

מיכאל קורין לדי

הדין האישי בישראל *

לספרי היסוד המיוחדים לענייני המעמד האישי בישראל¹ נוסף לאחרונה ספרו של ד"ר מנשה שאוה "הדין האישי בישראל".

א. שערי הספר

הספר דן במכלול צדדי עקרון "הדין האישי" הן במישור הפנימי — מוניציפלי והן במישור הבינלאומי הפרטי. המחבר מגדיר את המושג "דין אישי" כמתייחס לדין החל על חוג אנשים על בסיס השתייכות דתית או לאומית (או בסיס אחר מסוג דומיסיל, גזע ועוד), להבדיל מן המושג דין טריטוריאלי החל על כל האנשים היושבים באותה יחידה טריטוריאלית, ללא תלות בהשתייכותם הדתית או הלאומית.² על רקע ההתנגשות המתמדת בין הדין האישי-הדתי לבין הדין הטריטוריאלי-חילוני מהווה הספר תרומה נכבדה להארת הנושא מכל צדדיו, תוך גילוי בקיאות מופלגת בחדרי חדרים של החקיקה, הפסיקה האזרחית והרבנית והספרות המשפטית.

הספר מחולק לחמישה שערים. השער הראשון דן בהתפתחות ההיסטורית של עקרון הדין האישי והרקע הסוציולוגי והמשפטי לעלייתו או ירידתו בכל תקופה ותקופה ומסיים בדין האישי בתקופה המודרנית. היקפה, ההצדקה לתחולתו והקריטריון לקביעתו. חלק זה בספר הוא חידוש בספרות המשפט הישראלית, והוא מאיר את שרשי עקרון הדין האישי והיחס בינו לבין עקרון הדין הטריטוריאלי.

השער השני דן במהותו והיקפו של "הדין האישי" בארץ על פי הוראות דבר המלך במועצתו, 1922—1947 (לגבי נתין זר, כפול אזרחות, מחוסר אזרחות, אזרחים מקומיים בני עדה דתית מוכרת וחסרי עדה דתית מוכרת, אזרח מקומי כפול דת מלידה או שהמיר דתו).

השער השלישי מנתח את השינויים שהכניס המחוקק הישראלי בשאלת טיבו ותחומי חלוטו של הדין האישי במישור הפנימי מוניציפלי (על כך נעמוד להלן) ובמישור הבינלאומי-הפרטי.³ המחבר מנתח את המעבר בחקיקה הישראלית החדשה מעקרון

* ד"ר מנשה שאוה, הדין האישי בישראל, הוצאת מסדה (תל-אביב, תשל"ז), יצא לאור בסדרת פרסומי הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ת"א (מס. 13).

1. מי זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשי"ח); ב' שרשבסקי, דיני משפחה, מהנורה שניה (ירושלים, תשכ"ז).

2. עמ' 1—3.

3. עמ' 228 ואילך.

האזרחות לעקרון המושב, שנתייחדה לו משמעות ישראלית מקורית — להבדיל מן הדומיסיל במשפט האנגלי — של "מקום בו נמצא מרכז חייו של האדם". ד"ר שאוה תומך במגמה זו ובצדק, באשר עקרון המושב תואם את תנאי המדינה, כארץ שבות של יהודים, אזרחי מדינות שונות.⁴

השערים הרביעי והחמישי בספר דנים בטיבם ואופן הפעלתם של ה"דין האישי" ("דין אישי" זה — השער הרביעי, ו"דין אישי" דתי — השער החמישי).

ב. היקף תחולתו של הדין האישי-הדתי

קצרה היריעה לדון במכלול הנושאים שבספר וענין מיוחד לנו לבוא בשער השלישי ולעיין בנושא המרכזי שבו, היינו בהיקפו ותחומי חלותו של הדין האישי-הדתי, ובפרט "דין תורה", והשינויים שהוכנסו בכך ע"י המחוקק הישראלי.

ד"ר שאוה קובע⁵ כי "בעוד שבתקופת המנדט חל בכל ענייני המעמד האישי עקרון הדין האישי-הדתי, הרי מאז קום המדינה עדים אנו, בשורה של חוקים חילוניים, למעבר הדרגתי ברור, בחלק נכבד מענייני המעמד האישי מעקרון הדין האישי... אל עקרון הדין הטריטוריאלי", ובמספר חוקים, החל מתוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951 וכלה, לעת עתה, בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973, הוא רואה "מעבר ברור וחד-משמעי מעקרון הדין האישי אל עקרון הדין הטריטוריאלי-החילוני".⁶

לדעתנו המעבר אינו כה "ברור וחד משמעי" שכן הוא נעשה תוך שמירת הזיקה לדין האישי הדתי, וביחוד לדין תורה; וראוי לבחון זיקה זו, שאף ד"ר שאוה מכיר בה בעניינים שונים, על פי שלוש דרכים מרכזיות אשר להן ניחד רשימה זו.

1. שמירת דיני משפחה

אין לך חוק בענייני המעמד האישי שאין בו הוראה של שמירת דינים של הדין האישי הדתי בצורה זו או אחרת. בראש וראשונה יש לציין את שמירת דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, בלשונו של שאוה⁷:

"בכל אותם חוקים חילוניים, בהם קבע המחוקק נורמות אזרחיות-טריטוריאליות במקום הוראות הדין האישי-הדתי, הדגיש הדגש היטב, כי אין בכונתו להתערב כלל

4. ראה א' ויטה "חוק בינלאומי פרטי: אזרחות ומקום מושב", הפרקליט, כרך ח' (1951) עמ' 352, בעמ' 356—359 (מובא אצל שאוה, עמ' 240—241). לשאלה הכללית של העדפת עקרון המושב או האזרחות ראוי היה להזכיר גם את ספרו החדש של E. Vitta, *Diritto Internazionale Privato*, Torino (1972-1975), Vol. 1, pp. 265-266.

5. עמ' 182 וראה גם עמ' 43.

6. עמ' 183.

7. עמ' 193.

בתחום דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין⁸. זהו שטח שהמחוקק נזהר שלא לגעת בו והוא משאירו כולו לשלטונו הבלעדי של הדין האישי-הדתני⁹.

עוד מוסיף שאוה¹⁰ שאפילו בכל אותם מקרים בהם היתה התערבות עקיפה של המחוקק בדיני נישואין וגירושין, כגון ע"י איסורי ה"ביגמיה", התרת נישואין על כרחיה של האשה ונישואי בוסר — "השאיר המחוקק את שאלת תוקף הנישואין או הגירושין לידי שלטונו המוחלט של הדין הדתי".

אך דומה שהמחבר מרחיק לכת בקביעתו¹¹ כי "ענייני נישואין וגירושין נמצאים — כבעבר כן בהווה — תחת שלטונו המוחלט של עקרון הדין האישי-הדתני", שכן גם בתחום זה יש התערבות ישירה מצד המחוקק. שאוה עצמו מפנה להתערבות במסגרת חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969¹² ומבחינת דין תורה, יש לציין כי חוק זה חל גם כאשר אחד מבני הזוג הוא "ספק יהודי" השני "ודאי יהודי"¹³.

על כך יש להוסיף דוגמאות אחדות שאינן מובאות ע"י שאוה. סעיף 3(א) לחוק גיל הנישואין, תשי"א—1950¹⁴ קובע שנישואי בוסר בניגוד לחוק ישמשו עילת תביעה להתרת הנישואין "בדרך של גט או בדרך של פירוק קשר הנישואין, הכל לפי הוראות החוק החל על ענייני המעמד האישי של הצדדים". אמנם יש לציין שהמחוקק נזהר בניסוח הסעיף, הרואה בנישואי בוסר "עילת תביעה", להתרת נישואין ולא נקט לשון "עילת גירושין", וכן הוסיף לסעיף בסופו את הסייג ש"הכל לפי הוראות החוק החל על ענייני המעמד האישי של הצדדים"¹⁵.

8. כגון סעיף 5 לחוק שינוי זכויות האשה, תשי"א—1951 והוראות נוספות בתוקים שונים של ענייני המעמד האישי כמפורט אצל שאוה, שם, הערה 10.

9. עמ' 193-194.

10. עמ' 192.

11. עמ' 194-195.

12. בה"ג 1/72, וידה השמעון הולצמן, פד"י, כו (2), עמ' 85 בעמ' 87; שאוה, שם, הערה 22, ואילו לביה"ד הרבני אין סמכות שיפוט אלא כששני בני הזוג "ודאי יהודים" — בג"צ 214/64, בטן נ' דיני ביה"ד הנדול לטרטורים, פד"י, יח (4), עמ' 309, בעמ' 318, אך ראה בקורתם של א"ח שאקי, "ספק-יהודי" — בפני בתי דין רבניים ובית המשפט העליון בישראל, עיוני משפט, כרך ב (תשל"ג), עמ' 699; פ' שיפמן "ספק קירושין במשפט הישראלי" (ירושלים, תשל"ה), עמ' 128-129, ומאידך גיסא ראה מאמרו של א' מעוז, "סמכות התלויה בספק", עיוני משפט, כרך ד (תשל"ו), עמ' 598.

13. ראה: י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים, כרך ד (תשל"ב), עמ' 31 בעמ' 45 (Jerusalem, 45 I. England, *Religious Law in the Israel Legal System* (1975), p. 154). ספר זה של י' אנגלרד, שהינו מהדורה אנגלית של מחקרו על "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", (שם ובמשפטים כרך ב, עמ' 268 ועמ' 510 וכרך ו עמ' 5), לא נזכר אצל שאוה כאשר הוא פורסם לאחר מסירת ספרו של שאוה (המעודכן עד 1.2.75) לדפוס.

14. וראה: שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 50, המרחיק לכת באומרו כי לסעיף משמעות רק לעדות אחרות, כאשר אין החוק יכול ליצור "עילות גט או חיסול הנישואין הקבועות, אך רוק

כמו כן, בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, הודן בדרך כפיית גט באמצעות מאסר, "גילה המחוקק הישראלי את רצונו הברור, שלא להניח את דבר כפיית הגט בידי בתי הדין הרבניים בלבד. הוקם מנגנון מיוחד... רשות פיקוח" כפולה (של היועץ המשפטי ושל בית המשפט המחוזי), אשר תחליט על דעתה היא אם לסייע באופן אפקטיבי לביצוע הכפייה ואם אין¹⁵, ובכך הוטלו הגבלות על הכפייה באמצעות בת"ד רבניים¹⁶, הן בפסילת אמצעי כפייה אחרים, כפי שיפורט להלן, והן בהימנעות מאכיפת פס"ד לכפיית גט בעניינים מסוימים¹⁸.

הלכת רונצווייג פוסלת את השימוש באמצעי כפייה של "מזונות הפחדה"¹⁹ ונראה על פיה, כי ביה"ד הרבני מנוע מצד החוק גם מנקיטת אמצעי כפייה ישירים אחרים כגון: הטלת נידוי או חרם או גזירה שלא ישאו ויתנו עם הבעל עד שיתן גט²⁰. יצוין כי הרב שאול ישראלי מזכיר את האמצעי האחרון כדרך ראויה, באמרו²¹: "קיים אמצעי לחץ רציני, אם גם לא ע"י פעולה פיסית, נגד המסרבים לתת גט במקרה

לפי דיני ישראל". והשוה סעיף 5(א) לחוק שיפוט בעניני החרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969. וראה עוד מ' אלון, חקיקה דתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי המשפט ובתי הדין הרבניים, (תלאביב, תשכ"ח), עמ' 36.

15. בג"צ 54/55, רונצווייג נ' יו"ר הוצ"פ, פד"י, ט, עמ' 1542, בעמ' 1550 (להלן — הלכת רונצווייג).

16. הוא הדין בכפייה לחליצה לפי סעיף 7 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953.

17. וראה גם: זילברג, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 388—391, וראה לאחרונה ז' ורהפטיג, "כפיית גט להלכה ולמעשה", שנתון המשפט העברי, כרך ג—ד (תשל"ו—תשל"ז) עמ' 153.

18. לדוגמא, בכתן וגרושה, ראה בג"צ 51/69, רונצווייג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פד"י, כ"ד (1), עמ' 704 בעמ' 711—712.

19. המסקנה לגבי המזונות שהוטלו ע"י ביה"ד הרבני בענין רונצווייג היתה כי אינם בגדר "מזונות הפחדה", שכן גם מבחינת ההלכה באותו ענין אמצעי זה היה פסול, והשימוש בו היה הופך את הגט ל"גט מעושה". ראה: הלכת רונצווייג, בעמ' 1551—1558.

20. על אמצעי כפייה מסוג זה ראה: שו"ע אה"ע, קנה, כא, ברמ"א, והמקורות המובאים שם. ועיין עוד: שו"ת הריב"ש, שמת, שס. וראה: הרב שאול ישראלי, "על כפייה ורצון בגט", תורה שבעל"פה, כרך יב, עמ' לב, בעמ' לג והמקורות המובאים על ידו.

מאידך ניסא נראה כי אין בהלכת רונצווייג מניעה לנקיטת אמצעי עקיפין, כגון: (1) עיכוב יציאה מן הארץ (ראה התנאי בטופס הכתובה המקובל "ולא יעבור מאר"צ (=ארם צובא) והלאה ולא מנוא אמן והלאה ולא בדרך ים כלל עד שיניח לה גז"כ (=גט זמן כשר) עם ספוק מזונותיה כפי ראות עיני הבד"צ" (=הבי"ד צדק) ומאמרו של הרב יעקב משה טולידאנו, "עיכוב נסיעת הבעל עפ"י תביעת האשה", התורה והמדינה, כרך היו (תשי"ג"תשי"ד) עמ' קיד—קיה והאסמכתאות בדיני ישראל הנוכרות שם); (2) הפרדה (ראה מאמרי, "סעד ההפרדה הזמנית בין הבעל והאשה והתפתחותו בפסיקת בתי הדין הרבניים בישראל", שנתון המשפט העברי, כרך א (תשל"ד), עמ' 184, בעמ' 208—209 והמקורות המובאים, שם); (3) פרעון הכתובה לפני מתן הגט בפועל, כל האמצעים הללו מבוססים על זכויות בדין, כמזונות, ועל כן ניתן להשתמש בהם אף לפי הלכת רונצווייג.

21. הרב ישראלי, שם, בעמ' לח.

שהדין מחייב זאת והוא בידוד האיש מהחברה ע"י שלא יסאו ויתנו עמו. דומה שלחן זה יעיל לעתים אף מכפיה פיסית אלא שלזה צריך כמובן שהחברה תהיה מלוכדת וממושמעת, שתמלא אחר החלטת בית הדין בנידון, אם כי הוא ער לכך ש"דבר זה הוא קשה ביצוע בימינו" מבחינה חברתית; לכך יש להוסיף גם את המניעה החוקית, מבחינת המשפט הישראלי, כמבואר לעיל.

כן יש להעיר ביחס לקביעתו של שאה שאף עניני נישואין נמצאים תחת שלטונו המוחלט של הדין האישי-הדתי²², במיוחד לאחר שהוא מפנה לפירוש הרחב שהפסיקה נתנה למונח "עניני נישואין"²³, הכולל את מכלול הזכויות והחובות הנובעות ממעמד הנישואין לרבות יחסי הממון בין בני הזוג. מן המפורסמות הוא שבתחום זה ובעניני מרשם נישואין וגירושין ההתערבות של המחוקק והמשפט הישראלי היא בחזית רחבה וקצרה היריעה מפירוט בענין²⁴. ברם ניתן להבין את דבריו של שאה על "שלטונו המוחלט של הדין האישי-הדתי בעניני נישואין וגירושין" בכך שהוא הגביל את דבריו רק לתחולת הדין האישי הדתי בבית המשפט האזרחי בשאלות תוקף הנישואין והגירושין²⁵.

גם בדיני מזונות מגיע שאה למסקנה²⁶ כי הן במזונות בן זוג והן במזונות ילדים חלות ההוראות המטריאליות²⁷ של דין תורה, מכח ההפניה שבסעיפים 2 ו-3(א) לחוק

22. עמ' 192, ראה לעיל, ליד הערה 10.

23. עמ' 192, הערה 1.

24. כגון: (1) חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951 בכלל וסעיף 2 שבו בפרט והפסיקה הנוגעת לחוק (כגון לענין ביטול המוסר של נכסי מלוג ראה להלן ליד הערות 35-36 וכן בג"צ 185/72, גור נ' גור, פד"י, כו(2), עמ' 765); הפסיקה לענין שיתוף נכסים בין בני זוג וחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973 (ראה שאוה, עמ' 184 ואילך) ועוד. (2) רישום נישואין פרטיים של "חייבי לאוין" כגון כהן וגרושה או כהן וחלוצה — בג"צ 51/69 (הערה 18 לעיל); בג"צ 275/71, אליהו כהן נ' ביה"ד הרבני האזורי בתל-אביב, פד"י, כו(1), עמ' 227; בג"צ 29/71, קידר נ' ביה"ד הרבני האזורי, פד"י, כו(1), עמ' 608, וראה שאוה, עמ' 136, הערה 51 ועמ' 345-346, הערה 31; רישום נישואי תערובת שנערכו בחו"ל — בג"צ 143/62, פונק שלזינגר נ' טר הפנים, פד"י, י"ז, עמ' 225; החלטת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי (ראה שאוה, עמ' 140 ואילך והאסמכתאות שם), (3) איסור רישום איסורי נישואין בתעודת גירושין — בג"צ 295/72, בכר נ' ביה"ד הרבני האזורי רחובות, פד"י, כו(1), עמ' 568; בג"צ 212/74, פלונית נ' ביה"ד הרבני האזורי באר-שבע, פד"י, כט(2), עמ' 433. (4) ההכרה בזכויות "הידועה בצבור כאשתו", אפילו כשהיא או בן זוגה נשואים באותו זמן, ראה: מ' אלון (הערה 14 לעיל), עמ' 122 ואילך; מ' שאוה, "הידועה בצבור כאשתו" — הגדרתה, מעמדה וזכויותיה", עיוני משפט, כרך ג (תשל"ג), עמ' 484 והאסמכתאות שם ועוד.

25. ראה: שאוה עמ' 73 הערה 34 וכן עמ' 193-194.

26. עמ' 205 ועמ' 217.

27. שאוה מבחין בין ההוראות המטריאליות לבין ההוראות הפרוצדורליות שבחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959, ומסיק כי יתכן שניתן להיוקק להוראות הפרוצדורליות גם במקרה שמקור החיוב הוא בהוראות הדין האישי הדתי (עמ' 205).

לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959 ("אדם חייב במזונות... לפי הוראות הדין האישי החל עליו והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה"), ו"רק כאשר אין הדין האישי של ההורה הנתבע מטיל עליו חיוב עקרוני לזון את הילדים הקטינים שלו ו/או של בן זוגו, יחולו הוראות החוק..."²⁸. לדעת שאוה²⁹, גם החיוב העקרוני מדיני צדקה, הן לגבי מזונות ילד קטין מאמו וילד מגיל חמש עשרה עד שמונה עשרה מאביו והן לגבי מזונות ילד קטין מאביו החורג או אמו החורגת, דוחה את תחולת החוק והדברים אמורים אפילו במקרה שכלפי הילד התובע הנידון פטור ההורה מסיבה כלשהי³⁰. ולפי זה, בענייני מזונות בן זוג וילדים, נשאר בעיניו, בדרך כלל, עקרון הדין האישי.

אולם, כפי ששאוה עצמו מעיר³¹, השאלה היא פרובלמטית ביותר והפסיקה אינה נקיה מסתירות וחילוקי דיעות בענין³². מסקנתו של שאוה כי האפשרות להיחייב אם במזונות ילדיה מדין צדקה דוחה את תחולת החוק, מהווה בקורת על ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון³³. בהלכה זו ניכרת, הן סטייה מהמשפט העברי, מגמה של שוויון האב והאם בחובת מזונות הילדים בכפוף ליכולת היחסית של כל אחד מהם, הבנויה על תרכובת של דיני צדקה וסעיפים 3(ב) ו-7 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959, והדברים אמורים, שלא כהבחנות הקיימות בדיני ישראל, ללא קשר לגיל הקטין³⁴.

זאת ועוד; לענין מזונות האשה קבעה הפסיקה של בית המשפט העליון, לאור הוראת סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, כי "אין עוד קיום למוסד של נכסי מלוג"³⁵ אפילו בדרך של הגנה בפני תביעת האשה למזונות³⁶. לאחרונה

28. שאוה, עמ' 217, על פי סעיף 3(ב) לחוק.

29. עמ' 209 ועמ' 217.

30. ראה גם: מ' שאוה "מזונות ילדים: 'היחס בין תחולת דיני הצדקה שבמשפט העברי לבין תחולת החוק לדיני משפחה (מזונות) תשי"ט—1959", דיני ישראל, כרך ד, עמ' 181 והאסמכתאות המובאות שם, אך ראה פסקי הדין של השופט ז' בוק, שניתנו לאתרוגה בתיק מ"א ירושלים 54/74, פסקים (מחוזיים), תשל"ו (1), עמ' 166, בעמ' 170 וכן בתיק ב"ש י"ם 212/75, לנדאו ז' לנדאו, פסקים (מחוזיים), תשל"ו (1), עמ' 213, אשר גישתו העקרונית אושרה בע"א 760/75, לנדאו ז' לנדאו (טרם פורסם).

31. עמ' 197.

32. ראה: הסקירה המקיפה של הפסיקה, שאוה, בעמ' 211—213.

33. ראה: ע"א, 508/70, נתובין ז' נתובין, פד"י, כה (1), עמ' 603 בעמ' 609; ע"א 109/75, אברהם ז' אברהם, פד"י, כט (2), עמ' 690, בעמ' 697-696 וע"א 760/75 הג"ל (הערה 30 לעיל).

34. ראה: ע"א 426/65, רינת ז' רינת, פד"י, כ (2), 21, 26 (הדן במזונות ילד פחות מגיל שש); וע"א 166/66, גולדמן ז' גולדמן, פד"י, כ (2), עמ' 533, בעמ' 537-536 (הדן במזונות ילדה בת שתיים עשרה); וע"א 109/65 הג"ל (הדן במזונות ילדים בני שש-עשרה ועשר שנים).

35. בג"צ 202/57, טידיס ז' טידיס, פד"י, יב, עמ' 1528 בעמ' 1535.

36. ע"א 313/59, בלבן ז' בלבן, פד"י, יד, עמ' 285, בעמ' 290.

תוקן החוק³⁷ באופן ש"על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951, בקביעת מידת המזונות שאדם חייב לספק לבן זוגו רשאי בית המשפט להתחשב בהכנסותיו של בן הזוג מעבודה ומנסכים ואם ראה לנכון — גם מכל מקור אחר". בכך בוטלה ההשלכה של סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה על דיני המזונות והתורה האפשרות של הבעל להתגונן בפני תביעת מזונות של האשה, גם לפי הדין האישי, בטענת קיוזו פירות נכסי מלוג³⁸.

דרך נוספת בחקיקה של זיקה לדין האישי-יהודי בדיני מזונות בפרט וביחסי ממון בין בני זוג בכלל היא בהוראות שונות של שמירת זכויות שמקורן בדין האישי-יהודי, כדוגמת ההוראה בסעיף 19(ב) לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959 :

"חוק זה בא להוסיף על זכויות המזונות הנתונות על פי כל דין שבית דין דתי דן לפיו ועל פי הדין האישי החל על הצדדים ואינו בא לגרוע מזכויות אלה"^{39, 40}.

דוגמא נוספת בהקשר זה ניתן להביא ממשנתו של שאוה שהואיל וחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962 — בהבדל מחוק אימוץ ילדים, תש"ך—1960, ומחוק הירושה, תשכ"ה—1965 — לא הורה על מחיקת "אפוטרופסות" מענייני המעמד

37. חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) (תיקון) תשל"ו—1976, ס"ח 794, תשל"ו, עמ' 93, שבו הוסף לחוק סעיף 2 א' בנוסח שצוטט למעלה.

38. ראה : א' רוזן צבי "החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון) תשל"ו—1976 — האמנם תיקון ?", עיוני משפט, ה, עמ' 113, בעמ' 118—120. וראה שאוה (עמ' 205, הערה 41א) הסובר שהתיקון מביא "למעבר במידה מסויימת בענין מידת המזונות שאדם חייב לספק לבן זוגו מן העקרון של הדין האישי אל העקרון של הדין הטריטוריאלי", אולם הגדרת התיקון כחלק מהדין הטריטוריאלי גורמת לאי תחולתו, שכן סעיף 2(א) לחוק מפנה, במזונות לבן זוג, לדין האישי ומורה על אי תחולת הוראות החוק על מזונות אלה. גם שאוה מעיר שם שניסוח התיקון לחוק אינו מוצלח.

39. על ההשלכה של סעיף זה לענין מזונות קרובים ראה : שאוה, עמ' 221, וכן : מ' רורר, "היחס בין הדין האישי והחוק הישראלי בדיני מזונות לקרובים", דיני ישראל, כרך ד' (תשל"ג), עמ' 219.

40. הוראות דומות מופיעות אף בחוקים אחרים, ראה : סעיף 148 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965 (שכותרתו "שמירת דיני משפחה" : "חוק זה אינו בא לפגוע ביחסי ממון בין איש לאשתו או בזכויות הנובעות מקשר האישות...") וראה להלן עמ' 406. על משמעות סעיף זה בדין מזונות האלמנה ; סעיף 32 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962 ("הוראות סרק זה אינן גורעות מחובת ההורים לתשלום מזונות לילדיהם הקטינים לפי הוראות החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) תשי"ט—1959" המפנה בסעיף 3(א) לדין האישי) ; סעיף 17 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973 ("אין בחוק זה כדי לגרוע מזכויות לפי החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959 או מזכויות האשה לפי כתובתה..."). לפי חוק זה רשאים בני הזוג להתנות על יחסי הממון ביניהם ב"הסכם ממון" (סעיף 1 לחוק), אשר כמובן, יכול להערך גם בהתאם להלכה וראה : הרב ש' מירון "הצעות להסכמים להסדרת יחסי הממון בין בני הזוג", (ירושלים, תשל"ו), עמ' 3 ואילך.

האישי לפי סימן 51 (1) לדבה"מ במועצתו 1922—1947, הרי "בהתעורר לאקונה בחוק בענייני אפוטרופסות יש מקום עדיין להזקק להוראות הדין האישי הדתי באותם עניינים"⁴¹.

עוד ראוי להוסיף את החוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט—1969⁴² — שבו נזכר לראשונה המושג "שלום בית" בחוקי הכנסת — המסמיך בית משפט לעכב דיון בקובלנה או בתובענה אזרחית של אדם נגד בן-זוגו כש"בית דין מוסמך עושה אותה שעה להחזרת שלום הבית בין בני הזוג"⁴³ או מטעמים של "שלום בית" לגופם⁴⁴, וכדי להסיר ספק, נוסף לחוק סעיף שמירת דינים: "חוק זה אינו גורע מהוראות חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג—1953..." (סעיף 2).

41. עמ' 184, על פי שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 404.
 42. ס"ח 561, תשכ"ט, עמ' 151. נקודת המוצא של החוק כמפורט בסעיף 3 שבו, היא ביטול סעיף 18(א) לפקודת הנוזיקין נוסח חדש (סעיף 9) לפקודת הנוזיקין האזרחיים, 1944) האוסר התדיינות בין איש לאשתו בענייני נוזיקין ובמקומו באה סמכות עיכוב המשפט שהורחבה לכל ענין אזרחי או קובלנה פלילית ראה: ה"ח 626, תשכ"ט, עמ' 22.
 43. סעיף 1(א)(1) לחוק. שאוה אינו דן בחוק זה אך מציין (עמ' 192, הערה 1) כי תביעה לשלום בית היא בגדר "עניני נישואין" שבסימן 51(1) לדבר המלך במועצתו 1922 ושבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג—1953, ועליהם יש להוסיף את סימן 51(1) לדבר המלך במועצתו, 1922. וראה גם: ביד"מ 1/50 סידס נ. יו"ר הוצל"פ, ירושלים, פד"י, ח', עמ' 1020 (מאוזכר ע"י שאוה, שם), בו נפסק בעמ' 1031 כי "ענין של נישואין", במשמעות סי 53 (1) לדבה"מ במועצתו, כולל "תביעות לקיום זכויות מסוימות הנובעות ממעמד הנישואין כגון למשל הזכות להחזרת חיי אישות" וכן ע"א 353/65 חכט נ. חכט פד"י ב (2), עמ' 199, בעמ' 208.

בהקשר זה יש לתמוה כי שרשבסקי בספרו דיני משפחה (הערה 1 לעיל) אינו מזכיר כלל את המושג "שלום בית" שמקורו עוד בירושלמי כתובות פ"ט ה"ד (לג, א): "אם אומר את כן (=שהאיש משיע את אשתו שלא עיכבה ביה כלום, או אם שיברה את הכלים לחייבה כשומר שכר או שומר חנם), אין שלום בתוך ביתו לעולם" (וראה גם המאירי, כתובות עב, א, עמ' 387-388 והמאירי, בבא מציעא, נט, א, ומקורות נוספים המובאים כע"א 353/65 הנ"ל). "תביעה לשלום בית" היא תביעה נפוצה בפרקטיקה של בה"ד הרבניים (ראה גם: תקנות הדיינים (אגרות) תשל"ג—1970, ק"ת 2551, תשל"ג, עמ' 1515 בעמ' 1516. פד"ר א', 122; פד"ר א', 142; פד"ר ד' 131 ועוד. במפתחות לפסיקה הרבנית אין ערך "שלום בית" אך ברשימת פסקי הדין שבפד"ר א', עמ' 385 ופד"ר ד', עמ' 385 מצויינים פסה"ד הנ"ל בכותרת "שלום בית").
 ראוי לציין עוד כי "שלום בית" הינו מושג רחב ביותר (ראה בפסיקה הרבנית הנ"ל וכן פסה"ד הרבני בתיק 48/תשל"ב שקטעים ממנו צוטטו בבג"צ 185/72, גור נ' גור פד"י, כו (2), עמ' 765) לעומת התביעה הידועה במשפט האנגלי כי Restitution of Conjugal Rights, (החזרת חיי אישות) והנוכרת בביד"מ 1/50 הנ"ל בעמ' 1025, ובע"א 353/65 הנ"ל בעמ' 207. גם זילברג, שם (הערה 1 לעיל) עמ' 384, מונה בין ענייני נישואין את "החזרת חיי אישות" ואינו מזכיר תביעה ל"שלום בית". יש לציין כי נושא "שלום בית" בהלכה ובפסיקה הרבנית טרם נחקר כראוי.

44. סעיף 1(א)(2) לחוק הסדר התדיינות בין בני זוג האמור.

2. תחולת הדין הטריטוריאלי בבתי הדין הדתיים
 ד"ר שאוה קובע⁴⁶ כי בתי הדין הדתיים אינם חייבים לפסוק על פי החוקים החילוניים בענייני מעמד אישי, אלא כשהחוק מופנה במפורש גם אליהן. וכבר קדם לו, השופט פרופ' מ' זילברג ז"ל בהנחת יסוד זו⁴⁶:

"...יתכן אמנם כי עצם השימוש בחוק המטריאלי שלא כדין יהווה חריגה מסמכות... אך במה דברים אמורים כאשר החוק שבית הדין "עבר" עליו הוא...חוק חילוני והייתי מוסיף חוק חילוני שהופנה בפירוש (גם) אל בית בית הדין הדתי...".

ואמנם אין חולק⁴⁷ כי באין הוראה מפורשת בחוק החילוני המופנית במיוחד גם לבית הדין הדתי, דן ביה"ד לפי הדין הדתי⁴⁸ ואינו קשור להוראות החוק. גם ההתייחסות המפורשת של החוקים החילוניים בענייני מעמד אישי לשאלת תחולת הוראות החוק על בתי הדין הדתיים, החל מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951⁴⁹ ואילך — מחזקת הנחה זו.

עם זאת, כפי שנעמוד על כך להלן, מצויה, בכל אחד מחוקי הכנסת בענייני המעמד האישי הוראה המופנית לבתי הדין הדתיים בנוסח שונה, ואין איפוא מקום להכללות אלא יש לבדוק כל חוק לגופו, אם הוא מחייב את בתי הדין הדתיים לפסוק על פיו.

לדעת שאוה⁵⁰ חל החוק החילוני על בית דין דתי לא רק כשהוא כולל הוראה ספציפית הקובעת מפורשות כי החוק מופנה במיוחד גם לבתי הדין הדתיים⁵¹, אלא גם כשנאמר באותו חוק כי כל אימת שמופיע הביטוי "בית משפט" הוא כולל "בית דין

45. עמוד 190, וראה גם מאמרו של שאוה, "האם סטייה או התעלמות ביד דתי מהוראת חוק חילוני המופנית אליו במיוחד כמוה כחריגה מסמכות?" הפרקליט, כרך כה, עמוד 299, בעמודים 302—304.

46. זילברג, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 172 (ההדגשות במקור).

47. ראה גם: שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 12 והערה 12; יי אנגלרד, שם (הערה 13 לעיל) בעמ' 45; 154-153 pp., *Supra* N. 13). Englard, *op. cit.* פ' שיפמן, "טובת הילד בבית דין רבני", משפטים, כרך ה' (תשל"ד), עמ' 420 בעמ' 422—425.

48. ראה גם: סעיף 12 לחוק הדיינים, תשט"ו—1955 ("אין על דין מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של הדין לפיו הוא דן") ונוסח הצהרת האמונים של דין (סעיף 10 לחוק הדיינים), לעומת נוסח הצהרת האמונים של שופט (סעיף 11 לחוק השופטים, תשי"ג—1953), ומ' אלון, שם (הערה 14 לעיל) עמ' 47—49, אך ראה מאמרו של שאוה, שם (הערה 45 לעיל), עמ' 302—303.

49. סעיף 7 לחוק ("כן ינהג לפי חוק זה כל בית דין המוסמך לדון בענייני המעמד האישי"); וכן בסעיפים 21 ו-8(ב) לפקודת הירושה המנדטורית אשר לפיהם חוייב גם בית דין דתי לחלק ירושה בנכסי מירי, לפי הוראות החוק העותומני שבתוספת השניה לפקודת הירושה, והסדר זה הורחב לפי סעיף 4 לחוק שיווי זכויות האשה גם על נכסי מולק. וראה גם אלון, שם, (הערה 14 לעיל) עמ' 43—44.

50. עמוד 190—191.

51. כגון: סעיף 7 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951; סעיף 13 (ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג—1973.

דתי", כדוגמת סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב—1962, שמכוחו נפסק⁵² כי "בית הדין הדתי קשור בהוראות סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות תשכ"ב—1962". הוראה בנוסח דומה (דהיינו שכל מקום שמופיע הביטוי "בית משפט" הוא כולל "בית דין דתי") מצויה בארבעה חוקים⁵³. אולם רק בשנים מהם — חוק אימוץ ילדים, תש"ך—1960 ופקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971 — קדמה לכך, באותו סעיף, הוראה נוספת מפורשת וחד משמעית בדבר תחולת חלק מהוראות החוק על בית דין דתי⁵⁴.

מהבדל זה הוסק בצדק⁵⁵ כי בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות תשכ"ב—1962 "בית דין דתי" נכלל בביטוי "בית משפט" כחלק מההוראה הכללית יותר שבסעיף 79 בדבר שמירת סמכות השיפוט של בית הדין הדתי; וכן משמע מהסעיף המקביל בחוק לתיקון דיני משפחה (מוזונות), תשי"ט—1959, שאף הוא דן בשמירת סמכויות השיפוט של בית הדין. אין אפוא מקום למסקנה כי סעיף 79 מחייב בית דין דתי לפסוק עפ"י הוראות החוק דווקא, אם כי הוראה בנוסח זה נותנת לבית הדין הדתי, בנוסף לסמכות השיפוט הנתונה לו לפי כל דין אחר, סמכות דומה לזו של בית המשפט, כגון: לענין אישור הסכם בין הורים בעניני האפוטרופוסות על הקטין⁵⁶ וכדומה. מכל מקום הפניה

52. בג"צ 450/70, מוטלג נ' ביה"ד הדתי של העדה היוונית קתולית, פד"י, כ"ט(1), עמ' 643, בעקבות בג"צ 128/72, נאצר נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י, כו (2), עמ' 403 בעמ' 407.

53. ד"ר שאוה (שם) מוכיר את סעיף 24 לחוק אימוץ ילדים, תש"ך—1960 וסעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב—1962. לאלה יש להוסיף את סעיף 19(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מוזונות), תשי"ט—1959 וסעיף 52 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971. (דיני מדינת ישראל (נוסח חדש), עמ' 421).

54. בסעיף 52 לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א—1971 נאמר: "הוראות פרק זה (=ראיות חסריות כגון חסיון לטובת המדינה, חסיון עו"ד או רופא ועוד) יחולו הן על מסירת ראיות בפני בית משפט ובית דין והן על מסירתן בפני רשות, גוף או אדם המוסמכים על פי דין לגבות ראיות; ובמקום שמדובר בפרק זה בבית משפט — גם בית דין, גוף או אדם כאמור במשמע", ו"בית דין" כולל "בית דין דתי".

55. ראה: שיפמן (הערה 47 לעיל), בעמ' 422—425 המבסס את ההבדל על השוואה לסעיף 24 לחוק אימוץ ילדים, תשי"ך—1960, ונעלמה ממנו, כנראה, ההוראה הדומה שבסעיף 52 לפקודת הראיות (נוסח חדש) תשל"א—1971 (ראה הערה 54 לעיל). שיפמן מסתמך גם על דברי הכנסת, כרך 34, עמ' 3080, בעמ' 3095—3096, (שם, בעמ' 324, הערה 8) מהן עולה כוונה שלא להחיל את החוק על בית דין דתי, וראה גם י' אנגלרד, שם (הערה 13 לעיל), בעמ' 45, הערה 68. יצויין עוד, כמובא לעיל (הערה 41 ובטקסט הסמוך לה), כי בשל אי מחיקת "אפוטרופוסות" מעניני המעמד האישי לפי סימן 51(1) לדבה"מ במועצתו, שומה גם על בימ"ש להזקק לדין האישי. בהתעורר לקונה או לצורך פירוש החוק (אם אין דרך לפירוש החוק מתוך עצמו).

56. סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב—1962. דוגמא אחרונה בהקשר זה היא התיקון לחוק לתיקון דיני משפחה (מוזונות) (תיקון), תשל"ו—1976, המסמיך "בית משפט", על אף האמור בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א—1951 להתחשב, בקביעת המזונות, בהכנסות בן הזוג מעבודה ומנסכים, ולפי סעיף 19(א) לחוק לתיקון דיני משפחה (מוזונות) — "בית משפט" בא לרבות "בית דין דתי"; וראה גם לעיל ליד הערה 37.

לביה"ד בנוסח סעיף 79 הנ"ל, מתייחסת לאותן הוראות בחוק שמדובר בהן ב"בית משפט", והוראות מטריאליות אחרות אינן מופנות לביה"ד הדתי.

הוא הדין בחוק הירושה תשכ"ה-1965. בחוק זה מצויות הוראות, לענין תחולת החוק בבית דין דתי בכלל ובית דין רבני בפרט, בנוסח אחר, המצריכות בירור.

בסעיף 148 (סיפא) לחוק נאמר כי "על זכויות ירושה ועל זכויות למוזנות מן העזבון לא יחול אלא חוק זה". אולם בית דין דתי שלו סמכות שיפוט על פי הסכמה בכתב של כל הצדדים הנוגעים בדבר (סעיף 155(א) לחוק הירושה) מוסמך, "על אף האמור בסעיף 148 לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו" ובלבד שזכויות קטין או פסול דין לא יהיו פחותות ממה שהיו לפי חוק הירושה (סעיף 155(ב) לחוק). מכאן משמע שדי בהסכמת הצדדים לסמכות השיפוט של בית הדין הדתי כדי, להסמיכו לנהוג לפי הדין הדתי ואין צורך בהסכמה מפורשת ומיוחדת של הצדדים לענין תחולת הדין הדתי.⁵⁷ סעיף 155(ג) לחוק הירושה מוסיף כי "סעיף קטן (א) (=שיפוט ב"ד דתי על פי הסכמה) אינו בא לפגוע בסעיף 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953". לפי סעיף 4 הנ"ל קמה לבי"ד רבני סמכות שיפוט ע"י עצם הגשת תביעת האלמנה בפניו, ללא צורך בהסכמת הצדדים הנוגעים בדבר.

מתעוררת איפוא השאלה: מהו הדין המטריאלי החל בתביעת מוזנות מן העזבון של אלמנה בבי"ד רבני — הוראות חוק הירושה, אשר סעיף 148 בו קובע כי "על זכויות למוזנות מן העזבון לא יחול אלא חוק זה", או הדין הדתי? במלים אחרות: האם יש לראות את סעיף 148 לחוק הירושה, אף שאין בו פניה מפורשת לבית דין דתי, כמופנה גם לבי"ד דתי, או שניתן להחיל גם על תביעת מוזנות של אלמנה את סעיף 155(ב) המסמיך ב"ד דתי לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו?

נראה לומר כי אף במוזנות אלמנה מן העזבון מוסמך ב"ד רבני לנהוג לפי "דין תורה". למסקנה זו ניתן להגיע בשני דרכים: האחת — כדעת ד"ר שרשבסקי⁵⁸ שאף תביעת מוזנות אלמנה היא בגדר סעיפים 155(א) ו-155(ב) לחוק הירושה, שכן סעיף 155(א) לחוק כפוף לסעיף 155(ג) לחוק ועצם הגשת התביעה באה במקום הסכמת הצדדים, באופן שיש לראות גם את תביעת מוזנות האלמנה כענין שהובא בפני ב"ד דתי בהתאם לסעיף 155(א) שבו, כאמור בסעיף 155(ב), מוסמך ביה"ד הדתי לנהוג לפי הדין הדתי.

57. אך ראה: Englard, *op. cit.* (supra n. 12), p. 156 n. 74, המעיר כי מסעיף 155(ב) אין זה ברור אם בחירת הדין המטריאלי נתונה לצדדים או לביה"ד.

58. שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), בעמ' 237 הערה 44. שאוה דן בסוגיית הדין החל בבי"ד דתי בעמ' 223, הערה 136, אך אינו מתייחס לשאלה הספציפית של מוזנות אלמנה בבי"ד רבני.

הדרך השנייה — לפי הנחת היסוד הנ"ל, שאין ב"ד רבני מחויב לפסוק ע"פ הוראות חוק הילוני אלא כשהחוק מופנה במפורש גם לב"ד דתי; סעיף 148 לחוק הירושה אינו מופנה במפורש לב"ד דתי, ועל כן ב"ד רבני, שסמכות שיפוטו מקורה בחיקוק אחר, אינו מחויב לפסוק במוזנות אלמנה ע"פ הוראות חוק הירושה דוקא, מה גם שפניה מפורשת לב"ד דתי מצויה בסעיף 155(ב) לחוק (שזכויות קטין או פסול דין לא יהיו פחותות ממה שהיו לפי חוק הירושה) אך הוראה זו אינה נוגעת בדרך כלל למוזנות האלמנה.⁵⁹

לפי פירוש זה הוכל אלמנה לאכוף את זכותה לפי תנאי הכתובה להמשך מדור בבית בעלה⁶⁰ באמצעות תביעה בבית דין רבני, בעוד שלפי סעיף 115(א) לחוק הירושה, כפי שפורש בענין סייג ב' מנהלת עזבון סייג⁶¹, אין לאלמנה אלא זכות שכירות בלתי מוגנת לתקופה מוגבלת ובתנאים שיקבעו ע"י בית משפט בשכר חודשי בלתי מוגבל, לפי המקובל בשוק החופשי.

הלכת סייג קובעת עוד כי ההסדר שבסעיף 115(א) לחוק הירושה בא במקום זכות האלמנה, לפי דיני ישראל, למדור בבית בעלה, והבסיס לכך הוא כי לפי דיני ישראל "זכות המדור היא מדין מוזנות", בצירוף ההוראה המפורשת שבסעיף 148 לחוק הירושה כי "על זכויות למוזנות מן העזבון לא יחול אלא חוק זה". אך דומה כי מסקנה זו, על שתי יסודותיה, אינה עומדת במבחן הבקורת הן מצד דיני ישראל והן מצד פירוש חוק הירושה עצמו⁶². אמנם המושג "מוזנות" כולל מדור⁶³, אך מדור האלמנה בבית בעלה הוא דין מיוחד מתנאי הכתובה העומד בפני עצמו ואינו תלוי בדין מוזנות האלמנה, והאלמנה זכאית להמשיך לדור בבית בעלה אפילו במקרים שאינה זכאית למוזנות מן העזבון⁶⁴. על זכות זו — השייכת לדיני משפחה להבדיל

59. מאידך גיסא, הוראת סעיף 155 (ב) מצביעה על כך שהמחוקק סבר שאלמלא הוראה זו היה גם ב"ד דתי כפוף לסעיף 148 לחוק; אולם גראה שסעיף 155 (ב) בא להסיר ספק ולהוסיף את ההגנה על זכויות קטין ופסול דין לפי חוק הירושה, אף במקרה של תחלת הדין הדתי.

60. משנה, כתובות, ד, יב: "את תהא יתבא בביתו ומתנא מנכסי כל ימי מגד אלמנותיך בביתו" (=את תהיי יושבת בביתו ונזונת מנכסי כל ימי משך אלמנותיך בביתו), ואפילו לא נכתב כן בכתובה — חייב בכך מתקנת חכמים. על מהות זכות האלמנה למדור בבית בעלה לפי דיני ישראל ראה פסק דינו של הרב ש' אסף בע"א 100/49, מילר ג' מילר, פד"י, ה, עמ' 1301 ואילך, ומאמרי "היחס בין סעיף 115 בחוק הירושה לזכות האלמנה, לפי דיני ישראל, למדור בבית בעלה", דיני ישראל, כרך ו (תשל"ה), עמ' 139—158.

61. ע"א 485/70, פד"י, כ"ה (2), עמ' 62, בעמ' 65'66 (להלן — הלכת סייג). וראה גם: ע"א 466/73, ליטמן ג' בראור, פד"י, כ"ח (2), עמ' 104, בעמ' 107.

62. על כך ראה בהרחבה במאמרי הנ"ל, עמ' 152—156.

63. רמב"ם, הלכות אישות, יח, ג שר"ע אה"ע, צד, ה.

64. ראה: תיק 4273/תשי"ז, פד"י, כרך ב, עמ' 278, בעמ' 282, ומקורות נוספים במאמרי הנ"ל עמ' 146—151.

מדיני ירושה — חלה דוקא הרישא של סעיף 148 לחוק, לפיה "חוק זה אינו בא לפגוע ביחסי ממון בין איש לאשתו או בזכויות הנובעות מקשר האישות", וכן משמע מהכותרת לסעיף "שמירת דיני משפחה". מאידך גיסא, המושג "מזונות מן העזבון" מתפרש מתוך החוק עצמו כמתייחס לזכויות לפי הפרק הרביעי לחוק הירושה הנושא את השם "מזונות מן העזבון", בעוד שזכות המגורים בדירת מגורי המוריש (סעיף 115) מובאת בפרק הששי, ואינה אלא זכות לתקופת מעבר עד לחלוקה סופית של העזבון.⁶⁵

3. קליטת עקרונות ומונחים מהמשפט העברי

שאוה קובע כי ההוראות בחוקי הכנסת בעניני מעמד אישי "שאוות מדינים שונים ולעתים מן המשפט העברי"⁶⁶, והוא מציין במקומות שונים בספר, כפי שיפורט להלן, עקרונות ומונחים שנקלטו מהמשפט העברי. לדעתנו היה מקום להדגשת יתר של היחס בין החקיקה הישראלית החדשה למשפט העברי, באשר ברור כי מקורות המשפט העברי שימשו כבסיס ומקור בגיבוש חוקי הכנסת בעניני מעמד אישי⁶⁷, ומשום כך, חרף המעבר ההדרגתי מהדין האישי לדין הטריטוריאלי, עומדת בעינה הזיקה למקורות המשפט העברי גם לצורך פירוש חוקים אלה. זאת ועוד; בעניני "אפוטרופסות" מצויה אסמכתא ישירה להזקקות לדין האישי לצורך פירוש החוק, שכן "אפוטרופסות" לא נמחקה מרשימת עניני המעמד האישי שבסימן 51(1) לדבר המלך במועצתו.⁶⁸

כדוגמאות לקליטת עקרונות ומונחים מהמשפט העברי מציין שאוה⁶⁹, בין היתר, לענין חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962 את עקרון טובת הילד ו"בית דין אביהם של יתומים", ולענין חוק הירושה, תשכ"ה—1965 את ההבחנה בין זוכים על פי צוואה לבין יורשים על פי דין, הפתרון בהלכה לשאלת "סדר הפטירות"

65. ראה: ע"א 466/73, ליטמן נ' בר אור, פד"י, כ"ח (2), עמ' 104. אף מקום משכנו (Sedes Materiae) של סעיף 115 בפרק הששי מוכיח זאת, שכן הפרק הששי נושא את השם "הנהלת העזבון וחלוקתו" וסעיף 115 כלול בסימן ד' לפרק "חלוקת העזבון ע"י מנהל העזבון".

66. עמ' 182.

67. שאוה (שם, הערה 3) מפנה בהקשר זה למחקריו של פרופ' מ' אלון, ובכללם המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג), כרך א, עמ' 102-103, ולציון זה יש להוסיף את עמ' 114 והערה 152, וראה גם מאמרי "שומר שמסר לשומר במשפט העברי ובחוק השומרים, תשכ"ז—1967", שנתון המשפט העברי, כרך ב (תשל"ה), עמ' 383, בעמ' 453 והערה 331 ורשימת המאמרים המובאת שם.

68. ראה הערה 55 לעיל וכן: שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 404: "אלא אם החוק עצמו מראה דרך אחרת לפירושו".

69. עמ' 182, הערה 3.

(סעיף 9 לחוק) 70, מזונות מן העובד (הפרק הרביעי לחוק), צוואת "שכיב מרע" (סעיף 22 לחוק) והשוואת זכות הירושה של ילד שנולד מחוץ לנישואין לילד שנולד מנישואין (סעיף 3ג) לחוק). לדוגמא אחרונה זו יש להעיר כי השוויון במעמד הילד שנולד מנישואין והילד שנולד מחוץ לנישואין הוא עקרון כללי העובר כחוט השני בחקיקה הישראלית.⁷¹ לענין "שכיב מרע" ראה דברי השופט לנדוי בענין רוזנטל נ' טומשובסקי⁷²: "המונח "שכיב מרע" לא הוגדר בחוק והוא נקלט בו מן המשפט העברי (ראה דברי הכנסת, כרך 42, עמ' 954), מותר לנו איפוא להיוקק לעקרונות כלליים של ההלכה העברית בסוגיה זו 'בתמצית ובקירוב'..." כדוגמאות נוספות מציין שאוה כי חלק מהוראות החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959 לענין מזונות קרובים, מאמצים את עקרונות דיני הצדקה שבמשפט העברי⁷³ וכן עקרון הסכמת בני-הזוג כעילה לגירושין בחוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969, שאוב למעשה מן הדין העברי⁷⁴.

לדוגמאות אלה שבספרו של שאוה ניתן להוסיף כהנה וכהנה, שכן אין לך חוק מחוקי הכנסת בעניני המעמד האישי שאין בו עקרונות ומונחים הלקוחים מהמשפט העברי: כגון "כיבוד אב ואם"⁷⁵ "שלום בית"⁷⁶, יורש אחר יורש⁷⁷, ועוד.

ג. הערות כלליות

ולשיטה אחרונה, הערות אחדות לענין תחומי המחקר בדין האישי. ספרו של שאוה

70. ראה: זילברג, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 314—322.
71. ראה: הצעת חוק היחיד והמשפחה, תשט"ז—1955, עמ' 6 ועמ' 133; הגדרת "ילד" בחוקים שונים כוללת ילד שנולד מחוץ לנישואין (כגון סעיף 1 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959: "ילד" — בין שנולד מנישואין ובין שלא מנישואין... ועוד); ע"א 29/74, פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י, כ"ח (2), עמ' 169 בעמ' 170, ע"א 620/74, מור נ' פלונית, פד"י, ל (1), עמ' 218, בעמ' 221.
- למעמדו השווה של ילד מחוץ לנישואין במשפט העברי ראה, בין היתר: משנה, יבמות, ב', ה'; א' גולאק, יסודי המשפט העברי, (ברלין, תרפ"ב), ספר שלישי, עמ' 10; שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 347 ועמ' 358 ועוד.
72. ע"א 252/70, פד"י, כ"ה (1), עמ' 488 בעמ' 492. פס"ד זה מאוזכר ע"י שאוה, שם (הערה 69 לעיל).
73. עמוד 219 ליד הערה 121.
74. עמוד 195 ליד הערה 26.
75. סעיף 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962.
76. חוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט—1969 וראה ליד הערות 42—44 לעיל.
77. סעיף 42 לחוק הירושה, תשכ"ה—1965. ובהלכה "נכסי לך ואחריך לפלוני" — בבא בתרא, קטז, ב; קלו, א — קלו, ב; רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה, יב, ה'; שו"ע, תו"מ, רמח וביחוד סעיף ג וראה א' גולאק, שם (הערה 71 לעיל) עמ' 130 ובמפורט M. Elon, The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel, Part IV, *Israel Law Review* vol. 4 (1969), pp. 80-140

מהווה תרומה נכבדה בתחום בדיני המעמד האישי אך אינו עוסק אלא מעט מאוד בדין המטריאלי-הדתי בעניני המעמד האישי⁷⁸. יש לצפות למחקרים מקיפים שעוד יכתבו בתחום חשוב זה, וישלימו ויוסיפו על אשר כבר נכתב עד עתה. ספרו של שאוה גם אינו עוסק בשאלת התנגשות הסמכויות בין בה"ד הדתיים ובפרט בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט האזרחיים ועד היום טרם פורסם מחקר מקיף ויסודי במכלול עניני התנגשות הסמכויות, ואף בתחום זה נשאר מקום רב לחוקרים לעסוק בו. גם לענין טיבו והתפתחותו של הדין האישי בארץ ישראל טעונים מחקר משלים שיטת המילט (Millet System) באימפריה העות'מנית והשלכותיה על זכויות העדות הדתיות בישראל. שאוה⁷⁹ מתרגם מונח זה כ"אומות" והנכון יותר "דתות" או "עדות דתיות"⁸⁰.

עד לשנת 1914 הוכרו באימפריה העות'מנית שלוש עשרה Millets⁸¹ ובכללם הפרוטסטנטים, והעדה היהודית (שתי כתות — העדה היהודית ה"רבנית" וכנראה העדה היהודית ה"קראית")⁸². כמה עדות דתיות ובתוכן הפרוטסטנטים, והעדה היהודית ה"קראית" לא הוכרו כעדות דתיות ע"י המחוקק המנדטורי⁸³ או הישראלי. אולם, על רקע מגמת המחוקק המנדטורי לשמור על המצב הקיים בעניני עדות דתיות⁸⁴ יש לבדוק אם עדיין נתונות לעדות בלתי מוכרות אלה זכויות חוקיות כלשהן⁸⁵.

כמו כן טרם פורסם — מאז ספרו של זילברג⁸⁶ — מחקר מקיף להגדרת רשימת

78. כגון מקורות הדין העברי בדיני מונות ובדיני צדקה, ראה: שאוה, עמ' 208—217 ועוד ענינים אחרים (ראה: שאוה, חלק הביבליוגרפיה, עמ' 406—410 — "מפתח מקורות המשפט העברי").

79. עמ' 68, וראה שם עמ' 33—37 לענין הדין האישי באימפריה העות'מנית.
80. ראה: Abu Jaber, *The Millet System in the Nineteenth Century Ottoman Empire*, *Muslim World Vol. LVII* (1967), p. 212 והאסמכתאות, שם.

81. ראה: N. Sousa, *The Capitulatory Regime of Turkey, Its History, Origin and Nature* (Baltimore, 1933) p. 89.

82. G. Young, *Corps de Droit Ottoman* (Oxford, 1905) Vol. II, p. 142; Goadby, *International and Inter-Religious Private Law in Palestine* (Jerusalem, 1926), p. 117.

83. ראה: רשימת העדות הדתיות בתוספת השניה לדבר המלך במועצתו, 1922, כפי שתוקן בדבה"מ במועצתו (תיקון) 1939 (הכוללת את העדה היהודית ותשע עדות נוצריות).

84. ראה סימן 9 לכתב המנדט וסימן 17(ג) לדבר המלך במועצתו 1922—1947. E. Vitta, *The Conflict of Law in Matters of Personal Status in Palestine*, (1947) pp. 1-6. שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), ע' 11; שאוה, ע' 67—69.

85. ראה לאחרונה בג"צ 30/76, סיחו נ' ביה"ד הדתי לעדת היהודים הקראים, פד"י לא (1), עמ' 13, שבו נפסק כי אין לעדת היהודים הקראים ולביה"ד של העדה מעמד חוקי מוכר, אם כי השופטים נחלקו בשאלה אם יש לראות את היהודים הקראים כ"יהודים" במובן חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג—1953.

86. שם (הערה 1 לעיל).

"עניני המעמד האישי" שבסימן 51 לדבר המלך במועצתו, 1922, ובינתיים חלו בנושא זה התפתחויות חשובות ובהן הלכה פסוקה⁸⁷ כי "אבהות" אינה נכללת במונח "Legitimation of Minors" (=כשרות יוחסין של קטינים), ואינה, איפוא, ענין של מעמד אישי⁸⁸. להלכה זו תוצאה כפולה: קביעת אבהות אינה נידונה בבימ"ש אזרחי עפ"י הדין האישי וכן אינה נתונה לסמכות שיפוט, על פי הסכמה, של בי"ד רבני במובן סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג—1953⁸⁹.

* * *

בסיום אני מצטרף לדברי השבח שהרעיף לספר שופט בית המשפט העליון חיים כהן⁹⁰, שבהם כמעט לא הניח לאחרים מקום להתגדר בו, והמסתיימים בלשון זו:

"אם כי עוסק אני רבות בשנים הלכה למעשה בנושא זה, אין אני יודע אף ספר אחד אשר עולה עליו בשלמות הדיון, בבהירות ההרצאה, בעשירות החומר, בחריפות הניתוח המשפטי ובמקוריות המחשבה והביקורת".

87. בג"צ 283/72, בוארון נ' ביה"ד הרבני האזורי ת"א, פד"י, כו (2), עמ' 727; ע"א 620/74, מור נ' פלונית, פד"י, ל (1), עמ' 218.

88. אך ראה: שרשבסקי, שם (הערה 1 לעיל), עמ' 343, הערה 1. שאוה אינו דן בשאלה זו.

89. על מסקנה אחרונה זו ראה בקורתו של פ' שיפמן "שיפוט ומשפט בעניני אבהות", משפטים, כרך ד (תשל"ד), עמ' 664.

90. בהקדמה לספר.