

בג"צ מס' 171/68

ה אבולון חאנזאליס נגד בית-הדין של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית וקסטנדינוס ניקולא פאפאדופולוס

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק
[10.2.69, 26.12.68, 15.11.68, 13.11.68, 18.6.68]

1 לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ויתקון, הלוי

חוק הירושה, תשכ"ה-1965 [סה"ת 446, ע' 63], סעיפים 151 (א), 155 (א), 151, 155 (ד), 11 (א), 136, 10 (1), 155, 138, 137 ואילך, 150, 148, 155 (ב) — פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948 [תוס"א 2, ע' 1], סעיף 11 (כפי שהוסף בחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967 [סה"ת 499, ע' 74]) — צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967 [קה"ת

260 „פסקי-דין“, כרך כג, חלק ראשון, תשכ"ט/תשל"ל-1969

2064, ע' 2690, תוספת — חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957 [סה"ח 233, ע' 148], סעיפים 7(ב), 7(4), 7 — חוק בתי דין דתיים (הזמנה לבית הדין), תשט"ז-1956 [סה"ח 200, ע' 40], סעיפים 2, 3, 4, 5 — חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967 [סה"ח 507, ע' 116], סעיף 1 — דבר המלך במועצה, 1922 [חא"י, כרך ג, ע' 2738], סימונים 54, 54 (IV) (כפי שהוסף ב-1939 [תוס"ב 898, ע' 381]), 54 (I) (כפי שתוקן בחוק הירושה, תשכ"ה-1965 [כנ"ל, ב"ע' 82], (II) 54, (III) 54).

המשיב הראשון — בית הדין של הכנסיה הפטריארכית, היוונית-אורתודוקסית, החליט, ביום 17.5.68, כי הוא מיסמך לדון בצוואתה של המנוחה, אשת העותר ואחות המשיב השני, בה ציוותה לאחיה, בין השאר, מגרש וביית בירתו. העותר כופר בסמכות בית הדין. בית המשפט הגבוה לצדק פסק —

א. החל מיום 28.6.67 מהחזקת ירושלים המאוחדת חלק בלתי נפרד מישראל וממילא שורה, במזרחתה כמו במערבה, חוק ירושה ישראלי, אחד ויחיד, הוא חוק הירושה, תשכ"ה-1965.

ב. אין בתי המשפט הגבוה לצדק גענה לעותר אם אין לעותר זה כל ענין ואיני טרם בנושא העתירה.

ג. (1) בית הדין היושב על אדמת ישראל ודן בסכסוך ירושה בין שני תושבי ישראל, כשהסמכות לדיון בענין נתונה לבית המשפט בישראל על-פי סעיף 136 לחוק הירושה — וסמכות זו כוללת את סמכותו "המזמנת" של בית הדין לפי סעיף 155 — מהחזקת בית הדין ישראלי, שסמכותו מוגבלת לפי החוק הישראלי והנתון לפיקוח בית המשפט הגבוה לצדק לפי סעיף 7(ב) (4) לחוק בתי המשפט.

ד. (2) סעיף 138 לחוק הירושה מהחזקת אחד מכללי ברירת הדין, הקובעים את הדין המזמנת שעל בית המשפט הישראלי המוסמך להתילו על עניני הירושה; הוא מבורר סס על סמכותו של "בית המשפט בישראל" לפי סעיף 136 לדון גם בירושת נכס-דלא-נידוי הנמצאים מחוץ לגבולות ישראל, ואין בו משום הפניה לחוקי סמכות זרים.

ה. (3) ה"lex fori" הקובע את סמכותם הבינלאומית של בתי המשפט בישראל לראל לדון בענין הנוון הוא סעיף 136 לחוק הירושה, המרחיב את סמכות בתי המשפט בישראל בעניני ירושה.

ו. (4) לפי החוק הישראלי הסמכות לקיום הצוואה בשלמותה נתונה, בהעדר הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר לשיפוטו של בית הדין, לבית המשפט המחוזי. (5) חוסר הסכמת הצדדים לשיפוטו של בית הדין הדתי אינה משנה את אפיו ומהותו של בית הדין, אלא יוצרת חריגה מסמכותו, הבאה בגדר סעיף 7(ב) (4) לחוק בתי המשפט.

ז. (1) מערכת בתי המשפט בישראל נפרדת הפרדה טריטוריאלית ממערכת בתי המשפט ביהודה ושומרון.

ח. (2) סמכותו של בית הדין, שאזור שיפוטו משתרע על שתי טריטוריות בעלות חוקי שיפוט שונים, אינה כפולה אלא מחולקת; הוא כפוף לחוקי הטריטוריה שבתחומה הוא יושב.

- (3) סמכות השיפוט נובעת מריבונות המדינה, ומעקרון הריבונות הטריטוריאלי.
אלית מתחייב עקרון השיפוט הטריטוריאלי.
- (4) אין בית דין היושב על אדמת ישראל רשאי לשיפוט מכוח חוק זר, אלא אם הוסמך לכך על ידי חוקי ישראל.
- ד. (1) מסעיף 54 (iv) לדבר המלך במועצה משתמע כי בית דין לערכאה ראשונה אינו מוסמך לדון בענין שהוגש כ"דין על-פי החוק של כל ארץ זולת ישראל", ובית המשפט הגבוה לצדק מוסמך למנוע בעד חריגת בית הדין מסמכותו על-ידי צו איסור. (2) בין אם פועל בית הדין בענין קיום צוואת המנוחה מכוח החוק הישראלי, ובין אם הוא פועל מכוח חוקי השיפוט של יהודה ושומרון, תריחו חורג מסמכותו.
- ה. (1) עקרון שלטון החוק מחייב שלא יהיה אזרח או תושב או סתם אדם הנמצא במדינה כפוף לשיפוט בית דין כלשהו אלא מכוח חוק המדינה.
- (2) זכותו של העותר שלא להישפט בעל כרחו על ידי בית דין שאינו מוסמך על-פי חוק המדינה היא זכות מהותית, שאין בידי היועץ המשפטי לקפחה על ידי הסכימתו או חוסר התנגדותו לשיפוט של בית הדין.
- (3) בית הדין פועל על אדמת ישראל בתוך בית דין ישראלי וסמכותו נקבעת על ידי החוק הישראלי לבדו, ובתרגו מסמכותו לפי חוק הירושה הוא נתון לצו איסור של בית המשפט הגבוה לצדק.
- ו. (1) על-פי החוק הירדני הסמכות היחידה לאישור צוואה של נתין יחני נתונה לבית המשפט האזרחי.
- (2) פסקדין של בית משפט מחוזי ישראלי ניתן לביצוע בתנאים מסויימים באחת מערי הגדה המערבית.
- (3) מכאן שאין לומר כי לעותר לא תהא אפשרות להפיק הנאה מצו בית המשפט הגבוה לצדק בו יאסור על בית הדין להיוקק לקיום הצוואה.
- (4) אין לראות בקשיים הצפויים בכל מקום שמחוץ לתחום השיפוט הישראלי לאכיפתו של צו בית המשפט המוסמך בישראל, משום עילה מספקת כדי למנוע מן העותר את הסעד המבוקש.
- (5) תוצאות הדיון בבית הדין הדתי עשויות להיות שונות באופן מהותי מתוצאות הדיון בבית המשפט המחוזי.
- (6) לעותר אינטרס לגיטימי לעמוד על זכותו שלא להתדיין בענין זה שלא בהסכמתו בפני בית הדין הדתי, והוא זכאי לצו האיסור המבוקש.
- דעת המיעוט (השופט ויתרון):
- ז. (1) הוראות הסעיפים 151 ו-155 לתוק הירושה הישראלי אינן מסדירות את סמכותם של בית המשפט המחוזי ושל בית הדין הדתי אלא בינם לבין עצמם, כששניהם מתבקשים לפעול על-פי חוק הירושה הישראלי.
- (2) סמכותו של בית המשפט המחוזי, באין הסכמה לסמכות בית הדין הדתי, אינה סמכות ייחודית, כשקמים בבית המשפט המחוזי או לבית הדין הדתי בישראל מתחרים על-פי המשפט בארץ זרה.
- (3) יש לראות את בית הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית כבית דין הפועל בענין זה על-פי דין של מדינה זרה.

(4) אין קושי להכדיל בין הסמכות המוקנית לפי חוק הירושה בהסכמת הצדדים, והסמכות המוקנית לפי החוק שבשטח המוחזק אף בהעדר הסכמתם; שתי הסמכויות אינן גורעות אחת מהשנייה, ואין זו נכנסת לתחומה של חברתה.

(5) צו איסור נגד בית-דין דתי ינתן כאשר אותו בית-דין עלול לפעול שלא לפי סמכותו המוקנית לו על-פי הדין הישראלי, ולא על-פי דין של מדינה אחרת.

(6) מבחינת המשפט הישראלי ממלא כאן בית-הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית תפקיד שהוא מחוץ לסמכותו השיפוטית הישראלית, ולגבי מעשי שפיטה כאלה, שלמעשה אינם מעשי שפיטה במשמעות המשפט של המדינה, לא יוציא בית-המשפט הגבוה לצדק צו איסור.

א

ב פסקי-דין ישראליים שאוחרו:

- [1] בג"צ 101/54 — פכרי כאמל ג'דאי נגד נשיא משרד החוצ'ל"פ, בית-המשפט המחוזי, חיפה ר'קליד טוידאן; פד"ג, כרך ט, ע' 135, 145; פ"מ, כרך יח, ע' 12.
- [2] בג"צ 26/51 — טלם מנשה נגד יו"ר וחברי בית-דין הרבנות בירושלים, ואח'; פד"ג, כרך ה, ע' 714, 718, 717; פ"מ, כרך י, ע' 290, 293, 292.
- [3] בג"צ 1/48 — הרמן נימן נגד המושל הצבאי בשטח המחוז ירושלים, ואח'; פד"ג, כרך א, ע' 50, 57; פ"מ, כרך א, ע' 8.
- [4] בג"צ 90/49 — ראובן נחמימובסקי נגד שר המשפטים (פ' רחן), ואח'; פד"ג, כרך ג, ע' 4, 11; פ"מ, כרך ה, ע' 163.
- [5] בג"צ 359/66 — בנימין גיטיה נגד הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים; פד"ג, כרך כב (1), ע' 290, 298.
- [6] בג"צ 143/62 — הנריט אננה קטרינה פונק'טלזינגר נגד שר הפנים; פד"ג, כרך יח, ע' 225, 250.
- [7] ע"א 238/53 — אהרן כהן רבלה בוטליק נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"ג, כרך ה, ע' 4, 19; פ"מ, כרך יד, ע' 278.

ג

ד

ה

פסקי-דין א"י שאוחרו:

- [8] *H.C. 104/41 — Selim Barakat in his capacity as administrator of the property of 'Awad Wakf, Jaffa v. Maronite Ecclesiastical Court, Jaffa and ors.*; (1941), *P.L.R. Vol. 8, p. 593*; (1941), *S.C.J. (אס"ק) Vol. 2, p. 601*; (1941), *Ct. L.R. Vol. 10, p. 199*.
- [9] *C.A. 71/30 — Israel M. Tennenbaum v. Abdullah Bey Chedid for himself and on behalf of all the other heirs of the late Comte Selim de Chedid*; (1930), *C.O.J. (קס"ד) Vol. 2, p. 401*; *Privy Council — 47/32 Abdullah Bey Chedid and ors. v. Tennenbaum*; (1920—33), *P.L.R. Vol. 1, p. 831*.
- [10] *H.C. 36/37 — [Father] Haroun Karam v. Chief Execution Officer, Jaffa and an.*; (1937), *S.C.J. (אס"ק) p. 302*.

ו

ז

מ"מ הנשיא (זילברג)

- [11] C.A. 84/40 — *Lydia Willner v. Salim Barakat* : (1940), P.L.R. Vol. 7, p. 401 ; (1940), S.C.J. (אס"ק), Vol. 1, p. 313 ; Ct. L.R. Vol. 8, p. 132.
- [12] H.C. 103/42 — *Yusef Abukhalil v. Chief Execution Officer, Jerusalem and an.* : (1942), P.L.R. Vol. 9, p. 579 ; (1942), S.C.J. (אס"ק), Vol. 2, p. 582.

א

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו :

- [13] *Farquharson v. Morgan* : (1894), 1 Q.B. 552 ; 63 L.J.Q.B. 474 ; 70 L.T. 152 ; 58 J.P. 495 ; 42 W.R. 306 ; 10 T.L.R. 240 ; 9 R. 202, C.A.
- [14] *R. v. Barnstaple Justices, Ex parte Carder* : (1938), 1 K.B. 385 ; (1937), 4 All E.R. 263 ; 107 L.J.K.B. 127 ; 158 L.T. 409 ; 101 J.P. 547 ; 54 T.L.R. 36 ; 81 Sol. Jo. 963 ; 35 L.G.R. 651, D.C.
- [15] *Re Clifford & O'Sullivan* : (1921), 2 A.C. 570 ; 90 L.J.P.C. 244 ; 126 L.T. 97 ; 37 T.L.R. 988 ; 65 Sol. Jo. 792 ; 27 Cox, C.C. 120, H.L.

ב

ג

פסקי-דין ירדני שאוזכרו :

[16] החלטת בית-המשפט לקסציה, דבת עמון, מס' 129/66 — מרי ואליזבת אלנדראוי נגד ג'רייס טווד אלנדראוי ; פורסם בקובץ החלטות בית-המשפט לקסציה, שנה שלוש-עשרה, 1965, ע' 1142.

ד

התנגדות לצו-על-תנאי מיום כ"ב בניסן תשכ"ח (18.6.68), המכוון למשיבים והדורש מהם לבוא וליתן טעם, מדוע לא תבוטל החלטתו של המשיב מס' 1 מיום 17.5.68, הקובעת כי הוא מוסמך לרון בענין צוואת המנוחה ח'ריסאנתי בת ניקולא פאפאדופולוס, ומדוע לא יימנע מלדון ומלהחליט בענין הג'ל. הצו-על-תנאי נעשה מוחלט, ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט ויתקון.

ה

י' הימן — בשם העותר ; נ' חלד — בשם המשיבים ;
ד"ר מ' חשין, סגן פרקליט המדינה — בשם המדינה

ו

צו

מ"מ הנשיא (זילברג) : השאלה העומדת לפנינו היא : מה דין החלטתו של בית-דין דתי, מזרח ירושלמי, הנוטל לעצמו עטרת סמכות שאינה הולמתו, היינו : מתעתד לדון בקיום צוואה בניגוד להוראות חוק הירושה, תשכ"ה-1965.

ז

2. הגב' ח'ריסאנתי בת ניקולא פאפאדופולוס, אשתו המנוחה של העותר, ערכה צוואה ביום 14.12.67, ובה היא ציוותה לאחיה, המשיב השני, בין השאר, את המגרש והבית שלה

הנמצאים ביריחו. היא נפטרה ביום 24.1.68, ובשעת פטירתה היה מושבה במזרח ירושלים. כעבור חדשים בערך פנה המשיב השני לבית-הדין של הכנסיה הפטריארכית, יוונית-אורתודוקסית, מזרח ירושלים, וביקש לקיים את צוואת אחותו. נקבע יום לדיון, נשלחה הזמנה לעותר, והוא ביקש לדחות את המשפט ליום אחר, כדי לאפשר לו למנות עורך-דין, «היות ואני מתנגד לסמכות בית-הדין הנכבד». מבוקשו ניתן לו, ולאחר עוד אי-אלה אירועים דיוניים, התכנס בית-הדין ביום 17.5.68 בנוכחות כל הנוגעים בדבר, ונתן את ההחלטה הבאה:

«בית-הדין מחליט לאשר את ההחלטה הקודמת... הקשורה בנושא הסמכות, עקב הסיבות דלקמן, וזאת בתוקף סעיף 345 לחוק הירושה הבי-זנטי.

ראשית — מאחר וכל הצדדים במשפט זה הם בני העדה היוונית-אור-תודוקסית בירושלים ותושבים בה;
שנית — מאחר והעובון נמצא בתוך גבולות סמכותו של הפטריארך הירושלמי של היוונים-אורתודוקסים;
שלישית — מאחר והצוואה שהשאירה המצווה ח'ריסאנתי נערכה על-ידי מזכיר בית-דין זה בהתאם לבקשת המצווה ובהסכמתה;
רביעית — מאחר והמצווה הינה מבני העדה היוונית-אורתודוקסית מתושבי העיר ירושלים.»

זאת היתה החלטה פרלימינרית לגבי שאלת הסמכות, אך את הדיון לעצם הענין דחה בית-הדין ליום אחר, לאחר שבא-כוח העותר הודיע, כי ייתכן שיפנה, תוך חודש, בעתירה לבית-משפט זה.

3. ואמנם בדיוק כעבור חודש ימים, ביום 17.6.68, הגיש בעלה של המנוחה-המצווה את הבקשה הנוכחית. דרך הילוכה של עתירתו זו היא כדלקמן:

(א) ביום 27.6.67 חקקה הכנסת את החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967, בו נאמר:

«המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יהולו בכל שטח של ארץ ישראל שהמשלה קבעה בצו.»

חוק זה קיבל תוקף מיד עם קבלתו בכנסת.

(ב) ביום 28.6.67 נתנה הממשלה צו בשם «צו קביעת שטחים», וזה לשונו:

«השטח של ארץ ישראל המתואר בתוספת נקבע בזה כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה.»

ירושלים המזרחית כלולה בשטח המתואר בתוספת הנ"ל, ומאז יום ה-28.6.67 חל עליה משפט המדינה.

מ"מ הנשיא (זילברג)

(ג) ביום 10.11.65 נכנס לתקפו חוק הירושה, תשכ"ה-1965, שנחקק על-ידי הכנסת תשעה חדשים קודם לכן. בסעיף 151 (א) של החוק נאמר:

א "בית-המשפט המוסמך לפי חוק זה" — וחוק זה חל על ירושות וצוואות — "הוא בית-המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו היה מושבו של המוריש במוחו";

ובסעיף 155 (א) של החוק נאמר:

ב "על-אף האמור בסעיף 151 מוסמך בית-הדין הדתי שהיה לו שיפוט בעניני המעמד האישי של המוריש לתת צו ירושה וצו קיום צוואה.... אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך".

ג (ד) העותר הוא, כזכור, בעלת של המנוחה הנ"ל, ובשל כך אחד הצדדים הנוגעים בדבר במובן סעיף 155 (א), והוא לא זו בלבד שלא הסכים בכתב להחלטתו של המשיב הראשון, אלא אף התנגד בפירוש לאותה החלטה.

ה על יסוד הטענות הנ"ל ניתן צרעל-תנאי נגד שני המשיבים, הוגשה התנגדות על-ידם, וכעת מתדיינים בעלי-הדין לפנינו.

ד 4. עיקר ענינם של בעלי-הדין הוא במגרש והבית הנמצאים ביריחו, ומשום כך סובב כל טיעונם סביב נכס זה. טענותיו של בא-כוח המשיבים הן שתיים:

ה (א) למשיב הראשון היתה סמכות בענין קיום הצוואה הנ"ל, הואיל והגכס הנדון נמצא ביריחו — מקום בו חל לא המשפט הישראלי, אלא המשפט הירדני; (ב) אלטרנטיבית, על בית-משפט זה שלא להיעתר לבקשת העותר, יען כי התוצאה תהיה שבית-המשפט המוסמך לדון בקיום הצוואה יהיה, מכוח סעיף 151 (א), בית-המשפט המחוזי הישראלי, ירושלים, והשלטונות האזרחיים ביריחו לא ירשמו צו הניתן על-ידי בית-משפט ישראלי. נמצא כי צו של בית-המשפט העליון יהיה צו עקר, בלתי-יעיל, ואין בית-המשפט הגבוה לצדק נותן צווים כאלה.

ו 5. הופיע לפנינו, לפי הזמנתנו, בא-כוח היועץ המשפטי, ד"ר מישאל חשין, והוא תמך בעמדתו של בא-כוח המשיבים, באמצעו לו, ועוד ביתר תוקף, את טענתו הראשונה דלעיל. ראשית חכמה הוא הצהיר לפנינו, כי הוסמך להודיע בשם הממונה על ספרי האחוזה ביריחו, כי הוא (הממונה) לא ירשום שום רישום בספרים, אלא לפי צו שניתן על-ידי בית-המשפט המוסמך מטעם החוק הירדני השורר ביריחו. הוזה אומר, מבחינה קונקרטית: הממונה לא ירשום שום שינוי בבעלות המגרש והבית של המנוחה ביריחו, אלא לפי צו שניתן על-ידי בית-הדין הפטריארכי, היווני-אורתודוקסי, השוכן בירושלים המזרחית, ומוסמך לדון בצוואות בני העדה היוונית מכוח החוק הירדני, 1958, שהחיל את חוק בתי-

הדין הדתיים הלא-מוסלמים על הגדה המערבית. זהו היא — כך טוען בא-כוח היועץ המשפטי — גם העמדה הנכונה מן הבחינה המשפטית.

בא-כוח היועץ המשפטי הפנה את תשומת לבנו לעוד פרט אחד, קוריוזי, שאני כלל לא ידעתי, והוא: כי בית-הדין היווני הדתי הנ"ל — לפני מלחמת ששת הימים — היה יושב גם בירושלים המערבית, ודן בסכסוכים מסוימים שבין יוונים ישראלים. מתוך פרט זה מסיק ד"ר השין מסקנה מעניינת לגבי אפיו הרב-גווני של בית-דין זה. הוא פועל על-פי *double capacity — capacity* ישראלית ו-*capacity* ירדנית; הוא «זוכה לשתי שול-חנות». ואם כך הדבר, הרי, בדונו בצוואה הנוגעת ליריחו, הוא מפעיל — ודשאי להפעיל — את החוק הירדני, ולפי חוק זה אין כל צורך ששני הצדדים יסכימו בכתב לסמכותו של בית-הדין. בא-כוח היועץ המשפטי מוצא סמוכין לדבריו גם בעצם נוסחו של סעיף 151. נאמר שם בפתח הדברים: «בית-המשפט המוסמך לפי חוק זה», נקוד על שלוש המלים «לפי חוק זה», ובית-הדין הפטריארכי היווני כלל לא הוסמך לפי חוק זה, אלא סמכותו קיימת ועומדת מלפנינו במבר 1965, ואולי אף מלפני קום המדינה, וממילא הוא פטור מכל המצוות של חוק הירושה הישראלי.

מסרב אני ללכת שבי אחרי הבנין המשפטי המעניין, אך המלאכותי מאד, שהוקם ברוב חריפות על-ידי בא-כוח היועץ המשפטי המלומד, אשר להסתמכותו על המלים הפותחות את סעיף 151 (א), אינני רואה בזה אף שמץ של הוכחה. אין אני תומך יתדותי דוקא במלה «המוסמך», לשון הווח, שמשתמש בו המחוקק, אף אילו כתוב היה «הוסמך», לשון עבר, לא הייתי סבור אחרת. קשה לי להלום, כיצד יכול בית-משפט אחד להיות משרתם של שני אדונים, מלבד אם אותו ארון גופא מתחלק בשלטונו עם מישתו אחר. אצלנו אין חלוקה שכזאת. החל מיום 28.6.67, מורח ומערב ירושלים הם היינו הך, הן מבחינת החלוקה האזורית והן מבחינת תחולת החוק, וממילא שורר, במורח כמו במערב, חוק ירושה ישראלי, אחד ויחיד, הוא חוק הירושה, תשכ"ה-1965. אין אני בא לחקור את שלשלת היוחסין של בית-הדין היווני הדתי הנ"ל, ואין אני בא לבדוק כאן את הגיניאלוגיה שלו. מוכן אני להניח, כי הוא קיים, משפטית, כבית-דין דתי של העדה היוונית, ממש כמו שאר בתי-הדין הנוצרים האמורים בסעיף 155, סעיף-קטן (ד). אבל אם את עיקר חיותו הוא יונק מתוך סעיף-קטן (ד) של הסעיף, הרי הוא ממילא נתון גם להוראת סעיף-קטן (א) של הסעיף, ולפי סעיף-קטן זה אין בית-דין דתי מוסמך לפעול בעניני צוואה, אלא אם כן נתנו כל הצדדים בכתב את הסכמתם לכך.

6. בא-כוח היועץ המשפטי הצטרף בסוף דבריו לטענתו השניה של בא-כוח המשיבים והיא: כי בית-משפט זה לא צריך לתת את הצו המבוקש, מפני שהוא יהיה צו עקר, בלתי-יעיל.

גם טענה זו נדחתה על-ידי. לעותר שלפנינו, מטרה אחת ויחידה: לשים לאל את הצוואה העלולה להתאשר על-ידי בית-הדין היווני, ומטרה זו תושג על-ידו אם בית-משפט

זה יאסור על בית-הדין היווני לדון בקיום הצוואה. אי-אפשר אפוא לומר כי הצו לא יהיה יעיל.

7. אך חרף כל זה ולמרות הכל סבור הייתי, כי יש לדחות את העתירה, וטעמי ונימוקי היו עמי כדלקמן:

- א מן המפורסמות הוא, כי אין בית-משפט זה נענה לעותר, אפילו לעותר הצודק (מבחינה משפטית), אם אין לו, לעותר זה, כל ענין ואינטרס בנושא העתירה. ועכשיו הבה נראה, מה הוא האינטרס של העותר במקרה שלפנינו, וכיצד ינצל הוא את העובדה שבית-המשפט נענה לעתירתו? התשובה לכך פשוטה עד מאד: יריבו, המשיב השני, אמנם לא יקבל את הנכס ביריחו, כי בית-משפט זה יאסור על בית-הדין להיזקק לקיום הצוואה, ומוכן אני להניח, כי בית-הדין היווני יישמע לצו שניתן על-ידי בית-המשפט. אבל — וזה הוא כל העוקץ שבדבר — גם הוא, העותר, לא יקבל אותו! כי לשם קבלת הנכס, עליו יהיה לפנות לבית-המשפט המחוזי הישראלי, להשיג שם את ביטול הצוואה, ולקבל אחר כך — שוב בבית-המשפט הישראלי — את הנכס הנדון, כולו או מקצתו, בתור יורש על-פידין של אשתו מכוח הוראת סעיף 11 (א) של חוק הירושה, וזכות ירושה זו, גם אם תינתן לו, הוא לא יוכל לממש! יען כי רושם הקרקעות ביריחו לא ירשום צו שניתן על-ידי בית-משפט ישראלי, כפי שהודע לנו לעיל. הוזה אומר: העותר דגן הוא, בעצם, רק "חכם להרע", וטענתו היא: "גם לי גם לך לא יהיה" — טענה טיפוסית לבעל-דין בלתי צודק, כפי שכבר הבחין שלמה המלך, התכם מכל אדם, במשפטן של שתיים הנשים הזונות (מלכים א', ג'). שהתנהל בפניו לפני קרוב לשלושת אלפים שנה.
- ב
- ג
- ד

8. סברתי אפוא, כי יש לדחות את העתירה, ומוכן הייתי לפסוק ברוח זו, כי אדיר חפצי היה, מטעמים של *quietam non movere*, שלא לערער את סמכותו של בית-הדין הדתי. ברם, נתמול מולו של העותר, וברגע האחרון ממש עמד לה, לעתירתו, רוח והצלה ממקום אחר. כוונתי לדיון ביהמ" 57/69 שהוגשה בתיק בג"צ זה כמה שבועות לאחר גמר הדיון, באותה המרצה ביקש בא-יכוח העותר לקבל כהוכחה תצהיר של עורך-דין, תושב ירושלים המזרחית, האומר כי מכיון שהמנוחה (הגב' פאפאדופולוס) היתה נתינה יוונית, הרי גם לפי החוק הירדני — והיינו סעיף 3 של חוק מספר 8 לשנת 1941, שהוחל אף הוא על הגדה המערבית בשנת 1958 כנ"ל — הסמכות היחידה לאישור צוואתה נתונה לא לבית-הדין הדתי, אלא לבית-המשפט האזרחי; ודבר זה עולה גם מפסק-דינו של בית-המשפט לקטציה, רבת עמון, מס' 129/65, שנותרם בקובץ ההחלטות 1965, ע' 1142, 1143. בהיחקרו על תצהיר זה נשאל עורך-הדין על-ידי אחד משופטי בית-המשפט, אם קיימת אפשרות פרקטית לבצע את פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי הישראלי, באחת מערי הגדה המערבית. תשובתו היתה: כן, אפשר ואפשר, בהסתמכו על חוק אישור פסקי-דין זרים, קובץ החוקים הירדניים, כרך א, ע' 369, בו נאמר כי כאשר אין אמנה בין שתי המדינות (הירדנית והזרה) לאישור פסקי-דין, יש להגיש תביעה לביצוע פסקי-הדין לבית-המשפט של הערכאה הראשונה, הוא בית-המשפט המחוזי — ודבר זה יכול להיעשות, בתנאים מסויימים, גם במקרה הקונקרטי שלפנינו. תצהירו של עורך-הדין לא נסתר ולא זועזע בחקירתו הנגדית של בא-יכוח המשיבים, ויש לקבלו כתיאור נכון של המצב הקיים.

מ"מ הנשיא (דילברג), השופט הלוי

מכיון שכך, שוב אין לומר בוודאות כי לעותר לא תהא כל אפשרות להפיק הנאה מן הצו שיינתן לטובתו על-ידי בית-משפט זה, ובכך נשמט הבסיס מתחת לרעיון שהובע בפיסקה הקודמת.

יתר-על-כן: היום אנו יודעים כי לא רק מבחינת החוק הישראלי, אלא גם מבחינת החוק הירדני גופו, אין כל סמכות לבית-הדין הדתי היווני לדון באישור הצוואה דגן, וממילא אין "סירבא" כל שהיא, בפסלנו את סמכותו הפטולה אליבא דשני החוקים, של בית-הדין הדתי.

דעתי היא איפוא, כי יש לעשות את הצו מוחלט, ולחייב את המשיב השני לשלם לעותר, כהוצאות הבקשה, סכום כולל של 500 ל"י.

השופט הלוי: המשיבים, בית-הדין של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית בירושלים (להלן – בית-הדין) והמשיב השני (להלן – המשיב), נצטוו על-ידי בית-משפט זה ליתן טעם, מדוע לא הבוטל החלטתו של בית-הדין מיום 17.5.68 הקובעת כי בית-הדין מוסמך לדון בענין צוואת המנוחה ח'ריסאנת'י בת ניקולא פאפאדופולוס, ומדוע לא יימנע בית-הדין מלדון ולהחליט בענין האמור.

הנני מסכים לדעת חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, כי יש לעשות את הצו-על-תנאי מוחלט, ואלה טעמי.

2. לפי סעיף 111 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כפי שתוקנה על-ידי המחוקק ביום י"ט בסיון תשכ"ז (27.6.67) –

„המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו.“

בצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, מיום כ' בסיון תשכ"ז (28.6.67) קבעה הממשלה את „השטח של ארץ ישראל המתואר בתוספת“ – הכולל את מזרח ירושלים – „כשטח שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה“. ביום כ' בסיון תשכ"ז (28.6.67) הוחלפו איפוא במזרח ירושלים המשפט, השיפוט והמינהל של ירדן במשפט, בשיפוט ובמינהל של ישראל, ומאותו היום ירושלים המאוחדת מהווה חלק בלתי-נפרד מישראל.

3. המנוחה ח'ריסאנת'י פאפאדופולוס, אשת העותר ואחות המשיב, נפטרה ביום 27.1.68 והיתה ביום מותה תושבת ירושלים, היינו ישראל. לפיכך חל על ירושתה, לרבות צוואתה, סעיף 136 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, הקובע כי –

„בית-משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם שמושבו ביום מותו בישראל או שהניח נכסים בישראל.“

השופט הלוי

לפי סעיף 151 בית-המשפט המוסמך לפי חוק זה הוא בית-המשפט המחוזי שבאזור שיפוטו היה מושבו של המוריש במוותו, היינו בית-המשפט המחוזי בירושלים. סעיף 155 (א) קובע כי על-אף האמור בסעיף 151 מוסמך בית-הדין הדתי לתת צו ירושה וצו קיום צוואה, אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך. העותר, בהיותו "בן-זוגה" של המורשה, הוא אחד ה"יורשים על-פי-דין" לפי סעיף 10 (1) לחוק ועל-כן הוא אחד הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה. העותר לא הביע את הסכמתו בכתב לשיפוטו של בית-הדין. נמצא כי לפי סעיף 155 אין סמכות לבית-הדין לדון בענין קיום הצוואה וכי הסמכות בענין זה נתונה לבית-המשפט המחוזי לפי סעיף 151. העותר "עורר את שאלת הסמכות בהודמנות הראשונה שהיתה לו" לפני בית-הדין, כדרוש לפי סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957; ולכאורה הוא זכאי, לאור כל הנתונים האלה, למתן צו-האיסור המבוקש.

4. מר חלד, בא-כוח המשיב, לא חלק לפנינו על חוסר סמכותו של בית-הדין וצימצם את טיעונו לסעיפים 16 ו-17 של תצהיר המשיב, וזה לשונם:

16. לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי אין בית-משפט גבוה לצדק נותן צווים עקרים או בלתי-יעילים וכי נזק גדול ייגרם לי באם ייעתר כבוד בית-המשפט הגבוה לצדק לבקשת העותר, היות וקיימת אפשרות שבית-משפט או מוסד ממשלתי ביריחו לא יכבד את צו קיום הצוואה שיינתן על-ידי בית-המשפט הישראלי.

17. לפי מיטב ידיעתי ואמונתי ולפי עצה משפטית שקיבלתי בהתאם לכללי הצדק הטבעי נחוץ ודרוש שצו קיום הצוואה במקרה דנן יינתן על-ידי בית-הדין העדתי עקב האספקטים המיוחדים ועקב הימצא הנכס נשוא הצוואה בשטח מוחזק שלא חל בו החוק הישראלי.

מר חלד הסביר כי הואיל והמנוחה היתה נתינה יוונית ובת העדה היוונית-אורתודוקסית וגם בעלי-הדין הם נתינים יוונים בני העדה הנ"ל, הרי לפי החוק הירדני, כפי שהוא עומד בתקפו ביהודה ובשומרון ומחייב את הממונה על משרד ספרי האחוזה ביריחו, הסמכות הבלעדית לקיום הצוואה היא לבית-הדין הדתי של העדה, הוא המשיב הראשון, שאזור שיפוטו כולל את יריחו. הממונה לא ירשום שינוי בעלות בספרי האחוזה על-פי צו בית-המשפט המחוזי בירושלים, אבל רשום ירשום את השינוי על-פי צו בית-הדין. לפיכך ביקש מר חלד שנשתמש בשיקול-דעתו ונימנע מהתערבות בשיפוט בית-הדין במקרה זה.

5. ד"ר חשין, בא-כוח היועץ המשפטי שהוזמן על-ידינו להשמיע את דברו, הגביל את טיעונו לענין קיום הצוואה "במידה שהיא נוגעת לקרקע ביריחו". גם הוא וגם מר חלד לא נגעו ביתר חלקי הצוואה. ד"ר חשין תמך בעמדתו של מר חלד, אך הרחיק לכת ממנו במישור העקרוני והטיל ספק בעצם סמכותו של בית-משפט זה לצוות על בית-הדין להימנע מדיון בקיום הצוואה.

השופט הלוי

בראשית דבריו הצהיר באיכות היועץ המשפטי כי הוא "מוסמך לומר בשם הממונה על ספרי האחוזה ביריחו" כי לא ירשום — ולדעת ד"ר חשין בדין לא ירשום — כל שינוי בעלות לפי צו בית-משפט ישראלי, אלא אם כן הועבר הצו "בכור המבחן" של בית-הדין המוסמך לפי החוק המקומי. ד"ר חשין סמך את ידו על טענתו של מר חלד — המשקפת גם את דעתו של הממונה על ספרי האחוזה ביריחו — כי בית-הדין המוסמך לפי חוקי המקום הוא בית-הדין הפטריארכי בירושלים, היינו המשיב הראשון. ומכאן לטיעונו העקרוני של סגן פרקליט המדינה המלומד, "יש לראות את בית-הדין הדתי (בירושלים) כבית-דין השופט מכוח החוקים החלים ביהודה ושומרון, ועל-פי הדין החל שם יש לו סמכות לדון בענין, סמכות בלעדית". חוק הירושה, תשכ"ה-1965, "חל על בתי-הדין הפועלים מכוח משפט המדינה, ואילו כאן בית-הדין פועל מכוח החוק החל ביריחו, בית-הדין כאילו יושב ביריחו". בנוגע למקרקעין מקובל במשפט הבינלאומי הפרטי "דין מקום הימצאם" ("lex situs"), והוא הדין לפי סעיף 138 לחוק הירושה, המפנה אותנו לדין יהודה ושומרון. בית-הדין אינו פועל במקרה זה בתור בית-דין ישראלי, אלא בתור "בית-דין ליהודה ושומרון". ישיבתו בירושלים היא "מקרית", ותרי הוא יכול היה — ועדיין הוא יכול — לשבת ברמאללה או בכל מקום אחר ביהודה ושומרון ולהוציא צו תקף לגבי הנכס ביריחו. בית-הדין הוא בעל תפקיד כפול או סמכות כפולה ("double capacity"): יש מקרים שבהם הוא פועל מכוח חוקי המדינה, ויש מקרים בהם הוא פועל "מכוח (חוקי) מדינה אחרת", הוא בית-דין "לא רק של ירושלים, אלא גם של יהודה ושומרון, ובענין זה — של יהודה ושומרון". בית-המשפט הגבוה לצדק "שולט על בתי-הדין הפועלים מכוח חוקי המדינה או המתיימרים להפעילם; גוף זה אינו מתיימר להפעיל את חוקי המדינה ולא פנו אליו בתור אורגן של המדינה כלל — זו טענה נכונה נגד סמכות בית-המשפט הגבוה לצדק, על-כיליפנים — מוסף ד"ר חשין בהסתמכו על דברי השופט גניטיין בפרשת ג'דאי, בג"צ 101/54, (1), ב"ע 145 — מכיון שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מתנגד להפעלת סמכותו של "בית-הדין ליהודה ושומרון" בירושלים, לא יתערב בית-משפט זה בענין.

6. סבורני, בכל הכבוד, כי גישתו של באיכות היועץ המשפטי לפרשה שלפנינו לוקה בטעות "אופטית" יסודית. אין אנו מצויים ואין אנו רשאים לראות את שאלת סמכותו של בית-הדין באספקלריה של הממונה על משרד ספרי האחוזה ביריחו. מבחינתו הוא ולפי החוק המחייב אותו הוא צודק בעמדתו העקרונית שאינו רשאי לרשום שינוי בעלות בספרי האחוזה שלא בהתאם לצו שניתן — או שאושר לאכיפה — על-ידי בית-המשפט או בית-הדין המוסמך לפי החוק החל ביהודה ושומרון. אבל אנו — בית-משפט זה, בית-הדין הדתי ושני בעלי-הדין — נמצאים בישראל ושומה עלינו לדון בענין לפי חוקי ישראל. ייתכן מאד שצו שיינתן על-ידי בית-המשפט המוסמך בישראל לא יהיה בראיפת ביהודה ושומרון; אין בכך כדי לשנות את החוק הישראלי החל על סמכות בתי-המשפט. בית-דין היושב על אדמת ישראל ודן בסכסוך ירושה בין שני תושבי ישראל, כשהסמכות לדיון בענין נתונה ל"בית-משפט בישראל" על-פי סעיף 136 לחוק הירושה — וסמכות זאת של "בית-משפט בישראל" כוללת את סמכותו "המותנית", כלשונו של השופט לנדוי בג"צ 26/51, מנשה נגד בית-דין הרבנות, (2), פד"י 718; ב"ע 293, של בית-הדין לפי סעיף 155

השופט הלוי

— מהווה בית-דין ישראלי, שסמכותו מוגבלת לפי החוק הישראלי והנתון לפיקוח בית-משפט זה לפי סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט.

א 7. אין ספק כי סעיף 138, שסגן פרקליט המדינה המלומד הסתמך עליו, אינו תומך בטיעונו. סעיף זה, הקובע כי על ירושת נכס-דלא-ניידי יחול "דין מקום הימצאם" (lex situs), אינו נוגע לסמכות בתי-המשפט. סעיף 138 מהווה אחד מכללי "ברירת הדין" (ראה הערת השוליים לסעיף 137), הקובעים את הדין המחוזי שעל בית-המשפט הישראלי המוסמך להחילו על עניני הירושה. אדרבא, סעיף 138 מבוסס על סמכותו של "בית-משפט בישראל" לפי סעיף 136 לדון גם בירושת נכס-דלא-ניידי הנמצאים מחוץ לגבולות ישראל, ואין בו משום "הפניה" לחוקי סמכות זרים. עיין Nussbaum, Principles of International Law, ע' 202:

ב "סמכות השיפוט נקבעת אך ורק על-ידי חוק ה- forum, ללא כל זיקה לברירת דין."

ג 8. ה- "lex fori" הקובע את סמכות בתי-המשפט בישראל ("הסמכות מבחינה בין-לאומית", כלשונו של חברי ד"ר זוסמן בספרו "סדרי הדין האזרחי", מהדורה שלישית, ע' 22) לדון בענין הנדון, הוא סעיף 136 לחוק הירושה. ייתכן שגישתו של סגן פרקליט המדינה המלומד לשאלת הסמכות הושפעה על-ידי המשפט המקובל האנגלי, המגביל עקרונית את סמכות בתי-המשפט בנוגע לקנין נכס-דלא-ניידי וירושתם לנכסים הנמצאים בתוך גבולות המדינה (Dicey, Conflict of Laws, מהדורה שמינית, ע' 147). ברם, סעיף 150 לחוק הירושה ניתק את הקשר עם המשפט המקובל האנגלי, וסעיף 136 מרחיב את סמכות בתי-המשפט בישראל בעניני ירושה. בקבעו כי "בית-משפט בישראל מוסמך לדון בירושתו של כל אדם שמושבו ביום מותו היה בישראל או שהגיה נכסים בישראל", הוא משמיע לנו כי סמכות בית-המשפט הישראלי אינה מוגבלת לאותו חלק של העזבון הנמצא בישראל, אלא משתרעת על העזבון כולו. לרבות נכס-דלא-ניידי שהמוריש הגיה בחוץ-לארץ. אין בכך משום ערובה שצו ירושה או צו קיום צוואה של בית-משפט ישראלי יהיה בראיפת מחוץ לגבולות ישראל, אך זוהי שאלה של חוקי המדינות השונות בהן נמצאים נכסי העזבון.

ד 9. במקרה דנן מוסמך בית-משפט בישראל בהתאם לסעיף 136 לדון בענין קיום צוואת המנוחה, זאת אומרת — בקיום הצוואה כולה, לרבות הנכס שביריחו. אין חוק הירושה גורס "פיצול" הצוואה (עיין Martin Wolff, Private International Law, מהדורה שניה, ע' 567). ואמנם קשה לפצל את הצוואה הנדונה, הנוגעת לא רק לנכס שביריחו, אלא גם למיטלטלין ולפקדון כספי בירושלים, וכן ציוותה בה המנוחה על אחיה המשיב, הזוכה לפי הצוואה בנכס ביריחו, שיתן לבעלה העותר 500 לירות שטרלינג, כדי להשקיע את מצ' פוניי, ושישלם 100 לירות שטרלינג לאח אחר. ההוראות השונות של הצוואה כרוכות אלה באלה, ועל בית-המשפט המוסמך (בין אם הוא בית-המשפט המחוזי או בית-הדין הדתי)

השופט הלוי

לדון בקיום הצוואה בשלמותה. אף המשיב בתביעתו לבית-הדין לא פיצל את הצוואה ולא הגביל את עתירתו לבית-הדין לחלק הצוואה הנוגע לנכס שביריחו בלבד, וגם החלטת בית-הדין מיום 17.5.68 בדבר סמכותו לדון בענין מתייחסת לקיום הצוואה כולה. לפי החוק הישראלי הסמכות לקיום הצוואה בשלמותה נתונה, בהעדר הסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר לשיפוטו של בית-הדין, לבית-המשפט המחוזי.

א

10. בית-הדין, בהזמינו את העותר בתור צד לדיון בתביעתו של המשיב לקיום הצוואה, לא פעל בחלל ריק, לפי חוק בתי-דין דתיים (הזמנה לבית-הדין), תשט"ז-1956, רשאי בית-דין, "כשהוא דן בענין שבשיפוטו", "להזמין כל אדם לבוא לפניו כדי להשיב על התביעה שהוגשה נגדו" (סעיף 2), וכן "להזמין כל אדם לבוא לפניו כדי להעיד או להגיש מסמך שברשותו, והכל במידה הדרושה לברור הענין" (סעיף 3), וכן הוא רשאי לכפות עדים להתייצב על-ידי צווי מעצר (סעיף 4), לכפותם למסור עדות, להגיש מסמכים שברשותם ולהשיב על שאלות, על-ידי קנסות וחיוב בהוצאות (סעיף 5), ועוד נתונות בידו סמכויות כפיה כיוצא באלה, "במידה הדרושה לברור הענין". יש להוסיף כי פסק-דין של בית-הדין הדתי, לרבות צו להוצאות, ניתן להוצאה-לפועל ככל פסק-דין של בית-משפט מוסמך בישראל (סעיף 1 לחוק ההוצאה-לפועל, תשכ"ז-1967). אילו הסכים העותר לשיפוט בית-הדין בהתאם לסעיף 155 לחוק הירושה, היה בית-הדין "דן בענין שבשיפוטו" והיה רשאי להשתמש בדין בכל סמכויות הכפיה המוקנות לו על-ידי חוקי המדינה, ואיש לא היה מעלה ספק בדבר שהוא פועל (גם בדונו בנכס שביריחו) בתור בית-דין ישראלי, הכפוף לחוק הישראלי לכל דבר. כלום עצם חריגתו של בית-הדין מסמכותו, מפאת חוסר הסכמת העותר לשיפוטו לפי סעיף 155 — חריגה המביאה את המקרה לכאורה בגדר סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט — תעשה את בית-הדין מחוץ מפני התערבות בית-משפט זה ופטור מעול החוק הישראלי בכלל ותשווה לשיפוטו אופי של "שיפוט נכרי", שיפוט בישראל מכוח חוק זר — כטענת באיכות היועץ המשפטי?

ב

ג

ד

ה. על כגון זה אמר השופט לנדוי בג"צ 26/51, שנוכר לעיל (שס, 2), פ"ד, ב"ע 717, פ"ס, ב"ע 292):

ה

"יש הבדל רב בין דיון בפני גוף המכנה את עצמו בית-דין, מבלי שיהיה לו איזה קיום על-פי החוק, ובין דיון בפני בית-דין הקיים על-פי החוק. בענין הנ"ל (בג"צ 104/41, 8), החליט בית-המשפט הגבוה לצדק לא להתערב בדרך צו-איסור בענין שהיה תלוי ועומד בשלב הדיון בפני בית-דין שאינו יציר החוק בכלל. בעיה אחרת לגמרי היא אם על בית-משפט זה להתערב בדיונים המתנהלים בפני בתי-דין דתיים המוכרים על-פי החוק כדי להבטיח שאלה לא יחרגו מהסמכות אשר החוק ייחד להם."

ו

וב-פ"ד, ב"ע 717, פ"ס, ב"ע 293, 2):

ז

"במקרים בהם מקבילה סמכות בתי-הדין הדתיים לסמכותם של בתי-משפט חילוניים, בהיותה מותנית בהסכמת הצדדים, הרי הסמכות היא מוגבלת... וצו האיסור יינתן."

אין לפנינו "גוף המכנה את עצמו בית-דין, מבלי שיהיה לו איזה קיום על-פי החוק".
 "בית-דין" (במרכאות כפולות) "שאינו יציר החוק בכלל". לפנינו בית-דין מכובד של
 העדה הנוצרית הגדולה שבישראל, בית-דין המוצר על-פי חוקי ישראל, אלא שסמכותו
 בעניני ירושה מוגבלת — בדיוק כסמכותם של יתר בתי-הדין הדתיים בישראל לפי סעיף
 155 (ד) (בית-דין רבני, בית-דין שרעי, בית-דין של עדה נוצרית ובית-דין דרוזי) —
 בהיותה מותנית בהסכמתם בכתב של כל הצדדים הנוגעים בדבר. חוסר הסכמת הצדדים
 לשיפוטו אינו משנה את אפיו ומהותו של בית-הדין, אלא יוצרת חריגה מסמכותו, פשוטה
 כמשמעה, הבאה בגדר סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט. אוסיף כי בית-הדין עצמו לא
 "התיימר לפעול מכוח חוקי מדינה אחרת", כטענת בא-כוח היועץ המשפטי, אלא נימק
 את סמכותו בסעיף 345 לחוק הירושה הביזנטי, היינו החוק הדתי, כדרך שגם בתי-דין
 רבניים מסתמכים על דין תורה. עם זאת נעתר בית-הדין לבקשת העותר לדחות את הדיון
 כדי לאפשר לו להביא את שאלת הסמכות להכרעת בית-המשפט הגבוה לצדק, עמדה
 שאינה מצביעה דוקא על כוונת בית-הדין לפעול "מחוץ לתחום" חוקי השיפוט של המדינה.

11. העובדה שאזור שיפוטו של בית-הדין משתרע על חלק משטח ישראל (ירושלים) ועל
 חלק משטח יהודה ושומרון (ובכללו יריחו), אינה משווה לבית-הדין, בשבתו בישראל,
 סמכות של "בית-דין ליהודה ושומרון", ואין לראות את שיפוטו בירושלים "כאילו הוא
 יושב ביריחו". מערכת בתי-המשפט בישראל נפרדת הפרדה טריטוריאלית ממערכת בתי-
 המשפט ביהודה ושומרון, שתי המערכות מושתתות על חוקי שיפוט שונים, ואין מלכות
 נוגעת בחברתה אפילו כמלוא הנימה. בתי-המשפט בישראל אינם מוסמכים לפעול ביהודה
 ובשומרון, ובתי-המשפט ביהודה ושומרון אינם מוסמכים לפעול בישראל. החלוקה היא
 טריטוריאלית ולא פונקציונלית. סמכותו של כל בית-משפט ובית-דין נקבעת על-ידי חוקי
 הטריטוריה שהוא יושב ופועל בתוכה. בית-משפט או בית-דין ביהודה ושומרון שופט
 מכוח חוקי יהודה ושומרון, בית-משפט או בית-דין בישראל שופט מכוח חוקי ישראל.
 סמכותו של בית-דין שאזור שיפוטו משתרע על שתי טריטוריות בעלות חוקי שיפוט שונים
 אינה "כפולה", אלא מחולקת: בשבתו בטריטוריה א' הוא כפוף לחוקי טריטוריה א', בשבתו
 בטריטוריה ב' הוא כפוף לחוקי טריטוריה ב'. הכלל של המשפט הבינלאומי
 "quidquid est in territorio est etiam de territorio" (Oppenheim, International Law,
 כרך א, מהדורה שמינית, סעיף 124) חל על כל מערכת בתי-משפט. סמכות השיפוט נובעת
 מריבונות המדינה, ומעקרון הריבונות הטריטוריאלית מתחייב עקרון השיפוט הטריטוריאלית
 (ראה אופנהיים, שם, סעיף 143). אין בית-דין היושב על אדמת ישראל דשאי לשפוט מכוח
 חוק זר, אלא אם הוסמך לכך על-ידי חוקי ישראל.

12. אכן ישנו מקרה שהמחוקק הישראלי הסמיך בית-דין להפעיל שיפוט מכוח חוק זר
 בישראל, והוא המקרה של סימן 54 (iv) לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, שהוסף
 על-ידי תיקון דבר המלך משנת 1939 לסימן 54 המקורי. סימן 54 המתוקן קובע כי —

"לבתי-הדין של העדות הנוצריות השונות יהא:

(iv) השיפוט לדון ולפסוק בערעורים שהוגשו כדין על-פי החוק של כל ארץ, זולת ישראל, בין שהצדדים לערעור הם אזרחים ישראלים ובין שהם נכרים.

חיקוק זה מאפשר לחברי עדה נוצרית בחוף-לארץ, שבית-הדין לערעורים שלה מכהן בירושלים, להגיש ערעורים על פסקי-הדין של בתי-הדין המקומיים של העדה לבית-הדין לערעורים שבעיר הקודש, בתנאי שחוקי אותה מדינה שבה ניתן פסקי-הדין של הערכאה הראשונה מרשים הגשת ערעור לבית-הדין בירושלים. סמכות בית-הדין לערעורים לפי סימן 54 (iv) מבוססת על צירוף שני חוקי שיפוט: חוק המדינה הזרה וחוק ישראל. ללא הסמכת המחוקק הטריטוריאלי הישראלי בסימן 54 (iv) לא היתה קמה סמכות בית-הדין "לדון ולפסוק בערעורים שהוגשו כדין על-פי החוק של כל ארץ זולת ישראל". יתר-על-כן, פיקוח בית-משפט זה לפי סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט פרוש על שיפוטו של בית-הדין לפי סימן 54 (iv) לא פחות מאשר על השיפוט לפי סימן 54 (i), (ii) ו-(iii); בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לבדוק אם קיימים כל הנאי השיפוט הקבועים בסימן 54 (iv), כלומר אם הדיון הוא בערעור שהוגש כדין על-פי החוק הנכרי, ובמקרה של חריגה מסמכות זאת — לתת צו איסור. סמכות השיפוט לפי סימן 54 (iv) מוגבלת ל"ערעורים", ומכלל הן אתה שומע לאו: בית-דין לערכאה ראשונה אינו מוסמך לדון בענין שהוגש "כדין על-פי החוק של כל ארץ זולת ישראל" — והרי זו הגדרת המקרה דנן אליבא דד"ר חשין! — ובית-משפט זה מוסמך למנוע בעד חריגת בית-הדין מסמכותו על-ידי צו איסור. ממה נפשך: אם בית-הדין פועל בענין קיום צוואת המנוחה מכוח החוק הישראלי (סעיפים 136 ו-155 לחוק הירושה), הוא חורג מסמכותו מפני חוסר הסמכת העותר לשיפוטו; ואם המצי' לומר שהוא פועל מכוח חוק נכרי (חוקי השיפוט של יהודה ושומרון), הרי השיפוט מכוח חוק נכרי מוגבל לפי סימן 54 (iv) ל"ערעורים", ושוב חורג בית-הדין מסמכותו החוקית.

13. בא-כוח היועץ המשפטי לא הצביע על כל חוק בישראל המסמיך את בית-הדין לדון בענין דנא מכוח חוק נכרי, וללא הסמכת המחוקק לא תיתכן סמכות שיפוט נכרי בישראל. עקרון שלטון החוק מחייב שלא יהיה אזרח או תושב או סתם אדם הנמצא במדינה כפוף לשיפוט בית-דין כלשהו אלא מכוח חוק המדינה. אין הממשלה, המיוצגת על-ידי היועץ המשפטי, מוסמכת "להכיר" בשיפוטו ה"נכרי" של בית-הדין או "לארץ" כביכול בית-דין נכרי על אדמת ישראל, שכן רק חוק המדינה יכול להעניק לבית-דין כלשהו סמכות לדון אדם בעל כרחו. משל למה הדבר דומה? להסכם הסגרה בין שתי ממשלות, שאין לו תוקף לגבי הפרט אלא מכוח חוק הסגרה. זכותו של העותר שלא להישפט בעל כרחו על-ידי בית-דין שאינו מוסמך על-פי חוק המדינה היא זכות מהותית, שאין בידי היועץ המשפטי לקפחה על-ידי הסמכתו או חוסר התנגדותו לשיפוטו של בית-הדין. בג"צ 1/48, נימון נגד המושל הצבאי (3), ב"ע' 57, אמר הנשיא (זמורה):

"השאלה בפנינו איננה אם למבקש ייעשה עוול אם יובא בפני בית-דין צבאי. הבלל הוא שכל אדם זכאי לדרוש שישפט בפני בית-דין מוסמך."

השופט הלוי

העותר חוסה תחת כנפי החוק הישראלי, שלפיו אין בית-הדין הדתי מוסמך לדון בענין קיום הצוואה, אף לא במידה שהיא נוגעת לנכס הנמצא בריחו, אלא בהסכמתו, והסכמת היועץ המשפטי אינה יכולה לבוא במקום הסכמתו. דברי השופט גויסיין בפרשת ג'דאג, (1), ב"ע 145 — בנוגע להסכמתו של היועץ המשפטי למינוי חברי בית-דין דתי בישראל על-ידי ראש הכנסיה הגר בלבנון — אינם חלים על מקרה זה, כי שם היה די בהסכמת הרשות המבצעת לפעולת הפטריארך כדי להסיר את החשש (שנמצא בלתי-מבוסס בלאו הכי) של היותו "אויב" במובן הטכני. במקרה דנן לית מאן דפליג שלפי החוק הישראלי בית-הדין אינו מוסמך לדון בענין, ושום פעולה של הרשות המבצעת, להבדיל מן הרשות המחוקקת, אינה יכולה להעניק לבית-דין בישראל סמכות לדון בענין מכוח חוק שיפוט נכרי.

א

ב

ג

ד

14. טיעונו של בא-כוח היועץ המשפטי היה מבוסס על ההנחה כי אכן על-פי החוק של יהודה ושומרון מוסמך בית-הדין, אף ללא הסכמת בעלי-הדין, לדון בענין קיום הצוואה, וכאמור טען ד"ר חשין (כמותו כמר חלד) כי לפי החוק הירדני החל ביהודה ושומרון "הסמכות הבלעדית" לקיום הצוואה, במידה שהיא נוגעת לנכס בריחו, נתונה לבית-הדין הפטריארכי בירושלים. הדין לפנינו התנהל על יסוד הנחה זאת, עד שהוגש על-ידי בא-כוח העותר, מר תוסייה-כהן ומר הימן, תצהירו של מר שפיק סלים עסל, עורך-דין ותיק ותובע כללי ביהודה ושומרון, האומר (ועל כך עמד בחקירת שתי-וערב) כי לפי החוק הירדני החל ביהודה ושומרון אין בית-הדין של עדה נוצרית מוסמך לדון בענין קיום צוואתו של נתין זר (כזכור היתה המנוחה נתינה יוונית, ראה לעיל פסקה 4), ובית-המשפט המוסמך ביהודה ושומרון הוא בית-המשפט האזרחי שבצרכאה ראשונה, היינו בית-המשפט המחוזי דהתם. בזה נופלת הנחה היסוד של בא-כוח היועץ המשפטי (וגם של בא-כוח המשיב) במשפט זה.

אמנם, אילו צדק סגן פרקליט המדינה בטענתו העקרונית, כי בית-הדין פועל (בנוגע לנכס שביריחו) בתור "בית-דין ליהודה ושומרון", שאינו מהווה חלק ממערכת השיפוט הישראלית ואינו כפוף לחוקי ישראל — לרבות סעיף 7 לחוק בתי-המשפט — כל עיקר, כי אז אולי לא היתה נפקא מינה אם אמנם פועל בית-הדין בגדר סמכותו לפי החוק הירדני או חורג ממנה במקרה של "מוריש זר"; זוהי על-כל-פנים השקפתו של חברי הנכבד, השופט ויתקון. אני לעומת זה, אינני מקבל את טיעונו של בא-כוח היועץ המשפטי המלומד מעיקרה. בית-הדין אינו פועל ואינו יכול לפעול על אדמת ישראל בתור בית-דין נכרי, הוא פועל בתור בית-דין ישראלי וסמכותו נקבעת על-ידי החוק הישראלי לבדו, ובתרגו מסמכותו לפי חוק הירושה, תשכ"ה-1965, הוא נתון לצו איסור של בית-משפט זה.

ה

ו

ז

15. ואשר לשיקול-דעתנו, שאליו פנה מר חלד בטיעונו (פסקה 4), נשאלת מיד השאלה (לאור תצהירו של מר שפיק עסל): אם בית-הדין אינו מוסמך לפי החוק החל ביריחו להוציא צו קיום צוואה לגבי עזבונו של מוריש זר, מה יועיל למשיב צו בית-הדין ומה טעם נימנע מלעשות את הצו-על-תנאי מוחלט? אך מעבר לזה, וגם מבלי לשים לב לקושיה מיוחדת זאת שמר חלד לא תירץ אותה, מתעוררת שאלה יותר כללית: האמנם לא נושית לעותר את הסעד המבוקש, צו איסור נגד שיפוט בלתי-מוסמך של בית-הדין

השופט הלוי

בענין שהעותר הוא צד לו והתנגד לשיפוט בית-הדין הבלתי-מוסמך — רק כדי להקל על המשיב לאכוף את צו בית-הדין במקום שמשפט ישראל ושיפוטו אינו חל עליו? כלום לא יהיה נכון יותר ואף צודק יותר להיענות לעתירה, לאלץ את הצד המעוניין בקיום הצוואה או בצו ירושה בישראל לפנות לבית-המשפט המוסמך (בית-המשפט המחוזי בירושלים), ולהשאיר לצד המעוניין ברישום זכויותיו בספרי האחוזה בריחו, לפנות לבית-המשפט המוסמך ביהודה ושומרון, אם בהליכי אכיפה ואם באורח ישיר?

16. כאמור, העותר הוא צד ישיר לענין קיום הצוואה, ומיד אחרי שהוזמן לפני בית-הדין מילא אחרי דרישת הסעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט ו"עורר את שאלת הסמכות בהור-דמנות הראשונה". חוסר סמכותו של בית-הדין לפי סעיף 155 לחוק הירשה הוא גלוי לעין. בנסיבות אלה ניתן צו איסור לצד הנוגע בדבר כסעד המגיע לו כדין ("ex debito justitiae"). כבר הבאתי את דברי הנשיא (ומורה), בג"צ 1/48, (3) כי השאלה איננה אם לעותר "ייעשה עוול" אם יובא לפני בית-דין בלתי-מוסמך, אלא שהכלל הוא כי "כל אדם זכאי לדרוש" שישפט בפני בית-דין מוסמך. בג"צ 90/49, נוחימובסקי נגד שר המשפטים, (4) ב"ע' 11, מביא הנשיא (ומורה) בהסכמה את דברי השופט Lopes במשפט, (13) Farquharson v. Morgan; (1894), וזה לשונם:

"המשפט הזה מעורר את השאלה השנויה במחלוקת אם מתן צו של prohibition מסור לשיקול-דעת בית-המשפט, או אם אפשר לתבעו בזכות. נראה לי, שהבחינו תמיד בין חוסר סמכות כמוס, היינו חוסר סמכות המתגלה במשך הדיונים, ובין חוסר סמכות גלוי, היינו חוסר סמכות שהוא ברור מעיקרא. בעוד שבמקרים של חוסר סמכות כמוס היתה תמיד קיימת מחלוקת הפוסקים על השאלה, אם מתן הצו מסור לשיקול-דעת בית-המשפט אם לא, נראה שפסקי-הדין כולם בדעה אחידה, שבמקרה שחוסר הסמכות הוא גלוי, ניתן ממילא צו-המניעה."

ועיין Halsbury-Simonds, חוקי אנגליה, כרך 11, ע' 115, סעיף 214:

"מתי ניתן צו איסור בתורת זכות? — כשחוסר הסמכות גלוי על פני ההליכים והבקשה מוגשת על-ידי אחד מבעלי-הדין, הצו ניתן בתורת זכות ואינו ענין לשיקול-דעת."

בנוגע לסעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט נאמר בג"צ 359/66, גיתיה נגד הרבנות הראשית, (5) ב"ע' 298, מפי השופט ויתקון:

"כל סעד שניתן בבית-משפט זה ניתן לפי שיקול-דעתו, אך הוא ניתן, בעניני סמכות, ex debito justitiae."

17. לדעתי אין לראות בקשיים הצפויים בריחו (כמו בכל מקום אחר שמהוץ לתחום השיפוט הישראלי) לאכיפתו של צו בית-המשפט המוסמך בישראל, משום עילה מספקת

כדי למנוע מן העותר את הסעד המבוקש. לא זו בלבד שהעותר הוא בעל-דין ישיר, שיש לו זכות מהותית שלא יישפט על-ידי בית-דין בלתי-מוסמך, אלא הוא יורש על-פי דין לפי חוק הירושה, שחלקו בעזבונו אשתו המנוחה ייפגע באופן ממשי מאד על-ידי צו קיום הצוואה, אם תקויים. אין לדעת בשלב זה ואין להפליג בהשערות אם בית-המשפט המוסמך ימצא את הצוואה כשרה ותקפה ויקיים אותה אם לאו. ברי, לעומת זה, כי תוצאות הדיון בבית-הדין הדתי עשויות להיות שונות באופן מהותי מתוצאות הדיון בבית-המשפט המחוזי. סעיף 148 לחוק הירושה קובע כי "על זכויות ירושה . . . לא יחול אלא חוק זה" (ובכלל "חוק זה" גם הוראות "ברירת הדין" לפי הסעיפים 137 ואילך). סעיף 155 (ב), קובע כי "בענין שהובא בפני בית-דין דתי בהתאם לסעיף-קטן (א) מוסמך בית-הדין הדתי, על-אף האמור בסעיף 148, לנהוג לפי הדין הדתי הנהוג בו", כלומר (כאימרתו של השופט זוסמן בפרשת פונק-שלוזינגר, בג"צ 143/62, [6], ב"ע 250): "הדין הולך אחר הדין"; וראה דברי השופט זילברג (כתארו אז) בפרשת בוטליק, ע"א 238/53, [7], ב"ע 19. לפיכך ייתכן כי הצוואה תקויים על-ידי בית-הדין הדתי ולא תקויים על-ידי בית-המשפט המחוזי, או להיפך. מכל הטעמים האלה נראה לי כי יש לעותר אינטרס לגיטימי לחלוטין לעמוד על זכותו שלא להתדיין בענין זה שלא בהסכמתו בפני בית-הדין הדתי, וכי הוא זכאי לצו האיסור המבוקש.

השופט ויתקון: אין דעתי כדעת חברי הנכבדים, והייתי מבטל את הצו-על-תנאי ודוחה את העתירה.

בישיבתנו מיום 26.12.68 מסר לנו ד"ר חשין, בשם היועץ המשפטי, ידיעה מוסמכת על הדין והנהגה בדבר העברתו של נכס לא-נד, הנמצא בריחיו והשנוי במחלוקת בין המשיב כיורש המנוחה על-פי צוואתה, ובין העותר כיורש על-פי-דין. לפי ידיעה זו, לא ירשום הממונה על משרד ספרי האחוזה בריחיו את ההעברה על-פי פסק-דין של בית-המשפט המחוזי בירושלים. אך הוא יעשה כן על-פי פסק-דין של בית-הדין של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית שבעיר זו. בינתיים, קיימנו ישיבה נוספת, בה הרשינו לעותר להביא ראיה נוספת, ממנה עולה, מחד גיסא, כי אין בית-הדין האורתודוקסי מוסמך, על-פי הדין החל בגדה המערבית, לדון בענין זה, להיות הצדדים נתינים זרים (יוונים), ומאידך, כי אף פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי (הישראלי) ניתן לאכיפה בריחיו, ובלבד שיאושר כהלכה על-ידי בית-המשפט המוסמך לכך באותו מקום. לדידי, אין בראיית נוספת זו כדי לשנות את המסקנה, אליה הגעתי מיד לאחר שמיעת בא-כוח היועץ המשפטי. כאן עתה סבור אני שאין מקום להתערבותנו.

מעולם לא הטלתי ספק בכך שלפי חוק הירושה שלנו, יש סמכות לבית-המשפט המחוזי הישראלי היושב בירושלים לדון בירושה זו. הוא מוסמך, מכיון שמקום מושבה של המנוחה היה באזור שיפוטו, וסמכותו קיימת אפילו אין נכסי עזבונו בישראל (סעיף 151 לחוק הירושה). סמכות זו ניתנה לבית-המשפט המחוזי כל עוד לא הביעו כל הצדדים הנוגעים בדבר את הסכמתם בכתב לשיפוט בית-הדין הדתי (סעיף 155 לחוק). הסכמה

כונת לא ניתנה במקרה דנן. אך הוראות אלו שבסעיפים 151 ו-155 של חוק הירושה הישראלי אינם מסדירים את סמכותם של בית-המשפט המחוזי ושל בית-הדין הדתי אלא ביחס בינם לבין עצמם, כששניהם מתבקשים לפעול על-פי חוק הירושה הישראלי. רק באספקלריה זו הופכת סמכותו של בית-המשפט המחוזי, באין הסכמה לסמכות בית-הדין הדתי, לסמכות ייחודית. אך סמכות זו, קל לנו לראות שאין היא סמכות ייחודית, כשקמים לו, לבית-המשפט המחוזי או לבית-הדין הדתי בישראל, מתחרים על-פי המשפט בארץ זרה. מנוח שמקום מושבו בזמן פטירתו בישראל והוא השאיר עזבונו בחוץ-לארץ, למשל באנגליה או בצרפת, ברור שאין ולא יכול להיות מאומה בחוק הירושה הישראלי כדי לשלול מבתי-המשפט שבארצות אלו את סמכותם לדון בעזבונו. ייתכן שבתי-משפט אלה יתחשבו בפסק-דין של בית-המשפט הישראלי, אך ברור כי לא יהא זה בשבילם אלא "פסק-חוק" תוקף לאישור ולהכרה לפי הדין המקובל בארצם.

סבורני כי עלינו לראות את בית-הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית כבית-דין הפועל בענין זה על-פי דין של מדינה זרה. הוא נתבע כמשיב והתייצב לפנינו באמצעות באי-כוחו, ומתשובתו של זה עולה כי כך הוא רואה את תפקידו. אין הוא כופר בסמכות הרשויות השיפוטיות בישראל. סמכותו במקרה זה מוגבלת לסמכות שהוא יונק מהמשפט החל בשטח המחוז (ובכללו העיר יריחו), ויהא זה ברור ונעלה מכל ספק שלא יהא בפסיקתו כדי להשפיע על גורל העזבונו הנמצא בישראל. אמת הדבר, אותו בית-דין דתי מוסמך גם לפי הדין שבמדינת ישראל לשפוט בעניני ירושה, הגם שסמכות זו תלויה, כפי שראינו, בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר. לכאורה יש כאן סכנה מסוימת של טשטוש גבולות הסמכויות, זו המוקנית לפי חוק הירושה בהסכמת הצדדים, וזו המוקנית לפי החוק שבשטח המחוז אף באין הסכמתם. אך למעשה אין קושי להבדיל בין שתי הסמכויות, והעובדה שיש לבית-דין זה סמכות כפולה כזאת אינה צריכה להיות בעוכריו או בעזכרו המשיב השני המבקש להיזקק לו. שתי הסמכויות אינן גורעות אחת מהשניה, ואין זו נכנסת לתחומה של חברתה. בדוגו בענין זה פועל בית-הדין כבית-דין המוסמך לדון בעזבונו שביריחו, כאילו הוא יושב בה, ואין צריך לומר שאילו היה יושב בידיחו או ברמאללה או בכל מקום אחר מחוץ לאותו שטח, שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל חלים בו, לא היינו מתערבים בסמכותו.

כדי להצדיק את התערבותו של בית-המשפט הגבוה לצדק ולהניעו להוציא צו איסור נגד בית-דין דתי על-פי סעיף 7 (ב) (4) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, צריך להראות שאותו בית-דין עלול לפעול שלא לפי סמכותו. אך נראה לי שהכוונה היא לסמכות המוקנית לו על-פי הדין הישראלי, ולא על-פי דין של מדינה אחרת. מבחינת המשפט הישראלי ממלא כאן בית-הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית תפקיד, שהוא בחינת "מחוז" לסמכותו השיפוטית הישראלית (extra-judicial). שיפוט זה נפרד לגמרי מתחום שיפוט המוכר על-פי הדין בישראל, ואין לו לדידן כל נפקות. יש הלכה שאין בית-המשפט הגבוה לצדק מוציא צו איסור לגבי מעשי שפיטה כאלה, שלמעשה אינם מעשי שפיטה במשמעות המשפט של המדינה: (14), (1938), R. v. Barnstaple, Ex parte Carder.

השופט ויתקון

[15] (1921), Clifford and O'Sullivan ; וראה Rubinstein בספרו Jurisdiction and Illegality, ע' 85, וכן De Smith, Judicial Review, בע' 390—392. אך נכון גם שהלכה זו, לא תמיד מורין כן, בפרט כשהשימוש בסמכות יומרנית עלול להסב נזק לאדם או להביא תקלה לציבור. כאן אין סכנה כזאת, ומסתמא שגם לפי הרישא של סעיף 7 לחוק בתי-המשפט אין זה מקרה שהצדק דורש את התערבותנו.

א

כאמור, הדיון בבית-הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית בענין שלנו אינו אלא דיון בבית-דין הקיים על-פי חוק שבמדינה אחרת, והייתי רואה בכך משום צרות עין, אילו הכרחנו אותו בית-דין, לצורך הדיון בענין זה, להעתיק את משכנו מירושלים ולהיטלטל מחוץ לגבולות העיר. מי כמונו יודע את מעמדה המיוחד של ירושלים, ואם פונים מרחוק לאחד ממוסדותיה הנכבדים והוותיקים ורואים בו גוף מוסמך לדון בענין שמעבר לגבולות המדינה, ודאי אין בכך כדי לגרוע מיוקרתה או לפגוע בתקנת הציבור. אין ספק שאנו דנים כאן במצב מיוחד במינו, שאולי קשה למצוא לו אח ורע בפסיקה של ארצות אחרות. יש ואזור שיפוטם של מוסדות דתיים עובר גבולות טריטוריאליים מדיניים, וכבר היה הדבר והמחוקק המנדטורי ראה מקום להכיר בסמכותם של בתי-דין דתיים לשמוע ערעורי רים המוגשים ממקום בחוץ-לארץ, ובלבד שהוגשו כדין על-פי המשפט השורר באותו מקום: דבר המלך במועצתו, 1922, סימן 54 (iv), לפי התיקון מ-1939. אות הוא שמעשה שפיטה במדינה פלונית על-פי חוק הקיים במדינה אלמונית אינו דבר פסול. (מאידך יש לציין שבתקופת המנדט לא היתה עמדה חריגה מעט לגבי סמכותם של בתי-דין דתיים לערעור היושבים מחוץ לארץ-ישראל: טננבאום נ' צ'דיד, ע"א 71/30; עמ"ד 47/32, [9]; קראס נ' יו"ד ההוצאה-לפועל, בג"צ 36/37, [10]; וילנד נ' ברקט, ע"א 84/40, [11], ולעומת זאת, אבו חליל נגד יו"ד הוצ"פ, בג"צ 103/42, [12], וראה ויטה על Conflict of Laws, 1947, בע' 119).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

מבחינה ציבורית אין אפוא, לדעתי, כל פגם בכך שבית-הדין הדתי פועל בירושלים על-פי סמכות המוקנית לו על-פי החוק שבמדינה אחרת, שכן ניתן להגביל סמכות זו מבחינה טריטוריאלית לענינים הנוגעים לאותה מדינה. ייתכן שאם יפנה העותר לבית-המשפט המחוזי בירושלים, ישיג ממנו צו ירושה העומד בסתירה למה שיוחלט בבית-הדין של הכנסיה היוונית-אורתודוקסית. אך גם בכך אין עילה לאסור על בית-הדין לפעול לפי סמכותו היונקת מהמשפט שבשטח המחוקק, שכן סתירה כזאת עלולה להיווצר כל אימת שבית-משפט מקומי ובית-משפט במדינה זרה שניהם מוסמכים לדון באותו ענין. בכל מקרה כזה ענין הוא לרשויות שבמקום, בו מבקשים להשתמש בצווים שניתנו, להחריט, לפי הדין שבאותו מקום, איזהו הצו שלפיו עליהם לפעול. דוקא עכשיו, לאחר ששמענו את הראייה הנוספת ונתעורר הספק, מי היא בעצם הרשות השיפוטית המוסמכת לתת הוראה לממונה על משרד ספרי האהוזה ביריחו — בית-הדין האורתודוקסי או בית-המשפט האזרחי שם — מתחזק אני בדעתי שאין לנו צורך, ואף לא הכלים, כדי לפתור בעיה זו. ענין לרשויות שבשטח המחוקק הוא לענות בו, והוא כולו מחוץ לתחום שיפוטנו.

הוחלט, ברוב דעות, כאמור בפסק-דינו של מ"מ הנשיא השופט זילברג.

ניתן היום, כ' באדר תשכ"ט (10.3.1969).