

הלכה "פסוקה" העומדת על כרעי תרנגולת

איזה בית דין מוסמך לדון בקביעת אבהות?

בדברים מעניינים ומאלפים אודות "קביעת אבהות על-ידי בדיקת סוג דם..." שפורסמו ב-"אסיא"¹ שילב המחבר הנכבד, פרופ' דב פרימר, פסיקה אודות הערכאות המשפטיות המוסמכות לדון בשאלות אבהות. ואלה דבריו:

"הלכה משפטית פסוקה היא שענייני אבהות אינם כלולים בין ענייני המעמד האישי שיש לדונם לפי הדין הדתי או בפני בית הדין הרבני"².

מאמרו של פרופ' פרימר מזכיר פסקי-דין ישראלים רבים, ביניהם לפחות אחד שניתן "בשנת 1980"³ ואף על פי כן נעלם מעיניו פסק-דין מראשיתה של אותה שנה⁴ המתעלם כליל מאותה הלכה "פסוקה", ואף קובע דברים כדורבנות בניגוד לה: "בהתנהגותו לפני בית הדין הרבני הביע (בוזגלו, העותר בפני בג"צ) הסכמתו לשיפוט בית הדין כאמור בסעיף 9 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953", אותו סעיף 9 קובע את השיפוט של בתי הדין הרבניים, בענייני המעמד האישי המפורטים, בין היתר, "בסעיף 51 לדבר המלך כמועצתו על ארץ ישראל 1922-1947". הלכת בוזגלו קובעת, אם כן, כי אבהות הינה גם הינה אחד מענייני המעמד האישי. נכון היה, איפוא, להציג את המצב המשפטי לפחות כנתון במחלוקת בפסיקת בית המשפט העליון, אף על פי שזה מקרוב⁵ ניתן פסק דין חדש⁶ המבקש גם הוא להתעלם מהלכת בוזגלו ולשוב להלכה הישנה, הלכת בווארון⁷, שעליה אכן הצביע פרופ' פרימר⁸.

נוכח תנודות אלה בפסיקת בית המשפט העליון מתבקשת השאלה: מה פגם מצא כבוד השופט אהרן ברק בהלכת בוזגלו? אלה דבריו:

"על פי הילכת בג"צ 283/73 (בווארון)⁹ ענייני אבהות אינם מענייני המעמד האישי ועל כן אפילו באה הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר אין בכך כדי להקנות סמכות על פי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג 1953. אין לפרש את הימנעותו מלדון בסוגיה זו... כהסתגרות מהלכת בג"צ 283/72

1. לעיל עמ' 185-209

2. שם, עמ' 190, רישא.

3. שם, עמ' 189, הערה 22.

4. בג"צ 539/79 בוזגלו נ. בית הדין הרבני האזורי באר-שבע ואח'. ניתן ביום כ"ז בטבת תשמ"מ, (16 בינואר 1980) על ידי השופטים חיים כהן (כתוארו אז), ש. אשר ומ. אלון. פסק הדין מובא במלואו ברשימתנו "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בענייני המעמד האישי, השיפוט בענייני אבהות" שהופיעה ב-עיוני משפט, כרך ז (תשמ"מ 1980).

5. ביום א' בחמו תשמ"ג (12 יוני 1983).

6. ע"א 201/81 פרץ נ. אסולין (על-ידי השופט אהרן ברק, עמו הסכימו השופטים בייסקי ולרין) פ.ד. לו (2) 838.

7. בג"צ 283/72 בווארון נ. בית הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו פ.ד. כו (2) 727.

8. לעיל עמוד 190, הערה 23.

9. לעיל הערה 7.

(בוארון) או כהסכמה לבג"צ 593/79 (בוזגלו)... עיינו בתיק זה ונוכחנו לדעת כי בג"צ 283/72 (בוארון) לא היה לנגד עיניו של בית המשפט אשר נתן את החלטתו בו במקום¹⁰.

קשה לדרת לסוף דעתו של כבוד השופט אהרן ברק בדבריו האחרונים. הרי חזקה על בית משפט שידוע הוא את הדין, והדין ודאי כולל הלכה כה עקרונית ומנחה כמו בוארון, עליה חזר בית המשפט העליון בשורה של פסקי דין¹¹. היעלה על הדעת שכמה מבכירי שופטיו של בית המשפט העליון הכריעו פה אחד בפרשת בוזגלו מבלי לתת את הדעת על הלכת בוארון? יתרה מזו, כיצד ניתן לקבוע בודאות מה היה ומה לא היה "לנגד עיניו" של בית משפט כאשר זה האחרון הוא גוף קוליגיאלי המורכב משלושה השופטים אשר כתבו, כל אחד בנפרד, את חוות דעתו? בהמשך נראה פסקי דין אחרים מהם עולה כי לפחות שניים מתוך שלושת שופטי ההרכב בפרשת בוזגלו נקטו בעמדות המתיישבות עם הלכת בוזגלו ומסבירות אותה. מכל מקום, עובדה שכל המעיין בתיק בוזגלו יכול לעמוד עליה, היא כי בעיקרי הטענות של המשיבות 2 ו-3 יש התייחסות ברורה למדי להלכת בוארון. זאת באמצעות איזכור מאמרו של הד"ר פנחס שיפמן "שיפוט ומשפט בענייני אבהות"¹² הן בצורה מקיפה דווקא בהלכת בוארון. והחושף את אחת מחולשותיה. העובדות שבפרשה האחרונה, ע"א 201/81 אבלין פרץ ואח' נ. דוד אסולין, זכו לטיפול שאיננו יותר משובח מזה שזכתה לו הלכת בוזגלו. כבוד השופט אהרן ברק מוסר בפיסקה הראשונה של פסק דינו כי:

"ביום 11.3.80 פנתה פרץ אבלין (להלן – המערערת מס' 1) אל בית הדין הרבני כאשדוד בתביעה אשר נושאה הוא עכוב נישואין. בפרטה את מהות התביעה מציינת המערערת מס' 1 כי היא מבקשת לעכב את הנישואין של הנתבע באותה תביעה, דוד אסולין, הוא המשיב לפנינו. הטעם לכך הוא שהמערערת מצויה בהריון מהמשיב.

ביום 14.4.80 הגישה המערערת מס' 1 כתב תביעה נוסף בפני אותו בית דין אשר נושאו הוא עכוב יציאה מהארץ. בפרטה את מהות התביעה מציינת המערערת מס' 1 שהיא חיתה עם המשיב, היא מצויה בהריון ממנו, נפתח על-ידיה תיק הכרת אבהות ועכוב נישואין וכי לאור המידע שבידה שהמשיב עומד לעזוב את הארץ מתבקש עכוב יציאתו את הארץ.

בעקבות זאת ניתן צו עיכוב כמבוקש.

ביום 12.5.80 (כ"ז אייר תש"מ) נערך דיון בפני כבוד הרב אליעזרוב.

המערערת מס' 1 הופיעה בעצמה ואילו המשיב היה מיוצג¹³.

10. באותה רוח פסק כבר קודם לכן השופט א' נוימן בתמ"א (חי') 454/79 ניקול בת אליס מוריוסף נ. רמי מזרחי, פסקים תשמ"א ב', 128 בעמ' 131 ב.

11. ביניהם: ע"א 620/74 מור נ. פלוגית פ"ד ל (1) 220,218: "הלכה פסוקה מלפני בית משפט זה היא שענין האבהות איננו נמנה עם ענייני המעמד האישי". ע"א 718/75 עמרם נ. סקורניק פ"ד לא (1) 29, 34: "גם בלאו הכי לא היתה הקביעה בענין אבהות מענייני המעמד האישי שבהם יכולה הכרעת בית-דין הרבני ליצור מעשה בית-דין בג"צ 283/72 (בוארון)".

12. משפטים כרך ד (תשל"ג), עמ' 664.

13. ההרגשות הן של כותב השורות הללו.

בהמשך, בסעיף 4 לפסק-דינו, קובע כבוד השופט אהרן ברק "...ברור הוא כי התביעה העומדת בפני בית הדין הרבני והתביעה העומדת בפני בית המשפט המחוזי הן תביעות שונות. בעוד שבפני בית המשפט המחוזי עומדת תביעת אבהות המוגשת על ידי המשיבה מס' 2 (כלומר הקטינה אשרית שנולדה בינתיים י.מ.) הרי בבית הדין הרבני תביעה כזאת אינה קיימת לא להלכה (מבחינת כתבי הטענות) ולא למעשה (מבחינת העמדות שנקטו הלכה למעשה)"¹⁴.

אכן, "מבחינת העמדות שנקטו הלכה למעשה", ובמיוחד מבחינת הטענות שהעלתה בבית הדין הרבני המשיבה — שבפני-בית-המשפט-העליון, מה ההבדל בין תביעה המוגשת על-ידי "תיק הכרת אבהות", לבין תביעה של, כביכול, הקטינה עצמה מיד אחרי לידתה? קל להוכיח, מתוך חוק הירושה תשכ"ה-1965, כי, דווקא מבחינת שיפוטו של בית דין דתי על עובר, אין להבחין בין תביעה ל"הכרת אבהות" המוגשת על-ידי אמו בהיותה בהריון לבין תביעה כזו המוגשת על-ידיה לאחר הלידה, תהא התביעה מוגשת בשם האם או בשם הרך הנולד. בסעיף 155 (ב) לחוק הירושה מגן חוק זה על זכויותיהם של "קטיין" ושל "מי שהוכרו פסול לדין". בית דין דתי איננו מוסמך להעניק לשני אלה פחות ממה שהם זכאים לו על פי חוק הירושה. סעיף 155 (ב) עובר בשתיקה על זכויותיו של עובר, וזאת למרות של-פי סעיף 3 (ב) לאותו חוק גם עובר דינו כירוש. כיצד עלינו להבין שתיקה זו של המחוקק ביחס לעובר? האמנם התכוון המחוקק הישראלי ל"הפקיר" את זכויותיו של עובר לחסדי בית דין דתי, ללא אותה הגנה שאותו מחוקק הקפיד להעניק ל"קטיין" ול"מי שהוכרו פסול לדין"? יש להודות כי זו היא אכן המסקנה העולה מדבריה של כבוד השופטת הדסה בן עיתו, בדעת הרוב בע"א 413/80 פלוגית נ. פלוגי¹⁵:

"עדיין עלינו להידרש לשאלה לאיזו מטרה ממנים אפוטרופוס על עובר על פי סעיף 33 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (להלן — "חוק הכשרות"). התשובה לשאלה זאת מצויה אף היא בחוק החרות, ורק שם יש לחפש אותה. בכל מקום שהיה המחוקק סבור שקיימת זכות של עובר, שלמען הגנה עליה יש למנות אפוטרופוס — מוצא הדבר ביטוי מפורש בחוק. ראה סעיף 42 (ג) לחוק הירושה (הדן ביורש אחר יורש)¹⁶ וסעיף 57 (ד)¹⁷ לאותו חוק (העוסק במוזונות מן העובון) וכן סעיף 78 לפקודת הנוזיקין (נוסח חדש) (הדן בזכותם של תלויים לפיצויים עקב

14. ההדגשות הן של כותב השורות הללו.

15. פ.ד. לה(3) 57, בע"ע 82-83.

16. סעיף 42 (ג) לחוק הירושה קובע:

יורש אחר יורש

השני יזכה אם היה כשר לרשת את המצווה בשעת זכייתו אף אם לא היה כשר לכך במות המצווה; מת השני לפני שעת זכייתו או שנמצא פסול לרשת או שהסתלק מן המגיע לו, הוראת הצוואה לטובתו מתבטלת".

בכל הכבוד, אין אנו מגלים בסעיף זה שום "ביטוי מפורש" למינוי אפוטרופוס, ובודאי לא למינוי אפוטרופוס לעובר.

17. סעיף 57 (ד) לחוק הירושה קובע:

"ילד לענין מוזונות — לרבות ילד שנולד לאחר מות המוריש... בכל הכבוד, גם כאן אין מגלים שום "ביטוי מפורש" למינוי של אפוטרופוס.

מות המפרנס)¹⁸. בכל המקרים הללו מדובר בענייני ממונות ובשמירה על זכויות עתידיות שיקומו לעובר עם היוולדו כאשר יהפוך לאישיות משפטית...¹⁹ שוב, אני מציעה, שנלמד את כוונת המחוקק מתוך החוק עצמו: אילו ראה המחוקק את העובר כאוביקט לאפטרופסות בדרך כלל (ולא רק לעניינים מיוחדים כפי שנמנו לעיל), יש להניח שהיה מחיל עליו את הדין הקיים לגבי אפטרופסות טבעית של הורים על ילדיהם, בפרק המיוחד לכך בחוק הכשרות... לעובר אין זהות, ולכן אין להעלות על הדעת אינטרס, שהוא ספציפי לעובר מסוים, וראוי לייצוג ולהגנה על ידי אפטרופוס מיוחד.²⁰

בכל הכבוד והיקר נאלצים אנו לחלוק על דברים אלה של כבוד השפוטת. אף אחד מסעיפי החוק שבהם גילתה כבוד השופטת "ביטוי מפורש" למינוי אפטרופוס לעובר איננו מכיל שום ביטוי מפורש כזה²¹. יתירה מזו, אילו שקלה כבוד השופטת גם את הוראת סעיף 3(ב) לחוק הירושה, הקובעת, כאמור, את דינו של עובר כיוורש, אפשר שהיתה נחשבת לנו גם מסקנתה הנחרצת ש"אין להעלות על הדעת אינטרס, שהוא ספציפי לעובר מסוים וראוי לייצוג על-ידי אפטרופוס מיוחד". אולם, למרות הסתיגויות אלה, מסכימים אנו בכל הכבוד עם השופטת בן עתו כי "אילו ראה המחוקק את העובר כאוביקט לאפטרופסות בדרך כלל (ולא רק לעניינים מיוחדים כפי שנמנו לעיל) יש להניח שהיה מחיל עליו את הדין הקיים לגבי אפטרופסות טבעית של הורים על ילדיהם, בפרק המיוחד לכך בחוק הכשרות". אכן, כמוכח על-ידי איזכורו של העובר בסעיף 3(ב) לחוק הירושה לעומת שתיקת המחוקק, במה שנוגע לעובר, בסעיף 155(ב) לאותו חוק, האפטרופסות הטבעית של רווקה שהיא בהריון תחול על האינטרסים של העובר שברחמה מתוך אנאלוגיה לסעיפים 28 ו-30 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות: "28. הורה שמת

מת אחד ההורים תהא האפטרופסות על הקטין להורה השני... והוא הדין... אם אחד ההורים אינו יודע או שלא היה נשוי להורה השני ולא הכיר בקטין כילדו".
"30. סייגים לסעיפים 28, 29

לא ימנה בית המשפט אפטרופוס בנוסף על הורה אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין ולאחר שניתנה הזדמנות להורה להשמיע את טענותיו..."
משמעות הוראות אלה במסגרת סעיף 155 לחוק הירושה היא כי, כל עוד לא מינה בית משפט או בית דין אפטרופוס בנוסף על ההורה, הסכמה "בכתב" מצד אשה בהריון לשיפוטו של בית דין דתי דיה כהסכמה "בכתב" גם לענין אותם אינטרסים של העובר שלגביהם אותה אשה היא אפטרופסית טבעית. אילו רצה המחוקק להגביל את כושרה

18. שום "ביטוי מפורש" למינוי אפטרופוס לעובר אינו נזכר בסעיף זה, ואף שום עובר לא נזכר בסעיף לא במפורש ולא מכללא (אם כי, בדרך פרשנות, ניתן אולי להכליל עובר במסגרת "ילדו" של האדם שמתו נגרם על-ידי עוולת נזיקין).

19. השופטת בן עתו מפנה למאמרו של פרופסור ג. טדסקי, "On Tort Liability for Wrongful Life" (1966) Isr. L.R. 513, 527, 528. שם היא מוצאת את הדעה כי "הזכות להולד" "אינה קיימת בחוק שלנו".

20. לעיל הערה 16. ההדגשה שלנו.

21. לעיל הערות 17, 18, 19.

של אפוטרופסית טבעית זו להביע הסכמה לענין השיפוט, היה עליו לפרש זאת בדיוק כפי שקבע מפורשות הוראה ביחס ל"קטין" ול"מי שהוכרז כפסול דין" בסעיף 155(ב). מכל מקום כושרם של אפוטרופסים טבעיים לגבי עובר ודאי איננו נופל מושרם לגבי "קטין" ולגבי "מי שהוכרז כפסול דין"²².

מסיבה זו גם לא יעלה על הדעת לטעון כי, עם צאתו של העובר לאויר העולם, משוחרר הוא מכפיפות לשיפוט של בית דין דתי שקיבל הסכמה לשיפוט מידי אמו בהיותה בהריון והוציא צו ניהול עזבון או הוציא צו לחלוקת נכסי העזבון עפ"י סעיף 155(ד) לחוק הירושה.

בהנחה שהסכמה מועילה גם לענין שיפוטו של בית דין דתי בענין אבהות (ולשאלה זו נתייחס להלן), ניתן ללמוד, בדרך קל וחומר, מדיני ההסכמה ששיפוט בית דין דתי בעניני ירושה גם לענין הסכמה לשיפוט בענין אבהות. אותה מידה של התחשבות בהסכמתו של אדם לענין זכויותיו הממוניות בירושה ראויה אף יותר לענין ייחוסו, שמו הטוב וכבודו, הכרוכים כולם בנושא האבהות. כשם שהאפוטרופסות הטבעית של אשה רווקה על עובר ברחמה נשאת בעינה גם לאחר צאתו של העובר לאויר העולם והפיכתו ל"קטין" במה שנוגע לירושה, כך גם נחשבת אפוטרופסותה הטבעית במה שנוגע לתביעה להכרה באבהות. זו איננה מסקנה נועזת שכן גם לאחר לידתו של העובר, כאשר האם מתימרת להגיש תביעת אבהות בשם הקטין, הגורם הפועל, השוקל והמחליט הוא שוב האם. הפרדה בין האם לבין הקטין שזה עתה נולד לענין הגשת תביעת אבהות איננה מתקבלת על הדעת יותר מאשר הפרדה ביניהם לענין הגשת בקשה למנוי מנהל עזבון, לחלוקת נכסי עזבון (סעיף 155(ד) לחוק הירושה), למתן צו ירושה או צו-קיום-צוואה או לקביעת מזונות מן העזבון (סעיף 155 (א) לאותו חוק).

כיצד הגענו למצב האבסורדי בו מועילה הסכמה, בענין ממוני כמו ירושה, כדי להחיל את שיפוטו של בית דין רבני עליה בעוד שבענין כה משפחתי כמו אבהות ניתנו פסקי דין סותרים: בוארון מצד אחד ובזוגלו מצד שני? האם בתי הדין הרבניים הם הערכאה המובהקת הדנה בדניי ממונות במדינת ישראל?

הסתירה בין אותם שני פסקי-דין איננה מקרית, אף על פי שבית המשפט בפרשת בזוגלו "נתן את החלטתו בו במקום", כדברי השופט אהרן ברק. ההרכב שדן ופסק בפרשת בזוגלו כלל את השופטים חיים כהן (כתוארו אז), ש. אשר ומ. אלון. לפחות שניים משופטים אלה הביעו דעות בפסקי-דין אחרים המתיישבות עם המסקנה שאליה הם הגיעו בפרשת בזוגלו, הרבה יותר מאשר עם המסקנה הישנה בפרשת בוארון. בע"א 287/78 לרר נ. קורבר²² אמר השופט חיים כהן (כתוארו אז):

"... אין בית-משפט נזקק לטענת המערער שיש בה כדי להדביק על הכת את תו הממזרות. המערער אומר שכל ידיעתו לענין זה באה לו ממה שאמרה לו המשיבה,

22. אין עוררין על סמכותה של אם להגיש תביעת מזונות של בנותיה הקטינות כפני בית דין רבני. "ברי שכתביעה כזו יכולות היו להיות מיוצגות על-ידי האם וייצוג זה תקף הן מבחינת זכות האם לייצוג והן מבחינת ההסכמה הנדרשת על-ידי קטין לסמכות בית הדין לפי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג 1953" ע"א 289/82 דאובה נ. דאובה לו (4) 625, בעמ' 628 רישא.

22. פ.ד. (1) 294, בעמ' 294.

שלא הוא אבי ילדתה. ההלכה היא כי אשת איש האומרת על ילדה שאינו מבעלה אינה נאמנת לפוסלו (שולחן ערוך, אבן העזר, ד, כ"ט על פי רמב"ם, הלכות איטורי ביאה טו, י"ט); והוא משום שאם כי זנתה תחת בעלה, הכלל הוא כי רוב בעילות אחר הבעל, ואשה מזנה — בניה כשרים (סוטה כ"ז א, ב; אבן העזר שם טו). אמת נכון הדבר כי "האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא — נאמן, ואם יש לבן בנים אינו נאמן, שלא האמינה אותו תורה אלא על בנו שנאמר (דברים כא 17) "כי אם הבכור בן השנואה יכיר" — יכירונו לאחרים; וכשם שנאמן לומר "בני זה בכור" כך נאמן לומר "בני זה ממזר" (כלשון הרמב"ם, שם ט"ו). ואולם במה דברים אמורים, בדברים שנאמרו מתוך "הכרה" וידיעה ברורה, ולא מתוך חששות בעלמא או על פי מה שאמרה לו אשתו (תשובות י' עקיבא איגר, קכ"ח, ד"ה עוד; פסקי-הדין הרבניים בישראל א, 55, 62, ב 119, 122 והאסמכתאות הנוספות המובאות שם). ויש פוסקים שנאמן האב לפסול רק את העובר במעי אמו, והוא משום שידע שלא בא עליה כלל, אבל משנולד הבן, הרי עומד הוא בחזקת כשרות שאינה ניתנת להזמה (אוצר הפוסקים ד, ק"מ) ועל כל פנים אינו נאמן לפסול את בנו אלא אם פסל אותו (לא "הכיר" בו) בהודמנות הראשונה שהיתה לו לכך, ואילו אם כבר "הכיר" בו כבנו, בין במפורש ובין בהתנהגות, אינו יכול לחזור בו, שכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד (הרמ"א בהגה לאבן העזר ד כ"ט שו"ת תשב"ץ ב, צ, צא), ולא זו בלבד אלא מקום שהבעל אומר "איננו בני", משום שהוא רוצה להתנער מן החובה לזונו או להשיג לעצמו טובה הנאה חומרית אחרת (כגון ביטול חיוביו על-פי הסכם), אינו נאמן (תשובות חתם סופר, אבן העזר ע"ו, וראה פסק-דין בתי הדין הרבניים בישראל ב 254, 259, ה, 346, 349).

מכח מה הירשה לעצמו השופט חיים כהן לשאוב שאיבה זו מלוא החפניים מן המשפט העברי? אם אכן אבהות כלל איננה מענייני המעמד האישי חייב היה השופט חיים כהן לצלול בעמקי הקאזואיסטיקה של המשפט המקובל האנגלי, כמצוות סימן 46 לדבר המלך שהיה אז בתוקף, כדי לדלות משם תשובה לשאלה מה משקל יש לתת, אם בכלל, לטענת אדם נשוי שבתו איננה ממנו. אף לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט תש"מ-1980, יחד עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך, פסק לא אחר מאשר השופט ברוך עצמו כי "המשפט העברי לא חל משום שהוא לא נקלט"²³. אם כן, רק הוראה מפורשת של החוק החרות יכולה להתיר פניה אל המשפט העברי, הוראה כזו קיימת בסימן 47 לדבר המלך המורה לבתי המשפט האזרחיים להחיל את "הדין האישי" "בענייני המעמד האישי כפי שהם מוגדרים בסימן 51" לדבר המלך. הרי לפנינו ראייה כי לשיטתו של השופט חיים כהן אבהות היא דווקא כן מ"ענייני המעמד האישי כפי שהם מוגדרים בסימן 51" לדבר המלך, ולא בכדי פסק שופט זה מה שפסק בפרשת בוזגלו. גם אין למעט מחשיבות הלכת בוזגלו בטענה שבג"צ בוארון "לא היה לנגד עיניו" של השופט חיים כהן, כי כפי שראינו לעיל טענה זו איננה נכונה מבחינה עובדתית, ואפילו היתה נכונה לא ברור מדוע עובדה כזו מפחיתה ממשקלו של פסק-הדין, כאשר נימוקיו של השופט עולים בברור מפסק-דין אחר שלו.

23. די"ג 40/80 קניג נ. כהן פ.ד. ל"ו (III) 701, 726 רישא.

גם השופט מנחם אלון איננו שלם עם ריצת האמוק לעבר המשפט האנגלי בכל הנוגע לפרוש ענייני המעמד האישי. בבג"צ 106/79 מח'ול נ. מח'ול²⁴, לאחר שהזכיר את הלכת בר"מ 1/49 רוזנבאום נ. רוזנבאום²⁵ בה הוחלט "כי מונחי המעמד האישי שבדבר המלך במועצתו צריך שיתפרשו על פי משמעותם במשפט האנגלי", שב השופט אלון והביא את דעת הרוב (השופטים זמורה ואסף) בגילגול הקודם של אותה פרשה²⁶ ואף ציטט ממנה גם את הדברים הבאים של הנשיא (זמורה):

"... אין להניח שהמחוקק רצה להכניס את דיני העדות השונות כולן כאחת לתוך מסגרת המונחים האנגליים על דקרוקיהם. מסגרת כזאת היתה מיטת סדום לדיני העדות למיניהן... (שם, עמ' 241)"

בהמשך בדק השופט אלון את הנובע מ"דרך פרשנות זו" לענין הסכסוך שנדון שם. לעניינינו חשוב, כפי שיובהר להלן, כי הלכת בווארון מתמוטטת כליל, אם נלך לפי דרך הפרשנות שנסללה בכד"מ 1/49 רוזנבאום נ. רוזנבאום, כלומר אם נפרש את עניני המעמד האישי "בראש ובראשונה"²⁸ על פי המשפט האנגלי. לעומת זאת הלכת בוזגלו זוכה לביסוס מלא אם נלך בדרך הפרשנות האחרת שאותה החל לסלול הנשיא (זמורה) בדברים המצוטטים לעיל מתוך פסק-דינו של השופט אלון. אולם, אפילו לא נלך בדרך הפרשנות האחרונה ונתייחס להלכת בווארון בפני עצמה, לא נוכל להתעלם מן הקושיות העולות מהלכת בווארון שמספרן רב יותר ממספר התשובות שהיא מספקת:

1. אף-על-פי שבית המשפט לא נתן "את החלטתו בו במקום" בפרשת בווארון, חסרה בו הנמקה לסטיה העקרונית החשובה שאותה החלטה סתתה מהלכת ביד"מ 1/49 רוזנבאום. לא רק שבית המשפט בפרשת בווארון לא פנה ב"ראש ובראשונה" למשפט האנגלי אלא שהוא לא פנה בכלל אל המשפט האנגלי, וזאת ללא שום הסבר או נימוק. נכון שהפרשנות על פי המשפט האנגלי כבר הגיעה למכוי סתום²⁸, אולם אם אכן הגיע בית המשפט בפרשת בווארון למסקנה זו, היה עליו לציין זאת במפורש כי סטיה כה מרחיקה לכת חייבת הסבר.
2. הלכת בווארון נוצרה מתוך השוואה בין הגדרת ענייני המעמד האישי שבסימן 51 לדבר המלך משנת 1922 לבין רשימת עניינים דומה הקבועה בחוק עות'מאני קדום יותר, הלא הוא חוק הפרוצדורה של בתי הדין השרעיים משנת 1333. שוב, הלכת בווארון איננה מבהירה מהי ההצדקה לפרש את ענייני המעמד האישי בדרך של השוואה כזו.
3. כלל פרשנות בסיסי הוא שלצורך פירוש מונח או ביטוי יש לבדוק מה ניתן ללמוד לגביהם מתוך ההקשר שבו הם מצויים. לעניינינו, מאחר שענייני המעמד האישי מופיעים בדבר המלך על ארץ ישראל משנת 1922, ראוי היה לבדוק "בראש

24. פ.ד. לר (1) 825.

25. פ.ד. ז 1037.

26. ע"א 376/46 רוזנבאום נ. רוזנבאום פ.ד. כ 235.

27. הרשימה הנוכרת לעיל בהערה 4.

28. ביד"מ 1/49 רוזנבאום נ. רוזנבאום פ.ד. ז 1037 בעמ' 1044.

28א. כמוכח ברשימתנו "קץ ההתמכרות למשפט האנגלי בפרוש ענייני המעמד האישי". לעיל הערה 4.

וכראשונה" מה אומר אותו מסמך לגבי עניינים אלה. כפרט ראוי היה לשים לב להוראת סימן 47 לדבר המלך שכבר נזכרה לעיל והמתייחסת במפורש דווקא ל"ענייני המעמד האישי כפי שהם מוגדרים בסימן 51" לדבר המלך. הלכת בווארון איננה דנה בהשלכות סימן 47 לגבי פירוש ענייני המעמד האישי²⁹.

4. הלכת בווארון איננה שועה גם ללקח העולה מהתייחסות המחוקק הישראלי להגדרת עניני המעמד האישי³⁰. לקח זה איננו שונה מן המסקנה המתבקשת מהוראת סימן 47 לדבר המלך.

5. הלכת בווארון מתעלמת מעיקרון מושרש היטב בפסיקה הישראלית, הוא עקרון ההמשכיות בין התקופה העות'מאנית לבין תקופת המנדט, במה שנוגע להגדרת ענייני המעמד האישי³¹. התרגום העברי הרשמי של דבר המלך משנת 1922 מכליל בין ענייני המעמד האישי גם "כשרות יוחסין של קטינים ואימוצם"³². גם גורכי, בספרו משנת 1926, נתן לענייני המעמד האישי משמעויות הלקוחות מן המשפט העות'מאני ולא מן המשפט האנגלי³³.

6. כתוצאה, ואולי אף ללא שימת לב, הלכת בווארון תרמה להעמקת הקרע הקיים בין שתי מגמות נוגדות המשסעות את הגדרת "ענייני המעמד האישי" בפסיקה הישראלית. מצד אחד, פירוש ענייני המעמד האישי על-פי המשפט האנגלי³⁴, ומצד שני פירושם על פי המשפט העות'מאני³⁵. בפסק-הדין שלפנינו, ע.א.

29. עליהן ראה ברשימתנו הנזכרת לעיל בסעיף 4, בע"ע 735-736.
30. בסעיף 156(ב) לחוק הירושה תשכ"ה-1965, המתקן רק את ענייני המעמד האישי בסימן 51 לדבר המלך מבלי לגעת באותם עניינים שסימן 52 דן בהם. אולם יחד עם זאת כוללת הגדרת "בית דין דתי" גם "בית דין שרעי". משמע, על-ידי תיקון סימן 51 ראה המחוקק הישראלי את עצמו כמתקן גם את ענייני המעמד האישי שבסימן 52. ובמלים אחרות: גם לדעת המחוקק הישראלי פירוש "ענייני המעמד האישי" חייב להיות אחד בין אם הוא חל על מוסלמים (כסימן 52), בין אם הוא חל גם על בני דתות אחרות (סימן 51), בין אם הוא חל על בני כל הדתות כולן (סימן 47). עיין ברשימתנו הנזכרת לעיל בסעיף 4, עמ' 736.
31. ראה פסקי הדין המרוכזים בערה 40 ברשימתנו הנזכרת לעיל בסעיף 4.
32. צריטון בעברית, כרך 3 עמ' 2751.
33. F. M. Goadby, *International and Inter-religious Private Law in Palestine*, Jerusalem 1926, p. 162.
34. ביד"מ 1/49 רוזנבאום נ. רוזנבאום פ"ד ז 1037.
ביד"מ 1/50 סידים נ. יו"ר ההוצ'ים פ"ד ה 1020, 1029-1030.
- מגמה זו הגיעה לשיאה בפיתוח הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג יהודים על בסיס המשפט "החילוני" שלמעשה אינו אלא המשפט האנגלי. ר' בריק נ. בריק. פ.ד. כ(1) 589, 596. לורד דנינג מוכרח ודאי להיות משפטן מאד "חילוני", שכן הוא מובא באותו פסק-דין לא פחות מעשר פעמים. זאת בנוסף לשורה ארוכה של פסקי-דין אנגליים המצוטטים שם.
35. רמז למגמה הזו מצוי בגלגול הראשון של פרשת רוזנבאום (ר' לעיל הערה 26) אולם השוואה מפורשת בין ענייני המעמד האישי שבדבר המלך לבין רשימת העניינים המנויה בחוק העות'מאני משנת 1333 מופיעה לראשונה בבר"מ 1/59 בקר נ. בקר. פ.ד. יד 320, 324, בדבריו הנכוחים על השופט לנדוי (כתוארו אז). דבריו אלה הובאו בהסכמה בבר"מ 1/62 אבו אנגילה נ. פקיד הרישום של לשכת מירשם התושבים פ"ד י"ז 2751 בעמ' 2758. על פסק-דין אחרון זה בנה השופט לנדוי כבג"צ 283/72 בווארון ומשם הגיעה בית המשפט העליון מחד לבג"צ 539/79 בוזגלו ומאיך לפסק הדין החדש בע"א 201/82 פרץ נ. אסולין פ.ד. לו (ג) 838.

201/82 פרץ נ. אסולין, נמנע השופט ברק מלהכריע בין שתי מגמות אלה, בסוברו כי "אין לנו צורך להרחיב בסוגיה זו"³⁶.

כך טרם זכינו לתשובה עניינית לכל אחת מחמשת ההתנגדויות שמעורר פסק-הדין בווארון ואשר נימנו לעיל. מאידך, זכינו לעיסוק נרחב בפרוצדורה והרי זו היא הדרך המקובלת לעקיפת שאלה משפטית קשה המתעוררת בבית משפט. בית המשפט העליון בדק בזוכיית מגדלת את הליכי בית הדין הרבני באשדוד אשר לשיפוטו הסכימה הגב' אבלין פרץ וכן גם הנתבע דוד אסולין. בבג"צ 352/82 בן זאב נ. בית הדין הרבני הגדול³⁷ קבעה השופטת מרים בן פורת (כתוארה אז): "גם העובדה שאותה החלטה "שהחזירה" את התיקים לבית הדין הרבני הגדול נחתמה רק על-ידי דיין אחד, אינה יכולה לעזור לעותר. אין זה מדרכו של בית-משפט זה לבקר את פסקי הדין של בתי הדין הרבניים לגופם מבחינת הדין שלפיו הם דנים, וגם סדרי הדין שלהם הם ענינם הם"³⁸. אין זה פסק-דין יחיד הקובע כי סדרי הדין של בית דין רבני הם מענייניו. והנה בפרשה שלפנינו צייטט השופט ברק את סעיף 8(ה) לחוק הדיינים תשט"ו-1955 לפיו "בית דין רבני אזורי ידון בשלושה", והבין אותו כאילו כתוב בו — "בית דין רבני אזורי לא ידון אלא בשלושה". "מכאן" הסיק כבוד השופט ברק "שאינו בית דין רבני רשאי, אפילו בהסכמת הצדדים, לדון בהרכב חסר, ומשון בהרכב חסר הרי הוא פועל ללא סמכות".

האם הסכמת הצדדים יכולה לרפא חסר בהרכב בית-הדין? — זו שאלה מובהקת הכפופה להכרעה על-פי הדין הרבני החל בבית הדין, אבל אפילו נניח שעמדת המשפט העברי משתקפת מתוך דבריו אלה של השופט ברק, עדיין עובדה היא כי בפרשתנו אכן התקיים דיון אחד בפני הרכב מלא של בית-הדין ביום 14.4.80, והיה זה דווקא באותה ישיבה שהתובעת התיחסה לתביעתה הקודמת, שהוגשה ביום 11.3.80 בפני הרכב חסר, כאל "תיק הכרת אבהות ועכוב נישואין" (ראה לעיל). בשתי התביעות גם יחד ציינה התובעת בבית הדין הרבני כי היא "מצויה בהריון מהמשיב" בבית המשפט העליון. האם ניתן לפקפק בטיבה של הסכמה לשיפוט שניתנה בנסיבות כאלה? כבר"ע 227/82 ארביב נ. ארביב³⁹ נדונה פשרה בהסכם לשלום בית בין אם ובתה לבין הבעל-האב. אחד מתנאי הפשרה היה ש"כל הסכסוכים... בעתיד, כגון מזונות, החזקת ילדה, רכוש, ירונו אך ורק בבית המשפט המחוזי". אחר הדברים האלה הגיש הבעל-האב בבית הדין הרבני תביעת גירושין נגד האשה וכרך בה את ענין המזונות והחזקת הבת. האשה והבת פנו לבית המשפט המחוזי ואז ביקש הבעל-האב את מחיקת תביעתן. משנדחתה בקשתו למחיקה פנה הבעל-האב בבקשת רשות לערער. הנשיא י. כהן פסק כי "העובדה שלפי בקשת המבקש הסתפקו המשיבות בהתחייבות ולא ביקשו לתת לפשרה תוקף של פסק-דין אינה גורעת מתוקף הסכמתו לשיפוט בית המשפט המחוזי". משמע, הסכמה לשיפוט, ואפילו מחוץ לכותלי בית המשפט, מחייבת את המסכים. מה לנו, אם כן, כל העיסוק בשאלת הרכב מלא והרכב חסר בבית הדין הרבני באשדוד. אפילו אם לא היה אף דיין בבית הדין, ההסכמה לשיפוט חייבה את מי שהסכימה לשיפוט.

36. סוף פסקה 1 בסעיף 5 של פסק-הדין. פ.ד. לו (2) 840, בין אותיות השוליים ד-ה.

37. פ.ד. ל"ו (3) 250.

38. שם בעמ' 252 מול אותיות השוליים ה-ו. ההדגשה שלנו.

39. תקציר פסקי דין כרך י"ט — עמ' 335 פסק הדין ניתן ביום 12.5.82.

נוכח החיטוט בסדרי (או בחוסר סדרי) בית הדין הרבני באשדוד, מה יפים, מה נדיבים ומה הוגנים דבריו של השופט חיים כהן בע.א. 395/75: "מקום שערכאה אחת דנה ופסקה בתוס'לבה בענין פלוני, אין ערכאה אחרת נזקקת לתביעה חוזרת באותו הענין עצמו — תהא הסמכות הפורמלית אשר תהא"⁴⁰.

לא מן הנמנע שבית המשפט בפרשתנו חש חוסר נוחות בהתבססות על הנימוק הפרוצדורלי של "חוסר סמכות" הנובע מהרכב חסר, ומכאן כנראה הדגש על השוני שבין תביעת האשה בהיותה בהריון לבין תביעת הולד לאחר לידתו:

"ערעור זה בדין יסודו. בתביעה המקורית לא תבעה המערערת מס' 1 אלא את עכוב נשואין של המשיב עם אשה אחרת. במסגרת תביעה זו או לצדה נתבקש גם עיכוב יציאתו של המשיב מן הארץ. תביעות אלה אין עניינן אבהות כלל ועיקר"⁴¹.

דברים אלה פוקדים על האשה את עוון פשטותה, חוסר תיחכומה וקרוב לודאי מיעוט השכלתה. בבית הדין הרבני הופיעה האשה "בעצמה", כלומר ללא עורך־דין, וטענה, למן הופעתה הראשונה, כי היא מצויה "בהריון ממנו". על טענה זו חזרה גם בהופעתה השנייה ולתומה תארה תביעתה הראשונה כ"תיק הכרת אבהות ועכוב נישואין". טעותה היתה שהזכירה את הכרת האבהות רק במסגרת טעמי תביעתה ולא בכותרת המפרטת את מהות התביעה. מכאן נפתח המרחב, לאחר שקיבלה עורך־דין מטעם הסעד המשפטי, למאבק פרוצדורלי. ניהול מלחמות פרוצדורליות נגד סמכות השיפוט של בית דין רבני היא, כידוע, עילה כשרה למהדרין להוצאת כספי ה"סיוע המשפטי", ואפילו עד דרגת הערעור בבית המשפט העליון.

התרומה החיובית היחידה של פסק־הדין האחרון פרץ נ. אסולין היא כך שהוא מהווה חוליה נוספת באותה שורה של פסקי דין המפרשים את ענייני המעמד האישי שלא לאור המשפט האנגלי: פרשת רוזנבאום הראשונה, בקר נ. בקר, אבו אנג'לה, בוארון, בוגלול⁴². סמכות השיפוט בענייני אבהות טעונה, כנראה, הכרעה בבית־דין מיוחד.

40. ע"א 359/75 יהלומי נ. יהלומי פ.ד. לא (II) 25, 27 מול אות השוליים א.

41. סעיף 4 בפסק־הדין.

42. לעיל הערה 35.