

הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט ובתי-הדין הרבניים בענייני נישואים והתרתם

אריאל רוזן-צבי*

"Jurisdiction is a coat of many colors"¹. אימרה זו יפה לא רק לתיאור הפנים הרבות של סוגי הסמכות בכלל, אלא לתיאור הסמכות הבינלאומית, ובישראל, בפרט. הסמכות הבינלאומית של בתי-משפט במדינה מסוימת נובעת מריבונות המדינה, שכן בתי-המשפט הם אחת מזרועות הריבונות ופסק-מקומי הוא „פיסת ריבונות"². לפיכך אין כללי ברירת הסמכות הבינלאומית נקבעים תוך הפנייה לחוקי סמכות זרים, אלא אך ורק על ידי דין הפורום, היינו: הדין המקומי³. זאת ועוד, מעיקרון הריבונות הטריטוריאלית והשליטה הטריטוריאלית⁴ מתחייב עיקרון השיפוט הטריטוריאלי⁵ וההגבלה הטריטוריאלית בה מוגבל, בהעדר הוראה אחרת או כוונה אחרת, שיפוטם של בתי-המשפט המקומיים⁶. כמו כל מיבחן אחר במשפט הבינלאומי הפרטי, נקבעת גם הסמכות על ידי מערכת כללית הבודקת את הקשר שבין העניין לבין שיטת משפט מסוימת או פורום (forum) מסוים. המיבחן העומד בבסיסה של הסמכות הבינלאומית הוא מיבחן של זיקות שיפוט: זיקות ה-personam⁷, זיקות ה-res (חפץ, נכס או עניין)⁸ וזיקות ה-act (פעולה או מעשה)⁹, שאינן זהות כלל ועיקר לא למיבחן של עילת התביעה ולא לסעד המבוקש.

עקרונות היסוד הבונים את כללי הסמכות הבינלאומית הם בעיקרם:
1. השליטה האפקטיבית, דה פקטו, על האדם, הנכס, העניין או הפעולה,

* אסיסטנט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; תלמיד התואר השני, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

¹ Cramton, *Conflict of Laws* (1968), p. 440.

וראה גם ע"א 703/70 — סומך נגד עוזר; פד"י כרך כ"ד (2), ע' 799, 804; „...הדיבור סמכות הרבה פנים לו...".

² Levontin, *Two Paradoxes in the Recognition of Foreign Judgment*, 2 *Isr. L. Rev.* (1967), 107.

³ Nussbaum, *Principles of International Law* (1943), p. 202.

וכן ראה בג"צ 171/68 — הנזאליס נגד כיה"ד של הכנסיה הפרטריארכית היוונית-אורתודוכסית ואחי; פד"י כרך כ"ג (1), ע' 260, 272.

⁴ ראה: Carrick v. Hancock (1895) 12 T.L.R. 59.

⁵ על העקרון, גבולותיו ומגבלותיו ראה בג"צ 279/51 — אמסטרדם נגד שר האוצר; פד"י כרך י', ע' 945, 981; בג"צ 108/57—100 — זייס ומילר נגד המפק"ל של משטרת ישראל ואחי; פ"מ כרך ל"א, ע' 288.

⁶ בג"צ 171/68 הנ"ל, בע' 274.

⁷ ראה, לדוגמה, תקנה 467 (4) ו- (8) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963, ק"ת 1477, תשכ"ג, ע' 1869.

⁸ ראה, לדוגמה, תקנה 467 (1) (2) (3) (5) (10) לתקנות סדר הדין האזרחי.

⁹ ראה, לדוגמה, תקנה 467 (6) (7) (9) לתקנות סדר הדין האזרחי.

- הדרושה כדי להפעיל את כוח השיפוט — ה- "Power Theory"¹⁰.
2. האפקטיביות בביצוע, היינו: האפשרות להוציא לפועל את פסק-הדין שינתן במידה ותוקנה הסמכות — ה- "Inadequacy".
3. הפורום היעיל, הצורך והגות — בסיס של יעילות וצדק לצדדים — ה- "Forum Conveniens"¹¹.

א. נוכחות והסכמה

בדרך כלל, ותוך יישום עיקרון השליטה האפקטיבית, משמש הבסיס הטריטוריאלי, הן ב- Common Law והן בדין הישראלי, בסיס הסמכות הבינלאומית למתן פסקים in personam, בעוד שהבסיס האישי-פרסונלי — משמש, בדין האנגלי, בסיס הסמכות הבינלאומית למתן פסקים בענייני סטטוס. לפיכך נקבע כי קני-המידה האלטרנטיביים לסמכות הבינלאומית in personam הן ב- C.L. והן בדין הישראלי בעקבותיו¹² — הינם או הנוכחות (presence) של הנתבע — תהא זמנית וארעית ככל שתהא — בתחומי הטריטוריה של הפורום המקומי¹³, או הכפיפות, דהיינו: ההזקקות לשיפוט (submission) וההסכמה לשיפוט הפורום¹⁴,¹⁵; אלה בתוספת הכללים הסטטוטוריים המרחיבים

¹⁰ השליטה בעת פתיחת ההליכים, שכן יתכן שלאחר פתיחת ההליכים יאבד הפורום את השליטה האפקטיבית, ברם הסמכות כבר נקנתה, ראה: Webb & Brown, *Cases on The Conflict of Laws* (London 1960), p. 85; Ehrenzweig, *Conflict of Laws* (Minn. 1962), pp. 90-91.

¹¹ Baxter, *Essays on Private Law, Jurisdiction of the Courts* (Toronto 1966), p. 6.

¹² בדין הישראלי נקלטים כללי ה- Common Law האנגלי, בשאלה זו, באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, הא"י, כרך ג', ע' 2739. ראה: המר' 420/63 — אברמובסקי נגד פרס וגלייטמן; פד"י כרך י"ז, ע' 2605, 2607.

¹³ Dickey & Morris, *The Conflict of Laws* (8th ed., London 1967), rule. 22, p. 169; *Harris v. Taylor* [1915] 2 K.B. 580, 589; *Carrick v. Hancock*, *supra*, n. 4; *Colt Industries v. Sarlie* [1966] 1 All E.R. 673.

שאקי, נוכחות ארעית כעילה לשיפוט בינלאומי למתן פסקים in personam הפרקליט, כרך כ"א (64/65), ע' 151.

יצוין כי בפסקי-הדין הישראליים נקבע, בניגוד לדין האנגלי, כי כדי שהפורום הישראלי יהיה מוסמך לדון, לא די בסמכות הבינלאומית אלא יש צורך שהנתבע יהיה גם כפוף לסמכות מקומית לפי אחת החלופות בתקנה 3 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשכ"ג—1963. בדין האנגלי אין כל כפיפות בין סמכות בינלאומית לסמכות מקומית.

¹⁴ ע"א 464/65 — אונגר נגד „פריס" סרטים בע"מ; פד"י כרך כ' (3), ע' 6, 23: „...הסמכות במובן הבין-לאומי קמה אף עקב הסכמה, אפילו בשתיקה”.

ע"א 362/67 — ידנרופ נגד ידנרופ; פד"י כרך כ"א (2), ע' 652, 650: „...התביעה אינה תביעה חפצית (in rem), אלא תביעה... לתשלום ממון (in personam) וסכסוך בתביעה כזו יכול לבוא לדיון בבתי המשפט בארץ בהסכמת הנתבע...”.

¹⁵ על הקשר והזיקה שבין שתי האלטרנטיבות — „הנוכחות” ו„הכפיפות” — ראה:

את תחומי הסמכות הבינלאומית גם אל מעבר לתחומי הטריטוריה, בין כסמכות שבדין¹⁶ ובין כסמכות שבשיקול דעת¹⁷, מרכיבים את הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל.

הכפיפות וההסכמה, עליהן נרחיב את הדיבור להלן, מקנים סמכות בין בדרך של הופעת הנתבע¹⁸ מרצון¹⁹, הופעה שאינה מיועדת בלעדית לטעון נגד סמכות הפורום²⁰, ובין בדרך של הסכמה מפורשת בהסכם מוקדם בין צדדים²¹ או בדרך אחרת²² ובין בדרך של הסכמה מכללא, המוסקת מהתנהגותם של הצדדים ומן הנסיבות.²³

ברם, מאחר והסמכות הבינלאומית כמו הסמכות המקומית, תלויה במסירת ההזמנה לדין²⁴, אלא אם ויתר עליה הנתבע במפורש או על ידי התנהגותו בהליכים הנידונים²⁵, הרי לגבי נתבע שכפף עצמו לשיפוט הפורום על ידי הסכמה מראש, שלא בדרך הופעה, ואיגו מצוי בתחומי הטריטוריה בעת פתיחת ההליכים נגדו, נשאלת שאלה האם ניתן יהיה להזמין לדין, מכוח הסכמתו זו, בהעדר חלופה

¹⁶ Webb & Brown, *op. cit.*, pp. 85, 95.

¹⁷ בג"צ 36/50 — גוטליב נגד גוטליב; פ"מ כרך ג', ע' 356, 365.

¹⁸ תקנות סדרי הדין (המצאת מסמכים לשטחים המוחזקים), תשל"ל—1969, ק"ח 2482, תשל"ל, ע' 459.

¹⁹ תקנה 467, על חלופותיה, לתקנות סדר הדין האזרחי; סעיף 11 לחוק התובלה האווירית, תשכ"ב—1962, ס"ח 374, תשכ"ב, ע' 90.

²⁰ Cheshire, *Private International Law* (8th ed., London 1970), p. 628; *Molory v. Gibbons* (1810), 2 Comp. 502.

²¹ מוז האלמנט הרצוני הנדרש? ראה: *Guillard v. de Clermont* [1914] 3 K.B. 145; *Dicey & Morris, op. cit.*, 977; *Voinet v. Barrett* (1885). 55 L.J.Q.B. 39.

²² *Re Dulles Settlement (No. 2) (Dulles v. Vilder)* [1951] 2 All E.R. 69. בפסק דינו של *I.J. Denning* נקבע, כי הופעה רצונית במטרה יחידה של מתאה נגד סמכות השיפוט של הפורום — אינה כפיפות לשיפוט ואינה מקנה כשלעצמה סמכות שיפוט. בכך הופך השופט למעשה את הלכת פסק הדין המוקדם יותר *Harris v. Taylor* [1915] 2 K.B. 580.

ראה דיון מקיף וממצה בסוגיה זו: Levontin, Appearance under Protest to the Jurisdiction of the Foreign Court, 6 M.U.L.R. (1967) 8.

²³ *Feyerick v. Hubbard* (1902) 71 L.J.K.B. 509.

סעיף שיפוט בהסכם למכירת פטנט בין הצדדים.

²⁴ ראה: *Copin v. Adamson* (1874) L.R. 9 Ex. 345.

הוראה בתקנות של חברה צרפתית, שקבעה, כי כל ההתדייגויות שתתעוררנה בעת פירוק החברה תתבררנה בבתי-המשפט הצרפתיים. נקבע כי הוראה כזו מהווה כפיפות לשיפוט על ידי כל בעל מניות בחברה.

²⁵ ראה: *Blohn v. Desser* [1961] 3 All E.R. 1.

ברם ראה: *Vogel v. R. & A. Kahnstamm Ltd.* [1971] 2 All E.R. 1428, פסק-דין שהטיל ספק בנכונותה של ההלכה הנ"ל.

²⁶ ראה זוסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה שלישית, ת"א, 1967), ע' 23.

²⁷ ראה ע"א 483/65 — ארינולד נגד צ'רניוב; פ"מ כרך כ' (2), ע' 215.

מתאימה. בתקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי, המסדירה המצאת כתבי-בי-דין מחוץ לתחום השיפוט. שאלה זו נשאיר בינתיים לעת מצוא.

יצוין כי מצדו השני של המטבע, גם בתי-המשפט בישראל מכבדים הסכמים של צדדים להתדיין בעניינים in personam בפני בתי-משפט זרים והם יעכבו בדרך כלל הליכים, אשר נפתחו בפניהם, על פי בקשת נתבע, המסתמך על סעיף שיפוט זר.²⁶

אנו למדים, איפוא, שבתביעות בין אדם לחברו נוכחותו או רצונו של נתבע די בהם כדי להקנות לבית-משפט סמכות בינלאומית וזאת מאחר ואין כל אינטרס-על אותו מבקשת המדינה להבטיח ושאינו ניתן משום כך להתנאה בין הצדדים. האינטרס היחיד המשמש אמת מידה לנטילת הסמכות הוא זה של הנתבע, שלא יצא נפגע, והוא גם האינטרס שבית-המשפט, במסגרת הוראות הדין, מגן עליו לצורך קביעת סמכות השיפוט; במקום שהשליטה האפקטיבית מסתכמת בנוכחות בלבד, גם הסכמת הנתבע די בה, ואם נתבע היה לו יומו בבית-המשפט, בין בהופעה ובין בהסכמה, די בכך כדי ליצור זיקת-שיפוט המקנה סמכות בינלאומית.

ב. הממכות בענייני סטטוס בדין האנגלי

לצרכי הכרעות בענייני סטטוס הבסיס עליו ניטלת הסמכות בדין האנגלי הוא מצומצם הרבה יותר. הכלל אומר, שצו כלשהו בעניין מענייני הסטטוס מחייב שליטה אפקטיבית על הסטטוס עצמו ולא רק על האדם שהסטטוס שלו נמצא במחלוקת ועומד להכרעה,²⁷ שהרי הסטטוס עצמו הוא הנחשב ל-res, שעליו יש צורך בשליטה, ולא דווקא על הצדדים המתדיינים. (סטטוס אינו כדיוק res, אך הוא נחשב לצרכים שונים כ-res. אחד מצרכים אלה הוא הסמכות הבינלאומית ומציאת זיקת השיפוט המתאימה לשם כך)²⁸. הסטטוס או מעמדו האישי של אדם, אין לו קיום אובייקטיבי משלו והוא נוצר, מתקיים, משתנה ומתבטל אך ורק בחסותה של שיטה משפטית כלשהי. אין לתאר על כן קיומו של סטטוס כלשהו... מחוץ למערכת משפטית נתונה...²⁹ דהיינו: הצורך בהתערבות דין מסויים כדי

²⁶ כענף של טענת *forum non conveniens* ראה פסקי הדין האנגליים: *Kennot v. R.* [1965] Ch. 217; *The Fehmarn* [1958] 1 W.L.R. 160; *Norton v. Norton* [1908] 1 Ch. 471; *The Eleftheria* [1969] 2 All E.R. 641; *Maharanees of Baroda v. Wildenstein* [1972] 2 All E.R. 689.

ובארץ, בין השאר:

ע"א 422/64 – ציון נגד קנינגלייקה; פד"י כרך י"ט (1), ע' 303; ע"א 588/68 – ויזרה נגד פולקפוזגוורק; פד"י כרך כ"ג (1), ע' 581; ע"א 138/70 – גרייק ליון קומפני נגד דומניון חברה לביטוח; פד"י כרך כ"ה (1), ע' 95. ד"ג 4/71 – דומניון נגד ליון קומפני; פד"י כרך כ"ה (1), ע' 757.

²⁷ Levontin, Foreign Judgment and Foreign Status in Israel, 3 Am. J. Com. L. 199.

²⁸ *Salvessen v. Administrator of Austrian Property* [1927] A.C. 641, 662; Cheshire, *op. cit.* 81.

²⁹ שאקי, הגיל במשפט (ת"א, 1968), ע' 23. על הגדרת הסטטוס ראה גם: שאקי,

שהסטטוס יוצר, יתקיים או יבוטל³⁰ מחייב זיקה מיוחדת בין אדם לשיטת משפט כלשהי, מעין נקודה גאומטרית של מכלול השקפות העולם והקשרים החברתיים, הכלכליים והמשפטיים של האדם.

השליטה האפקטיבית מצמצמת, איפוא, לזיקה מיוחדת בין אדם לשיטת המשפט בעלת הקשר האמיץ ביותר עם הסטטוס ותוצאותיו החברתיות, הכלכליות והמשפטיות. זיקה זו בדין האנגלי היא בדרך כלל זיקת דומיטיל (domicile)³¹. ה-domicile המקומי של הצדדים הוא איפוא אמת המידה, בדין האנגלי, להקניית הסמכות הבינלאומית בענייני סטטוס. ופסקי-דין הצהרתיים בענייני סטטוס³², שכן רואים את הסטטוס כמצוי, כנוכח, במדינת הדומיטיל³². בשנים האחרונות הורחב בהדרגה, באמצעות הפסיקה ובעיקר באמצעות החקיקה, בסיס השיפוט בעניינים הנוגעים לגירושין ולהתרת נישואין בסיטואציות מסוימות³³. אך גם חריגים אלה נשארו מעוגנים בדרישות תשתית של זיקה בין האשה לבין הטריטוריה האנגלית³⁴. מכל מקום אין ספק, כי בדין האנגלי הסכמת הצדדים אינה מקנה סמכות בינלאומית לבית-המשפט בענייני סטטוס, שכן הסטטוס הוא אטריבוט המוסק על ידי דין המדינה שלה הזיקה הקרובה ביותר לסטטוס וכשם שפעולתם של הצדדים אינה יוצרת, כשהיא לעצמה, את הסטטוס, כך אין נוכחותם, כפיפותם או הסכמתם של הצדדים מהווה זיקת שיפוט מספקת ואינה מקנה סמכות³⁵. אין הסכמה או כפיפות מקנים סמכות בינלאומית לבית-המשפט, אלא באותה מידה ובאותם תחומים שבהם כוחה של ההסכמה להסיר מגבלות שהן אישיות בטיבם לצד המסכים³⁶; כך גם אין הסכמה להמנע משיפוט מחייבת ככזו את הפורום³⁷.

³⁰ פשיטת הרגל – סטטוס אישי, מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (ירושלים, תשכ"ד), ע' 428; ע"א 98/47 – האלו נגד האלו; פ"מ כרך י"א, ע' 51, 63; ע"א 54/65 – מקיטון נגד מקיטון; פ"ד כרך י"ט (1), ע' 645.

³¹ שאקי, הגיל במשפט, ע' 26. ראה גם ע"א 54/65 הנ"ל.

³² *Salvesen v. Administrator of Austrian Property, supra n. 28* (שאלה של הכרה בפסק סטטוס זר).

³³ *Dacey & Morris, op. cit. rule 38(1), p. 295; Le Mesurier v. Le Mesurier [1895] A.C. 517; Herd v. Herd [1936] 2 All E.R. 1516; Cheshire, op. cit., pp. 346, 630.*

³⁴ סיטואציה של אשה שנעובה על-ידי בעלה והיא ממלאה אחר הנאים מסוימים *Hopkins v. Hopkins [1950] 2 All E.R. 1035; Cheshire, op. cit., 350; Matrimonial Causes Act, 1965, section 40(I) (a) (b).*

³⁵ יש להבחין בין פסקי החרת נישואין לבין פסקי איון או ביטול נישואין, שלגביהם ניטלת הסמכות ביד רחבה יותר בדין האנגלי ויש אף מלומדים הסבורים כי במקרה של בקשה לאיון נישואים די בנוכחותו הארעית של המבקש בתחומי הפורום האנגלי, שכן פסק-הדין המבוקש הוא הצהרתי.

ראה: *Cheshire, op. cit., pp. 386, 391.*

³⁶ *Graveson, Conflict of Laws (6th ed., London 1969), p. 111; Cheshire, op. cit., 347.*

³⁷ *Dacey & Morris, op. cit., 182.*

³⁸ *The Supreme Court Practice (London 1970), Vol. 2 (3311), p. 855;*

הסכמה וכפיפות יכולים, איפוא, לבוא כתחליף לנוכחות, אך לא כתחליף לזיקת שיפוט אישית, כמו: דומיסיל, לאומיות וכיו"ב.³⁸ מכאן שאין הסכמה וכפיפות מקנים, בדין האנגלי, סמכות בינלאומית בענייני סטטוס והתרת נישואין,³⁹ ואין חוסר הסמכות בענייני סטטוס נרפא על ידי הסכמה.⁴⁰

זה הכלל: כל מקום שנוכחות מהווה זיקת שיפוט, גם הסכמה וכפיפות די בהם כדי להקנות שיפוט. זיקת אלה צועדות יד ביד.⁴¹ ההסכמה, כנוכחות, הנה זיקת שיפוט שהרציונלה העומדת מאחוריה הינה הברית — האמנה (pact) בין האדם לחוקי המדינה ולשיפוטה. ברית הנוצרת או מכות נוכחותו של האדם בתחומה הטריטוריאליים של המדינה⁴² או מכות הסכמתו או כפיפותו, דהיינו: מכות רצונו של הנתבע. רוצה לומר: הקשר הרצוני שווה לקשר הטריטוריאלי.⁴³

ג. הסמכות בענייני סטטוס בדין הישראלי

בדין הישראלי נקבע הכלל, כי „שום כמות של הסכמה אינה יכולה להקנות סמכות לבית-המשפט כאשר אותה סמכות תלויה בחוק“⁴⁴, ובאין הסמכות מוקנית על פי דין אין היא מוקנית אף לא בדרך של מניעות (estoppel).⁴⁵ ברם, בעוד אשר לגבי הסמכות הבינלאומית in personam צועד הדין הישראלי בעקבות ה-Common Law — בתוספת הכפיפות הנדרשת בדין הישראלי ושאינה נדרשת ב-Common Law בין הסמכות הבינלאומית לסמכות המקומית⁴⁶ — נפרדת דרכו של הדין הישראלי מן הדין האנגלי, כאשר מגיעים אל הסמכות הבינלאומית בענייני סטטוס. סימן 47 לדבר המלך במועצתו, 1922 (להלן: דבה"מ) מקנה לבתי-המשפט האזרחיים בישראל את הסמכות השיווית לדון בענייני המעמד האישי (הנמנים בסימן 51 לדבה"מ), „של אנשים בישראל“ („פלשתינה“ במקור). סימן 58 לדבה"מ, הנמצא גם הוא בפרק על ענייני המעמד האישי, קובע כעקרון באופן נפרד ומיוחד, את הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל על זרים שאינם נתינים ישראליים, בין שהם נתינים זרים ובין שהם חסרי נתינות, כמוגדר בסימן 59, וסימן 64 לדבה"מ משלים, מפרט ומסייג הוראה זו וקובע גם את כללי ברירת הדין, אשר יחולו במקרים כאלה.

לבד מן העובדה המזדקרת לעין של בחירת המחוקק, לשם ברירת דין, בזיקת האזרחות, תוך סטייה מזיקת הדומיסיל בדין האנגלי, עדים אנו להרחבה ניכרת, מפורשת בחיקוק, של הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל

³⁸ *The Fehmarn, supra*, n. 26. וכן ראה פסקי-הדין הישראליים בהערה 26 לעיל.

³⁹ ראה בג"צ 36/50 הג"ל, בע' 365. וראה גם הערה 13 לעיל.

⁴⁰ Dicey & Morris, *ibid.*

⁴¹ *Papadopoulos v. Papadopoulos* [1930] P. 55, 59.

⁴² ראה הערה 15 לעיל. *Simons v. Simons* [1939] 1 K.B. 490.

⁴³ *Carrick v. Hancock, supra* n. 4.

⁴⁴ ההופעה בטריטוריה הושוותה להסכמה מפורשת, ראה: Ehrenzweig, *op. cit.* 90.

⁴⁵ Civ. App. 101/42 — *Fenigstein-Levi v. Chief Execution Officer, Jerusalem* (1942) P.L.R. 553.

⁴⁶ ע"א 578/70 — האניה „פרה“ וכעליה נגד *Lloyds Underwriters* ואחי; פד"י כרך

כ"ה (2), ע' 733, 739.

⁴⁸ ראה הערה 13 סיפא לעיל.

בענייני סטטוס, המשתרעת על זרים, כשדי בעצם נוכחותו של הנתבע הזר בישראל, ללא כל זיקת שיפוט אחרת אל הפורום, כדי להקנות לבתי-המשפט סמכות למתן פסקים בענייני סטטוס, כולל פסק הצהרתי.

לפי הכלל, שהבאנו לעיל, ניתן ללמוד, כי במקום שנוכחות, ולו גם ארעית, די בה כדי להקנות סמכות, גם הסכמת הנתבע די בה⁴⁷. בסיס השיפוט בענייני נישואין בישראל הוא, איפוא, טריטוריאלי, זאת בדומה לבסיס הסמכות בעניינים *in personam*, ותוך ויתור על זיקה אישית כלשהי. מסקנה זו מפליגה הרחק מעבר לסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט האנגליים בענייני סטטוס, אפילו לאחר ההרחבות בתקופה האחרונה⁴⁸ ועומדת בניגוד להלכות הדין האנגלי, כפי שהובאו לעיל⁴⁹.

מעניין כי בתי-המשפט בישראל אינם ערים לשוני מהותי זה ולקיומה של סמכות בינלאומית רחבה כזו. לא ניתן אמנם כל פסק-דין נוגד, ברם מהערות אחדות בפסקי-דין שונים אתה למד, כי עקרונות הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל בענייני סטטוס, הקמה גם מכוח נוכחות או הסכמה, אינם נהירים להם עצמם⁴⁹.

יצויין עם זאת כי באנגליה הסמכות הבינלאומית המורחבת, במקרה של אשה שנעזבה על ידי בעלה, תלויה בזיקתה של התובעת בלבד לפורום האנגלי בלי להתחשב בזיקתו של הבעל. האפקטיביות של נטילת הסמכות במקרים כאלה הוסדרה על ידי מערכת מיוחדת של תקנות, המסדירה את המצאת ההזמנה לדין מחוץ לתחום השיפוט והיא אוטומטית בכל מקרה, הנכנס לגדר החיקוק האנגלי⁵⁰. אין הסדר דומה באנגליה לגבי הבעל כאשר אין הוא בעל *domicile* אנגלי⁵¹. הדין הישראלי אינו מכיר בהפליה בלתי מוצדקת כזו ולמרות ההרחבה הניכרת של הסמכות, לעומת הדין האנגלי, אין נטילת הסמכות מחוץ לתחום השיפוט אוטומטית, אלא מותנית בשיקול דעתו של בית-המשפט (בין מכוח תקנה 467 לתקנות סדר הדין האזרחי (להלן: תקנות סדר הדין) ובין מכוח הוראת סעיף 3 לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט—1969 (להלן: חוק התרת נישואין)⁵².

הסמכות הבינלאומית הרחבה של בתי-המשפט בישראל הוצרה על ידי מערכת מיוחדת של בלמים ומגבלות.

1. מגבלה ראשונה: נשללה סמכותם של בתי-המשפט האזרחיים לתת צווי

⁴⁷ בניגוד להערת האגב של בית-המשפט בבג"צ 36/50 הנ"ל, כאילו הכפיפות וההסכמה אינו יפות אלא בתביעות *in personam*. כלל זה יפה בדין האנגלי, ברם בית-המשפט אינו מנתח את המצב בדין הישראלי, השונה תכלית שינוי מן הדין האנגלי.

⁴⁸ ראה הערה 33 לעיל.

⁴⁹ על גישת בתי-המשפט המקומיים לשאלת הסמכות בענייני סטטוס, כאילו הגורם המכריע בקביעת הסמכות הוא הדומיטיל, בדומה לדין האנגלי, ראה: ע"א 472/64 — ענבי נגד היועץ"מ; פד"י כרך י"ט (1), ע' 646, 648; ראה גם את דברי בית-המשפט בע"א 362/67 — ידגרוף נגד ידגרוף, הנ"ל, בע' 652.

⁵⁰ Matrimonial Causes Rules, 1968, rule 109(I).

⁵¹ Cheshire, *op. cit.* 351.

וראה שם הביקורת על הסדר זה בדין האנגלי.

⁵² ס"ח 573, תשכ"ט, ע' 248.

התרת נישואין לזרים (כולל גירושין, ביטול נישואין והכרזה שתנישואין בטלים מעיקרם)⁵³. המצב לאחר חוק התרת נישואין שונה כמפורט להלן.

2. **מגבלה שנייה: לגבי צדדים שאינם מצויים בתחומי הטריטוריה הישראלית** ושלא הסכימו מראש לסמכות הפורום. סימן 47 לדבר המלך במועצתו מגביל את הסמכות ל„אנשים בישראל“ וסימן 58 מותחם גם הוא במסגרת הסמכות הכללית והסמכות על זרים היא על אלה הנמצאים בישראל. אך אפילו תאמר, שאין כפיפות בין שני סימנים אלה וסימן 58 עומד באופן עצמאי לגבי כל הסימנים המופיעים לפניו (להבדיל מאלה הבאים אחריו), גם אז הוצרה הסמכות לגבי צדדים שאינם מצויים בתחומי הטריטוריה הישראלית, זאת מאחר ולא הוסדרה מערכת מיוחדת של המצאת הומנה מחוץ לתחום השיפוט באופן נפרד למקרים אלה. בכל מקרה שבו הנתבע אינו נוכח בישראל, יש לפנות אל המערכת הכללית של הדין הישראלי המוסדרת בתקנה 467 לתקנות סדר הדין, המרחיבה את הסמכות של בתי-המשפט בישראל גם מעבר לתחום הטריטוריאלי במקרים ספציפיים, הרחבה המותנית בשיקול דעתו של בית-המשפט⁵⁴.

נתעכב לרגע על טיבה ומשמעותה של הצרה זו של הסמכות. הדין הישראלי קובע, כי „מסירת ההומנה לגתבע... מקנה לבית-המשפט המוציא את ההומנה את כוח השיפוט לגבי אותו נתבע, ומטילה עליו בדרך זו את המרות של השיפוט הישראלי“⁵⁵. מסירת ההומנה היא תנאי בלעדיו אין להקניית סמכות לבית-המשפט^{56, 57}.

אם נשלים הוראות אלה בהלכה הפסוקה, כי תקנה 467 הנ"ל קובעת חוג סגור של עילות (נומרוס קלאוזוס)⁵⁸, תוביל אותנו המסקנה לכך, שבהעדר הוראות ספציפיות למקרים דגן אין להרחיב את יריעת השיפוט הישראלי אלא באמצעות תקנה 467^{59, 60} ותקנה זו אינה בנויה באופן מיוחד לקליטת מקרים של נתבעים

⁵³ סימן 64 (1) סיפא לדבר המלך במועצתו.

⁵⁴ ראה זוסמן, ע' 24. על שיקול הדעת של בית-המשפט ועל מרכיביו, ראה: ע"א 433/64 — ברוב מריטים נגד „השנה“; פד"י כרך י"ט (2), ע' 159.

⁵⁵ זוסמן, שם, ע' 26.

⁵⁶ ע"א 703/70 הנ"ל; בר"ע 55/71 — אבו אלכיר נגד זאן דר רובט „הופרוים“; פד"י כרך כ"ה (2), ע' 13, 15.

⁵⁷ וראה ע"א 613/70 — גרובסקי נגד רוזנמאיט; פד"י כרך כ"ה (1), ע' 798, 800.

⁵⁸ ע"א 613/70 הנ"ל.

⁵⁹ זוסמן, שם, שם.

⁶⁰ כדאי לציין, שכאשר ניסתה הפסיקה להרחיב את הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל — כפי שהדבר נעשה, אגב אורחא, לגבי הסמכות הבינלאומית בתביעת מוזנות של קטין בהמר' 543/64 — בפן נגד בפן; פד"י כרך י"ח (4), ע' 417, 420 — היא לא נתנה דעתה להוראות תקנה 467 לגבי אותם מקרים, בהם הנתבע אינו מצוי בתחומי הטריטוריה. ברם, מן ההרחבה של המונח „המקום שבו ארע המעשה שעליו תובעים“ בתקנה 3 (א) (5) לתקנות סדר הדין, הכולל גם מחדל של אב לדון את בנו במקום מגורי הנו, עולה על הרחבה לגבי לשון זהה של תקנה 467 (9) לאותן תקנות — „התובענה מבוססת על מעשה או על מחדל בתחום המדינה“.

כאלה; הנמצאים מחוץ לישראל. בכך חוסמת התקנה את השיפוט לפחות לגבי אותם עניינים של סטטוס בהם אין הנתבע מצוי בישראל. גם לגבי הצרה זו השתנה המצב לאחר חקיקת חוק התרת נישואין, כפי שנראה להלן.

3. מגבלה שלישית: הצרה נוספת הגה הכפיפות בין הסמכות הבינלאומית לבין הסמכות המקומית, כפיפות המיוחדת לדין הישראלי בשונה מן הדין האנגלי.^{61, 62} גם בהצרה זו חל שינוי לגבי התרת נישואין בהתאם לחוק התרת נישואין.

4. מגבלה רביעית: כמו בכל מקרה של סמכות בינלאומית, בהבדל מסמכות פנימית גרידא, אין סמכות השיפוט מטילה גם את חובת השיפוט ובית-המשפט חפשי להפעיל את שיקול דעתו ולבדוק אם מן הראוי ליטול את הסמכות המוקנית לו, בהתאם לעקרונות של *forum non convenience*.⁶³

ד. הסמכות הבינלאומית בענייני התרת נישואין בישראל

1. בתי-המשפט האזרחיים

המסקנות, הנובעות מהוראות דבר המלך במועצתו באשר לסמכות הבינלאומית כוחן יפה גם היום, בכל אותם מקרים שאינם מקרים של התרת נישואין, שכן בשנת 1969, עם כניסת חוק התרת נישואין והתקנות על פיו לתוקף, לא זו בלבד שנשארה על כנה סמכותם הבינלאומית הרחבה של בתי-המשפט, אלא שאף הוסרו במקרים אלה כל שלושת המגבלות הראשונות, המצרות אותה.

סעיף 1 לחוק העניק סמכות לפורום שיקבע על ידי נשיא בית-המשפט העליון (להלן: „הנשיא“) באותם עניינים של התרת נישואין, שבהם נשללה קודם לכן האפשרות והסמכות למתן צו התרת נישואין. בכך הוסרה המגבלה הראשונה.

חלק הארי של החוק עוסק בהסדרת מצבים, שמעורבים בהם יסודות זרים. תחומי הסמכות הבינלאומית רחבים ואינם מוגבלים לא בהגבלה פרסונלית כלשהי ולא — בניגוד להוראות דבר המלך במועצתו — בהגבלה טריטוריאלית כלשהי.⁶⁴ לפיכך, לא זו בלבד שדי בנוכחות הנתבע, ולו ארעית בלבד — ובעקבות זאת די גם בהסמתו — כדי להקנות שיפוט לבתי-המשפט בישראל, אלא אף העדרם של הצדדים מתחומי הטריטוריה אינו מחסום לסמכות הפורום. תקנה 8 לתקנות סדר הדין בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשל"ל—1969⁶⁵ הוסיפה פיסקה נוספת לתקנה 467 לתקנות סדר הדין שזו לשונה: „בקשה על פי חוק

⁶¹ ראה הערה 13 סיפא לעיל.

⁶² זאת גם הסיבה, שבהמר' 543/64 הנ"ל מרחיב בית-המשפט את המונח „המקום שגועד לקיום ההתחייבות“ בתקנה 3 (א) (4) לתקנות סדר הדין ומפרשו כ„מקום מגורי הילד“, כדי להכניס אכ, שאין מקום מושבו בישראל, לגדר הסמכות המקומית של אחד מבתי-המשפט בישראל. כמו כן מרחיב בית-המשפט גם את תקנה 3 (א) (5), „המקום שבו ארע המעשה עליו הובעים“ (ראה הערה 60 לעיל).

⁶³ ראה: Ehrenzweig, *op. cit.* 121; Dicey & Morris, *op. cit.*, 1081 n; Norton v. ⁶⁴ ראה: Norton, *supra*, n. 26; The Eleftheria, *supra*, n. 26; ע"א 138/70 הנ"ל.

⁶⁴ ראה: שאווה, כללי השיפוט וברירת הדין בענייני התרת נישואין, עיוני משפט, כרך א' (1971), ע' 125, 139.

⁶⁵ ק"ת 2459, תשל"ל, ע' 142.

התרת נישואין". בכך הסירה את המגבלה השנייה, אשר עמדה קודם לכן — ועדיין עומדת — לשאר ענייני הסטטוס, והסמיכה למעשה את בית-המשפט הישראלי לקנות סמכות בכל מקרה, הנכנס לגדרו של החוק מבחינת הסמכות העניינית.

גם המגבלה השלישית הוסרה מעניינים של התרת נישואין, שהרי בית-המשפט המחוזי, אליו יופנה העניין, נבחר על ידי הנשיא בעצמו ולפי שיקול דעתו. סדר דין זה של בחירת הפורום המתאים על ידי הנשיא — בחירה הכוללת גם את סוג הערכאה וגם את מיקומה — המיוחד לעניינים הנדונים לפי הוראות החוק, מוציא מכלל תחולה את תקנה 3 לתקנות סדר הדין, כמפורט בתקנה 2 לתקנות סדר הדין⁶⁶ וממילא ניתקת הכפיפות שבין הסמכות הבינלאומית לסמכות המקומית.

הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל בענייני התרת נישואין מוקנית, איפוא, עקרונית, גם במקרה שבו שני בני-הזוג חסרי כל זיקה פריסונלית או טריטוריאלית לישראל והם תושבים ואזרחים זרים ואינם נמצאים בישראל. זוהי סמכות מפליגה, רחבה אף מן הסמכות הבינלאומית בתביעות *in personam*, המבטלת את הצורך בשליטה אפקטיבית לא רק על הסטטוס אלא גם על הצדדים, והמתעלמת לגמרי מן התכונות המיוחדות של הסטטוס ומן הצורך בזיקה ובקשר לנקודה טריטוריאלית מסוימת, שהיא מוקד הפעילות החברתית, המשפטית והכלכלית של האדם.

בדרך זו עשויים „גירושי ישראל“ להיות שם נרדף ל„גישואי מכסיקו“; גירושים קלים, המאפשרים „קניית הפורום“ (*forum shopping*)⁶⁷ במקום שבו אין הפורום האישי מאפשר להם לעשות כן, במיוחד לאור הוראת סעיף 5 (ג) לחוק. מציון לא תצא עוד תורה, אך יצאו גרושים וגרושות ובערי יהודה ובחוצות ירושלים לא ישמע רק קול התן וקול שמחה, אלא קול גרוש וקול גרושה.

אנו עומדים בפני סכנה של פיצול סטטוס, אשר ייגרם בכך, שהצדדים עלולים להיות גרושים בחלק מארצות תבל ונשואים בחלק אחר מהן⁶⁸, תוך התעלמות מן החתירה לאחידות הסטטוס, אחידות הדרושה הן לתקנת הצדדים והן לתקנת הציבור⁶⁹. העובדה שהדין האישי של הצדדים, בהתאם להוראות

⁶⁶ „סדר הדין בכל עניין אורחי המובא לפני בית-המשפט... יהיה לפי תקנות אלה; אולם במידה שבעניין פלוגי גוהגים לפי סדר דין אחר — לא ינהגו לפי תקנות אלה“.

⁶⁷ *Forum Shopping* מונח, המתפרש לגנאי במשפט הבינלאומי הפרטי, ופירושו שהצדדים או אחד מהם תרים להם אחר אותה שיטת משפט, שתתן תוצאה מבוקשת כלשהי, בלי הצדקה עניינית, הנובעת מטיב הקשרים, שבין העניין או הצדדים לאותה שיטת משפט.

על המושג ויישומו ראה: *Chaplin v. Boys* [1969] 2 All E.R. 1085.

⁶⁸ על פיצול הסטטוס, ראה: לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (ירושלים, תשי"ז), ע' 30 ואילך.

⁶⁹ *Baindail v. Baindail* [1946] P. 122; *Re Selot's Trust* [1902] 1 Ch. 488.

ס' 5 (א) ו- (ב) לחוק, יתן דעתו על פקיעת נישואיהם של בני-הזוג הנה תרופה חלקית בלבד מכמה טעמים:

א. כללי הפרוצדורה המקומיים חלים בכל מקרה והם שונים מאלה הנהוגים בדין האישי.

ב. היחס אל הדין הזר הוא כאל עובדה, הטעונה הוכחה בדרך של הבאת ראיות כמו כל עובדה אחרת.

ג. החוק מוותר על תורת ה-*renvoi* — היינו: על פנייה אל הדין האישי כולל המשפט הבינלאומי הפרטי שלו — וקובע, כי הפנייה אל הדין האישי היא אל הדין הפנימי בלבד. ויתור זה עלול להביא לכך, שבחלק מן המקרים תחקבל אצלנו תוצאה שונה בתכלית מזו המתקבלת בדין האישי.

ד. ס' 5 (ג) לחוק קובע, כי הסכמת בני-הזוג הנה עילה לגירושין, יהיו אשר יהיו הוראות הדין האישי החלות עליהם.

על כגון אלה, דהיינו: על גירושין הנעשים „מעבר לגבול” אגב ישיבה ארעית שם אמר פעם בית הלורדים באנגליה: „שום מדינה לא תרצה בכך שתושביה ימצאו תחבולה חוקית ויפנו למדינה אחרת למטרת התחמקות מן הדינים החלים עליהם ושלפיהם הם חיים”⁷⁰.

אין להתעלם גם מן האפשרות, שהרחבת הסמכות הבינלאומית תתן את אותותיה בהשפעה על כללי ההכרה המקומיים בצווי גירושין זרים. על אפשרות זו ניתן דעתנו בהמשך.

מן הראוי לציין עם זאת, כי מגבלה אחת אכן קבע המחוקק — מגבלה הזוהה למעשה למגבלה הרביעית והכללית של המשפט הבינלאומי הפרטי — זאת בהוראת „הסייג לקביעת שיפוט”, הקבועה בסעיף 3 לחוק והמעניקה שיקול דעת לנשיא לסרב להקנות שיפוט לפי החוק, „אם הוא סבור שבנסיבות העניין אין זה מן הראוי להושיט למבקש סעד”.

במסגרת שיקול זה רשאי הנשיא לשקול את כל השיקולים, הנשקלים בדרך כלל במסגרת שיקולי *forum non conveniens*⁷¹ בתוספת שיקולים, הנובעים מטיב המטריה שבה עסקינן, היינו: עניין שינויו של סטטוס, שעדיין מהייבת שיקולים מיוחדים לגבי השאלה אם יטול הפורום סמכות, הגם שלצורך הקניית סמכות הושוותה — ואף הורחבה — הסמכות למתן פסקי התרת נישואין לסמכות למתן פסקים *in personam*. יתר על כן, ניתן לומר, כי דווקא הרחבה זו מהייבת יצירת שסתום יעיל יותר, בניגוד לטענה אפשרית אחרת, כי רצויו של המחוקק להרחיב הסמכות מצמצם את שיקול הדעת של בית-המשפט. דעתנו היא, כי אין לקבל טענה זו. שיקול הדעת של בית-משפט מקומי באשר לנטילת

⁷⁰ *Shaw v. Gould* (1868) L.R. 3 H.L. 55. וראה לבונטין, שם, עמ' 14.

⁷¹ באופן כללי השיקולים שבית-המשפט יקח בחשבון הינם:

א. באיזו ארץ נמצאות הראיות, נוחות גיהול המשפט וההוצאות;

ב. לאיזו ארץ קשור כל צד ומהי דרגת זיקתו לארץ זו;

ג. האם זכויות של מי מהצדדים תפגענה על ידי דיון בבימ"ש נכרי;

ד. האם הדיון המבוקש הוא כן או כוונתו השגת יתרון דינוני.

ראה: *The Eleftheria*, *supra* n. 26.

סמכות בינלאומית הינו נכס צאן ברזל של המשפט הבינלאומי הפרטי. מאחר וסעיף 3 לחוק נותר היום, למעשה, השסתום היחיד לסמכות הבינלאומית הרחבה, יש להשתמש בו ביד רחבה.

במקרה של צד או צדדים, הנמצאים מחוץ לתחום השיפוט, יש לשקול את נטילת הסמכות ביתר הקפדה, וזאת מטעמי מדיניות כלליים ובהסתמך על כך שאל שיקול הדעת המוזכר בסעיף 3 לחוק נוסף שיקול הדעת הכללי, המצוי בתקנה 467 לתקנות סדר הדין, שבאמצעות פסקת משנה 10 שבה ניתן להפעיל את הסמכות הבינלאומית להתיר נישואים של בני-זוג ששניהם, או המשיב, נמצאים מחוץ לתחום השיפוט. בכך מאפשר המחוקק מערכת כפולה של שיקול דעת.

האם נוסף לשיקולו של הנשיא רשאי גם בית-המשפט המחוזי, אליו הופנה העניין, לשקול פעם נוספת המצאת מסמכים מחוץ לתחום השיפוט מכוח תקנה 467 (10) לתקנות סדר הדין?

תשובתנו היא שלילית. מאחר ועוד בטרם התליט הנשיא החלטה כלשהי, עליו להמציא הבקשה לצד שכנגד⁷² — ובמקרה של נתבע היושב מחוץ לטריטוריה הוא יעשה זאת בהתאם להוראות תקנה 467 (10) לתקנות סדרי הדין — הרי ששיקול הדעת כבר הופעל על ידי הנשיא ובהתאם להוראות תקנה 470 (א) לתקנות סדר הדין, יחול הדיתר להמצאת המסמכים שניתן פעם אחת, על המצאת שאר המסמכים של אותו עניין. מכאן, שההפנייה אל בית-המשפט המחוזי מחייבת הפעלת השיפוט שהוקנה ואיננה נתונה לשום שיקול דעת נוסף.

עם זאת, נראה לנו, כי שיקול הדעת של הנשיא בהתאם לסעיף 3 לחוק אינו משתרע על מקרים, שבהם רצון הצדדים הוא להתיר את נישואיהם בהסכמה. במקרים כאלה יהיה שיקול הדעת, אם ליטול סמכות ואם לאו, מוגבל רק למקרים בהם מצוי הצד השני מחוץ לתחומי הטריטוריה, בהתאם לתקנה 467 (10) לתקנות סדר הדין. טענתנו מבוססת על סעיף 5 (ג) לחוק, הקובע כי „הסכמת בני-זוג תהווה לעולם עילה לגירושין“ (ההדגשה שלנו). הסעיף עוסק, אמנם, בברירת הדין ולא בסמכות בינלאומית, ברם הוראת החוק מצביעה על כך, שהמחוקק מפקיע מקרים אלה מתחומי של דין כלשהו ואינו מעגן את רצונם של הצדדים לא בדינם האישי — כפי שעשה בתוראת ס' 5 (א) ו-5 (ב) — ולא בדין אחר. הנראה זו מלמדת על כוונתו הגלויה של המחוקק לאפשר לכל בני-זוג, שהביעו רצונם לנתק את קשר הנישואין, לעשות כן בישראל, בלי שמגבלות דינם האישי יפריעו להם. נוכח כוונתו זו של המחוקק נסוגה, לדעתנו, רשותו של הנשיא להפעיל שיקול דעת, מבחינת הקניית הסמכות הבינלאומית ולמנוע מבני-זוג כאלה את השיפוט, דבר שימנע מתן נפקות להסכמתם ויסכל את רצון המחוקק.

יש לאבחן מקרה זה מן המקרה האחר של הסכמת צדדים מראש להכפף לסמכותו של הפורום הישראלי, שכאן אין הריגה מגדר סעיף 3 לחוק ומשיקול הדעת של הנשיא.

בתביעות in personam לא תעלה במקרה כזה בפני הפורום שאלת נטילת הסמכות, אלא אם העלה הנתבע הטענה שאין הפורום יעיל ונוח להתדיין בפניו וגם אז אין בית-המשפט נוהג לאפשר לצד להתנער מהסכמתו, ומכוח דיני החוזים

⁷² תקנה 4 לתקנות סדר הדין בענייני התרת נישואין.

לא יאפשר לו להתחמק ממילוי התחייבויותיו. אך עדיין פתוחה הדלת, במקרה מתאים, שלא ליטול סמכות בינלאומית שהוקנתה — כמו בכל מקרה אחר של סמכות בינלאומית — ואין הבדל לשם כך בויקת השיפוט, אשר הקנתה לבית-המשפט את הסמכות הבינלאומית, ובאיון דרך היא נקנתה. על אחת כמה וכמה במקרים של סטטוס, בהם אין בהסכמת צדדים בדין האנגלו-אמריקאי כדי להקנות סמכות בינלאומית. הדין הישראלי נתן, אמנם, לצדדים את הכוח להקנות סמכות בינלאומית גם בענייני סטטוס על פי הסכמה, ברם אין להפריז לצד השני ואין להגביל את שיקול דעתו של בית-המשפט בדבר נטילת הסמכות אלא להעמידו, לפחות, על אותם עקרונות הנהוגים בתביעות in personam. לא כל שכן אמורים הדברים כלפי סעיף 3 לחוק, אשר הסמיך את הנשיא להפעיל שיקול דעת אף מיזמתו שלו, בלא שהנתבע מבקש הפעלתו, וכאשר שיקול הדעת מהווה מחסום יחיד בפני סחף של תביעות גירושין והפיכה ישראל למדינת מקלט למתגורשי העולם.

יחד עם זאת, ספק בעניינינו, אם כל העובדות, הצריכות לשיקול הדעת, יכולות להמצא בפני הנשיא לשם הפעלה יעילה של שיקול דעתו, דווקא באותם מקרי גבול רגישים.

נראה לנו גם, שלא להרחבה הניכרת של הסמכות, עליה עמדנו, התכוון המחוקק בחוקקו את החוק. החוק הוא תשובה ללחץ, שהפעילו בתי-המשפט, אליהם הובאו בקשות להתרתם של נישואי תערובת של בני-זוג, שאחד מהם היה נתין זר, או להתרת נישואיהם של בני עדות דתיות שונות בארץ, שאחת מהן עדה דתית בלתי מוכרת, ולא ניתן לפיכך לעשות שימוש בסימן 55 לדבר המלך במועצתו ולהפנותם אל בית-דין דתי לשם התרת נישואיהם.⁷³ במקרים הנ"ל לא היתה, לפי המצב הקודם, כל ערכאה שהיתה מוסמכת להתיר את הנישואים או לבטלם.⁷⁴ אלה היו המקרים הקשים, אשר המחוקק בקש להסדירם.⁷⁵ ברם, ניסוחו הכוללני של המחוקק סוחף עמו מרווח מקרים רחב ובלתי מוגבל. אין להתעלם מכך ששאלת התרת נישואין היא שאלה, הנוגעת יסודית לתפישות של דת, מוסר וטובת הציבור. זוהי שאלה ערכית, הנוגעת להשקפות עולם של חברה מסוימת,⁷⁶ ואין אנו רשאים לכפות השקפתנו על אחרים.

הצעתנו היא, איפוא, להגביל הן את הסמכות הפרסונלית והן את הסמכות הטריטוריאלית של סעיפי דבר המלך במועצתו ושל חוק התרת נישואין ולתעניק לבית-המשפט או לנשיא שיקול דעת להקנות שיפוט, כאשר הוא סבור, שבנסיבות

⁷³ ב"ש 263/67 — שוירץ נגד שוירץ; פד"י כרך כ"ב (1), ע' 154. ראה גם שאוה, שם, ע' 129.

⁷⁴ ב"ש 66/66 — וייסמן נגד וייסמן; פד"י כרך כ' (2), ע' 151. וראה אותה הלכה לגבי פסק ביטול נישואין: ע"א 29/66 — יניא נגד היוזק המשפטי לממשלה; פד"י כרך כ' (2), ע' 147.

⁷⁵ ראה הצעת החוק ודברי ההסבר לו: ה"ח 813, תשכ"ט, ע' 109. ראה גם דברי הנשיא (אולשן) בב"ש 39/57 — ס' נגד ס'; פד"י כרך י"א, ע' 921, 924. דברי הנשיא (אגרנט) בב"ש 141/64 — פלונית נגד אלמני; פד"י כרך י"ט (1), ע' 382, ודברי מ"מ הנשיא (זילברג) בע"א 29/66 הנ"ל, בע' 150.

⁷⁶ Dicey & Morris, *op. cit.* 307.

העניין מן הראוי להעניק למבקש סעד, גם אם במקרה כזה באופן רגיל אין הסמכות מוקנית לפורום. זוהי גישה הפוכה לגישה, הנוהגת כיום, והיא עולה בקנה אחד עם סוג העניין שבו עסקינן על תכונותיו המיוחדות — גישה שכוונתה למנוע סכנה של פיצול סטטוס ויחד עם זאת לאפשר לבתי-המשפט להפעיל שיקול דעת לשם הקניית שיפוט במקרים החריגים, בהם יש להתעלם מזיקות השיפוט הרגילות היפות לענייני סטטוס.⁷⁷

בכך לא בסגור את דלתות בתי-המשפט בפני אלה הזקוקים להם, במיוחד בהתחשב בגל הפליטים הנודדים — צלקת המלחמות על פני כדור-הארץ — באופנת הנדודים המתפשטת בעולם ובמוביליות המודרנית, ונשאר פתח להרחבת סמכות השיפוט של הפורום במקרים כאלה, אך מאידך גיסא, לא נניה גם פירצות רחבות מדי בעדן יוכלו להתגנב לתחום השיפוט אותם מקרים מהם עלולים לנבוע תוצאות לא רצויות. יש לאמץ את שביל הביניים בין הדין האנגלי, השמרני מדי, לבין הדין הישראלי הקיים, הפרוץ והרחב מדי.

2. בתי-הדין הרבניים

הסמכות הבינלאומית, כמו גם הסמכות הפנימית הרגילה מחולקת בעניינים של המעמד האישי בין בתי-המשפט האזרחיים לבתי-הדין הדתיים. כל אימת שגמסר עניין לשיפוטו הייחודי של בית-דין דתי, אין בית-המשפט האזרחי מוסמך לדון בו.⁷⁸ וכל אימת שקיימת סמכות מקבילה לבית-הדין מכוח הסכמת הצדדים⁷⁹ וזו ניטלה על ידי הצדדים, ובית-הדין דן בעניין, נשללת סמכותו של בית-המשפט המחוזי.⁸⁰

חוק שיפוט בתי-דין רבניים קובע בסעיף 1 סמכות עניינית (ענייני נישואין וגירושין), סמכות פרסונלית-אישית (של יהודים אזרחי המדינה ותושביה) וסמכות טריטוריאלית (בישראל), היינו מערכת מורכבת של מבחנים מצטברים בעלי אופי שונה לשם הקניית הסמכות הייחודית לבית-הדין.⁸¹ כל התחומים

⁷⁷ בדרך כלל שיקול הדעת בענייני סמכות בינלאומית הוא שלילי בלבד, דהיינו: אימתי לא יטול הפורום סמכות בינלאומית, המוקנית לו. ברם, לאחרונה — ומן הגמוקים המפורטים בהמשך הדברים — העלו מספר מלומדים את הדעה, ששיקול הדעת חייב להיות גם חיובי, דהיינו, לאפשר לפורום לקנות סמכות במקרים שבהם בדרך כלל אין סמכותו קנויה. ראה: Baxter, *op. cit.* 14.

⁷⁸ חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, ס' 18 (2), ס"ח 233, תשי"ז, ע' 148. סמכות בית-המשפט המחוזי היא ב, כל עניין שאיננו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר וראה זוסמן, שם, ע' 9-10.

⁷⁹ חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס' 9, ס"ח 138, תשי"ג, ע' 165.

⁸⁰ חוק בתי-המשפט, ס' 18 (2), סיפא.

משהובעה הסכמה, הופך השיפוט של בית-הדין משיפוט מקביל לייחודי, ואין בעל-דין יכול לחזור בו מהסכמתו: ביד"מ 1/60 — וינמר נגד בארי; פד"י כרך ט"ו, ע' 1371, 1457.

⁸¹ בן-ישי, סמכות שיפוט טריטוריאלית ואקסטרא-טריטוריאלית בחוק שיפוט בתי-דין רבניים, הפרקליט, כרך י"ב (1965), ע' 272.

העודפים — הן לגבי הסמכות העניינית (שאר ענייני סטטוס) והן לגבי הסמכות הבינלאומית (פרסונלית וטריטוריאלית) — הושארו לסמכותם של בתי-המשפט המחוזיים — בהם עסקנו לעיל ונתברר לנו, כי הסמכות הבינלאומית מוקנית גם בהסכמה — או לסמכותם המקבילה של בתי-הדין הרבניים מכוח ס' 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים.

עד לחוק שיפוט בתי-דין רבניים היתה שאלת הסמכות הייחודית של בתי-הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין מוסדרת בסימן 53 לדבר המלך במועצתו, ואילו סימן 65 קבע את סמכותם הבינלאומית של בתי-הדין הדתיים — ובין השאר של בית-הדין הרבני — לדון בענייני המעמד האישי של זרים, אם אלה הסכימו לסמכותם.

עם חקיקת חוק שיפוט בתי-דין רבניים, באו סעיפי החוק במקום הסימנים של דבר המלך במועצתו; סעיף 9 לחוק השיפוט החליף את סימן 65 לדבר המלך והחוק הוא עתה החוק היחיד על פיו נקבעת — בענייני המעמד האישי — סמכותו הייחודית או המקבילה של בית-הדין הרבני.^{82, 83}

מאחר והסמכות הבינלאומית בענייני נישואין וגירושין בישראל מוקנית גם בדרך של הסכמה, הרי נראה כי בכל מקרה שבו לבית-הדין סמכות עניינית לדון בענייני נישואין וגירושין, יכולים הצדדים (רק אם שניהם יהודים) להקנות בהסכמה סמכות בינלאומית, וזאת בתוקף ס' 9 לחוק, כשם שהם יכולים להקנות סמכות בעניינים כאלה, על פי הסכמה, לבית-המשפט האזרחי ועל אהת כמה וכמה, כאשר סעיף 9 לחוק מכיר את דרך ההסכמה כמקנה לבית-הדין שיפוט בענייני המעמד האישי בכלל.

זהו גימוק, המשקיף על בעיית הסמכות מן האספקט הבינלאומי והכולל, המתווסף על הגימוקים, שהובאו לאחרונה על ידי ד"ר מ. שאווה⁸⁴ לפרשנותו של ס' 9 לחוק באופן שיכלול גם אפשרות של הקניית סמכות לבית-הדין מכוח הסכמתם של שני צדדים יהודים, שאחד מהם או שניהם נתינים זרים, היינו: אינם אזרחים ותושבים ישראלים או אינם „בישראל“. כך ניתן לפתור את השאלה, שהושארה בצריך עיון בבג"צ 141/71.⁸⁵ סמכות זו של בית-הדין בהסכמת שני הצדדים מוקנית גם במקרה, ששני בני-הזוג אינם בישראל מכוח ההוראה האמורה בס' 9 לחוק,⁸⁶ ובית-הדין אינו כפוף לא להוראות תקנה 467 לתקנות סדר הדין ולא לדוקטרינות אחרות של המשפט הבינלאומי הפרטי כגון ה-*forum non convenienc*e, ואין הוא אלא לפי דין תורה בלבד.⁸⁷

⁸² ע"א 114/55 — רצאבי נגד רצאבי; פד"י כרך ט', ע' 1319, 1320.

⁸³ ראה גם בג"צ 95/63 — פלונית נגד ביה"ד הרבני האזורי; פד"י כרך י"ז, ע' 2225.

⁸⁴ שאווה, המוסמך בית הדין הרבני לדון בהסכמה בענייני נישואין וגירושין מכוח סעיף 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953, הפרקליט כרך כ"ז (1971), ע' 479.

⁸⁵ הפסל נגד בית-הדין הרבני האזורי; פד"י כרך כ"ה (2), ע' 471. השאלה היתה האם בענייני נישואין וגירושין אפילו הסכמה של שני הצדדים, כאשר אין אחד מהם אזרח ו/או תושב המדינה, אינה עשויה להעניק סמכות לפי ס' 9 לחוק.

⁸⁶ זילברג, המקמד האישי בישראל (מהדורה רביעית, ירושלים תשכ"ה), ע' 361.

⁸⁷ בג"צ 111/63 — ג'מיל אבו חורש נגד ביה"ד השרעי; פד"י כרך י"ח (1), ע' 589.

עוד לפני חקיקת חוק שיפוט בתי-דין רבניים וחוק התרת נישואין היתה סמכות בית-הדין להתרת נישואין של זר על פי הסכמת הצדדים רחבה יותר מן של בית-המשפט המחוזי מאחר וההגבלה בסיפא לסימן 65 לדבר המלך במועצתו, שחלה אז על בית-הדין ואסרה מתן צו התרת נישואין לנכרי, דיברה על „נתין זר“ להבדיל מיהודים, „חסרי נתינות“⁸⁸. עם זאת, חוק השיפוט הרחיב עוד יותר תחום הסמכות וכלל גם מקרה של יהודים נתינים זרים המסכימים לשיפוט בית-הדין מכוח סעיף 9 לחוק⁸⁹. עתה, עם כניסת חוק התרת נישואין לתקפו הורחבה בפוטנציה גם סמכותו של בית-הדין הרבני למתן צו התרת נישואין, שכן רשאי הנשיא להפנות לבית-הדין כל מקרה, אשר ימצא לנכון להפנותו לאחר שנקבע השיפוט על פי החוק וזה כולל כיום בני-זוג בני עדות דתיות שונות, הגם שאינם נוכרים, עניין שהיה מוסדר קודם לכן בסימן 55 לדבר המלך במועצתו שהיה מוגבל לבני עדה דתית מוכרת או שמקימת בית-דין דתי⁹⁰. כך הורחבה האפשרות להעביר לבית-הדין עניין של התרת נישואין גם כאשר אחד מבני-הזוג אינו בן עדה דתית מוכרת כלל. כן הורחבה האפשרות של קניית סמכות על בני-זוג זרים או שאחד מהם זר, הגם שאחד מהם אינו יהודי והם נשואים בנישואי תערובת, וכד'.

השאלות: באיזו מידה הופכת הסכמת הצדדים את סמכותו של בית-הדין ליחודית⁹¹; מהי צורת ההסכמה הן לגבי הקניית שיפוט לבית-דין רבני⁹² והן לגבי צורת הקניית סמכות בינלאומית לבתי-המשפט האזרחיים בתביעות in personam ובענייני סטטוס — כולל הדרך של הסכמה מכללא, השנויות במחלוקת בפסיקה האנגלית, וכן פירוט האמצעים והדרכים שיש בהם משום כפיפות לשיפוט הבינלאומי ומגבלותיהם, דורשים דיון גפרד ולא ניהוד עליהם את הדיבור במסגרת זו.

ה. מה בין הסמכות הבינלאומית בענייני סטטוס להכרה בפסקי סטטוס זרים

בסיס הדוקטרינה של ה-C.L. הנו, שכשם שבתי-המשפט האנגליים אינם נוטלים סמכות להתרת נישואין אלא במקרים בהם הצדדים בעלי דומיסיל אנגלי, כך מסרבים הם להכיר בצו התרת נישואין זר, שניתן במדינה שאינה מדינת הדומיסיל. יש אף הסבורים, כי ההתפתחות ההיסטורית של כללי הסמכות הבינלאומית נובעים מכללי ההכרה⁹³. עניינים של סטטוס הם בעלי מכנה משותף, שיש בו כדי ליצור מערכת של חוליות קישור דומות לגבי שלושת החטיבות של המשפט הבינלאומי

⁸⁸ ראה: ב"ש 57/65 — פלונית נגד אלמוני; פד"י כרך י"ט (2), ע' 404, 412.

⁸⁹ ב"ש 66/66 הנ"ל בע' 153.

⁹⁰ ראה הערה 73 לעיל.

⁹¹ זילברג, שם, ע' 41.

⁹² די, כנראה, בהסכמה מכללא ואולי אף בשתיקה וכן די בעצם הופעתו של המשיב ובטיעון לגופו של עניין כדי להקנות שיפוט יחודי מכוח הסכמה לבית-הדין הרבני. ראה בג"צ 8/48 — גליקסברג נגד יח"ר ההוצאה לפועל; פד"י כרך ב', ע' 168, 173; בני"צ 141/71 הנ"ל.

⁹³ Cheshire, *op. cit.*, p. 355, n. 1.

הפרטי: (1) הסמכות הבינלאומית הפנימית; (2) הסמכות הבינלאומית החיצונית, דהיינו: סמכותו של הפורום הזר, בהתאם לכללים הנקבעים על ידי המשפט הבינלאומי הפרטי המקומי, לשם הכרת פסק זר; (3) ברירת הדין.

בדין האנגלי היתה עד לפני זמן קצר זהות כמעט מוחלטת בין כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית לבין כללי ההכרה בפסקים זרים, שכן לגבי שניהם נקבע, כי רק פורום הדומיסיל, שבפניו נמצא הסטטוס ולו השליטה האפקטיבית עליו, מוסמך להוציא פסקי התרת נישואין⁹⁴, ורק פסקים, שיצאו מפורום זה יוכרו באנגליה⁹⁵, גם הדמיון בין כללי ברירת הדין לכללי הסמכות היה מלא בכך שהדין שחלש על הסטטוס של הצדדים היה דין הדומיסיל ולפיכך כאשר היו בתי-המשפט נוטלים סמכות בינלאומית בענייני התרת נישואין, היו הם מחילים תמיד את הדין האנגלי⁹⁷.

הרמוניה משולשת זו הופרה אמנם, כאשר הורחב בדין האנגלי בסיס הסמכות הבינלאומית בענין התרת נישואין⁹⁸, אך הודקה במידה מסויימת, כאשר הועמד הקשר שבין כללי ההכרה בפסקי התרת נישואין זרים לבין כללי הסמכות הבינלאומית הפנימית על כלל „דמיון הסיטואציות“, כמפורט להלן, שתוצאתו הרחבת הכללים של ההכרה בפסקי התרת נישואין זרים במקביל ובוהות להרחבת כללי הסמכות הבינלאומית. ברם, כללי ההכרה, שהרחיקו לכת מכללי הסמכות והורחבו מעבר להם תוך העמדת זיקות שיפוט חדשות⁹⁹ נוסף לדומיסיל המסורתי, ושלא גררו עמם שינוי בכללי ברירת הדין (בהם ממשיך הדומיסיל למלוך), רופפו גם את הקשר בין כללי הסמכות וההכרה לכללי ברירת הדין¹⁰⁰.

כאמור, הורחבו ב-Common Law מאז 1953 כללי ההכרה בפסקי התרת נישואין ונקבע עקרון „דמיון הסיטואציות“, לפיו יוכרו פסקים כאלה באנגליה, אם ניתנו במדינה זרה בסיטואציה, אשר בה גם פורום אנגלי נוטל היה סמכות בינלאומית, אילו היה העניין מובא לפיו, היינו: בתי-המשפט יכירו בסמכות הבינלאומית של פורום זר למתן פסקי התרת נישואין, אשר *mutatis mutandis* היו הם נוטלים אותה לעצמם¹⁰¹ (בהנחה ששאר התנאים הדרושים נתמלאו).

בישראל היו זיקות הסמכות הבינלאומיות רחבות מאז ומתמיד מעבר לזיקות כללי ברירת הדין לפי סימן 64 (ii) לדבר המלך במועצתו, ברם לא נקבעו כל הוראות סטטוטוריות מקומיות, המסדירות את כללי ההכרה בפסקי סטטוס זרים. אשר להכרה בסטטוס זר עצמו, ההכרה בו נעשית בבית-הדין הדתי לפי הדין

⁹⁴ *Shaw v. Gould, supra n. 70.*

⁹⁵ *Le Mesurier v. Le Mesurier* [1895] A.C. 517; *Salvesen v. Administrator of Austrian Property, supra, n. 28.*

⁹⁶ על הזקקות למבחן הדומיסיל בהקשר זה ראה — *Dicey & Morris, op. cit., 310.*

⁹⁷ *Dicey & Morris, op. cit., rule 39, p. 307.*

⁹⁸ ראה הערה 33 לעיל.

⁹⁹ *Travers v. Holley* [1953] 2 All E.R. 794; *Robinson-Scott v. Robinson-Scott* [1957] 3 All E.R. 473; *Indyka v. Indyka* [1967] 3 W.L.R. 510.

¹⁰⁰ על כלל סמכות בינלאומי הנגזר מכלל ברירת דין ראה גם המר' 543/64 הג"ל, ע' 420.

¹⁰¹ הדוקטרינה של *Recognition Based on Reciprocity*. ראה הערה 99 לעיל.

הדתי ובבית-המשפט האזרחי לפי כללי ברירת הדין הרגילים בתוספת שימוש בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי; דרך השימוש בכללים אלה אינו נקי ממחלוקות¹⁰². אשר להכרה בפסקי סטטוס — במיוחד בפסקי התרת גישואין זרים — נתגבשה הדעה, כי בהתאמה עם כללי ה-C.L., זהה המסגרת של כללי ההכרה של ה-C.L. לזו שבישראל, תוך שינויים, המתחייבים אצלנו מהעדפת משפט הלאומיות על משפט הדומיסיל, כדין האישי¹⁰³. מאז נתגבשה דעה זו, הורחבו ב-C.L. כללי ההכרה בפסקי התרת גישואין זרים, תוך זיקה אל כללי הסמכות הבינלאומית — מתוך השאיפה לאחד את כללי הסמכות הבינלאומית עם כללי ההכרה בפסקים זרים באשר להתרת גישואין¹⁰⁴ ומתוך ההכרה, כי את כללי הסמכות הבינלאומית ושינויים הגערכים בהם יש לקחת בחשבון לצורך כללי ההכרה בפסקי התרת גישואין זרים¹⁰⁵ ואף מעבר לכללים אלה.

כללי הסמכות הבינלאומית, הרחבים אצלנו, מעל ומעבר לכללי הסמכות הבינלאומית בדין האנגלי ולכללי ההכרה בפסקי סטטוס זרים ב-C.L., והעדר כללים מקומיים בשאלת ההכרה בפסקי סטטוס זרים, הושפם אותנו לקליטת עקרונות ההכרה בפסקי התרת גישואין זרים של ה-C.L. האנגלי, ובמיוחד עקרון „דמיון הסיטואציות“.

עקב העובדה, כי הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל בענייני סטטוס — ובמיוחד בענייני התרת גישואין — הנה עקרונית בלתי מוגבלת, עשוי אימוץ העקרון האנגלי להביא למסקנה הגורפת, כי כל פסק התרת גישואין יהיה מוצאא אשר יהא ותהא זיקת הצדדים אל הפורום הפוסק אשר תהא, יוכר בישראל (אם ימלא אחר התנאים הדרושים האחרים). נוכל לעצור סהף בלתי רצוי זה, אם נטען, כי ההגבלה שבישקול דעת, הנתונה לפורום המקומי, נכללת גם היא במסגרת עקרון „דמיון הסיטואציות“ (ה-reciprocity) וממילא בכל מקרה בו היה הנשיא, אילו הובא העניין לפניו, דוחה את סמכות בית-המשפט בישראל תוך הפעלת שיקול הדעת המוקנה לו, לא בכיר בפסק התרת גישואין זר ששיקול דעת כזה לא הופעל לגביו והסמכות ניטלה. טענה כזו של סיווג הלכת „דמיון הסיטואציות“ בכללי ה-forum non convenience לא נדונה עדיין בפסיקה האנגלית והיא גם נראית לנו דחוקה ביותר מן הטעם, שקשה להקשות על שיקול דעת של פורום אחר גם בגלל עצם טיבה של הטכניקה של שיקול דעת, שהיא מטבעה יחסית במידה מסויימת, וגם כיוון שהדבר מהייב דיון במערכת שיקולים עובדתיים ומשפטיים, שנתונה אינם נמצאים בפני הפורום, המתבקש להכיר בפסק. שיקול דעת אינו דבר הניתן לבדיקה ולהערכה על ידי ערכאה שווה אחרת בתנאים אחרים.

התוצאה עלולה להיות מרחיקת לכת, שבית-משפט אזרחי בישראל — במקרה ובמידה שיש לו סמכות לדון בעניינים כאלה — יכיר בצו התרת גישואיהם של שני יהודים אזרחי ישראל ותושביה, שניתן בחוץ-לארץ בעת שהותם הארעית

¹⁰² לבונטין, שם, ע' 13, 28.

Levontin, *Foreign Judgments etc.*, *ibid.* 103

Baxter, *op. cit.* 19. 104

Indyka v. Indyka, *supra* n. 99 at 559. 105

שם או אף בהסכמתם בלבד ובהעדר הופעה. בכך יועמק פיצול הסטטוס, הקיים כבר היום בישראל בגין הסמכות לדון בענייני סטטוס, שהוענקה הן לבתי-המשפט האזרחיים והן לבתי-הדין הדתיים.¹⁰⁶

תוצאה זו, הנובעת בעקיפין מהרחבת הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט בישראל, ספק אם עלתה בדעתו של המהוקק הישראלי, ברם הלאקונה בשאלות ההכרה בפסקי סטטוס זרים מחייבת אולי קליטת כללי ה-C.L. האנגליים¹⁰⁷, אלא אם נטען כי השוני המשפטי בין שתי השיטות אינו מאפשר קליטה זו בגלל התנאים המיוחדים בישראל או כי אין המשפט הישראלי קולט הלכות, שנתחדשו ב-C.L. לאחר קום המדינה¹⁰⁸, או אם נקבל את דעתו של פרופ' לבונטין¹⁰⁹, שבהתנגשות בין כללי ברירת דין מקומיים לבין כללי ההכרה בפסקים זרים יש להעדיף את הכללים המקומיים, המפנים לדין האישי. זאת מאחר והכללים המקומיים הינם הנורמה הסטטוטורית, הגוברת על כללי ההכרה, הנקלטים רק באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, שכן הדין הישראלי משיב על הדרך לפתרון שאלת הסטטוס בהתאם לסימן 47 או 64 (2) לדבר המלך במועצתו¹¹⁰. בעיית ההכרה ראויה מכל מקום לדיון נפרד ומפורט.

ו. סיכום

ישנה מחלוקת, החוצה למעשה את תחום המשפט כולו, בין חכמי המשפט, הדורשים כללים מפורטים, אשר יניחו מקום צר לשיקול הדעת של בית-המשפט, לבין חכמי המשפט, התובעים כללי מסגרת בלבד, אשר יותירו מקום רב לשיקול דעתם של השופטים. בדרך כלל היה הסטטוס אחד התחומים, בהם דרשה תקנת הציבור וחורת המשפט הקלסית הסדר מפורט, אשר ימנע חוסר בהירות במעמדו האישי של האדם. דרישות כאלה יחד עם הכללים המכנייים, שהיו מנת חלקו של המשפט הבינלאומי הפרטי עד לתקופה האחרונה, הביאו עמם את הנוקשות והשמרנות שהיו מנת חלקו של המשפט האנגלי. בעקבות עידן זה עובר המשפט הבינלאומי הפרטי תהליך של שחרור מכללים נוקשים לכללים פונקציונליים¹¹¹. כמו בכל תהליך של ריאקציה ושחרור ישנה סכנה,

¹⁰⁶ ראה הדוגמאות לפיצול, המובאות על ידי השופט זילברג בבג"צ 143/62 — פונק-שלזינגר נגד שר הפנים; פד"י כרך י"ז, ע' 225, 240.

¹⁰⁷ בין בדרך ישירה מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו ובין בדרך עקיפה מכוח ההפנייה ל-C.L. האנגלי בס' 11 לחוק אכיפת פסקי-חוץ, תשי"ח-1958, ס"ח 244, תשי"ח, ע' 68. בס' 11 הנ"ל מוגבלת ההכרה בכך ש, "מן... הצדק" לעשות כן.

¹⁰⁸ ראה: טדסקי (עורך), דיני הנוזיקין, תורת הנוזיקין הכללית (ירושלים, 1970), ע' 70. Levontin, Foreign Judgments, etc. *ibid.*

¹¹⁰ זאת בניגוד למצב ב-C.L. האנגלי, לפיו עדיפים כללי ההכרה בפסק זר על כללי ברירת הדין האנגליים Galene v. Galene [1939], P. 237.

¹¹¹ ראה: שפירא, נוזיקין במשפט הבינלאומי הפרטי, מכללים מכנייים לגישה פונקציונלית, עיוני משפט, כרך א' (1971), ע' 96. Indyka v. Indyka, *supra* n. 99; Chaplin v. Boys, *supra* n. 67.

שאווירת החופש תשכר ועם שתסלק את הבעיות הישנות, שהן תולדת הדוגמטיות, תחשוף אותנו לסכנות אחרות — לא פחות בעיתיות — של העדר בסיס מוצק ונקודות אחיזה כלשהן. בתחום הסמכות, שבה עסקינן, אנו עלולים לגרום להפחתת ערכו של צו התרת נישואין, להרבות מבוכה במצבם האישי של זרים, להעניק גירושין לכל דכפין ולסייע לגזירותם של „צפרי נוד“ להתגרש.

השאיפה לאחד את כל כללי הסמכות אינה אפשרית ופשטותה ופתיחותה היא סכנתה. יש לחזור אל בסיסים אישיים או טריטוריאליים, ולהגית שיקול דעת במקרים חריגים, תולדת המציאות המודרנית. בית-המשפט כשסתום יחיד וסופי אינו תשובה מספקת לסיכון ששיטת המשפט שלנו נוטלת על עצמה.