, נראה כי הכוונה היא לתנאים הנדרשים על-ידי הדין היהודי, מבחינת דיני ראיות, לשם הוכחת אבהותו של האיש על הילד. יצויין כי אף הדין היהודי מבחין בין ילד שנולד כשהוריו היו נשואים זה לזה והמוחזק כילדו של הבעל, לבין ילד שנולד מן הפגויה שאינו מוחזק בהכרח כילדו של הגבר עמו חיתה האשה.³³

פקודת הירושה בוטלה אמנם על-ידי חוק הירושה, תשכ"ה-1965, אשר לא כלל מצידו הוראה המפנה לדין האישי לשם קביעת הזכות בירושה.³⁴ אך, כמובן, לא בוטלה כתוצאה מכך ההפנייה להגדרת עניני המעמד האישי בפקודת הירושה, הגדרה אשר יש לראותה כאילו הועתקה בסעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. לענין זה

30 לגבי פירושו והשלכותיו של סעיף 23 לפקודת הירושה, ראה זילברג, שם, עמ' 195-197, Vitta, *The Conflicts of Laws in Matters of Personal Status in Palestine*, 380, 269, 263 pp. 190-191; Goadby, *op. cit.*, pp. 172-174.

31 בד"מ 1/45 רוזנבאום נ. רוזנבאום, ד' פד"י, 1037, 1042 ואילך; ביד"מ 1/50 סידס נ. סידס, ח' פד"י, 1020, 1029; ביד"מ 1/62 הנ"ל; Vitta, "The Conflict of Personal Laws," 5 *Is.L.R.*, 170, 197.

32 אלה הם דברי Bromley בספרו (3rd ed., p. 284): "It seems impossible to define legitimacy as an abstract concept without reference to a particular legal system".

33 ראה שרשבסקי, שם, 347-348, 352-358.

34 אילו חוק הירושה, תשכ"ה-1965, היה חוזר ומחוקק את תוראת סעיף 23 לפקודת הירושה, בשינויים או בלי שינויים, היה חל סעיף 14(א) לפקודת הפרשנות (נוסח חדש) ומן הדין היה לפרש את חוק שיפוט בתי דין רבניים כמאזכר מעתה את ההוראה החדשה.

יחול כלל הפרשנות, לפיו מקום שבוטלה הוראה שנכללה בחיקוק אחר על-ידי איזכור (incorporation by reference) אין הביטול מבטל את ההוראה המאזכרת, בהיותה חלק מן החיקוק האחר.³⁵ מסקנתי היא, שתביעת אבהות היא ענין שניתן להביאו לפני בית הדין הרבני בהסכמת כל הצדדים, אף שענין זה אינו כלול בפירוט עניני המעמד האישי בסימן 51 לדבר המלך במועצה.

ד. ניתוח פס"ד בוארון

כדי להדגים את השימוש בעקרונות שתוארו לעיל, געבור לגיתוח פרטי פסק הדין שלפנינו שעובדותיו היו, בקיצור, כדלקמן: המשיבה מס' 2 (להלן: המשיבה) הגישה נגד העותר תביעה לבית הדין הרבני בת"א, בה טענה שחיה עמו חיי אישות והרתה לו. היא ביקשה לחייבו לשאתה לאשה, להכיר באבהותו על העובר ולחייבו לחלופין בגט-הומרא. העותר הודה בפני בית הדין באבהותו, אך בשלב מאוחר יותר, בו ביקשה המשיבה להסתמך על הודאה זו לצורך חיובו כמוונות, כפר העותר בסמכותו של בית הדין הרבני ואף הכחיש שהודה באבהותו. בית הדין לא שעה להתנגדותו של העותר ומכאן עתירתו לבית המשפט הגבוה לצדק.

בית המשפט הגיע למסקנה שאמנם הסכים העותר לשיפוטו של בית הדין בענין האבהות, אך לדעת בית המשפט הסכמה זו אינה מעלה ואינה מורידה, כיוון שמכותו של בית הדין הרבני על-פי הסכמת הצדדים מוגבלת לעניני המעמד האישי המפורטים בסימן 51 לדבר המלך וענין האבהות אינו נמנה עמהם. כפי שהוסבר לעיל, מתעלמת קביעה זו מן ההפנייה המפורשת בחוק שיפוט בתי דין רבניים לפקודת הירושה, פקודה שניתן לטעון שמכילה את ענין האבהות. אך בית המשפט היה בדעה שבנסיבות הענין היה מגובע בית הדין הרבני מלדון בשאלת האבהות אפילו כבשאלה נגזרת או כרוכה ולגבי מסקנה נוספת זו ברצוני להעיר מספר הערות.

תחילה יש לציין, כי בית המשפט אינו מזכיר כלל בפסק דינו את הוראת סעיף 7(ב)(4) של חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, לפיה לא יוקם בית המשפט הגבוה לצדק לטענה שבית דין דתי חרג מסמכותו, אם טענה זו לא נטענה על-ידי העותר בהודמנות הראשונה שהיתה לו.³⁶ אמנם יתכן שבית המשפט יהיה רשאי, אף בהעדר טענת חוסר סמכות מידית שכזאת, להוסיף סעד לעותר מכוח סמכותו הכללית לתת סעד למען הצדק לפי סעיף 7(א) של החוק הנ"ל,³⁷ אך השימוש בסמכות רחבה זו דורש ודאי שיקול

35 Craies, *On Statute Law*, 7th ed., p. 417; ע"א 235/60 גובנולד נ. ליבוביץ, ט"ו פד"י, 399, 396.

36 כפי שנאמר בבג"צ 349/65 פרו נ. קאדי מדהב, כ' פד"י (2), 342, 345. התנאי שבסעיף 7(ב)(4) יסודו ברעיון המניעות במובנו הרחב – שלא יורשה בעל-דין לכבוש את טענתו ולתת לדיון להמשך, עם כל הטרחה הכרוכה בכך ליריבו, ולהוציא את הטענה מאמתחתו רק כשגוח לו בכך. אך כפי שגרכו באותו פסק דין, חוסר הטענה בהודמנות הראשונה מוציא את הענין רק מגדר ההוראה הספציפית של סעיף 7(ב)(4).

37 ההוראה הכללית בסעיף 7(א) של החוק גוברת על ההוראות המיוחדות של ס"ק (ב) באותו סעיף (בג"צ 206/59 גילה נ. שובט השלום ירושלים, י"ד פד"י, 1709, 1713-1714; וראה:

דין מיוחד בכל מקרה לחוד על-פי נסיבותיו³⁸, דיון שהעדרו בולט בפסק הדין שלפנינו. לגופו של ענין: האשה אכן ביקשה לדון בתביעת האבהות כתביעה בפני עצמה, ולא כשאלה אינצידנטלית בתביעתה למונות עבור הילד. אך בלאו הכי, גרס בית המשפט שתביעת מוזנות זו אינה בסמכותו של בית הדין כיון שלדעתו "מונות בשביל הילד יכולה האם לתבוע בבית הדין הרבני רק בהסכמת האב", אף שיש לציין, כי בנסיבות הענין ברור היה שהתביעה לא הוגשה בשמו המפורש של הילד. יש להעיר, כי ספק אם קביעה זו מתיישבת עם ההלכה, לפיה תביעת מוזנות בה האם תובעת את הסכום הדרוש לה עצמה כדי לכלכל את הילדים, רשאית היא להגיש, לפי בחירתה, לבית המשפט המחוזי או לבית הדין הרבני, על-פי סעיף 4 של חוק שיפוט בתי דין רבניים³⁹. אם פנתה האשה לבית דין רבני בתביעת מוזנות שכזאת, רשאי בית הדין לפסוק אינצידנטלית בענין האבהות⁴⁰, אם כי אין בפסיקה זו כדי לחייב את הקטין שלא היה צד לדיונים בבית הדין הרבני.

אך דומה שבענין שלפנינו ניתן לטעון, שבית הדין הרבני קנה לעצמו שיפוט בתביעת האבהות עצמה כיוון שתביעת האבהות היתה כרוכה בתביעתה של האשה לגט-חומרא. אין חולק, כי תביעה לגט-חומרא היא תביעה לגירושין כמשמעותה בסעיף 3 לחוק הנ"ל⁴¹. כבר בפסק, שעצם העובדה שענין מסויים איננו מעניני המעמד האישי, אינה שוללת את האפשרות שהוא יהיה כרוך בתביעת גירושין, אם ההכרעה בו דרושה "לשם

י. זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנפלד, עמ' 225, עמ' 255 ואילך).

38 ראה כדוגמא לכך בג"צ 349/65 הנ"ל, בו לא מצא בג"צ שהצדק דורש ויתור על הסיני שבסעיף 7(ב)(4) של חוק בתי המשפט.

39 בג"צ 99/62 פולטאן נ. בית הדין הרבני, ט"ז פד"י, 1763, 1766-1767; המ" 38/65 לולו נ. לולו, י"ט פד"י (1), 262. ראה גם: ע"א 32/61 קלוימן נ. קלוימן, ט"ו פד"י, 925. בפסק הדין שלפנינו מסתמך השופט לנדוי על בר"ע 120/69 שריגאי נ. שריגאי, כ"ג פד"י (2), 171, בעמ' 176, אך אסמכתא זו היא דוקא ראיה לסתור. בבר"ע 120/69 הנ"ל תוזר ומדגיש בית המשפט את האבחנה בין תביעתו של הילד גופו לבין תביעת ההורה להחזרת הוצאותיו (אם כי בית המשפט לא דן אלא בסעיף 3 של החוק), ואין הוא קובע אלא שבתביעתו של הילד עצמו זקוק בית הדין הרבני להסכמת כל הצדדים על-פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. אמנם מפסקי דין אחרים ניתן להסיק, שגם בתביעה בשם האשה עבור הילד זקוק בית הדין הרבני להסכמת כל הצדדים: בג"צ 170/56 רהמני נ. רהמני, י"א פד"י, 247; בג"צ 159/63 אילון נ. ורנר, י"ז פד"י, 2339; ע"א 174/64 כהן נ. כהן, כ"ג פד"י (1), 789. וראה גם את האיבחון של פס"ד רהמני בענין פולטאן הנ"ל. וראה ע"א 563/65 יגור נ. פלביץ, כ' פד"י (3), 244-247: "אשה נשואה התובעת את מוזנותיה מבעלה יכולה להכליל בהם גם את מה שהיא מוציאה על ילדיהם כחלק מצרכיה היא" (הדגשה שלי). יש להעיר, כי אם אמנם שלילת הסמכות הרבנית נובעת מכך שהתביעה אינה למונות האשה כי אם לשיפוי על הוצאותיה עבור הילד, ניתן לטעון שאין זה ענין המעמד האישי אלא תביעה מעין-חווית ולכן לא יהיה לבית הדין הרבני שיפוט אפילו בהסכמת הצדדים.

40 ע"א 421/54 הנ"ל; בג"צ 168/56 הרליץ נ. הרב רביץ ואח', י"א פד"י, 75. בפסק הדין שלפנינו מסכים בית המשפט ש"אם אמנם זקוקה המשיבה לגט-חומרא מאת העותר, יכול העותר להיחשב כ'אישה', כמשמעותו בסעיף 4 של החוק".

41 וילברג, המעמד האישי בישראל, עמ' 372-373, על-פי בג"צ 168/56 הנ"ל.

חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה⁴². אמנם יש להקפיד, שהתביעה לגט תהיה תביעה כנה, כלומר, שהתובע יהיה מעוניין בתום לב בגירושין ולא העלה את התביעה מן השפה ולחוץ בלבד, כדי להקנות לבית הדין שיפוט בעניינים הכרוכים בתביעת הגירושין⁴³.

בנסיבות הענין ניתן לטעון, כי בקשת האם לקביעת האבהות היתה ענין הכרוך "מעצם טיבו וטבעו"⁴⁴ בתביעת הגירושין, כיוון שבמידה רבה יש קשר משפטי, הלכתי, בין הוכחת האבהות לבין השאלה האם זקוקה האבכה לגט-חומרא בשל חייה המשותפים עם העותר. בית המשפט שלל קשר זה, כיוון שהעותר הודה שחי חי אישות עם המשיבה, וטענתו היתה, שהחל בהם אחרי שהמשיבה כבר היתה בהריון מגבר אחר. אך אם אמנם הייתה המשיבה חיי אישות עם גבר אחר, לפני שהחלה לחיות חיי אישות עם העותר, יש בכך כדי להשפיע על השאלה אם זקוקה היא לגט-חומרא כל עיקר. יש רגליים לגירסא שאשה שחייתה חיי אישות ללא נישואין אינה זקוקה לכל הדעות לגט-חומרא אם היתה רגילה לחיות גם עם גברים אחרים⁴⁵.

אך אפילו אם אין קשר מהותי בין תביעת האבהות ותביעת הגט, מכל מקום נראה, שהאשה כרכה את שתי התביעות בכתב תביעתה וכריכה זו "בפועל ממש" הקנתה שיפוט יחודי לבית הדין אף בענין האבהות⁴⁶. עם זאת יש להדגיש, כי אם היה קובע בית הדין שאין צורך בגט-חומרא, היתה תביעת הגירושין תלויה על בלימה וממילא היה פוקע שיפוטו של בית הדין בתביעת האבהות לפי סעיף 3 לחוק⁴⁷.

קיצורו של דבר: אפילו אם לא היה מקום לפקפק בקביעתו של בית המשפט העליון, לפיה תביעת אבהות איננה מענייני המעמד האישי, הרי במקרה שלפנינו מן הדין היה לאשר את סמכותו של בית הדין הרבני בענין האבהות כענין הכרוך בתביעת גירושין. אך גם אם יש לשלול את ה"כריכות" בין שתי התביעות, ניתן היה להביא בהסכמת הצדדים את ענין האבהות לפני בית הדין הרבני, בהיות עניין זה ענין המעמד האישי לפחות לצורך שיפוטו של בית הדין.

ד"ר פנחס שיפמן

42 ע"א 8/59 נולדמן נ. גולדמן, י"ג פד"י, 1085, בעמ' 1091. אסמכתא ישירה לענין האבהות ניתן למצוא בע"א 620/61 הנ"ל, שם, בעמ' 1182.

43 בג"צ 168/56 הנ"ל. על בעיית "הכנות", ראה: פ. שיפמן, "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות האשה לבין עניני נישואין וגירושין", *מאגזין*, כרך ד', עמ' 374.

44 ע"א 8/59 הנ"ל, שם, אך השווה בר"ע 13/66 פלוגית נ. פלוגי, בו מצא בית המשפט שאין קשר הכרחי בין בגידת האשה ששימשה באותו ענין נושא לתביעת הגירושין לבין שאלת האבהות על הילד ששימשה נושא לתביעת מזונות.

45 ראה אוצר הפוסקים על אה"ע, סי' כ"א, סעי' א', סוף אות ד'.

46 ראה ע"א 8/59 הנ"ל, שם.

47 השווה: בג"צ 480/71 מלח נ. בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו ואח', כ"ו פד"י (1), 162.