ב"ה

תיק ‏1020067/1‏

בבית הדין הרבני האזורי נתניה

לפני כבוד הדיין:

הרב שלמה שפירא – אב"ד‏

התובע: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אבשלום רבין)

נגד

הנתבעת: פלונית

הנדון: גירושין

פסק דין

**א)** לפני בית הדין מונחת תביעת הבעל לגירושין.

שני בני הזוג יהודים אזרחי ישראל וגרו בישראל עוד לפני נישואיהם. הצדדים נישאו בנישואין אזרחיים בקפריסין ביום י"ב בתשרי תשס"א (11.10.2000).מנישואין אלו נולד ביום י"ח באלול תשס"א (6.9.2001) בנם המשותף [נ' נ'] מ"ז [...].

הצדדים חיו בארץ כבני זוג עד ליום ז' בניסן תשס"ג (9.4.2003), אז עזבה הנתבעת את הארץ עם בנם של הצדדים. לדברי התובע הנתבעת התקשרה אליו לאחר כמה ימים, הודיעה לו שהיא עזבה את ישראל לצמיתות, חזרה לאוקראינה, לעולם לא תחזור לישראל ולא תהיה לו אפשרות לאתרה.

הנתבעת השאירה אחריה חובות רבים, ומאז עזיבתה את הארץ אי אפשר היה ליצור עמה קשר כלשהו. לדברי התובע במשך זמן רב היה עסוק בהתמודדות עם החובות הגדולים שיצרה (חובות בסך 200,000 ₪), ולכן השקיע כל כוחותיו ומאמציו בסילוק החובות ולא התפנה להגיש תביעת גירושין. לדבריו שמע שהאשה נישאה אחרי הפירוד פעמיים, יש לה ילדים נוספים מנישואין אלו, אך הוא לא קיבל מסמכים כלשהם מהנתבעת להתרת נישואיהם.

**ב)** התובע הגיש תחילה תביעה להתרת נישואין לבית המשפט. בהחלטת בית המשפט לענייני משפחה בחדרה מיום כ"ט בטבת תשע"ה (20.1.2015) נכתב:

"מתמצית הרישום שהוגשה עולה כי הנתבעת יהודייה.

לאור העובדה כי שני הצדדים יהודים, יגיש התובע בתוך 30 יום מהיום תצהיר משלים בו יציין מקור סמכותו של בית משפט זה לדון בתובענה וכן יצרף החלטת בית הדין הדתי המורה על הפניית הצדדים לערכאה אזרחית, כפי המצוין בסעיף 24 לתובענה אותה הגיש התובע."

סמכות בית המשפט להתיר נישואין במקרים מיוחדים נקבעה בחוק שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין־לאומית), התשכ"ט–1969. בחוק זה נקבע:

"1. (א) עניני התרת נישואין שאינם בשיפוטו הייחודי של בית דין דתי יהיו בשיפוטו של בית משפט לעניני משפחה (בחוק זה – בית המשפט) אלא אם כן על פי הוראות חוק זה נתונה סמכות השיפוט לבית דין דתי.

(ב) חוק זה לא יחול אם שני בני הזוג יהודים, מוסלמים, דרוזים או בני אחת העדות הנוצריות המקיימות בישראל בית דין דתי, למעט במקרים האלה:

(1) שני בני הזוג הם בני עדה נוצרית אחת המקיימת בישראל בית דין דתי ואולם לאותו בית דין אין סמכות שיפוט מבחינה בין־לאומית להתיר את נישואיהם;

(2) שני בני הזוג הם בני עדה דתית אחת, למעט יהודים, ואולם לבית הדין הדתי הנוגע בדבר אין סמכות שיפוט מבחינה בין־לאומית להתיר את נישואיהם, ובלבד שראש בית הדין הודיע, בהודעה כללית לנשיא בית המשפט העליון, כי אינו מתנגד להחלת הוראות חוק זה במקרים אלה."

ולפיכך במקרה שלפנינו ששני בני הזוג יהודים, הרי שלפי סעיף 1(ב) לחוק הנזכר אין לבית המשפט סמכות להתיר נישואין אלו, ולכן הוגשה התביעה לפנינו, מכיוון שלבית הדין הסמכות החוקית להתיר נישואין של יהודים בישראל.

מתוך החומר שהוצג לפנינו עולה שאכן האשה עזבה את הארץ לפני למעלה משתים־עשרה שנה, ומאז לא שבה. אין ספק שפירוד ממושך זה וניתוק הקשר הוא עילה לגירושין.

בנסיבות המקרה שהאשה לא מתגוררת בארץ ואין אפשרות ליצור עמה קשר כלשהו אי אפשר לסדר ג"פ. ויש לעיין באיזה אופן נוכל להתיר נישואין אלו.

**ג)** לפני שנדון באיזה אופן יותרו הנישואין חובה עלינו לברר תחילה שאלת סמכותו של בית הדין הרבני לדון בתביעת הגירושין של בעל אשר אשתו עזבה את הארץ לפני שנים רבות והיא אינה יוצרת כל קשר עמו מאז עזיבתה.

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953 (להלן: חוק שיפוט בתי"ד רבניים), המגדיר את סמכות השיפוט של בית הדין הרבני, קובע:

"עניני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים."

במקרה דנן אין חולק כי שלושת התנאים הראשונים מתקיימים, שהרי מדובר בתביעה לגירושין ושני בני־הזוג הם יהודים ואזרחי המדינה, אלא שהתנאי הרביעי והנוסף של הנוכחות 'בישראל', מתקיים לכאורה רק לגבי הבעל אך לא ביחס לאישה. שאף שבמשך שנות הנישואין ובעת הפירוד שהתה גם האשה בישראל, עתה זה שנים רבות אין היא בישראל.

סעיף 4א לחוק שיפוט בתי דין רבניים קובע מקרים נוספים בהם לבית הדין תהיה סמכות שיפוטית, וז"ל:

"4א. (א) בלי לגרוע מסמכויות השיפוט לפי סעיף 1, לבית דין רבני יהיה שיפוט ייחודי בתביעה לגירושין בין בני זוג יהודים שנישאו על פי דין תורה, בהתקיים אחת מהזיקות האלה:

(1) מקום מושבו של הנתבע בישראל;

(2) שני בני הזוג הם אזרחים ישראלים;

(3) מקום מושבו של התובע בישראל, ובלבד שהתגורר בה במשך שנה לפחות בסמוך להגשת התביעה;

(4) מקום מושבו של התובע בישראל, ובלבד שמקום מושבם המשותף האחרון של בני הזוג היה בישראל;

(5) התובע הוא אזרח ישראלי ומקום מושבו בישראל;

(6) התובע הוא אזרח ישראלי והתגורר בה במשך שנה במהלך השנתיים שקדמו למועד הגשת התביעה."

האפשרות להשתמש בסעיף 4א(א) ס"ק (2) עד (6) לחוק שיפוט בתי"ד רבניים, המקנה לבית הדין סמכות כשהתובע הוא בישראל והנתבע אינו מתגורר בישראל, כמקור לסמכות העניינית של בית הדין במקרה שלפנינו, אינה רלוונטית. זאת, אף על פי שמצבם של בני־הזוג במקרה זה עונה על המתואר בכל אחד מהסעיפים הקטנים שמ־(2) עד (6). הטעם לכך הוא משום התנאי המקדים להחלת הסמכות מכוח סעיף 4א(א), והוא שתביעת הגירושין בין בני־הזוג תהיה רק ביחס ל"יהודים שנישאו על פי דין תורה", ואילו הזוג שלפנינו נישא בנישואין אזרחיים שלא על פי דין־תורה, אף שלדעת הפוסקים כפי שיבואר לקמן ייתכנו אי־אלו השלכות הלכתיות מאותם נישואין שלא על פי דין תורה.

על אילו מילים בחוק מוסבת דרישת הנוכחות 'בישראל'

כאן המקום להידרש אל מהותה ותכליתה של דרישת הנוכחות של "בישראל". השאלה הראשונה שיש לבררה, היא האם התנאי המצמצם של 'בישראל' מתייחס אל תחילתו של המשפט שהוא גם נושאו – "עניני נישואין וגירושין", דהיינו, שסמכות בית הדין הרבני היא כלפי כל בני־זוג יהודיים שהם אזרחי ישראל או תושביה אך בתנאי **שענייני הנישואין והגירושין שלהם התקיימו בישראל**; או שמא תיבת 'בישראל' מתייחס אל המושא הסמוך לה – "יהודים", דהיינו, שכל ענייני הנישואין והגירושין של יהודים אזרחי ישראל או תושביה בסמכותו של בית הדין, ובלבד **שבני־הזוג היהודים מצויים בישראל**.

שאלה זו כבר נדונה רבות בפסיקות בית המשפט העליון. להלן נביא את השתלשלות גיבוש הפסיקה עד להלכה המקובלת כיום בבית המשפט. נקדים ונציין כי כפי הנראה, המחוקק הישראלי בשנת 1953 לא שם ליבו על חוסר הבהירות הלשונית שבניסוחו זה של החוק, ואל המשמעויות השונות העשויות לעלות ממנו. בתחילה, בהצעת החוק שהוגשה לכנסת מטעם הממשלה, ה"ח 163 כ"ז באייר תשי"ג, 12.5.1953, לא הופיע תנאי האזרחות או התושבות שבחוק, ואילו המילה 'בישראל' התייחסה אז באופן ברור אל מקום הימצאם של בני־הזוג ה"יהודים". נוסח הצעת החוק היה אז: "נישואין של יהודים בישראל ייערכו על פי דין תורה". רק מאוחר יותר, בוועדת הכנסת, עלתה הדרישה להוסיף גם את התנאי של "אזרחי המדינה או תושביה". מילים אלה שובצו בלשונו של החוק לאחר חלקו הראשון של המשפט, אחר המילה "בישראל". על כן, מהפן ההיסטורי של הליך גיבושו של הסעיף, עולה כי כוונת המחוקק לגביו הייתה כי התנאי של "בישראל" יתייחס אל המילה ה"יהודים", כתיאור מקום הימצאותם של בני־הזוג. על דרך זו, יש גם להעריך כי הניסוח הראשוני של המילים "יהודים בישראל" בהצעת החוק נכתב לאור נוסחו של סימן 47 לדבר המלך במועצתו, אשר העניק סמכות שיפוט שיורית לבתי המשפט האזרחיים בענייני המעמד האישי של "אנשים בארץ ישראל" (ראה מ' שאווה, "תנאי הסמכות של בית־הדין הרבני בעניני נישואין וגירושין", הפרקליט לב (תשל"ט־תש"ם) 39, בעמ' 48).

בפסיקה הישראלית שאלה זו – פרשנות התייחסות התנאי "בישראל" שבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי"ד רבניים – הועלתה לראשונה על ידי נשיא בית המשפט העליון, השופט י' אולשן, בע"א 456/63 גרייניק נ' שטרן, פ"ס יח (1) 285 (1964), עמ' 293, אלא שהוא בחר להשאירה ללא הכרע בדבר, ולהותירה ב'צריך עיון', בכותבו:

"הנני סבור שגם במשפט הזה אין צורך לעמוד על משמעות הסייג הראשון "של יהודים בישראל" אם הכוונה היא רק לנישואין כנעשו בישראל ואם לאו, אפשר להשאיר את השאלה בצריך עיון..."

אחריו התייחס לשאלה זו השופט צ' ברנזון, בבג"ץ 3/73 ז'קלין כהנוף נ' בית־הדין הרבני האזורי בתל־אביב, פ"ד כט (1) 449 (1973), והציע לייחס את המילה "בישראל" לכל חלקיו של המשפט אשר קדם לה:

"אני מוכן לומר, שהמילה "בישראל" מתייחסת לכל מה שקדם לה, הן לעניני נישואין וגירושין הן ליהודים. אבל ענין של נישואין שנערכו בחוץ־לארץ לחוד וענין של גירושין המבוקשים בארץ לחוד. כאשר מדובר בבני־זוג יהודים בארץ, תושבי הארץ או אזרחיה, בין אם נישאו בארץ או בחוץ־לארץ, ובין אם נישאו בנישואין דתיים או אזרחיים, בתביעת גירושין שלהם בארץ הסמכות אינה יכולה להיות אלא בידי בית־הדין הרבני."

השופטת מ' בן־פורת, בבג"ץ 573/77 אדם ז"ק נ' בית־הדין הרבני האזורי תל־אביב־יפו, פ"ד לב (1) 281 (1977), צעדה צעד נוסף בכיוון זה, ויחסה את המילה "בישראל" אל ה"עניני נישואין וגירושין" שבתחילת המשפט ולא אל ה"יהודים", וכך היא כותבת:

"אולם כשלעצמי הייתי מרחיקה לכת אף מעבר לפירושו של מ"מ הנשיא הנכבד. לפי השקפתי סובל הכתוב פירוש שאין בכלל צורך בנוכחותם של בני־הזוג (או אחד מהם) בישראל כדי שבית־הדין הרבני ייתפס לסמכות יהודית לפי [סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/73178/1) לחוק. לשם כך די אם שניהם יהודים וכן אזרחי ישראל או תושביה. נראה לי כי במשתמע הביע גם השופט ח' כהן דעה דומה ב־[בג"ץ 129/63](http://www.nevo.co.il/case/17945715), [5], כאשר אמר (בע' 1651):

"לדידי יוצא שסמכות השיפוט של בית־הדין הרבני מותנית, בסעיף 1 לחוק האמור, בכך שבעלי־הדין הם יהודים, והם אזרחיה או תושביה של ישראל."

לפי פירושה זה של השופטת בן־פורת יוצא כי תנאי הנוכחות של הצדדים לדין בישראל למעשה כלל אינו קיים. עם זאת, מציינת השופטת בן־פורת כי היא מודעת לכך שהצעתה אינה מתיישבת כל כך מבחינה תחבירית:

לפי הסדר המילולי יש לכאורה יסוד איתן לגישה הקיימת כי המילה "בישראל" קשורה ל"יהודים", הווי אומר "יהודים בישראל". אולם הכתוב סובל לדעתי, ולו אך בדוחק, גם פירוש אחר, שלפיו יש לייחס את המילה "בישראל" למילים עניני נישואין וגירושין", משל היה נאמר:

"עניני נישואין וגירושין בישראל של יהודים אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם היחודי של בתי דין רבניים."

בבג"ץ 51/80 מרגלית כהן נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פ"ד לה (2) 8, המשנה לנשיא בית המשפט השופט לנדוי הסתייג מהצעות פירושיהם השונים של השופט ברנזון והשופטת בן־פורת, והעיר על כך שהן הובאו רק כ'אמרת אגב' בלבד אשר אינן מחייבות, אך גם דאג לציין כי אף בפסק הדין שלפניו שאלה זו "אינה מתעוררת לפנינו", ולכן הוא אינו מכריע בדבר.

אולם עם השנים התגבשה בבית המשפט העליון עמדה ברורה אשר דחתה בשתי ידיים את האפשרות לייחס את התנאי "בישראל" אל "ענייני נישואין וגירושין", ונקבע כי תנאי הנוכחות של 'בישראל' מיוחס אל בני־הזוג היהודים. כפי שכתב השופט מ' חשין בבג"ץ 1480/01 חג'ג' (שיובא להלן בסעיף 20):

"דעות אלו לא כבשו לעצמן דרך סלולה בהלכה. ההלכה שנתקבלה היא כי התיבה "בישראל" מסמיכה עצמה ל"יהודים" – קרא, יהודים בישראל – וכי "יהודים בישראל" תנאי לעצמו הוא, תנאי נפרד ונבדל מיתר תנאי־הסמכות הקבועים בסעיף 1 לחוק השיפוט."

אל גישה זו בפירוש התנאי 'בישראל' הצטרפו גם דעות המלומדים (ראה: מ' שאוה, לעיל סעיף ד'; וא' מעוז, "סמכותם האקסטרא־טריטוריאלית של בתי הדין הרבניים", הפרקליט לח (תשמ"ח־תשמ"ט), 81), וכך סיכם זאת בפסק דינו השופט י' זמיר, בפס"ד ורבר (להלן בסעיף ח'):

כיום ההלכה רואה את המילה "בישראל" כמתייחסת למקום הימצאם של בעלי־הדין בעת הגשת התביעה, ולא למקום הנישואין או הגירושין.

דרישת הנוכחות 'בישראל' בעת הגשת התביעה

לגבי השאלה מהו המועד הקובע בו נדרשת נוכחותם של בני הזוג בישראל, קיבלה פסיקת בית המשפט כמובן מאליו את ההנחה שמועד הגשת התביעה הוא הזמן בו בית הדין הרבני ירכוש סמכות דיון בעניינים, כפי שכתב בית המשפט בבג"ץ 159/63 אילון (להלן בסעיף ח'):

"סמכות בית־הדין נקבעת לפי מועד הגשת התביעה ומאומה לא נגרע ממנה על־ידי כך שהנתבע משנה את מצבו את מעמדו אחרי מועד זה בכוונה לשלול את הסמכות."

וכן סיכם זאת בית המשפט בבג"ץ ורבר (להלן סעיף ח'):

כיום ההלכה רואה את המילה "בישראל" כמתייחסת למקום הימצאם של בעלי־הדין בעת הגשת התביעה, ולא למקום הנישואין או הגירושין.

יוצא אם כן, כי הפירוש הנכון כיום לתנאי הנוכחות "בישראל" המצוי בסעיף 1 לחוק שיפוט בתי"ד רבניים, הוא שבנוסף לשאר התנאים הנזכרים בסעיף, על בני־הזוג גם להיות נוכחים בישראל במועד הגשת התביעה אל בית הדין הרבני.

התפתחות הנוכחות הקונסטרוקטיבית כהימצאות 'בישראל'

עם זאת, פסיקת בתי המשפט לא שקטה על שמריה ולא הותירה את דרישת הנוכחות 'בישראל' כדרישת נוכחות פיזית נוקשה, אשר במצבים מסוימים מעקרת למעשה את אפשרות בית הדין – כשהדבר נדרש – לאכוף גירושין על בן־זוג סרבן, ומותירה את המצב באותם מקרים קשים ללא אפשרות מענה וסיוע מצד בתי הדין הרבניים ורשויות אכיפת החוק.

שאלת מהותה של דרישת הנוכחות של בני־הזוג "בישראל" עלתה עוד קודם להקמת המדינה, עת שלט בישראל המנדט הבריטי, אשר העניק מכוח סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ־ישראל, סמכות שיפוט שיורית לבתי המשפט האזרחיים בעניני המעמד האישי של "אנשים בארץ ישראל". בית המשפט העליון שבאותם הימים נדרש לדון בסמכותו של בית המשפט המחוזי בישראל בתביעת יהודי אזרח ישראל לקבוע את בטלות נישואיו האזרחיים עם אשתו שאינה יהודייה, אשר קנתה את אזרחותה בישראל מכוח נישואיה עמו. האיש ביקש את גירושיו האזרחיים ממנה כדי שיוכל לשאת אישה יהודייה כדמו"י. בית המשפט העליון קיבל את תביעתו של הבעל, כאשר השופט ג' פרומקין קובע (ע"א 11/41 ביכובסקי נ' ביכובסקי, תורגם מאנגלית):

"לצורך סימן 47 של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, רואים גם אותה כ"אדם בארץ ישראל", מפני שעל ידי הנישואין היא רכשה, לפחות באופן טכני, את הדומיסיל של בעלה."

כאשר זקן השופטים, השופט טראסטד, בדעת מיעוט סבר, כי אם לדעתו של האיש הנישואין עמה אכן מעולם לא תפסו, הרי שגם את התושבות (הדומיסל) בישראל מעולם לא הייתה לה. מסיק מכך השופט מ' זילברג (בספרו: המעמד האישי בישראל, ירושלים תשכ"א, עמ' 359):

פירושו של דבר: גם הוא לא חלק על כך, כי דומיסיל חוקי בארץ ישראל הנרכש על ידי אשה יושבת־חוץ מכוח נישואיה לתושב ארצישראלי, עושה גם אותה ל"אדם בארץ ישראל" לצורך סימן 47 הנ"ל.

בדרך זו הלך השופט זילברג גם בפסק דינו בבג"ץ 129/63 רוזה מטלון (מזרחי) נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א־יפו ודוד מטלון, פ"ד (יז) 11640 (1963):

"אם הדומיסיל של האדם הוא מישראל, רואין אותו כאילו נמצא הוא בגופו בישראל. ראיה לכך, על דרך ההיקש, מפסק־דינו של בית־המשפט העליון המנדטורי בפרשת ביכובסקי... ואם לגבי "אדם מארץ־ישראל" כך, לגבי "יהודי בישראל" לא־כל־שכן ! שהרי איש לא יאמר כי הקשר של יהודי למדינת ישראל, הוא יותר קלוש מן הקש של סתם "אדם" לארץ־ישראל."

השופט זילברג למד מפסק הדין בעניין ביכובסקי כי אין צורך בהימצאות פיזית של בעל הדין בישראל, אלא עצם תושבתו של היהודי בישראל והעובדה שהוא גר בה דרך קבע יש בה כדי להחשיבו כאילו הוא נוכח בה, גם אם פיזית אינו מצוי בה באותה העת.[[1]](#footnote-1) עם זאת, למעשה במקרה שנדון לפניהם סבר השופט זילברג כי לא נרכשה לבית הדין הרבני סמכות, מאחר שהאישה הנתבעת כלל לא התגוררה בישראל. השופט א' מני הסכים עם מסקנתו של השופט זילברג, אך טעמו לכך היה שונה. לדעתו, חוסר סמכות בית הדין נבע משום שעל שני בני־הזוג להיות נוכחים פיזית בישראל. השופט ח' כהן הסכים גם הוא למסקנה שאין סמכות לבית הדן משום שהאישה גרה בישראל, אך הוא נמנע מלהיכנס לפרשנות דרישת הנוכחות בישראל.

חודשים מועטים לאחר פסק דין זה יצא מבית המשפט העליון פסק דין נוסף הנוגע לאותו נושא, בו השופט צ' ברנזון המשיך בכיוונו של השופט זילברג והרחיב את האפשרות להכרה בבן־הזוג הנתבע כנוכח בישראל אף שאינו נמצא בה, וזאת גם כאשר הוא עזב את הארץ לצמיתות וכדי להשתקע בחו"ל, בג"ץ 159/63 מ' אילון נ' הרב ש' ב' ורנר ואח', פ"ד י"ז (1) 2339 (1963):

"לפי נסיבות המקרה, קיימת גם קיימת סמכותו של בית־הדין הרבני לגבי תביעת האשה למזונותיה היא גם לפי התנאים האמורים בסעיף 1 לחוק. הבעל הוא אזרח המדינה שנשא את האשה בארץ כדת משה וישראל. כשנסע לארצות־הברית הוא השאיר כאן את ביתו, אשתו, ילדתו וחפציו האישיים ולטענת בא־כוחו הוא המשיך לקיים קשר עם המשפחה ולדאוג לצרכיה... כך שעד אז יש לראותו כאילו המשיך להיות בארץ ומובן שהוא לא חדל להיות תושב קבוע בה, אם כי הוא שוהה בפועל כל אותו זמן בחוץ־לארץ."

מדבריו של השופט ברנזון, הרי שעצם העובדה שבן־הזוג השאיר אחריו בצאתו מישראל את משפחתו האישית – אשתו וילדיו ואתם שאר רכושו, ובנוסף לכך אף המשיך לשמור על קשר כל שהוא עם משפחתו – הרי שקשר מהותי ומשמעותי זה אל משפחתו שהותיר אחריו והאחריות המוטלת כלפיה המוטלת עליו, משאירה אותו מבחינה משפטית כ'נמצא בישראל', אף אם עזב את הארץ לעד במטרה שלא לשוב אליה יותר. לעומתו, השופט מני לא הסכים לפרשנותו לסעיף 1 ודבק בעמדתו בבג"ץ 129/63 מטלון, ואילו השופט כהן, גם כאן נמנע מלהביע את עמדתו, ולמעשה בפסק דין זה עדיין לא נקבעה ההלכה בנושא.

בבג"ץ 10/71 דבורה גורדון נ' בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כה (1) 485 (1971), חזרו השופטים אגרנט, ויתקון וכהן על העיקרון הכללי הקובע כי צריך ששני בעלי הדין ימצאו בארץ, אך בלי להיכנס לשאלה, האם ניתן להסתפק במקום זאת בזיקות אל ישראל או צריך דוקא נוכחות פיזית בה, וזאת מאחר שבאותו מקרה ממילא לא היו תנאים היוצרים זיקה לישראל.

**ז)** לראשונה התייחס בית המשפט העליון לסוגיה זו בהרחבה ובאופן ישיר, בפסק דינו בבג"ץ 297/77 חן נ' בית־הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לא (3) 679 (1977), על ידי המשנה לנשיא דאז השופט לנדוי אשר נדרש לנושא וכותב:

"קיימת פסיקה די ענפה, שבה דן בית־משפט זה בפירוש של הדיבור "יהודים בישראל" בסעיף 1, אך עד לעתירה זו טרם בא לפנינו מקרה שבו התעוררה הבעיה בנסיבות דומות לאלה הקיימות כאן, כאשר נתמלאו התנאים האחרים (אזרחות או תושבות של שני בעלי־הדין) לשיפוטו של בית־הדין הרבני לפי סעיף 1 הנ"ל, כי הרי העותר והמשיבה שניהם עדיין אזרחים ישראליים, והעותר, הנתבע בתביעת הגירושין, גם מצוי כיום במדינת ישראל. האם עלינו לומר שבנסיבות אלה חסר בית־הדין הרבני סמכות, מפני שהמשיבה אינה נוכחת כאן בגופה ואף לא הייתה נוכחת בעת הגשת תביעתה? ברור שאם כך יוחלט, עלולות התוצאות עבור המשיבה להיות קשות מאוד, כי עד כמה שידוע לי אין בית־דין אחר בעולם שיוכל לכפות על העותר התדיינות עמה על תביעתה לגירושין לפי ההלכה, ואין מדינה אחרת אשר בה ניתן לכפות ציות לפסק־דין המחייב את הבעל לתת את הגט לאשתו. היא עלולה איפוא להישאר עגונה, ללא יכולת להינשא לגבר יהודי אחר על־פי דת משה וישראל."

השופט לנדוי עורך תחילה סקירה על פסיקות בית המשפט העליון שניתנו בנוגעות לסוגיה זו, ומסכם:

"מכלל הפסיקה הזאת עולה שכל מה שנאמר עד כה ביחס לתנאי ההימצאות בישראל שבסעיף 1 של החוק – נאמר כאשר הנתבע לא היה מצוי בארץ או כאשר התובע לא היה לא תושב ולא אזרח ישראל ועל־כן ממילא לא נתמלאו בו תנאי הסעיף 1. נראה לי איפוא, שטרם נפסקה הלכה ברורה בבית־משפט זה בשאלה שהגדרתי."

מכאן פונה השופט לנדוי להצגת עמדתו בנדון, בהמשיכו את דברי השופט זילברג ותוך שהוא טובע את המושג ה"נוכחות הקונסטרוקטיבית":

"דעתי היא כהצעת מר יאראק בטיעונו לפנינו, שתובע, אזרח המדינה או תושב בה, אינו חייב להיות נוכח נוכחות פיזית בעת הגשת תביעתו בבית־דין רבני, ודי גם בהגשת התביעה באמצעות שלוח, כמו המשיבה דכאן, אשר הגישה את תביעותיה נגד העותר באמצעות אביה והיא מיוצגת על־ידי עורך־דין. להלן הנימוקים שהביאוני למסקנה זו...

דברים אלה של השופט זילברג יפים לעניננו בשינוי היחיד שכאן התובעת היא האשה והנתבע הוא הבעל, אבל כמובן אין בכך שום הבדל מהותי. הדברים נראים לי משכנעים מאוד, ומצדי הייתי מוסיף ואומר שבמצב דברים כשלנו מתקיים תנאי "ההימצאות" בישראל לגבי שני בעלי־הדין – לגבי הנתבע בפועל ממש, ולגבי התובעת בדרך נוכחות "קונסטרוקטיבית", באמצעות בא־כוחה. אם מצא בית־משפט זה ב־בג"ץ 159/63, [3], לאפשר לייחס לבעל נתבע נוכחות קונסטרוקטיבית, אם כי הבעל כבר עזב את הארץ זמן רב לפני שאשתו הגישה נגדו את תביעתה לבית־הדין הרבני, מותר גם לנו לנהוג כן כאשר הבעל נמצא כאן בגופו והאשה מיוצגת, לפני בית־הדין על־ידי בא־כוחה."

אלא שעמדתו זו של השופט לנדוי לא נתקבלה באותו פסק הדין ונשארה בדעת מיעוט, נגד עמדותיהם של השופטים אשר ומני. השופט ש' אשר חלק על הטענה שבית המשפט לא התייחס בהכרעותיו לנושא, וכתב כי העניין נדון בבג"ץ מטלון, בבג"ץ גורדון ובג"ץ 409/72 סעיד חטאר נ' בית־הדין הדתי הדרוזי בחיפה, פ"ד כז (1) 449, ובשלושת פסקי דין אלו דווקא נתן בית המשפט את עמדתו, לפיה נדרשת נוכחות ממשית של בני־הזוג בישראל. כן חלק השופט אשר גם על עצם הפרשנות שהציע השופט לנדוי, וטען כי לדעתו, "כשהתנתה הכנסת את סמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני בתנאי שתחול על 'יהודים בישראל' היא התכוונה לנוכחותם הממשית ולא **לפיקציה** של נוכחות". אל דבריו הצטרף השופט מני, כפי שהביע את עמדתו בבג"ץ אילון ובג"ץ מטלון.

**ח)** הסימנים הראשונים הברורים למהפך בגישת בית המשפט העליון ביחס לדרישת הנוכחות ואימוצו את גישת הנוכחות הקונסטרוקטיבית, היו בג"ץ 386/78 שרה מגנזי נ' יוסף מגנזי, פ"מ לב (3) 287 (1978), בו השופט מ' שמגר הביע את עמדתו העקרונית:

"כשלעצמי, הייתי נכון לאמץ את גישתו לעניין זה של מ"מ הנשיא (השופט לנדוי) ב־בג"ץ 297/77, חן נ' בית־הדין הרבני האזורי בחיפה, ואח', [1]; ומאחר שכאן מדובר על נתבעת הנעדרת מישראל, גם נכון הייתי לבחון את מערכת העובדות שלפנינו על־פי הכללים שהותוו לענין זה ב־בג"ץ 159/63, אילון נ' הרב ש' ב' ורנר, [2], שלפיהם נתון נתבע לסמכות שיפוטו של בית־הדין הרבני, גם כאשר הוא עזב את ישראל וגר מחוצה לה ובלבד שהיה עדיין תושב ישראל ביום הגשת התביעה."

אלא שבאותו מקרה ספציפי התנאים לא התאימו לכך, ולכן למעשה השופט שמגר אינו קובע בכך הלכה.

רק לאחר כשלוש שנים נקבעה הלכה זו בפסיקת בית המשפט, בבג"ץ 238/80 צילה הראל נ' בית הדין הרבני האזורי תל־אביב־יפו (1981), בו קיבל בית המשפט, בהרכבם של השופטים שמגר, בן־פורת וברק, את דעת המיעוט של המשנה לנשיא דאז לנדוי בפס"ד חן, וקבע:

"עיקרו של דבר, לאור הכללים שהונחו בדעת המיעוט של מ"מ הנשיא (לנדוי) (כתארו אז) בבג"ץ 297/77 (חן נ. בית הדין הרבני האיזורי בחיפה, פד"י ע"א (3) 679) כפי שאומצו בבג"ץ 386/78 (מגנזי נ. מגנזי, פד"י ל"ב (3) 287, 291) תובע, שהוא אזרח המדינה או תושב בה, אינו חייב להיות נוכח פיזית בישראל בעת שמוגשת תביעתו לבית הדין הרבני ודי לענין זה אם מוגשת התביעה באמצעות שלוח, היינו על ידי בא כוח שהורשה לכך כדין."

עמדה זו חלחלה בפסיקותיהם של בתי המשפט, כאשר בבג"ץ 871/86 הרייט רובין קריב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד מא (3) 152 (1987), ציין השופט א' גולדברג כי דעתו של המשנה לנשיא לנדוי בעניין הנוכחות הקונסטרוקטיבית התקבלה בפסיקותיהם של בית המשפט, ומכאן הוא הוסיף והחילה לא רק לגבי התובע אלא גם ביחס לנתבע. השופט גולדברג מסביר זאת לאור חוסר הצדק שעלול להיגרם לבן־הזוג התובע אם נקפיד על עמדה נוקשה של נוכחות פיזית בישראל של בן־הזוג הנתבע:

"אלא שהבחנה זו (=בין התובע לנתבע) מובנת, ככל שהיא נוגעת לנתבע שמקום מושבו הקבוע בזמן הגשת התביעה לא היה בישראל, ואין היא מוצדקת לגבי נתבע, שאך אינו מצוי פיסית אותה שעה בארץ אך לא ניתק את זיקתו ממקום מושבו הקבוע בארץ. שאם לא תאמר כן, פתחת פתח לפני נתבע, אשר בזמן הרלוואנטי של הגשת התביעה היה אזרח או תושב המדינה ויושב בה ישיבת קבע, לחמוק מהתדיינות עם בן־זוגו ולהשאירו לאנחות, עד שיעלה רצון מלפניו לחזור ארצה. ואין צורך להכביר מלים על תוצאה קשה זו (ובכלל זה סכנת עגינות), שעליה כבר עמד השופט לנדוי בבג"ץ 297/77 [1] הנ"ל, בעמ'.688 אין הדעת סובלת, כי לכך נתכוון המחוקק, כשהטלת מרותו של בית הדין הרבני על נתבע, אשר שוהה רק זמנית (בעת הגשת התביעה) מחוץ לגבולות המדינה, אינה שונה במהותה מהטלת המרות על מי שנמצא בגופו בארץ.

העולה מדברינו, כי בנסיבות מתאימות ניתן, גם לגבי נתבע שמקום מושבו הקבוע בזמן הגשת התביעה הוא בישראל, להחיל את כלל הנוכחות הקונסטרוקטיבית, ומן הדין לראותו אז כאילו המשיך הוא גופו להיות בארץ, לצורך הקניית הסמכות לבית הדין הרבני לדון בתביעה."

אולם מה הן גדריה של דרישת הנוכחות הקונסטרוקטיבית וכיצד היא מוכחת לגבי בעל הדין הספציפי? השופטת ש' נתניהו נדרשה לבירור שאלה זו, בבג"ץ 3664/92 ענת ביגר נ' עשהאל ביגר, פ"ד מז (1) 244 (1993). באותו מקרה בני־הזוג התגוררו מאז נישאו מחוץ לישראל, הבעל הגיש את תביעתו לגירושין בבית הדין הרבני בישראל ואילו האישה הנתבעת לא נכחה אז בישראל. השופטת נתניהו בוחנת בפסק הדין את זיקותיה של הנתבעת לישראל, ומציינת כי "העותרת היא אזרחית ישראל, רשומה במרשם התושבים, בעלת רכוש דלא ניידי וחשבונות בנק פעילים, והיא מבקרת בארץ את בני משפחתה החיים כאן". מכאן מגיעה השופטת למסקנה כי זיקותיה אלה של האישה מספיקות כדי להוות לגביה נוכחות קונסטרוקטיבית ולהחשיבה כבישראל. אלא ששני חבריה להרכב, השופטים א' מצא ות' אור, סברו כי בדבריה הרחיבה השופטת נתניהו יתר על המידה את קביעת השופט גולדברג בפסק דין קריב, ואילו הם מצדם ביססו את סמכות בית הדין ולא מכוח סעיף 1 אלא מכוח סעיף 9 לחוק שיפוט בתי הדין הרבניים.

**ט)** הפעם הבאה בה נדרש בית המשפט העליון לבחינת התנאים הנדרשים לצורך הנוכחות הקונסטרוקטיבית היה בע"א 3868/95, בג"ץ 5385/95 ו' ורבר נ' מ' ורבר ואח', פ"ד נב (5) 817 (1998), אשר בו נתקבלה פה אחד עמדתה של השופטת נתניהו ביחס לסמכות בית הדין בעניין תביעת הגירושין. גם שם דובר בבני־זוג אזרחי המדינה אשר עברו לגור בחו"ל במשך שנים. האשה הנתבעת אמנם לא הראתה כל כוונה לשוב לישראל, אך היו לה נכסים בישראל ובני משפחה בישראל ששמרה עמהם על קשר. בפסק הדין שנכתב על ידי השופט י' זמיר הוא פורס את הרציונל שעומד מאחורי החלת הנוכחות הקונסטרוקטיבית:

"צודק בית־הדין האזורי באומרו כי "שום בית משפט אזרחי בעולם אינו מוסמך לסדר גט בין הצדדים ולהפקיע את הנישואין הדתיים שערכו". ואף אני אוסיף: שום בית־דין דתי בעולם, מחוץ לבית־הדין הרבני בישראל, אינו מוסמך להפעיל סמכות ממלכתית וליתן פסקי־דין לגירושין דתיים שיהיו מוכרים וניתנים לביצוע במדינות אחרות כמו בישראל. בנסיבות כאלה, הקשחת התנאים הנדרשים כדי להקנות סמכות בין־לאומית לבית־הדין הרבני תהיה בלתי רצויה. יהיה בה משום מתן פרס לבן־זוג אחד המבקש לגרום עגינות לבן־הזוג האחר, באמצעות התחמקות משיפוטה של הערכאה האפקטיבית, היא בית־הדין הרבני בישראל...

לכן נראה לי, כי לצורך הקמת סמכותו של בית־דין רבני בישראל לפסוק גירושין נגד נתבע שהוא אזרח ישראל, יש לפרש את המילה "בישראל", שבסעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין, כדרישה לזיקה בין הנתבע לבין ישראל, אך לא בהכרח כדרישה לתושבות בישראל."

בעקבות כך, לאחר שבוחן בית המשפט את זיקותיה המינימליות של האישה אל ישראל, הוא קובע כי אכן נתמלאה בכך דרישת הנוכחות 'בישראל' לגביה בעת הגשת תביעת הגירושין כנגדה, ומחיל לגבי בני־הזוג את סמכות השיפוט של בית הדין הרבני.

לאחר פסק דין ורבר עלה לפני בית המשפט העליון פעם נוספת הצורך להידרש לסוגית הנוכחות 'בישראל' כאשר בן־הזוג הנתבע אינו בישראל בבג"ץ 1480/01 חג'ג' נ' בית־הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה (5) 214 (2001). באותו מקרה דובר באיש יהודי אזרח ישראל ותושב בה ואישה שהתגיירה וקבלה אזרחות ישראלית ובשלב מסוים עזבה את הארץ עם ילדיהם ללא שוב. גם בפסק דין זה ממשיך בית המשפט ומבסס את דוקטרינת הנוכחות הקונסטרוקטיבית ואף מרחיב אותה למקרים שבהם הזיקה אצל בן־הזוג הנתבע אף קלושה יותר. גם במקרה זה כבמקרים הקודמים, תוצאותיה של מניעת הסמכות לבית הדין הרבני הייתה הותרתו של בין הזוג התובע כבול בעל כורחו לנישואין ריקים מתוכן ללא יכולת אפקטיבית להשתחרר מהם. השופט מ' חשין עומד שוב על המניע והצורך שהביא ליצירתה והרחבתה של 'הנוכחות הקונסטרוקטיבית' כתחליף לנוכחות הפיזית:

"דוקטרינת הזיקה אמנם יוצרת קשיים – לעתים יהיו אלה קשיים לא־מעטים – ואולם נועדה היא למנוע רעה גדולה מרעת־הקשיים, ולסופו של חשבון אין היא אלא הרע במיעוטו. וזה פשר הדברים...

כשאני לעצמי, דומני שראוי לנו כי נמעט לעשות שימוש ב"קונסטרוקציה" – קרא, בפיקציה – אלא אם אין מוצא אחר לפנינו, אם "באו מים עד נפש"... החלופה אינה ראויה כי עלולה היא להביא רעה גדולה בכנפיה. כך, למשל, לאישה שאישהּ זנחה והותירה עגונה, או להפך. בייחוד ניתן דעתנו על כך שיהודים שנישאו זה־לזה, רק בית־דין יהודי דתי יכול שיתיר את נישואיהם. בית־דין רבני בישראל, בית־דין זמין הוא למבקשיו. לא כן הוא בית־דין דתי יהודי בכל מקום אחר.

עוצמתה של הזיקה בין בעלי־הדין לבין ישראל – זו זיקה הנדרשת להקניית סמכות לבית־הדין הרבני – תיגזר מנסיבותיו של כל עניין ועניין, ולא פחות מכך מן הצורך – הדוחק לעתים – לעזור למי שנותר ומושיע אין לו."

סקרנו עד כה את התפתחות הפסיקה בבית המשפט העליון, אשר הביאה ליצירת פרשנות מרחיבה לדרישת החוק לנוכחות בני־הזוג 'בישראל' בעת הגשת התביעה, בדמותה של 'הנוכחות הקונסטרוקטיבית'. מהסקירה שהבאנו ניתן להיווכח בבירור, כי הרציונל והמניע לפרשנות זו היא התוצאה העגומה שעלולה להיות כלפי בן־הזוג התובע אילולי ננהג כן בפרשנות זו. יישומה של 'הנוכחות הקונסטרוקטיבית' בא לעולם, כפי שהבהיר השופט לנדוי בבג"ץ חן (בדומה לדברי השופט גולדברג בבג"ץ רובין), מכורח העובדה ש"אין בית־דין אחר בעולם שיוכל לכפות... תביעתה לגירושין לפי ההלכה, ואין מדינה אחרת אשר בה ניתן לכפות ציות לפסק־דין המחייב את הבעל לתת את הגט לאשתו", וללא כן, באתו מקרה, בת הזוג "עלולה איפוא להישאר עגונה ללא יכולת להינשא". על דברים נוקבים אלה חזר גם בית המשפט בפס"ד ורבר, והוסיף כי "בנסיבות כאלה, הקשחת התנאים הנדרשים כדי להקנות סמכות בין־לאומית לבית־הדין הרבני תהיה בלתי רצויה", וכפי שכתב השופט חשין בבג"ץ חג'ג', בית המשפט עושה זאת משום ש"אין מוצא אחר לפנינו" ו"באו מים עד נפש."

נוכחות קונסטרוקטיבית מכוח האחריות שהשאיר בן־הזוג 'בישראל'

המצב המתואר לעיל הולם את המקרה הנדון לפנינו. גם במקרה זה עולה אותו מרכיב קשה ובעייתי, שבו אחד מבני־הזוג – במקרה זה האישה עם ילדם המשותף – קם ועוזב את בן־זוגו ועוקר אל מדינת חוץ ללא שוב. במעשה זה מותירה בת־הזוג הבורחת את בן־זוגה כבול אליה בקשר נישואין, כשהוא גם מנותק מילדו ונשאר עם חובות כבדים שהותירה אחריה בת־הזוג. כמו בשאר המקרים שהביאו את בית המשפט להחיל את דוקטרינת הנוכחות הקונסטרוקטיבית, גם במקרה זה, אין כל ערכאה משפטית מוסמכת אחרת בעולם אשר יכולה להתיר את נישואיו של התובע מבחינה הלכתית (מאחר שהם נישאו וחיו כזוג נשוי, אף שהיו אלה נישואין אזרחיים, אם נחשוש לנישואין כדמו"י במקרה זה כמבואר לקמן).

אמנם, במקרה שלפנינו האישה הנתבעת אינה שומרת על קשר משפחתי או עסקי כל שהוא עם ישראל. ההפך הוא הנכון, היא עשתה כל שביכולתה ובמתכוון כדי לנתק כל קשר כזה עם ישראל. אך דווקא עובדה זו, בה האישה יצאה מישראל במפתיע עם בנם המשותף ללא תיאום עם בן־זוגה ונעלמה לה ללא הותיר כל רמז היכן היא ובנם נמצאים ותוך השארת חובות כבדים – דווקא עובדה זו והאחריות המוסרית והמשפטית שבעקבותיה כלפי בן־זוגה, ושממנה היא מנסה להתנער, היא זו שיוצרת אצלה את הזיקה לישראל ומהווה את 'הנוכחות הקונסטרוקטיבית' שלה הנדרשת בחוק.

כפי שראינו לעיל, בדברי השופט זילברג, האחריות ההדדית של בני־הזוג מכוח נישואיהם יוצרת נוכחות בישראל אצל "אשה יושבת־חוץ **מכוח נישואיה** לתושב ארצישראלי ועושה גם אותה ל'אדם בארץ ישראל'", וכדבריו בבג"ץ מטלון: "אם לגבי 'אדם מארץ־ישראל' כך, לגבי 'יהודי בישראל' לא־כל־שכן". הזיקה שנוצרת מכוח האחריות המוטלת על בן־הזוג כלפי ביתו ומשפחות שנטש והותיר אחריו בארץ, עולה גם מדברי השופט ברנזון בבג"ץ אילון שהובאו לעיל:

"כשנסע לארצות־הברית הוא השאיר כאן את ביתו, אשתו, ילדתו וחפציו האישיים ולטענת בא־כוחו הוא המשיך לקיים קשר עם המשפחה ולדאוג לצרכיה."

באותה המידה בה החוק אינו מאפשר לאדם להפטר מהאחריות לחובות שהותיר אחריו בארץ שממנה הוא חמק, או מאחריות פלילית לעבירות שעבר בה, כן אין החוק אמור לאפשר לאדם להשיל מעליו את אחריותו כלפי בן־הזוג שאותו הותיר כבול אליו בקשר נישואין, ולא ייתן להתנער מהאחריות כלפי בנם המשותף שהוברח מהארץ. זאת כדברי בית המשפט בבג"ץ קריב, בהסבירו את הרציונל והצורך שבהחלת 'הנוכחות הקונסטרוקטיבית':

"לחמוק מהתדיינות עם בן־זוגו ולהשאירו לאנחות, עד שיעלה רצון מלפניו לחזור ארצה, (ו) אין צורך להכביר מלים על תוצאה קשה זו (ובכלל זה סכנת עגינות)."

ראיה מעניינת לכך שדרישת הנוכחות 'בישראל' לא תאפשר לבעל הדין בין לחמוק מדינו ומאחריותו כלפי בן־זוגו, הביא הדיין הרב י' קוליץ, בערעור בי"ד גדול תיק תשמ"א/18 א' נ' ב', פד"ר יב 129, מהוראת סעיף 4 (2) לפקודת העדה הדתית (המרה), הקובעת כי "למרות כל המרת עדה, יוסיף השיפוט בעניני נישואין, גירושין ומזונות להיות ביד אותו בית משפט ששפט בענינים אלה לפני ההמרה". מכאן מסיק הרב קוליץ, כי כפי שהמחוקק לא אפשר לבן־הזוג לחמוק מדינו בענייני נישואין וגירושין על ידי שימיר את דתו, כן יש לפרש את לשון החוק כך שלא יתאפשר לבן־הזוג לחמוק מדינו על ידי שיצא מישראל (שם, עמ' 147):

"הרי שבהמרת דת אינו יכול לפרוק מעליו את הסמכות, ואינו יכול להשתמט מן הדין, – ולמה ייגרע חלק של "ישראל" מחלקו של "יהודי", שביציאה מן הארץ יוכל לפרוק מעליו את הסמכות? ואדרבה, יש מקום לומר שזה בבחינת קל וחומר, אם העוזב את היהדות ואת עם ישראל, מוסמך בית הדין לדון אותו, קל וחומר שהנשאר ביהדותו, אלא שיצא מגבולות מדינת ישראל, מוסמך בית הדין לדון אותו."

העולה מדברינו הוא, כי בית הדין הרבני מוסמך לדון בתביעת האיש לגירושין מאשתו או לחילופין להתירו להינשא לאשה אחרת, וזאת מכוח סעיף 1 לחוק שיפוט בתי"ד רבניים, מאחר ששניהם יהודים אזרחי המדינה הנחשבים כ'בישראל'. האיש משום שהוא נמצא בה, והאישה משום הנוכחות הקונסטרוקטיבית שיש לה בארץ, מכוח האחריות המשפטית והמוסרית שהיא חבה כלפי בן־זוגה אשר הותירה בארץ כבול אליה בקשר נישואין, והאחריות על ניתוק הקשר עם בנם המשותף מעת צאתה עמו מהארץ ללא שוב, וכן עקב החובות שהותירה אחריה בישראל.

**יא)** ועתה נבאר מהי מהות סמכותו של בית הדין לדון בגירושין בין בני זוג, הנזכרת לעיל. מכיוון שעל פי חוק בתי דין רבניים גירושיהם של בני זוג יהודים היא בסמכות הייחודית והבלעדית של בית הדין**,** לפיכך גירושין של בני זוג יהודים במדינת ישראל בין שנישאו במדינת ישראל כדמו"י ובין שנשאו מחוץ למדינת ישראל, בין בנישואין אזרחיים, המצריכים נוכחות שני בני הזוג, שנעשו כחוק המדינה שממנה עלו בני הזוג או של בני זוג שנסעו לחו"ל לצורך עריכת נישואים וכן בני זוג שנישאו בנישואי מקסיקו או פרגוואי נישואין שנעשו על ידי שליחת מסמכים על ידי עורכי דין ואינם דורשים נוכחות הצדדים, הם בסמכותו הייחודית של בית הדין.

המחוקק לא קבע אופן הגירושין והתרת הנישואין אם על ידי ג"פ או באופן אחר, ודבר זה הוא בסמכות בית הדין שהוא הקובע אופן הגירושין והתרת הנישואין בכל מקרה לגופו.

יש לציין שהנישואין במדינת ישראל הם כדמו"י, ולפיכך כל מי שנישא במדינת ישראל יש לנישואין אלו תוקף הלכתי ותוקף חוקי, לעומת זאת נישואין כדמו"י בחו"ל יש להם תוקף הלכתי בלבד ולא תוקף חוקי. נישואין אזרחיים רגילים או נישואי מקסיקו או פרגוואי הם בעלי תוקף חוקי. אמנם לעניין תוקפם ההלכתי דן בית הדין בכל מקום לגופו. מכיוון שלדעת חלק מהפוסקים יש לנישואין אזרחיים גם תוקף הלכתי (לכל הפחות של ספק קידושין), נוהג בית הדין לסדר ג"פ לבני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים בלבד בארץ מולדתם. בנישואי פרגוואי או מקסיקו לא מצינו בפוסקים מי שחושש לנישואין הלכתיים ולפיכך נוהג בית הדין להתירם בלא ג"פ.

העולה מכל האמור לעיל הוא, שסמכות בית הדין במדינת ישראל היא להתיר נישואין, בין נישואין הלכתיים בין נישואין חוקיים בין־לאומיים. ברוב הפעמים בית הדין מתיר הן את תוקפם ההלכתי הן את תוקפם החוקי של הנישואין, ולפעמים בית הדין מוסמך להתיר את הנישואין מצד אחד בלבד דהיינו תוקפם ההלכתי או תוקפם החוקי של הנישואין. בית הדין קובע בכל מקרה לגופו את צורת התרת הנישואין.

**יב)** אחרי מתן הגט נותן בית הדין לצדדים שתי תעודות, מעשה בית דין ותעודת גירושין.

מעשה בית דין הוא פסק דין הלכתי הקובע שהבעל נתן ג"פ לאשתו בפני עדים והצדדים גרושים זה מזו. פסק דין זה קובע שהאשה גרושה על פי דין תורה וקובע מתי ולמי תוכל האשה להינשא. והנה מדינא דגמרא הגט שניתן לאשה מהוה ראיה שהאשה גרושה, ומעיקר הדין הגט נשאר ביד האשה. ובאמצעות הגט גובה האשה גם כתובתה וכדאיתא בכתובות פ"ט:

"הוציאה גט ואין עמה כתובה גובה כתובתה."

והגט מהוה ראיה על גירושיה, עיי"ש בע"ב שאומרת הגמרא:

"וכי תימא דקרעינן ליה אמרה בעינן לאנסובי ביה."

וכתב שם רש"י:

"שיהיה בידי לראיה שנתגרשתי שלא יאמרו עלי אשת איש היא."

והנה בזמן הזה אין נותנים הגט ביד האשה וכדכתב הרמ"א בסדר הגט אות פ"ו:

"ונהגו עכשיו שהרב המסדר הגט גונזו אצלו ואינו נותנו ביד האשה, ואין לשנות."

ומשכך חובת הרב המסדר את הגט לתת מעשה בית דין ביד האשה כדי שיהיה הוכחה בידה שהתגרשה כדמו"י, וכדכתב הט"ז באהע"ז סימן קמ"ב סק"ד והביאו הב"ש שם סק"ז וז"ל:

"וכתב בט"ז, אשה שנתגרשה צריכה כתב מבית דין שנתגרשה, ואין הרב נאמן להעיד על זה יחידי, ולא דמי לקיום שטרות דכאן מוציא אותה מחזקתה לכן צריכה היא מעשה בית דין ואז יכולה להראות בכל מקום אשר תבוא שהיא מגורשת."

ועיין בפ"ת בסדר הגט סק"ח מה שהביא בשם תשובת החתם סופר ח' או"ח סימן נ"א שכתב:

"והנה לפי מה שנוהגים עכשיו שגונזים הגט אצל הרב המסדר רק שנותנים לאשה כתב פיטורין שנתגרשה כדמו"י וכו', דכיוון שאותו כתב בא להתיר האשה המוחזקת כאשת איש לא יועיל חתימת עדים, דהוה ליה מפי כתבם, אלא דוקא מעשה בית דין שלושה דיינים וכו'", עיי"ש.

ועיין בתשובת מהר"ם מינץ סימן ק"ט מש"כ, דבכתובה שאבדה וכותבים כתובה חדשה בעינן שיהיה בפני שלושה ולא סגי בשני עדים, עיין שם מה שהביא הוראת המהרי"ו.

ולפי זה מעשה בית הדין שנותן בית הדין הוא פסק דין הלכתי שנותן בית הדין וכפי שנהגו בתי הדין בישראל מימות עולם, ופסק דין הלכתי זה מוכיח לכל מאן דבעי שהאשה מותרת להנשא לאחר מדין תורה.

**יג)** והנה כפי שכתבנו לעיל, על פי החוק בית הדין הרבני הוא היחיד המוסמך לקבוע את תוקפם החוקי של הגירושין בין על פי החוק בישראל ובין על פי החוק הבין־לאומי, ולצורך הפקעת הנישואין וקביעת הגירושין על פי חוק, ניתנת תעודת גירושין רשמית של מדינת ישראל שכותרתה:

"תעודת גירושין – בהתאם לפקודת הנישואין והגירושין (רישום), 1919."

גם בשולי תעודה זו נרשם כדלהלן:

"תעודה זו לצורך רישום בלבד, לשם נישואין יש להציג, נוסף לתעודה זו גם את מעשה בית הדין."

מלשון התעודה עצמה משמע שתעודה זו היא לצורכי רישום והפקעה חוקית של הנישואין ותו לא. ואין בתעודה זו כדי להפקיע הנישואין ההלכתיים, וכמו כן מעשה בית דין אינו אלא תעודה הלכתית המעידה שהמחזיק בה גרוש על פי דין תורה ואין בה ראיה כלל למעמדו על פי החוק, שמעמד זה נקבע רק באמצעות תעודת גירושין.

**יד)** התנהלות בית הדין בהוצאת תעודה אחרי גירושין תהיה בכל מקרה לגופו. בבני זוג שנישאו בישראל כדמו"י, שנישואיהם צריכים התרה בין על פי דין בין על פי חוק, יוציא בית הדין אחרי סידור הגט מעשה בית דין המורה על התרת הנישואין כדמו"י ותעודת גירושין המורה על התרת הנישואין החוקיים.

בבני זוג הנשואים רק על פי חוק ולא על פי דין תורה, כגון נישואי מקסיקו ופרגוואי, הגירושין לא ייערכו באמצעות ג"פ ולהכי אין מקום להוצאת מעשה בית דין, אך חובת בית הדין להתיר הנישואין החוקיים, וזה יכול וצריך להיות באמצעות תעודת גירושין. אך בפועל מנהגנו לעשות זאת על ידי הוצאת פסק דין המתיר הנישואין, שבו נכתב שפסק דין זה מהוה תחליף לתעודת גירושין.

בנישואים אזרחיים מנהג בתי דין לערוך גט פיטורין לחומרא, ולפיכך לאחר סידור הגט מוציא בית הדין גם מעשה בית דין וגם תעודת גירושין. אך במקום שבית הדין קובע שאין על פי דין תורה צורך להתרת נישואין בג"פ, יתיר בית הדין נישואין בפסק דין המהוה תחליף לתעודת גירושין ולא יוציא מעשה בית דין.

והוא הדין בבני זוג שנשאו בחו"ל כדמו"י ועל פי חוק, ונתגרשה שם על פי חוק, ובאים לבית הדין להתיר נישואיהם כדמו"י, בית הדין יתיר נישואיהם בג"פ ויתן בידם מעשה בית דין, אך לא יוציא תעודת גירושין וזאת מכיוון שעל פי החוק הבין־לאומי בני הזוג הם גרושים ואין צורך להתיר גירושיהם החוקיים ולפיכך אין מקום להוצאת תעודת גירושין, שהרי באמת בית הדין לא התיר הנישואין האזרחיים.

והוא הדין גם בבני זוג ישראלים שהתגרשו בבית דין מוכר בחו"ל כדמו"י, בית דין שאין לו סמכות חוקית במקומו, והם באים לפנינו להתגרש, אין צורך שבית הדין יסדר ג"פ, ומשכך אין מקום גם להוצאת מעשה בית דין, אך את הנישואין החוקיים יתיר בית הדין על פי סמכותו ויתן ביד הצדדים תעודת גירושין בלבד.

נוסיף ונאמר, ענין זה של הוצאת תעודת גירושין נקבעה בפקודת הנישואין והגירושין (רישום) 1919, להלן לשון הפקודה:

**"פירוש**

2. בפקודה זו יהא למונח הבא הפירוש דלקמן, מלבד אם ענין הכתוב יחייב פירוש אחר –

"הרשות הרושמת" פירושה הפקיד המסדר את הקידושין... הרב, בנשואין לפי דיני ישראל...

**רישום נשואין**

3. הרשות הרושמת תרשום כל נשואין בשעת סדור הקידושין בכתבה את הפרטים הבאים...

(א) השם, הגיל, משלח היד, העדה ומקום מגוריהם של הבעל והאשה;

(ב) השם, משלח היד ומקום מגוריהם של ההורים;

(ג) השם ומשלח היד של העדים;

(ד) תאריך הנשואין ומקום הנשואין.

**בהעתקים של כל רישום נישואין**

4. אשר לארבעה ההעתקים של כל רישום נישואין, חייבת הרשות הרושמת –

(א) לשמור אחד בפנקס הרישום;

(ב) לשלוח אחד למשרדו של הממונה על המחוז בסוף כל חודש;

(ג) למסור העתק לבעל והעתק אחד לאשה תמורת תשלום...

**רישום גירושין**

5. הפרוצדורה שנקבעה בסעיפים 3 ו־4 תהא נוהגת לגבי רישום גירושין, אלא שלא יהא צורך ברישום הפרטים הנדרשים בסעיף 3(ב).

**הזכות לקבל העתק של הרישום**

6. כל אדם יכול לקבל העתק מרישום הנישואין או הגירושין שלו כשיגיש בקשה למשרד הממונה על המחוז של אותו מחוז וישלם אגרה..."

העולה מפקודה זו שבית הדין הרבני שהוא הרשות המוסמכת לעריכת גירושין במדינת ישראל, הוא גם הרשות הרושמת, ולפיכך עם סידור הגירושין יש לרשום הגירושין ובהן ירשמו פרטים א, ב וד בסעיף 3 לפקודה.

הרישום הוא תעודת גירושין הניתנת לצדדים עם גירושיהם, ולפי סעיפים 4(ג) ו־6 זכותו של כל מתגרש לקבל תעודת גירושין עם הגירושין, ולפיכך זכותו של הבעל לדרוש ולקבל תעודת גירושין המעידה שאכן נערכו גירושין והצדדים גרושים זה מזו. פקודת הנישואין והגירושין היא פקודה מנדטורית שניתנה לגבי רישום גירושין ונישואין שנערכו על פי חוק בזמן המנדט, כשהסמכות החוקית היחידה לעריכת נישואין וגירושין הייתה של בית הדין הדתי. ערב הוצאת הפקודה הייתה לבתי הדין סמכות על פי החוק העותומני. סמכות זו הוקנתה לבתי הדין הדתיים בהמשך גם בסעיף 51 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1922–1947. ומצב חוקי זה המשיך גם אחרי הקמת המדינה.

**טו)** לאחר שביארנו אופן התרת הנישואין במקרים השונים נותר לנו לברר איך יותרו הנישואין האזרחיים בנידון דידן, שהרי אין ספק שהצדדים לא נישאו כדמו"י, והאם לנישואין אלו תוקף הלכתי המצריכים התרת נישואין בגט.

הנה דעת הריב"ש בתשובה סימן ו' דמומר שנשא מומרת בנימוסיהם והתגיירו אח"כ אין כאן חשש קידושין כלל אף על פי ששהה עמה כמה שנים אינו אלא כזנות בעלמא ולא צריכה ג"פ, ופסקו הרמ"א באהע"ז סימן כ"ו סעיף א', וכן היא דעת התרוה"ד סימן ר"ט והרדב"ז ח"א סימן שנ"א. אמנם הרבה מן הפוסקים כתבו שיש להצריכו ג"פ לחומרא, ועיין בזה באוצר הפוסקים סימן כ"ו אות ו' שהאריך בשיטות הפוסקים בזה, ואכ"מ להאריך בדבריהם, ואף הפוסקים שהחמירו לא החמירו אלא במקום שאין חשש עיגון, וכתבו שדווקא היכא שאפשר, מצריכים ג"פ לחומרא ומהיות טוב אל תקרי רע, וכבר הארכנו בזה במקום אחר, בביאור טעם החומרא, משום דאמרינן אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות, ותלינן שבעל לשם קידושין. ועיין באגרות משה אהע"ז ח"א סימן ע"ה–ע"ז, מש"כ בזה ומסקנתו:

"ולכן למעשה ישתדל... למצוא הבעל ולהשיג מידו גט, אם אי אפשר להשיג גט מהבעל יש להתירה ללא גט."

אמנם בד"א באשה שאינה אסורה עליו אך באינם מקפידים על איסור נידה כתבו האחרונים דלא חיישינן לבעילת זנות. וכבר כתבו השאג"א ועוד אחרונים דבזמן הזה לא חיישינן שמא קידש בביאה, דרוב העולם אינו יודע כלל שאפשר לקדש בביאה, ובוודאי בבני זוג אלו שעלו מברה"מ ולא חונכו חינוך יהודי כלשהו, זיקתם ליהדות קלושה ולכן בחרו להינשא בנישואין אזרחיים בקפריסין ולא כמקובל בנישואין בישראל. ועיין בתחומין כרך ב' עמודים 225–264 מה שהאריך הגר"ש דיכובסקי וביאר שיטות הראשונים והאחרונים בזה, ועיי"ש מה שהאריך ומסקנתו שבמקום עיגון יש להתיר את הנישואין ללא ג"פ, כמוש"כ רוב רבותינו האחרונים.

ועין עוד בתחומין ג' מש"כ הרה"ג שאר ישוב כהן מעמוד 159–167 שהאריך גם הוא להביא דברי הראשונים והאחרונים בהאי דינא, וכתב גם הוא, שמה שמצריכים ג"פ לחומרא הוא רק במקום דאפשר אבל במקום עיגון מותרת אפילו בלא גט פיטורין. ויסוד סברת הפוסקים הוא שמדינא אין לחשוש לנישואין דאורייתא ולכן אפשר להתיר נישואין אלו ללא ג"פ, אלא שבמקום דאפשר מסדרינן ג"פ לחומרא דמהיות טוב אל תקרי רע.

ועיין עוד בתחומין ז' במאמרו של הרב שילה רפאל מעמוד 249 ואילך, ועיין גם מש"כ הגר"ש משאש בתחומין כ"ד עמודים 182–183 שכתב שהפוסקים לא מחשיבים נישואין אזרחיים כנישואין.

לאור האמור לעיל, מכיוון שנישואי הצדדים הם נישואין אזרחיים בלבד, ולדעת רוב הפוסקים לא צריכים התרה בג"פ, אלא שבמקום שהדבר מתאפשר נוהגים לסדר ג"פ לחומרא. אלא שכבר כתבו הפוסקים דבמקום עיגון וכשאי אפשר לסדר ג"פ, אפשר להתיר נישואין אלו גם בלי ג"פ.

ומעתה בנידון דידן שהבעל מעוגן זה שתים־עשרה שנה, אין אפשרות ליצור קשר כלשהו עם האשה, ולפיכך אי אפשר לסדר ג"פ, לפיכך יש להתיר הנישואין גם ללא ג"פ.

לפיכך יוציא בית הדין תעודת גירושין שבה יירשם שהנישואין הותרו על פי פסק דין זה וללא סידור ג"פ.

מותר לפרסם לאחר השמטת פרטים מזהים של בני הזוג.

ניתן ביום ד' בכסלו התשע"ו (16.11.2015).

הרב שלמה שפירא – אב"ד

1. כך כתב גם א' מעוז במאמרו, לעיל סעיף ג', עמ' 100: "לגבי סימן זה נפסק בפרשת Bichovsky, כי בית המשפט המחוזי רוכש לעצמו סמכות שיפוט אף לגבי מי שמעולם לא היה בישראל ובלבד שיש לו זיקה לישראל...". [↑](#footnote-ref-1)