

ערעור פלילי מס' 112/50

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

לפני הנשיא (זמורה), והשופטים זילברג, לנדוי

א

בערעור של: —

המערער

גד בן יצחק יוסיפוף

נגד

המשיב

היועץ המשפטי לממשלת ישראל

ב

פקודת החוק הפלילי, 1936-47, סעיף 181 (ביגמיה) — דבר הכלל
במועצה, 1922-47, סימן 17(א) — פקודת סדרי השלטון והמשפט,
תש"ח-1948, סעיף 11 — מקורות המשפט העברי —

ג

אליבא דשופט לנדוי: עקרון איההמליה והשויון האזרחי בסימן 17 הנ"ל —
חקיקה מנדטורית שבוטלה איננה בגדר "המשפט הקיים" במובנו של סעיף 11 הנ"ל — דרכי
הפירוש של מושגים מופשטים כותק — הנשואין במשפט הארץ לפני ואחרי יסוד המדינה אינם
מוסד אחיד, אלא ממוצל לפי השיטות השונות של המשפט האישי — הפליה (discrimination)
בסימן 17 הנ"ל פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לסוגי אנשים שונים — "הפליה בדרך מיון"
(by classification) במשפט האמריקני — הוראות הסעיף אינן פוגעות בחופש המצפון
ונמצאות בהתאמה גמורה עם הלכות המשפט העברי — חופש המצפון אינו מוגבל בדברים
שכלב אלא כולל גם את הזכות להגשים את צווי המצפון — כפייה דתית קיימת רק במקרים
כשהמחוקק החילוני כופה על הפרט הפרת צו או איסור דתי — השמירה על הסדר הציבורי
דורשת שכל אורח יקבל על עצמו את מרות בחי המשפט שנכוננו על פי חוק — המחוקק
החילוני רשאי למסור סמכות לבחירתן רבניים גם לגבי מי שאינו חבר כנסת ישראל.

ד

ה

אליבא דשופט זילברג: "חפש המצפון" אין סרושו חרות המחשבה בלבד —
הוא כולל גם פעולות ומעשים, לידי המצפון, ובלבד שאלה לא יחרגו מתחומי "רשות היחיד"
של עושיהם — סעיף 181 אינו פוגע בחפש הדת, כי סעיף זה גופו, בהוראת ס"ק (ד) שבו, כבר
דאג מראש למניעת כל התנגשות אפשרית בין החוק והדת — יתכן, כי הסמכות למתן היתר
ונשואין על פי הסעיף 181(ד), נתונה גם כלפי אנשים שאינם חברי כנסת ישראל — פרוש המלים
"קיום הסדר הציבורי" בסימן 17 לדבר המלך — "ציבורי" כאן לאו דוקא כל הציבור — המלה
"סדר" כוללת גם שמירה והסדר של צורות חיים וערכי תרבות מטרימיים, אשר אותו חלק-ציבור
מעוניין בהם וחפץ ביקרם — הוראת סעיף 181 אין בה משום הפליה גזעית או דתית — מקומם
של "עניני המצב האישי" במסגרת המשפט האזרחי, הכללי, של המדינה — החוקים הדתיים של
העדות המוכרות לגבי ענינים אלה, מהווים חלק אינסגרלי של המשפט הכללי — מה בין "הפליה"

ו

ז

השופט לנדוי

פסקי-דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב 1951

ל"הבחנה" — ההפליה האסורה הוסכת הכחנה מותרת, כאשר קיים שוני ממשי בין המופלים, מאיזו בחינה הגיונית שהיא, וההפליה אינה שרירותית — החרם דרבנו גרשום, או המנהג ששרד הימנו אחרי סוף האלף החמישי, כמו יפה כאן בארץ, והוא מחייב את כל הבא בשעריה — כבר בתקופת האמוראים התבלטה עה ושם נטיה רוחנית נגד רבוי הנשים — החרם דרבנו גרשום לא היה אלא גולת הכותרת להתפתחות איטית שפעלה ותססה במרוצת הדורות.

א

פסקי-דין אמריקניים שהוזכרו:

ב

[1] *Quaker City Cab Co. v. Commonwealth of Pennsylvania*; 48 *Supreme Court Reporter* 553, 556.

[2] *Lindsley v. National Carbonic Gas Co.*; (1911), 31 *Supreme Court Reporter* 338.

ג

פסקי-דין א"י שהוזכרו:

ד

[3] *Cr. App. 85/38 — The Attorney-General v. Y'acov Ben Yehiel Melnik Kimhi*: (1939), P.L.R. Vol. 6, p. 34; (1939), S.C.J. Vol. 1, p. 15; (1939) Ct. L.R. Vol. 5, p. 125.

[4] *C.A. 119/39 — Pessia Nuchim Leibovna Shwalboim v. Hirsh (Zvi) Shwalboim*: (1940), P.L.R. Vol. 7, p. 20; (1940), S.C.J. Vol. 1, p. 38.

ה

[5] *M.A. 18/28 — The Attorney-General v. Abraham Altsbuler*: (1920-1933), P.L.R. Vol. 1, p. 283, 286; C.O.J. Vol. 4, p. 1314.

[6] *M.A. 9/36 — Sharif Esh-Shawi v. The Attorney-General*; (1937), S.C.J. Vol. 1, p. 31.

ו

[7] *H.C. 109/42 — Vaad Adat Ashkenazim, Beit Din Hassidim v. District Commissioner, Jerusalem and ors.*: (1942), P.L.R. Vol. 9, p. 715; (1942), S.C.J. Vol. 2, p. 809; (1942), Ct. L.R. Vol. 12, p. 263.

פסקי-דין ישראליים שהוזכרו:

ז

(8) בג"צ 10/48 — צבי זיו נגד יהושע גוברניץ, המכנה את עצמו הממונה של המנהל המחוזי האזור העירוני, תל-אביב, ואח"כ "פסקים", כרך א', תשי"ט-1948/49, עמ' 33, 36.

פסקי-דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב-1951 השופט לנדוי

- (9) בג"צ 376/46 — אהרן רזנבוים נגד יונה מריס רזנבוים; „פסקים“, כרך ב', תשי"ט/תשי"י-1949/50, עני' 5, 9.
- (10) בג"צ 8/48 — שלמה גליקסברג נגד יו"ר משרד ההוצל"פ ת"א, ואח'י; „פסקים“, כרך א', תשי"ט-1948/49.

מקורות המשפט העברי שהוזכרו:

- א. יבמות, דף ל"ט ע"ב, ודף ס"ה ע"א.
- ב. קדושין, דף ז' ע"א.
- ג. בכורות, דף י"ג ע"א.
- ד. רי"ף יבמות, פרק החולץ.
- ה. רמב"ם, פ"א מהלכות יבום וחליצה, ה"ב.
- ו. בית יוסף, סדר אה"ע, ס"י קס"ה.
- ז. פרישה, שם.
- ח. כנסת הגדולה, חלק אה"ע, הגהות בית יוסף, ס"י א', עמ' כ', כ"ב.
- ט. שא"ע אה"ע, ס"י א', עמ' ס'.
- י. רמ"א, שא"ע אה"ע, ס"י קס"ה.
- יא. פתחי תשובה, שא"ע אה"ע, שם, סק"ג.
- יב. תשובות הר"ן, ס"י מ"ח.
- יג. תשובות הריב"ש, ס"י ש"ב.
- יד. קול אליהו, ח"ב, שו"ת אה"ע, ס"י י"ב.
- ט"ו. שאילת יעבץ, ח"ב, ס"י ט"ו.
- ט"ז. שו"ת חתם סופר, חלק אה"ע, ס"י ד'.

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (הנשיא ב. הלוי), שניתן ביום 9.11.50, בתיק פלילי מס' 36/50, אשר לפיו הורשע המערער בעבירה לפי סעיף 181 לפקודת החוק הפלילי, 1936, ונידון לשנת מאסר אחת. הערעור נדחה וגזר-דינו של בית המשפט המחוזי אושר.

טענו:

למערער: א. וינר
למשיב: א. ש. שמרון וע. הדיה

ימי שמיעת הערעור — 26.2.51, 27.2.51; יום חתום פסק-הדין — 29.3.51.

פסק-דין

השופט לנדוי: המערער, גד בן יצחק יוסיפוץ, הורשע על ידי בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' הנשיא ד"ר בנימין הלוי) בפשע של ביגמיה, בניגוד לסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, כפי שתוקן בשנת 1947, ונידון לשנת מאסר אחת. ערעורו זה מכוון נגד ההרשעה וגם נגד מידת העונש. לפי הצעת בא-כחו, ד"ר וינר, ובהסכמת פרקליט המדינה, החלטנו לשמוע את הערעור הזה בשני שלבים — הראשון בנוגע להרשעה, והשני (אם תדחינה טענות המערער נגד הרשעהו) בנוגע למידת העונש.

2. העובדות פורטו בבהירות רבה בפסק דינו של נשיא בית המשפט המחוזי המלומד, ומכיון שכמעט ואינן שנויות במחלוקת, אין לנו לחזור עליהן באריכות. המערער — יהודי ישראלי, בן העדה הקוקוית — נשא בשנת תרצ"ו אשה אשר ילדה לו חמשה ילדים. נשואיו עמה עודם קיימים. בשנת תש"י נשא אשה שניה בחופה וקדושיה, בהסכמת משרד הרבנות בירושלים. את ההסכמה הזאת השיג על יסוד הצהרה כוזבת, שנתמכה בדברי שני עדים, בה העלים את דבר נשואיו הקיימים.

3. את טענותיו בענין ההרשעה כיוון ד"ר וינר אך ורק נגד היסודות המשפטיים עליהם בנוי פסק הדין של בית המשפט המחוזי. ד"ר וינר כפר בעצם תקפו של הסעיף 181 המתוקן של פקודת החוק הפלילי, ואלה טעמיו: בחקקו את הסעיף הזה חרג המחוקק המנדטורי מתחומי סמכותו כפי שנתחמו לו על ידי הסעיף 17(1)א) של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל, בנוסחו המתוקן משנת 1923, כי —

- (א) סעיף 181 מפלה בין תושבי ארץ-ישראל ;
(ב) הסעיף מגביל את חופש המצפון והפולחן.

4. לשם הבנת הטענות האלה עלינו להקדים דברים אחדים על תולדות סעיפי החוק הנזכרים. בסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, בצורתו המקורית, נאמר:

„מי שיש לו (לה) אשה חיה או בעל חי והוא (היא) נושא(ה) אשה (נישאת לאיש) ונשואין אלה בטלים מחמת שחלו בחיי הבעל או האשה אשם(ה) בפשע וצפוי(ה) למאסר חמש שנים. לפשע זה ייקרא ביגמיה.“

[דרך אגב, התרגום העברי הרשמי משובש, בהזכירו נשואין „בפלשתינה (א"י)“

השופט לנדוי

פסק-דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב-1951

— מלים אשר אינן מופיעות בנוסח האנגלי, שהוא הקובע (ראה סעיף 83 של דבר המלך לפי תיקונו משנת 1939, ע"ר 898, תוספת שניה).
 הסעיף מוסיף ומונה שלשה מקרים, בהם תהיה לנאשם הגנה טובה בפני
 ההאשמה כשהוא מוכיח:

(א) כי הנשואין הקודמים הוכרו כנשואין בטלים על ידי בית משפט מוסמך
 או על ידי רשות דתית מוסמכת.

(ב) כי הבעל הקודם או האשה הקודמת נעדרו בעת הנשואין החדשים למשך
 שבע השנים האחרונות, מבלי שיהיה ידוע שהיו בחיים במשך אותה
 תקופה.

(ג) כי החוק הנוהג לגבי המצב האישי של הבעל, גם בעת הנשואין הקודמים
 וגם בעת הנשואין החדשים, הרשה לו לישא יותר מאשה אחת.

ראויות לציון המלים שבראשית הסעיף, שדרשו כאחד מיסודות העבירה
 שהנשואין החדשים יהיו בטלים מחמת שחלו בחיי הבעל או האשה של הנשואין
 הקודמים. זו היתה דרישה מיוחדת במינה ויסודה ברצון המחוקק להתאים את ההוראה
 הפלילית הזאת להלכות הדת המושלמת המתירה רבוי נשים. מושלמי הנשוא אשה
 על אשתו, נשואיו השניים אינם בטלים, וממילא הוא פטור מהאיסור המוטל על ידי
 הסעיף 181. גם מטרת ההגנה השלישית הנ"ל שבסעיף היתה להגן על אדם אשר
 משפטו האישי מתיר לו רבוי נשים.

5. אולם מלכתחילה נעלמו מעיני המחוקק המנדטורי דיני הנשואין של המשפט
 העברי, והוא לא השכיל להתאים את לשון הסעיף למצב המיוחד הנוצר לפי דיני
 ישראל, כאשר נושא אדם שתי נשים. כידוע הקדושיני השניים תופסים תמיד, ואפשר
 להתיר את קשר הנשואין האלה רק בדרך גט פטורין, נמצא, שאצל יהודים לא
 שם נוסח הסעיף המקורי תריס בפני רבוי נשים. דבר זה התגלה בפסק הדין שניתן
 על ידי בית המשפט העליון ב-דעורטור פילי 85/38 (6 פל"ר 34), (3), בו זוכה
 יהודי מאשמת ביגמיה עקב גסוח לקוי זה של החוק.

6. עברו כמה שנים עד שבשנת 1947 פורסם הסעיף 181 המתוקן, אשר נוסח
 מתוך כוונה להלם את ההוראה הפלילית בדבר ביגמיה לדיני ישראל. וזה הפתרון
 אשר מצא המחוקק לבעיה זו:

(1) בראשית הסעיף בוטלה הדרישה שהנשואין החדשים יהיו בטלים, ומעתה
 נקבע, כי אדם עובר עבירה בין שהנשואין החדשים בטלים או ניתנים
 לביטול ובין שאינם בטלים או אינם ניתנים לביטול. בזה הופעל הסעיף

גם לגבי נשואין שניים של יהודי שאינם בטלים. אשר למושלמים החליט המחוקק, כפי הנראה, שהנסוח המקורי שבתחלת הסעיף אינו נחוץ כדי להוציא אותם מכלל הסעיף, כי הם מוצאים ממנו בלאו הכי על ידי "ההגנה" השלישית, בדבר משפט אישי המתיר רבוי גשים.

א

(2) ההגנה השנייה והשלישית שבסעיף המקורי הוגבלו. מההגנה השנייה, הוצאו המקרים אשר בהם חוק הנשואין החל על האשה או על הבעל בתאריך הנשואין החדשים היה החוק היהודי; ומההגנה השלישית הוצאו המקרים אשר בהם משפט הנשואין החל על הבעל בתאריך הנשואין הקודמים וגם בתאריך הנשואין החדשים היה החוק היהודי.

ב

ליהודים נקבעה חלף ההגנות האלה הגנה חדשה. רביעית, למקרה בו "חוק הנשואין החל על הבעל בתאריך הנשואין הקודמים וגם בתאריך הנשואין החדשים היה החוק היהודי, והושג פסק דין סופי של בית דין הרבנות של כנסת ישראל, מקיים בידי שני הרבנים הראשיים לארץ ישראל המתיר את הנשואין החדשים".

ג

7. כאמור לעיל, כל טענותיו של ד"ר וינר סובבו על ציר אחד: סעיף 181 סותר את האמור בסעיף 17(1)(א) של דבר המלך. וזה לשון אותו סעיף בדבר המלך במדה שהוא נוגע לבעיה שלפנינו: —

ד

"לנציב העליון יהיו כח וסמכות מלאים... להוציא פקודות שתהיינה נחוצות למען השלום, הסדר והמשל המתוקן בארץ ישראל, בתנאי שלא תוצא פקודה המגבילה חופש גמור של המצפון והשימוש החפשי בכל צורות הפולחן, אלא במדה שיש צורך בכך לשם השמירה על הסדר והמוסר הציבוריים; ושלא תוצא פקודה העשויה להפלות בדרך כלשהי בין תושבי ארץ ישראל מסכת גזע, דת או לשון."

ה

סעיף 83 של דבר המלך חוזר ומדגיש ש"כל האנשים בארץ ישראל ייהנו מחופש גמור של המצפון, ומשימוש חפשי בצורות פולחנם, ובלבד שיישמרו הסדר והמוסר הציבוריים...". מקום הסעיף הזה הוא בפרק הכללי של דבר המלך, ואין הוא מוסיף דבר להוראות של סעיף 17(1)(א) המתוקן הדין במיוחד בעניני חקיקה. מקור הסעיף 17(1)(א) הוא בסעיף 15 של המנדט על ארץ ישראל, שממנו הועתק כמעט מלה במלה. רעיונות אלה, אשר התגלמו בסעיף 15 של המנדט, לא היו חדשים, אלא ניסרו בעולם המחשבה המדינית עוד מימי ההכרזה הצרפתית על זכויות האדם והאזרח, משנת 1789, ומימי עשרת התקונים הראשונים לחוקת ארצות הברית (Bill of Rights) משנת 1791. עקרון אי-ההפליה משקף את השאיפה לשוויון כל האזרחים בפני החוק; חופש המצפון והפולחן הוא אחת מתרונות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור. בהכרזה על הקמת מדינת ישראל נאמר: "מדינת ישראל...

ו

השופט לנדוי

99 סק"ד"ג, כרך ה', תשי"א/תשי"ב 1951

תקיים שויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות... ד"ר וינר הזכיר בטענותיו את המלים האלה, אבל לא הסיק מהן שום מסקנות משפטיות, והצדק עמו, כי בית משפט זה כבר החליט ב"בג"צ 10/48, 99 סק"ט, כרך ו', עמ' 33, 36, (8) ש"אין בהכרזה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם". לכן הסכים ד"ר וינר שאילו חוקקה הכנסת במדינת ישראל סעיף כסעיף 181 הנדון כאן, לא היה יכול לערער על חוקיותה. טענתו מצטמצמת. איפוא, ונוגעת רק למצב שהיה שורר בזמן המנדט, אנו תמימי דעים אתו ועם הנשיא המלומד של בית המשפט המחוזי, שאם יתברר כי אמנם היתה קיימת סתירה בין סעיף 181 של החוק הפלילי ובין סעיף 17(1)א) של דבר המלך וכי סעיף 181 היה בטל בשעת עשייתו, הרי שלא היה חלק מ"המשפט הקיים" לפי סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט תש"ח-1948, ומכאן שהוא חסר תוקף גם במדינת ישראל.

8. הנשיא המלומד של ביהמ"ש המחוזי בירושלים דחה בפסק דינו את הטענות הכלליות של ד"ר וינר גם בענין ההפליה וגם בענין חופש המצפון והפולחן, את השקפתו סיכם במלים אלו, בסעיפים 21 עד 23 של פסק דינו: —

21. מוסד הנשואין המונוגמיים נחשב — בכל עם, מדינה וחברה שהוא קיים בהם — כאחד הערכין הגבוהים של התרבות האנושית. קיום המשפחה, ושלום החברה תלויים בו. מוסד הנשואין המונוגמיים ראוי וזקוק הוא להגנת החוק הפלילי בכל מקום שהוא קיים; בא"י, שהוא קיים בסמיכות למוסד הנשואין הפוליגמיים, זקוק הוא להגנה יתרה.

22. אין להעלות כלל על הדעה, שדבר המלך על א"י רצה למנוע את המחוקק המנדטורי מלתת לנשואין המונוגמיים בא"י הגנה יעילה ע"י החוק הפלילי. כל מה שדבר המלך דורש בנדון זה הוא שחוק הביגמיה לא יפגע באותו חלק התושבים שמשפט האישות שלהם הם משפט פוליגמי.

23. הסעיף 181 בא להגן על מוסד הנשואין המונוגמיים הקיים בקרב חלק מתושבי הארץ, ואינו פוגע במאומה במוסד הנשואין הפוליגמיים הקיים בחלק אחר של האוכלוסיה. לשון אחרת, הסעיף 181 בא להגן על אותם האנשים והנשים (ובניהם) שנשואיהם הם, לפי משפטם האישי, נשואין מונוגמיים. הסעיף 181 נזרר שלא לפגוע במשפט האישי (הדתי או הלאומי) של שום תושב; אין הוא פוגע בחופש הדתי, (הכלול בהבטחת "חופש המצפון והפולחן", אלא, להיפך, הוא תכבד אותו בכל הוראותיו, לו היה צורך לבסס

- את פסק דיני על נימוק זה, לא הייתי מהסס אף להחליט שהחוק הפלילי להגנת הנשואין המונוגמיים בא"י נדרש "לשם שמירת הסדר הציבורי והמוסר". ואשר ל"הפליה לטובה של המושלמים, הרי לא הסעיף 181 יצר את ההבדל בין משפט נשואין מונוגמי ופוליגמי בא"י, אלא הבדל זה קיים ומושרש במציאות ואושר ע"י דבר המלך שהסניגור מסתמך עליו. מטעמים אלה אני מחליט לדחות את הטענות הכלליות של הסניגור. עד כמה שאינן נוגעות להוראות המיוחדות של הסעיף 181 בנוגע ליהודים."
- ב בנוגע להוראות המיוחדות של הסעיף 181 בדבר היהודים קבע הנשיא — אחרי סקירה מקיפה על התפתחות המשפט העברי בסוגיה זו — ש"דיני ישראל אינם מרשים לאיש לשאת בארץ ישראל אשה על אשתו, אלא אם כן השיג תחילה היתר' כדת וכדין". לביסוס דעתו הביא בפסק דינו אסמכתאות רבות על דיני ישראל, שאותן דלה ממקורות הספרות הרבנית. לפיכך דחה את הסברה שישנם בא"י יהודים בני עדות המזרח אשר רבוי נשים מותר להם לפי דיני ישראל ללא היתר מיוחד ומצא שסעיף 181 הולם במלואו את דיני ישראל.
9. ד"ר וינר תקף נמרצות את הנחותיו הכלליות של הנשיא המלומד. לדעתו לא היה מקום להנחות אלו בפסק דין של שופט אשר מתפקידו לפרש את החוק, ואין לו להביע דעות על בעיות חברתיות כגון העדפת המונוגמיה על הפוליגמיה. לא ראינו ממש בהשגותיו אלו של ד"ר וינר. הנשיא המלומד לא הביע דעות בעלמא. למשל, הוא נמנע מלהגיד שבדרך כלל עדיפה שיטת המונוגמיה על שיטת הפוליגמיה, אלא דייק ואמר (בסעיף 21 של פטק"דינו) כי "מוסד הנשואין המונוגמיים ראוי וזקוק הוא להגנת החוק הפלילי בכל מקום שהוא קיים". איננו מוצאים כל פגם בהבעת דעה כזאת. תפקידו של השופט אינו לפרש את החוק פירוש מכני בלבד. יש והוא נדרש לפרש מושגים מופשטים, כגון "הפליה" ו"חופש המצפון" במשפט שלפנינו, ואז לא יצלח הנסיון לעמוד בתוך ד' אמות של ההלכה, אלא עליו להעמיק חקור, לשקול את טובת הכלל והפרט, את מדת הצדק והיושר וכיוצא בהן, כדי להגיע להערכה נכונה של כוונת המחוקק.
10. לעצם העניין חילק ד"ר וינר את טענותיו לשני ראשי פרקים — הראשון בדבר ההפליה והשני בדבר חופש הדת והפולחן, גדון בטענות אלו כסדרן. — בענין ההפליה ריכז את דבריו בנקודות אלו:
- (א) הרעיון שיש הבדל עקרוני בין מונוגמיה ובין פוליגמיה, אין לו יסוד במשפט הארצישראלי. לפי כוונת המחוקק, אשר ניסח את דבר המלך במועצתו, הנשואין הם מוסד אחיד, ולכן היה אסור למחוקק המנדטורי לקבוע לאחר מכן כללים שונים לבני הדתות השונות בכל ענין הנוגע לנשואין, ודיני עוגשין על ביגמיה בכלל זה.

(ב) אם יטענו, שהמחוקק התאים את הסעיף הנדון לדרישות הדתיות של העדות השונות, לא תצדק הטענה, היות ולא כך נוסח הסעיף 181, ועל כל פנים לא היה הנציב העליון צריך לשים עצמו "שוטר" לעדות הדתיות.

(ג) המבחן של הפליה הוא מבחן אובייקטיבי, ולכן אין לנו לחקור בדבר כוונות המחוקק, האיסור של חוקים מפלים היה מוחלט, ללא טייג בדבר השמירה על הסדר והמוסר הציבוריים, הנזכרים רק בקשר לחופש המצפון והפולחן.

11. מר שמרון, פרקליט המדינה, טען נגדו בענין ההפליה: איסור ההפליה אין פירושו שעל המחוקק להנהיג שיוון מתימטי בין כל האזרחים. אין לערבב הפליה באבחנה. אסורה רק הפליה לרעת סוג מסויים של אנשים. אבל המחוקק הארצישראלי לא הפלה לטובה עדה זו או לרעה עדה אחרת. הוא מצא לפניו מציאות חברתית ואף משפטית מגוונת של עדות שונות, ולכל עדה אורח חיים משלה. על כן השתדל למצוא פתרון תחיקתי, אשר יתאים ככל האפשר למציאות זו. פתרונו מתקבל על הדעת ואינו מעיד על שרירות לב. מר שמרון הסתמך בטענותיו על פסקי דין של בית המשפט העליון בארצות הברית אשר החליטו, בפרשם את האמור בתיקון ה-14 של חוקת ארצות הברית בדבר הגנה שווה של החוקים, (Equal protection of the laws) כי תיקון זה אינו מונע מיון (classification) של חוגים שונים באוכלוסיה על ידי המחוקק.

12. ראשית עלינו לציין, כי בסעיף 17(1)(א) של דבר המלך לא נאמר בלשונו כללית שכל הפליה אסורה, אלא יוחד בו הדבור על שלשה תארים שעל פיהם אסור להפלות בין תושבי הארץ והם: גזע, דת ולשון. האם מזכיר סעיף 181 את הדת כתואר מבדיל? באי-כח הצדדים לא עמדו במיוחד על שאלה זו. לנו נראה, שיש ספק בדבר. בתי המשפט בזמן המנדט הכירו במשפט העברי בתור "המשפט הלאומי" של יהודי ארץ ישראל (עיין ערטור אורחי 119/39 — 7 פל"ד 20), (4). איננו סבורים כי, בדברו בסעיף 181 על אנשים שחוק הנשואין שלהם הוא החוק היהודי, אמר המחוקק המנדטורי להגביל את המושג הזה ליהודים חברי כנסת ישראל כעדה דתית. הוא יצר במתכוון סוג מיוחד של אנשים המובדלים לפי החוק האישי שלהם. אמנם, לגבי סעיף 17(1)(א) של דבר המלך אין דבר זה משנה הרבה, כי אם הקו המבדיל בסעיף 181 אינו הדת, נגיע בעל כרחנו למסקנה שהתואר המבדיל הוא הגזע, או מושג מעורב מדת וגזע גם יחד.

13. אשר לטענת ד"ר וינר, שהנשואין במשפט המנדטורי הם מוסד אחיד, נראה לנו, כי סעיפי דבר המלך עצמו טופחים על פני הטענה הזאת. המחוקק פיזר את השיפוט בעניני נשואין בין העדות הדתיות השונות, ובעשותו כן ידע בודאי

על השוני הרב במערכות חוקי הנשואין של העדות העיקריות בארץ. (בנדון זה עיין בפסק הדין של בית משפט זה בענין רוזנבאום נגד רוזנבאום ע"א 376/46 — פסקים ב' ע' 5, בע" 9 ואילך), (9). רק בשנת 1939 נעשה הצעד הראשון להנהגת משפט נשואין אחיד לאנשים שלא היו בני העדות הדתיות המוכרות (ראה סעיף 65א מדבר המלך — בע"ר מס' 898, תוספת שניה) אבל הוראה זו נתנה רק את המסגרת לחקיקה נוספת, ומסגרת זו לא נתמלאה תוכן. ברי לנו, שמשפט הנשואין שהיה קיים בזמן המנדט, ושעודנו קיים אצלנו, אינו אחיד, אלא מפוצל לפי השיטות השונות של המשפט האישי.

ב 14. מהי המשמעות הנכונה של המונח discrimination, המופיע בסעיף 17(1)א) ושעד כה תרגמנו אותו במלה "הפליה"? נכון אמנם, שלפי מקורה האטימולוגי פירושו המלה האנגלית הזאת אינו אלא "הבדלה", ולא דוקא הבדלה לטובה או לרעה. אבל במדעי החברה מקבלת המלה משמעות צרה יותר.

ג אנו מצטטים מהספר Encyclopedia of the Social Sciences, New York, 1948, כרך 14, בע' 131: —

ד "The term social discrimination may be tentatively defined as unequal treatment of equals, either by the bestowal of favors or the imposition of burdens."

ועוד באותו עמוד: —

"Discrimination should not be identified or confused with differentiation or distinction."

ה ובע' 132 "Discrimination carries with it the idea of unfairness"

ז הסברנו לעיל, שהמושגים בהם אנו דנים כאן אינם משפטיים גרידא, ושהנם משותפים לעמים בעלי מסורת דמוקרטית, ולכן איננו מהססים להביא ראיה ממקור אמריקני ולא-משפטי. הננו רואים, שסימן ההיכר הטבוע במושג זה discrimination הוא יחס בלתי שווה ובלתי הוגן — איפה ואיפה — לגבי סוגים שונים של אנשים. כך סברו גם שופטים אנגליים בזמן המנדט, למשל, בפסק הדין הידוע יועץ משפטי נגד אלטשולר ("משפט השבת") — ערעור עוונות 18/28 1797 283, שם — שואל בית המשפט בפסק דינו (ב"ע' 286), (5): —

ז "Can it be said because the bye-law in operation makes a distinction in favour of the minority . . . that there is, therefore, not a discrimination against the majority."

והוא עונה: —

"... it is just as much discrimination when the majority suffers as it is when a minority is discriminated 'against.'"

אנו מצטטים מלים אלו רק בגלל הענין הלשוני שבהן. מבלי לחוות דעה על נכונות הסברה של רוב השופטים לגופה של השאלה שעמדה בפניהם. המלה העברית "הפליה" שגם היא מסמנת במקורה (שמות, ח' י"ח; י"א ז') הבחנה לטובה או לרעה. מתרגמת יפה את המלה הזרה הזאת.

15. עיינו בפסקי הדין האמריקניים, אשר צוטטו בפנינו על ידי מר שמרון, ובעיקר בפסק דינו של השופט ברנדיס בענין Quaker City Cab Co. v. Commonwealth of Pennsylvania (48 S. Ct. 553), (1), המפרש את "סעיף ההגנה השווה" בחוקה האמריקנית (התיקון ה-14), אבל לא נוכל להפיק מפסק דין זה חומר לפתרון הבעיה שלפנינו. כי התיקון הנ"ל אינו מזכיר את המונח discrimination, ובפרשו את התיקון יוצא בית המשפט האמריקני מההנחה שהפליה (ו"א הפליה ממש. לטובת סוג אנשים מסויים או לרעתו) מותרת בתנאי שהיא נעשית בצורת מיון (classification) על בסיס המתקבל על הדעת (שם, ע' 556), ואילו אצלנו הפליה אסורה מכל מקום, וכאמור איסור זה אינו מסוייג בשיקולים בדבר הסדר הציבורי וכו'.

16. ואף על פי כן, דעתנו היא, כי גרעין טענתו של מר שמרון נכון הוא. אמרנו שהפליה פירושה הבדלה לטובה או לרעה. סעיף 17(א) אינו שולל הסדר תחיקתי שונה לגבי סוגי אנשים שונים, בתנאי שאין בו בהסדר זה משום הפליה לטובה או לרעה. לדוגמה, תקנות שפת בתי המשפט (חוקי אי, כרך שלישי, ע' 2502) קבעו בתקנה 4, שיש להוציא כל הזמנה, כל העתק רשמי של פסק דין וכל מסמך רשמי בשפתו של האדם אליו הם ערוכים. היתה בזה משום אבחנה בין בני הארץ השונים מסבת לשון. האם יעלה על דעתנו לומר, שהיתה זו הפליה, מכיון שמבחינה אובייקטיבית לא נקבע דין אחד לכל? אדרבא, נראה כאן הרצון להעניק יחס שווה לכל השפות הרשמיות. וכן גם בענין זה של הנשואין. המחוקק המנדטורי החליט, כי הגיעה השעה לאסור ביגמיה על ידי איסורי החוק הפלילי, שתי דרכים היו פתוחות בפניו: יכול היה להטיל איסור כללי על בני כל העדות, או לפשר בין השקפתו היסודית, שאיסור הביגמיה רצוי, ובין המציאות החברתית בארץ. ד"ר ויגר מודה, שאיסור כללי לא היה חורג מסמכויות המחוקק המנדטורי, אלא הוא כופר בסמכותו לקבוע דינים שונים לכל עדה ועדה. איננו גורסים כן. מחוקק אינו פועל בחלל ריק, אלא מולו ניצב הווי חברתי, על כל גילוייו השונים, ועליו לצור צורות משפטיות בשביל הווי זה. ואף לכוון את התפתחותו בעתיד. בנוגע למוסד הנשואין מצא המחוקק בפניו, בתור "חומר גלמי", הווי מגוון של השקפות יסוד שונות מאד, כי האוכלוסיה בארץ לא היתה הומוגנית. "מעור אחד" אלא מורכבת מעמים ועדות שונים, עם עם ודיניו, עם עם ומנהגיו. הנוכל לומר, שהמחוקק

השופט לנדוי

פסקי-דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב 1951

המנדטורי הפר את עקרון אי-ההפליה מפני שלא כפה את רצונו על המציאות, אלא נכנע לה במדת מה? אך גדולה מזו: כאן אין אנו עוסקים בשוני שבמציאות בלבד, אלא שוני זה כבר היה יצוק בדפוסים משפטיים קבועים לפני שהמחוקק המנדטורי החל לפעול. ההכרה התחיקתית בהבדלי ההשקפות של העמים והעדויות בארץ באה עוד בדבר המלך עצמו, בו נעשה ויתור מדעת על הנהגת משפט אחד בעניני המעמד האישי, כאשר ענינים אלה נמסרו בחלקם לשיפוט בתי המשפט של העדות. מנסח דבר המלך אף הוא לא חידש בזה הרבה, אלא רק הכיר במצב משפטי שהיה קיים עוד קודם לכן בימי התורכים. המחוקק המנדטורי נהג, איפוא, בעקביות, ובנסחו את הסעיף 181 לא בצורה אחידה, אלא בצורה "מגוונת" המשיך לכנות על יסודות חוקיים שנקבעו מכבר.

אך צורך באיכות המערער, שבסופו של דבר צריך קנה המדה להשאר אובייקטיבי, יכול לקרות שכוונת המחוקק רצויה, אלא שנכשל במאמציו ופתרונו פוגע למעשה בסוג אנשים מסויים, ומפלה אותם לרעה לעומת אחרים. לכן איננו פטורים מלבדוק את פרטי ההסדר התחיקתי אשר נעשה בענין שלפנינו. בבדיקה זו לא נעמוד על קוצו של יוד, ואם יתברר לנו, שבעיקרם של דברים לא הטא המחוקק בהפליה, נקיים את מעשהו ולא נפסול אותו.

17. מהסעיף 181 בולטת המגמה לכבד את הוראות החוק האישי של כל איש ואיש בארץ ישראל. ידוע לנו מדברי ההסבר להצעת התיקון (ע"ר מס' 1446 מיום 18.10.45) שהוא נוסח אחרי התייעצות עם הרבנות הראשית ונועד למלא את דרישותיה. הרב יעקב ברוך, המזכיר הראשי של משרד הרבנות בירושלים, אשר העיד במשפט זה, אישר גם הוא, שהרבנות הראשית סמכה את ידיה על תיקון זה (ראה גם מאמרו של פ. דיקשטיין, "הפרקליט", ינואר 1946, ע' 18). בכונותיו הרצויות של המחוקק כלפי היהודים אין, איפוא, שמץ של ספק. אך גם מבחינה אובייקטיבית, שוני בהסדר התחיקתי יש כאן, הפליה לרעה אין כאן. איזו הפליה מטעמי גזע או דת היא זאת, המוסרת את ההחלטה הסופית בדבר ההיתר לרבוי נשים — ובזה גם בדבר הוצאת אדם מכלל ההוראה של סעיף 181 — בידי הרבנים המוסמכים של כנסת ישראל? עוד נדון בשאלה באיזו מדה מתאים האמור בסעיף זה לדיני ישראל, ונניח לעת עתה שאין התאמה גמורה בין השנים — גם בזה עוד לא נחרץ גורל ההוראה שבסעיף לחובה, כי לדעתנו היה המחוקק רשאי אף לחדש הלכה בחוק החילוני (ואיסור הביגמיה שייך לחוק החילוני) על ידי מסירת תפקיד נוסף לבתי הדין של כנסת ישראל אשר ינקו את עצם סמכותם המחייבת מאותו חוק חילוני. בזה לא שם המחוקק המנדטורי את עצמו "שוטר" בעניני דת, אלא נשאר בתחום סמכויותיו, ורק השתמש במנגנון הקיים של בתי דין דתיים כדי להגשים את מטרתו תוך כדי התחשבות מלאה ברגשותיה של כנסת ישראל.

18. ועוד: מבלי לחוות דעה על הערכים החברתיים והמוסריים של המונוגמיה והפוליגמיה, אפשר על כל פנים לקבוע, כי השקפה הרואה יתרון ברבוי נשים היא

השקפה "גברית" מיסודה, כי איסור רבוי הנשים מגביל כביכול את חופש הגבר. אבל באיסור הביגמיה יש מגמה חברתית חשובה להגן על האשה הראשונה. על ידי פיתור הגבר מאיסור הביגמיה שבחוק הפלילי היו מנמיכים את מעמד האשה. עלינו לפסוק אם היתה כאן הפליה נגד בני גזע או דת מסויימים, ואל לנו לראות את הבעיה ראייה חד-צדדית. אלא נשאל את עצמנו אם הופלו לרעה הגברים והנשים שבאותו הציבור כתור חטיבה אחת. התשובה לכך אינה יכולה להיות אלא שלילית.

א

19. מטעמים אלה אנו דוחים את טענותיו אלו של ד"ר וינר וקובעים, שסעיף 181 של פקודת החוק הפלילי, 1936, אינו סותר את ההוראה שבסעיף 17(1)(א) של דבר המלך האוסרת הפליה.

ב

20. נעבור לטענה השניה על חופש המצפון והפולחן. בענין חופש הפולחן, אנו סבורים ששאלה זאת אינה מתעוררת כלל. כוונת המחוקק היתה לצורות של עבודת קודש אצל הדתות השונות — בעניינים שבין אדם למקום, ולא בעניינים שבין אדם לחברו.

ג

נצמצם, איפוא, את הבירור לחופש המצפון. זהו מושג מתורת האתיקה, העוסקת ביריעת טוב ורע. אדם יכול לשאוב את השקפותיו על טוב ורע ממקור שאינו דתי, אבל אצל אדם דתי מודרך המצפון על ידי צווי הדת, ולכן אנו מקבלים את ההנחה, שעקרון חופש המצפון דורש לשם הפעלתו המלאה גם את חופש הדת.

בענין זה טען ד"ר וינר בעיקר: בקבעו הלכות בענייני נשואין הסיג המחוקק המנדטורי את גבול השטח הדתי, כי לפי דבר המלך הנשואין הם מוסד דתי. חופש המצפון פירושו החופש להיות לפי צווי הדת. דיני ישראל מרשים רבוי נשים לפחות אצל אותן העדות שלא קיבלו את החרם דרבנו גרשום. במקרים מסויימים רבוי נשים הוא אפילו בבחינת מצווה דתית. אין נפקא מינה אם המערער שייך לאחת העדות האלה, אלא המבחן הוא אובייקטיבי; ואם הסעיף 181 פוגע במנהגים דתיים של עדה כלשהי, הרי שיש לפסלו כולו. הסעיף פוגע במיוחד באותם היהודים שאינם חברי כנסת ישראל, כי הוא מאלץ אותם לפנות לשם קבלת היתר לבתי דין ולרבנים הראשיים, אשר בסמכותם אין הם מכירים. בהסבירו את טענותיו אלו הודה ד"ר וינר, כאמור, בפה מלא, שאילו ראה המחוקק לאסור ביגמיה בכלל על ידי הטלת איסור פלילי, לא היה חורג בזה מגדר סמכותו, כי איסור כזה היה מעיד על מגמה להסדיר את ענין הביגמיה מצדו החילוני גרידא.

ד

ה

ו

מר שמרון טען על נושא זה: ענין הנשואין הוא חילוני, ולא דתי, וחוקקה להסדרת ענין זה אין בה כדי לפגוע ברגשות דתיים. חופש מצפון וחופש פעולה אינם היינו הק, אלא חופש המצפון מוגבל לתחום המחשבה בלבד. — הוא תמך במסקנות הנשיא המלומד, כי אין ניגוד בין הסעיף 181 ובין דיני ישראל. — בדבר המעוט אשר אינו מכיר בבתי-הדין של הרבנות, אין שיקול זה עלול להכריע את הכף.

ז

21. איננו סבורים שחופש המצפון מוגבל לחופש המחשבה בלבד. אדם הנהנה

מחופש המצפון אין למנוע ממנו את הזכות להגשים את צויו מצפונו בדרך של פעולות. הסייג בסעיף 17(1)(א) בדבר הסדר והמוסר הצבוריים מספיק, לשם מניעת פעולות מזיקות שירצו אולי להצדיקן בטענת חופש המצפון. גם פסק הדין בענין שגנטי נגד היועץ המשפטי, "משפט הרמדן" (ערעור עוונות 9/36 — 1937 אפלווים 31), (6). עליו הסתמך מר שמרון, אינו מרחיק לכת עד כדי אמירה שחופש המצפון מוגבל לדברים שבלב בלבד.

22. את יתר טענותיו של ד"ר וינר בענין חופש המצפון אנו דוחים. נראה לנו, שבהודותו כי עניני נשואין סובלים גם גישה חילונית, חתר בעצמו תחת יסוד טענתו. אם מבחינה עקרונית היה מותר להטיל על כל התושבים את מרות החוק החילוני בענין הנשואין, למה תהיה אסורה דוקא חקיקה הבאה לכבד את דרישת הדתות השונות, לפי מיטב הבנת המחוקק החילוני, אשר טרח ובירר את משאלות הנציגים הדתיים של יהודי ארץ ישראל לפני שתיקן את החוק? אין זאת הסגת גבולה של הדת; אדרבא, היה כאן, כאמור, רצון בולט ללכת בשביל הזהב בין תחום הדת, כפי שהוגדר על ידי מוסדות הדת עצמם, ובין התחום החילוני.

23. נוסיף כאן, שאין זה ברור כלל וכלל כי דיני נשואין לפי המשפט העברי שייכים לשטח הדת. אמנם בדבר המלך מדובר על בתי דין דתיים, ומנסחו בודאי הניח כדבר המובן מאליו, שבתי דין דתיים דנים על פי חוקים בעלי אופי דתי. אבל לא היה זה בכחו של אותו מנסח לשנות את המהות היסודית של המשפט העברי. נכון הדבר, שמשפט זה מבוסס כולו על יסוד דתי, כי מקורו בתורה. אין הבדל עקרוני, למשל, בין דיני אישות ובין דיני ממונות מבחינת היות אלה דינים דתיים ואלה חילוניים, אלא כולם שלובים יחד במערכת חוקים שלמה. לכן לא נצדק אם ניחס דוקא לדיני האישות אופי דתי מובהק, המבדיל ביניהם ובין ענפים אחרים של המשפט העברי. במלים אחרות, מנקודת המבט של דיני ישראל (והרי בזה אנו דנים כרגע, ולא בהשקפת המחוקק החילוני אשר כתב את דבר המלך), משפט התורה מסדיר את כל ענפי המשפט האזרחי המשפט הפלילי, ואין בין התערבותו של מחוקק חילוני בשטח דיני האישות ובין התערבות באיזה שטח אחר של משפט כולל זה ולא כלום. איש לא יטען, למשל, שבקבעו דיני ממונות חילוניים אשם המחוקק בהסגת גבול הדת, והוא הדין גם במה שנוגע להתערבותו במשפט הנשואין.

24. זאת ועוד: כפייה דתית יכולה להיות רק במקום שהדת מצווה או אוסרת עשיית פעולה מסויימת, ובא המחוקק החילוני וכופה את הפרת הצו או האיסור. אין לדבר על כפייה ביחס לפעולות אשר הדת רק מתירה אותן, ללא צו או איסור מוחלט. על ד"ר וינר היה, איפוא, להראות, שכאן קיימת התנגשות בין צו המחוקק החילוני ובין צו מוחלט כלשהו, שבדיני ישראל, הכופה רבוי נשים. ואמנם הצביע על כמה מקרים בו תתהווה כביכול התנגשות כזאת, כאשר רבוי נשים הוא בבחינת

פסקי דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב 1951

השופט זילברג

מצוה על פי דיני ישראל. אולם, נשיא בית המשפט המחוזי הראה בצורה משכנעת, שלמעשה ההסדר התחיקתי של סעיף 181 הנו בהתאמה גמורה להלכות המשפט העברי, כפי שהתפתחו במשך הדורות, ושהמנהג בארץ ישראל המחייב את בני כל העדות אוסר בדרך כלל רבוי נשים. אין אדם רשאי ובוודאי שאינו חייב להרבות נשים על דעת עצמו, אלא לשם זה עליו להשיג היתר מיוחד, והיתר כזה יינתן רק בתנאים מסויימים, הקבועים עכשיו, בין השאר, גם בתקנות הדיון בבתי הדין של הרבנות הראשית בא"י משנת תש"ג. נימוק זה דיו, כשהוא לעצמו, להפריך כל טענה על פגיעה בחופש הדת. אולם אין זה גורע מכח השיקולים האחרים שהבאנו לפני כן, ושגם בהם יש כדי לסתור טענה זו.

25. לבסוף, בנוגע לאותו מעוט אשר לא הכיר בכנסת ישראל — אף זו אינה טענה העומדת בפני הניתוח. כנסת ישראל הוכרה על ידי שלטונות המנדט כארגון העדה היהודית, וכל הנסיגות להשיג הכרה משפטית דומה גם למוסדות אחרים נכשלו (ראה, למשל, בג"צ 109/42 — 9 פל"ר 715, (7). המחוקק המנדטורי גילה, אפוא, עקביות בהפקידו את ההחלטה הסופית בדבר ההיתר בידי הרבנים הראשיים של כנסת ישראל. כבר דחינו את הטענה על פגיעה בחופש המצפון מצדה המטריאלי. האם ייחשב הדבר כפגיעה בדת שלהשגת ההיתר הנחוץ לכל הדעות מפנים את המבקש לבתי הדין של כנסת ישראל ולרבנים הראשיים? טענה כזאת אין לקבלה, כשם שלא היתה מתקבלת טענה של אדם האומר, כי מטעמי מצפון אינו מכיר כלל בסמכות של בתי המשפט של המדינה. ההוראה בדבר חופש המצפון כפופה לתנאי של שמירת הסדר הציבורי, הדורשת שכל אורח יקבל על עצמו את מרות בתי המשפט אשר נכוננו על פי חוק. יהודי לא היה חייב להיות חבר בכנסת ישראל, אבל מזה אין להסיק שהמחוקק לא היה יכול למסור לבתי הדין של הרבנות סמכות גם לגבי אנשים שאינם חברי כנסת ישראל. מסעיף 181 (ד) של פקודת החוק הפלילי 1936 משתמע סמכות כזאת, כי סעיף זה נותן גושפנקה רשמית להיתר של בתי דין הרבנות לגבי כל אדם שמשפטו האישי הוא המשפט העברי, ז"א גם לגבי היהודים הארצישראלים שאינם חברי כנסת ישראל. קשה לראות איך היה יכול המחוקק להורות אחרת, מאחר שהוענקה הכרה מטעם המדינה רק לבתי דין אלה בתור בתי הדין הדתיים של הישוב היהודי.

26. על יסוד כל האמור יש, לדעתי, לדחות את הערעור על ההרשעה.

השופט זילברג: אף אני סבור, כי יש לדחות את הערעור.

2. שנים הם המומים, שמנה בא"כח המערער בסעיף 181 של החוק: —

(א) הוא פוגע בחופש המצפון;

(ב) הוא מפלה, מטעמי דת, בין אדם לאדם.

כל שאר טרוניותיו וקובלנותיו של באיכח המערער, אינן אלא סעיפים המשתרגים משתי הטענות היסודיות הנ"ל.

3. אשר לטענה הראשונה: ייאמר מיד, כי אין אני גורס כלל את סברתו של פרקליט המדינה, היינו: כי ערובת חופש המצפון אינה מגינה אלא על חירות המחשבה בלבד. דברים שבלב אינם בני עונשין, ואף לא נתונים לסנקציות אחרות, וממילא אין צורך להגן עליהם. מכאן, כי חופש המצפון, אשר המחוקק פרש את חסותו עליו, כולל בהכרח גם פעולות ומעשים, ילידי המצפון, ובלבד שלא יחרגו מתחומי "רשות היחיד" של עושיהם. משחרגו מתחומים אלה, שוב הם נתונים, כמו כל פעילות אחרת, לעינו הפקוחה של החוק.

4. השאלה היא, איפוא, אם אמנם סעיף 181 פוגע בחופש המצפון של האדם, יכולתי, בעצם, לצמצם את השאלה ולהגדירה: אם הסעיף הוא פוגע בחופש מצפוני האינדיווידואלי של המערער דנן, ובמסיבות הענין דנן דוקא, אלא שאין ברצוני לפצל את הבעיה, הואיל ובסופו של דבר אגיע לידי תשובה שלילית, גם לגבי היקפה המלא של השאלה.

5. ובכן, כיצד עלול להפגע כאן חופש המצפון?

אין ספק, כי חופש המצפון כולל גם את חופש הדת, ואולם, כדי שאינו הוראת" חוק אוסרת תיראה בפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה — מצוה היא בעיני הדת, וכי הדת מצוה ומחייבת את עשיית המעשה ההוא. לא כל המותר על פי הדת, חייב להיות מותר גם מטעם החוק, שכן אין שני התחומים חופפים זה את זה: זו עוסקת בדברים שבין אדם למקום, ודברים שבין אדם לחברו, וזו עוסקת גם בדברים שבין אדם למדינה.

בוה ייתרנו, למעשה, מכל וכל את הדיון בשאלה: מה תקפו של החרם דרבנו גרשום בארץ-ישראל, ואם יהודי ספרדי, או קוקזי, כאן בארץ, מותר על פי הדין ברבוי נשים או לא. כשרותו הקונסטיטוציונית של סעיף 181, לא ייגרע ממנה כלום, גם אם נניח — ואני לא כן אדמה — כי אין החדר"ג חל על יהודי הבא הנה מגלילות הקוקז. אין צורך לנו, איפוא, להכנס לבירור השאלה ההלכית המעניינת שצלל בה באיכח המערער, והיא: אם החדר"ג (או המשכו מרצון אחרי סוף האלף החמישי), הוא בחינת "המקום גורם" — כדעת כמה מן הפוסקים — והוא חל על כל תושבי המקום, ואפילו על חדשים מקרוב באו ממקומות שאין נוהגין על פיו, או שאינו אלא חובה אישית-פרסונאלית, "אקרפתא דגברא רמי" (על גולגלתו של האיש מוטל) — כפי שפסקו פוסקים אחרים — ואינו חל על אדם הבא למקום שנהגו

ממקום שלא נהגו על פי החדר"ג (עיין שו"ע אה"ע, סי' א', סעי' ט', ונושאי כליו; כנסת הגדולה חלק אה"ע, הגהות בית יוסף, סי' א' סעי' כ"ב (בשם הרב יצחק חזן); השווה לעומת זה: תשובות הר"ן, סי' מ"ח, קול אליהו חלק ב', שו"ת אה"ע, סי' י"ב, וכנסת הגדולה שם, סעי' כ', ע"ש).

א

6. הגדרתה הנכונה של השאלה היא, איפוא, בקיצור ובדיוק נמרץ: אם אדם מישראל חייב, על פי הדין, ברכוי נשים או לא, וכאן טענה מקורית כפי בא"כ המערער; הטענה היא, כי הואיל ומצוות פריה ורבייה היא המצווה הראשונה שבתורה — ראשונה בסדר וראשונה במעלה — הרי כל הוראת-חוק המגבילה את מספר הנשים, עשויה לפגוע בקיום המצווה הנ"ל. כחיווק לדבריו הסתמך בא"כ המערער על "שאלת יעבץ" לרבנו יעקב עמדין, חלק ב', סי' ט"ו, הקורא הגר על החדר"ג, להיותו עשוי לבטל אדם ממצוות פריה ורבייה, ולהיותו מונע רבוי זרע ישראל. אפשר להמשיך ברוח זו של דברי בא"כ המערער, ולהוסיף ולטעון כי גם מצוות יבום אשת אח, עד כמה שהיא עדיין נוהגת בארץ, עלולה להמנע, אם היבם נשוי, עקב איסור הביגמיה הנ"ל. כוונתי לאותן עדות המורח הנוהגות כדעת הר"ף והרמב"ם דמצוות יבום קודמת, שלא כדרך העדה האשכנזית, בה נוהגין לחלוץ ולא ליבם כדעת הרמ"א (עיין פלוגתא דאבא שאול ורבנן, יבמות, דף ל"ט ע"ב; בכורות, דף י"ג ע"א; רי"ף יבמות, פרק החולץ; רמב"ם, פרק א' מהלכות יבום והליצה, הלכה ב'; הגהות הרמ"א, שו"ע אה"ע, סי' קס"ה, סעי' א'). — וכוונתי לאלה הסוברים, כי מצווה ליבם בזמן הזה, אפילו אם יש לו, ליבם, אשה אחרת (פתחי תשובה, שו"ע אה"ע, סי' קס"ה, סק"ג ע"ש, בניגוד לתשובת הריב"ש, סי' ש"ב, הובא בבית יוסף ובפרישה, טור אה"ע, ריש סי' קס"ה).

ב

ג

ד

ה

ו

ז

אולם אין יסוד לטענה זו — לא מינה ולא מקצתה. בלי להכנס לבירור השאלה, מה משמעותו של סעיף 17 (לדבר המלך): לאסור מתן חוק המכוון מלכתחילה לפגוע בהוראות הדת, או גם לפסול כל חוק העלול, בצירוף מסיבות ידועות, למנוע את קיום אחת החובות שלה, — בלי להכנס כלל לבירור שאלה זו, הרי במקרה דגן נתונה תשובה פשוטה בתכלית לטענת בא"כ המערער, והיא: כי אותו סעיף 181 גופו כבר דאג מראש למניעת כל התנגשות אפשרית בין החוק והדת, וקבע דרך מיוחדת ליישור ההדורין שביניהם — הלא הוא ה"היתר" האמור בס"ק (ד) של הסעיף. באותו סעיף קטן נאמר, כידוע, כי מרבה הנשים יצא פטור (תהא לו הגנה טובה כלפי האשמה), אם יוכיח, כי החוק החל על נשואיו (הראשונים והשניים) הוא דיני ישראל, וכי "פסק דין סופי של בית דין רבני של העדה היהודית, המאושר על ידי שני הרבנים הראשיים לא", והנותן לו היתר לנשואין שניים, הושג על ידו לפני עריכת נשואיו השניים". ומכיון שבית הדין הרבני, וכן שני הרבנים הראשיים, ודאי יתנו את דעתם, לא פחות ממי שהוא אחר, על קיום החובות הדתיות, ויעניקו — אם ייראה להם הדבר להלכה ולמעשה — את ההיתר הדרוש לכך, הרי ניתנה כאן

ערובה מספקת ל"חופש הדת", ומה לנו כי נלין על המחוקק הא"י? כלום חייב היה המחוקק המגדטורי, ליטול לעצמו אפטרופסות לעניני דת, ולהטיל או להתיר קיום מצוות, אשר אפילו בית הדין הדתי אינו מיכן להתירה? אתמהא!

7. אך בא"כח המערער לא נתפייס בכך, וממשיך להאחז בנקודה זו. היא הנותנת! ודוקא הוראת סעיף 181(ד) מהווה — כך הוא טוען — פגיעה חמורה בחופש המצפון והדת. הן סמכותו של "בית הדין הרבני של העדה היהודית" (שהוא בית הדין של "כנסת-ישראל"), וכן סמכותם של שני הרבנים הראשיים, בעניני אישות, מוגבלת כידוע לחברי "כנסת ישראל" בלבד (ראה בג"צ 8/48, פסקים א' ו' 210, 10), ופסקי הדין שצוטטו בו), ואדם שאיננו חבר בכנסת ישראל, אינו יכול להפיק תועלת מ"היתר נשואין" שניתן על ידי בית דין שכזה. נמצא, כי מרבה הנשים העתיד יהא נאלץ, בעל כרחו, להצטרף כחבר לכנסת, כדי לזכות בתקפו החוקי של היתר, — וכלום יש לך כפיה דתית גדולה מזו?

טענה זו בטלה, ואין בה, לדעתי, כל ממש. שתי תשובות בדבר:

- (א) חז"א, עדיין ספק גדול הוא בעיני, אם גם כאן, לגבי ה"הגנה" האמורה בסעיף 181(ד), מוגבלת סמכותו של בית הדין הרבני לחברי הכנסת בלבד. בלי לקבוע מסמרות בדבר, קרוב אני לומר — וכך סבר גם הנשיא המלומד של בית המשפט דלמטה בסעיף 48 של פסק דינו — כי מכה הוראת תקנה 16(1) של תקנות כנסת ישראל, בצירוף הוראת סעיף 9(2) של דבר המלך (תיקון), 1939, ניתנה כאן, בסעיף 181, סמכות מיוחדת לבתי הדין של כנסת ישראל, וכן לרבנים הראשיים, להעניק או לאשר היתר נשואין גם למי שאינו חבר הכנסת;
- (ב) ועוד: גם אם נניח כי אין הדבר כן, וכי אדם שחשקה נפשו באשה שניה ידא נאלץ, אם יאבה ואם ימאן, להכנס כחבר לכנסת ישראל — מה כל החרדה הזאת? הלזה ייקרא "התערבות בחופש הדת", וכלום שונה דתו של חבר הכנסת מדתו של מי שאינו חבר בה? "כפיה" דתית זו מהבל תמעט, וקשה לטעון ברצינות, כי בעטיה יש לשלול ולפסול את כל תקפו החוקי של סעיף 181.

8. ולפני סיימי פרשה זו, ברצוני לנגוע קצרות בנקודה נוספת, הממציאה אף היא, ובדרך אחרת לגמרי, פתרון פשוט ומלא לבעית חופש המצפון והדת. מודעת זאת, כי סעיף 17 של דבר המלך קובע סייג אחד לאיסור הפגיעה בחופש המצפון והוא: אם הדבר נחוץ "למען קיומו של הסדר הציבורי והמוסרי" (אל תקרי: והמוסרי, אלא: או המוסרי). ד"ר וינר, מצדו, קובע סייג לסייג וטוען, כי "ציבור" כאן פירושו: כל הציבור, ולא חלק הימנו. איני יודע תורה זו מנין, ובפרט אם יש

9 פסקי־דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב 1951 השופט זילברג

לה, או היה לה, מקום בתנאי החיים של ארץ־ישראל המנדטורית. לי נראה כי לגבי אוכלוסיה היתירונית, רבת גוונים וצבע־תרבות, כזו של א"י המנדטורית, יכולים אנו יפה מאד לתאר לעצמנו, כי הוראת־חוק מסויימת תהא נחוצה ל"שמירת הסדר" בסקטור אחד בלבד, מתוך הסקטורים השונים של תושבי הארץ. לא יתואר כמעט, שלא יהא הדבר כן, והמלה "סדר", פירושה לאו דוקא: מניעת מהומות. היא כוללת גם שמירה והסדר של צורות־חיים וערכי־תרבות מסויימים, אשר אותו הלק" ציבור מיוחד מעונין בהם וחפץ ביקרם. ואם כך הדבר, הרי התיקון לסעיף 181, אשר קם ונהיה תחת לחץ הציבור היהודי הרחב, הוא כשר בתכלית, ואין למצוא בו פגם ודופי, אפילו תוך מיצוי כל חומר הדין של ההגבלה האמורה בסעיף 17. אפשר היה, בעצם, לפתור ולפטור את הבעיה דגן כולה מתוך אספקלריא זו בלבד; אך מכיון שלדעתי לא היתה כאן בכלל פגיעה כל שהיא בחופש המצפון והדת, לכן ראיתי צורך לדון בסעיפים הקודמים גם בצדדים האחרים של השאלה.

9. ומכאן לטענתו השניה, היותר רצינית, של בא"כ המערער, היא טענת הפליה. זו היא טענה שאין לזלזל בה, — היא "צריכה לפנים וצריכה רבה". לגביה, על כל פנים, אין תפיסה לרעיון שהובע לעיל בסעיף הקודם, יען כי הוראת סעיף 17 אוסרת את הפליה מכל מקום — היינו: אפילו אם נתון הדבר לשמירת הסדר הציבורי — שכן הושמט סייג זה מתוך הסיפא של הסעיף.

זוה לשון סופו של סעיף 17, כפי שנוסח בסעיף 3 לדבר המלך במועצה (תיקון), 1923: —

"... לא תנתן שום פקודה... אשר מגמתה היא להפלות, באיזו דרך שהיא, בין תושבי א"י על יסוד גזע, דת או לשון."

טענתו של ד"ר וינר, בקיצור מופלג, היא, כי מאחר שלפי תכנו המעשי והממשי של סעיף 181, הותרה הביגמיה (רבוי נשים) למושלמים, ונאסרה ליהודים ונצריים, הרי שהחוק הפלה, מטעמי דת, בין אדם לחברו. למען הדיוק: אין ד"ר וינר קובל, ואינו יכול לקבול על כך, שהביגמיה הותרה למושלמים, והם כביכול הופלו לטובה; היא לא הותרה להם על ידי האקט התחיקתי, אלא הם מותרים ועומדים בה מלפני מתן החוק, עיקר טענתו הוא, כי סעיף 181 אוסר את הביגמיה ליהודים יותר מאשר לבני כל עדה אחרת, כי שלא כדרך שאר העדות, היא נאסרה עליהם אפילו במקום שהחוק הדתי שלהם מתיר את הדבר (ראה נוסחו של סעיף קטן (ג) ודו"ק). — נמצא שהחוק הפלה כאן, והפלה לרעה, את בני העדה היהודית.

10. ועדיין אין אנו יודעים, על מה בדיוק קובל בא"כ המערער: על הפליה

גזעית, או על הפליה דתית? אך נראה הדבר, כי ד"ר ויגר רואה כאן הפליה דתית דוקא, שכן הוא הטעים וחזר והטעים לפנינו, כי סעיף 181 תולה את הפליתו בטיבו של החוק החל על נשואי העבריים: אם אותו חוק הוא דיני ישראל (Jewish Law), או "חוק שאינו דיני ישראל".

א

11. ולי נראה כי דוקא שם, במלים הללו ובהגדרה ההיא, מתגלה מקום התורפה של טענת בא-כח המערער. הבה נתבונן לנוסחו של הסעיף: —

„... אך תהא זו הגנה טובה כלפי האשמה על פי סעיף זה להוכיח: —

(ג) כי חוק הנשואין החל על הבעל, הן בשעת עריכת הנשואין הראשונים והן בשעת עריכת הנשואין השניים, היה חוק שאינו דיני ישראל, והוא התיר לו לקחת יותר מאשה אחת; או

ג

(ד) כי חוק הנשואין החל על הבעל, הן בשעת עריכת הנשואין הראשונים והן בשעת עריכת הנשואין השניים, היה דיני ישראל, וכי פסק דין סופי מאת בית דין רבני של העדה היהודית, המאושר על ידי שני הרבנים הראשיים לא"י, והנותן לו היתר לנשואין שניים, הושג על ידו לפני עריכת נשואיו השניים.“

ד

נמצינו למדים שני דברים: —

(א) כי סעיף 181 תולה את ההרשעה והעונש, לא בהשתייכותו הגזעית של העבריין, ולא בהשתייכות הדתית שלו, אלא במבחן שלישי, שונה משניהם, והוא: מה הוא החוק, על פיו נדונים עניני הנשואין של העבריין;

ה

(ב) כי כל ההבדל כולו בין שני הסוגים מתבטא, למעשה, בנקייה אחת בלבד: בעוד אשר אדם שאין חוקו דיני ישראל, די לו אם יוכיח, אפילו בשעת הדיון בעבירה גופו, כי החוק האישי שלו, היינו: החוק שעל פיו נדונים עניני נשואיו, מתיר לו לשאת יותר מאשה אחת, — הרי אדם הכפוף לדיני ישראל, חייב להוכיח כי כבר לפני עריכת נשואיו השניים, השיג תעודה מסוימת, הקובעת כי מותר לו, באופן אינדיווידואלי, לשאת אשה שניה. לשון אחרת: לגבי אדם כזה — מן הסוג השני — אין בית המשפט הפלילי מסתפק בעדות של מומחה,

ו

בחוות-דעת משפטית מופשטת, אלא דורש הצגת תעודה אישית קונקרטיית, שניתנה לו, למרבה הנשים, לפני שאתו את אשתו השנייה.

12. וזוה נסתרה כליל, כפי שכבר רמזתי, טענת ההפליה של בא"כח המערער. לשם הסברת הרעיון, עלינו לפרוש קמעא לפרשת מעמדם החוקי המיוחד של עניני המצב האישי, ולמקום שהם תופסים במסגרת המשפט האזרחי, הכללי, של המדינה.

13. המחוקק הא"י, כידוע לכל בר-בירב, התנצל מעליו את סמכותו לקבוע הלכות חדשות משלו בעניני המצב האישי, ומטעמים ידועים ומובנים הוא מסר, בדרך כלל, את הסדר ענינים אלה — הן מבחינה פרוצסואלית והן מבחינה מטרי-אלית — לחוקים הדתיים השונים של העדות השונות. אזרח ארץ-ישראל, בן לאחת העדות המוכרות, עניני נשואיו וגירושו נדונים, גם בבתי המשפט האזרחיים (כאשר השאלה, למשל, מופיעה לפניו בצורה אינצידנטלית), על פי דיני החוק הדתי של העדה המתאימה, והוא הדין: חובת מזונותיו (מסוג "מיינטננס") של בעל, ארץ-ישראלי, בתביעה המוגשת נגדו לבית המשפט המחוזי, ועוד ענינים אחרים כיוצא בהם זולתם.

עד כאן הדברים גלויים וידועים, פשוטים, פשוטים "כביעתא בכותחא" (*), ואין צורך לכאורה להרחיב את הדיבור עליהם. ואולם השאלה המעניינת, שאינה כל כך פשוטה, היא: מה פירושו של דבר? האם המחוקק הא"י השאיר כאן, מבחינה תחיקתית, חלל ריק, והוא משתמש לגבי הענינים ההם בנורמות משפטיות זרות, שאינן תופסות מקום במערכת החוקים שלו, או דילמא: המחוקק הא"י גופו סיגל לעצמו את הנורמות המשפטיות ההן, ועשאן חלק אינטגרלי של שיטת המשפט האזרחי, הכללי, שלו? ואין זו שאלה רעיונית-אקדמית גרידא, כפי שנראה מיד בהמשך הדברים.

14. והנה, אם עד שנת 1945 יכול היה אדם לגמגם בדבר, הרי עם התפרסם פקודת הפירושים, 1945, נפשטה הבעיה כליל, ואין מקום עוד לספקות כל עיקר. סעיף 2 של הפקודה הנ"ל קובע בפירוש, כי המונח "חוק" כולל גם "את החוק הדתי (שבכתב ובעל פה) ... שהוא בר תוקף, או שיהא בעתיד בר תוקף, בא"י". דברים כדרכנות, ופירושים למותר! כאן גילה המחוקק את דעתו, בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, כי החוק הדתי, עד כמה שהוא בר תוקף בא"י, מהווה הוא עצמו חלק אינטגרלי של משפט המדינה, זאת אומרת: אם בית המשפט המחוזי דן, למשל, בחובת מזונותיו של בעל יהודי נתין א"י, והוא משתמש — כפי שהוא חייב לעשות — בדיני ישראל, הרי רואים, כביכול, אותם דיני ישראל הרגים בשאלה, כאילו

(*). ביצה בכותח", פתגם מקובל בספרות התלמודית לציון דבר שהוא פשוט בתכלית.

נחקקו על לוח החוקים של משפט המדינה, וזו היא גם הגישה ההגיונית, האפשרית היחידה, לענין. החוק הדתי איננו "ומורת זר" שהורכבה מבחוץ על גזע האילן, אלא הוא עצמו, עד כמה שהוכר, משתלב שילוב מלא בגופו של אילן, ונוטל חלק מגיע בפירותיו ודליותיו.

א

15. נחזור לעניננו, ונראה מה השפעה יש להשקפה זו על השאלה דנן. ההשפעה היא גלויה וברורה: הרעיון העיקרי המונח ביסוד סעיף 181 — ביסוד כל הוראות הסעיף — הוא למנוע התנגשות פנימית והסרת הגיון בין חלקיו השונים של חוק המדינה. כי הואיל ובשטח המשפט האזרחי, אין הסדר אחיד "שווה של דיני נשואין וגירושין לכל תושבי הארץ, אלא עדה ועדה ודיניה, עדה עדה ודפוסייה וצורותיה, הרי לא מן המדה יהא לקבוע, בשטח המשפט הפלילי, מטבע אחד ושווה לכל סוגי התושבים. לא יתכן להשלים עם העדר-תיאום וסתירה בין "ההיתר" האזרחי של הכיגמיה, לבין האיסור הפלילי שלה. לכן אמר המחוקק, כי הכלל הוא:

ב

ג

אם החוק האזרחי — היינו: "החוק הדתי" על פיו נדונות השאלות האזרחיות של נשואי העבדיין — מתיר לו לקחת יותר מאשה אחת, אין הוא (המחוקק) רוצה לאסור עליו את הדבר מבחינת החוק הפלילי. אבל כאן הוא נתקל בקושי אחד: לגבי בני העדה היהודית, או בלשון המחוקק: לגבי אנשים אשר "החוק החל על נשואיהם הוא דיני ישראל". כי החוק הדתי היהודי מכיר, אמנם, בתקפם של נשואי כיגמיה — היינו: רבוי נשים — אבל הוא אינו "מתיר" אותם בצורה כללית

ד

ובהחלט גמור, אלא להיפך, מתיחס אליהם בדרך כלל יחס שלילי, ואינו מתיר אותם אלא תוך סייגים ותנאים מרובים. כאן מצא המחוקק עצמו ניצב מול תסבוכת גדולה — תסבוכת משפטית מרובה — שלא מצא בה ידיו ורגליו, ולא האמין כי יוכל בעצמו לפתור את הבעיה. כי מי יכרר ומי יחליט, אם אותו מרבה נשים מותר באמת, על פי דיני ישראל, לשאת לו אשה שניה, וכלום יוכרע הדבר, בשאלה חשובה ומסובכת שכזאת, על פי דברי המומחים שיושמעו לאחר מעשה באוני בית המשפט? מה עשה, איפוא, המחוקק? הלך וקבע מנגנון מיוחד — את בית הדין הרבני של העדה היהודית, בצירוף שני הרבנים הראשיים לא"י — ומסר לידם, ורק לידם, את ההכרעה בשאלה, אם יש להתיר — וממילא לפטור מעונש — את נשואי השניים של הבעל, או לא.

ה

קיצורו של דבר: המחוקק לא נהג כאן איפה ואיפה, ולא הפלה הפליה כל שהיא מבחינת הדת והגזע. גם לגבי יהודים לא נסוג המחוקק מן הרעיון היסודי, כי אין להפריד בין האספקלריא האזרחית והאספקלריא הפלילית של רבוי הנשים, אלא שנרתע מלהסתכל בעצמו באספקלריא האזרחית — כי לא שכח את לקח הכשלון שנכשל בו בשנת 1938 — ומסר את הדבר לידים יותר מוסמכות: ליד בית הדין הדתי והרבנים הראשיים, אשר ידונו בענין לפני היעשות המעשה. אין כאן, איפוא, לא הפליה גזעית ולא הפליה דתית, ולא הפליה סתם, אלא פועל יוצא

ו

הכרחי מן השוני המשפטי של אותם חלקי-חוק, אשר על פיהם הסדיר המחוקק את עניני האישות של האזרח. כי אם בתחומי החוק האזרחי של עניני האישות נאלץ המחוקק לקבוע, באמצעות החוקים הדתיים, נורמות משפטיות שונות לכל עדה ועדה — ומעולם לא ערער אדם על כך! — הרי כל מה שעשה כאן, בשטח החוק הפלילי, לא היה אלא הסקת מסקנה מעשית והגיונית מתוך השוני המשפטי האזרחי הנ"ל.

16. ועוד סניף אחד לשאלה, זה שנגע בו, בכשרון ובטעם, פרקליט המדינה בהסתמכו על פסקי דין שניתנו על ידי בתי המשפט של אמריקה, וביחוד על רעיון שהובע במשפט אחד 31 Lindsley v. Natural Carbonic Gas Co., (1911), Supreme Court Reporter 338 (2), על ידי שופט בית המשפט העליון וון דיוונטר. לא כל הפליה — "הפליה" שמה, יש והיא אינה אלא "הבחנה" בלבד. "הבחנה" כיצד? כאשר קיים שוני ממשי בין המופלים, מאיזו בחינה הגיונית שהיא, וההפליה איננה שרירותית (עיי'ן שם, ע' 340, טור שני). כי הרעיון המונח ביסוד איסור ההפליה הוא: שלא לקפח אדם רק בשל השתייכותו הגזעית או הדתית, והוא אינו תופס כאשר אין "רק" ואין "קיפות". ואף ההפליה שבסעיף 181, הבחנה היא, אין מענישין את מרבה-הנשים מפני שהוא בן דת משה, אלא מונעין אותו, על ידי גזירת הכתוב והעונש, מלעשות את המעשה. מפני שהחברה שהוא נמנה עמה — העדה היהודית — קבעה ומצאה, כי רבוי הנשים אינו עולה בקנה אחד עם מושגי המוסר והתרבות שלה; כי היא אינה יכולה לעמוד עוד בהיתר המעשה הלז; והיא ביקשה את המחוקק, והוא נענה לה, לאסור עליה, לטובתה היא, את רבוי הנשים. לכן אין כאן הפליה אסורה, אלא הבחנה מותרת, שאינה סותרת כלל את הציווי האמור בסעיף 17. למעשה דומה רעיון זה לרעיון שהובע לעיל בסעיפים 14 ו-15, ולעולם אינם אלא שני פנים של מטבע רעיוני אחד.

17. ולבסוף ברצוני לציין, כי אני מצטרף ללא כל הסתייגות למסקנות שהגיע אליהן נשיא בית המשפט המחוזי המלומד, בנוגע לתקפו של החרם דרבנו גרשום, והיקף חלותו כאן בארץ. הלכה רווחת היא כי החדר"ג — או: המנהג ששרד הימנו אחרי סוף האלף החמישי (עי' שו"ת חתם סופר, חלק אה"ע, סי' ד') — כוחו יפה כאן בארץ, והוא מחייב את כל הבא בשעריה. האסמכתאות לכך צוטטו במלואן בפסק דינו של השופט המלומד, רצוני להוסיף רק, כי כבר בתקופת האמוראים — כ-700 שנה ויותר לפני החדר"ג — התבלטה פה ושם נטיה רוחנית נגד רבוי הנשים. אם האמורא ר' אמי, שחי במאה הרביעית, אמר: "שאני אומר: כל הנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה" (יבמות, דף ס"ה ע"א) — שים לב לפתיחה התקיפה: "שאני אומר!" — הרי שהיו מהלכים לדעה זו, או שביקשו לתת לה מהלכים, כבר בתקופה הרחוקה ההיא, ואפילו רבא, בר פלוגתיה של ר' אמי באותה הלכה, החולק

הנשיא

פסקי-דין, כרך ה', תשי"א/תשי"ב-1951

עליו ואומר: "נושא אדם כמה נשים על אשתו, והוא דאית ליה למיזינינהו" (שם) (*). אף הוא גילה את דעתו בעקיפין במקום אחר, ו"לקח במושלם" (took it for granted בלע"ז), כי אין זה מטבע הרברים כלל, שישא אדם יותר מאשה אחת, וכי יש צורך, מוסרי לפחות, לקבל על כך את הסכמת האשה הראשונה (ראה תשובתו של רבא לאביי, בקדושין דף ז' ע"א: "הכי קאמר לה: דאי בעינא למינסב אחריתי נסיבנא", תרגומו בעברית: כך אמר לה (בשעת קדושין): "שאם ארצה לשאת אחרת — אשא"). כל היודע לקרוא בין השיטין, ימצא קטעי-רעיונות כאלה מפוזרים לרוב על פני ספרותנו העתיקה, ואין כאן מקום להאריך.

א

ב

קיצורו של דבר: הביגמיה לא היתה מעולם מוסד מושרש, או קבוע ומקובל, בחיי האומה הישראלית — היא "נסבלה" רק, אם ניתן להאמר כך — ומה שיסד רבנו גרשום מאור הגולה בתחילת המאה האחת-עשרה, לא היה אלא גולת הכותרת להתפתחות איטית, עמומה ועמוקה, שפעלה ותססה במרוצת הדורות.

ג

דעתי היא, איפוא, כי יש לדחות את הערעור, ולאשר את ההרשעה.

הנשיא: קראתי את פסקי הדין של חברי השופטים זילברג ולנדוי, ואין לי מה להוסיף על דבריהם. שניהם — כל אחד ב"דבר דבור על אפניו" — באו למסקנה, כי יש לדחות את הערעור על ההרשעה, ואני מצטרף לדעתם זו.

ד

אנו דוחים איפוא את הערעור על ההרשעה.

אחרי שמיעת ב"כ המערער, המערער עצמו ופרקליט המחוז, אין אנו מוצאים כל טעם להמתקת הדין. אנו דוחים איפוא גם את הערעור על גזר-הדין. אנו מאשרים את פסק-הדין ואת גזר-הדין של בית-המשפט המחוזי.

ה

המערער יכלא לתקופת שנה אחת מאסר מהיום.

ניתן בפומבי היום כ"א באדר ב', תשי"א (29.3.51).

ו

במעמד המערער וב"כ עוה"ד ד"ר וינר

ובמעמד מר ע. הדיה, פרקליט המחוז.

ז

(* בתנאי שיש בידו לספק מונוגרתיהן.)