

הנחיות היועץ המשפטי לממשלה	משפט מינהלי וקונסטיטוציוני מתן היתר לריבוי נישואין
כ' אייר תשל"ה 1 מאי 1975	21.631

### מתן היתר לריבוי נישואין

בע"פ 596/73 תמוזי בן חסן עלי מחאמיד נגד מדינת ישראל (פ"ד כח(1) 777) העלה השופט חיים כהן הערות בקשר להפליה לכאורה במתן היתרים לריבוי נישואין. ואלו סעיפי החוק הנוגעים לעניין שבפנינו:

1. סעיפים 5 ו-6 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), התשי"ט - 1959 הקובעים:

"5. היה הדין החל על הנישואין החדשים דין התורה, לא יורשע אדם על עבירה לפי סעיף 2 אם הנישואין החדשים נערכו לאחר שניתן לו היתר נישואין לפי פסק דין סופי של בית דין רבני ופסק הדין אושר ע"י מי שנתמנה לכך ע"י מועצת הרבנות הראשית לישראל".

"6. לא היה הדין החל על הנישואין החדשים דין התורה, לא יורשע אדם על עבירה לפי סעיף 2 אם הנישואים החדשים נערכו לאחר שהותרו לפי פסק דין סופי של בית הדין המוסמך על סמך אחד מאלה:  
(1) בן זוגו מנישואין הקודמים אינו מסוגל, מחמת מחלת נפש שלקה בה, להסכים להפקעת הנישואין או לביטוחם או להשתתף בהליך או בפעולה להפקעתם או לביטולם;  
(2) בן זוגו מנישואין הקודמים נעדר בנסיבות המעוררות חשש סביר לחייו ולא נודעו עקבותיו לפחות שבע שנים".

2. כב' השופט כהן הקשה על כך מדוע ראה המחוקק להפלות בין יהודי למי שאינו יהודי בקבעו לגבי יהודי הסדר בסעיף 5 שאיננו חל על מי שאינו יהודי.

3. לפני שנברר את הבעיה שעורר השופט כהן וביקש פתרונה מידי המחוקק ראוי שנסקור את השתלשלות החקיקה בנושא זה:

(א) בתקופת המנדט ובמדינה עד לחקיקת חוק שיווי זכויות האישה, תשי"א - 1951 לא היוותה הביגמיה עבירה לגבי מוסלמים שכן הדין המוסלמי התיר

לגבר המוסלמי לשאת יותר מאישה אחת וסעיף 181 לפח"פ, 1936, אשר קבע את עבירת הביגמיה, קבע בו גם סייג של "הגנות טובות" ובהן את ההגנה שבפסקה (ג) בה נאמר:

**"(c) that the law governing the personal status of the husband both at the date of the first and at the date of the subsequent marriage allowed him to have more than one wife."**

בשנת 1947 הוחלף סעיף 181 כולל ופסקה (ג) הנ"ל נוסחה מחדש אולם ההגנה נשארה בתוקפה; וזה לשון הפסקה בנוסחה משנת 1947:

**"(c) that the law as to marriage applicable to the husband both at the date of the former marriage and at the date of the subsequent marriage was a law other than Jewish law and allowed him to have more than one wife, or..."**

(ב) סעיף 181 המקורי משנת 1936 לא התאים ליהודים: לפי הרישא:

**"Any person who, having a husband or wife living, marries in any case in which such marriage is void by reason of its taking place during the life of such husband or wife, is guilty of a felony and is liable to imprisonment for five years. Such felony is termed bigamy"**.

לאור נוסח זה לא יכול היה הגבר היהודי לעבור עבירת ביגמיה כלל, שהרי הנישואין השניים אינם בטלים לפי דין תורה. אם תאמר שהרישא הנ"ל חלה עליו הרי לא היתה מועילה לו ההגנה שבפסקה (ב) והיא:

**"(b) the continuous absence of the former husband or wife, as the case may be, at the time of the subsequent marriage, for the space of seven years then last past without knowledge or information that such former husband or wife was alive within that period; or..."**

שכן אין הגנה זו תואמת את ההלכה היהודית.

(ג) על כן על-פי פניית מועצת הרבנות הראשית ובהתחשב עם דיני הנישואין החלים על יהודים, נוסח סעיף 181 לפח"פ בשנת 1947 מחדש והוספה בו גם הגנה מיוחדת ליהודים בפסקה (ד) בה נאמר:

**"(d) that the law as to marriage applicable to the husband both at the date of the former marriage and at the date of the subsequent marriage was Jewish law and that a final decree of a Rabbinical Court of the Jewish Community, ratified by the two chief Rabbis for Palestine and giving permission for the subsequent marriage, had been obtained prior to the subsequent marriage."**

פסקה (ב) החדשה, שגם היא דנה בהיעדרות במשך מספר שנים, כקודמתה, יוחדה ללא יהודים בלבד.

(ד) בחוק שיווי זכויות האישה שונה המצב האמור לעיל, לגבי מוסלמים בלבד: סעיף 8(א) של החוק ביטל את פסקה (ג) הנ"ל של הסייג לסעיף 181. לגבי ביטול פסקה (ג) נאמר בדברי ההסבר של הצעת החוק (הצעות חוק, תשי"א, עמ' 192):

**"(1) לפי פסקה (ג) של הסייג לסעיף 181, אין להרשיע אדם על ביגמיה, אם חוק הנישואין החל עליו הוא חוק עדה דתית המתיר ריבוי נישואין. התיקון המוצע בא להטיל את איסור הביגמיה על בני כל העדות במדינת ישראל."**

שר המשפטים דאז אמר בכנסת בעת הקריאה הראשונה (דברי הכנסת ט', עמ' 2006):

**"את הסעיף 7 כבר הזכרתי. בסעיף 8 מציעים תיקון לחוק הפלילי בעניין ביגמיה. סעיף זה בא לתקן את החוק הפלילי הקיים במדינה בשני עניינים חשובים הנוגעים לשוויוניה של האישה ולמעמדה במשפחה ובחברה. הביגמיה, שהוא המונח המשפטי המקובל בחוק גם לפוליגמיה, היא שריד התקופה הקדומה בתולדות האדם כל ארצות התרבות בהתפתחותן ראו צורך לבטל את הביגמיה במידה שהיתה קיימת בהן, וגם כפו את הביטול על אותם חלקי החברה שהחוק הדתי שלהם התיר להם ריבוי נשים. אם כי לפי דיני הדת היהודית אין הביגמיה אסור והיא גם היתה נהוגה בעמנו בימים קודמים ראו בה חכמינו ומורי הלכה שלנו בתקופות שונות נזק מוסרי ורוחני; וזה מאות בשנים שלפי הוראה של רבנו גרשום מאור הגולה, שנתקבלו, כמעט על כל חלקי היהדות בגולה ובא"י, נאסרה הביגמיה על אדם מישראל. רק בחלקים קטנים של עמנו, שהיו מנותקים מהגוף העיקרי והמתקדם של העם, נשמר הדבר הזה, אך הוא הולך ובטל מן העולם עם עליית שבטים אלה למדינת ישראל ועם השתרשותם והיקלטותם בחיי החברה הישראלית. עלינו לקבוע שגם המדינות המוסלמיות או מדינות שיש בהן חלק ניכר של האוכלוסיה שלפי מסורתו ודיניו הביגמיה מותרת וגם נהוגה - ראו צורך לעצמן, לשם העלאת הרמה התרבותיות של אזרחיהן, לשם טיפוח אחידותה של המשפחה, למנוע ביגמיה. תורתה היסודית של החברה התרבותית המודרנית היא לאסור על קיום המושג הזה, וכפו את האיסור בדרך של חוק על כל האוכלוסיה. לדוגמה נציין את איסור הביגמיה גם לגבי**

האוכלוסיה המוסלמית באנגליה, ברוסיה אחרי המהפכה, וכמו כן לגבי האוכלוסיה המורמונית בארצות הברית ובתורכיה - המדינה המוסלמית. לפי החוק הפלילי הקיים חל אסור הביגמיה על נוצרים וכן על כל היהודים לעדותיהם - הן אלה שהאיסור חל עליהם מכח חרם דרבנו גרשום והן אלה שאינם רואים את עצמם כפופים לחרם זה. החוק הקיים מתיר איפוא את הביגמיה למוסלמים בלבד. החוק המוצע בא לבטל גם היתר זה. מעתה יהיה האיסור כללי. החוק יאסור את הביגמיה על כל תושבי המדינה ללא הבדל עדה דתית, וישליט את המונוגמיה כצורת הנישואים היחידה, כיאה לחברה תרבותית".

(ה) לביטול פסקה (ג) היתה הסתייגות בקריאה שניה של חבר הכנסת ג'רג'ורה, אותה נימק חבר הכנסת קליבנוב (דברי הכנסת ט', עמ' 2184):

"לפי הצעת החוק בסעיף 8(א) שלפנינו, תבטל פסקה ג' הנ"ל והחוק הדתי לא ישמש עוד הגנה מפני האשמה בביגמיה. כלומר: אנחנו כופים על אזרחי ישראל המוסלמים את המונוגמיה ואוסרים עליהם לשאת יותר מאישה אחת. עד כמה שהדבר נוגע ליהודים, האיסור של ביגמיה חל על כולם, גם על אותן העדות היהודיות שבאו ממקומות שבהם היו מקובלים נישואין עם יותר מאישה אחת. אך אני שואל את כל הסייעות היושבות בכנסת הזאת: האם כבר הגיע הזמן לכפות את החוק הזה גם על העדה המוסלמית היושבת בארץ? הייתי רוצה שחברי הכנסת יחשבו ויעיינו בדבר הזה עיין היטב".

יזהר הררי (המפלגה הפרוגרסיבית): התשובה חיובית. הגיע הזמן.

ראש הממשלה ד. בן-גוריון: מה ה"עיון" של סיעתך?

יעקב קליבנוב (הציונים הכלליים): הסיעה שלי מתנגדת לכך. אין אנחנו חושבים שהגיע הזמן לכך. הדבר כלול לגרום נזק פוליטי חמור למדינתנו, הן ביחסינו עם אזרחינו המוסלמים וכן בעמדתנו לגבי הארצות השכנות. החופש לשאת יותר מאישה אחת הוא אחד מהעיקרים המקודשים של הדת המוסלמית ולא מן התבונה לפגוע בו. אם מותר להביא בעניין זה דוגמות מארצות אחרות, הרי ברוסיה הסובייטית, שהיא בוודאי קיצונית הרבה יותר מאתנו בדברים הנגועים לחתירה תחת המסורת הדתית והווי המשפחה, עברו שנים רבות עד שהמשטר הקומוניסטי כפה את המונוגמיה של העמים השונים שברוסיה האסיאתית ועל העם הטאטארי בתוך רוסיה האירופית. הצעד המוצע פה עלול לעורר תגובה קשה מאוד, וכבר עורר תגובה קשה, מכמה צדדים בעדה המוסלמית.

יזהר הררי (המפלגה הפרוגרסיבית): הקידמה מעוררת תמיד בהתחלה תגובה קשה.

יעקב קליבנוב (הציונים הכלליים): ודאי יגיע פעם הזמן, ואולי לא רחוק הוא, בו תונהג מונוגמיה גם בעדה המוסלמית, אבל לדעתנו זמן זה עדיין לא הגיע. אין צורך ליצור שטחי מריבה חדשים נוספים, שאין בהם הכרח, בתנאים הנוכחיים במדינתנו. אני מצטרף להסתייגותו של חבר הכנסת ג'רג'ורה, שאין זה מן התבונה לקבל את החוק בסעיף זה בצורתו המוצעת."

(ו) תגובת ראש הממשלה היתה (עמ' 2191):

"מר בר-יהודה כנראה סבור כעו"ד מר קליבנוב, כי עפ"י הדין המוסלמי חייב כל מוסלמי לשאת נשים אחדות. איני מומחה למשפט האיסלאם אבל במקרה למדתי משפט זה במקורו לפני הרבה שנים, עוד לפני מלחמת העולם הראשונה, ולמדתי אותו באוניברסיטה מוסלמית מפי מורים מוסלמים, ומורי התורכים לימדו אותי שלמוסלמי מותר לקחת עד ארבע נשים - אבל אין חובה כזאת. זה היה עוד לפני הופעת אתא-תורק, אשר אסר על ריבוי נשים בתורכיה. רוב הגברים בעולם המוסלמי נושא למעשה רק אשה אחת, מטעם פשוט - שמספר הנשים והגברים הוא כמעט שווה בכל ארץ. אין בקרב המוסלמים חוקים ביולוגיים מיוחדים. ואין יולדים נערו בהרבה יותר מנערים, ואי אפשר לכל מוסלמי לשאת הרבה נשים. אמנם הפחות והאפנדים העשירים היו נושאים נשים אחדות, והיו לעתים קרובות מביאים לשם כך נשים מארצות אחרות, כגון מקווקז. אבל טעה העו"ד קליבנוב בחשבו שחובה דתית על מוסלמי לשאת כמה וכמה נשים. המדינה המוסלמית הגדולה ביותר במזרח התיכון כבר אסרה ריבוי נשים, ואין בכך כל פגיעה בדין המוסלמי. יש אולי פגיעה במסורת, אבל אין זו פגיעה בדת. כך לפחות למדתי מפרופסורים מוסלמים ומספרות מוסלמית. המוסלמים במדינתנו יוסיפו להתחתן עפ"י הדין המוסלמי, אבל כמו בתורכיה לא יורשו לשאת יותר מאשה אחת. יש מוסלמים גם באנגליה וגם באמריקה, וריבוי נשים אסור בארצות אלה, ואין איש רואה בכך פגיעה באיסלאם. מה שמציע ח"כ קליבנוב - הוא השפלת האשה בכלל, והשפלת האשה המוסלמית בפרט. אנו אוסרים על תימנים ריבוי נשים - מפני שאנו רואים בריבוי נשים עלבון האדם, עלבון האשה כאדם. ואם נתיר ריבוי נשים בקרב המוסלמים פירוש הדבר שאנו מפקירים האשה המוסלמית ואנו מפלים בין אישה לאשה. ומכיון שהתחייבנו על שיווי זכויות לאשה - אין אנו רשאים להשאיר אפליה לגבי האשה המוסלמית."

(ז) הכנסת לא קיבלה את ההסתייגות. עם קבלת חוק שיווי זכויות האשה נותרה למוסלמי איפוא רק הגנה אחת והיא זאת הנקובה בפסקה (ב) לסעיף 181 - היעדרות. וליהודי נשארה ההגנה שבפסקה (ד) של אותו סעיף.

(ח) החוק לתיקון דיני עונשין (ריבוי נישואין), התשי"ט - 1959 הסדיר מחדש את דיני הביגמיה וביטל את סעיפים הביגמיה של פח"פ, 1936. לגבי יהודים חזרו בסעיף 5 לחוק על האמור בסעיף 181 (ד) לפח"פ (פרט לשינויים שאינם לענייננו כאן) ואילו לגבי לא יהודים, לרבות מוסלמים, חזרו בסעיף 6 על האמור בסעיף 181(ב) - היעדרות והוסיפו הגנה נוספת - זאת של מחלת נפש.

וכך נאמר בדברי ההסבר :

"סעיף 5 שבהצעה משאיר את המצב החוקי הקיים לפי לא יורשע אדם שעל נישואיו החדשים חל דין התורה, היינו יהודי בישראל בעבירת ביגמיה על נישואיו החדשים, באם לפני נישואין אלה ניתן לו היתר לעריכתם מאת בית הדין הרבני, וההיתר מאושר בידי שני הרבנים הראשיים לישראל. התנאים והנסיבות בהן ניתן היתר זה מוגדרים ע"י ההלכה העברית..."

ולעניין סעיף 6 :

"ההצעה באה להוסיף הגנה אחת נוספת, והיא - שאם אחד מבני הזוג לקה במחלת נפש השוללת ממנו אפשרות השתתפות בהפקעת הנישואין או ביטולם. ע"י כך ניתנה גם ליתר תושבי המדינה ובמיוחד למוסלמים אותה הגנה ממנה נהנים עכשיו התושבים היהודים באמצעות היתר הנישואין הניתן, עפ"י הרוב, רק במקרים של מחלקת נפש אצל האשה. ההצעה מתנה את שתי ההגנות גם יחד, היעדרות ומחלת נפש, בקבלת פס"ד של בי"ד מוסמך המתיר את הנישואין החדשים על סמך אחת משתי סיבות אלה."

ובקריאה ראשונה בכנסת אמר שר המשפטים לענין סעיף 6 (ע' 263, 264) :

"אני מסב את תשומת לבכם בעיקר לסעיף שבא כעת, מכיוון שזהו הסעיף אשר הניע אותנו בעיקר להגיש את החוק עכשיו. בגלל הצורך בסעיף הזה יש דחיפות מסוימת לחוק הזה, מכיוון שהסעיף בא לענות במידה מסוימת - אם גם במידה מוגבלת - לתלונות שנשמעו, בעיקר מצד התושבים המוסלמים. הסעיף הזה, שאקרא עכשיו לפניכם, בא להנהיג אצל נוצרים ומוסלמים אותן ההקלות בערך אשר היתר-מאה-רבנים מעניק ליהודים. יש כאן הבדלים, אבל יש דמיון מסוים... התיקון הדחוף ביותר הוא בסעיף 6, הנוגע בעיקר לנישואין שנערכו לא לפי דין תורה, כי אם לפי דין דתי אחר. אגב עיון בקובלנות מצד תושבים ואזרחים מוסלמיים בעיקר, אשר כידוע לכם לא כולם השלימו עם ביטול הפולוגמיה, עמדנו על עוד כמה ליקויים בחוק הקיים, הנוגעים בעיקר מתוך פסקי דין של בתי המשפט שלנו. עוד אסביר זאת."

ולעניין סעיף 5 (עמ' 265) :

"... התיקון השני שנעשה אז קבע - וזהו מה שחשוב לענייננו - הוא שאם הבעל הוא יהודי ובידו היתר נישואין מקויים בידי שני הרבנים

הראשיים המתיר לו לשאת אשה שניה, אזי אין בעל זה אשם בעבירת ביגמיה. לא ארחיב כאן את הדיבור על היתר הנישואין, ואומר רק בקצרה כי לפי ההלכה העברית המקורית מותר היה לבעל לשאת יותר מאשה אחת. לפני למעלה מתשע מאות שנה החרים רבינו גרשום מאור הגולה את כל מי שנושא אשה על אשתו - וזהו האיסור הידוע בשם חרם דרבינו גרשום. אך ישנם מקרים מסוימים שמותר לבית הדין הרבני לתת לבעל היתר נישואין, היינו היתר לשאת אשה על אשתו, בכפוף לתנאים מסוימים שעל הבעל למלא אותם. רוב המקרים שבהם ניתן היתר כזה, והוא ניתן לא כל כך בקלות, הם כאשר האשה חולת נפש במצב כזה שאינה מסוגלת, ולא תהא מסוגלת, לקבל גט מבעלה. ההצעה שלפניכם מקיימת כאמור יוצר מן הכלל זה בעניין עבירת ביגמיה לגבי יהודים...".

4. עד כאן ההשתלשלות החקיקתית. סיכומה הוא כדלהלן:

א. בכל התקופות היה שוני בהוראות שחלו לעניין ביגמיה בין יהודים לבין לא יהודים, ועד לחקיקת חוק שיווי זכויות האשה בשנת 1951 היה שוני גם בין מי שאינם יהודים לבין עצמם.

ב. עד שנת שנת 1951 -

(א) לא היתה הביגמיה אסורה על המוסלמים כלל (וכן על לא יהודים אחרים שהחוק הדתי שלהם התיר להם נישואים שניים): סעיף 181 (ג) לפקודת החוק הפלילי, 1936.

(ב) לאחרים שאינם יהודים היתה הגנה אחת בלבד - היינו היעדרות: סעיף 181(ב);

(ג) ליהודים היתה הגנה אם קיבלו את ההיתר האמור בסעיף 181(ד).

ג. עם ביטול סעיף 181(ג) בשנת 1951 -

(א) נאסרה הביגמיה גם על המוסלמים (ועל לא יהודים אחרים שדינם הדתי מתיר להם את הביגמיה) ומצבם הושווה למי שאינם יהודים שהביגמיה אסורה עליהם לפי דינם הדתי והגנתם היחיד היתה היעדרות (סעיף 181(ב));

(ב) מצבם של היהודים נשאר כמות שהוא (סעיף 181(ד)).

ד. למותר להוסיף כי מגמתה של ביטול הביגמיה היתה להיטיב את מצבה של האשה.

ה. כשהוצע החוק בתשי"ט היתה הממשלה ערה לכך שיש מוסלמים שלא השלימו עם ביטול הפולגמיה.

ו. המצב אצל היהודים לא שונה (השוו את סעיף 181(ד) לסעיף 5 מתשי"ט).

ז. הוספה הגנת מחלת נפש לשאינם יהודים (סעיף 6(2)). הוספה זו באה להנהיג אצל לא יהודים "אותן הקלות, בערך, אשר היתר-מאה-רבנים מעניק ליהודים. יש כאן הבדלים, אבל יש דמיון מסוים" (מדברי שר המשפטים, מקור).

ההסברים ניתנו משום שסברו שאצל יהודים היתר נישואין ניתן ברוב המקרים כשהאשה חולת נפש וההיתר אינו ניתן בקלות.

5. מכאן לטענת ההפליה שהמחוקק מתבקש לתקנה :

א. מהות האישור והיקף הסמכות של הרבנים הראשיים בסעיף 5 לחוק מתשי"ט נדונה לראשונה בבג"צ שטרייט (בג"צ 301/63 פד"י י"ח (1), עמ' 598). היה זה מקרה של בני זוג שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל, נולד להם בן והם עלו לישראל. אם כי לפי דין תורה לא היו נישואין אלה נישואין, הרי בדיונים בביה"ד הרבני נפסק שיש מקום לגט מספק ושעל האשה לקבל את הגט. משסירבה האשה, נפסק שאין לכפותה אלא ניתן לבעל היתר נישואין.

הפניה לבג"צ באה למנוע את הרבנים הראשיים לאשר היתר זה.

ביהמ"ש העליון בהרכב 5 שופטים פסק שעל הרבנים הראשיים להימנע מלאשר את ההיתר. הלכת הרוב (השופטים כהן, אולשן, מני) היתה שסמכות האישור של הרבנים הראשיים הוקנתה להם על-ידי המחוקק החילוני ועל כן מחובתם להשתמש בה בדרך שמטרת המחוקק - והיא לאסור את הפוליגמיה ולחזק את המונוגמיה - לא תסוכל. על כן, על הרבנים הראשיים להשתמש בסמכותם במקרים נדירים ויוצאים מן הכלל כשקיים מכשול אובייקטיבי להפקעת הנישואין כגון כשבן הזוג נמצא במצב שאין לדעת מה רצונו כי אינו מסוגל להביע אותו. אין הרבנים הראשיים מוסמכים לאשר היתר אם הוא בא כאמצעי לכפות קבלת גט (לעניין זה קיים סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג - 1953).

כפי שכותב השופט כהן (שם עמ' 613) הרי הפירוט שבסעיף 6 לעומת חוסר הפירוט שבסעיף 5 אינו בא ללמדנו שקיים הבדל עקרוני בין העילות המצדיקות מתן היתר אצל לא יהודים לבין העילות המצדיקות מתן היתר אצל יהודים. המחוקק לא התכוון לנקוט עמדה שונה בסעיף 5 מאשר בסעיף 6, שכן אין להניח שהתכוון להפלות הפליה פסולה בין יהודים לבין לא יהודים.

גם השופטים זילברג וזוסמן היו בדעה שעל הרבנים הראשיים להימנע מלתת אישורים אולם מטעמים שונים ונפרדים שאינם לעניינו כאן.



ב. השאלה עלתה שוב לדיון במשפט בורנובסקי (בג"צ 235/68 פ"ד כ"ג (1) 462) בפני השופטים זילברג, ברנזון, הלוי. היה זה מקרה של בני זוג שיחסייהם היו מעורערים לחלוטין, הם חיו בנפרד והיו מתדיינים מזה שנים רבות בבתי הדין. לבסוף נתן ביה"ד הרבני הגדול לערעורים פס"ד המתיר לבעל לשאת אשה על אשתו לאחר שישליש גט ופיצויים, יקבל היתר מאה רבנים ואישורם של הרבנים הראשיים. הרבנים הראשיים נתנו אישורם והאשה פנתה לביהמ"ש בבקשה לבטל את האישור בהסתמכה בעיקר על הלכת הרוב בעניין שטרייט. בית המשפט מצא שאין יסוד להלכת הרוב בבג"צ שטרייט ודחה את העתירה. ביהמ"ש גם החליט שביהמ"ש העליון ידון בעניין דיון נוסף בהרכב 5 שופטים.

ג. בדיון הנוסף (ד"נ 10/69 פ"ד כה (1) 7) בהרכב השופטים אגרנט, זוסמן, ברנזון, כהן, מני - נדחתה הלכת הרוב בעניין שטרייט ברוב דעות (אם כי הסכימו לתוצאה). השופט כהן, במיעוט, חזר על עמדתו בשטרייט ואילו ארבעה השופטים האחרים, לרבות השופט מני שהיה שותף להלכת שטרייט, דחו אותה. והרי כמה מקביעות השופט אגרנט אליו הצטרפו שופטי הרוב.

1) הפירוש לפיו מוגבלת סמכות האישור הנדונה למקרים שבהם קיים מכשול אובייקטיבי לפירוק הנישואין אין לו כל אחיזה כלשון סעיף 5 ויש בו כדי להוציא מקרא מידי פשוטו.

2) ערב חקיקת החוק מתשי"ט לא היתה סמכות האישור נתונה להגבלה הנדונה. כיוון שהוראת הפטור הנזכרת מסעיף 5 לחוק באה רק להשאיר את המצב החוקי הקיים ממילא הכרחי לפרש שסמכות האישור חופשית מאותה הגבלה.

3) בהעדר לשון מגבילה בסעיף 5 הכרחי להסיק שהרבנים הראשיים הוסמכו להחליט על-פני שיקול דעתם. אין ספק שהסמכות הדיסקרציונית הזאת הוענקה להם במגמה שהם יפקחו על שטח העניינים הנוגע במתן היתרי נישואין על-ידי בתי הדין הרבניים. תפקיד זה אומר ראשית ששומה עליהם להשגיח כי מתן ההיתר יסודו בהלכה. ושנית - וזהו מבחינת המחוקק העיקר - כי על הרבנים הראשיים לנהוג בדרך שיש בה כדי להבטיח כי דבר ההזדקקות למוסד היתר הנישואין על-ידי ביה"ד לא יהיה בעוכרי המטרה שלשמה נקבעה העבירה של ריבוי נישואין, היא המטרה לחזק, בשל טעמים סוציאליים וכלל מדיניים את היסודות המונוגמיים בחיי החברה.

(4) המחוקק סמך על הרבנים הראשיים לא רק כמי שנאמנים, כדברי השופט כהן בעניין שטרייט, "שיהיו מפקחים כדבעי על כך שלא ינתן ההיתר אלא בהתאם לכל דקדוקי דרישותיו של הדין הדתי", אלא גם שלא יתירו נישואין על ימין ועל שמאל. משמע שהם יאשרו היתר רק במקרים יוצאים מן הכלל ותוך דאגה לבל ייגרם עוול לאשה.

(5) בהביאו לדיון בכנסת את סעיף 5 לא התכוון שר המשפטים בדבריו לכך שמתן ההיתר נועד רק לקמרה מחלת נפש שהזכירו והלשון "רוב המקרים, שבהם ניתן היתר זה" - תוכיח.

(6) ההיתר ניתן לפי ההלכה כשיש "טעם מבורר להתיר". אמנם טעם מבורר זה אינו "משנה ברורה" אולם עם הזמן נתגבשו עילות או קטגוריות ובהן כאלה שאין בינן לבין קיום מכשול אובייקטיבי והפקעת הנישואין ולא כלום. אמנם המקרה הקלאסי בו ניתן ההיתר הוא מחלת נפש אולם יש מקרים אחרים ובהם כאשר האשה חויבה בקבלת גט ומסרבת לקבלו. גם כאן כמו במחלת נפש נועד ההיתר למנוע תוצאות עיגון של הבעל.

(7) ולעניין ההפליה: יש להבדיל תמיד בין הפליה פסולה להבחנה מותרת. עקרון השוויון שהוא הצד השני של מטבע ההפליה משמעותו שיש להתייחס יחס שווה אל בני אדם אשר לא קיימים ביניהם הבדלים של ממש הם רלבנטיים לאותה מטרה. עקרונות אלה יושמו גם בעניין יוסיפוף, ע"פ 112/50, פ"ד ה' 481 ובשים לב אליהם נדחתה שם טענת הפליה שבסעיף 181 לפח"פ, הפליה לרעת יהודים לעומת מוסלמים. ביהמ"ש קבע שם שלא היתה הפליה אלא הבחנה מותרת, שהיא פועל יוצא הכרחי מן השוני המשפטי של דיני הנישואין של העדות הדתיות אשר לפיהם הסדיר המחוקק את דיני האישות של האזרח ואשר התחשב בהם בבואו לקבוע את ההוראות האמורות בסעיף 181 משנת 1947. ואומר השופט אגרנט:

"התשובה הזאת כוחה יפה, בשינויים מתאימים לעניין, גם לגבי נימוק ההפליה, שעליו הסתמכו שפטי הרוב בענין שטרייט, (1), לצורך הלכתם. זאת אומרת, בהבדילו, בסעיפים 5 ו-6 לחוק תשי"ט, בין נישואין שחל עליהם דין התורה לבין נישואין שדין התורה אינו חל עליהם, ראה המחוקק שלנו להתנות, לעניין הפטור עקב התרת הנישואין הנוספים ע"י ביה"ד המוסמך, תנאים שונים לגבי יהודים מזה ולגבי לא יהודים מזה, הואיל והוא התחשב בשוני בדיני הנישואין החלים על אלה ועל אלה, כפי שהטעים השופט הלוי בפסק הדין, נשוא הדיון הנוסף ..., "אין בעצם ההבחנה הזאת וקביעת תנאים שונים להתרת ריבוי נישואין לגבי דתות שונות משום "הפליה"; הוזה אומר, יש כאן הבחנה מותרת, שהנה פועל יוצא הכרחי - כך חייבת להיות הנחתנו - מהשוני בדיני הנישואין החלים על בני הדתות השונות.

(2) המסקנה האחרונה מתחזקת ע"י תוצאת המחקר ההשוואתי,

מאיר העיניים, שערך מ"מ הנשיא לשעבר בחוות-דעתו ... בהקשר זה חשוב לזכור את הוראת סעיף 3 לחוק, לפיה תעמוד לנאשם בביגמיה ההגנה, שנישואין הקודמים הופקעו על פי פס"ד סופי של בימ"ש או בי"ד המוסמך. כן יש לשים לב, כי היתר הנישואין, עליו מדובר בסעיף 5, הינהו, בעיקרו, היתר שניתן לבעל היהודי, להבדיל מהאשה היהודיה. והנה, בפרקיו ההשוואתיים מראה השופט זילברג - ולא אעמוד כאן על הפרטים - כי בעוד שלפי דיני ישראל אין הגט יכול להינתן או להתקבל אלא ברצונם ההדדי של בני הזוג, הרי אצל רובן המכריע של שאר הדתות יכול בי"ד להפקיע את הנישואין בתוקף פס"ד, בלי להיזקק לפעולתו של אחד מבני הזוג; לפיכך יוצא, כי בסעיף 5 לא הפלה המחוקק, הלכה למעשה, את הגברים היהודים לעומת עמיתיהם, הגברים הלא יהודים "יען כי אלה האחרונים יוכלו, ברובא דרובא של המקרים, לבוא על סיפוקם באמצעות פסק הגירושין."

לסיכום ניתן לאמר שאם כי דעת הרוב היתה שאין העילות למתן היתר נישואין לפי סעיף 5 ולפי סעיף 6 שונות ובדבר זה אין בו הפליה פסולה אלא אבחנה מותרת, הרי כל השפטים היו בדעה שעל הרבנים הראשיים להקפיד שלא להתיר נישואין "על ימין ועל שמאל".

ד. בע"פ 596/73 בהרכב השופטים ויתקון, כהן, אשר - נדון ערעורו של מוסלמי על חומרת העונש שהוטל עליו בשל עבירת ריבוי נישואין. אומר השופט כהן:

"ולא זו אף זו: הדין האחד והאחיד אשר היה בכוונת המחוקק להנהיגו לכל חלקי האכלוסיה כולם, הופך לעינינו לדין בלתי אחיד ובלתי שווה ליהודים ולמוסלמים. אשה יהודיה ששהתה עם בעלה עשר שנים ולא ילדה ואינה רוצה להתגרש, כופין אותו בין דין רבני להוציאה (אבן העזר קנ"ד ו'), ואם עומדת בסירובה נותנים לו היתר לשאת אשה על אשתו (שם א' י' בהגה); ומשאושר היתר זה ע"י שני הרבנים הראשיים לישראל בתוקף סמכותם לפי סעיף 5 לחוק לתיקון דיני העונשין (ריבוי נישואין), התשי"ט - 1959, כפי שפורש ע"י שופטי הרוב בבית משפט זה, הביגמיה כשרה למהדרין. אבל אשה מוסלמית ששהתה עם בעלה עשר שנים (או חמישים שנה) ולא ילדה ואינה רוצה להתגרש אין בית דין שרעי כופה אותו להוציאה, ואם הבעל אינו רוצה לגרשה בעל כרחה, אין בידי בית דין שרעי סמכות להתיר לו לשאת אשה על אשתו - ואם הוא ישאנה, הביגמיה פסולה ונפשעת. כשלעצמי מודה אני שאין אני מסוגל להבחין בין הביגמיה המותרת

לבין הביגמיה האסורה; ועל כל פנים אין אני מוכן לתת ידי לכליאתו במאסר של עושה מעשה ביגמיה זו אך באשר הוא מוסלמי ואין לו רבנים ולא רבנים ראשיים שיתירו לו את השרץ.

כבר בפסק דינו בע"פ 350/73 הנ"ל הפנינו תשומת לב המחוקק להפליה הזאת בין יהודים לבין לא יהודים לעניין כשרות הביגמיה. לא נשאר לי אלא להוסיף שבעיני הפליה זו חמור וקשה מכל הביגמיה עצמה".

נראה שהשופט כהן אינו מסתייג מאיסור הביגמיה. הוא קובל על כך שהרבנים הראשיים - שהלכת הרוב בבורנובסקי לא הגבילה את סמכותם - אינם מקפידים על אי הכשלת מטרת המחוקק והיוצא מזה הוא הפליה בין יהודי למוסלמי. על כן מסקנתו היא כדברי השופט אשר שיש "צורך לתקן את סעיף 5 של החוק כדי להוציא ממנו את אלמנט של הפליה עדתית ובעניין זה אינני חולק עליו". אולם לאור דברי השופט כהן בסופו של הציטוט הנ"ל מפסק דינו ("בעיני הפליה זו חמורה וקשה מכל הביגמיה עצמה") נראה שהוא סבור שאם לא ניתן להגביל את סעיף 5 כי אז יש להרחיב את סעיף 6.