

## אגב הפסיקה

### על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה

(בג"צ 148/84, שמואל נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב ואח', ל"ט (4) 393;  
ע"א 566/81, שמואל נ' שמואל, ל"ט (4) 399)

מאת  
פנחס שיפמן\*

#### א. מבוא

בצמד פסקי-דין אלו, העוסקים באותם בני-זוג, דן לאחרונה בית-המשפט העליון בסמכותו של בית-הדין הרבני לפסוק כתביעת גירושין של גר שנישא, בהיותו לא-יהודי, בנישואין אזרחיים, ובתוצאות של פסיקת גירושין זו, בבית-המשפט האזרחי, על חיובו לשלם מזונות לאשתו.

בפרשה זו הזדמנו, בריכוז נדיר, שאלות קשות ועקרוניות בדיני המשפחה ובמשפט הבינרתי. אך פסיקתו של בית-המשפט היא דוגמה טובה לכך שהליכה עקלתונית המבקשת לעקוף מוקשים של חילוקי-דעות, חסרונותיה בצדה: אין היא סותמת את הגולל על פקפוקים מיותרים לגבי מושכלות ראשונים, כגון זכותו של אדם להתגייר או זכותו להתגרש, ולכאורה אין זה ברור אם אמנם היא יוצאת ידי חובת ההכרעה בבעיית-יסוד מטרידה שקשה לפותרה בנוסחה מעורפלת. בכך לא התכוונתי לומר שהתוצאה הסופית איננה, בחשבון אחרון, טובה ומועילה.

מעשה שהיה, כך היה: בני-הזוג נישאו בהודו בשנת 1954 בנישואין אזרחיים. באותה שעה היו שניהם אזרחים ותושבים הודיים. האשה היתה יהודיה, ואילו האיש היה בן הדת ההינדית. בשנת 1974 הם עלו ארצה והפכו להיות אזרחים ישראליים. בשנת 1977 התגייר הבעל, אך לא נערך טקס נישואין חדש. חיי בני-הזוג לא עלו יפה, והבעל פנה כתביעת גירושין לבית-הדין הרבני. בית-הדין פסק, חרף התנגדותה של האשה לסמכותו, כי על האשה לקבל גט לחומרא<sup>1</sup>. פסק-דין זה אושר על-ידי בית-הדין הגדול<sup>2</sup>, וכנגד פסקי-דין אלו הוגשה על-ידי האשה עתירה לבית-המשפט

\* פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 וזו לשון פסק-הדין של בית-הדין הרבני האזורי:  
הואיל ולפי דברי שני הצדדים הם נישאו זה לזה בנישואים אזרחיים בלבד, בהיות התובע לא יהודי, ולא התחתנו כדת משה וישראל, אחרי שהתגייר, ועל סמך יתר החומר שבתק, פוסק בית-הדין: על הנתבעת... לקבל גט פטורין לחומרא מהתובע...

2 בית-הדין הרבני הגדול קבע כי  
כיוון שהוכח בעליל שהמערער התגייר וכעת שניהם יהודים הסמכות היחידה לדון כתביעה היא בית-הדין הרבני האזורי. מכיוון שלדעת שניהם לא התחתנו בתופה וקדושין כדת

הגבוה לצדק. האשה מצדה הגישה קודם-לכן תביעת מזונות לבית-המשפט המחוזי, ולאחר שנפסקו לה מזונות<sup>3</sup>, הגיש הבעל ערעור על חיובו במזונות לבית-המשפט העליון.

בית-המשפט העליון פסק שכית-הדין הרבני היה מוסמך לדון בתביעת הבעל בגירושין, והחזיר את הדין לבית-המשפט המחוזי כדי שידון מחדש בשאלת חיובו של הבעל במזונות.

שלוש שאלות עיקריות נדונו, בשני תיקים אלו, על-ידי בית-המשפט, והן: ראשית, האם התגירותו של הבעל וכניסתו לאותה דת, שלה השתייכה בעבר (ועדיין משתייכת) אשתו, מקנה סמכות לבית-הדין הרבני לפסוק בענייני נישואיהם וגירושיהם?

שנית, האם סמכות זו, בהנחה שאמנם מוקנית לבית-הדין, כוללת את הכוח לפסוק גירושין רק על יסוד העובדה שהנישואין היו נישואין אזרחיים? ולבסוף, האם פסיקת גירושין זו המחייבת את האשה בקבלת גט, כהנחה שאמנם בית-הדין מוסמך לפוסקה, משמיטה את הקרקע מתחת לתביעתה של האשה למזונות?

### ב. סמכות בית-הדין הרבני מכוח התגירות הבעל

שאלת סמכותו של בית-הדין הרבני מעוררת, בעצם, שתי שאלות שונות שאותן ראוי לבודד זו מזו, והן: ראשית, האם המרת-דת של אחד מבני-הזוג לדתו של חברו, אין בה משום התחמקות, בלתי-נסבלת על-ידי החוק, משיפוטו הקודם של בית-המשפט המחוזי? שנית, האם יש לייחס תשיכות לאפשרות שרתו הקודמת של המתגיר ממשיכה לאחז בו ולתבוע את השתייכותו אליה?

#### 1. המרת-דת חד-צדדית לדת בן-הזוג

אין צריך לומר כי לפני התגירותו של הבעל, בית-הדין הרבני לא היה מוסמך לדון בתביעתו לגירושין. תנאי מוקדם לשיפוטו של בית-הדין הרבני הוא היות שני הצדדים יהודים, ואפילו ספק לגבי יהדותו של אחד מהם שולל את סמכותו של בית-הדין<sup>4</sup>. באותו שלב אף בית-המשפט המחוזי לא היה מוסמך לדון בענייני התרת

וכדין, ולטענת האשה שחיו ביחד לאחר הגירות לא הוכחה כלל, ואין בטענה אלא לדון שיש צורך לתומרא לסדור גט פיטורין, ונוסף לכך לא נראה שבמצב הפירוד שביניהם כיום יש מקום להמשך חיי שלום, או לשקט את חייהם בשותפות להבא, על כן החלטנו לדחות את ערעורה של האשה.

3 בית-המשפט המחוזי גרס, כי הואיל והבעל לא רשם את המרתו כנדרש לפי פקודת העדה הדתית (המרה), יש לדאוגו עדיין, לצורך סמכות בית-הדין הרבני, כנוכרי, ובהעדר דין אישי מוכר לגביו, חל חיובו במזונות מכוח החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), חשי"ט – 1959.

4 להלכה זו ולביקורתה ראה שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, 1984) 86 – 90, והאסמכתאות הנזכרות שם. הלכה זו אושרה לאחרונה מחדש, ואף הורחבה, בבג"צ 114/84 בנקובסקי נ' בית-הדין הרבני האיזורי בחיפה ואח' (טרם פורסם). בעניין כסן, 214/64, פ"ד

נישואין של בני-הזוג, אלא מן הדין היה לפנות לצורך זה לנשיא בית-המשפט העליון כדי שיחליט למי להקנות שיפוט, דהיינו: או לבית-המשפט המחוזי או לאחד מבתי-הדין הדתיים.<sup>5</sup> האם המרתו החד-צדדית של הבעל הועילה להקנות שיפוט לבית-הדין הרבני מכוח העובדה שמעתה שני הצדדים משתייכים לדת היהודית? הקושי נעוץ בכך, שהכשרת סמכותו של בית-הדין הרבני פותחת פתח לפגיעה חמורה בזכויות שבן-זוג רכש לפי הדין שחל על הצדדים בשעה שנישאו. המקרה שלפנינו מדגים, לכאורה, פגיעה זו, כי אישור סמכותו של בית-הדין הרבני עלול להביא לפסילתם של הנישואין האזרחיים ולשלילת זכותה של האשה למזונות. אם נקדים מאוחר למוקדם, יש לציין שאמנם חשש זה איננו מדומה. כיוון שבית-המשפט העליון הגיע למסקנה שכית-הדין הרבני היה מוסמך לדון בעניין, הרי העובדה שבית-הדין חייב את הצדדים בגט-לחומרא, לאחר שכשרותם של הנישואין נפסלה, הכיאה לתוצאה נוספת: זכותה של האשה למזונות הועמדה בסימן-שאלה. בית-המשפט העליון החזיר את הדיון לבית-המשפט המחוזי כדי שישקול אם אמנם החיוב במזונות יכול לעמוד בעינו לאחר שהאשה חויבה בגט. בדרך-כלל, כאשר אדם ממיר דתו לאחר נישואיו, אין המרתו שוללת את סמכות השיפוט של בית-הדין הדתי שהיה מוסמך קודם-לכן לדון בענייני נישואיו וגירושיו, אלא-אם-כן שני הצדדים המירו דתם לדת חדשה. לעניין זה קובעת פקודת העדה הדתית (המרה) כי:

Notwithstanding any change of community, jurisdiction in matters of marriage, divorce and alimony shall continue to be exercised by the court which, before such change, had jurisdiction, unless both parties to the marriage have become members of another religious community.

הוראה זו המבקשת למנוע התחמקות משיפוט קודם איננה חד-משמעית,<sup>6</sup> ומתוכה אין להסיק בכירור מה דינה של המרת-דת של אחד מבני-הזוג לדת של בני-הזוג האחר. האם העובדה שלא היתה המרה אקטיבית של שני בני-הזוג לדת אחרת היא

יח(4) 309, שבו נקבעה ההלכה לראשונה, נפסלה סמכותו של בית-הדין הרבני, על יסוד הנימוק כי פסיקתו של בית-הדין הרבני מותנית בקיום הספק לגבי יהדותו של אחד מבעלי-הדין, ופסק-הדין "יתמוטט כליל ויהיה כלא היה" (כלשונו של השופט זילברג, שם, בעמ' 312), אם אמנם שני הצדדים הם יהודים. משמעותה של הלכה זו היא – לדעתי – שאין טעם שבית-המשפט האזרחי יהרהר אחר קביעת יהדות בפסיקה רבנית, אלא עליו לראות אותה כסופית, אם קביעה זו חרצה בפסק הרבני את גופו של הסכסוך. לעומת זאת, בעניין בנקובסקי נשללה סמכותו של בית-הדין הרבני, אף-על-פי ששיקולי הספק של בית-הדין לגבי חוקף גיורה של האשה שימשו רק תוספת הנמקה לפסיקה זו, שהייתה יכולה בהחלט לעמוד גם בלעדיהם. לדעתי, בנסיבות אלו אין הכרח לראות את התוספת של בית-הדין לגבי חוקף הגיור כסופית ומחייבת לעניין הסמכות, והיה מוטב לאמץ את הגישה המכשירה פסיקה דתית אפילו אם רק חלק מיסודותיה מקיים את החוק החילוני (ראה בג"צ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול ואח', פ"ד כו(2) 403).

5 ע"א 370/77 היועץ המשפטי לממשלה נ' וינטרוכ ואח', פ"ד לב(2) 626.

6 לדעות השונות בעניין זה ראה שיפמן (לעיל, הערה 4), 72 – 75; שאוה, "השפעת המרת דת על סמכויות השיפוט בענייני המעמד האישי" עיוני משפט י, 177, 184 – 190.

מכרעת או שמא קובעת העובדה ששני בני-הזוג נעשו מעתה חברים לאותה עדה דתית? אם מטרת הפקודה היתה להנציח תמיד את דיני השיפוט שחלו לפני המרת-דת חד-צדדית, אפילו אם בית-המשפט הקודם הוא בית-המשפט האזרחי, יש להעדיף את האפשרות הראשונה; אולם אם הכוונה היתה רק למנוע פגיעה בשיפוט של בית-דין דתי קודם תחול האפשרות השנייה, שכן במקרה של נישואי תערוכת שום בית-דין דתי לא היה מוסמך לכתחילה לדון בעניין.

לכאורה יש להעדיף את הפירוש הרחב, שעל-פיו אין אדם יכול בכל מקרה להתחמק חד-צדדית משיפוט קודם, התחמקות העלולה להיות שקולה כנגד פגיעה בזכויות שנרכשו בחסותו של דין זר — זכויות שהדין הדתי החדש איננו מוכן להכיר בהם.

במקרה שלפנינו, בית-המשפט העליון לא נזקק כלל לשאלת פירוש של סעיף 4(2) לפקודה. בית-המשפט גרס כי הפקודה איננה חלה — בהמשך יוסברו השיקולים לכך — וכתוצאה מכך אינו חל אף סעיף 4(2), שאולי היה מקום לחשוב שבעטיו נשללת סמכותו של בית-הדין הרבני.

עם זאת, בפסיקה קודמת נקבע כי יש להעדיף את הפירוש שעל-פיו אם נעשו שני בני-הזוג חברים לאותה עדה דתית, ולו גם כתוצאה מהמרת-דת של אחד מבני-הזוג לדת חברו, יהיה בית-הדין הדתי החדש מוסמך לדון בעניין<sup>7</sup>. על פסיקה זו קמו עוררין<sup>8</sup>, אך דעתי היא שפסיקה זו — בדיון נפסקה. יתירה מזאת: פסק-הדין שלפנינו, אף שלכאורה נמנע מלפסוק בשאלה זו, בעקיפין מאשר מתדש את הפסיקה הקודמת. מסקנות אלו אני מבקש לפרט עתה.

אם אמנם היתה מתקבלת המסקנה שלפיה, על-אף ששני בני-הזוג הם עתה יהודים, בית-הדין הרבני איננו מוסמך לדון בעניינם, היתה נשללת בזה זכותם של הצדדים להתגרש. הצדדים היו מוצאים עצמם מחוסרי ערכאה שיפוטית מוסמכת שבכוחה להתיר בעילות את הקשר המשפטי שביניהם. כיוון ששניהם יהודים, חובה עליהם להתגרש לפי דין-תורה. בית-הדין הרבני, לפי אותה השקפה, לא יהיה מוסמך לדון בהתרת הנישואין שביניהם, ואף ספק גדול אם נשיא בית-המשפט העליון יהיה מוסמך להקנות שיפוט לבית-הדין הרבני, כי הקניית שיפוט מצדו מוגבלת ל"מקרים מיוחדים", ונשללת כאשר שני בני-הזוג יהודיים<sup>9</sup>. הסמכות השיורית תהיה, כנראה,

7 ע"א 98/47 האלו נ' האלו, פס"ע א 51, 66, 67; ב"ש 101/69 סולש נ' סולש, פ"ד יג 1620; בה"נ 50/80 שקלרסקי נ' שקלרסקי, פ"ד לז(3) 457, 461.

8 ראה שאוה (לעיל, הערה 6), שם.

9 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969, סעיף 1(ב); שיפמן (לעיל, הערה 6), 75: "רק בדוחק רב ניתן לומר שהזמן הקובע לענין דחיית הוראות החוק מתשכ"ט מחמת ההשתייכות הדתית המשותפת של שני בני-הזוג הוא שעת עריכת הנישואין ולא שעת הגשת התביעה". אפשרות דחוקה זו מאמץ לעצמו שאוה (לעיל, הערה 6), 186, הערה 47, בנימוק שיש לראות בסעיף 4(2) לפקודת ההמרה הוראה מיוחדת לעומת סעיף 1(ב) של חוק מקרים מיוחדים. אפילו אם היה אמת בטענה שסעיף 4(2) לפקודת ההמרה קובע הוראה מיוחדת, בעוד שסעיף 1(ב) לחוק מקרים מיוחדים קובע הוראה כללית כביכול, הרי כוחו של סעיף 4(2) אינו יפה אלא לשמור את שיפוטו של בית-המשפט ששפט לפני ההמרה, וספק גדול אם ניתן לראות בהקניית שיפוט על-ידי נשיא בית-המשפט העליון משום שיפוט לגופו של עניין על-ידי בית-משפט. אך העיקר הוא שאין זה מסתבר כי ניתן להרחיב את

בידי בית-המשפט המחוזי, אך האם בית-משפט זה יוכל להגשים בעילות התרת נישואין על-פי דין-תורה?<sup>10</sup>

קושי זה חל אפילו אם הטקס היחיד שנערך בין הצדדים היה טקס אזרחי. גם במקרה זה נדרש, לפחות גט לחומרא, אם חיו הצדדים חיי אישות לאחר שגם בן-הזוג האחר הפך להיות יהודי. אולם הקושי מחריף כאשר נערך בין הצדדים טקס-נישואין שני כדת משה וישראל. במקרה זה יידרש גט לא רק מטעמי ספק או משיקולי חומרא אלא מעיקר הדין. אכן, איש אינו חולק על כך שבמקרה אחרון זה נשענת סמכותו של בית-הדין הרבני על קרקע מוצקה. אולם השאלה הנשאלת היא, האם אמנם ניתן להעמיד את סמכותו של בית הדין הרבני אך ורק על השיקול שלפיו ערכו בני-הזוג טקס-נישואין, הפעם כדת משה וישראל, לאחר שכבן-הזוג הלא-יהודי התגייר. יש הסוברים שיש לענות על שאלה זו בחיוב<sup>11</sup>. לגבי דוגמא זו<sup>12</sup>, שבה ערכו בני-זוג טקס-נישואין חדש<sup>13</sup> כדת משה וישראל, לאחר גיורו של בן-הזוג הלא-יהודי, נטען כי אין מקום להיזקק ביחס אליה להוראת סעיף 4(2) לפקודת ההמרה, שכן הוראה זו חלה רק כאשר היתה המרת דת חר-צדדית לאחר הנישואין; ואילו בדוגמא המובאת לעיל "המרת הדת על-פי פקודת ההמרה של אחד מבני-הזוג (גיורו של בן-הזוג הלא-יהודי) נעשתה לפני עריכת טקס-הנישואין כדת משה וישראל, כך שבשעת הנישואין כדת משה וישראל היו שניהם יהודים".

תחולת החוק מתשכ"ט, בניגוד ללשונו המפורשת, מכוח הפקודה המנדטורית היא, להכריז ממקרים שבהם החוק מתשכ"ט עצמו מפנה מכללא לדינים אחרים, לשם קביעת חתום סמכותו של הנשיא. ראה בה"ג 34/72 חמדאן נ' שעיא, פ"ד כח(1) 225; בה"ג 49/80 קינאווי נ' קינאווי, פ"ד לה(3) 558.

10 אמנם ייתכנו מקרים שבהם בית-הדין הרבני לא יהיה מוסמך לדון בענייני נישואין וגירושין של יהודים שהם מצדם חייבים להתגרש לפי דין תורה, כגון בני-זוג שהם, או אחד מהם, אינם אזרחי הארץ ותושביה (השווה סעיפים 1 ו-2 של חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג – 1953). אך במקרה זה תיתכן הסכמה מצדם לשיפוטו של בית-הדין (סעיף 9 של החוק הנ"ל), דבר שאינו אפשרי בנישואין-ערוכת. להצעות לפתרון בעייתם של בני-זוג שהם, או אחד מהם, אינם מקיימים את הוויקה לישראל ראה שיפמן (לעיל, הערה 4), 96 – 98.

11 שאה, עיוני משפט (לעיל, הערה 6), 190.

12 שהובאה על-ידי (לעיל, הערה 4), 73, 75; שיפמן, "התנגשויות דינים כקביעת ההשתייכות הרחית" משפטים 91, 108.

13 הציטטה הבלתי-מדויקת, שהפרופ' שאה מביא מדברי (שם) עלולה להטעות. הדברים מובאים כך: "לחיזוק דעתו מביא המחבר דוגמה, עליה הוא מרחיב את הדיון, של בני-זוג; האחד יהודי והאחר לא-יהודי, כשבן-הזוג הלא-יהודי התגייר", וכאן באה ציטטה כביכול מדברי: "ולאחר גיורו של הצד הלא-יהודי ערכו בני הזוג טקס נישואין כדת משה וישראל, אך לאחר זמן אחר מהם או שניהם מבקשים להתגרש". הרושם העולה מציטטה זו הוא, שבני-הזוג ערכו לראשונה טקס נישואין דתי אחרי גיורו של בן-הזוג הלא-יהודי, ועל כך עיקר הביקורת של הפרופ' שאה. אלא שבמקור נאמר: "טקס נישואין חדש כדת משה וישראל", כי הדוגמא היסודית (עמ' 73) היתה של בני-זוג שנישאו תחילה בטקס אזרחי. הדבר ברור לגמרי גם מהמשך הדברים שבו הרעיון בא על סיכומו. נאמר שם (עמ' 75) כדלקמן:

נראה לי אפוא, שאין לפרש את סעיף 4(2) כמחכוון לשמור על שיפוטו הקודם של בית המשפט המחוזי, אם בשעת הדיון שני הצדדים משתייכים לאותה דת. הדבר בולט במקרה בו בני-הזוג ערכו טקס נישואין שני לפי דיני הדת החדשה, אך דומה כי אין מנוס מן

אכן, אין להטיל ספק בכך כי הוראת סעיף 4(2) לפקודת ההמרה חלה רק כאשר המיר אדם את דתו לאחר הנישואין<sup>14</sup>. הוראת הסעיף הנוקטת לשון "צדדים לנישואין" (parties to the marriage) מלמדת, שאין היא חלה על מי שהמיר דתו לפני שנישא. יתירה מזאת: עצם הקביעה שעל-פיה נמשך השיפוט הקודם בענייני "נישואין, גירושין ומזונות", איננה תופשת אלא בצדדים שכבר קודם-לכן היו חשופים, עקרונית, לשיפוט בעניין של נישואין וגירושין, ורק לגביהם עשוי לחול ההיגיון העומד מאחורי ההוראה למנוע מאדם לעשות את המרת-דתו מכשיר להתחמקות מהתחייבויות הגלומות בנישואיו.

אולם בדוגמא הנדונה, בני-הזוג נישאו קודם-לכן בנישואין אזרחיים, והתגיירו דתו של הבעל באה אחרי שכבר נישאו. הנישואין כדת משה וישראל היו בגדר טקס נוסף שבא אחרי הנישואין האזרחיים<sup>15</sup>. מכאן שהוראת סעיף 4(2) לפקודה חלה גם חלה על בני-הזוג, ואין כל אחיזה לרעיון שתחולתה של ההוראה נשמטת רק משום שבני-הזוג ערכו, אחרי ההתגיירות, טקס-נישואין חדש, כדת משה וישראל. אדרבא, היא הנותנת: הואיל ולכל הדעות אין לשלול את סמכותו של בית-הדין הרבני כשהצדדים ערכו טקס-נישואין חדש כדת משה וישראל<sup>16</sup>, שוב אין אתה יכול לתת את דכריך לשיעורין, "ואין מנוס מן הסמכות הדתית אפילו אם הטקס היחיד שנערך ביניהם היה טקס אזרחי, בהיותם בעלי דת שונה"<sup>17</sup>.

כאמור, בפסק-הדין שלפנינו בית-המשפט לכאורה איננו פוסק בשאלת פירוש סעיף 4(2) לפקודה, בקובעו כי הפקודה כלל איננה חלה, בהעדר יציאה מעדה דתית מוכרת. העובדה שהבעל ביקש לצאת מדת לא-מוכרת, היא הדת ההינדית, הביאה לתוצאה שלא היה ניתן לפסול את שיפוטו של בית-הדין הרבני מחמת הטענה שיש בהמרת הדת משום התחמקות משיפוט קודם.

אולם פירוש מצמצם זה לתחולת הפקודה יש בו כדי לאשר בעקיפין את המסקנה שהפקודה לא התכוונה לשמור על שיפוט קודם של בית-משפט מחוזי, והתוצאה היא שהמרת-דת של אחד מבני-הזוג לדת חברו, תקנה שיפוט לבית-הדין הדתי של אותה דת ששני בני-הזוג חברים בה. הגע בעצמך: מבחינת שיפוטו של בית-משפט אזרחי אין נפקא מינה אם הגר היה חבר קודם בעדה קתולית מוקרת או בדת הינדית בלתי-מוכרת. שיפוטו נשען על יסוד עצם העובדה שבני-הזוג הם בעלי דת שונה. אם הכוונה היתה להנציח שיפוט אזרחי זה גם אחרי ששניהם הפכו להיות חברים באותה עדה דתית, מכוח המרתו של אחד מהם לדת חברו, מן הראוי היה להעניק לסעיף 4(2) פרשנות מרחיבה המייחסת את הוראתו לכל שינוי בהשתייכות הדתית. אולם

הסמכות הדתית אפילו אם הטקס היחיד שנערך ביניהם היה טקס אזרחי, בהיותם בעלי דת שונה (ההרגשות אינן במקור).

- |    |  |
|----|--|
| 14 | שאה (לעיל, הערה 6), 183.   |
| 15 | ראה לעיל, הערה 13.   |
| 16 | אמנם הפרופ' שאה כנראה איננו מוכן להחיל מסקנה זו כשפקודת ההמרה איננה חלה, או על-כל-פנים, כשההמרה לא נרשמה (עיוני משפט, שס, עמ' 180 – 181). במקרה זה, לשיטתו, בית-הדין הרבני לא יהיה מוסמך, אפילו אם נערכו הנישואין אחרי גיורו של האיש. ראה על כך להלן, הערה 25. |
| 17 | שיפמן (לעיל, הערה 4), 75.  |

ה"עיון בלשונן של הוראות אלה (סעיף 2 ו-4(2) לפקודה)", הביא את בית-המשפט לידי המסקנה הנחרצת כי:

כאשר אדם עוזב עדה שאינה "מוכרת" אינה מתעוררת כל בעיית סמכות שיפוט שכן אין לאותה עדה בית דין מוכר אשר שאלת שיפוטו צריכה להקבע.

משמע, מטרת סעיפי הפקודה לא היתה אלא להסדיר את סמכות שיפוטו של בית-דין דתי קודם לעומת סמכות שיפוטו של בית-דין דתי חדש, בעוד ששמירת שיפוטו של בית-משפט אזרחי איננה עניין להוראות הפקודה. אילו היה להוראות הפקודה עניין בכך, לא היה מקום לצמצם את תחולתה של הוראת סעיף 4(2) אך ורק למעבר מעדה דתית מוכרת אחת לעדה דתית מוכרת אחרת. אכן, בעבר, כאשר סבר בית-המשפט שהתחמקות משיפוט קודם איננה מוצדקת, נקט פרשנות מרחיבה שעל-פיה יחול סעיף 4(2) לפקודה, גם כאשר יתר הוראותיה אינן חלות<sup>18</sup>, כגון כאשר אדם הפסיק חברותו בעדה מוכרת והצטרף לעדה דתית בלתי-מוכרת<sup>19</sup>. למשל, אם יהודי שנשא אשה יהודיה כדת משה וישראל ימיר דתו לדת המורמונית, אינני סבור שתישמע מפיו הטענה שבית-הדין הרבני איננו מוסמך לדון בתביעת גירושין שתוגש נגדו על-ידי אשתו, רק מפני שיצא לדת שאיננה מוכרת בישראל לצורך השיפוט. הדעה שהובעה הפעם, שלפיה אין מקום להחיל את סעיף 4(2) במקרה ההפוך, שבו אדם מפסיק חברותו בעדה בלתי-מוכרת, אך מצטרף לעדה מוכרת, אומרת למעשה שאין בכוונתנו לשמור על האינטרס של שמירת שיפוטו של בית-המשפט האזרחי, כאשר נעשו הצדדים חברים לאותה עדה דתית.

2. המרה של דת בלתי-מוכרת בדת מוכרת; האם הממיר הוא כפול-דת לעניין הסמכות?

אולם בעוד שבית-המשפט לא העמיד את שיפוטו של בית-הדין הרבני במבחן הביקורת של מניעת התחמקות משיפוט קודם (סעיף 4(2) לפקודה), הוא העלה ספקות לגבי עצם תוקפה האזרחי של המרת-דת שעליה אין הפקודה חלה. לכאורה, גישתו העקרונית של בית-המשפט היא נחרצת וחד-משמעית:

אין לראות בפקודת ההמרה מסגרת בלעדית להמרת דת. גישה כזו היתה שוללת את זכותו של היחיד בישראל להמיר דת במקום שהעדה הישנה או החדשה אינה מוכרת, ותוצאה זו אין הדעת טובלתה.

לעניין הדין האישי החל על אדם שהמיר את דתו מחוץ למסגרת הפקודה לא היו לבית-המשפט כל ספקות:

18 הכוונה בעיקר לדרישת הרישום על-פי סעיף 2 לפקודה.

19 ראה שיפמן (לעיל, הערה 4), 79 – 81, והערה 75 שם. על הקשר בין תחולת הפקודה לבין פרשנות סעיף 4(2) עומד במיוחד פסקי-הדין בע"א 98/47 האלו, ג' האלו, הנ"ל (לעיל, הערה 7), 65 – 66.

הדעה המקובלת היא, כי במקרה שבו שתי דתות "אוחזות" באדם אחד, נקבע הדין האישי על-פי מבחן האפקטיביות ... אם נחיל מבחן זה בעניין שלפנינו, כי אז הדת האפקטיבית מבחינתו של המערער אינה הדת ההינדית אלא הדת היהודית, אליה ביקש להספח על-ידי מעשה הגיור הרצוני והגלוי שעשה.

לעומת זאת, השאיר בית-המשפט בצריך עיון את סמכותו של בית-הדין הרבני, אילו נטען היה לפניו, ואף מוכח, כי הדת ההינדית אוחזת באיש<sup>20</sup>. בית-המשפט גרס שאין זה מן הראוי לעורר שאלה זו, בהעדר טיעון, מיוזמתו-שלו, והחליט כי במסגרת העתירה שהובאה לפניו, הרי

משהוכרה המרתו של המשיב לדת היהודית מהבחינה הדתית היהודית ובהעדר טענה שהדת ההינדית אוחזת בו, יש לראותו כיהודי לענין חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין). ועל-כן, פעל בית-הדין הרבני במסגרת סמכותו.

אין אני סבור, כי בית-המשפט אמנם צדק בכך שקבע שאין לו צורך להכריע בשאלה זו. שאלת סמכות על בית-המשפט לעורר מיוזמתו-שלו, וכיוון שלא הוכח כי הדת ההינדית שחררה את האיש, אין יסוד להניח שפקעה, בעיני אותה דת, זיקתו של האיש אליה. עם זאת נראה לי, כי מסקנתו הסופית של בית-המשפט מוצדקת אף בהנחה שהדת ההינדית אוחזת בו. כיוון שנקבע כי הדת האפקטיבית של האיש היא הדת היהודית, שוב אין מקום לראותו כ"כפול דת" אף לעניין קביעת סמכות השיפוט<sup>21</sup>. אם הדעת אכן איננה סובלת — כפי שבית-המשפט קובע — שלילת זכותו של היחיד בישראל להמיר את דתו, מדוע יש לייחס חשיבות, לעניין סמכות השיפוט, לדיניה של דת שהממיר עזב? אף כאשר סמכותו של בית-הדין הדתי עומדת בסיומן-שאלה, עקב הספק לגבי הדת האפקטיבית, יש לפתור ספק זה

20 לפי הדת ההינדית, אם הינדי עוזב את דתו, מוטלות עליו סנקציות חמורות כגון חילוט זכויותיו ורכושו: Mull, *Principles of Hindu Law* (Calcutta, 1952) 2. ברור מכאן שלא ניתנת, לפי הדת ההינדית עצמה, רשות להשחרר ממנה באורח חד-צדדי. רק החוק החילוני שנחקק בהודו, המכונה The Caste Disabilities Removal Act 1850, והידוע גם כ-Freedom of Religion Act ביטל את תוקפן של הגבלות אלו, בהרשותו המרת דת: Mull, *ibid*. והשווה *Principles of Hindu Law* (Bangalore, 1947) vol. I, 126—127.

21 בית-המשפט ציין כי לגבי המרת-דת מחוץ לפקודה, כאשר שתי הדתות אוחזות באדם, הרי "הדעות ... מגוונות הן ושוונות". אכן, הגיוון והשוני רבים אף מכפי שצוין על-ידי בית-המשפט. נוסף על דעתי כי מבחן האפקטיביות חל לא רק לגבי הדין המהותי כי אם גם לגבי סמכות השיפוט (שיפמן [לעיל, הערה 4], 67, 75—76; והשווה עמ' 56 לגבי כפול-דת מלידה); ולדעה כי דין האיש ככפול-דת לעניין הסמכות אך לא לעניין הדין המהותי (שאוה, עיוני משפט [לעיל, הערה 6] 180); וכן שאוה, "השפעת המרת-דת על השיפוט בעניני התרת נישואין" עיוני משפט י 619, 623, הערה 71), אנו מוצאים אף את הדעות הבאות: דין האיש "ככפול דת" הן לעניין הדין המהותי והן לעניין סמכות השיפוט (שאוה, הדין האישי בישראל [תשמ"ד — 1983] 133); דין האיש ככפול דת הקודמת בלבד, כל עוד לא בוצעה המרה לפי הפקודה (שאוה, הדין האישי בישראל [תשמ"ד — 1983] 180).



בבית-המשפט, וההכרעה האזרחית חורצת את סמכות שיפוטו של בית-הדין הדתי.<sup>22</sup> כאשר אדם ממיר את דתו, בדרך-כלל אין דתו האפקטיבית מוטלת בספק: דת זו היא אותה דת ש"אליה ביקש להספח על ידי מעשה הגיור הרצוני והגלוי שעשה", או כל המרת-דת רצונית וגלויה אחרת שעשה. לכן אין כל טעם ואין כל צורך, הן מבחינת היחס השווה ששופט אזרחי מצווה בו כלפי כל הדתות והן מבחינת יעילות סדרי-הדין, להימנע מלהכיר בסמכות שיפוטו של בית-הדין בעל הדת האפקטיבית.<sup>23</sup> גישה אחרת משמעה התנכרות לזכותו של אדם להתגייר (או להמיר את דתו לדת אחרת), כאשר הוא מבקש לצאת מדת בלתי-מוכרת. אך לעניין סמכותו של בית-הדין הרבני, מה לי גר הינדי לשעבר מה לי גר קתולי לשעבר?<sup>24</sup>

יוטעם כי הנכונות המוטעית לייחס חשיבות לאחיותה של הדת הקודמת אין לה ולא כלום עם הרצון למנוע התחמקות משיפוט קודם. בזכור, לכל הדעות, אין הוראת סעיף 4(2) חלה על מי שהמיר דתו לפני נישואיו. אך מבחינת טענת "כפל הדת" אין נפקא מינה בדבר. אפילו אם נישאו בני-הזוג שלפנינו בישראל כדת משה וישראל, לאחר שהגבר ההינדי היה מתגייר, היתה הדת ההינדית עלולה להמשיך לאחוז באיש ולא להרפות ממנו. התוצאה תהיה — אליבא דמי שגורס כי האיש הוא כפול-דת לעניין הסמכות — שבית-הדין הרבני לא יהיה מוסמך לרדן בעניין נישואיו וגירושי<sup>25</sup>. המחשבה כי בהעדר מכשיר תחיקתי, דוגמת פקודת העדה הדתית

22 זו — לדעתי — הפרשנות שיש לתת לבג"צ 238/75 מזרחי ואח' נ' בית הדין השרעי בצרת ואח', פ"ד ל(1) 377. על כך הרחבתי את הדיבור בספרי, דיני המשפחה בישראל (ירושלים 1984) 56—61.

23 שאה עיוני משפט י, 611, 623, הערה 17) גורס, כי החלת מבחן האפקטיביות בשאלת הסמכות עלולה לגרום תקלות ותסבוכות מיותרות, אך איננו מפרט את טיבן. הסמכותו על השופט זילברג לעניין זה איננה במקומה, כי בעוד ששאה גורס שהאיש, בתור כפול-דת, לא יהיה נתון לשיפוטו של שום בית-דין דתי, הרי הפרופ' זילברג בספרו (המעמד האישי בישראל עמ' 353), סבר כי לבית-הדין הרבני תהיה סמכות לגבי כל יהודי, אפילו אם המיר את דתו. דעתו של הפרופ' זילברג שלצורך סמכות בית-הדין הרבני אין להתחשב בשיקולים בינודתיים, הביאה אותו למסקנה הפוכה מזו של הפרופ' שאה, דהיינו: שלפנינו "סמכות ייחודית שאינה מיוחדת לבית-הדין אחד". לעומת זאת, בפסק-דין אל-צפדי (ע"א 86/63, פ"ד יז 1419), לא השתמש השופט זילברג במבחן האפקטיביות לגבי סמכותו של בית-הדין השרעי רק מפני שסבר כי "מבחן זה, כנראה בעליל, אין לו מקום תפיסה בילדה כת ארכע וחצי" (שם, בעמ' 1428), וראה על הבעיה כולה שיפמן (לעיל, הערה 22), 51—61.

24 אולי לא למותר לציין כי בהודו גופה נחשב — מכוח החוק האזרחי — הינדי שהמיר דתו כבן הדת החרשה. ראה D. Pearl, *Interpersonal Conflict of Laws—India, Pakistan and Bangladesh* (London, 1981) 48—53, 59, 62—98. יהיה זה מוזר מאוד להקנות בישראל לדין ההינדי יותר תוקף משיש לו בהודו עצמה.

25 ראה הדוגמא המובאת על-ידי שאה (לעיל, הערה 6), 180—181, שלפיה חישלל סמכותו של בית-הדין הרבני בהמרה שלא לפי הפקודה אפילו אם התגייר הצד הלא-יהודי לפני נישואיו. דווקא דעה זו מעוררת תקלות ותסבוכות. האם רצוי, למשל, הדבר שבית-המשפט המחוזי יהיה מוסמך להחליט כשאלה עיקרית בתוקפם של נישואין כדת משה וישראל בין שני יהודים? אמנם לגבי בקשה להתרת נישואין, אף בית-המשפט המחוזי זקוק להקניית שיפוט על-ידי נשיא בית-המשפט העליון, אך התוצאה מן הדעה הנ"ל היא שבית-המשפט המחוזי יהיה מוסמך במישרין לרדן בסכסוכי אישות אחרים, כגון תביעה להצהרה על חוקפם של נישואין, תביעה לשלום-בית, הכרזת האשה כמורדת וכו'.

(המרה), על בית-המשפט לשבת בחיבוק-ידיים ולהימנע מקביעת עמדה עצמאית בסכסוכים בינדתיים, איננה מקובלת עלי. מבחן האפקטיביות הוא דוגמא למכשיר משפטי, פרי החקיקה השיפוטית, שעל בית-המשפט להשתמש בו כדי לעשות צדק בין בעלי-הדין שלפניו. דווקא ההימנעות משימוש בו עלולה להביא לתקלות ולתסכוכות<sup>26</sup>, או לפרשנות בלתי סבירה<sup>27</sup>.

### ג. נישואין אזרחיים כיסוד לגירושין – השלמה-מאונס עם הפסיקה הדתית או אימוץ-מצוות של "גירושין ללא אשמה"?

טענה נוספת שנטענה כנגד סמכותו של בית-הדין הרבני ביקשה להישען על פסילתם של הנישואין האזרחיים. בית-המשפט סבר, שגם הפעם איננו חייב להכריע בשאלה אם בית-דין רבני מוסמך לדון בתוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, כי מכל-מקום סמכותו של בית-הדין לפסוק גירושין איננה מוטלת בספק, אפילו אם היו הנישואין אזרחיים<sup>28</sup>. הקושי נעוץ בכך שבית-הדין עלול לצוות על גירושין רק מהטעם שהנישואין מחוץ לישראל לא נערכו לפי דין-תורה. בית-המשפט סבר כי

בשאלה זו אין לנו צורך להכריע, שכן עיון בפסקי-הדין של בתי-הדין הרבניים בעניין שלפנינו מעלה כי היותם של הנישואין אזרחיים לא שימשה עילה יחידה לחובתה של העותרת לקבל גט. בית-הדין האזורי מצייץ כי צו הגירושין ניתן, בין השאר, "על סמך יתר החומר שבתיק" שעניינו היחסים בין הצדדים; ובית-הדין הרבני הגדול ציין במפורש כי "בנוסף לכך לא נראה שבמצב הפירוד שביניהם כיום יש מקום להמשך חיי שלום, או לשקם את חייהם בשותפות להבא."

במחשבה ראשונה ניתן לשאול ולתמוה: האם אין זו תמימות מצדו של בית-המשפט להניח שאמנם פסילת הנישואין האזרחיים לא שימשה עילה יחידה או לפחות עיקרית לחיוב בגירושין? האם אין בית-המשפט מעורר במודיעו יצירת פסקים שאין תוכם כברם, כלומר: פסקים שבהם פסילת נישואין אזרחיים המשמשת

26 ראה לעיל, הערה 25.

27 ראה, למשל, שאוה, הפרקליט כו 445, שם מביאה התפישה שלפיה משפט המדינה ממשיך לייחס תוקף לרתו הקודמת של מי שהמיר דתו, לכלל המסקנה הבאה: "מה טעם בויכוח אם להכיר בגיור רפורמי או בגיור אורתודוקסי כשקיים חשש, שכל האקט של הגיור, ותהא צורתו אשר תהא, איננו מספיק כדי שהמתגייד ישתבץ במסגרת ההגדרה של 'יהודי' בגלל היסוד השלילי שבה – 'אינו בן דת אחרת'?" להפרכה של גישה זו ראה שיפמן, "על גיור שלא כהלכה" משפטים ו 391.

28 בג"צ 3/73 כהנוף נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב ואח', פ"ד כט(1) 449; בג"צ 573/77 זק נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב – יפו ואח', פ"ד לב(1) 281, 287; בג"צ 51/80 כהן נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות ואח', פ"ד לה(2) 8; ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561, 567 – 568.

כנימוק האמיתי לחיוב בגירושין מתכסה ב"עלה-תאנה" של נימוקים נוספים, חסרי-דופי, כביכול?

מן הראוי לציין כי בפסילות קודמות של נישואין אזרחיים, שהיו לנגד בית-המשפט הגבוה לצדק, לא גילה בית-המשפט היסוס לחשוף את הנימוק העיקרי מתוך החלטת בית-הדין הרבני שנומקה גם בנימוקים נוספים. כך, למשל, בפרשת שטרייט<sup>29</sup>, ניתן לבעל היתר לשאת אשה שנייה על-פני אשתו הקודמת שאותה נשא בנישואין אזרחיים. בית-הדין נימק את מתן ההיתר: "בהתחשב עם העובדה ... כי בין המתדיינים לא נערכו נישואין כדת משה וישראל, וכי עברו עד היום כבר כתשע שנים שניפרדה חבילתם ואינם חיים בצוותא, וכן בשים לב לכך שהנתבעת מסרבת למלא אחרי פסק דיננו ... שחייב אותה למען הסדרת מצבם לפי הדין לקבל מהתובע גט פיטורין"<sup>30</sup>. בכל זאת, השופט זילברג הגיע לידי מסקנה כי העילה היחידה להיתר הנישואין שניתן לבעל היא הקביעה המשפטית שקבעו הרבנים כי בני-הזוג אינם נשואים זה לזה לפי הדין הדתי, וכי "כל שאר הדברים שנאמרו שם כהקדמה להיתר הם רק לישופרא דשטרא, או צורפו כסניף לטעם העיקרי הנ"ל"<sup>31</sup>.

אכן, פסק-הדין שלפנינו מדגים מחדש את הקושי בהתמודדותו של בית-המשפט האזרחי עם פסיקה דתית שאיננה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי הפרטי<sup>32</sup>. כדי ליטול את העוקץ מבעיה זו הובעה דעה, בפרשת כהנוף<sup>33</sup>, כי בית-הדין הרבני איננו מוסמך לדון, כשאלה עיקרית, בתוקפם של הנישואין. ברם, אף דעה זו לא ביקשה לשלול את סמכותו של בית-הדין לפסוק גירושין, אפילו היו הנישואין אזרחיים. שלילת סמכותו של בית-הדין לפסוק גירושין אך בשל העובדה שהנישואין נערכו בדרך אזרחית היתה עלולה לשלול את זכותם של הצדדים להתגרש, בהעדר ערכאה שהיתה מוסמכת להביא לידי התרת יעילה של הקשר ביניהם<sup>34</sup>. אבל קלישתה של ההבחנה בין גירושין, מחד גיסא, לבין הצהרה על תוקפם של הנישואין, מאידך גיסא, מתבלטת בעליל במקרה, כמו זה שלפנינו, שבו החיוב בגירושין נשען על פסילת הנישואין האזרחיים.

בפרשת כהנוף<sup>35</sup>, הצליח בית-המשפט לקבל הצהרה מפי בא-כוחו של הבעל, שלפיה "הוא יבסס את תביעתו לגירושין על העילה היחידה של היות העותרת מורדת לפי הדין הדתי, בלי כל קשר לטיב הנישואין שלהם ולכשרותם בעיני הדין הדתי". אין לדעת אם הצהרה זו אכן השיגה את מטרתה בתיק ההוא, ואם היה בה כדי למנוע מבית-הדין, מיוזמתו-שלו, לעשות את פסילת הנישואין האזרחיים יסוד לחיוב בגירושין. מכל-מקום, אין הצהרה זו מועילה, כמוכן, בתורת תקדים. אם מכירים בסמכותו של בית-הדין הרבני לפסוק גירושין, ספק אם רשאים לבדוק

29 בג"צ 301/63, פ"ד יח(1) 598.

30 שם, בעמ' 614.

31 שם, בעמ' 616.

32 ראה על הבעיה כולה שיפמן דיני המשפחה בישראל (ירושלים, 1984) 254—265; מעוז, "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל" עיוני משפט ה 186.

33 בג"צ 3/73 (לעיל, הערה 28), שם, מפי השופט ברנזון.

34 דאה דברי השופטת בן-פורת בבג"צ 51/80, הנ"ל (לעיל, הערה 28), 14.

35 בג"צ 3/73 (לעיל, הערה 28), 454 (וכן בעמ' 451).

בציעותיו של החיוב בגירושין, כלומר: אם הוא מבוסס על פסילת נישואין אזרחיים, או גם על נימוקים "כשרים"<sup>36</sup>. הרי התוצאה הכלת-נמנעת מהוראה בסמכותו של בית-הדין הרבני לפסוק גירושין, גם כאשר היו הנישואין אזרחיים בלבד, היא ששום ערכאה אחרת איננה מוסמכת להעניק לבני-הזוג סעד של גירושין. אם אין אנו רוצים לחקוע בני-זוג שנישאו בנישואין אזרחיים למכוי סתום, כלומר: לשלול מהם זכות להתגרש, אנו חייבים לוותר על בדיקה יסודית של העילות לגירושין כפי שנקבעו בפסיקה הדתית. אפשר אפוא שזו היא המשמעות האמיתית של פסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק בעניין שמואל. ייתכן שבית-המשפט היה מוטרד מן האפשרות שכללי המשפט הבינלאומי הפרטי יסוכלו כתוצאה מן ההכרה בפסיקתו של בית-הדין הדתי: אך בית-המשפט לא ראה מנוס מכך, והעדיף לנצל את הערפול המכוון בפסיקת בית-הדין הדתי כדי להימנע מהכרעה חד-משמעית בנושא זה העלולה לשמש תקדים להבא.

לאמיתו של דבר, לפנינו מעין "מדרון תלול" שהפסיעה הראשונה בו מדרדרת אותך הלאה והלאה. הכרה בסמכותו של בית-הדין הרבני לפסוק גירושין מובילה בהכרח להכרה בכוחו לנמק פסיקה זו בפסילת הנישואין, כמוסבר; הכרה בכוחו לפסול את הנישואין לצורך פסיקת הגירושין צריכה להוביל, כמסקנה בלתי-נמנעת, להכרה בסמכותו להפקיע את הנישואין או להתיר לבעל לשאת אשה שנייה. בפרשת שטרייט בית-המשפט אסר על הוצאת היתר נישואין שכזה שיסודו היה פסילת הנישואין האזרחיים<sup>37</sup>. אך, לעומת זאת, בפרשת טליסמן<sup>38</sup>, כשהפעם הגבר היה זה שראה עצמו נפגע כתוצאה מהפקעת הנישואין, היה בית-המשפט מוכן להשלים עם סמכותו של בית-הדין הרבני בגלל נימוק פרוצסואלי, כלומר: העדר מחאה מצד הנפגע, בפני בית-הדין הרבני, לסמכותו של האחרון. ואכן, בפרשה שלפנינו בית-המשפט העליון עצמו — על-אף שראה עצמו פטור מבחינת נכונותה של הלכת כהנוף — רמז שקיים קושי "להתעלם מפסק-דין רבני הקובע שאין הם [הצדדים] נשואים או שהאשה חייבת לקבל גט פיטורין". אכן, פסק כזה המבטל נישואין או המחייב בגט, להבדיל מסירוב להכיר בזכות הנובעת מן הנישואין האזרחיים<sup>39</sup>, יוצר

36 ראה ע"א 592/83 הנ"ל (לעיל, הערה 28); מעוז (לעיל, הערה 32) 189 — 191; והשווה ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד(1) 549.

37 בג"צ 301/63 (לעיל, הערה 29).

38 בג"צ 38/75, פ"ד ל(1) 433.

39 זה הוא — לדעתי — ההבדל בין ע"א 173/69 בכר נ' בכר, פ"ד כג(1) 665, שבו נפסקו לאשה מזונותיה, על-אף דחיית תביעתה כבית-הדין הרבני, מפרשת פורר הנ"ל (לעיל, הערה 28), שבו יצא בכר חיוב בגט מבית-הדין הרבני. ראה גם שיפמן (לעיל, הערה 32), 264; והשווה עם מעוז (לעיל, הערה 32), 203, הסבור שבית-הדין הרבני איננו מוסמך לדון בתוקפם של נישואין אזרחיים ... לצורך תביעה שעילתה קיומם של הנישואין, כגון תביעה למזונות, אלא לצורך התרתם בלבד. לדעתי, קשה להניח שמה שבית-הדין הרבני מוסמך במישורו (הפקעת נישואין אזרחיים) אין הוא מוסמך בדרך-אגב (קביעת בטלותם לצורך מזונות). לכן עדיף בעיני לנקוט את הגישה שבהעדר יצירת עוכדה חדשה על-ידי בית-הדין (הפקעת נישואין או חיוב בגירושין), לא תשמש הפסיקה הדתית "מעשה בית דין". אם מתקבלת הגישה, שמעוז עצמו ממליץ עליה, כי בית-הדין איננו מוסמך להתכחש לנישואין אזרחיים כאילו לא היו מעולם, אלא רק להפקיעם להבא בפסק מיוחד, הרי מתבקשת הגישה הנ"ל מכללי "מעשה בית דין"

עובדה חדשה שבית-המשפט האזרחי איננו יכול להתעלם ממנה<sup>40</sup>, אף אם איננו גורס את הטעמים שעליהם היא בנויה<sup>41</sup>.

כאמור, נראה לי שהרצון שלא לשלול זכות בני-זוג שנישאו בנישואין אזרחיים לפרק את נישואיהם, חייב להוביל להכרה בסמכותו של בית-דין דתי אף להפקיע את הנישואין. הרי חיוב אחד הצדדים להתגרש, כשהוא לעצמו, איננו בעל ערך מעשי רב, אם אין סנקציות בצדו. לגבי נישואין אזרחיים גילה כבר בית-הדין הרבני נכונות – למשל, בעניין טליסמן – להתיר לבני-הזוג להינשא ללא גט, לאחר שהבעל, הנתבע, סירב לציית לפסק-הדין המחייב אותו בקבלת גט לחומרא<sup>42</sup>. האם יש טעם לשלול את הסנקציה של הפקעת הנישואין (או של היתר נישואין לבעל) מפסקתו של בית-הדין, אם עקרונית אנו מחייבים לכתחילה, או לפחות משלימים בדיעבד, עם פסיקת הגירושין על-ידי בית-הדין?

אכן, ללא ספק נוצרת בזה א-סימטריה בין נישואין דתיים לבין נישואין אזרחיים. אמנם, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המחייבים אותנו לכבד סטטוס זר אינם מצווים עלינו להכיר בכל גילוייו של אותו סטטוס לפי הדין הזר. ההכרה שבית-המשפט החילוני מכיר בנישואין אזרחיים איננה אומרת שהוא ככול בהשקפותיו של הדין הזר לגבי הזכות לגירושין. אם הצדדים השתקעו בישראל, והחברה הישראלית הפכה להיות מרכז חייהם, אין כל דופי בכך שנטיל עליהם את השקפותיה של החברה הישראלית לגבי הזכות לגירושין. ההכרה בסטטוס הזר משמעותה, שאנו נוהגים בו, לעניין גילוייו המשפטיים, כאילו היה סטטוס מקומי<sup>43</sup>. אך דווקא כאן נעוץ עיקר הקושי: בנישואין שנערכו כדת משה וישראל, בית-הדין הרבני קשור במגבלותיו של הדין היהודי המונעות ממנו להתיר בעצמו את הקשר, וכל תפקידו מצטמצם – אפילו אם הוכחה עילה לגירושין – בהמרצת הצדדים, באמצעים יעילים יותר, או יעילים פחות, להתגרש בעצמם (תחת פיקוחו של בית-הדין). לעומת זאת, נישואין אזרחיים, שבית-הדין הרבני איננו מכיר בהם, עצם קיומם נותן בידי כל אחד מן הצדדים זכות מיידית, אוטומטית, להתרת הקשר – זכות אשר אכיפתה הישירה בצדה: סירובו של צד להתגרש ולקבל גט לחומרא עשוי להביא את בית-הדין לפסיקה הקובעת שהצדדים מותרים להינשא ללא גט<sup>44</sup>.

עצמם, שלפיהם הכרעה נגורת, שהיא מחוץ לסמכות כעניין עיקרי, איננה יוצרת "מעשה בית דין".

40 על פסיקה נוגדת לעניין הביגמיה ועל הקשיים שהיא מעוררת ראה שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 148, הערה 20; וכן בספרי (לעיל, הערה 32), 174–173.

41 ראה ע"א 592/83 הנ"ל (לעיל, הערה 28); ע"א 571/69, הנ"ל (לעיל, הערה 36).

42 לעיל, הערה 38.

43 A. V. Levontin, *Choice of Law and Conflict of Laws* (Leyden, 1976) 26–27, 31. אבל ראה לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (ירושלים, 1957) 81–90; וביקורתו של טרסקי, מחקרים במשפטנו הפרטי (להלן, הערה 48).

44 ראה הנמקת בית-הדין הרבני הגדול בעניין טליסמן הנ"ל (לעיל, הערה 38), שהובאה כפר"ר ט 352. בית-הדין מבקש (שם, בעמ' 355), לטשטש את ההבדל החד בין נישואין כדת משה וישראל, שבהם נדרשת עילת גירושין מיוחדת כדי שיהיה ניתן לכוף או לחייב בגט, ובין

נראה לי, שדווקא גישה ליברלית לגירושין מחייבת את המסקנה שאין כל פסול בהפקעה של נישואין אזרחיים לפי תביעה של אחד הצדדים. הגישה הכוכשת יותר ויותר את הלבבות בשיטות משפט מערביות היא, שגירושין אינם צריכים להינתן על יסוד אשמתו של הנתבע כי אם על יסוד כשלון הנישואין ללא תקנה. אין אתה מאחה את הקרע בין בני-זוג ואין אתה מגשר על-פני הפער שביניהם בטרבך להעניק סעד של גירושין. התוצאה מדחיית התביעה לגירושין עלולה להיות, שאדם יאלץ להתקשר בקשרי-משפחה עם בן-זוג אחר ללא נישואין חוקיים<sup>45</sup>. דומה שאלה המגנים את בית-הדין הרבני על הפקעת נישואין אזרחיים יוצאים, על-פי-רוב, מתוך נקודת-מבט שמרנית, הדורשת הוכחת אשמה מוגדרת כתנאי לקבלת גירושין<sup>46</sup>. העובדה שבית-הדין הרבני עצמו נוקט גישה שמרנית זו כלפי נישואין שנערכו כדת משה וישראל, איננה מחייבת – לדעתי – את המבקר החילוני לפסול ולגנות תוצאה שהיא רצויה וטובה, רק מפני שהיא ננקטת בנישואין אזרחיים ואיננה ננקטת, למרבה הצער, בנישואין דתיים<sup>47</sup>.

ייתכן מאוד שגישתו של בית-המשפט בפרשה שלפנינו הושפעה משיקול זה. מה שנראה לכאורה כהשלמה-מאונס עם הפסיקה הדתית, תוך התחמקות מיתממת, כביכול, מהכרעה לגבי סמכותה וגבולותיה, הוא אולי, לאמיתו של דבר, אימוץ-מרצון של גישה ליברלית, מתקדמת, כלפי גירושין.

אכן, אין זאת אומרת שבית-המשפט האזרחי חייב לענות אמן אחר כל התוצאות שבית-הדין הרבני קושר להפקעתם של נישואין אזרחיים. ההכרה בפסיקתו של בית-הדין נשענת אך ורק על השיקול שלא לנעול דלת בפני התרתם של נישואין. מעבר לשיקול זה בית-המשפט רשאי להסתייג מגישתו של בית-הדין הרבני אם איננה עולה בקנה אחד עם מושכלות המקובלות על בית-המשפט האזרחי, קרי: כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. הווה אומר: קביעתו של בית-הדין הרבני שבני-זוג שנישאו בנישואין אזרחיים מותרים להינשא ללא גט תיחשב כהפקעת נישואין מוכרת בעיני בית-המשפט האזרחי. אמנם, בית-הדין מתיימר להצהיר שהנישואין האזרחיים היו בטלים ומבוטלים מעיקרם, כאילו לא תפשו מעולם, אך בשאלה זו דרכו של

נישואין אזרחיים שבית-הדין כלל איננו מכיר בהם וכתוצאה מכך עצם קיומם משמש עילה לגט לחומרא ואף לביטולם הגמור על-ידי בית-הדין.

45 ראה שיפמן (לעיל, הערה 32), 299 – 301.

46 ביטוי לגישה השמרנית אפשר למצוא, למשל, בדברי השופט חיים כהן בבג"צ 301/63 (לעיל, הערה 29), 611, הגורס כי "בעיני המחוקק המודרני, הנישואין הם מעין שותפות לכל ימי החיים בין שני שותפים", וכי החשוב הוא "שלא תפורק השותפות ביניהם אלא בהסכמת שניהם או על-פי פסק-דין של בית-משפט מוסמך – פסק-דין המושחת על עובדת הנישואין והקובע ... את הפרתם בידי בן-הזוג הנתבע" (ההודגשות אינן במקור – פ' ש'). לעומת זאת, ראה דברי השופט קיסטר בפרשת כהנוף (לעיל, בהערה 28), 455 ובפרשת כהנא (לעיל, הערה 36), 556, שבהם מובלטת הגישה המודרנית המצדדת ב"גירושין ללא אשמה".

47 בעיה מקבילה מתעוררת לגבי היתר הנישואין, נוכח האסימטריה בין בעל הרשאי לקבל היתר כזה ובין האשה המנועה מקבלת היתר זה. לדעתי, אין לגנות מתן "היתר נישואין" כאשר אין במתן היתר משום "ביגמיה מהותית", אלא רק "ביגמיה פורמלית" (השווה פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459, 478); וראה הדין בנושא זה בספרי (לעיל, הערה 32), 178 – 180.

בית-המשפט האזרחי נפרדת מדרכו של בית-הדין הרבני. ביטולם למפרע של הנישואין איננו נדרש כדי להתיר לצדדים להינשא מחדש אלא עלול לפגוע באינטרסים לגיטימיים שיש להם. בית-המשפט האזרחי רשאי, ואף חייב, להסתייג מפגיעה זו הסתייגות נמרצת<sup>48</sup>.

הגישה המסרבת להתכחש למעמדם של הצדדים כמי שהיו נשואים בעבר, חרף הצהרתו של בית-הדין הדתי המתימרת לקבוע את בטלותם של הנישואין מעיקרא, איננה מבקשת לצמצם את סמכותו של בית-הדין הדתי לדון בנישואין ובגירושין שנערכו מחוץ לישראל<sup>49</sup>. כל שהיא קובעת הוא, שלעניין תוקפה של הפסיקה הדתית כ"מעשה בית דין" יש להבחין בין משמעותה הקונסטטיטוטיבית של פסיקה זו לבין משמעותה הדקלרטיבית. הוזה אומר: יש לכבד את העובדה החדשה הנוצרת בפסיקה זו שעל-פיה מותרים מעתה בני-הזוג להינשא מחדש (או חייבים להתגרש), אך אין לכבד את ההצהרה הגלומה בפסיקה זו שעל-פיה יש לראות את הצדדים כמי שלא היו נשואים בעבר<sup>50</sup>. מתבקשות מכאן מסקנות ברורות לטובת זכויותיהם הממוניות

48 שאלה זו העלה לראשונה הפרופ' טרסקי במאמרו "מעבר מסטטוס נישואין חילוני לרתי והפעלת האחרון למפרע" מחקרים במשפט ארצנו (ירושלים, תשי"ב) 136. מאמר זה נרפס מחדש בספר מחקרים במשפטנו הפרטי (ירושלים, תשי"ט) 194. בתוספת שהוספה שם, הערה 4, חודד ההבדל בין בית-הדין הדתי ובין בית-המשפט האזרחי, תוך הבעת הדעה כי על בית-המשפט האזרחי לעמוד על עקרון אי-הרטוראקטיביות, אף אם קיים קושי לייחס עיקרון זה לשיפוטו של בית-הדין הדתי. על הגישה הכללית לשלילת תוקף רטוראקטיבי של הכרזת בטלות ראה שיפמן, "מוזנות האשה בנישואין בטלים" משפטים ו 514, 515 – 517, והערה 5 שם; והשווה, לגבי נישואין אזרחיים, שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 148, הערה 20. לפיתוחה של הגישה שעל-פיה על בית-המשפט האזרחי לשלול את התוקף הרטוראקטיבי של הפקעת נישואין אזרחיים ראה מעוז (לעיל, הערה 32), 200 – 206; שיפמן (לעיל, הערה 32), 263 – 265.

49 לדעה זו ראה מעוז (לעיל, הערה 32), 192 – 194, הגורס כי "שאלת תוקפם של נישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל אינה מענינו של בית הדין הרבני". אולם הנמקה זו יוצרת קושי, כי אם אמנם אין בית-הדין מוסמך לקבוע שהנישואין בטלים, מקום שהדין החל על תוקפם הוא דין זר, על יסוד מה יכול בית-המשפט האזרחי לקשור לאותה בטלות, שניתנה תוך חריגה מסמכות, כוח של הפקעת הנישואין מכאן ולהבא? זאת ועוד: העדר סמכותו של בית-הדין פירושו לכאורה הכללתה של בטלות הנישואין מעיקרא בגדר סמכותו של בית-המשפט האזרחי, ושוב מתערעת המסקנה המבקשת להקנות לפסיקה הרבנית תוקף של גירושין (מסעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים אין ללמוד על הצרת הסמכות בסעיף 1, כי חיזושו של סעיף 2 הוא הטלת דין התורה, על עריכה בישראל של נישואין וגירושין של יהודים חסרי זיקה לישראל). בעיני עדיפה ההנמקה שעל-פיה סמכותו של בית-הדין הרבני חלה, ללא סייג, גם על נישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל, וההבחנה היא רק לעניין תוקפה של פסיקתו "כמעשה בית דין". הוראה מפורשת לעניין זה אנו מוצאים בסוגיית הביגמיה שעל-פיה הפקעת נישואין מועילה רק מכאן ולהבא (סעיף 177 של חוק העונשין, תשל"ז – 1977) וגישה זו יש להרחיב אף להקשרים אחרים. על הפסיקה שביקשה להגביל את תוקפה של ההכרעה הדתית כ"מעשה בית דין" ראה שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 147 – 150; על הצורך בצמצומה של גישה זו ראה שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 156 – 265.

50 כאנלוגיה מן המשפט הבינלאומי הפרטי בנושא זה אפשר להביא את כוחו של בית-משפט מקומי להסתייג מתחולה רטוראקטיבית של דין זר, במקום שהיא פוגעת בתקנת הציבור (ראה:

של הצדדים. הדינים החלים על יחסי ממון בין בני-זוג המתגרשים זה מזה יחולו על בני-זוג שנישואיהם האזרחיים בוטלו על-ידי בית-הדין הרבני. אין צריך לומר שבן-הזוג יוכל לקטוף את חזקת השיתוף שהיא פרי הפסיקה, אפילו לא היינו רואים את נישואיו כתקפים; שהרי חזקת השיתוף עשויה לחול אפילו על צדדים שחיו יחד כ"דועים בציבור כנשואים"<sup>51</sup>. עיקר ההדגשה היא אפוא לגבי הסדר "איזון המשאבים" שנקבע על-ידי המחוקק בחוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג – 1973, – הסדר החל עם הפקעת הנישואין עקב גירושין או פטירת אחד הצדדים<sup>52</sup>. כאמור – לדעתי – יש לראות, במישור האזרחי, את ביטולם של נישואין אזרחיים כאילו היו הפקעתם בדרך של גירושין. התוצאה תהיה, שהזכויות הרכושיות של צדדים שנישאו בנישואין אזרחיים אינן נפגעות כתוצאה מגישתו של בית-הדין הדתי. לעומת זאת, אם הסתפק בית-הדין הרבני בקביעה המחייבת בגירושין – ולו גם גט מספק או מחומרא – לא ייחשבו הנישואין כמופקעים כל עוד לא בוצעו הגירושין הלכה למעשה<sup>53</sup>. אך זה מביא אותנו לשאלה השלישית, והיא השפעתו של החיוב בגירושין על זכותה של האשה למזונות.

#### ד. זכותה של האשה למזונות – "תשתית עובדתית" חסרה, או תקלה משפטית שנחשפה?

בית-המשפט המחוזי קבע, שהואיל והמרת דתו של הבעל לא נרשמה יש לראותו עדיין כיהודי, ולכן חיובו במזונות אשתו, בהעדר דין אישי מוכר, נובע מן החוק החילוני, כלומר: החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט – 1959. בית-המשפט העליון דחה טיעון זה. האיש נחשב כיהודי, כי דתו האפקטיבית היא הדת היהודית שאותה קיבל. הדין האישי החל עליו הוא אפוא הדין היהודי, ודין זה הוא המספק את התשובה לשאלת חיובו של הבעל במזונות. אשר לטענה שהדין האישי כופר בכשרות הנישואין, וממילא אינו מכיר מעיקרא בזכותה של האשה למזונות, קבע בית-המשפט כי בשאלה האינצידנטלית של תוקף הנישואין יחול הדין

J.K. Grodecki, "Intertemporal conflict of Laws", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, ch. 8, pp. 3–32. במקרה שלפנינו, "תקנת הציבור" החילונית איננה באה לפסול דין דתי העומד בניגוד לה כי אם לסייג את העיקרון החילוני של "מעשה בית דין". והשווה 142–152 *England, Religious Law in the Israel Legal System* (Jerusalem, 1975).

ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, לח(1) 445.

51 אמנם, גם זוגות שנישאו אחרי תחילת תוקפו של חוק יחסי ממון יוכלו ליהנות מחזקת השיתוף, כי אם אמנם הם לא היו נשואים כלל מכוח הפסיקה הדתית, אין מניעה לתחולת חזקת השיתוף לגביהם (לדעתי, אפילו נחשבים הם נשואים, חזקת השיתוף יכולה לדור בכפיפה אחת עם החוק יחסי ממון בין בני-זוג. ראה שיפמן, "יחסי ממון בין בני זוג" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה 126. זו גם דעתו של הפרופ' פרוקצ'יה (דיני פשיטת רגל והחזקה האזרחית בישראל [ירושלים, תשמ"ד] 57–61). אבל לעומת זאת, ראה רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (ירושלים, תשמ"ב) 286–294; Tedeschi, "Balancing of Resources and Co-ownership Between Spouses" 15 *Is. L. R.* 436, 439–442.

53 ראה שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (ירושלים, תשל"ה) 147.



הזר<sup>54</sup>. הדין הזר איננו קובע בשאלת החיוב במזונות הנקבעת לפי חוק המושב החדש של הצדדים<sup>55</sup>, דהיינו: הדין הישראלי המפנה לדין הדתי, כשם שהדין הדתי איננו קובע בשאלת תקפותם של הנישואין שנערכו מחוץ לישראל, בשעה שהצדדים היו אזרחים זרים. התוצאה היא אפוא "מעשה מרכבה": בית-המשפט המחוזי מרכיב את הדין הזר הרואה את הנישואין כתקפים על הדין הדתי המחייב בעל לשלם מזונות לאשתו שלה נישא בנישואין תקפים. ההליך הננקט הוא של התאמת הדין הדתי כדי שידור בכפיפה אחת כביכול עם הדין הזר. התוצאה היא הפעלה פיקטיבית של הדין הרתי<sup>56</sup>, שבית-המשפט רואה אותה "כרע במיעוטו". אולם האם בדרך זו

54 יש דמיון רב בין שאלה זו לבין השאלה האינצידנטלית (המכונה לעתים גם השאלה הפריילימנטרית) כפי שהיא מוצגת במשפט הבינלאומי הפרטי. אף במשפט הבינלאומי הפרטי הקושי הוא האם יש להחיל על שאלה משנית, נגזרת, המעוררת יסוד זר את הדין הזר החל עליה, אילו היתה מתעוררת לפנינו כשאלה עיקרית, או שמא יש להחיל עליה דין זר אחר, דהיינו: הדין החל בשאלה העיקרית. אף כאן הרצון להשיג הרמוניה בינלאומית עלול להיקנות במחיר של ויתור על עקביות פנימית. ראה במפורט Kahn – Freund, "General Problems of Private International Law", *Recueil des Cours* 1974, vol. III, 141. בנושא שלפנינו, בית-המשפט לא ידון בשאלת תוקף הנישואין (השאלה הנגזרת) לפי החוק (דין תורה) שחל על העניין העיקרי (מזונות) אין זו "שאלה אינצידנטלית" כמובן המדויק שבו משתמשים בספרות העוסקת בכרירת הדין (ראה לבונטין וגולדוטר, כללי ברירת הדין בישראל – וסימן 46 לדבר המלך [ירושלים, תשל"ד] 11, הערה 34), כי החוק החל על השאלה העיקרית איננו חוק זר; אך באורח אנלוגי הכעיה דומה, והחלת הדין הזר בשאלה הנגזרת – לעומת אי-החלתו בשאלת המזונות – משקפת את החשיבות הרבה שאנו מייחסים לרצון להכיר בנישואין אזרחיים, תוך ויתור על הרמוניה עם הדין הדתי.

55 החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט–1959, סעיף 17(א) "על חובת מזונות בין בני-זוג יחול דין מקום מושבם של בני הזוג, ואם אין להם מקום מושב משותף, דין מקום מושבו של החייב". לכאורה, היה ניתן לחלוק על השימוש בסעיף זה במקרה שלפנינו, שבו נקבע החיוב במזונות לפי הדין האישי, וזאת על יסוד הוראת סעיף 2 של החוק שעל-פיה לא יחולו הוראות החוק החילוני במקרה זה. לטעות זו ניתן להיתפס כתוצאה מפסק-הדין בע"א 250/83 עומרי ואחי' נ' זועבי ואחי', פ"ד לט(2) 113. בפסק-דין זה, שבו נדונה סמכותו של בית-המשפט המחוזי במזונות בני-זוג מוסלמיים, מכוח סעיפים 18 ו-19 של החוק הנ"ל, נזקק בית-המשפט – לדעתי, שלא לצורך – לשאלה אם הוראותיו הדיוניות של אותו חוק חלות על מזונות הנפסקים לפי הדין האישי. לדעתי, אמנם כל הוראותיו של החוק מתשי"ט, בין אם הן הוראות מהותיות ובין אם הן הוראות דיוניות, אינן חלות במקום שחל הדין האישי (ואמנם, זוהי מסקנת בית-המשפט בע"א 250/83 הנ"ל). עם זאת, אותן הוראות החוק הקובעות שיפוט והבוררות דין קודמות לדין בעניין המזונות עצמו – עניין שרק אותו יש לראות כמגוון בפני חדירה חילונית של החוק מתשי"ט. לגבי ברירת דין אין צריך לומר שלא ייתכן כי ההוראות הקובעות אי-תחולה יחולו אף על עצמן (כי בכך ניקלע ל"מעגל קסמים"). אך בדרך-כלל יחול החוק לגבי השאלות הקונפליקטואליות המוקדמות, לגבי סמכות בית-המשפט והדין החל. לכן, הוראת סעיף 17 העוסקת ב"משפט בינלאומי פרטי" חחול בכל מקרה. כדוגמה לאי-ההבנות הנוצרות כתוצאה מחוסר-ההבחנה בין שאלות דיוניות ובין שאלות קונפליקטואליות, ראה שאוה המרקליט לו 464, 469, 476. במאמר זה הכותב מבקש להסיק מהזיקות בית-המשפט לסעיפים 18 ו-19 של החוק, לצורך קביעת הסמכות בענייני מזונות, כאילו נובע מכאן שכפועל פסק-דינו של בית-המשפט (במיוחד פסק-דינו של השופט אלון, שם) מאמץ לעצמו כביכול את ההבחנה בין מהות ופרוצדורה – הבחנה שלהלכה בית-המשפט מסתייג ממנה.

56 England (לעיל, הערה 50), 199 – 203.

מושגת ההרמוניה המיוחלת עם הדין הזר או שמא רק הוחרף הדיסוננס עם הדין הדתי?

כאן הגיע בית-המשפט לבעיה מטרידה. אפילו אתה מכיר בתוקף הנישואין לפי הדין הזר ומחדיר הכרה זו מבחוץ לחובת המזונות הנדונה כשלעצמה לפי הדין האישי, אתה מתקשה להימלט מחובת הגירושין שנקבעה על-ידי בית-הדין הרבני. על-פי הדין היהודי, חיוב האשה בגט שולל את זכותה למזונות, אלא-אם-כן האשה היא המעוכבת מלהינשא מחדש עקב סירובו של הבעל לגרשה<sup>57</sup>.

בשאלה זו הסתפק בית-המשפט בהצבעה על השיקולים הסותרים:

מחד גיסא, אם בית-המשפט האזרחי יתן תוקף לפסק דין זה של בית הדין הרבני, הוא מסכל כמו ידיו את רצונו לשמור על מעמד שנקנה במסגרת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי... מאידך גיסא, עניין לנו בפסק דין רבני, וקשה לראות כיצד ניתן להתעלם ממנו. דבר אחד הוא ליצור מציאות נורמטיבית פיקטיבית, לפיה בית המשפט האזרחי דן בתביעת המזונות לפי המשפט העברי אך בהנחה שהצדדים נשואים; דבר אחר הוא להתעלם מפסק דין רבני הקובע שאין הם נשואים או שהאשה חייבת לקבל גט פיטורין.

אכן, בית-המשפט מאשר מחדש את הטענה שפתרון ההחלה הפיקטיבית איננו כה פשוט וקל כפי שבתי-המשפט חשבו בעבר<sup>58</sup>. אך בית-המשפט סבר שהוא פטור מנקיטת עמדה בשאלה זו, בהדגישו שוב כי החיוב בגירושין במקרה זה נומק לא רק בפסילת הנישואין האזרחיים כי אם גם בהעדר יחסי שלום ביניהם. המסקנה המתבקשת מניתוח זה היא, לכאורה, שלכל הדעות נשמטה הקרקע מתחת לרגלי זכותה של האשה למזונות. אולם בית-המשפט לא היה מוכן ל"היכנע" לאילוצי המתבקש, לפי הניתוח שלו גופו, מן החיוב בגט. הוא גרס כי בכל-זאת לא הונחה "תשתית עובדתית מתאימה" לטענה שהחיוב במזונות פקע. לפיכך הוא הורה על החזרת הדיון לבית-המשפט המחוזי כדי שניח את התשתית העובדתית החסרה. והשאלה שהוצגה היא זו:

במקרה המיוחד שלפנינו, על בית המשפט המחוזי לשאול עצמו, אם על פי המשפט העברי עומדת לאשה זכות למזונותיה או שמא איבדה אותה זכות, וזאת על יסוד ההנחה כי הנישואין בין בני הזוג תופסים וכי קיים פסק דין המחייב את האשה בקבלת גט פיטורין, הן משום הנישואין האזרחיים והן בשל היחסים המעורערים שבין הצדדים.

במכת ראשון, שאלה זו כפי שהוצגה מעוררת קושי, על רקע קביעתו הקודמת של בית-המשפט כי הדיון מוחזר לערכאה הקודמת לשם השלמת "התשתית העובדתית"

57 שרשכסקי, דיני משפחה (ירושלים, תשמ"ד) 150, 167, 414.

58 England (לעיל, הערה 50), 202.

החסרה. בית-המשפט סתם ולא פירש איזה פרטים עובדתיים היו חסרים לו, ושאותם התבקש בית-המשפט המחוזי להשלים כדי שיהיה אפשר לקבוע אם על-פי המשפט העברי עדיין עומדת לאשה זכותה למזונותיה<sup>56\*</sup>. לכאורה היה ניתן לענות על שאלה זו בפשטות ובנקל, כאמור לעיל: עם החיוב בגירושין פוקעת זכותה של האשה למזונות. אם אנו מניחים שאין דופי בעצם החיוב בגירושין, בין מפני שבית-המשפט האזרחי איננו מוסמך או איננו צריך לבדוק ב"ציציותיו" של חיוב זה ובין מפני שהבדיקה מעלה שהחיוב נשען גם על נימוקים כשרים, התוצאה היא אחת: זכותה של האשה למזונות הגיעה לקצה. אין האשה יכולה להשיג, מכוח סירובה להתגרש, יותר זכויות משהיו לו אילו היתה נשמעת לפסק-דין המחייבה בקבלת גט. ברי, שעם ביצוע הגירושין היתה פוקעת זכותה של האשה למזונות.

תוצאה זו היא אף טובה וצודקת באותם מקרים שבהם האשה בעלת כושר השתכרות מספיק כדי לקיים עצמה מבחינה כלכלית לאחר הגירושין. במקרה זה ניתן לומר, על דרך ההכללה הרחבה, כי הפיצוי הניתן לה על מאמציה ותרומתה בא לידי ביטוי נאות בזכויות ברכוש שנצבר במהלך הנישואין. אך ייתכנו מקרים שבהם לא נצבר רכוש ממשי על-ידי הצדדים, למשל, כיוון שכל הכנסתם הופנתה לצריכה, ואילו האשה הפכה להיות תלוית, מבחינה כלכלית, ברכושו הפרטי של הבעל ובהכנסותיו. במקרה זה הצדק דורש שיינתן לאשה פיצוי שיהיה בו כדי לשקם אותה מבחינה כלכלית, כלומר: שיוכל להקל עליה את תקופת המעבר לחיים עצמאיים<sup>59</sup>.

לכאורה, לפנינו בעיה כללית שאיננה מוגבלת לנושא המיוחד שבו אנו עוסקים, קרי: הפקעתם של נישואין אזרחיים. המחוקק החילוני לא נתן עליה את הדעת בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג – 1973<sup>60</sup>, ואילו בתי-הדין הרבניים לא גיבשו מצדם היטב את המנהג לחובת פיצויים שניצניו ניכרו בפסיקתם<sup>61</sup>. אולם העדר הגיבוש והעדר הטיפול מצד הרשויות הדתיות למנהג הפיצויים נובע בפועל מן המציאות המשפטית שבה ההסדרים הממוניים בין הצדדים מוצאים את ביטויים בהסכם הגירושין שהוא, לעתים קרובות, פרי משא-ומתן מייגע ביניהם, לאחר שהתישו זה את זה בהתדיינות קשה וממושכת. אין לומר שהסכמי-גירושין אלו אין בהם לעתים

\*58 יצוין כי השאלה אם האשה ממלאת את תובותיה הוצעה על-ידי בית-המשפט במסגרת אפשרות לטענה נוספת בדיון המזונות. אם מקבלים את העמדה שהחיוב בגט מספיק לשם הפסקת החיוב במזונות, אין, בעצם, צורך להיזקק לטענה זו. אף השאלה שאותה בית-המשפט מזכיר לגבי המשפט העברי, דהיינו: השלשת הגט, אין לה ולא כלום עם הפסקת החיוב במזונות, להבדיל מאפשרות מתן היתר לבעל לשאת אשה שנייה (ראה שרשבסקי, דיני משפחה [ירושלים תשמ"ד] 87).

59 תוצאה זו מושגת בהרבה שיטות משפט על-ידי "מזונות משקמים" (Rehabilitative Alimony), ראה, למשל, 634 *Arean, Family Law* (New York, 1978). זכות זו איננה מוגבלת בהכרח לאשה ועשויה להינתן אף לבעל. ראה, למשל, את פסק-הדין שניתן במדינת פלורידה בארצות-הברית *Pfohl v. Pfohl* (1977) 345 So. 2d. 371. לדיון השוואתי בנושא זה ראה במיוחד Gray, *Reallocation of Property on Divorce* (1977) 293–302.

60 ראה טרסקי, "איוון המשאבים בין בני הזוג" הפרקליט ל 76; רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (ירושלים, תשמ"ב) 335–337.

61 שרשבסקי (לעיל, הערה 57), 438–440; רוזן-צבי (לעיל, הערה 60), 329–334.

קיפוח של אחד הצדדים, שנחשף לסחטנותו של הצד האחר. אך באותם מקרים שבהם לא מתבלטת שאיפה של אחד הצדדים לקנות "בכל מחיר" את הסכמתו לגירושין של חברו, עשויה להיווצר בהסכם הגירושין נקודת-איזון בין האינטרסים של שניהם. נקודת-איזון זו עשויה לשקף לא רק את הזכויות הרכושיות שהתגבשו בעבר, אלא גם את הצרכים הכלכליים של בני-הזוג בעתיד, לרבות הדאגה למוזנות הילדים והחזקתם<sup>62</sup>.

לעומת זאת, בנישואין אזרחיים טמון אמנם יתרון עצום. העובדה שלא נערכו בין הצדדים נישואין כדת משה וישראל מקנה לכל אחד מן הצדדים זכות לדרוש גירושין ללא הוכחת עלות מיוחדות הבנויות על המושגים המסורתיים של אשמה. אין אדם צריך לקנות את חירותו להינשא מחדש על-ידי ויתורים ממוניים או אחרים. אין אפשרות להפיק יתרונות, לגבי תנאי הגירושין, מהתנגדות לעריכתם. מאידך גיסא, דווקא תופעה רצויה ומבורכת זו חושפת תקלה משפטית חמורה שעוקצה מתקנה בגירושין שהם פרי הסכמתם של הצדדים. הכוונה לצורך לפצות פיצוי נאות את הצד הנפגע פגיעה כלכלית כתוצאה מהפקעת הנישואין הנכפית עליו, ושאינו לו פתחון-פה לגבי תנאיה. צורך זה מתבלט, כאמור, באותם מקרים שבהם הזכויות הרכושיות הניתנות לאותו צד אינן מספקות כדי להקל עליו את המעבר מתלות כלכלית לעצמאות גמורה<sup>63</sup>.

אינני חושב, שעל בתי-המשפט האזרחיים להשליך את יהבם בנושא זה על בית-הדין הדתי שגישתו לנישואין אזרחיים עוינת מראש. אף אם במקרה זה או אחר הובעה נכונות מצדו להעניק לצדדים זכויות כלכליות שוות<sup>64</sup> או לתת לצד הנפגע פיצוי שהיה מעין מתת-חסד<sup>65</sup>, אין לסמוך על כך יתר-על-המידה. מאידך גיסא, אינני

62 שיקולים של הצרכים העתידיים מוכאים כחשכון בשיטות משפט אחרות במסגרת שיקול הרעת הרחב שניתן לבית-המשפט בקביעת ההסדרים הכלכליים עם הגירושין. ראה, לדוגמא, החוק החדש שנחקק בנושא זה במדינת ניו-יורק §236 (1983) New York Domestic Relations Law; וראה גם Eekelaar, *Family Law and Social Policy* (London, 1978) 157–165.

63 בעיה זו מאבדת הרבה מחריפותה במסגרת שיטה לחלוקת נכסי המשפחה המביאה בחשבון זכויות שיבשילו רק בעתיד, כגון כושר השתכרות שנרכש על-ידי אחד מבני-הזוג כתוצאה מתרומתו של חברו (ראה, למשל, פסק-דין שניתן במדינת ניו-גי'רסי בארצות הברית) (1982) *Mahoney v. Mahoney* 91 N.J. 488, 453 A.2d 527 או זכויות פנסיה, אף אם טרם התגבשו בירי המקבל (השווה פסק-דין שניתן במדינת קליפורניה 633 Cal. Rptr. 838, 15 Cal 3d. 838, *In Re Marriage of Brown*). לטענה שהנהגת "גירושין ללא אשמה" במדינות רבות בארצות הברית הרעה באורח בלתי צפוי את מצבם החברתי והכלכלי של נשים וילדים, ראה לאחרונה L. Weitzman, *The Divorce Revolution* (New York, 1985).

64 מטעמים אפולוגיטיים, מרבים לצטט לעניין זה את "פסק דין החובות" כדוגמא לכך, אך מתקבל הרושם שפסק-דין זה נשאר יחיד, או כמעט יחיד. פסק-הדין פורסם בפד"ר ה 124.

65 ראה, למשל, פסק-דינו של בית-הדין הרבני הגדול בערעור תש"ג/89 פר"ר ג 378, 379–378, שם נאמר כי "כיון שמה שעליהם להתגרש אינו מפני שנקבע שנחשבים כנשואים לפי הדין, אלא מספק ולחומרא אין להתירם כלי גט... אבל בנוגע לחיובו במוזנות אין מוצאין ממון מספק כיון שאין לו שום חיובי אישות כלפיה... ובלקוח כחשכון את כל המסיכות המיוחדות שבכאן שחיו יחד כעשרים שנה וגם נולדו להם ארבעה ילדים, הביאו את המשיב לידי כך שסיכום לתת לה פיצויים הגונים..."

חושב שקצרה ידו של בית-המשפט להושיע בכוחות עצמו. לצורך זה יש לעבד מכשירים משפטיים מתאימים, פרי קונסטרוקציות חוזיות, שבכוחן לתקן את המעוות ולשמש בסיס להענקת פיצוי הולם<sup>66</sup>. אם יתגבש הדבר בהכרה המשפטית ויופעל במציאות המשפטית, יוכלו בתי-המשפט האזרחיים לעשות צדק לפי שיקול-דעתם, ולא יפטרו עצמם מחובה זו בהבעת תרעומת מוצדקת על מחדלן של הרשויות הדתיות<sup>67</sup>. מבחינת הסמכות, ההחלטה בשאלת הפיצוי הניתן במקרה מתאים לבן-ההוגג הנפגע יכולה להינתן במסגרת דיון בתביעה למזונות. הפסקת המזונות כתוצאה מחיוב בגירושין, או אפילו מהפקעתם על-ידי הכרזת בטלות, מן הדין שתהיה מותנית בסיפוק האינטרסים הכלכליים של בן-ההוגג, כפי שיחליט בית-המשפט בתוקף שיקול-דעתו<sup>68</sup>.

ייתכן אפוא שזוהי המשמעות המשפטית הנכונה של החלטת בית-המשפט העליון במקרה שלפנינו. התשתית העובדתית החסרה איננה דרושה לצורך בניינה של הלכת המשפט העברי שעל-פיה חיוב בגירושין מפקיע את זכות האשה למזונות. השאלה האמיתית, שלגביה נדרשים שיקול-דעת ובדיקה עובדתית, היא האם נשמרים האינטרסים הכלכליים הלגיטימיים של האשה, עקב חיובה להתגרש ושלילת זכותה למזונות. לצורך זה אמנם היתה הצדקה מלאה להתזרת הדין לבית-המשפט המחוזי, שהחלטתו הסופית תהיה, כמובן, חשופה שוב לביקורת ערעורית של בית-המשפט העליון. החזרת הדין הנראית, לכאורה, כהתחמקות מהכרעה, יכולה להתפרש כמתן הזדמנות לבדיקה עובדתית יסודית ומחשבה משפטית נוספת היכולה לבוא בעקבותיה.

הגישה הכללית שעל-פיה יש להבחין בין החתירה להפקעת הנישואין אשר אותה כשלעצמה אין למנוע, ובין האינטרסים הכלכליים שעליהם ניתן וצריך להגן, עולה בקנה אחד עם התעלמותו המפתיעה של בית-המשפט מהוראת-חוק שמכוחה היה אפשר, לכאורה, להציל את זכות האשה למזונות. הכוונה להוראת סעיף 4(1) לפקודת העדה הדתית (המרה) שעל-פיה המרת-עדה שגרשמה לפי הפקודה אין בכוחה לפגוע בהתחייבויות שחלו על הממיר לפני המרתו<sup>69</sup>. אם אין בכוחה של המרת-עדה שגרשמה לפגוע בהתחייבויות קודמות, קל-יחומר שאין בכוחה של המרת עדה לא-רשומה לפגוע בהן. אני מתקשה להניח שהוראה זו נעלמה מנגד עיני בית-המשפט, נוכח הניתוח היסודי שהוקדש בפסקי-הדין שלפנינו לשאלות

66 ראה על כך במפורט שיפמן, דיני המשפחה בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 278, 225, 284; והשווה ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529.

67 ראה, למשל, ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לת(3), 561, 571; והשווה ע"א 571/69 כהנא נ' כהנא, פ"ד כד(1), 549, 557, 558.

68 השווה הטענה שנטענה בע"א 592/83 הנ"ל, שם, בעמ' 568.

69 אמנם ניתן לטעון, כי ההתעלמות מהוראת סעיף 4(1) לפקודה היא פועל-יוצא מגישתו של בית-המשפט שעל-פיה אין הפקודה חלה בנסיבות אלו. עם זאת דומה שהדברים הם בבחינת קל-יחומר: ומה המרת דת שגרשמה כדין אין כוחה עמה לפגוע בהתחייבויות קודמות, המרת דת לא-רשומה, לא כל-שכן. לגישה דומה לגבי סעיף 4(2) לפקודה, ראה שיפמן (לעיל, הערה 66), 80; ולדין בסעיף 4(1) עצמו, ראה שם, עמ' 82 – 83.

המשפטיות השונות והשימוש הנרחב בספרות המשפטית שעסקה בהן. אכן, השימוש בהוראה זו היה בעייתי במקרה שלפנינו מסיבות שונות, וביניהן שאלת טיבו של הדין שעל-פיו נקבעה חובת המזונות לפני התגירתו של הבעל<sup>70</sup>. אך דומה שבית-המשפט סבר, שאפילו אם מבחינה מושגית ניתן לבסס את המשך חובתו של הבעל במזונות אשתו על יסוד מקור אחר, היצוני, אין טעם להתעלם מפסק-הדין הרבני המחייב את האשה בקבלת גט. פסק-דין זה שם קץ לחובת המזונות אפילו היתה מוכרת קודם מבחינה עקרונית. התוצאה הסופית עשויה להיות טובה ומועילה: אפילו אם כוונותיהם של הרבנים אינן רצויות (ביטול נישואין אזרחיים), מעשיהם רצויים (גירושין ללא אשמה). התפקיד המשלים, היינו: הגנה על האינטרסים הכלכליים, צריך לבוא מבית-המשפט האזרחי עצמו.

70 השאלה היא אם היה לאיש דין אישי שעל-פיו הוטלה עליו חובה במזונות (האם הדין ההינדי נחשב לדין אישי לעניין זה?) או שמא בהעדר דין אישי מוכר חל עליו באותה שעה החוק החילוני.