

## ואף-על-פי-כן: מרוץ סמכויות

מאת

שי זילברברג\*

באמצע שנות ה-90 של המאה הקודמת קבע בית המשפט העליון, בהלכת בבלי, כי על בית-הדין הרבני לדון בענייני רכוש המובאים לפתחו בהתאם לדין האזרחי הכללי, ולרבות ההלכה הפסוקה. לאור הלכה זו יש הטוענים כי הועם מרוץ הסמכויות, שבין בית-הדין הרבני לבית המשפט לענייני משפחה, שכן שתי הערכאות מחויבות לאותה מערכת דינים. במסגרת רשימה זו אבקש לבחון האם אכן כך הוא, וזאת באמצעות בחינת כמה סוגיות רכושיות שכיחות הנידונות בבתי הדין הרבניים. במסגרת בחינה זו אראה כי חרף מה שנחזה להראות כיישום של הדין האזרחי, פעמים רבות בית-הדין הרבני מגיע לתוצאה שונה מאשר אמור הוא היה להגיע אליה לו היה מפעיל את הדין האזרחי, אך הדבר נעשה באופן המסווה את המניע הדתי של בית-הדין. במאמר אף יוצגו מספר מקרים בהם המניע הדתי של בית-הדין אינו מוצנע אלא מוצהר בריש גלי. המאמר מגיע למסקנה לפיה לא ניתן לקבוע כי ישנה השלמה של בתי-הדין הרבניים עם הלכת בבלי, אלא ההפך מכך. מהמאמר עולה כי קיים ניסיון בלתי פוסק של בתי-הדין לצמצם את הלכת בבלי באמצעים שונים ומגוונים, אשר מותאמים במיוחד לכל מקרה ומקרה. לאור זאת אבקש להציע דרכי התמודדות אפשריות עבור המערכת האזרחית עם המצב בו הוטלה חובה על גורמים הלכתיים לדון על פי מערכת דינים הסותרת את ההלכה, אך הם מסרבים לעשות כן באופן מהותי.

**מבוא. א. ההבדלים המהותיים שבין השיטה ההלכתית לבין השיטה האזרחית. ב. הלכת בבלי. ג. קבלה בקניין: התפתחות העמדה הפרגמטית בבתי הדין הרבניים. ד. יישום הדין האזרחי בין כותלי בית-הדין הרבני. 1. שיתוף ספציפי. 2. סעיף 8 לחוק יחסי ממוון. 3. פסיקת ריבית. 4. החזר מתנות. ה. סמכותו הייחודית של בית-הדין ככלי לעקיפת הדין האזרחי. 1. כתובה וחוק יחסי ממוון. 2. תנאים בגט. 1. סיכום הממצאים. 2. דרכי התמודדות.**

### מבוא

חלוקת הרכוש של בני הזוג המתגרשים היא אחת מהסוגיות המרכזיות בדיון המשפטי שביניהם, במיוחד לאור העובדה שהכרעה בנושא זה משפיעה באופן ממשי על השאלה כיצד יוכל כל אחד מבני הזוג לכלכל עצמו לאחר הגירושין. במדינת ישראל קיימת סמכות מקבילה לבתי הדין הרבניים ולבתי המשפט האזרחיים לדון בענייני הרכוש. נוכח הסמכות המקבילה נקבע כי הערכאה אשר תרכוש את הסמכות העניינית בנושא הרכוש היא הערכאה בה נפתח

\* תלמיד מחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ועורך דין במרכז רקמן לקידום מעמד האשה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן. תודתי נתונה לפרופ' עמיחי רדזינר אשר הנחה אותי בעבודה זו, על הדרכתו והערותיו המועילות. אני מודה למרכז רקמן, ולעומדת בראשו, פרופ' רות הלפרין-קדרי, וכן לחברי מערכת משפטים ולעורכים על הערותיהם המועילות. שם המאמר מתכתב עם שני מאמרים חשובים בתחום דיני המשפחה הקשורים למאמר זה, כל אחד בדרכו. האחד הוא המאמר: מנשה שאוה "על "כרוך" ועל "כנות" - הייפסק "מירוץ הסמכויות" בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" עיוני משפט ב 719 (1972), העוסק בסוגיית מרוץ הסמכויות. השני: פנחס שיפמן "ואף-על-פי-כן - שיתוף נכסים" משפטים כו 399 (1995), אשר עוסק בענייני השיתוף הספציפי שנידונים במאמר זה.

התיק לראשונה. אפשרותו של בית-הדין הרבני לרכוש סמכות בעניינים אלה מתבססת על מנגנון הכריכה הקבוע בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953.<sup>1</sup> לפי סעיף זה כאשר הוגשה לבית-הדין הרבני תביעת גירושין, בית-הדין ירכוש סמכות לדון בכל עניין שנכרך לתביעת הגירושין,<sup>2</sup> לרבות נושא הרכוש. גם לאחר הגשת התביעה הכרוכה יכול ויעלה בידי בעל הדין, להראות פגמים בכריכה, אשר יאינו את סמכותו של בית-הדין, אך במקרה סטנדרטי וליווי מקצועי מדובר במשוכה שניתן לעוברת בקלות יחסית.<sup>3</sup> כך, השאלה היכן יוכרעו סוגיות הרכוש תלויה בעיקר בזרזותם של בעלי הדין ובאי כוחם.

ההסדר אשר נקבע בחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014,<sup>4</sup> המחייב הגשת בקשה ליישוב סכסוך טרם הגשת תביעות לערכאה כלשהי, לא שינה מהותית את המרוץ שבין בעלי הדין.<sup>5</sup> החוק מעניק לבעל הדין אשר הגיש לראשונה את הבקשה ליישוב סכסוך יתרון דיוני בדמות 15 יום בהם רק בידיו לפנות בתביעות לכל ערכאה שירצה, בעוד שבן זוגו יהיה מנוע מלהגיש תביעה כלשהי באותם הימים.<sup>6</sup> כתוצאה מכך שאלת הזהות של מי שפתח לראשונה בהליכים הינה משמעותית ביותר. אבהיר כי הקניית הסמכות לבית-הדין באמצעות כריכה עודנה דורשת עמידה בתנאי הכריכה שנקבעו בפסיקה.

הסמכות המקבילה של הערכאות האזרחיות והדתיות אינה ייחודית לסוגיית הרכוש, והיא נוהגת בסוגיות נוספות ובעיקרן בעניינים הנוגעים לילדי בני הזוג<sup>7</sup> ומזונות אישה.<sup>8</sup> בנושא מזונות האישה החוק הישראלי מחיל את הדין הדתי, הן בבית המשפט והן בבית-הדין.<sup>9</sup> לצד זאת, בפסיקה נקבע כי בית-הדין אינו מחויב לתקדימי בית המשפט העליון בנושא זה (כל עוד בית-הדין אינו מבקש לסתור דברי חקיקה מפורשים המופנים אליו).<sup>10</sup> ממילא בית-הדין יכול לפסוק בהתאם להלכה היהודית ללא כל מניעה, שכן בעשותו כן אין הוא פועל שלא כדין.

<sup>1</sup> ס' 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953.

<sup>2</sup> שם.

<sup>3</sup> אודות מבחני הכריכה ראו שאוה, לעיל ה"ש 1; אשר מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו - על הכריכה בתביעת הגירושין **עיוני משפט** יד 101 (1989); אריאל רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירוץ הסמכויות והשפעתם של המשפחה ודיני המשפחה" **עיוני משפט** יד 67, 73-80 (1989).

<sup>4</sup> חוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014.

<sup>5</sup> מובן שאין בדברים כדי לטעון שאין בהליכי יישוב הסכסוך כדי לסייע בידי הצדדים להגיע להסכמות, באופן שיכול וייתר את שאלת הערכאה הדנה. אך ברור כי בעלי דין רציונליים ידעו לתת ביטוי בהסכמותיהם לזהותו של הגורם אשר בידו להחליט באיזו ערכאה יתנהלו התביעות.

<sup>6</sup> סעיף 3(ה) לחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה.

<sup>7</sup> ראו, מבין רבים, בג"ץ 8533/13 **פלוגי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פס' 25 לפסק דינה של השופטת נאור (נבו 29.06.2014).

<sup>8</sup> ע"א 384/85 **בן יאיר נ' בן יאיר**, פ"ד לט(4) 777, 777 (1986). ראו בע"מ 7628/17 **פלוגי נ' פלוגית** (נבו 25.9.2019) ביחס להיעדר האפשרות לכרוך את עניין מזונות הילדים, והשוו לאסמכתאות המופיעות בהערה 18 להלן.

<sup>9</sup> ס' 3 לחוק תיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

<sup>10</sup> בג"ץ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד נ(1) 370 (1996). לעניין ביקורת שיפוטית במקרה של התעלמות מדבר חוק מפורש המופנה לבית-הדין, הכוונה היא בעיקרו של דבר להתעלמות מסעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. ראו בג"ץ 202/57 **סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528 (1958) ובג"ץ 185/72 **גור נ' בית הדין הרבני האזורי**, פ"ד כו(2) 765 (1972).

יודגש שאין באמור כדי לטעון שאין הבדל בפסיקה של הערכאות השונות.<sup>11</sup> ואולם לאחר שהוכרע מיהי הערכאה המוסמכת לדון בנושא מזונות האישה, ערכאה זו נהנית משיקול-דעת רחב בכל הנוגע ליישום הדין האישי, ובאופן שאינו מאפשר התערבות בפסיקה באמצעות ביקורת שיפוטית חיצונית. בניגוד לנושא מזונות האשה, בו נהנה בית-הדין משיקול דעת רחב בנוגע לאופן יישום הדין החל על הצדדים, בנושא חלוקת הרכוש בית-הדין מחויב להחיל את הדין האזרחי לפרטיו, וזאת לא רק ביחס לדברי החקיקה המופנים אליו, כדוגמת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973 (להלן: חוק יחסי ממון),<sup>12</sup> אלא גם את הלכותיו של בית המשפט העליון, כפי שנקבע בהלכת בבלי.<sup>13</sup> (בעניינם של קטינים, למעט מזונותיהם, המצב הינו דומה במידת מה שכן גם בנושאים אלו בית-הדין מחויב לפסוק בהתאם לעקרון טובת הילד, כפירושו האזרחי של מונח זה,<sup>14</sup> כאשר במקרים מסוימים הפסיקה האזרחית והפסיקה ההלכתית יגיעו למסקנות סותרות,<sup>15</sup> נוכח ההתייחסות השונה למונח זה בכל אחת מהערכאות, ואולם מאמר זה לא יידרש לנושא זה, ועוד חזון למועד).

לאור הייחודיות של סוגיית חלוקת הרכוש, בה בית הדין הרבני מוכרח לפעול שלא בהתאם לדין הדתי, אלא בהתאם לדין האזרחי, כתוצאה מקביעה שנעשתה על ידי גורם חיצוני לו (המחוקק ובית המשפט העליון), לצד זאת שפסקי דינו נתונים לביקורת שיפוטית חיצונית (בדמות עתירות לבית המשפט העליון), אבקש לבחון במאמר זה האם ישנו הבדל בפסיקת בית הדין הרבני לעומת המערכת האזרחית וכן האם הלכת בבלי<sup>16</sup> מיושמת הלכה למעשה בבתי הדין הרבניים, אם לאו. תוצאה חיובית לשאלה זו תוביל למסקנה שאף אין כמעט משמעות למרוץ הסמכויות שבין הערכאות השונות, בהינתן שישנו שוויון תוצאתי בין אם מתדיינים בכל אחת מהשתיים. ככל שהתשובה לשאלה זו הינה שלילית, משמעות הדבר היא שסוגיית זהות הערכאה הדנה הינה קריטית, באופן שמוחיר את החשיבות שבבחירת הערכאה על כנה. אבקש לבחון שאלה זו באמצעות הצגת ההבדלים המהותיים שבין הדין ההלכתי בסוגיית חלוקת הרכוש לעומת הדין האזרחי הנוהג בישראל. לאחר מכן אבחן מספר נושאים רכזיים אופייניים אשר עשויים להתברר בכל אחת מהערכאות, לצד בחינת שני נושאים המצויים אומנם בסמכותו הייחודית של בית-הדין, אך יש בהם עדיין לסייע לשקף נכוחה את יחסו של בית-הדין למשפט האזרחי.

<sup>11</sup> ראו לדוגמה ע"א 256/65 מילר נ' מילר, פ"ד יט 171, 178 (1965) ושלמה דיכובסקי "על מי חובת ההוכחה בתביעת מזונות?" תחומין יא 241, 244 (תש"ן) ודוגמה נוספת וחריפה יותר בע"א 904/91 כהן נ' כהן (נבו, 17.10.91).

<sup>12</sup> ס' 13 (א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

<sup>13</sup> בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול פ"ד מח(2) 221.

<sup>14</sup> ראו ס' 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האשה וסעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962 ובנציון שרשבסקי ומיכאל קוריאנאדי שרשבסקי-קוריאנאדי - דיני משפחה כרך ב 871 והאסמכתאות הרבות המופיעות שם בהערה 18 (מהדורה חדשה, מעודכנת ומורחבת 2016).

<sup>15</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לח(1) 673 (1984); בג"ץ 181/81 מיכל מור נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לז(3) 94 (1983); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(3) 1 (1994); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453; בג"ץ 4238/03 לוי נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נח(1) 481, 487 (2003); בג"ץ 7098/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 30.8.2005); ובג"ץ 7395/07 פלונני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נבו 21.1.2008).

<sup>16</sup> הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13.

במהלך עבודתי על מאמר זה התפרסם מאמר שחלק ממנו נוגע לענייני מאמר זה, מאת אבישלום וסטרייך,<sup>17</sup> ואשר מגיע למסקנה שונה מאשר זו שתוצג במאמר. בקצרה אציין כי וסטרייך גורס במאמרו כי בשנים האחרונות חלו שינויים מרחיקי לכת בבתי הדין הרבניים, באופן שהביא לצמצום המשמעות של מרוץ הסמכויות בין הערכאות. לדבריו קיימת התמתנות כללית בפערים בנושאים השנויים במחלוקת בין בית המשפט העליון לבין בית-הדין הרבני.

במאמר זה אבקש לחלוק על דבריו של וסטרייך, ולהציג מסקנה מורכבת יותר ביחס לבתי הדין. כפי שאציג להלן לא ניתן לקבוע שבבתי הדין קיימת החלה מהותית של הדין האזרחי, הן במישור התיאורטי והן במישור המעשי, במגוון סוגיות שונות. לטעמי ניתן לראות במהלכי בית-הדין הרבני, לכל היותר, דרך התמודדות מתוחכמת יותר עם הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. התנהלותו של בית-הדין אכן "עובדת" ומצליחה להביא לצמצום ההתערבות בפסקי הדין, אולם בית-הדין ממשיך להתעלם ולא ליישם באופן מהותי את הלכות בית המשפט העליון השונות, ובלבד שביית-הדין הרבני נהנה משיקול-דעת רחב באותו המקרה, המאפשר לו להגיע לתוצאה הרצויה לו מבחינה הלכתית, אך זאת בכסות של דין אזרחי. ובלשון אחרת, בעוד שבתחילה בתי-הדין נהגו בדרך תוקפנית ביחס לפסקי דין של בית המשפט העליון, אשר הביאה את שני המוסדות אלו למסלול התנגשות, עברו בתי-הדין להתנהל בצורה אשר מחד נראית ככזו המקבלת את הדין האזרחי, ולו מטעם שכוחו של בית המשפט העליון רב יותר, אך באופן מהותי במקרים רבים דבר לא השתנה.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> אבישלום וסטרייך "שלושה צמתים ביחסי בית-הדין הרבני ובית המשפט האזרחי: מזונות ילדים, שיתוף רכושי והחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה" **משפטים** נב 217 (2022).

<sup>18</sup> אעיר כי מאמרו של וסטרייך מציג שלושה צירים בהם ניתן להצביע על קבלת הדין האזרחי בבית-הדין הרבני. האחד בכל הנוגע להתמתנות מרוץ הסמכויות, ובכלל זה קבלת פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לגבולות הסמכות של בית-הדין, ובכלל זה היעדר האפשרות להתדיין בבית-הדין הרבני בנושא מזונות הילדים; השני, ענייני הרכוש שהוצגו לעיל; והשלישי מקומו של החוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה. בכל הנוגע לציר הראשון אציין כי לדעתי לא ניתן לראות שבתי-הדין קיבלו והשלימו עם פסיקת בית המשפט העליון בנושא היקף הסמכויות של בית-הדין הרבני. לגישתי ההפך הוא הנכון, וניתן לראות ניסיון מתמיד של בתי הדין הרבניים לסטות מתקדימים אשר הצרו את סמכותם, באופן חוזר ונשנה, ומתוך אי השלמה עם פסיקת בית המשפט העליון בנושא. בהקשר זה אזכיר לדוגמה כמה פרשות: 1. בג"ץ 6929/10 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סו(2) 1 (2013) שעסק ברצון בית-הדין לבטל את ההלכה בדבר היעדר סמכותו הנמשכת של בית-הדין במקרה שלא התקיים מבחן ה'דין ופסק' (ראו שם, בעמ' 17). 2. בג"ץ 373/20 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול** (נבו) 18.10.2021 אשר עסק בעתירה כנגד תיק (גדול) 1216640/2 (נבו) 3.12.2019, שביקש להפוך את בג"ץ 673/89 **משולם נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מה(5) 594 (1991). 3. בג"ץ 3092/18 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (נבו) 10.12.2018, אליו מתייחס גם וסטרייך, אשר עסק בניסיון לבטל את ההלכה שנקבעה בע"א 384/88 **זיסרמן נ' זיסרמן** פ"ד מג(3) 205 (1989). 4. תיק (גדול) 1250217/3 (נבו) 10.10.2021, אשר מוקדש לניסיון לשנות את ההלכה שנקבעה בבע"מ 7628/17 **פלוגי נ' פלוגית** (נבו) 22.9.2019, שעניינו תלוי ועומד במספר עתירות (בג"ץ 8228/21 **פלוגי נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים** ובג"ץ 7880/21 **פלוגי נ' בית הדין הרבני הגדול** 5. תיק (גדול) 1128082/2 (נבו) 13.2.2019) המוקדש לביטול ההלכה שנקבעה בבג"ץ 2621/00 **לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים**, פ"ד נד(3) 809 (2000) (להלן: **הלכת יוסף לוי**). ודוק, איני טוען כי בהכרח שבכל אותם פסקי הדין ניסיונו של בית-הדין הרבני לא היה לגיטימי, אלא שבנסיבות אלו אין אחיזה לקביעה שישנה התמתנות במחלוקות אודות גבולות הסמכות של בתי הדין, וכי בית-הדין משלים עם פסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא. ההפך הוא הנכון.

כך גם הטענה כי בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118 (2003) סייעה בכדי למתן את מרוץ הסמכויות אינה נכונה מבחינה עיונית לטעמי, שכן הלכה זו כל כולה במישור היחסים שבין הערכאות הדיוניות, אך אין לה כל משמעות ביחסים שבין בית המשפט העליון לבית-הדין הרבני (בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פס' 9 (נבו 21.1.2010)). יתרה מכך, ניתן לטעון שהלכת פייג-פלמן הגבירה דווקא את יכולתו של בית-הדין להרחיב את גודל סמכותו, בניגוד להלכה הפסוקה, שכן עד לאותה העת יכול היה בעל הדין לפנות לבית המשפט לענייני משפחה, וזה היה נדרש לסוגית הסמכות דה-נובו ומבלי לתת משקל כלשהו לעצם העובדה שבית-הדין קבע כי הסמכות העניינית מסורה לו (ראו תמ"ש 22550/99 פלוני נ' פלונית, פס' ג.3 והאסמכתאות המובאות שם (נבו 6.10.1999)). בפועל היה בכך כדי לתת את הבכורה לבית המשפט לענייני משפחה (ראו שלמה דיכובסקי בתי דין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם דיני ישראל יג-יד 7, 14 (התשמ"ו-התשמ"ח)) ובהינתן שערקאת הערעור על רשם ההוצאה לפועל הינה תמיד בבית המשפט לענייני משפחה, מכוח ס' 80(ב) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ניתן להניח שבית המשפט עצמו יעמוד על קיום החלטותיו הוא. ואולם כיום ונוכח הלכת פייג-פלמן, ובהתאם לחריג המצומצם שהושאר בהלכה זו לתקיפה עקיפה על ידי בית המשפט לענייני משפחה, בעל הדין המעוניין להשיג על פסק דין הנוגע לענייני סמכות שניתן על ידי בית-הדין הרבני, גם זה יהיה מופרך לחלוטין, נדרש בהתאם להלכת פייג-פלמן לפנות לבית המשפט העליון. הדרישה לפנות לבית המשפט העליון כרוכה בעלויות רבות, והיא קיימת לצד הצורך לפעול למיציא הליכים בבית-הדין הגדול. לכן ניתן להניח שבעלי דין רבים אינם ממשכיכים בהתדיינות זו נוכח עלותה הכלכלית ומשך הזמן שהיא תיארך. וראו עוד רות זפרן "מירוץ הסמכויות 'חי ובוועט': מ'ניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזורית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" משפטים מג 571, 601 (2013).

בכל הנוגע לציר השלישי המתואר במאמר, ביחס לחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה, ולכך שבית-הדין הרבני אינו פועל נגדו, הטענה אינה משכנעת לדעתי. החוק הוא חוק טכני בלבד שלא פוגע בצורה כלשהי בסמכותו של בית-הדין הרבני (ראו ס' 6 לחוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה), וממילא אין לבית-הדין כל אינטרס לנסות ולצמצם את תחולת החוק. מה גם שברור שכל הערכאות מעדיפות כי סכסוכים יסתיימו בהסכמת הצדדים, ובמיוחד בית-הדין, על מנת להימנע מהליכי חיוב בגט. יתרה מזו, העובדה שבמקרה ספציפי כלשהו בית-הדין נתן פרשנות שאינה לטובתו אין בה כדי להוכיח דבר, שכן פרשנות זו תבוא לעזרתו של בית-הדין בתמנת המראה של אותן נסיבות. עוד יש לזכור, והוא עיקר לדעתי, שהמניע של בית-הדין לשמור על הוראות החוק הינו גם בהתבסס על המצב שקדם לחקיקת החוק, לפיו הגשת בקשה ליישוב סכסוך לבית המשפט לענייני משפחה (מכוח תקנות 2258 ו-2258כא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אשר בוטלו רק ביום 31.12.2020) היה בה, ככלל, להקנות סמכות לבית המשפט לענייני משפחה, בעוד שלא היה קיים הסדר מקביל בבית-הדין. באופן זה, היה יתרון דיוני משמעותי לטובת בית המשפט על פני בית-הדין (ראו בג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סג(2) 247 (2009)). מסיבה זו ברי שבית-הדין עשה כל מאמץ כדי להראות שהחוק ממלא את מלאכתו, שכן משך שש שנים החוק היה הוראת שעה, שיכולה הייתה להתבטל, ובכדי להימנע מלחזור ליתרון הדיוני המשמעותי שעמד רק לטובת בית המשפט. נוסף על כך, המניע לחקיקת החוק הוצג כחשש להשפעתם של כתבי הטענות על האפשרות לסיים את הסכסוך בהסכמה. אלא שנימוק זה מוזכר גם כטיעון המצדיק את ביטולה של האפשרות לכריכה. בעניין זה הועלו טענות כי מנגנון הכריכה מוביל את בני הזוג למהר ולהגיש תביעות על מנת לתפוס סמכות לערכאה המועדפת עליהם. וכך עלולה היתה להיות התדרדרות במערכת היחסים בין הצדדים שמיהרו להגיש תביעות משפטיות טרם מיצוי הניסיון לסיים את הסכסוך בהסכמה (ראו לדוגמה אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 50 (1990) (להלן: רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל)). בנסיבות אלו ניתן להניח שתמיכת בית-הדין בחוק נבעה גם מהצורך לנטרל את הביקורת שהושמעה על מנגנון הכריכה, ועל מנת לשמור על מנגנון זה, אשר חשיבותו לבית-הדין הינה רבה ביותר. צירופן של כל אלו מלמד שבאופן ספציפי בית-הדין היה מעוניין להראות שהחוק ממלא את ייעודו, אך לא ניתן ללמוד מכך ביחס לנסיבות אחרות או לחוקים אחרים. זאת לצד העובדה שמדובר בחוק טכני לחלוטין אשר אין מחלוקת כי תכליתו הינה מקובלת גם על בתי הדין הרבניים, לאור הרצון לסיים תיקים בהסכמה, אשר אינה נוגדת את ההלכה כל עיקר.

## א. ההבדלים המהותיים שבין השיטה ההלכתית לבין השיטה האזרחית

עקרונות הדין האזרחי מוכרים וידועים, ולכן אציין בתמצית כי עיקרו של הדין האזרחי<sup>19</sup> הוא כי בידי בני הזוג לערוך הסכם ממון ביחס לאופן חלוקת רכושם המשותף.<sup>20</sup> ואולם כל עוד לא נערך הסכם, חל על הצדדים הסדר איזון המשאבים במודל של "פיקציה הסכמית",<sup>21</sup> שעיקרו הוא כי כל רכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים מתחלק באופן שווה בין בני הזוג, להוציא נכסים שאינם נכסי מאמץ משותף (כדוגמת ירושה או נכס מלפני הנישואין).<sup>22</sup> יחד עם זאת, מכוח הלכות בית המשפט העליון, גם נכסים שאינם נכסי מאמץ משותף יכולים להפוך לעיתים לרכוש משותף, ובהתאם לכך להתחלק באופן שווה בין הצדדים הלכה זו מכונה הלכת השיתוף הספציפי, ועניינה ידון בהרחבה בפרק ד.4.

מבחינה מהותית, הדין האזרחי רואה את בני הזוג כיחידה כלכלית אחת במועד עריכת איזון המשאבים. בהתאם לכך הסדר איזון המשאבים מורה כי במקרה הרגיל פירוקה של היחידה הכלכלית יהיה כפירוקה של כל שותפות, כך שכל אחד מהצדדים יהיה זכאי למחצית ממסת הנכסים הרלוונטית (למעט ההבדל כי הסדר איזון המשאבים אינו מצדד בחלוקה בעין אלא בחלוקת שווי). יחד עם זאת, המחוקק קבע כי ניתן לסטות מהסדר איזון המשאבים, בהתקיימותן של נסיבות מיוחדות (הצגת עניין זה תובא בהמשך רשימה זו).

בניגוד לתפיסת השותפות השווה בה נוקט הדין האזרחי, הדין הדתי היהודי שונה לחלוטין. אמנם ההלכה מאפשרת גם היא לערוך הסכם בעניין נכסי בני הזוג ואופן חלוקתו במקרה של גירושין, אם כי בצורה מורכבת יותר.<sup>23</sup> אך בזאת מסתיימים קווי הדמיון בין ההסדרים השונים. ככל שלא נערך הסדר פרטני בין בני הזוג, חל עליהם מודל ברירת מחדל הפוך מהדין האזרחי. במודל זה קיימת הפרדה כלכלית בין בני הזוג, כאשר המערכת ההלכתית תופסת את בני הזוג כיחידות כלכליות כמעט נפרדות לחלוטין. החרגים הקיימים הינם ביחס לזכויות מסוימות של הבעל בנכסיה וברווחיה של אשתו, כפי שאציג להלן. בהתאם להסדר ההלכתי, לטובת האישה עומדות שתי זכויות רכושיות מרכזיות (מעבר לזכותה למזונות, המסתיימת עם הפרדת מגורי הצדדים, למעט פרידה שנובעת באשמתה של הבעל, או עם גירושי הצדדים או עם נישואי האישה לאחר, ככל שהאישה התאלמנה). בהתאם

<sup>19</sup> חוק יחסי ממון. האמור הינו ביחס לזוגות שנישאו לאחר 1.1.1974. (מועד כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון). בעניינם של זוגות אשר נישאו טרם תחולתו של חוק יחסי ממון (1.1.1974) חלה חוקת השיתוף. ואולם כיום, באופן טבעי, מועטים הם המקרים בהם בית-הדין הרבני נזקק לדון בעניינם של זוגות שחוק יחסי ממון לא חל עליהם, ומשכך לא אעסוק בעניינה של יישום חוקת השיתוף לכשעצמה בין כותלי בית-הדין. זאת ועוד לבית-הדין כלל אין סמכות בעניין בני זוג שמעולם לא נישאו (אשר בעניינם חוקת השיתוף היא עדיין הדין החל), כך שממילא אין הוא נדרש ליישם דין זה עליהם (וראו תיק (ת"א) 1262146/2 (נבו 29.3.2020)).

<sup>20</sup> ס' 1-2 לחוק יחסי ממון.

<sup>21</sup> ס' 3 לחוק יחסי ממון; ע"א 640/82 כהן נ' היועמ"ש, פ"ד לט(1) 673, 678 (1985); ע"א 4306/12 פלוני נ' בנק לאומי לישראל, פס' 12 (נבו 15.07.2018); וראו עוד בע"א 1915/91 יעקובי נ' יעקובי, פ"ד מט(3) 558, 529 (1995).

<sup>22</sup> ס' 5 לחוק יחסי ממון.

<sup>23</sup> על המורכבות בהסכמים הלכתיים ראו באופן כללי אצל יוסף גולדברג **הסכמי ממון** (התשפ"א) ובאופן ספציפי להסכמים בין בני זוג ראו שמחה מירון **הצעות להסכמים להסדרת יחסי הממון בין בני הזוג** (התשל"ו) ותיק (גדול) 836209/1,2 (נבו 6.7.2016).

לזכות הראשונה האישה זכאית לקבל את דמי הכתובה,<sup>24</sup> בגובה שהבעל מצא לנכון להתחייב בו במועד הנישואין.<sup>25</sup> זכאותה של האישה לקבל את דמי כתובתה קיימת במקרה של פטירת הבעל<sup>26</sup> או במקרה של גירושין, אך זאת רק אם האישה אינה אשמה בגירושין, והאשמה מוטלת לפתחו של הבעל, אשר פעל שלא כדין בהתאם לתפיסת ההלכה בדבר זיהוי האשם בגירושין.<sup>27</sup> בנוסף, בהתאם לזכות השנייה, במקרה של פטירת הבעל לאישה קיימת זכות למגורים ולפרנסה מעזבונו, כל עוד היא לא נשאת לאחר, וכל עוד אין היא תובעת לקבל את דמי כתובתה.<sup>28</sup> חשוב לציין כי כל זכויות אלו של האישה אינן בנות הורשה, אלא זכויות אישיות. מעבר לזכויות אלו לאישה אין זכות כלשהי בנכסי בעלה, לרבות בנכסי המאמץ המשותף - "לפי דיני ישראל הנישואין, באשר הם, אין בהם כדי ליצור פגיעה בבעלות בני-הזוג בנכסיהם, אלא בעלותו של כל אחד בקרן נכסיו נשארת נפרדת מזו של השני. הדעה שעצם הנישואין וקיומם התקין יוצרים בין בני-הזוג שותפות בקרן נכסיהם, או חזקה שהם יצרוה... זרה לחלוטין לגישת המשפט העברי. הזכויות והחייבים ההדדיים בין בעל ואשה שמקורם בנישואין באשר הם, בין אם כתבו או דיברו על זה בין אם לא, היינו מן הדין, קבועים בהלכה באופן ממצה... ואין ביניהם שום יסוד ליצירת שיתוף בבעלות נכסים..."<sup>29</sup>.

בכל הנוגע לנכסיה של האישה, הרי שלבעלה יש זכות שימוש בהם, כאשר במקרה גירושין או מוות ישנה אבחנה בין נכסים שהיו בבעלות האישה טרם הנישואין, לעומת נכסים שצברה היא עצמה במהלך הנישואין.<sup>30</sup>

הכנסות שנצברו לאישה כתוצאה מעבודתה, שייכות ככלל<sup>31</sup> לבעל, מכוח הכלל של "מעשה ידיה תחת מזונותיה". ואולם בידי האישה לוותר על הזכות לקבלת מזונות מבעלה

<sup>24</sup> לא ערכתי אבחנה בין הכתובה לתוספת הכתובה, שכן דמי הכתובה עצמם הם סכום נמוך ביותר, והדברים בגוף הטקסט מתייחסים ביסודם לתוספת הכתובה.

<sup>25</sup> בעבר גובה הכתובה כלל גם את פירוט הנכסים אותם הביאה לנישואין. אך כיום נדיר למצוא כתובות שכאלו, ולכל היותר מצוין כי החתן קיבל נדוניה, מבלי לפרט את ערכה. ראו שלמה דיכובסקי "בעיות הלכתיות סביב נושא הכתובה" **כנס הדיינים תשע"ז** 50, 52 (2008).

<sup>26</sup> אך ראו שולחן ערוך אבן העזר סימן קו ובע"מ 9692/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד (סב) 29 (2007).  
<sup>27</sup> ראו אודות כל אלו אוריאל לביא **עטרת דבורה** א' סימן לו. לכך יש להוסיף את פיצויי הגירושין, שפותחו בעיקרם בפסיקת בתי הדין הרבניים. ראו להלן, ליד הערה 38.

<sup>28</sup> שולחן ערוך אבן העזר סימן צג סעיף ג ותיק (אזורי ירושלים) 1165960/1 (נבו 16.7.2018).  
<sup>29</sup> ע"א 514/76 **חשש נ' דמארי**, פ"ד לא(2) 505, 513 (1977). למען הסר ספק בחלק זה מוסבר הדין הדתי בטהרתו, ובהתעלם מדוקטרינות שונות המאפשרות לייבא עקרונות חוץ הלכתיים למערכת ההלכתית, כדוגמת מנהג, דינא דמלכותא דינא וכיוצא ב.

<sup>30</sup> בתמצית ייאמר שלגבי נכסים שהאישה הביאה עימה לנישואין, או שהתקבלו אצלה במהלך הנישואין (כתוצאה ממתנה או ירושה), ההסדר ההלכתי הינו שלבעל זכות שימוש בנכסים אלו, ואולם עליו להחזיר אותם לאישה במקרה של גירושין, כאשר חלקם חוזרים לאישה בשווים המקורי והבעל אחראי על שמירת ערכם (נכסי צאן ברזל), וחלקם חוזרים לאישה בהתאם לערכם הנוכחי (נכסי מלוג). ראו על כל אלו אצל שרשבסקי וקוריאנאדי, לעיל ה"ש 14, בכרך א, בעמ' 246. יוער כי ניתן להפקיע את זכות הבעל בנכסים אלו על ידי כך שניתנת לאשה מתנה על תנאי שתעשה בה כל שתרצה ולא יהא לבעלה רשות כלשהי בה (ראו משנה תורה, זכיה, פרק ג' הלכה יג ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן פה, סעיף יא. יוער כי הלשון המדויקת של התנאי הדרוש לצורך הפקעת זכות הבעל שנויה במחלוקת ראשוניים, אך גדריה רחבים מידי למאמר זה. וראו עוד בבלי, קידושין, דף מט, עמוד ב' אודות דרך נוספת להפקיע זכותו של הבעל).

<sup>31</sup> נחלקו הדעות בנוגע למעמדן של הכנסות של האישה המתקבלות אצלה מכוח העבודות הנפוצות כיום (שרשבסקי וקוריאנאדי, שם, בעמ' 319-324) וראו עוד **הדין והדיין** 60, 10, להצגת המחלוקת בסוגיה זו (2022).

ותחת זאת להותיר את מעשה ידיה בידה, ודינם של נכסים אלו יהיה כדין אותם נכסים שנתקבלו אצל האישה במהלך החיים המשותפים (נכסי מלוג).<sup>32</sup> לאור תיאור זה ברי מדוע יש הבדל ניכר בין הדין הישראלי לדין ההלכתי בכל הנוגע לחלוקת הרכוש, שכן זה האחרון מצדד בעיקרו של דבר במודל של הפרדה רכושית כמעט טוטלית בין בני הזוג. וזאת גם אם מדובר במבנה משפחתי מסורתי בו האישה דואגת לענייני הבית פנימה ולטיפול בילדים המשותפים. לעומת זאת, כאמור, הדין האזרחי תופס את בני הזוג כיחידה כלכלית אחת, אשר ככלל, תחלק את נכסיה באופן שווה. כפי שניתן להבין בנקל הדין הדתי עלול להביא לתוצאות חמורות כנגד בן הזוג הביתי, ובמיוחד במקרה של חלוקת תפקידים מסורתית בין בני הזוג. כמו כן ההסדר ההלכתי אינו שוויוני נוכח ההבדלים שבין זכויות האישה לעומת זכויות האישה, כפי שהוצגו לעיל.

### ב. הלכת בבלי

חרף הסתירה בין תפיסות העולם של מערכות הדינים האזרחית והדתית, עד לשנת 1994 נהג בפועל הכלל כי בענייני רכוש הדין הולך אחר הדין. כתוצאה מכך בית-הדין הרבני הכריע בנושאי הרכוש בהתאם להלכה היהודית והתעלם לחלוטין מהלכת השיתוף שפותחה בפסיקה האזרחית.<sup>33</sup> גם זוגות שחוק יחסי ממון חל עליהם, לא שפר גורלם, שכן באותן השנים, ועד תיקון החוק בשנת 2008,<sup>34</sup> החוק היה בבחינת אות מתה,<sup>35</sup> כך שמסיבה זו הוא לא הופעל בין כותלי בית-הדין הרבני, כפי שלא הופעל בבית המשפט.

עם זאת, יש לזכור שבתחילה ההבדלים בין הערכאות היו מצומצמים יחסית לאור העובדה שחזקת השיתוף חלה בעבר ביחס להיקף מצומצם יחסית של נכסים,<sup>36</sup> באופן שצמצם את הפערים בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית. במקביל לכך נעשו שני מהלכים בבתי הדין הדתיים כדי להביא לצמצום ההבדלים בין הערכאות, מבלי שיהיה בהן כדי אימוץ כולל של הדין האזרחי. המהלך האחד הינו הכרה בתוקפו של הרישום במרשם המקרקעין כמקנה זכויות קנייניות לפי ההלכה, כך שהכרה זו תחול גם בענייני נכסים אשר הובאו לנישואין על ידי אחד מבני הזוג, או נרכשו על ידו במהלך הנישואין מכספו, אך נרשמו על שם שני בני הזוג, באופן שמצמצם את הפערים בין בני הזוג.<sup>37</sup>

המהלך השני ששימש את בתי הדין הרבניים היה פסיקת פיצויי גירושין לאישה, אשר היוו פיצוי גם עבור נכסי המאמץ המשותף שנשארו בידי הבעל, באופן שבמבחן התוצאה הביא באותן השנים לתוצאה דומה לתוצאה המתקבלת במשפט האזרחי. נושא זה של פיצויי גירושין קונה לו מקום למחקר עצמאי. רק אציין כי בשנות ה-50 בית-הדין הגדול הסתמך

<sup>32</sup> שרשבסקי וקורנאלדי, שם, בעמ' 310 ואילך.

<sup>33</sup> בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מז(3) 288, 294 (1993); רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 18, בעמ' 105.

<sup>34</sup> חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 2186.

<sup>35</sup> ראו הלכת יעקובי, לעיל ה"ש 21, ואריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 347 (1992).

<sup>36</sup> יעל ברוידא-בהט "מעורבותם של ארגוני הנשים בחקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג בשנים 1948-1973: המאבק שנשכח" משפט וממשל טו 27, 80-86 (2013) ושחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 111 ואילך (2016).

<sup>37</sup> ראו צבי יהודה בן יעקב משפטי ליעקב כרך רביעי תקל-תקלה (התשס"ג) אשר מביא בדבריו פסקי דין רבים הנותנים מעמד מכריע לרישום, אך זאת לצד מספר פסקי דין אשר לא מכירים ברישום כמקנה בעלות (וכן דעתו של המחבר).



רבות על מוסד זה, כאשר במסגרת השיקולים לקביעת גובה פיצויי הגירושין בית-הדין הגדול שקל במספר מקרים שיקולים אזרחיים לחלוטין, אשר נדמה שחלקם הקדימו את זמנם אף ביחס לפסיקת בית המשפט.<sup>38</sup> באחד מפסקי הדין שהשתמשו במוסד זה אף נקבע שבמקרים מסוימים "נוהגים בתי הדין לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים, נוסף על הכתובה; וכדי לא להזניח את האשה שתשאר אחרי הגירושין בלי קורת גג לראשה, מחייבים את הבעל או להשאיר את הדירה של הזוג, ברשות האשה, או שידאג למצוא לה דירה אחרת שוה לה בערך. - או במקרים מסוימים - לפי שיקול דעת ביה"ד, שיתן לה מחצית רכושו או משווי הקרוב לזה".<sup>39</sup> ככל שהדברים בסיפא היו נוהגים הלכה למעשה, ברי כי מבחינה תוצאתית לא היה הבדל בין הערכאות, וממילא לא הייתה משמעות אופרטיבית לזהות הערכאה אשר דנה בסכסוך. אולם, לא כל הדיינים תמכו במוסד זה, שכן אין לו תשתית הלכתית משמעותית, ומדובר בעיקרה ביצירה הלכתית מקומית, עד אשר חלק מהדיינים יצאו נגדו מפורשות.<sup>40</sup> בשנים מאוחרות יותר גברה עמדתם של המתנגדים למוסד זה ומעמדו נשחק כמעט לחלוטין, עד שכמעט ולא נמצאה פסיקה אשר יכולה לבוא כתחליף להחלת הדין האזרחי.

שחיקת מוסד פיצויי הגירושין בבתי הדין מחד, ומנגד הרחבת חזקת השיתוף לנכסים שלא מקובל או אף שלא ניתן לרושםם על שם שני בני הזוג במהלך החיים המשותפים בפסיקת בתי המשפט,<sup>41</sup> הביאו לפער הולך וגדל בין בתי הדין לבתי המשפט האזרחיים בשאלת חלוקת הרכוש.<sup>42</sup> בתי הדין הרבניים לא עשו מהלך מערכתית לצורך קירוב בין הדין הדתי לדין האזרחי, כדוגמת התקנת תקנות, החתמה על הסכם ממון הלכתי טרם הנישואין או הכרה מכוח מוסדות הלכתיים שונים בדין המדינה.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> זרח והרפטיג "הנוהג של פיצויי גירושין" סיני צח נז-סז (התשמ"ו) וראו תיק (אזורי ירושלים) 948054/3 (נבו 25.7.2006) והאסמכתאות המובאות שם.

<sup>39</sup> ער (גדול) תשל"ט/150 פד"ר יב 123, 124 (התשמ"ו).

<sup>40</sup> שלמה שמשון קרליץ **עטרת שלמה** א רמג (התשנ"ז), שלמה שמשון קרליץ **משפטי שלמה** חלק ב כזו (התשס"ט). ראו אודות דעתו של הרב אלישיב אצל אברהם שרמן "היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה" **שורת הדין** י קכד, קלא (התשס"ו).

<sup>41</sup> ראן אריאל רוזן-צבי **יחסי ממן בין בני זוג** 233-243 (1992).

<sup>42</sup> ר' שם, בעמ' 105-126, בו מתאר פרופ' רוזן-צבי בחריפות את ההבדלים שבין הערכאות בנושא הרכוש (הספר ראה אור כארבע שנים טרם נתינתה של הלכת בבלי, כך שהדברים מתארים את המצב המשפטי ששלטת בכיפה טרם הלכת בבלי).

<sup>43</sup> מרדכי אליהו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" **תחומין** ג 242, 245 (התשמ"ב). וראו עוד בן ציון אליאש "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית - התעלמות ושבירה" **דיני ישראל** י-יא 177 (התשמ"א-התשמ"ד). בעניין זה לא חל שינוי גם בעת הזו. ראו תיק (אזורי ב"ש) 133004/5, 59 (נבו 10.10.2021) (להלן: תיק 133004/5) ודוד לאו "ערכו של מוניטין באיזון משאבים" **תחומין** לט 127, 136 (התשע"ט). הרב לאו מציע לפעול בעניין זה בכדי לקבל את הדין האזרחי, אך בפועל לא ידוע שנעשה משהו בפועל, חרף העובדה שבסמוך לפני שהרב לאו פרסם את הדברים שימש הוא כראש מועצת הרבנות הראשית, אשר יכולה להתקין תקנות שכאלו. ההכרה במנהג המדינה כמחייב מבחינה הלכתית הייתה מוגבלת. ראו לדוגמה בתיק (אזורי ת"א) 3519/תשי"ב פד"ר א 113, 117 (י"ז סיון התשי"ג) = אליעזר גולדשמידט **עזר משפט** שפג (מהדורה שניה, התשס"ג). באותו מקרה בית-הדין נותן תוקף מחייב למנהג המדינה. ואולם ההכרה במנהג הייתה רק בעניין דירה הרשומה על שם שני הצדדים. בית-הדין מציין במפורש שאין הוא מתייחס לאפשרות להכרה במנהג ביחס לשאר הרכוש או אף לדירת מגורים שלא רשומה על שם שני בני הזוג (בית-הדין סבר שאין מעמד לרישום לכשעצמו, אלא רק ככזה אשר יש בו כדי להעיד על מנהג הצדדים, ומשכך נדרש לעניין מנהג המדינה). שם. וראו עוד אצל דב כ"ץ **פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים** (1976).

בנסיבות אלו של אי החלת חזקת השיתוף באה לעולם הלכת בבלי<sup>44</sup> לאור ובעקבות העובדה שבית-הדין הרבני סירב להכריע בעניין חלוקת הרכוש בהתאם לחזקת השיתוף, באופן שהביא להקטנת חלקה של העותרת באותו מקרה ברכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים, עד שנותרה כמעט ללא כל. כידוע, בית המשפט העליון התערב בפסק דינו של בית-הדין, הורה על בטלותו והחזרתו לדיון בבית הדין הרבני כדי שהוא יפעיל את חזקת השיתוף על נסיבות המקרה. בית המשפט העליון ביסס את פסק הדין על שני נימוקים: האחד מכוח חוק שינוי זכויות האשה, התשי"א-1951, ובשים לב להפליה התוצאתית הקשה הנגרמת לנשים ככל שלא מחילים את הדין האזרחי, והשני, והמרכזי יותר, הינו מכוח העיקרון בדבר אחידות השיטה המשפטית, לפיו "על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון". קביעה זו חורגת מעניינה הספציפי של חזקת השיתוף, אלא ביחס לדין האזרחי בכללו.<sup>45</sup> יודגש כי עיקר החידוש בהלכת בבלי הינו במחויבותו של בית-הדין להלכות בית המשפט העליון ולחקיקה שלא הוחלה במפורש על בתי הדין הרבניים, שכן מחויבותו של בית-הדין לחקיקה מפורשת המופנית אליו נקבעה עוד שנים רבות לפני כן, ובחוק יחסי ממון הדבר אף צוין באופן במפורש.<sup>46</sup> בפסיקה מאוחרת יותר הודגש הנימוק השני,<sup>47</sup> באופן שמוציא מידי ספק את הטענה כי החלק השני של הלכת בבלי (עקרון האחידות) הינו בבחינת אוביטר.<sup>48</sup> עוד יש להזכיר את הלכת גמליאל אשר קבעה כי אין לבחון את נימוקי בית-הדין בהגיעו לתוצאה אליה הגיע, וגם אם היא הלכתית לחלוטין, אלא יש צורך לבחון רק את התוצאה, וככל שזו הולמת את הדין האזרחי, די בכך.<sup>49</sup>

44. הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13.

45. בשנים מאוחרות יותר הוחלו מערכות דינים אזרחיים נוספות על בתי הדין הרבניים מכוח אותו רציונל שנקבע בהלכת בבלי. ר' לדוגמה בג"ץ 8754/00 רון נ' בית-הדין הרבני הגדול פ"ד נו(2) 625 בו נקבע שיש להכיל את כללי הפורום הנאות על בתי הדין הרבניים (2002) ובג"ץ 1135/02 ווגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (2002) בעניין חוק האזנות סתר, תשל"ט-1979 ובג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006) בעניין חוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.

46. בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958) וס' 13(ב) לחוק יחסי ממון. בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני, החל מפס' 25 (נבו 22.7.2010); בג"ץ 4178/04 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סב(1) 235 (2006); ובג"ץ 7716/05 פלונית נ' פלוני, פס' 5 (נבו 27.8.2007).

48. לאחרונה בית-הדין הרבני הגדול הכיר בפסק דין אחד בעקרון האחידות בכל הנוגע לחלוקת הרכוש. ראו ערעור 1250217/3 (נבו 10.10.2021). לעומת זאת בפסק דין שניתן זמן קצר לאחר מכן בתיק (גדול) 1314150/7 (עותק שמור אצל המחבר, 28.6.22) צמצם בית הדין הרבני את דבריו אלו (ראו דיון אודות פסק דין ליד הערה 226).

49. בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003). פסק הדין של בית-הדין הגדול בו עסק בג"ץ פורסם בתיק (גדול) 791074/1 (נבו 17.7.2002); עזרא בר שלום הוראת שעה סו (התשע"ד). בהקשר זה מעניין לציין כי בית-הדין הרבני האריך להסביר בפסק דינו את אי מחויבותו לפסיקה האזרחית, בהצהרות מלחמתיות כמעט מול בית המשפט, אך בית המשפט העליון בחר להתעלם מכל אלו לאור התוצאה הזוהה עם הדין האזרחי. וראו גם בבג"ץ 5956/20 פלוני נ' פלונית (נבו 24.9.2020) והשוו לדנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 24.6.2021) (להלן: הלכת 8537/18), בפס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל אשר נותן משקל משמעותי לאופן ההתבטאות של בית-הדין (וראו עוד בבג"ץ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול

כאמור, בשנים שלאחר הלכת בבלי נדרש בית המשפט העליון לכמה עתירות נוספות כנגד פסקי דין רבניים בטענה שאלו סוטים מהלכת בבלי. באותם מקרים לא היה מדובר במקרים בהם בית הדין הצהיר כי מחיל הוא את הדין הדתי תחת הדין האזרחי, אלא במקרים בהם בית הדין הצהיר כי מחיל הוא את הדין האזרחי, אך עשה זאת בצורה שבית המשפט העליון קבע כי מדובר בשגיאה משמעותית ביישום הדין, גם אם בית הדין הצהיר כי פועל הוא בהתאם לדין האזרחי. מאידך, לא ניתן לחדד כי עתירות רבות נדחות בטענה כי גם אם מדובר בשגיאה ביישום הדין, הרי ששגיאה זו לא עולה כדי התעלמות מהחקיקה האזרחית המצדיקה התערבות של בית המשפט העליון בעניין.<sup>50</sup>

עיון בעתירות שהתקבלו מלמדות כי ניתן לסווגן לשתי קטגוריות, האחת מקרים בהם בית הדין שקל שיקול זר שאינו רלוונטי לחלוקת הרכוש (כדוגמת שאלת הנאמנות המינית)<sup>51</sup>, הקטגוריה השנייה הינם מקרים בהם שגיאתו של הדין ביישום הדין האזרחי הייתה משמעותית מדי בכדי שניתן יהיה להשלים עימה, וזאת גם אם עיון בפסק הדין מגלה כי בית הדין לא שקל שיקול זר (לפחות באופן מוצהר), וגם אם בית הדין הצהיר והסתמך על הלכות בית המשפט העליון.<sup>52</sup> בכדי להסביר ביתר קלות את השאלה אלו עתירות מתקבלות ואלו עתירות לא מתקבלות, ושיקוף ההלכה הנוהגת, אפשר להגיד שבית המשפט העליון משאיר שולים רחבים מאוד לבית הדין הרבני, ורק כאשר מתרחשת סטייה ניכרת בית המשפט העליון מוצא לנכון להתערב בפסק הדין, ובאופן הדומה לקריטריונים המצדיקים התערבות בפסק דין בגלגול שלישי, אלא באופן מצומצם עוד יותר.

בד בבד עם פסיקת בית המשפט העליון בעניין בבלי התגלעה מחלוקת בין שני חברי בית-הדין הרבני הגדול בשאלת ההתייחסות לפסיקת בית המשפט העליון בענייני הרכוש.<sup>53</sup> הרב דיכובסקי צידד בקבלת הלכת בבלי ויישומה, וזאת בטענה כי בימינו ישנו אומדן דעת ברור

**לערעורין**, פ"ד כו(2) 403, 411 (1972) אשר הורה בדומה להלכת גמליאל בכל הנוגע להליכים הנוגעים להחזקת הקטינים).

נושא נוסף שלא הוכרע בהלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, ובפסיקה מאוחרת יותר הושאר בצריך עיון הינו האם עלית ההתערבות הינה מכוח ס' 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה או מכוח ס' 15(ג) לחוק זה. נושא זה הובא לראשונה, תוך מתן הסבר להבדלים בין שתי הגישות בבג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401, 426 (2000), ומאז לא הוכרע בפסקי דין רבים (בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, פס' 20 (נבו) 2829/03 פלוני נ' בית הדין הדרוזי לערעורים בעכו, פס' 56 (נבו) 16.01.2006); בג"ץ 7716/05 פלוני נ' פלוני, פס' 8 (נבו) 27.08.2007; בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני, פס' 15 (נבו, 22.07.2010). וראו עוד בבג"ץ 1986/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, ס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל לעומת חוות הדעת של השופטת ביניש (נבו) 27.05.2008).

<sup>50</sup> בג"ץ 6863/15 פלונית נ' פלונית, פס' 5 (נבו) 18.10.2015, בג"ץ 5421/21 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פס' 10 (נבו) 14.09.2021 ובג"ץ 6595/21 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 7 (נבו, 8.11.2021).

<sup>51</sup> ר' לרוג' בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד סג(1) 271 (2008) (להלן: הלכת 8928/06) והלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49.

<sup>52</sup> ר' הערה 47 לעיל, ובמיוחד הלכת 4178/04 והלכת 7716/05, כאשר האחרון מבניהם עוסק בשאלת פרשנות חוזה שנכרת בין צדדים (ר' פס' 9 לפסק הדין) שהיא שאלה יישומית מובהקת.

<sup>53</sup> שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין" יח 18 (התשנ"ח) (להלן: דיכובסקי "הלכת השיתוף"), אברהם שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה "תחומין" יח 32 (התשנ"ח) (להלן: שרמן "הלכת השיתוף"); ואברהם שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדיני ישראל "תחומין" יט 205 (התשנ"ט).

לשני בני הזוג, לפיו הנכסים הנצברים במהלך החיים המשותפים הינם משותפים לשני הצדדים, באופן הדומה לחלק מהרציונלים שניתנו לחזקת השיתוף במהלך התגבשותה.<sup>54</sup> לדעתו מדובר בכלל משמעותי עד כדי כך שיש בו כדי להקנות חלוקה שוויונית של הנכסים בין בני הזוג, ובכך להחיל את הדין האזרחי. מאידך הרב שרמן צידד במלחמה חסרת פשרות לטובת הדין הדתי, ובהמשך ההתעלמות מהלכת השיתוף, חוק יחסי ממון ופסיקת בית המשפט העליון בנושאים אלו. לעמדתו הלכת השיתוף וחוק יחסי ממון מבקשים להנחיל עקרונות של שוויון בין בני הזוג, אשר סותרים לדעתו את דין תורה במהותו.<sup>55</sup> משכך, לגישתו יש להתעלם מהם לחלוטין, שכן אין המדובר בדין אזרחי רגיל אלא בדין אידיאולוגי, הסותר לדעתו את ההלכה. יחד עם זאת, הרב שרמן לא ביאר בדבריו מה מצופה שייקרה מבחינה מערכתית לאור העובדה שלבית המשפט העליון יש סמכות לבטל החלטות של בית-הדין הרבני, אך לא להפך.<sup>56</sup>

מאז מחלוקתם של שני דיינים אלו חלפו כמעט שלושה עשורים ולכן אבקש לבחון את המצב הנוהג כיום בבתי הדין הרבניים. בתחילה אציג את הדרך רווחת של בתי הדין להתמודדות עם הדין האזרחי, ולאחר מכן אתייחס לסוגיות רכושיות שונות על מנת להוכיח את טענתי שבראשית המאמר.

### ג. קבלה בקניין: התפתחות העמדה הפרגמטית בבתי הדין הרבניים

לאחר הלכת בבלי נדרש בית המשפט העליון לבטל כמה פסקי דין שיצאו תחת ידי בית-הדין הרבני וסותרו את הדין האזרחי.<sup>57</sup> ואולם לא מדובר במקרים רבים, כפי שצפוי היה להיות ככל שעמדת הרב שרמן הייתה מתקבלת בבתי הדין הרבניים במלואה. המחלוקת בין הרב שרמן לבין הרב דיכובסקי בנוגע להלכת בבלי מציגה שתי עמדות קוטביות ביחס לתחולת הדין האזרחי, אך חרף כך שמחלוקת זו ידועה ומפורסמת נראה שדווקא עמדת ביניים בין שתי העמדות לא קיבלה ביטוי מספיק במחקר.

על מנת להתמודד עם הלכת בבלי, התפתחה בבתי הדין הרבניים עמדה שניתן לכנותה "העמדה הפרגמטית". כפי שיפורט להלן, בהתאם לגישה זו בתי הדין מבקשים את הסכמת הצדדים לכך שהדין האזרחי יחול בעניינם, כך שהדין האזרחי חל על הצדדים לא מכוחו אלא מכוח הסכמתם המקומית של בני הזוג העומדים בפני בית-הדין. עמדה זו החלה דווקא בבתי הדין האזוריים אשר נראה כי ניסו להימנע מעימות עם המערכת האזרחית. ניתן לשער כי המניע לכך היה בהבנה שהמערכת האזרחית לא הייתה "מבליגה" לו בתי הדין היו מתעלמים

<sup>54</sup> ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 135.

<sup>55</sup> ראו בתיק 133004/5, לעיל ה"ש 43, בעמ' 13.

<sup>56</sup> הרב שרמן הציע במאמרו כי הצדדים יקבלו את בית-הדין "כבורר על פי שיקול-דעתו הרחב, ואז רשאי ביה"ד לצרף את הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון במערכת שיקוליו - אולם לא בכפוף אליהם, אלא כמצטרפים לבניית שיקול-הדעת והכרעת פסק הבורר". ראו שרמן "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 53, בעמ' 215 בהערה 5. ברי כי אין המדובר בפתרון מניח את הדעת שכן אין המדובר בהסכמה להחלת הדין האזרחי, אלא במתן שיקול-דעת רחב בהרבה לבית-הדין, וניתן להניח שמי הצדדים יסרבו לו, שכן אין ברצונם בבוררות אלא בהכרעה לפי הדין. כמקובל בהלכה התחייבויות אלו נעשות יחד עם קניין (ראו לעניין זה איתמר ורהפטיג ההתחייבות תוקפה אופיה וסוגיה 376 (2001)).

<sup>57</sup> ראו הערה 49 לעיל.

מהלכת בבלי לחלוטין, והיו מגיעות לפתחו של בית המשפט העליון עתירות רבות במקרים בהם בית-הדין עושה דין לעצמו.<sup>58</sup>

העיקרון ההלכתי-משפטי העומד ביסוד דרך זו הוא באמצעות דיני החוזים ההלכתיים. כפי שתואר לעיל, ההלכה מאפשרת לבני הזוג לערוך הסכם ביחס לחלוקת הרכוש ביניהם. ואולם בשעה שבני הזוג מגיעים לבית-הדין לצורך הכרעתו בסכסוך הגירושין שלהם, ברור כי לא עלה בידם להגיע להסכם כולל, שאחרת לא היו נזקקים לדיון משפטי משמעותי מלכתחילה. יחד עם זאת היו דיינים שהציעו להביא את הצדדים להסכמה בשאלת הדין אשר יחול בעניינם, ולקבל על עצמם חוזה ובו אופן פרטני את הדין האזרחי.<sup>59</sup> כך הבעיה ההלכתית לדון בעניין בני הזוג לפי הדין האזרחי הינה קלה יותר, שכן הצדדים מסכימים לדין שיחול בעניינם, ומאידיך הדין האזרחי לא לוקה מבחינה תוצאתית.

הדרך הפרגמטית היא הדרך הרווחת היום בבתי הדין הרבניים,<sup>60</sup> בכדי ליישב את הדין האזרחי עם הדין הדתי, וזאת על ידי כך שהצדדים מסכימים בפני בית-הדין כי הדין האזרחי יחול בעניינם. דרך זו מניחה ברירת מחדל הפוכה מזו של המחוקק: סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון קובע כי הדין החל כברירת מחדל הוא הדין האזרחי, אלא אם הצדדים מסכימים להחיל את הדין הדתי, בעוד שהדרך שתוארה לעיל מניחה כי הדין החל הוא הדין הדתי אלא אם הצדדים מסכימים להחיל את הדין האזרחי. יוער כי ישנם דיינים הסוברים כי מהלך זה אינו אפשרי, שכן לדעתם לא ניתן להסכים על אימוץ מערכת דינים חלופית תחת המערכת ההלכתית, נוכח האיסור ההלכתי להחיל דין זר על פני הדין הדתי, ובמיוחד שעה בה הדין מבוסס על עקרונות שההלכה לא מכירה בהם. ואולם מלבד קולות בודדים אלו, לא נמצאים כיום עוד דיינים שסוברים שאין לקבל את הסכמת הצדדים בנוגע לדין שיחול עליהם.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> פתרון זה מופיע כבר במאמרו של הרב דיכובסקי במסגרת דעת מיעוט בערעור שהגיע לדיון בבית-הדין הגדול. ראו דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 53, בעמ' 30.

<sup>59</sup> נוסח ההסכמה יכול להשתנות בין הרכב להרכב. לשם המחשה יובא כי ביום 28.5.2014 בית-הדין ברחובות הכתיב נוסח הסכמה כדלהלן לבעל: "אני מקבל בקניין ואני מתחייב לאשתי מה שביה"ד ימצא לנכון לחייב אותי על פי החוק מעבר למה שאני חייב לאשתי על פי דין תורה", ולאשה: "גם אני מקבלת בקניין כנ"ל ואני מתחייבת לבעלי מה שביה"ד יחייב אותי על פי חוק מעבר למגיע לו ע"פ דין תורה" (עותק שמור בידי המחבר). יש דיינים המנסחים נוסח זה בתוספת המילים עם "שיקול-דעת רחב לבית הדין", ואולם בניגוד לדברי הרב שרמן, כפי שהובאו לעיל, אין לדבר משמעות מעשית כלשהי (אך ראו אוריאל לביא **עטרת דבורה** ג 409 (התשפ"א) ביחס למקרה ובו הצדדים הסכימו רק לשיקול-דעת רחב).

<sup>60</sup> ראו מרדכי טולידאנו "ניהול הדיון - סוף מעשה במחשבה תחילה" **כנס הדיינים** תשע"ח 155, 156 (2019): "איך ידון בית הדין בנושא של איזון משאבים? ... רוב הדיינים, סוברים שזה לא כשר על פי ההלכה, לכן עושים קניינים, ובפרט כשמבקשים איזון פנסיה או זכויות 'מוניטין' עניינים שלא שערם אבותינו". תיק (אזורי ת"א) 448866/3 (נבו 11.7.2013): "על פי המצב כיום, רוב בתי הדין, אם לא כולם, דורשים לקבל מהצדדים הסכמה מפורשת לדון בענייני הרכוש שלהם על פי החוק האזרחי, קרי חוק יחסי ממון. ישנם בתי דין שאינם מסתפקים בהסכמה באמירה ודורשים גם 'קבלת קניין'". בתיק 133004/5, לעיל ה"ש 43, נכתב: "ואם כן כדי שביה"ד ידון בעניינם כפי החוק, רבים מהדיינים מבקשים מבני הזוג להודיע דעתם ועושים על זה קניין". כך גם ניתן למצוא אזכור לכך שהצדדים קיבלו בקניין בתיקים רבים, אוריאל לביא, **עטרת דבורה** ג 480 (התשפ"א) וראו עוד תיק (אזורי חי') 1073595/4 (נבו 28.6.2017).

<sup>61</sup> אליהו רוזנטל "בית הדין וחוק יחסי ממון" **כנס הדיינים** תשע"ח 42 (2019) ושרמן "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 53, בעמ' 212.

יחד עם זאת גם הדיינים המצדדים בדרך הפרגמטית יכולים להיתקל בקושי של ממש כאשר מי מבעלי הדין לא מסכים לקבל על עצמו את הדין האזרחי בטרם הדין. כאן חוזרת מחלוקתם של הרב דיכובסקי והרב שרמן במלוא עוזה, כאשר חלק מהדיינים מבקשים את הסכמת הצדדים, ואולם לא מדובר בדבר הכרחי עבורם לצורך הפעלת הדין האזרחי. אותם דיינים סבורים כשיטת הרב דיכובסקי שתוארה לעיל, ונדמה שפרקטיקה זו הינה בבחינת למעלה מן הצורך ומחשש לעמדות הסבורות שהחוק לכשעצמו אינו מחייב, לצד רכיב אידיאולוגי מסוים, המדגיש כי מלכתחילה ראוי היה להתדיין לפי דין תורה. לעומתם, ישנם דיינים המסרבים לדון בענייני הרכוש כלל, עד אשר בני הזוג יסכימו להחיל את הדין האזרחי עליהם. בעניין זה מתבקש להביא מדבריו של אחד מדייני בתי הדין שהעיד על עצמו:<sup>62</sup> "כאשר הבעל מסכים ומתחייב בקניין בפני בית-הדין, שבית-הדין יפסוק חלוקת רכוש על פי חוק יחסי ממון, הבעל מתחייב לתת לה מחצית מהנכסים, והתחייבותו חלה ככל דבר שבממון שתנאו קיים. כך גם נהוג בבית-הדין בצפת וטבריה ובעוד כמה בתי דין, שללא הסכמת הבעל, בית-הדין אינו מקיים דיון בחלוקת הרכוש, מאחר שבית המשפט העליון יבטל את פסיקת בית-הדין הרבני, אם היא מנוגדת לחוק יחסי ממון". במצבים כאלה הצדדים נותרים בלימבו משפטי של ממש. לעיתים יכולה להיות תוצאה קשה עוד יותר לבני הזוג בה בית הדין יסרב לדון במכלול תיקיהם, לרבות תיק הגירושין,<sup>63</sup> כל עוד לא יסכימו בני הזוג על הדין החל בענייני רכושם, כאשר ניתן לשער שהדבר נעשה בכדי ללחוץ את הצדדים להגיע להסכמה בעניין זה, ובהתאם לרצון בית-הדין להימנע מחיוב גט במצב בו הגט לא מסודר בשל וויכוח צדדי בין בני הזוג.

בית המשפט העליון נדרש במקרה אחד לסירוב שכזה שהתרחש בבית דין, שהורה "... במצב שנוצר לפנינו איננו יכולים להפעיל את סמכותנו השיפוטית על פי דין תורה. לאור האמור, ביה"ד מפסיק את הדיון בתביעה הרכושית".<sup>64</sup> באותו העניין נפלה מחלוקת בין הצדדים בדבר משמעותה של החלטה זו והאם עולה היא כדי סגירת התיק המאפשרת לפנות לבית המשפט בעניין זה, אם לאו. בית המשפט העליון התייחס להחלטה זו ככזו אשר אינה עולה כדי סגירת התיק, ובאופן המשאיר את הסמכות העניינית בידי בית-הדין, ואולם הובעה חוסר נוחות מהתנהלותו של בית-הדין, תוך שנקבע כי על בית-הדין לדון בעניין לפי הדין האזרחי, חרף הצהרותיו. במקרה אחר, בו בית-הדין הגיע לתוצאה דומה, ובו היה סירוב משמעותי יותר מצד בית-הדין מלהידרש לתביעה, הכריע בית המשפט לענייני משפחה כי חרף העובדה שהסמכות הוקנתה מלכתחילה לבית-הדין, זו תעבור לבית המשפט לענייני משפחה.<sup>65</sup>

לצד דיינים אלו, ישנם דיינים אשר בוחרים שלא להשאיר את הצדדים בלימבו המשפטי של דיון שאינו מוכן לדון, אלא מורים מעצמם על מחיקתן של תביעות אלו, תוך ידיעה שהדבר יוביל לכך שהסכסוך יתברר בבית המשפט. בית-הדין הרבני ביסס קביעתו זו על מתן פרשנות מרחיבה למבחני הכריכה, תוך שנקבע כי בעל דין אשר כרך לתביעתו את ענייני הרכוש, אך

<sup>62</sup> תיק (אזורי צפת) 604877/10 (נבו) 24.12.2017.

<sup>63</sup> ראו תיק (גדול) 1326343/1 (נבו) 1.8.2021.

<sup>64</sup> בג"ץ 5376/08 סמיה נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב (נבו) 8.4.2010.

<sup>65</sup> הדין והדיין 46, 5 (2017).

סירב להסכים לדיון על פי הדין האזרחי אינו ממלא אחר מבחני הכריכה,<sup>66</sup> ובאופן המדגים את התוצאה הנגרמת מכך שהחלת הדין כפופה להסכמת הצדדים. מקרה קשה עוד יותר הוא מקום ובו דווקא הנתבע הוא זה שיסרב לקבל את הדין האזרחי (ובכך להתחמק בפועל מסמכות בית-הדין הרבני). במקרה זה קשה להלום את פסיקתו של בית-הדין הגדול שנוכחה לעיל, מכיוון שלית מאן דפליג שהנתבע אינו אמור למלא אחר מבחני הכריכה, בעניין תביעה המוגשת נגדו. על אף האמור ניתן להטיל ספק אם בית המשפט העליון יכפה על בית-הדין להידרש לתביעה אם בית-הדין יקבע כי הוא מושך את ידיו מדיון בתיק (בניגוד למצב ובו בית-הדין יקבע שהנושא בסמכותו, מחד, אך מסרב הוא לדון בו מאידך),<sup>67</sup> למרות שהדבר יכול להשקעת משאבים מיותרים מהצדדים, בגין הצורך בהגשת תביעה חדשה לבית המשפט לענייני משפחה, וזאת מתוך חתירה לפתרון מעשי, ובשים לב לכך שהקניית סמכות מכוה הכריכה נחשבת למנגנון חריג משפטי.<sup>68</sup>

כדי להסביר את מקורה של הדרך הפרגמטית, אשר הפכה למקובלת ביותר בבית-הדין הרבניים, חשוב לציין שמדובר בפרקטיקה רווחת בבתי הדין הפנימיים בקהילות היהודיות זה מאות בשנים. על פי ההלכה, ובמיוחד לאחר קטיעת שרשרת הסמיכה, קשה מאוד לדון באופן פרקטי בענייני ממון בין אדם לחברו, וזאת בשל מגוון סיבות, כדוגמת כללי כשירות עדים קשים ביותר, צמצום האפשרות לדון ברוב דיני הנוזיקין, ביטול דיני הקנסות ועוד, עד כדי הפיכת הדין ההלכתי הממוני לתיאורטי או לכזה המביא לתוצאות קשות. מסיבה זו נהגו בתי הדין בקהילות השונות לבקש מבעלי הדין להסכים לכך שיהיה בידי בית-הדין הדתי לפסוק בעניינם "הן לדין והן לפשר", ולפחות ב"פשרה הקרובה לדין". בדרך זו מתאפשר לדייני בית-הדין לעקוף את כלל הבעיות הנוצרות ביישום הדין ההלכתי הטהור, שכן הדיינים מוסמכים לפעול באופן חוזי, בהתאם להסכמת הצדדים, ובהסתמך על שיקול-דעתם, אשר יכול להביא להתעלמות מהבעיות שצוינו. בהלכה הגיעו הדברים לכדי כך שנפסק כי בעל דין אשר מבקש שענייניו ידון בהתאם לדין ההלכתי הטהור, ואינו מסכים להסמיק את הדיינים לסטות מההלכה, ייחשב באופן אבסורדי כבעל דין אשר הוא עצמו אינו מציית לבית-הדין הרבני,<sup>69</sup> עד כדי שחלק מהפוסקים שקבעו כי ניתן להוציא כתב סירוב נגדו, על כל

<sup>66</sup> תיק (גדול) 1263901/2 (נבו 2.11.2020) (להלן: תיק 1263901/2). בעניין פסק דין זה הוגשה עתירה לבג"ץ אך זו נמחקה. בג"ץ 4812/20 פלוני נ' נשיא בית הדין הרבני הגדול (נבו 23.11.2020), ור' עוד בתיק (אשדוד) 1338971/12 (נבו, 11.3.23) בו בית הדין הורה על מחיקת תביעה לאור אי הסכמת הנתבע להחלת הדין האזרחי בעניינו.

<sup>67</sup> וזאת חרף סמכותו הפורמלית של בית המשפט לעשות כן, בהתאם לס' 15(ד) לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, המקנה לבית המשפט העליון אף את הסמכות להורות לבית-הדין הדתי "לדון בענין פלוני לפי סמכותם".

<sup>68</sup> ראו הלכת 8533/13, לעיל ה"ש 46, בפס' 31 לפסק דינה של הנשיאה נאור.

<sup>69</sup> שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז סימן מח, פרק ח אות ט; תיק (אזורי ירושלים) 2824/ל"ח פד"ר יא 259 (תשל"ט); מסעוד אלאחדר "סירוב לחתום על שטר בוררין בנוסח 'הן לדין הן לפשרה ע"פ דין' שורת הדין ח תקכה (התשס"ג). וראו שם, בעמ' תקכט כי ערעור על פסק דין זה נדחה על ידי בית-הדין הגדול. וראו עוד יועזר אריאל דיני בוררות עה, שיד (התשס"ה).

המשמעויות ההלכתיות הקשות הנלוות לכך. כך מקובל היה לפסוק גם בבתי הדין הרבניים, כאשר הם נדרשו לענייני ממונות בין איש לרעהו,<sup>70</sup> שעה בה סמכות זו עוד הייתה בידם.<sup>71</sup> הפעולות שבית-הדין נוקט בהתאם לדרך הפרגמטית, בכל הנוגע לאופן חלוקת הרכוש של בני הזוג לשעבר, הן בגדר מהלך מאוד דומה למהלך האמור, אשר מכריח במידה שאינה מבוטלת את הצדדים להחיל עליהם מערכת דינים אזרחית,<sup>72</sup> ככל שהם מעוניינים שעניינם ידון בבית-הדין הרבני. אלא שכאן הצדדים מסכימים להחיל עליהם דין חילופי וזר לחלוטין לדין הדתי, המבוסס על עקרונות אזרחיים, שהדין הדתי לא מכיר בהם, ולא רק ככלי להשלמת פערים ומילוי לקונות בדין הדתי, כפי שנעשה בכל סכסוך ממוני אחר. כאמור, בקשה מהצדדים להסכמה בדבר החלת הדין האזרחי עליהם, הינה ההתנהלות הרווחת והיא לא הגיעה לבית המשפט העליון לביקורת שיפוטית משמעותית עד עתה. לדעתי, בעין אזרחית, ככל שפעולה זו נעשית על ידי בית-הדין בבחינת למעלה מן הצורך בלבד (כך שגם בלעדי הסכמת הצדדים לדון לפי הדין האזרחי בית-הדין ידון בנושא לפי הדין האזרחי), ומבלי שיש לה משמעות אופרטיבית כלשהי, הביקורת שניתן להשמיע על פרקטיקה זו הינה במישור האידיאולוגי בעיקרה. אמנם ישנו היבט של אי הכרה בתוקפו של הדין האזרחי (כך למשל ברור שבית-הדין לא יבקש את הסכמת בעלי הדין להחלת הדין הדתי ביניהם בכל הנוגע לעילות הגירושין), אך יחד עם זאת מכיוון שהדבר נעשה רק כדי להקל על מצפוננו של בית-הדין, ובהמשך לכך שמדובר בפרקטיקה רווחת הנוהגת בבית-הדין הדתי, ומקובלת אף ביחס לעניינים אחרים, ניתן להשלים עם הדבר. לגישתי אין המדובר בחוסר הכרה עקרוני במערכת האזרחית, ובלבד שגם במקרה שבו מי מהצדדים יתעקש שלא להסכים להיעתר להחלת הדין האזרחי, יחיל בית-הדין ממילא את הדין האזרחי. כנגד זאת ניתן לטעון שמצב משפטי קבוע בו בעלי הדין נותנים את הסכמתם לתחולתו של דין טריטוריאלי אשר חל עליהם ממילא, אינו מניח את הדעת, ובמיוחד משיקולי כיבוד הדין ומקומו של בית המשפט העליון ופסיקותיו,<sup>73</sup> על ידי ערכאה ממלכתית בישראל.<sup>74</sup> בהתאם לגישה זו עצם הדרישה לקבל את הסכמת הצדדים להחלת דין אשר אמור לחול עליהם ממילא מדגישה את השקפתו העקרונית של בית-הדין כי החוק אינו מחייב מכווחו, אלא רק במקום שקיימת הסכמה של הצדדים אשר עומדים בפני בית-הדין. והרי מבחינת בית-הדין עצמו גם אם הצדדים היו מסכימים להחלת דין זר אחר, היה בית-הדין מסכים על פניו להידרש לדין זה ולדון על פיו, ומשל אין דין טריטוריאלי מחייב.

אולם, ביחס לדיינים שאלמלא הסכמתם הספציפית של הצדדים שבפניהם להחיל את הדין האזרחי, לא מוכנים הם לדון בתביעה שהוגשה אליהם, המצב אינו מניח את הדעת כל עיקר, ובמיוחד לאור הכלל העקרוני בדבר היעדר יכולתו של גורם שיפוטי להתפרק מסמכויותיו, אשר הוחל גם על בתי הדין הרבניים.<sup>75</sup> לעיל הוצג מקרה ובו בית-הדין קבע שתובע המסרב

<sup>70</sup> ראו שם, בעמ' שטז ושיז.

<sup>71</sup> ראו בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).

<sup>72</sup> וראו עוד חגי איזירר "אונסא דנפשיה" בממונות, בעונשין ובגיטין" שורת הדין ה רחצ, שא (התשנ"ט) ואוריאלי לביא עטרת דבורה 468 (התשפ"א).

<sup>73</sup> ראו בג"ץ 9734/04 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295, 298 (2004).

<sup>74</sup> ראו בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996).

<sup>75</sup> ראו ה"ש 64 לעיל וראו ס' 15(ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה - "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם".



להחלת הדין הדתי פועל בחוסר כנות המצדיק את ביטול כריכתו בהיותה בלתי כנה.<sup>76</sup> ואולם החלת מבחני כנות הכריכה במקרה זה הינם בבחינת תירוץ כדי להתחמק מהדין העיקרי, והוא סירובו של בית-הדין להכיר בכוחה המחייב של החקיקה והפסיקה האזרחית, על כל המשמעות הנלוות לאי הכרה זו מצד ערכאה שיפוטית הפועל מכוח חוק. בלשון אחרת, אין התקלה מצויה בהכרח במעשיו של בעל הדין, אלא דווקא בבית-הדין עצמו אשר אינו מוכן ליישם חוק שחל עליו ללא עוררין.

לסיכומו של פרק זה, אמנם בית-הדין הרבני פוסק בענייני הרכוש בהתאם לדין האזרחי. ואולם, הוא אינו פועל כך כמי שרואה עצמו כפוף לסמכותו המחייבת של החוק, אלא אך מכוח מקור סמכות צנוע הרבה יותר, והוא הסכמתם של הצדדים, ובאופן בו קשה לקבל את אופן פעולתו זו של בית-הדין, בהיותו ערכאה שיפוטית ממלכתית ומחויבת לחקיקה ולפסיקה.

תהיה ההתייחסות לעמדה הפרגמטית אשר תהיה, לאור כך שבפועל מביאה היא לכך שבית-הדין פוסק לפי הדין האזרחי, ניתן היה להניח כי בית-הדין יפסוק בכל מקרה ומקרה הנידון בפניו, לאחר קבלת הסכמת הצדדים, בהתאם לדין האזרחי. כתוצאה מכך ממילא שאלת הערכאה הדנה, ושאלת מרוץ הסמכויות הנלווה לה, לכאורה אינן רלוונטיות נוכח הזהות העקרונית בתוצאה. להלן אבקש לבחון האם אכן כך הוא, וזאת באמצעות כמה דוגמאות שכיחות. משמעותה של בחינה זו תהיה כפולה, הן בשאלה האם ישנם הבדלים מהותיים בין הערכאות השונות, דבר לו משמעות הן ביחס לבעלי הדין ובחירתם בערכאה אשר תידון בעניינם, וכן כדי להבהיר האם ניתן להצביע על דין ישראלי אחיד החל בנושאים אלו, או שמא הדין עדיין הולך אחר הדין. משמעות שנייה לבחינה זו הינה בשאלה האם הלכת בבלי אכן מיושמת בבתי הדין הרבניים, אם לאו. המדובר בשאלות קרובות יחסית, שכאמור לעיל, בהתאם להלכת בבלי בית הדין אינו מחויב להלכות בית המשפט העליון רק במישור העקרוני, אלא גם ליישומן בצורה נכונה ולהגעה לתוצאה האזרחית הנכונה באותו המקרה (או לפחות בתוך מתחם האפשרויות הלגיטימיות). ודוק, עיקר מחויבותו של בית הדין לדין האזרחי הינה במישור היישומי, שכן כבר בהלכת בבלי נקבע שבית הדין יכול להסתמך גם על הדין הדתי באופן מלא, ובלבד שיגיע לתוצאה שעולה בקנה אחד עם הדין האזרחי. משכך ברור שגם כאשר בית הדין מיישם חוק אזרחי עליו להגיע לתוצאה העולה בקנה אחד עם הדין האזרחי. לכן, לא די בכך שניתן למצוא עיגון לשוני בחקיקה להכרעת בית הדין, אלא יש צורך שזו תעלה בקנה אחד עם כלל הדין האזרחי, לרבות הלכות בית המשפט העליון. אכן, ברי כי אין הכוונה שבהכרח שלכל בעיה משפטית תשובה אחת נכונה, ואולם יחד עם זאת, בבחינה דלהלן, ניתן יהיה להצביע על מקרים בהם בית הדין חורג ממתחם שיקול הדעת שניתן ליחס לו, אלמלא מדובר בניסיון מכוון לא ליישם את הדין החל. מחויבותו של בית הדין לפרשנות שנקבעה על ידי בית המשפט העליון (להבדיל ממחויבות בית הדין לחוק) נקבעה בפרשת בבלי, ומשכך בכל המקרים דלהלן אתייחס ליישום או אי יישום של הלכת בבלי, גם כאשר עסקינן בנורמה שמקורה בחקיקה, שכן פרשנות הנורמה החקיקתית נקבעת בפסיקה האזרחית.

<sup>76</sup> תיק 1263901/2, לעיל ה"ש 66.

#### ד. יישום הדין האזרחי בין כותלי בית-הדין הרבני

בכדי לבחון את שאלת יישום הדין האזרחי בין כותלי בית הדין הרבני בחרתי לבחון כמה סוגיות רכושיות המתעוררות בין כותלי בית הדין הרבני (הלכת השיתוף הספציפי, יישום סעיף 8 לחוק יחסי ממון, פסיקת ריבית והחזר מתנות). סוגיות אלו נבחרו משום שבית הדין נהנה בהן משיקול דעת רחב יחסית, לצד כך שמדובר בסוגיות שאינן נדירות, כך שניתן יהיה להצביע על מגמות בפסיקת בית הדין בסוגיות אלו.<sup>77</sup>

##### 1. שיתוף ספציפי

על-פי הגישה המקובלת בהלכה הפסוקה,<sup>78</sup> חזקת השיתוף אינה ממשיכה לחול על בני זוג שנישאו לאחר שנת 1974 במקביל להסדר איזון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון. משמעותם המעשית של דברים אלו הינה בכמה וכמה סוגיות עקרוניות, אשר המרכזית ביניהן היום היא מעמדו של נכס אשר היה בבעלותו של אחד מבני הזוג טרם הנישואין, ובמיוחד דירת המגורים. בפסיקה נקבע כי חזקת השיתוף פורסת את מצודתה גם על נכסים מאין אלו,<sup>79</sup> אך בניגוד לכך בחוק יחסי ממון נקבע כי נכסים שהושגו טרם הנישואין מוחרגים מתחולת החוק שכן הם נכסים אשר לא נרכשו מכוח מאמץ משותף של בני הזוג. יחד עם זאת, ומבלי שיש לדבר עיגון מפורש בחוק, בפסיקה הושאר פתח להכרה בזכויות בן הזוג האחד בנכסים הרשומים על שמו של בן הזוג השני ושהיו בבעלותו ערב הנישואין. הדבר נעשה בהתבסס על ההלכות הקובעות שחוק יחסי ממון אינו מונע מבני הזוג לערוך עסקאות ביניהם, על שלל צורותיהן, ואף שלא בדרך הקבועה בחוק יחסי ממון, ובלבד שאלו לא יהיו צופות פני גירושין.<sup>80</sup> בהמשך לכך, במקרים מסוימים ניתן לראות כי כבר במהלך הנישואין התגבש שיתוף בין בני הזוג,<sup>81</sup> ביחס לנכס מסוים, אשר אינו מבוסס על חוק יחסי ממון, אלא על דיני הקניין הרגילים הכלליים, וממילא הוא אינו קשור לגירושי בני הזוג או להפעלת הסדר איזון המשאבים על בני הזוג. הלכה זו מכונה "הלכת השיתוף הספציפי מכוח

<sup>77</sup> לבחינת סוגיה אחרת של יישום הדין האזרחי בין כותלי בית הדין הרבני, ר' רון ש' קליינמן "הכלל כמנהג המדינה"? הלכה והשקפה בפסיקת הדיינים בבתי הדין הממלכתיים בישראל בסכסוכי עבודה" **מחקרי משפט** לב 141 (2019), הדין בפסיקת בתי הדין הרבניים בעניין חוקי המגן בדיני עבודה.

<sup>78</sup> חילוף ההלכה מהלכת **יעקובי**, לעיל ה"ש 21, אינה מלאכה פשוטה. ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 157-150. וראו ע"מ (י-ם) 821/05 **ש.א. נ' ש.ג.** (נבו 12.11.2006). על היחסים שבין דנ"א 1558/94 **נפיטי נ' נפיטי**, פ"ד נ(3) 573 (1996) להלכת **יעקובי**, שם. וראו עוד בבג"ץ 3995/00 **פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד נו(6) 887, 883 (2002). הנשיא (בדימוס) ברק מציין "לא פשוטה היא אם חזקת השיתוף ממשיכה לחול לצד חוק יחסי ממון", ובמשתמע עולה כי מדובר בשאלה שעודנה תלויה ועומדת ולא הוכרעה. וראו באופן כללי על סוגיה זו חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 489 (2005); וחנוך דגן ודפנה הקר "הלכת השיתוף הספציפי – לקראת המערכה הרביעית בבג"ץ 4602/13 **מחקרי משפט** לב 519, 528 (2019) (להלן: דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי").

<sup>79</sup> ע"א 1880/95 **דרהם נ' דרהם**, פ"ד נ(4) 865 (1997); ע"א 806/93 **דרי נ' דרי**, פ"ד מח(3) 685 (1994).

<sup>80</sup> ע"א 169/83 **(שרעבי) שי נ' (שרעבי) שי**, פ"ד לט(3) 776 (1985); וע"א 1629/11 **יצחקי נ' וכטר** (נבו 4.11.2012).

<sup>81</sup> המילה שיתוף, שאינה מדויקת דיה, נבחרה על ידי בכוונה שכן המנגנון המשפטי הספציפי יכול להיבנות מכמה מוסדות משפטיים, אשר העיון בהם חורג מרשימה זו.

הדין הכללי, שכן היא טובה ביחס לנכס ספציפי בלבד, בניגוד לחזקת השיתוף אשר תחולתה על נכסים רבים יותר, ובלי צורך להוכיח שיתוף ביחס לכל נכס ונכס.<sup>82</sup> גדריה המדויקים של הלכה זו לא נקבעו בצורה ברורה בבית המשפט העליון ומנעד הדעות הינו די רחב. בקצה האחד מצויים הסוברים כי הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי הפכה כמעט לחזקה קניינית,<sup>83</sup> באופן הדומה מאוד לחזקת השיתוף. מאידך יש המצדדים בתחולה מצומצמת יחסית, ומתנים את הלכת השיתוף הספציפי בקיומו של "דבר מה נוסף", כדי להוכיח את השיתוף שנעשה בין בני הזוג בנוגע לנכס המריבה.<sup>84</sup> יודגש כי בכל הנוגע לדירת מגורים הרף הראייתי הדרוש הינו נמוך יחסית, לכל הדעות, כאשר די לעיתים בהתנהלותם הכללית של בני הזוג (הרמוניה בין בני הזוג לצד התנהלות כלכלית משותפת) על מנת להכיר בשיתוף בין בני הזוג, בכל הנוגע לדירת המגורים או בראיה חיובית כלשהי לצורך הכרה בשיתוף, גם אם נסיבתית.<sup>85</sup>

נושא הלכת השיתוף הספציפי ויישומה בבית-הדין התעורר לאחרונה בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4602/13 אשר ענייניו התגלגל לדיון נוסף.<sup>87</sup> פרשה זו התפרסמה בעיקרה בשל השאלה האם הקביעה לפיה שיתוף ספציפי מתבטל במקרה של אי נאמנות מינית (מצד בן הזוג הלא רשום), סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בנושא, אם לאו.<sup>88</sup> לנושא זה אין בכונתנו להתייחס ברשימה זו, אלא אבקש להידרש לשאלה כללית יותר, והיא יישומה של הלכת השיתוף הספציפי בין כותלי בית-הדין. ובמילים אחרות, האם בית-הדין הרבני הגדול היה מאשר את פסק דינו של בית-הדין האזורי, הקובע כי מתקיים שיתוף

<sup>82</sup> קשה לחלוק על כך כי הלכה זו אינה מצויה בחוק יחסי ממון. ואולם הלכה זו אינה בהכרח סותרת את הוראות החוק, כפי שנטען בפסיקת בתי הדין, שכן הוראות ס' 4 לחוק יחסי ממון מתייחסות אך לנישואין ולקיומם לכשעצמם, בעוד שהלכת השיתוף הספציפי דורשת קיומו של דבר מה נוסף, מעבר לנישואין לכשעצמם כדי להכיר בשיתוף. עוד יש לשים לב שהמחוקק לא נקט בלשון החלטית ביותר האפשרית בכל הנוגע לשלילת זכויות המבוטסות על הלכות בית המשפט העליון. והשוו ל'ס' 161 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, אשר כותרתו ותוכנו מבטאים בצורה ברורה יותר את רצון המחוקק לשלול את הזכויות שביישר האנגליות שנהגו טרם חקיקת. הוראה שכזו לא קיימת בחוק יחסי ממון. בכל הנוגע ל'ס' 5 (א) לחוק יחסי ממון, הרי שבהתאם להלכות שהובאו בה"ש 80 לעיל בידי בני הזוג להעניק האחד לשני נכסים במהלך חיי הנישואין, גם שלא בדרך חוק יחסי ממון. כתוצאה מכך הדבר ייחשב לנכס ששותף עוד קודם לכן בין בני הזוג, ועוד טרם הגיע מועד איזון המשאבים, כך שאין המדובר בסתירה לסעיף זה (ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ, פס' 24 (נבו 19.7.2020) וע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים, פס' כג (נבו 28.12.2009)).

<sup>83</sup> ראו הלכת בן גיאת, שם וע"א 4298/18 מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק, פס' 23 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו 20.04.2021).

<sup>84</sup> ראו שם במחלוקת שבין השופט עמית לשופט רובינשטיין, אשר השופט פוגלמן נמנע להכריע בה, וראו בע"מ 1398/11 פלוני נ' פלוני (נבו 26.12.2012).

<sup>85</sup> ראו רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002), הלכת בן גיאת, לעיל ה"ש 82, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט עמית ופסקה 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן, הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49, פס' 33 לפסק דינה של הנשיאה חיות ושחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ומשילות" בעקבות בג"ץ 4602/13 "עיוני משפט מג 5, 58-50 (2020) (להלן: ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים").

<sup>86</sup> בג"ץ 4602/13 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (נבו 18.11.2018).

<sup>87</sup> הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49.

<sup>88</sup> ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים", לעיל ה"ש 85, ודגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי" לעיל ה"ש 78.

ספציפי, גם אם לא הייתה עולה טענה בדבר היעדר נאמנות מינית, והאם בית המשפט העליון היה מתערב בפסק דין שכזה.

עיון בפסק הדין הראשון של בית המשפט העליון מגלה כי ככל הנראה אלמלא עלה עניין הנאמנות המינית בית המשפט העליון לא היה קובע כלל דיון בעתירה ואף שוקל להתערב בפסק הדין.<sup>89</sup> כנראה שגורלו היה נגזר ככל אותם פסקי דין קצרים הדוחים עתירות כנגד בית-הדין הרבני בטענה להיעדר יישום הלכת השיתוף ספציפי, בקביעה שבית המשפט העליון אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים.<sup>90</sup> אלא שעניין הנאמנות המינית שעלה בבית-הדין הרבני הגדול הביא את חברי ההרכב המקורי להידרש לעניין זה, באופן שהוביל למתן לפסק דין משמעותי ורחב יותר. במסגרת הדיון הנוסף שהתקיים באותה פרשה נדרשה הנשיאה חיות גם לעניין הנאמנות המינית, אך זאת לצד התייחסותה לפרשנות המצמצמת ביותר שניתנה להלכת השיתוף הספציפי בפסק דינו של בית-הדין הרבני הגדול, אשר סותרת את הכללים שנקבעו בפסיקה בעניין. יחד עם זאת בפסק דינה של הנשיאה חיות נקבע שאלמלא עניין הנאמנות המינית ספק אם גם לדעתה היה להתערב בפסק דינו של בית-הדין הרבני הגדול, וכל שכן לעניין הסכמתה לקיומו של דיון נוסף. לדבריה צירופם של שני גורמים "האופן השגוי שבו פורשה הלכת השיתוף הספציפי, לצד מתן משקל לסוגיית הבגידה – אינה עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי ומקימה עילה להתערבותנו במקרה הנדון".<sup>91</sup>

ואכן, ניתוח פסק דינו של בית-הדין הגדול מגלה לדעתי כי אף בהתעלם מעניין הנאמנות המינית, בית-הדין לא היה מוכן לזכות את האישה בחלקה שבבית המריבה. ניתן ללמוד דברים אלו הן מדברי הרב עמוס אשר טורה לצאת נגד דיון אחר שניסה ליישב את ההלכה היהודית עם הלכת השיתוף הספציפי, וכותב שלא ניתן ליישב את ההלכה עם הפסיקה האזרחית בנושא זה, ואף לא ראוי לעשות כן. תמצית עמדתו של הרב עמוס הינה: "ודאי כל המושג של כוונת שיתוף נגד ההלכה... וקשה לומר עליה כי זה מנהג המדינה... ולכן משניתנה לביה"ד והושתה עליו החובה לפסוק על פי החוק או על פי תקדימי פסיקה, הרי שפרשנותו שלו הינה שוות ערך לפרשנות כל ערכאה משפטית אחרת, ומאחר וביה"ד פוסק על פי המשפט העברי הרי שבהכרח פרשנותו תהיה כפופה לדין העברי".<sup>92</sup> דברים אלו של הדיין מלמדים עד כמה דעתו לא נוחה מהלכת השיתוף הספציפי. אף ברמה ההצהרתית הוא מבכר מתן פרשנות עצמאית לדיני הקניין הישראליים, באופן שמאיין כמובן את הלכת השיתוף הספציפי, אשר תחולתה רחבה יותר מגדרי הפרשנות שנותן בית-הדין לדיני הקניין הישראליים. כדי להמחיש עד כמה עמדתו של הרב עמוס לא נוחה עם הלכת השיתוף הספציפי, ועד כמה אין זה לגיטימי בעיניו להכיר בה, ניתן להפנות להרצאה שניתנה על ידו בכנס הדיינים השנתי.<sup>93</sup> בהרצאתו הוא ביטא את דעתו באופן ברור עוד יותר, תוך שהוא מתייחס לאותו המקרה שהגיע לבסוף לדיון הנוסף.<sup>94</sup> במסגרת דבריו הרב עמוס מביע את

<sup>89</sup> בג"ץ 4602/13, לעיל ה"ש 86, בפס' 7 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>90</sup> ראו לדוגמה בג"ץ 181/22 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 3.4.2022) ובג"ץ 5803/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 15.9.2019).

<sup>91</sup> הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49, בפס' 47 לפסק דינה של הנשיאה חיות.

<sup>92</sup> תיק (גדול) 1073676/1 (נבו 27.7.2017).

<sup>93</sup> מיכאל עמוס "כוונת שיתוף ייחודי (ספציפי) התפתחותה המשפטית ומעמדה ההלכתי" כנס הדיינים תשע"ז 543 (2018).

<sup>94</sup> שם, בעמ' 553 מזכיר הרב עמוס את אותן העובדות.

פליאתו שיש דיינים שמוכנים לתת את מלוא המשקל לפסיקה האזרחית וליישמה כמקובל במערכת האזרחית, כאשר ניכר שהדברים מתייחסים לדייני בית-הדין האזורי (אשר פסקו כי התגבש שיתוף ספציפי באותן הנסיבות). ואמנם כפי שנכתב לעיל פסיקה שכזו היא אכן נדירה בין כותלי בית-הדין הרבני.<sup>95</sup> "הוגש הערעור שנדון בפנינו כתבו תלמידי חכמים, באמת תלמידי חכמים, והייתי צריך להסתכל שלוש פעמים אם באמת הם שכתבו אותו. בפסק הדין מובאים המקרה והטענות, מצוטטים שלושה בג"צים, וכותבים 'ונפסק להלכה'. זה מה שהיה ותו לא. חוקית הם צודקים ב'מאה אחוז'. אבל אנחנו יודעים שעל פי הדין העברי אם אדם ירש ירושה – היא שייכת לו, שלא כמו לפי הפסיקה החדשה שבהתקיים 'כוונת שיתוף' בנכס ייחודי... תמוה מאוד שבית הדין האזורי כותב את העובדות ואת הטענות ומעתיק את דברי בג"ץ ותו לא".<sup>96</sup> המסר מהדברים ברור, וכל שכן כאשר נאמרים הם בפומבי, במהלך הכנס השנתי של דייני בית הדין הרבני. לאחר דברים חריפים אלו הרב עמוס מזכיר דיינים אשר פועלים בדרך הפוכה לחלוטין, ופסקי דינם מבקשים להתעלם לחלוטין מהדין האזרחי. לדבריו: "אלה עושים כך ואלה עושים כך. בגלל זה החלטתי לדבר על נושא זה".

לאחר דיון בנושא, רומז הרב עמוס על דרך הפעולה הנכונה לדעתו בכדי להתמודד עם הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון: "יש שלושה או ארבעה בג"צים שמהם עולה כי כאשר בית הדין מתעלם לגמרי מה'דין' של 'כוונת שיתוף' בג"ץ מתערב ופוסל את פסק הדין. אבל כשבית הדין דן בזה – אפילו לא קיבל את הטענה – כיוון שבית הדין התחשב בדוקטרינת 'כוונת השיתוף' והגיע למסקנה שאין כוונת שיתוף, בג"ץ אינו מתערב – זה דבר שחשוב מאוד לדעת: כאשר עוסקים רק בהגדרת הנכסים כ'נכסי מלוג', 'נכסי צאן ברזל' וכו' בית המשפט יבטל את פסק הדין לגמרי, לכן חייבים להתייחס לסוגיית כוונת השיתוף". ובמילים אחרות, נוכח הביקורת השיפוטית יש לערוך מצג של דיון בחוק, אך מתוך כוונה ברורה שלא ליישמו, אלא אך כדי לצאת ידי חובה. לאחר מכן עובר הרב עמוס להתייחס לעניין הנאמנות המינית, שם הוא מצדד לחלוטין בעמדה הסוברת כי ניתן לשלול את השיתוף למפרע בשל "בגידה". ובסוף דבריו הוא מסכם: "צריך להיות ברור: המחוקק ובתי המשפט – אין להם שום עניין להתחשב בהלכה. לכן בפסק הדין שכתבתי לא העליתי את הבעיות ההלכתיות – איפה היה קניין איפה לא היה קניין – הם דנים על פי חוקים ופסיקות שסיגלו לעצמם וכל מה שאני ציטטתי הוא כדי 'להציל עשוק מיד עושקו' – הדגשתי שבפסיקה שלהם עצמה יש מרחב גדול כדי לא לתת לאדם את החלק שלא מגיע לו".<sup>97</sup>

נדמה שדברים אלו מדברים בעד עצמם ומבטאים בצורה ברורה ביותר כי הדיון בדין האזרחי איננו נעשה מתוך מטרה כנה של הוצאת הדין לאמיתו. ההפך הוא הנכון, הדיון נערך מתוך מטרה ברורה שלא ליישם את הדין האזרחי, אלא שנוכח הביקורת השיפוטית יש לעשות זאת בצורה "חכמה". נוסף על כך כאמור אותם דיינים אשר פעלו בהתאם להלכות המשפטיות זוכים על ידיו לגינוי פומבי, הגם שזה מה שהיו אמורים הם לעשות נוכח הלכת בבלי. כפי שאראה להלן קבלת טענה לשיתוף ספציפי על ידי בית-הדין הינה תופעה נדירה, כך שאין אלא להניח שהדברים אותם אמר הרב עמוס בעל פה נעשים גם על ידי דיינים רבים אחרים, גם אם לא בצורה מוצהרת.

<sup>95</sup> ראו הערה 101 להלן.

<sup>96</sup> ההדגשות הוספו.

<sup>97</sup> ההדגשות במקור.

אם נחזור לפסק הדין נשוא הדיון הנוסף, גם הדיין השני בהרכב, הרב נהרי, כותב בפסק הדין שכדי ליישם את הלכת השיתוף הספציפי "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית"<sup>98</sup>. ודוק, כי הרב נהרי נותן משקל משמעותי לכך שמדובר בהלכה משפטית המבוססת על הפסיקה, בכדי להורות שיש לבחור באמות מידה מחמירות, הגם שמדובר בשיקול שהוא לכשעצמו לא רלוונטי. מקור הנורמה אינו מהווה עילה לפרשה בצמצום או בהרחבה, ובמיוחד בשעה שבפסיקה נקבע שיש צורך באמות מידה מקלות ביחס להחלת הלכת השיתוף הספציפי בעניין בית המגורים. הרב עמוס שהיה אחד מחברי ההרכב לא נדרש בפסק דינו לעניין זה, אך בהרצאה שנתן כתב באופן דומה "לכוונת שיתוף אין יסוד בחוק אלא בפסיקה, מדובר בתהליך שהתפתח בפסיקת בתי המשפט, ויש לזה נפקות גדולה"<sup>99</sup>, כאשר נראה שכוונת הדברים זהה.

דברים אלו מצטרפים לפסק דין אחר של בית-הדין הגדול, אשר דן בתיק אחר של שיתוף ספציפי,<sup>100</sup> ובו אחד מחברי ההרכב (הרב ציון לוז) ניסה לבסס הלכתית את הלכת השיתוף הספציפי. ואולם מסקנתו של הרב לוז הינה שההלכה היהודית "אינה שוללת לחלוטין את קיומו של ההיגיון שעומד מאחורי השיתוף הספציפי אלא מצמצמת אותו מאוד", כך שמבחינה תוצאתית הדיין מגיע למסקנה בדבר תחולה מצומצמת ביותר להלכה זו. והדברים מוצאים ביטויים במפורש בדבריו של הרב לוז: "לאור האמור, ייתכן בהחלט שישנם מצבים שבהם ניתן לאמוד את דעתו של בעל הנכס המקורי באומדנא ברורה ומוחלטת הנשענת על נסיבות מיוחדות, שבכוונתו לשתף בשיתוף קנייני את הצד השני, והעדרו של מעשה הקניין כשלעצמו לא ימנע את השיתוף הקנייני, וכאמור. אולם, הגורמים המצוינים בפסיקה האזרחית הרווחת, לענ"ד אין בהם בלבד כדי לגבש אומדנא ברורה ומוחלטת לשיתוף קנייני". והרי לנו שאף דיין אשר מוצא את התשתית ההלכתית להכרה בשיתוף הספציפי מודה כי יישומו יהיה מחמיר פי כמה מהפסיקה האזרחית, וזאת הגם שמדובר בפסיקה אשר הוא מחויב אליה ללא כל ספק מכוח הלכת בבלי. לאור זאת אין זה מפתיע לגלות כי אף הייעוץ המשפטי של הנהלת בתי הדין הרבניים, הנהנה מגישה לפסקי דין שלא פורסמו, אישר כי פסיקת שיתוף ספציפי בין כותלי בית-הדין הינה דבר נדיר ביותר,<sup>101</sup> באופן המוכיח כי אין המדובר בקביעות של דיינים מסוימים בלבד אלא בגישה מערכתית של אי יישום הלכת השיתוף הספציפי, באמצעות רף ראייתי גבוה במיוחד, הסותר לחלוטין את ההלכות האזרחיות בסוגיה (ככל שעסקינן בדירת מגורים).

את המניע להתנגדות להלכת השיתוף הספציפי ניתן למצוא בפסק דין אחר,<sup>102</sup> בו אוזכרה בקצרה הבעייתיות שבית-הדין רואה בהלכה זו. בפסק הדין נכתב: "יש לדון באופן עקרוני בשאלת כוונת השיתוף הספציפי, כי מעת שנקבע בחוק איזון משאבים, ועל פי ההלכה יש מקור לכך, היות שהזוג נישא על דעת כן, אבל יש מקום לומר שאין לך בו אלא חידושו והבו

<sup>98</sup> תיק (גדול) 1073676/1, לעיל ה"ש 92.

<sup>99</sup> עמוס "כוונת שיתוף ייחודי (ספציפי) התפתחותה המשפטית ומעמדה ההלכתי", לעיל ה"ש 93, בעמ' 544.

<sup>100</sup> תיק (גדול) 842067/5 (נבו 29.5.2017).

<sup>101</sup> ראו דגן והקר "הלכת השיתוף הספציפי", לעיל ה"ש 78, בעמ' 521 בו צוין כי לא ידוע כלל על מקרים שכאלו. ואולם ראו תיק (גדול) 809633/3 (נבו 9.9.2019), תיק (גדול) 1076746/2 (נבו 23.10.2018) ותיק (אזורי צפת) 618323/7 (נבו 4.1.2021).

<sup>102</sup> תיק (גדול) 883179/2 (נבו 28.11.2016) וראו בדומה תיק (אזורי ת"א) 369722/3 (נבו 31.5.2016).

דלא להוסיף עלה".<sup>103</sup> ובמילים אחרות, בית-הדין לא מכיר בתוקפם המחייב של תקדימי בית המשפט העליון (בניגוד להכרה בחוק יחסי ממון), ובניגוד להלכת בבלי. יחד עם זאת, הדרך להתמודד עם הרצון שלא ליישם את הלכות בית המשפט העליון בעניין אינה יכולה להיות מבוססת על היעדר הכרה מפורשת בפסיקה המחייבת בנושא זה, שכן ברי כי פסק דין שכזה לא יעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. על כן בית-הדין נוקט בפתרון לעומתי פחות שמביא לאותה תוצאה, וזאת באמצעות הצהרה בדבר הכרה עקרונית בפסיקה האזרחית. ואולם הוא מביא בפועל לאיונה של פסיקה זו באמצעים מתוחכמים יותר, המקשים על הפעלת ביקורת שיפוטית בנושא, באמצעות הקשחת התנאים הדרושים והעלאת הרף הראייתי, גם אם אלו מוגבהים לגבהים שבפועל כמעט מאיינים את האפשרות להכיר בשיתוף ספציפי, וכפי שאכן קורה בפועל.<sup>104</sup>

יתרה מזו, בפסק דין שניתן על ידי בית המשפט העליון בשנת 2011, והיה אחד מהראשונים שעסקו בעתירה נגד בית-הדין בעניין הלכת השיתוף הספציפי, בית המשפט העליון קבע שאין עילה להתערבותו לאחר שבית המשפט עצמו התרשם שלא התקיימו התנאים המצדיקים החלת הלכה זו. ואולם בתוך דבריו בית המשפט מצא לנכון לציין: "אין מדובר איפוא במצב בו בית-הדין הרבני התעלם מהלכה שנקבעה בבתי המשפט האזרחיים, וממילא לא קמה עילת להתערבות שיפוטית בהכרעתו".<sup>105</sup> נדמה שדברים אלו הופנמו בבתי הדין הרבניים כפתרון על מנת שלא ליישם את הדין האזרחי בסוגיה - מתן התייחסות להלכה המשפטית, אך תוך קביעה מתמדת שאין ליישמה. זאת ועוד בית המשפט העליון הוסיף כי בית-הדין האזורי ציין בדבריו כי "ישנו קושי לראות בפסיקה משום מנהג מדינה", ובדומה לדברים שהובאו לעיל מפסק דינו של בית-הדין הרבני הגדול.<sup>106</sup> ואולם חרף משמעותם של דברים אלו בדבר הנכונות ליישם את ההלכה המשפטית, בית המשפט אך מוצא לנכון להעיר שלא כך הוא וכי "עלינו להידרש לפסיקת בית המשפט כנתינתה במקום שהיא מחייבת על פי המשפט הנוהג",<sup>107</sup> קרי, הידרשות בית הדין למקורה של הנורמה (פסיקה ולא חקיקה) נעדרת אחיזה בדין, אך בזאת הוא מסתפק. בתי הדין קיבלו את רישא דברי בית המשפט העליון, בדבר החובה לערוך דיון כלשהו בדין האזרחי, וכפי שאף ציין הרב עמוס בהרצאתו, אך לא את סיפא דברי בית המשפט העליון בדבר היעדר הרלוונטיות כלשהי לשאלת מקורה של הנורמה.

מכל האמור בפרק זה יוצא כי שאלת מרוץ הסמכויות רלוונטית למקרים הנוגעים להלכת השיתוף הספציפי באופן מיוחד נוכח המשמעות הרבה לעניין סיכויי התביעה בכל אחת

<sup>103</sup> בעברית - תנו שלא להוסיף עליה. ור' נחום רקובר **ניבי התלמוד** 111 (1990): "תנו לדין זה פרשנות מצמצמת", כאשר הכוונה בהקשר המצוטט הינה שניתן לתת תוקף מסוים, מבחינה הלכתית, לחוק יחסי ממון, אך לא כך הוא ביחס לפסיקת בית המשפט העליון שאין לה בסיס בחוק.

<sup>104</sup> בהקשר זה מעניין לציין שגם בפסק הדין של בית-הדין האזורי בו עסק הדיון הנוסף ננקטה לשון משונה במקצת לפיה: "בית הדין אינו מוצא עילה או אפשרות שלא לחלוק את בית המגורים בין הצדדים", אשר יכולה ללמד על הכרה בשיתוף רק בשל חוסר ברירה מוחלט (צוטט בהלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49, בפס' 5 לפסק דינה של הנשיאה חיות), וכפי שאכן קרה בסופו של דבר.

<sup>105</sup> בג"ץ 2533/11 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' ז' (נבו 26.10.2011).

<sup>106</sup> ראו ליד הערה 92.

<sup>107</sup> שם, בפס' ח.

מהערכאות. מבחינה עיונית אני מבקש להסתייג מדבריו של וסטרייך<sup>108</sup> לפיהם בית-הדין מקבל את הלכת השיתוף הספציפי, אלא רק מיישמה בצמצום ובמסגרת מנעד שיקול-הדעת הלגיטימי המסור לכל ערכאה. האמור לעיל מלמד כי לא כך הוא, אלא שבית-הדין יודע את מקומו בהיררכיה השיפוטית, ומשכך תחת מלחמה חסרת תוחלת, אשר יכולה להביא לצמצום מהותי של סמכות בית-הדין, בוחר לנהל את מאבקו בדין האזרחי בצורה חכמה יותר, של מראית עין להחלת הדין, אך בלי כל משמעות מעשית, ונוכח ההתנגדות העקרונית של בתי הדין להלכה זו, כאשר הסטייה המובהקת מהלכת בבלי, מעבר לשקילת שיקולי נאמנות מינית, הינם בדמות הצהרת בית הדין אודות יישום מחמיר ביותר של הלכה זו, אף ביחס לדירת מגורים, ובדמות דרישה ראייתית גבוהה ביותר לצורך הכרה בשיתוף בין בני הזוג בדירת המגורים, ובניגוד לפסיקה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון, לפיה יש צורך ברף ראייתי קל ביותר ככל שעסקינן בדירת מגורים.<sup>109</sup> גם המקרים היחידים שבהם בית-הדין הסכים ליישם הלכה זו הינם מקרים מובהקים במיוחד, אשר ניתן להחיל עליהם, בפרפרזה, את הביטוי "חלל עליו שבת אחד, כדי שישמור שבתות הרבה" (במקרים הבודדים שפורסמו<sup>110</sup> עמדו לזכות האישה מסמכים בכתב בהם הצהיר בן זוגה על שיתוף עימה, או ראה חד משמעית דומה, ובניגוד למצב השכיח בו אין ראיות מפורשות עד כדי כך, אלא ראיות נסיבתיות שונות).<sup>111</sup> ניתן לשער כי במקרים אלה בית-הדין מחיל את הדין האזרחי מתוך חשש שאם לא יעשה כן ומקרים אלו יגיעו לבית המשפט העליון, בית המשפט ימצא לנכון להתערב בפסקי דין אלו, ובכדי לחסוך מקביעת הלכות נוספות נגד בית הדין. גם תפיסה פחות פסימית של מהלכי בית-הדין אינה מאפשרת לקבוע שככלל בתי הדין מסכימים ליישם את הלכת השיתוף הספציפי, נוכח ההצהרות המפורשות שניתנו בנושא, כפי שהובאו לעיל.

## 2. סעיף 8 לחוק יחסי ממון

חוק יחסי ממון מאפשר לערכאה שדנה בחלוקת הרכוש לחרוג מהסדר ברירת המחדל הקבוע בחוק ובכלל זה להכריע כי החלוקה לא תהיה שווה, אלא ביחס אחר.<sup>112</sup> נוסף על כך החוק מאפשר לקבוע שאיזון המשאבים "לא יתייחס לנכסים שהיו לבני הזוג במועד איזון המשאבים אלא לנכסים שהיו להם במועד מוקדם יותר", ובלבד שמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות לעשות כן. מלבד נסיבה אחת, המתייחסת לכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג המחוקק לא מפרט נסיבות אחרות שכאלו, כך שמבחינת לשון המחוקק לערכאה השיפוטית שיקול-דעת רחב מאוד בסוגיה זו.<sup>113</sup> עם זאת, נקבע על ידי בית המשפט העליון

<sup>108</sup> וסטרייך, לעיל ה"ש 17, בפרק ב.3.

<sup>109</sup> ר' הערה 85 לעיל.

<sup>110</sup> ר' הערה 101 לעיל.

<sup>111</sup> פסק דין שמכיר במידת מה בהלכת השיתוף הספציפי הוא תיק (אזורי נתניה) 293221/2 (נבו 18.5.2014), ואולם עיון פסק דין מגלה כי מדובר בהכרה למראית עין בלבד, שכן באותו המקרה על אף ראיות נסיבתיות רבות קבע בית הדין כי האישה תהיה זכאית לקבל מחצית משוויו בית המשותף, אך בלא ערך הקרקע. מסקנה זו אליה הגיע בית הדין סותרת מיניה וביה את הלכת השיתוף הספציפי שכן ככל שנקבע שישנו שיתוף במבנה הרי שבהכרח שהתגבש שיתוף בכל הנכס.

<sup>112</sup> סעיף 8(2) לחוק יחסי ממון.

<sup>113</sup> סעיף 8(4) לחוק יחסי ממון.



שאינן להורות על חלוקה לא שוויונית כנגד בן הזוג אשר הסיבה לגירושין מוטלת לפתחו, לרבות במקרה של אי נאמנות מינית.<sup>114</sup>

בכל הנוגע לשאלת ההתחשבות בכושר ההשתכרות העתידי, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שהלכת השיתוף (החלה על זוגות שנישאו טרם 1974) חלה גם על נכסי קריירה, כושר השתכרות ומוניטין אישי. בכל הנוגע לבני זוג שחוק יחסי ממון חל עליהם, המצב הינו מורכב יותר שכן המחוקק התייחס לנושאים אלו, רק במסגרת סעיף 8 לחוק, במסגרת תיקון החוק שנעשה לאחר פסיקתו זו של בית המשפט העליון.<sup>115</sup> לאור כך עולה השאלה האם יש לראות, ביחס לזוגות שחוק יחסי ממון חל עליהם, את כושר ההשתכרות כנס ככל הנכסים אשר יכלול במסת הנכסים ברי האיזון, או שמא ניתן להתחשב בכושר ההשתכרות רק כשיקול לחלוקה לא שוויונית של שאר נכסי בני הזוג, ומבלי שניתן לחלק את כושר ההשתכרות עצמו. פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בנושא זה לא הייתה עקבית במיוחד, אך יחד עם זאת ניתן לרכיב זה משקל בפסקי דין של בתי המשפט האזוריים, בכל אחת מהדרכים שהוצגו לעיל, ואולם מנעד הדעות הינו רחב לאור העובדה שאין הכרעה של בית המשפט העליון בסוגיה.<sup>116</sup>

מכיוון שבעניין כושר ההשתכרות אין הלכה מחייבת של בית המשפט העליון קשה יהיה להגדיר את פעולות בית הדין בנושא זה כהתעלמות מהלכת בבלי. יחד עם זאת מצאתי לנכון להידרש לעניין זה, משלושה נימוקים. האחד, כדי להציג את ההבדלים בין פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה לעומת פסיקת בתי הדין הרבניים, וכדי לשקף כי במצב הנוהג כיום ישנה משמעות רבה לערכאה אשר תידון בסוגיה, ואף יותר מכל סוגיה אחרת, בהינתן שאין הלכה מחייבת בנושא. שנית, דיון בית הדין בנושא יוכל להציג את השקפתו על חוק יחסי ממון בכללו, ועל עקרון המאמץ המשותף שהמחוקק ביקש לבטא. בנוסף, הדיון בנושא זה יעמוד בהנגדה לדיון אודות הקדמת מועד הקרע, כפי שייעשה בחלק השני של פרק זה, וכדי להראות שבית הדין מפרש בצורה שונה את אותן הוראות חוק בכדי להגיע לתוצאה הנראית לו נכונה מבחינה הלכתית.

מעיון בפסיקת בתי הדין ניתן למצוא ככלל התנגדות חריפה להתחשבות כלשהי בכושר ההשתכרות (יודגש שהדברים אינם מכוונים למוניטין עסקי).<sup>117</sup> את ההתנגדות העקרונית להלכות הנוגעות לכושר ההשתכרות, ניתן למצוא כבר בדברים שכתב הרב דיקובסקי, אשר ידוע דווקא בהסכמתו העקרונית להכרה בדין האזורי, ובלשונו: "לא סוד הוא שבתי המשפט לענייני משפחה הרחיבו מאוד את הנכסים המתחלקים, וכוללים בזה גם מוניטין שרכש האדם בתקופת נישואיו, זכויות סוציאליות ועוד. יתכן שחלוקת הזכויות הסוציאליות מוצדקת מבחינת ההלכה, שכן מדובר ב'משכורת דחויה', ואם יש הצדקה לחלק השתכרות נוכחית, יש הצדקה גם לחלק משכורת דחויה. אולם קשה לי מאוד לקבל חלוקת מוניטין, שהם סגולות

<sup>114</sup> הלכת 8928/06, לעיל ה"ש 51 ובע"מ 7272/10 פלוגית נ' פלוני, פס" 5-6 לפסק דינו של השופט מלצר ופס" 39 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 7.1.2014); וראו עוד שם ביחס למקרה של אלימות קשה כמצדיקה חלוקה לא שוויונית של הרכוש בין בני הזוג.

<sup>115</sup> בע"מ 4623/04 פלוגית נ' פלוגית, פ"ד סב(3) 66 (2007).

<sup>116</sup> ראו בתלה"מ (ת"א) 39096-01-20 ד.ש נ' ש.ש (נבו 3.3.2021) וליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 279.

<sup>117</sup> ראו תיק (אזורי חי') 4654-24-1 (נבו 18.3.2010) אשר עמד על הבחנה זו שבין מוניטין אישי למוניטין עסקי.

אישיות של האדם.<sup>118</sup> דבריו אלו של הרב דיכובסקי התקבלו בבתי הדין הרבניים (גם לאחר תיקון החוק בנושא).

פסק הדין המוקדם והמרכזי בעניין זה הינו פסק דין מאת בית-הדין האזורי בנתניה,<sup>119</sup> אשר נראה כי הוא זה אשר התווה את הגישה הרווחת בבתי הדין הרבניים לנושא זה. פסק דינו של בית-הדין מפרט באריכות אודות עמדת ההלכה ביחס לתביעה בעניין כושר השתכרות, ומגיע למסקנה כי לא ניתן לשתף את בן הזוג הביתי בנכסים אלו. עמדת אב בית הדין, הרב עמוס, הביעה את הדברים בצורה חד משמעית: "יש לבאר בפשטות כי על פי הדין האישי - קרי על פי הלכה ב'חושן משפט' ו'אבן העזר' - הרי שהטענה כי האשה השקיעה מזמנה ומכוחה בהחזקתו וניהולו של הבית, טיפוחו, גידול הילדים, חינוכם וטיפולם הפיזי והרוחני ובכך הקדישה מזמנה לאב ושוב לא יכלה להתקדם ולהתפתח כפי שאפשרה לאב - מעוררת תמיהה. הרי אלו דברים שהאשה חייבת בהם מעיקר הדין וזו היא דרך החיים על פי הדין האישי - וכנגדם יש חיובים רבים על האיש שבהם זוכה האשה. כל אחד מבני הזוג משקיע כפי כוחו את אשר הוא חייב לקיומו של התא המשפחתי... מבואר דכנגד מלאכות שעושה האשה בבית ובגידול הילדים זוכה האשה לביטחון כלכלי ורוגע נפשי ואינה צריכה לדאוג, לא לפרנסתה, לא לפרנסת ביתה, לא למדורה, לא לכסותה ולא לתמרוקיה אלא יושבת בביתה בבטחה וגם לאחר מות בעלה עדיין בטחונה הכלכלי קיים, גם מדור ומזונות. וכל כבודה בת מלך פנימה. אם כן לפי זה ודאי שלא ניתן לחייב את הגרוש בתשלום עבור עבודה שיעשה אחר שיתגרש אף שעבודה זו או מקצוע זה או מיומנות זו נרכשו בהיותו נשוי בזמן שהאשה טיפלה בביתה ובילדיה, שהרי עבור זה כבר קיבלה שכר בעודה נשואה". עוד מתייחס אב בית הדין, לטענה לפיה מעמדן הכלכלי של נשים יורד משמעותי לאחר הגירושין, אך דוחה אותה בכך שיש בידי האשה לקבל את הכתובה או פיצויי גירושין במקרים המתאימים לכך.<sup>120</sup> ואולם לדעתו אין מקום לפיצויי גירושין כאשר בת הזוג מקבלת את זכויותיה לפי הסדר איזון המשאבים (הנכסים שאין מחלוקת אודות תחולת הסדר איזון המשאבים עליהם) כך שבפועל לא תקבל האשה דבר בגין רכיב זה.

<sup>118</sup> שלמה דיכובסקי לב שומע לשלמה חלק א' עמוד יט (התשע"ד). והשוו לתיק (גדול) 1-24-1687 (נבו 2.9.2007) בו הרב דיכובסקי מזכיר כי חלוקת הרכוש כוללת גם את חלוקת המוניטין האישי, אך נדמה שהדברים מובאים כתיאור למצב הדברים בבית המשפט האזורי.

<sup>119</sup> תיק (אזורי נתניה) 824780/2 (נבו 27.6.2012). אותו ההרכב נדרש לנושא זה בקצרה גם בתיק 275858/11 (נבו 6.5.2010). הצדדים לא העלו טיעון זה ונדמה שמשכך הדין בנושא הינו קצר. הטענה המרכזית כנגד התחשבות ברכיב זה התבססה על הנימוק לפיו ההלכה לא מכירה בנכסים כגון אלו. דעת המיעוט, מאת הרב ינאי, הייתה נכונה להתחשב חלקית ברכיב זה, באמצעות הקדמת מועד הקרע, באופן שיטיב עם בן הזוג שלא צבר מוניטין במהלך הנישואין, אך דעת הרוב דחתה הדברים מכל וכל.

<sup>120</sup> אציין שאב בית-הדין מעלה בעצמו את הטענה כי האשה יכולה לאבד את זכאותה לקבלת הכתובה בשל נסיבות שאינן קשורות כלל לחלוקת הרכוש שבין הצדדים, אלא להתנהגות הצדדים במהלך הנישואין בטיעון הבא: "הטענה כי אשה שאשמה בגירושין אינה זכאית לכתובה, וממילא תצא בלא כתובה ובלא תוספת כתובה - זו אינה טענה. וכי יעלה על הדעת פועל שפשע ומעל בעבודתו ומפטרם אותו ואינו מקבל פיצויים, האם נחייב את המעביד בסכום כל שהוא כדי שלא יקרא עני". עוד יש להדגיש כי חרף דבריו של הרב עמוס כי ניסיון לפרש את הדין האזורי הוא בבחינת ערוב מין בשאינו מינו, הרי שבסופו של יום לעמדת המשפט העברי משקל משמעותי בפירוש הדין, וכדבריו טרם הדיון ההלכתי - "בשוורות הבאות ננסה לברר את הנושא מנקודת מבטו של המשפט העברי - שמה ואולי יהיה בכך כדי להשפיע על הפרשנות הראויה לדברי החקיקה האזוריים" (ההדגשה הוספה).

חברו להרכב, הרב ינאי, עורך בחוות דעתו ניתוח הלכתי בסוגית כושר ההשתכרות, וקובע כי ההלכה לא מכירה בנכס זה כל עיקר בהיותה "דבר שאין בו ממש"<sup>121</sup> לצד הקביעה לפיה "גם מנהג המדינה, סיטומתא או דינא דמלכותא – אינן קיימות בכושר השתכרות מאחר שלא מדובר בנכס סחיר הנמכר בשוק. אין בו מסחר ואין לו שוק". נראה שדברים אלו בעניין הדין האזרחי אינם נכונים שכן כושר השתכרות עתידי כן מוכר כזכות כלכלית לצרכים שונים, ובראשם תחת דיני הנזיקין אשר נותנים משקל של ממש לרכיבים מאין אלו. לאחר הקביעה שההלכה לא מכירה בנכס זה הרב ינאי דן בשאלה האם יש להורות על חלוקת כושר ההשתכרות עם הגירושין, אף אם יקבע כי מדובר בנכס שיש בו ממש. מסקנתו של הרב ינאי הינה שלילית: "השותפות איננה אין-סופית. בדרך כלל השותפים קובעים מראש וקובעים את תקופת השיתוף שלהם, ואם לא עשו כן – ישנן הלכות ברורות מתי וכיצד ניתן לפרק את השותפות. באם ניצור כאן הקבלה לדין האישי ולמוניטין האישי – ברור כי שיתוף של בני הזוג מסתיים ברגע מסירת הגט מהבעל לידי האשה. הגט הוא סוף פסוק וסוף שיתוף. גם אם נרצה להכיר בדרך כלשהיא בבני זוג כשותפים לכל דבר (=כמובן מכוח חוק יחסי ממון או מנהג המדינה ושלא לפי הדין העברי בטהרתו שקובע שמעשי ידי האשה לבעל ולא להיפך) – ולצורך העניין גם במוניטין האישי – בשעבוד כושר השתכרות ההדדי של שני בני הזוג זה לזה – הרי שהשיתוף הזה נפסק באחת, במסירת הגט. הגט כורת באחת את קשר הנישואין וממילא גם את השתעבדות כושר ההשתכרות ההדדית, אם בכלל הייתה כזו". דבריו אלו של הרב ינאי מהווים אנטיתזה לכל חוק יחסי ממון,<sup>122</sup> שכן כל עיקרו של החוק הוא דווקא הכרה בכך שיש להכיר בזכויות בן הזוג החלש רק לאחר הפרידה, וכי בעת הגירושין יש לחלק את הרכוש המשותף ולא להשאירו אצל בן הזוג החזק כלכלית.

לאור דברים אלו אין זה מפתיע לראות כי בית-הדין קורא את תיקון סעיף 8 לחוק כהסדר שלילי מבחינת ההכרה בו כרכיב בר איזון מכוח סעיף 5 לחוק, כך שאין המדובר בנכס אשר יש להתחשב בו לכשעצמו, אלא רק כנכס שיש בו כדי להשפיע על אופן חלוקת שאר הרכוש.<sup>123</sup> אך גם בעניין יישום סעיף 8 קובע בית-הדין כי אין לעשות בו שימוש מטעם ש"הצדקה לחלוקה לא שוויונית מתוך התחשבות בפער ההשתכרות בין בני הזוג תהיה אולי מוצדקת כאשר בני הזוג לא צברו נכסים משמעותיים במהלך הנישואין, והפגיעה בצד הכלכלי החלש במקרה שכזה תהיה קשה במידה העולה על סביר. במקרה שכזה ייתכן שיש מקום לשקול את הפגיעה הקשה שעלולה להיגרם לבן הזוג החלש כלכלית"<sup>124</sup>.

דבריו אלו של בית-הדין עולים כדי הכרה כלשהי בכושר ההשתכרות, ואולם מכיוון שהאשה קיבלה כבר מחצית מכל הרכוש בעין שצברו הצדדים, וכן תישאר בידה מחצית מדירת הצדדים, אין להורות על חלוקה שאינה שוויונית.<sup>125</sup> טיעונו זה של בית-הדין הרבני הינו מוקשה, ונראה שהוא מסתמך על עמדת בית-הדין הכללית ביחס לכושר השתכרות, שכן

<sup>121</sup> על "דבר שאין בו ממש" ראו **אנציקלופדיה תלמודית** כרך ו תרג, תרו (תשמ"ז).

<sup>122</sup> והדברים מפתיעים קמעא היות ובפסק דין אחר הרב ינאי נכון היה להכיר בתוקפו המחייב של חוק יחסי ממון. ראו תיק (נתניה) 764411/1 (נבו 3.10.2010).

<sup>123</sup> ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 305.

<sup>124</sup> תיק 824780/2, לעיל ה"ש 119, בשלהי פסק דינו של הרב ינאי.

<sup>125</sup> בפסק הדין לא ברור האם מדובר בדירה אשר נמצאת ממילא בבעלות משותפת של הצדדים (שהזכאות בה אינה קשורה לחוק יחסי ממון), אם לאו.

משמעות עמדת בית-הדין היא שכמעט אין מקרים בהם כושר ההשתכרות יבוא לידי ביטוי. הסיבה לכך היא שבאותו מקרה היפותטי אותו מעלה בית-הדין (בני זוג שלא צברו רכוש אך יש כושר השתכרות מוגבר לאחד הצדדים), ממילא אין לצדדים מה לחלק לדעת בית-הדין, כך שאין לסעיף 8 כל רכוש ולוונטי לחול עליו, ומכל מקום לא יקבל הוא ביטוי מספיק. בכל מקרה אחר, בו צברו הצדדים די רכוש, קובע בית-הדין כי אין לעשות שימוש בסעיף היות והאישה מקבלת ממילא את מחציתם של שאר נכסי בני הזוג. כך, שבפועל רכיב זה לא יבוא לידי ביטוי כמעט בשום מקרה שהוא. עוד יש לשים לב שהרכוש שחולק בין הצדדים, בפסק הדין שהובא לעיל, איננו כולל חלוקת רכוש בהיקף חריג בגובהו. יוצא אפוא שלעמדת בית-הדין רק במקרה ובו מדובר בזוג שצבר רכוש מועט ביותר, תהיה חלוקה לא שוויונית של הרכוש, אך ממילא במקרה זה אין כמעט רכוש שהסעיף יכול לחול לגביו, כך בפועל מדובר כמעט בהתעלמות מרכיב זה. עוד יש לשים לב כי בית-הדין מתייחס לזכויות שמתקבלות אצל בן הזוג החלש כזכות שבחסד ולא כזכות שבדין, ובאופן המלמד גם על מקומו הכללי של חוק יחסי ממון בעיני בית-הדין.

פסק דין נוסף ועקרוני בנושא זה יצא מבית-הדין האזורי בחיפה אשר נדרש לנושא גם הוא מהבחינה העקרונית.<sup>126</sup> בית-הדין מבסס את עמדתו נגד ההתחשבות בכושר ההשתכרות על מספר טענות. הטיעון הבולט ביותר לעין בפסק הדין הוא טיעון אשר מקצין את הטיעון שהועלה בבית-הדין בנתניה, תוך עריכת הנגדה בין תפיסת "העולם המערבי", כהגדרת בית-הדין, לעומת התפיסה ההלכתית: "לא ניתן למצוא הגיון צרוף או סיבה מספיקה להעניק נכסי קריירה או מוניטין אישי במשפחה ממוצעת, גם אם האישה מקדישה את כל עתותיה לגידול הילדים, החזקת הבית ותמיכה בדרך זו בבעל העובד למחיית המשפחה מחוץ לביתו. בהשקעה בחינוך, האישה עוסקת בשלה באותה מידה שעוסקת בשל בעלה. התמורה למאמץ זה היא ילדים הגדלים לתפארת. ברוב שנות הגידול של הילדים הם מבליים חלק ניכר משעות היממה במוסדות חינוך ותעסוקה חברתית, ולרוב, בשעות הערב ואחר הצהריים המאוחרות האב שותף במידה שווה לזו של האם בחינוך הילדים. ההקרבה העצמית למען משפחה מודרנית, שבה בממוצע 2.2 ילדים, מוגבלת לשנים מועטות. ההשקעה בהחזקת הבית בעולם המודרני קטנה אף היא, ואם היה רצונה של האשה לממש את כושר השתכרותה, הדלתות פתוחות לפניה. לאור זאת, לא ניתן לקבוע כי אי-מימושו היחסי של כושר השתכרותה של האישה נובע דווקא מהקרבה אמיתית על מנת להיות לעזר ואחיסמך לבעל, או שמא חוסר השתכרות זה הוא פועל יוצא מחוסר כישורים, או מתוך רצון לחיים קלים בצל מפרנס". טיעונו זה של בית-הדין הינו טיעון משולש: האחד כי תרומתו של בן הזוג הביתי לתא המשפחתי הינה מינימלית; השני כי האישה ממילא עושה את המוטל עליה כאשר היא מטפלת ודואגת לתא המשפחתי; והשלישי כי מדובר בבחירה עצמאית בחוסר מעש. כך שצירופם של הדברים מביא שאין לתת משקל לרכיב זה. טענות אלו מרמזות אף על אי הכרה בעצם חוק יחסי ממון, שכן ככל שאין להתחשב בתרומתו של בן הזוג הביתי, מדוע יש לתת לו רכוש כלל?

תיק (אזורי חי') 830099/5 (נבו 11.6.2012). באותו המקרה נראה כי ספק רב האם האישה הייתה זכאית להתחשבות כלשהי בכושר ההשתכרות שנצבר במהלך הנישואין, אף בעין אורחית. ואולם נדמה שבית-הדין ביקש לכתוב פסק דין עקרוני בסוגיה זו, אשר הייתה חדשה באותה העת.

את הראיה הטובה ביותר נגד טענת בית-הדין, לפיה אין לתת משקל לתרומת בן הזוג הביתי, ניתן למצוא בדברי אותו דין שכתב את פסק הדין מבית-הדין בחיפה, הרב יצחק רפפורט, כפי שנכתבו על ידו שנים מאוחר יותר, בסוגיה אחרת אך קרובה רעיונית.<sup>127</sup> בין הרב רפפורט לשני חבריו להרכב (אין המדובר באותם הדיינים מפסק הדין שהובא לעיל) התגלעה מחלוקת עקרונית בשאלה מהו גובה מזונות הילדים בו יש לחייב אב להעביר לידי אימם. דעת הרוב טענה שיש לחייב את האב בסכום נמוך במיוחד, ובהתבסס על נתונים שונים אשר משקפים לדעת הרוב את סך ההוצאה השולית שמוציא הורה בגין קטין הנמצא בהחזקתו.

במאמר זה לא אדרש לטענה זו לגופה, ואולם הרב רפפורט, אשר ביקש לחלוק על פסיקה זו, העלה את הטענה הבאה בכדי להתמודד עם הנתונים שהובאו על ידי דעת הרוב, וטען כי אין להתחשב רק בהוצאות בעין אלא גם בהשקעתה של האם בגידול הילד, גם אם זו אינה הוצאה בעין. ובלשונו: "האם לרוב ממעטת משעות עבודתה לצורך הטיפול בילדים, הטיפול בילדים נעשה במשמרת שניה ושלישית וללא תעריף של שעות נוספת וללא שעות מנוחה. ולכן יש לחשב את עלות האוכל כאוכל מוכן לאכילה כולל הגשה, ניקיון, ובגילאים קטנים דמי שמרטפות והאכלה. שירותי הבריאות צריכים לכלול דמי ליווי, הפסד שעות עבודה, דמי משלוח של התרופות ועוד. כל הוצאות הטיפול הם בכלל ההוצאות הנצרכות המינימאליות. לשיטת חברי הרי שביד האב לומר לאם הרי לפניך דמי קמח ביצים ומים; צאי לשוק, קני, לושי, אפי עוגות, שטפי, האכילי, נקי וקרצפי. הגישה המתבטאת בדברי חברי, מתעלמת מהמאמץ המושקע על ידי האם בגידול הילדים... כאשר אשה מתגרשת הא נפטרת מחיוב הטיפול בילדים, ודמי הטיפול מוטלים כולם על האב". והנה כי כן, אותה השקעה של בן הזוג הביתי הופכות בפסק דין זה להשקעה והקרבה שבוודאי יש להתחשב בהן ולתת להן משקל כלכלי משמעותי, תוך שהעמדת הפסקאות אלו מול אלו מגלה סתירה שאינה ניתנת ליישוב, שכן אותה העבודה הינה טפלה בענייני הרכוש אך משמעותית בענייני המזונות.

פער זה ניתן להסבר אך ברתיעה העקרונית מהרחבת בסיס איזון המשאבים, וחוסר הרצון להכיר בפסיקה בדבר כושר ההשתכרות, לעומת הרצון לשמור על העמדה ההלכתית המקובלת בדבר גובה המזונות אותם האב חייב לילדיו. הרציונל לפער זה מבוסס על העמדה ההלכתית בדבר תפקידו של כל אחד מבני הזוג, הן במהלך החיים המשותפים והן לאחריהם. פסיקת בתי הדין הרבניים שניתנה בשנים מאוחרות יותר חזרה על הטענה כי יש להתחשב ברכוש שהאישה מקבלת ממילא מהנכסים בעין,<sup>128</sup> חרף כך שמדובר בטיעון שבפועל משמעותו היא עיקור לחלוטין של האפשרות לעשות שימוש בסעיף 8, כמוסבר לעיל. לצד זאת, חוזרת הטענה כי ההשקעה בעבודות הבית הינה מינימלית ואינה ראויה להתחשבות<sup>129</sup> (ככל שמדובר בהתחשבות לעניין כושר ההשתכרות). כך גם אוזכר במספר פסקי דין כי המחוקק לא הורה על חובה להתחשב בכושר ההשתכרות, כך שבית-הדין יכול להתעלם

<sup>127</sup> תיק (נתינה) 1128743/7 (נבו, לא מתוארך). פסק הדין בוטל בערכאת הערעור. ראו תיק (גדול) 1241751/2 (נבו 7.1.2021), אך אין לדבר משמעות לענייננו.

<sup>128</sup> תיק (אזורי פ"ת) 931335 (נבו 5.1.2014). באותו מקרה הועלתה הטענה שהיה בידי האישה להסכים לשלום בית, ובכך לא לאבד זכות זו. ראו גם בתיק (גדול) 996792/4 (נבו 4.3.2016) בו בית-הדין הגדול החזיר תיק לבית-הדין האזורי, על מנת שידון בשאלת יישום סעיף 8 באותו המקרה, תוך שהודגש כי: "במסגרת שיקול זה על בית הדין לקחת בחשבון מחד כי אכן ישנם פערים ניכרים בין השתכרות המשיב לבין השתכרות המערערת. ומאידך, בפועל המערערת יוצאת מהנישואין עם רכוש ניכר".

<sup>129</sup> תיק (אזורי חי') 1059097/4 (נבו 23.3.2016) ותיק (אזורי חי') 933216/3 (14.8.2017).

מרכיב זה, והכל תוך השמעת נימוקים עקרוניים כנגד ההתחשבות בנכסים אלו גם במסגרת סעיף 8 לחוק.<sup>130</sup> בהקשר לטיעון האחרון יצוין כי מדובר במהלך פרשני אשר קשה לקבלו שכן ברי כי כוונת המחוקק לא הייתה להעניק סמכות בכדי לא לעשות בה שימוש לעולם, אלא שעל הערכאה להפעיל את שיקול-דעתה לגופו של עניין, בכל מקרה המובא לפתחה. עוד ראוי להזכיר שני פסקי דין בהם בית-הדין הסכים לפסוק חלוקת שווי מוניטין, אך זאת בסכומים זעומים, כדוגמת 10,000 ש"ח<sup>131</sup> או 15,000 ש"ח במקרה אחר,<sup>132</sup> אשר רחוקים מלשקף רכיב זה, אשר שוויו הכלכלי הינו משמעותי ביותר,<sup>133</sup> כאשר הטעמים המוזכרים לעיל מופיעים באותם פסקי דין כמנחים לצורך הגעה לסכומים נמוכים אלו. עם זאת יצוין כי ניתן למצוא פסק דין אחד בו הסכים בית-הדין להתחשב התחשבות של ממש בכושר ההשתכרות. אך בית-הדין הדגיש כי נפסק כך באופן העומד אומנם בסתירה להלכה, אך בשל רצונם המובהק של הצדדים ליישם את הדין האזרחי ביחס אליהם, ובהתאם להצדקות שהובאו לעיל בדבר החלת הדין האזרחי.<sup>134</sup> ואולם מלבד מפסק דין שניתן למעלה מעשור שנים,<sup>135</sup> לא מצאתי פסקי דין נוספים שהורו על התחשבות בפועל ברכיב זה.<sup>136</sup>

כך או כך, את הדרך הרווחת אצל רוב בתי הדין בעניין כושר ההשתכרות ניתן להשוות לדרך הפעולה הנוהגת במרבית הפעמים בסוגיית השיתוף הספציפי. בית-הדין יודע שלא ניתן להתעלם לחלוטין מרכיב זה, שכן יכול והדבר יביא לביקורת שיפוטית כנגדו, ומשכך מבכר לערוך דיון כלשהו בחוק ובפסיקה, אך זאת מתוך מטרה ברורה שלא ליישמן. הנימוקים ההלכתיים העקרוניים כנגד הכרה זו כתובים בגלוי ובמפורש בפסיקת בית-הדין הרבני, וניכר כי מבחינת בית-הדין אלו מהווים נקודת המוצא המחייבת, ולא החוק האזרחי, כך שהדיון בחוק נועד רק כדי להצדיק את ההכרעה ההלכתית.

כדי לחזק את טיעוני זה, אבקש להראות מקרים אחרים בהם נעשה בבתי הדין שימוש תדיר בסעיף 8, במקרים בהם הדבר התיישב עם תפיסת עולמם ההלכתית, ובאופן הדוחה גם את האפשרות כי בית-הדין עושה שימוש זהיר בסעיף 8, ביחס לכל מקרה ומקרה. במסגרת זו אבדוק את סוגיית הקדמת מועד הקרע בשל אי נאמנות מינית.

חוק יחסי ממון קובע כי הסדר איזון המשאבים יופעל עם גירושי הצדדים כך שעם הגירושי "זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג", באופן המכליל בהסדר איזון המשאבים גם נכסים שנצברו לאחר שהצדדים נפרדו והפסיקו לקיים חיים משותפים, בכל צורה שהיא. כדי להתמודד עם בעיה זו, שמחמירה בישראל עקב מצוקת העיגון ופער הזמנים שבין הפרידה ועד לגירושי הזוג בפועל, נקבע בסעיף 8(4) לחוק יחסי

<sup>130</sup> תיק (אזורי חי') 933216/3 (נבו 14.8.2017) ותיק (אזורי חי') 589451/1 (נבו 22.1.2017).

<sup>131</sup> תיק (אזורי חי') 1021648/3 (10.4.2018).

<sup>132</sup> תיק (אזורי חי') 834433 (28.8.2014).

<sup>133</sup> ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 282.

<sup>134</sup> תיק (אזורי ת"א) 1156273/4 (נבו 17.12.2018).

<sup>135</sup> תיק (גדול) 3980-64-1 (נבו 3.6.2009).

<sup>136</sup> וראו עוד דוד לאו "ערכו של מוניטין באיזון משאבים" **תחומין** לט 127 (התשע"ט), אשר מעלה נימוקים לחיוב בעד הכרה בחלוקת מוניטין אישי ואף נותן בסיס הלכתי לכך. ואולם המאמר נמנע מלהגיע למסקנות ומבכר לסיים כי הדבר הינו בבחינת צריך עיון. בתיק (גדול) 907072/6 (נבו 10.12.2018) בית-הדין הגדול הורה על החזרת תיק לבית-הדין האזורי, אשר הורה על התעלמות מרכיב זה, ואולם העילה להחזרת התיק לערכאה הדינית התבססה על כך שזו לא נימקה כלל את דבריה, ולא על נימוק מהותי.

ממון כי ניתן להקדים את מועד האיזון כך שלא כלל נכסי בני הזוג יכנסו לתוך מסת הנכסים שיאוזנו, אלא רק נכסים שהיו לבני הזוג במועד מוקדם יותר שייקבע (מועד זה מכונה בפסיקה כמועד הקרע).<sup>137</sup> יצוין כי עם חקיקת סעיף 5א לחוק יחסי ממון, הצורך להשתמש בסעיף זה, בכדי לרפא מקרי סרבנות גט, פחת משמעותית. במקביל לתכלית זו של הסעיף, בבתי הדין הרבניים מקובל להשתמש בסעיף זה גם במקרה של אי נאמנות מינית, כך שממועד קיום יחסי האישות עם אחר, יפסיקו לראות את בני הזוג כנשואים, בכל הנוגע לחלוקת הרכוש. ויודגש, אין המדובר במקרה בו עוברת קיום היחסים המקבילים מהווה סימן אחד מבין רבים המעיד על פירוק יחסי הצדדים, אלא כסיבה יחידאית לצורך הקדמת מועד הקרע. השימוש בהליך זה כה נפוץ ברבים מבתי הדין עד שבאחד מפסקי הדין<sup>138</sup> נקבע שזהו "מנהגם של בתי הדין", תוך שמוכאות אסמכתאות לאמור מפסקי דין נוספים. כך גם מעבר לפסקי דין שאוזכרו שם ניתן להצביע על פסקי דין נוספים שמורים כאמור.<sup>139</sup> השימוש התדיר בסעיף 8 בהקשר של אי נאמנות מינית מעיד כי העדר השימוש בו בעניין חלוקת כושר ההשתכרות אינו נובע מזהירות מעצם השימוש בסעיף זה, אלא רק חוסר רצון להשתמש בו בהקשר של חלוקת ההון האנושי כאמור.<sup>140</sup> עוד יש להדגיש כי גם בפסקי דין אלו בית-הדין עושה שימוש בטרמינולוגיה דתית, בכדי להסביר את מעשיו, בדגש על חומרת אי הנאמנות המינית בהלכה.<sup>141</sup>

מעניין לציין כי אותם דיינים אשר נקטו בקו שמרני בכל הנוגע ליישום סעיף 8 לנושא כושר ההשתכרות, נקטו בקו ההפוך במקרה של אי נאמנות מינית והקדמת מועד הקרע, באופן המראה בצורה טובה עוד יותר כי לא הזהירות בנוגע להפעלת הסעיף היא העומדת ברקע הדברים, אלא שיקולים אחרים.<sup>142</sup> בנסיבות אלו קשה להתעלם מכך שבשני המקרים בית-

<sup>137</sup> רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 21, בעמ' 347. הובא בהסכמה בהלכת יעקובי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 551.

<sup>138</sup> תיק (אזורי חי') 1073595/4 (נבו 28.6.2017).

<sup>139</sup> תיק (אזורי ב"ש) 1081800/3 (נבו 8.5.2018) ותיק (גדול) 992261/3 (נבו 29.8.2019). פסק דין זה בוטל על ידי בית המשפט העליון (ר' ההערה 141 להלן). וראו עוד בתיק (גדול) 1128765/7 (נבו 25.1.2021) בו נקבע כי יש לתת יחס מיוחד לאי נאמנות מינית בכל הנוגע לקביעת מועד הקרע.

<sup>140</sup> לא ניתן לטעון שההבדל טמון בכך שבכושר השתכרות נעשה שימוש בסעיף 8 (2) ובענישה על אי נאמנות מינית נעשה שימוש בסעיף קטן 4, שכן המחוקק לא עורך כל אבחנה שהיא בין הסעיפים, שעה בה ההגדרה של "נסיבות מיוחדות" מופיעות ברישא הסעיף, וביחס לכל סעיפיו הקטינים ובלי כל אבחנה בין תתי הסעיפים השונים. ור' עוד בתיק 992261/3, בו בית הדין עשה שימוש בצירופם של שני סעיפי החוק מבלי לערוך כל אבחנה ביניהם.

<sup>141</sup> שאלת הלגיטימיות של פסיקה זו הוכרעה לאחרונה בבג"ץ 8463/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו, 24.10.22) בה נשללה פרקטיקה זו מכל וכל. מעניין לציין כי לאחר שיצא צו על תנאי בעתירה הנ"ל (החלטה מיום 14.12.21) הורה בית הדין הרבני הגדול, בפסק דין אחר, כי אין להתחשב בשיקולי נאמנות מינית לצורך קביעת מועד הקרע, ר' תיק (גדול) 1312042/4 הדין והדיין 62, 8 (2023). עתירה שהוגשה כנגד פסק דין זה נדחתה על הסף (בג"ץ 6897/22 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בפתח תקווה (נבו, 9.11.22)).

<sup>142</sup> ראו בתיק (אזורי חי') 815202/4 (נבו 9.11.2011) מול תיק (אזורי חי') 830099/5 (נבו 11.6.2012); תיק (אזורי חי') 879666/4 (נבו, 27.3.14) - מול תיק (אזורי חי') 1021648/3 (נבו 10.4.2018) תיק (אזורי חי') 1073595/4 (נבו 28.6.2017) מול תיק (אזורי חי') 1059097/4 (נבו 23.3.2016). יצוין כי בתיק זה בית-הדין אף ציין כי נוכח אי נאמנות מינית מצד האישה כשיקול לאי התחשבות כושר ההשתכרות. תיק (גדול) 992261/3 (נבו

הדין מגיע לתוצאה הנוחה בעיניו מבחינה הלכתית, הן מצד זה שההלכה לא מכירה בכושר ההשתכרות כנכס בר חלוקה בין בני זוג המתגרשים זה מזו, והן מצד זה שההלכה רואה את אי הנאמנות המינית כמעשה חמור וכעילת גירושין חמורה ביותר (ככל שמדובר במעשייה של אישה), אשר לפי ההלכה יש לה גם השלכה כלכלית בדמות הפסד הכתובה.<sup>143</sup>

בעניין זה אבקש להביא מאחד מפסקי הדין שעסק בנושא זה של הקדמת מועד הקרע והרחיב אודות יחס בית-הדין לאי נאמנות מינית:<sup>144</sup> "לחיי האישות יש תפקיד מרכזי ביותר בזוגיות, ובהעדר מרכיב זה, ישנו חוסר משמעותי ביותר וריקון חיי הנישואין מתכולתם... לאור העובדה שהאישה הודתה שהיא קיימה 'יחסי אישות' עם גבר זר (לפחות עם אחד) נמצא אם כן שבזה היא רוקנה את תוכן הנישואין מעיקרן, ובמעשה זה היא חרצה את גורל הנישואין לאבדון – מעבר לכך שהאישה נאסרת על בעלה ואין אפשרות לשקם את חיי הנישואין הללו. משכך, יש בהחלט מקום לבוא לטובת ה'נבגד' בחלוקת הרכוש, ולהקדים את 'מועד הקרע' לתחילתו של תהליך חורבן נישואי בני הזוג... אמנם, באת כוח האישה טענה בסיכומיה כי מאז ה'בגידה' הצדדים המשיכו לנהל קופה משותפת ביניהם והרי זו ראייה על המשך השותפות ביניהם למרות ה'בגידה'. אולם דינה של טענה זו להידחות על הסף לאור ביאור הדברים, שאין בעובדה זו בכדי להצביע על המשך השותפות בהתאם לחוק 'יחסי ממון'. טעם הדבר כפי שביארנו שהעומד מאחורי הדברים זוהי כוונת שיתוף שהיתה לצדדים לחיות יחדיו את חיי הנישואין בשלל הרבדים האמורים. משכך, ברגע של בגידת האישה בבעלה, בזה נתרוקנו הנישואין וממילא גם החוליה הנוספת של השיתוף ביניהם ברובד הרכושי נשמטת מאיליה ומתנפצת לה אל הסלע". הרקע הדתי לדברים עולה מאליו מהאמור, ויש לשים לב כי בית-הדין לא עורך בחינה כלשהי בשאלה האם חל קרע בין בני הזוג עצמם ויחסייהם לאחר אי הנאמנות המינית, ואף לא בוחן כל דבר אחר לצורך הוכחת הקרע ביניהם אלא מתמקד בעניין הנאמנות המינית בלבד. זאת ועוד בית-הדין אף קובע חזקה נורמטיבית לפיה משמעותה של אי נאמנות מינית הינה בבחינת מועד הקרע, וזאת הגם שבעין אזרחית יכולים להיות מקרים רבים שלא כך הוא, וכל שכן שסופיות הנישואין המתוארת בדברי בית-הדין נכונה הלכתית אך רחוקה מלהיות נכונה אזרחית.

לסיכומו של פרק זה ניתן לומר ששיקול-הדעת הרחב שניתן לבית-הדין במסגרת סעיף 8 מביא את בית-הדין ליישמו בהתאם להלכה, הן לחיוב והן לשלילה, כאשר יישום סעיף זה מדגים אף הוא באופן ברור מדוע ישנה משמעות רבה לערכאה אשר תדון בעניין בני הזוג. כך גם הראתי את הדרך המתוחכמת בפעולת בית-הדין בכל הנוגע לחלוקת כושר ההשתכרות בכדי להציג מצג של הכרה עקרונית ביסודות החוק, אך ריקונו מתוכן בפועל.

29.8.2019) מול תיק (נתניה) 824780/2 (נבו 27.6.2012); ותיק (חי') 4654-24-1 (נבו, 18.3.2010). יצוין כי לגבי שאר הדיינים שהקדימו את מועד הקרע בנסיבות של בגידה לא מצאתי פסקי דין המתייחסים לעניין כושר ההשתכרות, לחיוב או לשלילה.

<sup>143</sup> משנה תורה, אישות, פרק כד, הלכה ו.

<sup>144</sup> תיק (אזורי חי') 1059097/4 (נבו 23.3.2016) וראו עוד בתיק 1125089/1 (גדול) עמודים 69-70 (נבו 26.3.2018).



### 3. פסיקת ריבית

מקרה נוסף בו בית-הדין נדרש לנורמה המקנה לו שיקול-דעת רחב הינו בסוגיה של פסיקת ריבית והצמדה, שכן זו אינה מוגדרת כחובה לפי דברי החקיקה הרלוונטיים.<sup>145</sup> ההתנגשות בין הערכאה הדתית לפסיקה האזרחית<sup>146</sup> בולטת במיוחד, שכן לפי ההלכה ישנו איסור מיוחד בעניין ריבית. יש להדגיש שהאיסור לפסוק ריבית במקרה שכזה הינו הן מצד האיסור הדתי בדבר פסיקת ריבית, והן מצד האיסור הכללי של גזל, שכן ההלכה גם אינה מכירה בנוק שנגרם כתוצאה מאי החזרת כספים במועד כנוק בר פיצוי.<sup>147</sup> נושא פסיקת ריבית וההצמדה בהלכה הוא נושא מורכב מבחינה הלכתית, וברשימה זו אין צורך להיכנס לכל פרטי ההלכות הנלוות לכך, שכן התפיסה המקובלת הינה כי איסור ריבית חל גם במקרים הנדונים בבית-הדין הרבני.<sup>148</sup>

העובדה שלעניין הריבית נלווה גם האיסור הדתי משפיעה גם לעניינו. כאמור הדרך המקובלת להחלת הדין האזרחי הינה באמצעות קבלה בקניין, אך טכניקה זו אינה רלוונטית לעניין הריבית, היות ואין המדובר רק בדינים שבן אדם לחברו (דיני הממון), אלא בדינים שבין אדם לבוראו (דיני האיסור), באופן שאינו מאפשר להתנות על חיובים אלו או להסכים עליהם. מסיבה זו לא ניתן להסתמך גם על המקורות ההלכתיים שהובאו בעמדת הרב דיכובסקי, המצדדת בקבלת הדין האזרחי, לרבות ההלכה הפסוקה, שכן אין המדובר רק בענייני הממון, אשר ניתן להתנות עליהם, אלא גם בדיני האיסור וההיתר, שאינם רלוונטיים להתניות אלו. בהקשר זה יוזכר כי איסור ריבית יסודו דווקא בעסקה מוסכמת על הצדדים, כך שאין בהסכמת הצדדים לכשעצמה כדי להועיל. בעיות אלו עשויות להיפתר מראש במקרים של הלוואה, כדוגמת השימוש בהיתר העסקה, אך ברי כי פתרונות אלה אינם רלוונטיים למערכת היחסים שבין בני זוג.

לאמור לעיל ישנה משמעות רבה בכל הנוגע למתדיינים בפני בית-הדין. ראשית, בית-הדין נמנע ככלל מלאשר הסכמים הכוללים מנגנון של פסיקת ריבית לטובת מי מהצדדים,<sup>149</sup> ואף במקרים בהם מדובר בתמריץ הנועד למנוע עיכובים שלא כדין מצד בעלי הדין.<sup>150</sup> בכמה

<sup>145</sup> חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 וס' 6(ג) לחוק יחסי ממון. אעיר כי אין אני מתייחס לשאלת הצמדה של דמי הכתובה, ובמיוחד במקרה שזו איבדה מערכה, וזאת מטעם שבעניין זה בית-הדין מפעיל את הדין הדתי המהותי ומשמדובר בשיערוך בלבד.

<sup>146</sup> לפסיקת בית המשפט בנושא זה ראו ע"א 803/00 שטיינמן נ' שטיינמן (נבו 4.12.2001) ועמ"ש 9228-05-18 ס' נ' ס' (נבו 3.7.2019).

<sup>147</sup> על נושאים אלו ראו משה הרשור ואליהו רפאל היישריק **תורת ריבית** (התשע"ח). לעמדה הלכתית הנוטה לקבל את במידת מה את הפסיקה האזרחית בנושא ראו נחום רקובר "פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)" **שערי צדק** ג' 305 (התשס"ג).

<sup>148</sup> ראו אליאב שוחטמן **סדר הדין בבית הדין הרבני** 1201 (2011) וכן בתיק (אזורי י-ם) 1088918/5 (נבו 28.8.2021) והשוו רמ"ש (מחוזי י-ם) 37167-07-16 א.י. נ' ש.י. (נבו 11.9.2017); תמ"ש (משפחה ת"א) 43389-01-18 ר.ב.נ' א.ג. (נבו 16.12.2019); ותמ"ש (משפחה ת"א) 37203-02 א.נ' ג. (נבו 19.3.2014).

<sup>149</sup> הצמדה למדר הנעשית מראש ובהסכמת הצדדים, מקובלת בענייני מזונותיהם של קטינים, שכן זו מותרת הלכתית לרוב המוחלט של הדעות, ראו תיק (גדול) ערעור תשל"ג/קצט פד"ר יא 235 (ה' אב התשל"ח).

<sup>150</sup> ראו לדוג' "בפנינו בקשה לאישור הסכם המכר, ובו הותנה כלהלן... לכך, ישלם האיש לאישה את התשלום שבפיגור בצירוף ריבית חודשית בשיעור של 1% ליום למן היום השביעי של הפיגור ועד ליום ביצוע התשלום

פסקי דין הבהיר בית-הדין הגדול כי חובה על הרכב בתי הדין לבדוק כי בכל הסכם שמאושר על ידו (ברוב המקרים הכוונה להסכמי גירושין), אין חיוב ריבית,<sup>151</sup> באופן הדומה לבדיקה כי הצדדים מבינים את תוכנו של ההסכם. יתרה מזו, נקבע כי ככל שבטעות אישר בית-הדין הסכם הכולל חיוב ריבית, הרי שעליו לבטל את החלטתו בדיעבד, תוך הסתמכות על הסדר סתירת הדין המצוי בתקנות הדיון בבית-הדין הרבני.<sup>152</sup> ואכן פסק דין של בית-הדין האזורי שפעל כאמור אושר על ידי בית-הדין הרבני הגדול.<sup>153</sup> זאת ועוד, בית-הדין הגדול קבע באותו מקרה כי הרכב שאינו מבטל הסכם שכזה, דייניו נפסלים לדון,<sup>154</sup> שכן אישור ההסכם הוא זה שנותן תוקף משפטי להסכם, "ולפיכך דייני שלא בודק עניין זה בהסכם לכאורה מועל בתפקידו". עוד אציין כי בית-הדין מעיד כי זהו מנהג בתי הדין שלא לאשר הסכמים שכאלו.<sup>155</sup> כך גם בית-הדין נמנע מחיוב בריבית כאשר אחד מבני הזוג הוציא כספים ובן זוגו התעכב באופן משמעותי בהחזרתם של כספים אלו.<sup>156</sup> זאת ועוד בכל הנוגע לאישור חוות דעת לאיזון משאבים שכוללות רכיב זה,<sup>157</sup> ומתחשבות בו, מורה בית-הדין להתעלם מרכיב זה מראש, או שבדיעבד אין הוא מאשר אותו, ורק משום שמדובר באיסור על פי ההלכה.<sup>158</sup>

מקרים קיצוניים יותר מאשר אי אישור הסכם הכולל ריבית או פסיקתה של ריבית הם מקרים בהם בית-הדין מורה, בהחלטה הנושאת חיוב כספי שיצא מטעמו, שסכום זה לא יצבור ריבית, מתוך מטרה שגם אם החייב לא ישלם את החוב לא תיצבר לחובתו ריבית באמצעות מערכת האכיפה והגבייה (הוצאה לפועל).<sup>159</sup> עמדה זו שנויה במחלוקת בין הדיינים וכמה פסקי דין יצאו כנגדה מפורשות, בטענה שבית-הדין לא צריך להידרש לכגון דא בפסק

בפועל". מאחר ובהסכם יש חוב ריבית בית-הדין מנוע מלאשרו. תיק (אזורי י-ם) 1241843/7 (טרם פורסם, 17.8.2020) ותיק (אזורי ת"א) 866061/22 (טרם פורסם, 27.1.2021) בו בית-הדין סירב לאשר הסכם בין הצדדים בו נכתב כי סכום שלא ישולם במועדו ישא הפרשי הצמדה "וריבית כחוק", עד אשר הצדדים הסכימו למחוק מילים אלו.

151 תיק (גדול) 854694/2 (נבו 8.4.2016) ותיק (גדול) 1084448/1 (נבו 10.7.2018).

152 ראו פרק יד לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג.

153 תיק (גדול) 1074520/5 (נבו 21.2.2019).

154 בהקשר זה מעניין לציין כי במקרה בית-הדין ביטל קידושין, בכדי להוציא קטינים מחשש ממזרות, בשל פסול בעדי הקידושין, בהתבסס על כך שהעד נטל הלוואה בריבית מגורם חוץ בנקאי וללא היתר עסקה, ראו תיק (אזורי ב"ש) 932006/1 (נבו 1.2.2017). יצוין כי בית-הדין התבסס על סיבות נוספות לפסילת העד, וכמקובל בתיקי ממזרות.

155 שם. באף אחד מהתיקים אין התייחסות מדוע לא לנסות להתיר את הריבית באמצעות היתר עסקה. בתיק (אזורי צפת) 1030828/7 (נבו 13.12.2017) בית-הדין הסכים לאשר הסכם שכזה לאחר חתימה על היתר עסקה, כאשר מדובר היה בעסקת מכר לצד ג'.

156 תיק (גדול) 1-24-0114 (נבו 27.7.2003) ותיק (גדול) 777511/4 (טרם פורסם, 20.3.2019).

157 ראו לדוגמה תיק (אזורי פ"ת) 055712616-54-1 (עותק שמור בידי המחבר, 11.11.2009): "על פי דו"ח האקטואר על האשה לשלם לבעל במסגרת האיזון סך ... ש"ח. סכום זה כולל הצמדה וריבית. ביה"ד אינו מאשר את תשלום הריבית האסורה ע"פ דין תורה. לפיכך על האשה לשלם ... ש"ח בלבד".

158 תיק (אזורי ב"ש) 840142/1 (נבו 1.11.2015), תיק (אזורי ת"א) 7632-24-1 (נבו 27.5.2009) תיק (אזורי ת"א) 200847/14 (נבו 14.6.2016), תיק (אזורי חי') 585914/2 (נבו 23.2.2016) ותיק (אזורי ת"א) 383307/8 (נבו 15.1.2017).

159 תיק (אזורי נתניה) 982902/3 (נבו 28.5.2015) תיק (אזורי ת"א) 1046097/3 (נבו 10.9.2017) ותיק (אזורי חי') 577606/3 (נבו 27.4.2015)

דין שניתן על ידו, שכן מקרה זה כבר יוצא מגדר אחריותו ההלכתית של בית-הדין, וכן מטעם שריבית הפיגורים הנוהגת בהוצאה לפועל אינה בבחינת ריבית האסורה הלכתית.<sup>160</sup>

מקרים קיצוניים אפילו יותר הם מקרים בהם בית-הדין סירב להידרש לתביעות, אשר בעקיפין קשורות הן לריבית. כך ניתן למצוא מקרה בו בית-הדין סירב לדון בתביעת צד ג' לבטל הסכם גירושין, בטענה כי זה נעשה למראית עין ולהברחת חובות, בשל סירובו של צד ג' לוותר על חלק הריבית שבחובו.<sup>161</sup> במקרה אחר בית-הדין סירב לפרק שיתוף בדירת מגורים, על ידי קיזוז חלקו של החייב בדירה, שכן חובו היה גם בשל ריבית.<sup>162</sup> זאת ועוד במקרה אחר, חרף לשון מפורשת של הסכם, בית-הדין סירב ליישם את חלקי הריבית שבו.<sup>163</sup> חשוב להדגיש שבכל אותם המקרים בית-הדין לא מנסה ליישב את פסיקתו עם הפסיקה האזרחית, אשר בוודאי אינה מונעת אישור הסכם הכולל ריבית, ובוודאי אינה מונעת להכיר בחוב הכולל ריבית. עם זאת קיים פסק דין אחד אשר מסתמך על העובדה שהסמכות להטלת ריבית, הקבועה בחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א – 1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית והצמדה), אינה מחייבת את בית-הדין לעשות כן, אלא נוקטת בלשון "רשאי".<sup>164</sup> טיעון זה כמובן אין בו כדי לשכנע, שכן העובדה שניתנה לבית-הדין רשות אינה מאפשרת לו לפעול כרצונו אלא בתוך מנעד שיקול-הדעת שנקבע בפסיקה האזרחית. עיון בפסיקה האזרחית מגלה כי הכלל הינו שיש לפסוק הפרשי ריבית, ואי פסיקתם היא חריג המצריך הנמקה והסבר של ממש, כאשר מדובר בחריגים מצומצמים ביותר.<sup>165</sup> בכל פסקי הדין שהובאו לעיל לא הובא כל נימוק מדוע שלא לחייב בריבית והצמדה, וכן לא ניתן לאתר הסבר כזה בפסק הדין, וניכר שבית הדין מונע רק מהשיקול הדתי, וממילא כי בית הדין לא פועל בהתאם להלכת בבלי בנידון זה, כאשר הדבר אף מוצהר במישרין בחלק גדול מהמקרים.<sup>166</sup> כך גם ברור שנימוק זה, המסתמך על לשון חוק פסיקת ריבית והצמדה, אינו רלוונטי לכל המקרים בהם בית-הדין נמנע לאשר את הסכמות הצדדים רק מהטעם שאלו כוללות רכיב של ריבית, ובשים לב שבפסיקה האזרחית נקבע שתפקידו של הערכאה המאשרת את ההסכם הינה פסיבי לחלוטין ולא לה מסורה הסמכות לבדוק את טיב ההסכמות אלא אך לוודא שההסכם נעשה בהסכמה חופשית ובהבנת תוכנו.<sup>167</sup> כך גם בית הדין אינו יכול להשתמש מחובתו לדון בנושא

<sup>160</sup> תיק (גדול) 798549/5 (נבו 4.11.2010), שהוא ערעור על תיק (אזורי אשדוד) 9600-22-1 (נבו 9.7.2008); תיק (גדול) 1152448/2 (נבו 2.10.2018); ותיק (אשקלון) 50830/6 (נבו 19.6.2016) (=שו"ת שחר אורך ח"ב סימן לה).

<sup>161</sup> תיק (אזורי אשדוד) 1064579/1 (נבו 3.6.2016).

<sup>162</sup> תיק (אזורי חי') 507136/12 (נבו 11.5.2014).

<sup>163</sup> תיק (אזורי חי') 573821/2 (נבו 28.2.2012).

<sup>164</sup> תיק (אזורי חי') 585914/2 (נבו 23.2.2016). בית-הדין לא התייחס בדבריו לס' 6(ג) לחוק יחסי ממון וס' 11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

<sup>165</sup> ע"א 525/81 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' צבי רוזן פ"ד לו(2) 337, 343, ע"א 2196/93 מכבסת שלג חרמון בע"מ נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 744, 748, בע"מ 1533/13 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.11.13), ור' עוד ע"א 3381/17 שאול אשכנזי נ' ציון בן שלמה פסקאות 44-45 (נבו, 22.8.18).

<sup>166</sup> ר' הערות 150, 153 ו-157 לעיל.

<sup>167</sup> ע"א 543/82 שטרן נ' שטרן, פ"ד לו(4) 752, 756 (1982) וע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט(1) 673 (1985).

כלשהו המובא לפתחו, שעה בה "משמוגש הליך שיפוטי בפני ערכאת שיפוט מוסמכת, מוטלת עליה חובה לדון ולהכריע בו".<sup>168</sup>

בית המשפט העליון לא נדרש לעניין זה לבד ממקרה אחד, ואולם גם בו הדיון לא מוצה, שכן באותו המקרה לא הייתה הצדקה אזרחית לחייב בריבית.<sup>169</sup> השופט רובינשטיין, אשר כתב את חוות הדעת המרכזית, ביקש להתייחס לסוגיה במבט צופה פני עתיד, ועמד על הבעיה לחייב את דיני בית-הדין לפסוק ריבית לאור האיסור ההלכתי. יחד עם זאת מרחיב בית המשפט את היריעה על כך שפסיקה נומינלית יכולה להגיע לעיתים לכדי פגיעה בצדק, באופן אשר נדמה כי מתכתב עם אחת מעילות ההתערבות שבחוק יסוד: השפיטה.<sup>170</sup> יתרה מזו, בית המשפט עורך דיון הלכתי ומביא עמדות המצדדות בפסיקת ריבית והצמדה במקרים המתאימים לכך, ומסיים: "חזקה על בתי הדין שבמידת הצורך יבורו את הכלים ההלכתיים המתאימים לעשיית צדק במקרה שלפניהם. דומה שראוי להצטרף לקריאה כי דבר זה ייעשה ביום שלא ירחק, כדי ליתן פתרונות אפשריים בגדרי ההלכה לסיטואציות המובנות לתוך חיי הכלכלה והאידנא; בכך גם יוסדר ויהא גלוי וידוע לכל בעל דין בבית הדין הרבני היכן הוא מצוי בתחום זה, נוכח ההפרש, על פני הדברים, בין הדין האזרחי להלכה, כך שלא יהא צורך באמירות של בית הדין כי חויבו (או לא חויבו) על ידי בית משפט זה לפסוק על הדין האזרחי"<sup>171</sup> (ההדגשה הוספה). מהדברים עולה רמז עבה כי יכול להיות מקרה אשר יצדיק את התערבותו של בית המשפט במקרים אלו.<sup>172</sup>

נכון להיום בתי הדין טרם פיתחו כלים הלכתיים המאפשרים לפסוק ריבית במקרים המתאימים לכך, וזאת למרות כמה קריאות מדיינים שביקשו לקבוע כללים ברורים בעניין זה.<sup>173</sup> והרי לנו מקרה נוסף בו ישנו הבדל בין הערכאות, כאשר במקרה זה בית-הדין אף לא מסתיר כי הוא מונע מהשיקול הדתי באופן מוחלט, ובמה שנראה כסותר את הלכת בבלי באופן מובהק, שעה בה בית הדין מתנגד לכל חיובי ריבית שהם.

#### 4. החזר מתנות

מקום נוסף בו יש הבדל משמעותי בין ערכאות השיפוט הוא בשאלת הדירות של מתנות הניתנות במהלך הנישואין, כאשר כפי שאראה להלן, בדומה לעניין הריבית, לעיתים הדברים הינם לא רק בבחינת יישום בעייתי אלא בהתעלמות מוחלטת מהלכת בבלי. בהתאם להלכה היהודית מתנות חוזרות פעמים רבות לנותנן עם הגירושין, וזאת כברירת מחדל הפוכה מהדין האזרחי, אשר קובע כי מתנות אינן חוזרות אלא אם כן הוכח כי אלה ניתנו בתנאי מפורש.<sup>174</sup>

<sup>168</sup> הלכת סמיה, לעיל ה"ש 64, בפסקה 15.

<sup>169</sup> בג"ץ 7078/05 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נבו 3.2.2008)

<sup>170</sup> ס' 15 (ג) לחוק-יסוד: השפיטה וראו ה"ש 49 לעיל אודות עילת התערבות זו וכן הלכת דויד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 459.

<sup>171</sup> בג"ץ 7078/05, לעיל ה"ש 169, בפס' יד.

<sup>172</sup> בהקשר זה יוער כי בית המשפט מביע בדבריו תקווה נאיבית קצת, נוכח הניסיון ההיסטורי המלמד כי בית-הדין לא מאמץ כל מוסד אזרחי אלמלא מוכרח הוא לעשות כן. וראו עוד בבע"מ 9606/11 עובון המנוח פלוני נ' פלוני, פס' סא (נבו 20.5.2013) אשר מתייחס לשיערוך אך נדמה שהדברים יפים גם לפסיקת ריבית במקרים המתאימים לכך.

<sup>173</sup> ראו בג"ץ 7078/05, לעיל ה"ש 169, בפס' יד ובדברי הרב שפירא בתיק 1152448/2, לעיל ה"ש 160, בפס' י'.  
<sup>174</sup> ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 164 (1990) וע"א 66/88 דקר נ' דקר, פ"ד מג(1) 122, 127 (1989).

הרציונל ההלכתי לדין זה מבוסס על חזקה הלכתית לפיה מתנה שניתנת מהבעל לאישה הינה מתנה על תנאי, לפיה הבעל הקנה לאשתו את המתנה על דעת זה שיחיו חיים משותפים ולא על במקרה שהאישה תבקש להתגרש ממנו. טעם נוסף לדין זה הוא כי יסודו בדין עונש המוטל על אישה שמבקשת להתגרש מבעלה מבלי שיש לה סיבה טובה לכך (מורדת). לדין זה פרטים מרובים ומגוונים, אשר היקף הדיון בהם חורג מרשימה זו. דין זה שנוי במחלוקת מהותית בבתי הדין הרבניים, וזאת הן בשאלת היקף הנכסים לגביהם חל הדין; הן בשאלה האם יש צורך להכריז על האישה כמורדת על מנת להחיל דין זה; וכן בשאלה האם הדין נוהג בפועל בימינו וביחס לסוגי הנכסים הנפוצים, או לאו.<sup>175</sup>

מחלוקת הלכתית זו אינה אמורה להיות רלוונטית וזאת לאור הלכת בבלי,<sup>176</sup> מה גם שעוד לפני הלכה זו נקבע בפסיקה שדין החזר מתנות הוצא מענייני המעמד האישי,<sup>177</sup> וככזה אין הוא יכול לנהוג עוד כדין עצמאי. אולם, עיון בפסיקת בתי הדין הרבניים מגלה כי לא כך הוא וכי דין זה ממשיך לנהוג בחלק מהרכבי בתי הדין, בהתאם לשיקול-דעתם ההלכתי בסוגיה זו. ויודגש כי במקרים אלו אין המדובר במקרה בו בית-הדין השתכנע שניתנה מתנה על תנאי וכיוצ"ב, אלא ברירת מחדל אוטומטית שמופעלת על הצדדים.<sup>178</sup> פסקי דין אלו סותרים את הפסיקה האזורית בנושא, ופסק הדין המקיף ביותר שניתן בסוגיה זו, ומצדד בהחלת דין זה, מסיים את דבריו במשפטים הבאים: "עם סיום כתיבת פסק דין זה אי אפשר להתעלם מהמסר הברור היוצא מפסק הדין. בית-הדין דן ופוסק ומתווה את הדרך הראויה ביותר לחיזוק התא המשפחתי... ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בבן או בבת זוגו שלא יקבל מתנה שניתנה במסגרת חיי הנישואין מבן או מבת זוגו, מתנה שניתנה לו על דעת חיים משותפים ללא מרידה... קשר ישיר בין הציווי "לא תחמד בית רעך" לבין הציווי "לא תחמד אשת רעך" והוא שלא יחשוב איש לחמוד בית רעהו באמצעות חמדה של אשת רעהו כדי לעשוק את נכסיו של רעהו. רעיון מוסרי טמון בדיברה זו: לא ייתכן לגזול ממון של חברו באמצעות חמדת אשת רעהו והוא הדין גם להפך. רעיון ומסר זה היה נגד ענייני והנחה אותי במתן הכרעתי להוציא את האמת והצדק לאור עם התשתית ההלכתית והמשפטית ששימשה את בית-הדין בפסק הדין"<sup>179</sup> (ההדגשה הוספה). דברים אלו מדברים בעד עצמם ומראים את המניע המובהק של בית-הדין הרבני להתעלמותו מהדין האזורי והחלת הדין הדתי, כאשר במרביתם של פסקי הדין שיישמו דין זה אף אין התמודדות כלשהי עם הדין האזורי בסוגיה

<sup>175</sup> ראו תיק (אזורי חי') 1097040/10 (נבו 6.11.2017) והשוו לפסקי הדין המופיעים בהערות הבאות.

<sup>176</sup> הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 245.

<sup>177</sup> ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205, 208 (1989).

<sup>178</sup> ראו תיק (אזורי רחובות) 915188/4 (נבו 30.4.2017), אשר הערעור אודותיו נדחה בתיק (גדול) 1125089/1 (נבו 26.3.2018). כך ניתן למצוא את תיק (אזורי נתניה) 1096123/5 (נבו 10.11.2019) שהורה כי אישה לא תקבל את חלקה מכוח הסדר איוון המשאבים הקבוע בס' 5 לחוק יחסי ממון, רק בשל טענה להחזר מתנות שהועלתה כנגדה (בנסיבות בהן ערך המתנה היה גבוה יותר מהחלק אותו האשה הייתה אמורה לקבל מכוח הסדר איוון המשאבים). כך גם בתיק (גדול) 993174/8 (נבו 1.12.2016) יושם, באופן חלקי, דין החזר המתנות. וראו עוד אצל בן יעקב משפטי ליעקב חלק ג' סימן מב (התשנ"ט), אשר מצדד בהחלת דין זה ביחס לדירת המגורים. אך השוו לתיק (אזורי ת"א) 3183-24-1 (נבו 2.12.2009) ותיק (אזורי צפת) 1081933/2 (נבו 22.4.2020).

<sup>179</sup> תיק (גדול) 1125089/1 (נבו 26.3.2018).

וזוה זוכה להתעלמות מוחלטת.<sup>180</sup> גם מקרה זה מראה בצורה מובהקת את ההבדלים שבין הערכאות ועל היעדר הקבלה של פסיקת בית המשפט העליון בנושא על ידי בית-הדין.

## ה. סמכותו הייחודית של בית-הדין ככלי לעקיפת הדין האזרחי

### 1. כתובה וחוק יחסי ממון

לאחר שהצגתי כמה סוגיות בהן ניתן להצביע על הבדלים מהותיים בין הערכאות, ועל ההשלכות הנלוות לכך, אבקש להתייחס לשתי סוגיות העוסקות בנושאים הנמצאים בסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני. משכך אין הן קשורות ישירות למרוץ הסמכויות, אך יחד עם זאת הן מציגות את היעדר ההכרה המהותית של הדין האזרחי על ידי בית-הדין. בית-הדין הרבני נהנה משיקול-דעת רחב וכמעט בלעדי בנושא הכתובה, ככל שמדובר בהכרעה בסכסוך שבין בני זוג (לעומת תביעה כנגד עזבון הבעל).<sup>181</sup>

מקרה שכיח הוא שאישה זכאית מחד לקבלת דמי כתובתה, וכן זכאית היא לקבל זכויות כספיות שונות מכוח החקיקה או הפסיקה האזרחית. חוק יחסי ממון מתייחס בפירוש לסוגיה זו בסעיף 17 וקובע כי אין בו כדי לפגוע "מזכויות האשה לפי כתובתה", ובניגוד להסדר הנוהג ביחס לירושה על פי דין הפניה לחוק הירושה.<sup>182</sup> ההבדל בין רצון המחוקק בשני מקרים אלו ניכר ובוולט לעין בהשוואה שבין הסעיפים.<sup>183</sup>

בבתי הדין הרבניים, ההלכה הרווחת באופן כמעט מוחלט היא כי אישה אינה זכאית לקבל נכסים הן מכוח חוק יחסי ממון והן מכוח כתובתה, וזאת בלי קשר לשאלה היכן נידונים ענייני הרכוש.<sup>184</sup> להצדקת נוהג זה ניתנו שלושה הסברים בפסיקת בתי הדין הרבניים. בהתאם להסבר הראשון לשון החוק תומכת בעריכת קיזוז שכזה. לפי ההסבר השני במועד עריכת

<sup>180</sup> בית-הדין הגדול ניסה להתמודד, במילים קצרות, עם הדין האזרחי ולטעון שתורת האחידות שבהלכת בבלי הינה בבחינת אוכיטור. אולם כפי שהראתי לעיל, בפסיקה מאוחרת יותר נדחו טענות אלו (ראו הערה 47 לעיל). באופן דומה טענת בית-הדין כי בידו לפתח דין שונה מהדין הכללי, ובלבד שלא יהיה מפלה נדחתה כבר בהלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, (בית-הדין מצטט את האמור בעמוד 241 אך מתעלם מהאמור בעמוד 243 ואילך בו בית המשפט מסתייג הסתייגות של ממש מכך שיהיה דין שונה בכל אחת מהערכאות, גם אם מדובר בדין שוויוני לחלוטין, בכדי להימנע ממצב של "קטגוריות סיוטיות"). עוד מתעלם בית-הדין מתחולתו של חוק המתנה ושל הפסיקה הבאה בעקבותיו המכירות בכך שמתנה הופכת לחלוטה עם רישומה במרשם (ע"א 6439/99 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106, 117 (2003). וראו בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006) ביחס לתחולתם של חוקים כלליים על בית-הדין). קושי נוסף שבית-הדין מתעלם ממנו הוא בכך שדין החזר המתנות סותר גם את ס' 4 לחוק יחסי ממון, שכן גם בית-הדין מודה שהנישואין לכשעצמם הם אלו שמחילים את דין החזר מתנות, לעומת מתנה שניתנת בין שני אנשים שאינם נשואים זה לזו. מטעם זה נסתר גם סעיף 2 לחוק שיווי זכויות האשה, על הפרשנות שניתנה לו בפסיקה, שכן הנישואין הם אלו שפוגעים במתנה שקיבלה האישה.

<sup>181</sup> ראו בג"ץ 9858/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו) 30.3.2008 בו נקבע שנושא הכתובה מסור לסמכותו הייחודית של בית-הדין והשווה הלכת יוסף לוי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 814, בו הושארה שאלה זו בצריך עיון. בפסק הדין נקבע כי בית-הדין נעדר סמכות עניינית ככל שמדובר במערכת היחסים שאינה בין הבעל לאשתו. <sup>182</sup> ר' סעיף 11(ג) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 - לפיו "המגיע לבן-זוג על פי עילה הנובעת מקשר האישות, ובכלל זה מה שאשה מקבלת על פי כתובה, ינוכה מחלקו בעזבונו".

<sup>183</sup> ראו דברי הרב היישריק בה"ש 186 להלן.

<sup>184</sup> תיק (אזורי ח"י) 588563/1 (18.7.11), אוריאל לביא "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון – שלילת 'כפל זכויות'" כנס הדיינים - התשע"ז 275 (התשע"ז) והמקורות שמובאים להלן.

ההתחייבות בכתובה הבעל לא לקח בחשבון כי יחויב לשלם הן את דמי הכתובה והן את דמי האיזון מכוח איזון המשאבים, כך שניתן לקבוע שישנו אומדנא<sup>185</sup> (אומדן דעת) המביא לביטול התחייבותו החוזית של הבעל בכתובה, ובמעין תנאי מכללא שקורא בית-הדין לתוך התחייבות הבעל בכתובה.

בטרם אעבור לנימוק השלישי, אציין כי נראה שקשה למצוא את שני הנימוקים שהובאו לעיל כמשכנעים. בכל הנוגע ללשון החוק אין אלא להפנות לשני פסקי דין שעסקו בנושא והראו עד כמה פרשנות התומכת בקיזוז הזכויות סותרת את לשון החוק, אשר לשונו הינה ברורה וחד משמעית ומצדדת בחיוב כפול.<sup>186</sup> כך גם בכל הנוגע לטענת אומדן הדעת. מדובר בטענה קשה מכמה בחינות, כפי שכבר הועלה אל ידי אחרים.<sup>187</sup> מה גם שנדמה שבית-הדין קובע אומדנא אובייקטיבית (כלל ברירת מחדל), אשר אינה מתבססת על נסיבות המקרה. ממילא ספק רב אם יש בידי בית-הדין לקבוע כלל ברירת מחדל אשר סותרת את לשון החוק.<sup>188</sup> גם אם ייטען שאין המדובר בכלל ברירת מחדל שקבע בית-הדין, קשה מאוד לקבל את הטענה כי מדובר בקביעה התלויה במקרה העומד בפני בית-הדין והתרשמותו מכוונת הצדדים במועד הנישואין, שכן קשה להניח שהחתן הממוצע מניח הנחה כלשהי אודות הכתובה, שעה בה ספק רב אם הוא מבין את לשונו ומשמעותו של מסמך זה, אשר נכתב בארמית ונוקט במטבעות שחלקם אינם בשימוש. כלומר, ככל שמתייחסים להבנתו של החתן, נדמה שאין לתת לכתובה משקל כלשהו. אך יחד עם זאת בפועל לא כך הוא, ופסקי דין לחיוב כתובה ניתנים כדבר שבשגרה.<sup>189</sup> בנסיבות אלו קשה לייחס לחתן ידיעה דווקא בכל הנושאים הקשורים לכתובה, לבד מעניין האפשרות לחיוב הן לפי חוק יחסי ממון והן לפי הכתובה. כך גם קשה להניח כי החתן סבר כי לכתובה אין כל משמעות כלשהי, כפי שקורה במקרים רבים, בהם שווי מחצית זכויותיו של הבעל גבוה מסך הכתובה. כן קשה לקבל התייחסות להבנת החתן בנסיבות בהן החתן יכול לבדוק את לשון החוק ולהביא להבהרת סוגיה זו בנקל (הן על ידי עריכת הסכם ממון, והן באמצעות התניית הכתובה עצמה באי קבלת זכויות מחוק יחסי ממון).<sup>190</sup> כמו כן גם המצדדים בדרך זו קובעים כי אומדן דעתו לא חל "ביחס לרכוש השייך על פי דין תורה לאשה גם לולי חוק יחסי ממון",<sup>191</sup> וזאת הגם שעד כמה שניתן להניח שהחתן לא יודע דבר אודות הסדר איזון המשאבים, קל וחומר הוא ביחס להסדר ההלכתי. יתרה מזו, כפי שהראתי לעיל, הדיינים המקבלים את חוק יחסי ממון, מכוחו, מחילים אותו על בני הזוג מכוח אומדנא ביחס לכל חתן סביר, המעוניין לשתף רכושו עם אשתו.

<sup>185</sup> אומדנא אנציקלופדיה תלמודית רצה (התש"ן).

<sup>186</sup> ראו דעת המיעוט בתיק (אזורי ת"א) 838835/8 (נבו 24.1.2013) ובתיק (גדול) 1129398/1 (נבו 7.8.2019) וכן באליהו היישריק "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון – כפל זכויות!" **כנס הדיינים** התשע"ז 266 (התשע"ז) וראו עוד עמ"ש 42078-02-19 י.ש.נ' ו.ש, פס' 25 (נבו 18.2.2020). לעמדה שטרם מצאה ביטוי בפסיקה ר' ציון לוז-אילוז "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון - כפל זכויות?", שם בעמ' 283.

<sup>187</sup> שם.

<sup>188</sup> ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים", לעיל ה"ש 85, בעמ' 35.

<sup>189</sup> אך ראו קבלה חלקית של טענה זו (בהקשר אחר) **הדין והדיין** 31, 7 (2012).

<sup>190</sup> פרקטיקה זו נעשית במקרים שיש מחלוקת אודות שווי המטבעות הנכתבים בכתובה, כדוגמת כתובה בה נכתב 200 זקוקים, וכדי להוציא מידי ספק החתן כותב בכתובה עצמה לפי איזון הלכתי נכתב סכום זה, לאור המחלוקת המשמעויות בסוגיה זו (יצחק טולידאנו **מעשה בית דין** חלק א קד (התשע"א)).

<sup>191</sup> אוריאל לביא **עטרת דבורה** ג 554 (התשפ"א).

ואולם אם כך הדבר, האם ניתן להניח שאומדנא זו פוסקת דווקא בכל הנוגע לרכיב זה שבחוק יחסי ממון? אחד מדייני בית-הדין הרבני (בדימוס) הבודדים אשר מתנגדים לדרך זו, הרב ציון אלגרבל, עמד על עניין זה בדעת מיעוט שכתב: "כאשר מדובר בזוגות כאלה שמקובלת עליהם הפסיקה האזרחית בזכויות ובחובות על פי חוק יחסי ממון, אין מקום לקזז את מה שקיבלה האישה בבית המשפט ממה שמגיע לה לפי דין תורה, משום שמה שבבית המשפט מחייב על פי חוק לא גרע מחיוב כתובה שגם הוא תלוי במנהג המדינה... ויש לומר שבני הזוג הללו נשאו על דעת כן שינהגו בהם לפי החוק, ולא שייך לגביהם לקזז זכויות המגיעות מדין כתובה מהזכויות שהאישה קבלה על פי חוק... יש לומר שהתכוון להתחייב גם במה שכתוב בכתובה וגם במה שמקובל לפסוק בבית המשפט על פי חוק יחסי ממון".<sup>192</sup>

אם כך, כיצד ניתן להסביר את מנהג בתי הדין הרבניים בסוגיה זו? נראה כי הפתרון הוא בטיעון השלישי שעלה בכדי להצדיק נוהג זה, העוסק בטענת קיזוז הלכתית העומדת לטובתו של הבעל. לפי נימוק זה במקרים בהם האישה גבתה מהבעל כספים מכוח יחסי ממון, הרי שאלו נלקחו ממנו שלא כדין, וממילא הוא יכול לקזז אותם מחיוביו האחרים כלפי האישה, מאחר ובידי האישה נמצאים כבר כספים שלו, אשר אינם אמורים להיות אצלה. ברי כי עמדה זו נכונה רק לסוברים כי חוק יחסי ממון אינו מחייב מבחינה הלכתית, שהרי כל יסודה של טענת קיזוז הינו בכך שמדובר בכספים שנמצאים אצל התובע, השייכים בפועל לנתבע או שהוא זכאי להם. כך באחת הפרשות קבע בית-הדין "בטרם נתן הוראה מעשית לתשלום [=הכתובה-ש.ז.], עלינו לברר שאין טענה צדדית שבכוחה לעכב את התשלום. כגון טענת 'יש לי בידך כנגדו'<sup>193</sup> וכיוצ"ב... הבעל רשאי לטעון כי התשלום שבו חייב או שחוייב בסיום אותו הליך [=ההליך הרכושי בבית המשפט לענייני משפחה-ש.ז.], יוכל להיזקק עבורו כתשלום הכתובה, בית הדין אינו רשאי להתעלם מטענה זו, מאחר ועל פי ההלכה יש לטענה זו מקום".<sup>194</sup> ובלשון אחרת, האישה עתידה לקבל כספים מכוח החוק, אשר שייכים לבעל לפי דין תורה, ומשכך יש לקזזם עימה.<sup>195</sup> ראיה לכך שיש דיינים שבעצמם אינם מייחסים בהכרח משקל מכריע לטענות הקיזוז השונות ניתן למצוא בכך שבמקרי אשמה קיצונית, בכל הנוגע לנסיבות שהביאו לפירוק הנישואין (בהתאם להשקפת בית-הדין), בית-הדין מחייב לעיתים את הבעל בתשלום כתובה בנוסף על חובת התשלום החלה עליו מכוח חוק יחסי ממון.<sup>196</sup>

<sup>192</sup> תיק (גדול) 835665/1 (נבו 16.3.2011).

<sup>193</sup> טענת קיזוז.

<sup>194</sup> תיק (טבריה) 4979-21-1 (פורסם באתר בתי הדין הרבניים, 26.01.2005) = עטרת דבורה חלק א' סימן מז (התשס"ט) אוזכר בהסכמה בתיק (אזורי נתניה) 1021593/1 (נבו 27.3.2016) ובתיק (אזורי ת"א) 891643/4 (נבו 8.1.2017). וראו בתיק (אזורי ת"א) 968581/3 (נבו 22.5.2016) בו בית-הדין מכנה פרקטיקה זו "טענת פרעתני" מצד הבעל.

<sup>195</sup> אציין כי פרקטיקה זו טרם הגיעה לדין בבית המשפט העליון, במסגרת ביקורת שיפוטית ישירה על בתי הדין הרבניים, הגם שנדמה שמדובר בסוגיה אשר יש להידרש לה, ולאור העובדה שבפועל בית-הדין מאיין את ס' 17 לחוק יחסי ממון, כאשר אף טענת האומדנא רחוקה מלעמוד. עם האמור ר' בע"מ 9692/02 פלוני נ' פלוני, פ"ד ס"ב (3) 29, 64 (2002), מהם ניתן ללמוד כי בית המשפט אינו מסכים לפרשנות שניתנת לסעיף 17 על ידי בתי הדין הרבניים.

<sup>196</sup> ראו תיק (גדול) 938923/2 (נבו 7.9.2016) ותיק (גדול) 835665/1 (נבו 16.3.2011), בו דעת הרוב מעלה אפשרות להתחשב בנסיבות הגירושין במקרים שונים.



זאת הגם שבאף אחת מהשיטות שהוצגו לעיל כמצדיקות את אי פסיקת תשלום הכתובה, לא אמורה להיות לשאלת נסיבות הגירושין השפעה כלשהי.

עוד יש להעיר כי עיון בטרמינולוגיה בה עושה בית-הדין שימוש מראה שהמניע המרכזי הוא הטיעון האחרון שהבאתי: "מושכל פשוט הוא - החיוב בכתובה מקורו בהלכה - בדין התורה ולכן עליו להיות נדון עפ"י כללי ההלכה ולפיכך גם מסור לבית-הדין הרבני.. לפיכך לא ראוי ולא נכון שחוק יחסי ממון יפגע בזכות זו, ומאידך גיסא אם על פי החוק זכתה האשה בנכסים או זכויות אשר אינם מגיעים לה על פי דין התורה יכולים להחשב נכסים אלו בבית-הדין כגביה עבור חוב כתובה... ניצול האפשרות לתבוע ולדון בשתי ערכאות נפרדות על מנת להשיג זכויות רכושיות יתרות שאינם מגיעות לפי אף אחת מגישות המשפט השונות, משפט התורה והמשפט האזרחי, אינם צודקות לא מבחינה הלכתית, מוסרית ואף לא מבחינה חוקית.<sup>197</sup> דוגמה אחרת לכך היא בדבריו של בית-הדין כי "אין אפשרות לתפוס את החבל בשני קצותיו – בתחילה לבוא ולקחת את אשר מגיע בבית המשפט על פי פסק דין בבלי, ואחר כך לבוא לבית הדין ולתבוע את אשר מגיע על פי התלמוד הבבלי. או בבלי או בבלי. על פי דין תורה אין מקום לאיזון משאבים ולמתן זכויות מהפנסיה של הבעל או מקרנות ההשתלמות. ועל כן בפסיקת בית המשפט הנ"ל כבר קבלה האישה מעל ומעבר למגיע לה מדין תוספת כתובה",<sup>198</sup> קרי, לא ניתן להכיר בחוק יחסי ממון מבחינת ההלכה ולכן אין מקום לקבלת זכויות ממקורות משפטיים הסותרים כביכול זה את זה, וזאת למרות הוראתו המפורשת של החוק (דבר המלמד על היחס אליו ועל תפיסת בית-הדין של עליונות ההלכה). כך גם מקרה זה הינו מקרה נוסף בו לצד נימוקים מסוימים העולים כדי התעלמות מהחוק, ישנו דיון אשר נחזה להראות כדיון משפטי אודות החוק, ואולם בין השורות ניתן למצוא מוטיבציה הלכתית משמעותית, אשר היא זו שמביאה את בית-הדין למסקנות המשפטיות האזרחיות אליהן הוא מגיע.

יהיה הרציונל של בית-הדין אשר יהיה, העמדה המצדדת באי פסיקת כתובה במקרים בהם האישה מקבלת זכויות מכוח חוק יחסי ממון, הינה העמדה הרווחת בבתי הדין הרבניים. דעות אחרות בנושא כמעט אינן נשמעות, וניתן לאתר רק דיינים בודדים שמפקפקים בעמדה זו.<sup>199</sup> הדבר משמש כפועל ככלי בידי בית-הדין לאיון חלקי של תוצאות הסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון (עד לגובה הכתובה), ובאופן המראה כי הדין האזרחי אינו מקובל על בית-הדין, שאחרת לא היה מוצא פגם בקבלת שתי הזכויות לאור ההתחייבות הכפולה. עוד יש לשים לב שבית-הדין לא עושה שימוש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון על מנת למנוע תוצאה קשה כנגד הבעל, במקרים המתאימים לכך, הגם שזה הפתרון הראוי למקרים המביאים לתוצאה קשה. הדבר מעיד על כך שהרציונל לפסיקתו של בית-הדין אינו עקב חשש לתוצאה קשה שיכולה להיגרם במקרה ספציפי אלא כעניין עקרוני כנגד חוק יחסי ממון.

197 תיק (אזורי חי') 1655-64-1 (נבו 2009.7.26)

198 שו"ת משפטיך ליעקב סימן מו אות ד וראו בדומה תיק (גדול) 3267-22-1 (נבו 2008.7.10)

199 ראו לעיל ה"ש 186; ניסים בן שמעון **משפטי הבשן** ג לו (התשע"ח) המביא את דברי הרב הורוביץ; דוד דומב "תשלום כתובה ואיזון משאבים" **שורת הדין** י קיט; וכן דעת המיעוט בתיק 133004/5, לעיל ה"ש 43. עמדת מיעוט נוספת היא עמדתו של הרב היישריק, ראו הערה 186 לעיל, הסובר ששאלת הקיזוז תלויה בשייכות המגזרי של המתדיינים, כך שרק כאשר בני זוג דתיים או חרדים יש להורות על קיזוז הכתובה, אך לא אצל בני זוג חילונים.

מהלך נוסף, גם אם בקנה מידה קטן יותר, שהתרחש בשטח זה בא לידי ביטוי בקבלת טענה חדשה יחסית שנשמעה בכמה פסקי דין.<sup>200</sup> לפי טענה זו לא רק שיש לעשות קיזוז עם הכספים אותם האשה מקבלת מבעלה מכוח חוק יחסי ממון. יתרה מכך, לדעת אותם דיינים, הבעל יכול לעשות קיזוז לדמי הכתובה עם כספים הנותרים בידי האישה לאחר הפעלת הסדר איזון המשאבים, וזאת בגין אותם הכספים, שהבעל זכאי להם מכוח הדינים ההלכתיים. המקרה השכיח בכגון דא הוא מקרה בו לאישה יש זכויות סוציאליות שצברה במסגרת עבודתה, אשר חלקן נותר בידי האישה גם לאחר ביצוע הסדר איזון המשאבים בין הצדדים (לדוגמה אישה שצברה זכויות סוציאליות ששווין עולה כדי 100 ₪, בעוד שבעלה לא צבר כל זכות שהיא, תישאר עם 50 ₪ לאחר ביצוע איזון המשאבים. הדיון בחלק זה נוגע לסכום האחרון הנשאר בידי האישה).

בעניין זה, נטען בכמה פסקי דין כי לאור העובדה שלפי דין תורה הבעל זכאי לקבל את מלוא הזכויות הסוציאליות של האישה, מכוח דין מעשה ידיה,<sup>201</sup> בידי הבעל לקזז מדמי הכתובה את מלוא כספי הפנסיה שנשארים בידי האישה, ובמיוחד לאור דיני ה"קים לי" ההלכתיים,<sup>202</sup> אשר מקשים מאוד על הוצאת תשלום מאדם, אף אם יש לו רק דעת מיעוט לטובתו. עמדה זו מתאימה רק לסוברים כי טענת הקיזוז ההלכתית היא העומדת לצידי של הבעל, וכפי שגם נכתב במפורש באותם פסקי דין,<sup>203</sup> באופן המראה כי זהו הנימוק המרכזי לקיזוזים השונים. המחלוקת בין הדיינים הינה בשאלה עד היכן מגיעה זכות קיזוז זו, המבוססת על הטענה כי האישה גזלת את בעלה בכך שמשאירה היא אצלה כספים השייכים בעצם לבעל. אחד ממקרים אלו, של קיזוז מזכויות האישה אשר נשארות בידיה, הגיע לדיון בבית-הדין הרבני הגדול<sup>204</sup> אשר ביטל את פסק הדין. ואולם יש לשים לב כי גם בית-הדין הגדול לא שלל פרקטיקה זו לחלוטין, והסתמך בעיקר על נסיבותיו הספציפיות של תיק זה, ובמיוחד על כך שמדובר דווקא על קיזוז מכספי הפנסיה של האישה (להבדיל מכלים פיננסיים אחרים), כך שיכול ובמקרה אחר כן יתקזזו זכויות אלו.<sup>205</sup>

כדי להראות מקרה נוסף בו הכתובה משמשת ככלי על מנת להקהות את תוצאות הדין האזרחי, אבקש להסתמך גם על פסק דין מקיף ורחב<sup>206</sup> שניתן בשאלת "דירה שנרכשה על ידי בני זוג, כאשר צד אחד מימן את הדירה או את רובה, אבל בפועל נרשמה הדירה על שם שניהם בשווה, האם במקרה של גירושין, דינה להתחלק בשווה או לא". מדובר אומנם בפסק דין יחיד ואולם חשיבתו היא בכך שמובאות בו עמדות חלק גדול מדייני בית-הדין הגדול,

<sup>200</sup> תיק (אזורי י-ם) 989527/4 (נבו 20.1.2021) ותיק (אזורי טבריה) 596148/6 (נבו 6.4.2021), וראו עוד בדברי הרב פרימן בתיק (י-ם) 1117521/6 (נבו 10.12.2020) והשוו לתיק (פ"ח) 985020/7 (נבו 15.8.2018).

<sup>201</sup> השוו יעזור אריאל תורת המשפט 305 (התשנ"ח) ושלמה שמשון קרליץ משפטי שלמה חלק א' ט (התשס"ד).  
<sup>202</sup> על טענה זו ראו חנינה בן מנחם "טענת קים לי - לקראת ניתוח יוריספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-1, 45, 47 (התשל"ט-התש"ם).

<sup>203</sup> תיק (אזורי פ"ת) 1150781/3 (טרם פורסם, 6.5.2019), תיק (י-ם) 989527/4 (נבו 20.1.2021) ותיק (טבריה) 596148/6 (נבו 6.4.2021).

<sup>204</sup> תיק (גדול) 1303564/1 (נבו 5.10.2021).

<sup>205</sup> באותם המקרים בית-הדין הרבני האזורי ובית-הדין הגדול לא נדרשו לשאלת חוקיות קיזוז זה, הגם שבמקרה זה נראה שהתחשבות במעשה ידיה של האישה סותר את הוראות ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה אשר ביטל את זכות הבעל להנות ממעשי ידי אשתו (ראו הלכות סידיס וגור, לעיל ה"ש 10).

<sup>206</sup> תיק (אזורי נתניה) 283368/14 (נבו 12.11.2020).

לאחר בירור אישי שנערך איתם על ידי דיין בית-הדין האזורי (ראב"ד ביה"ד האזורי בנתניה הרב שנאור פרדס) בסוגיה זו. בית-הדין מסיק בדבריו כי הדירה תחלק בשווה בין הצדדים, ובאופן זה לפסיקה האזרחית בנושא. ואולם יחד עם זאת קובע בית-הדין כי יש להפחית את דמי הכתובה להם האישה זכאית באופן עקרוני, לאור העובדה שהדירה המשותפת מומנה על ידי צד אחד.<sup>207</sup> מכך עולה שאף במקרה זה הפחתת דמי הכתובה משמשת ככלי לאיזון התוצאות האזרחיות הנובעות מרישום נכס במשותף על שם שני הצדדים. כאמור, החשיבות בפסק דין זה הינה גם בכך שמתואר בו כי לעמדה זו הצטרפו כמה וכמה מדייני בית-הדין הרבני הגדול, לרבות שנים מדייני בית-הדין הגדול (הרב איגרא והרב עמוס) אשר קבעו כי יש לבטל את פסק דינו של בית-הדין האזורי שהובא לעיל בעניין קיזוז מנכסי האישה. מכאן עולה כי פרקטיקה זו של שימוש בכתובה ככלי לאיזון החוק והפסיקה מקובלת גם על חלק מחברי בית-הדין הגדול.

לסיכום פרק זה, מהדברים עולה כי בית-הדין משתמש בכתובה, על הסמכות הבלעדית המסורה לו בנושא, כדי לאזן עד כמה שאפשר את תוצאות חוק יחסי ממון, וזאת בשורה של מקרים ונסיבות. הדבר מדגים את חוסר ההכרה המהותית של בית-הדין בחוק יחסי ממון, ובניסיון להקנות את השפעתו, באמצעות שימוש בכתובה ככלי להגעה לתוצאה הלכתית נכונה. בהקשר זה חשוב לציין שעד עתה לא הוגשו עתירות לבית המשפט העליון בעניין זה,<sup>208</sup> ונדמה שהדבר נובע מהאוטונומיה השמורה לבית-הדין הרבני בנושא הכתובה, אשר בית-הדין עושה בה שימוש בכדי להתעלם מהוראות הדין האזרחי.<sup>209</sup>

## 2. תנאים בגט

מקרה נוסף בו קיימת לבית-הדין סמכותו ייחודית הוא בעניין בגירושי הצדדים. נושא זה ידון כדי להראות מקרה נוסף בו בית-הדין עושה שימוש בסמכותו הייחודית על מנת ליישם את הדין הדתי ולהימנע מהחלת הדין האזרחי, על פיו הוא אמור לפעול.

<sup>207</sup> בית-הדין מסייג את דבריו למקרה בו הכתובה נפסקת "מכח אומדנא או מכוח של בית-הדין לעשות פשרה", ואולם רבים המקרים בהם החיוב בכתובה מבוסס על כלים הלכתיים אלו. ראו מבין רבים תיק (אזורי רחובות) 1201116/3 (נבו 15.6.2020), תיק (אזורי ב"ש) 966153/3 (נבו 13.4.2016), תיק (גדול) 854682/1 (נבו 28.6.2012), תיק (גדול) 1129170/1 (נבו 18.3.2018), תיק (אזורי ת"א) 891643/4 (נבו 8.1.2017), תיק (אזורי נתניה) 847364/9 (נבו 20.9.2018). ביחס למקרים בהם התעורר ספק עובדתי ותיק (אזורי פ"ת) 985020/7 (נבו 15.8.2018) ביחס לכתובה שערכה נשחק. והשוו אוריאל לביא **עטרת דבורה** ג 431 (תשפ"א). חשיבות פסק הדין הינה בכך שיש בו כדי להציג בפומבי כיצד בית-הדין מפעיל את שיקול-דעתו הרחב, כאשר בפועל יהיה הבדל בפסיקתו של בית-הדין, רק בשל שיקולים שהם לכשעצמם אינם שיקולים לגיטימיים.

<sup>208</sup> בבג"ץ 7052/21 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים** (נבו 4.11.2021) נדחתה על הסף עתירה אשר עניין הקיזוז מוזכר בחלק העובדתי לה, ואולם לא ניתן להבין האם בזאת עסקה העתירה אם לאו. כמו כן העתירה נדחתה גם מטעמי שיהוי.

<sup>209</sup> השקפה אחרת בנושא זה נמצאת אצל וסטרייך, לעיל ה"ש 17, בעמ' 255-258. אולם, כפי שמוסבר בגוף המאמר אין בידי לקבל את הדברים. הכתובה הינה כלי אחד, מבין רבים, בו בית הדין עושה שימוש על מנת להגיע לתוצאה הקרובה לדין ההלכתי, במידת האפשר במסגרת הביקורת השיפוטית על בתי הדין הרבניים. כך גם העובדה שיש דיינים שבוחרים לא לקזז את דמי הכתובה במקרה בו האשם בגירושי מוטל על האישה לא סותרת טענה זו, אלא אך מחזקת אותה, שכן מדובר רק במקרים בהם יש אשמה הלכתית על הגבר בפירוק הנישואין, וממילא מדובר אך ביישום של ההלכה בהתאם לנסיבות המקרה (ומעבר לכך שהדבר מלמד שקשה למצוא בסיס עיוני משכנע לפעולות בית הדין בעניין, למעט עניין הקיזוז המלמד על אי הכרה בדין האזרחי).

בהתאם לחוק לבית-הדין הרבני סמכות בלעדית להפיכת בני זוג מנשואים לגרושים,<sup>210</sup> ולבית-הדין סמכות מלאה להפעיל את הדין ההלכתי בנושא זה.<sup>211</sup> (במובנו הצר של המונח נישואין וגירושין). דין תורה טומן בחובו קשיים שונים. קושי אחד הוא שעל פי ההלכה הפרדת בני הזוג מבוצעת על ידי גט, שהוא מסמך פיזי, הנמסר מהאיש לאישה, בנוכחותם של עדים.<sup>212</sup> לעומת זאת בשיטות אחרות בעולם, הגירושין אינם מעשה בין בני הזוג, אלא בני הזוג הופכים לגירושים באמצעות פסק דין קונסטיטוטבי, המשנה את המעמד האישי של בני הזוג.

קושי נוסף בדין הדתי הינו שהליך סידור הגט צריך להתבצע מרצונם של שני הצדדים.<sup>213</sup> אמנם, במקרה ובו מתקיימת עילת גירושין כנגד בן הזוג הסרבן ניתן להפעיל אמצעי לחץ כנגדו, מתוך כוונה שלחץ זה ישכנע אותו להסכים לשתף פעולה עם הליך הגירושין.<sup>214</sup> (טיב אמצעי הלחץ המותרים בהפעלה תלויה בטיב עילות הגירושין השונות).<sup>215</sup> אם הופעל לחץ על הבעל בכדי שישתף פעולה עם הליך סידור הגט, מבלי שנקבע שיטת עילת גירושין כנגדו או על ידי גורם שאינו מוסמך לכך, הגט בטל ובני הזוג הינם עוֹדֵם נשואים האחד לשני.<sup>216</sup> מערכת דינים זאת מביאה לכך שבעל הדין שפחות להוט להתגרש, יכול להתנות את סידור הגט בתנאים שונים, כדי לקבל דברים להם הוא לא זכאי על פי דין, ובמיוחד במקום ובו אין עילת גירושין כנגדו.

לעיתים התנאים אותם דורש אחד מהצדדים לצורך שיתוף הפעולה מצידו מועלים במסגרת משא ומתן אשר בית-הדין אינו נוטל בו חלק. פרקטיקה זו מעוררת אי נוחות רבה,

<sup>210</sup> ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

<sup>211</sup> ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

<sup>212</sup> פרטי הגט הינם וכתבתו הינם מרובים ולא ידונו בעבודה זו. כך גם הצגת הדברים בגוף הינה כללית ביותר ולא מקיפה נוכח מורכבותם של דינים אלו. אצייך כי ההלכה מאפשרת לבני הזוג למנות שליח אשר יקבל או יתן את הגט, כידם הארוכה (ראו יוסף גולדברג **גיטי שליחות** (התשע"ז). במקרים חריגים ניתן גם לפעול בדרך של זיכוי גט, כך שבית-הדין ממנה שליח עבור האישה לקבלת גיטה, גם בלי ידיעתה (ראו שם, בעמ' ריג), ולפעמים גם בניגוד לרצונה (ראו שם, בעמ' רכ), אך זאת במקרים חריגים במיוחד. ביחס לפעולה כאמור ביחס לגבר ראו תיק 861974/2 (נבו 20.5.2014); והשוו לתיק 65,870175/4 ואילך (נבו 29.12.2014) **ואמת על תילה** (יהודה בן דויד עורך, התשע"ז). בגוף המאמר אין דיון במקרים נדירים כגון מצבים בהם בית-הדין מבטל את הנישואין בקביעה שאלו לא חלו, נוכח נדירותם של אלו.

<sup>213</sup> הדרישה לרצון הגבר הינה מדין תורה, בעוד שהדרישה לרצון האשה הינה מאוחרת יותר, ומכוח החרם המיוחס לרבינו גרשום בלבד, הבדל לו יכולה להיות משמעות הלכתית, הן בכל הנוגע לעילות הגירושין והן בכל הנוגע לדיני דיעבד.

<sup>214</sup> שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קלד, סעיף ה. כלפי אישה ניתן גם לפעול בדרך אחרת והיא באמצעות כפיית ההתגרש, על ידי מסירת הגט לידה בעל כורחה, ראו אוריאל לביא **עטרת דבורה** א 344 (התשס"ט), למקרה בו בית-הדין כפה על אשה לקבל גט. הליך זה אינו אפשרי ביחס לגברים, נוכח שיתוף הפעולה המוגבר הדרוש מהם בהליך סידור הגט.

<sup>215</sup> שם, סימן קנד, סעיף כא. אך יובהר כי לא כל לחץ יש בו כדי לפסול את הגט, גם בהיעדר עילת גירושין. ראו לדוגמה תיק (אזורי ת"א) 3767/ל"ח פדר יא 300 (התשל"ח).

<sup>216</sup> סימן קלד, לעיל ה"ש 214, בסעיפים ז-ט. בכל הנוגע למקרה בו כפו את האישה שלא כדין, ראו שו"ת מהר"ם מיניץ, סימן קב תקנה סב ממנו עולה כי הגט אינו תקף והאישה אינה נחשבת לגרושה גם בדיעבד. וראו עוד בשו"ת נודע ביהודה, אבן העזר ב, סימן קכט, שכתב שהגט אינו תקף בגלל פסילת עדי הגירושין והסופר שעברו על החרם. אך כנגדם ראו שו"ת דברי חיים, אבן העזר חלק ב, סימן מד ושו"ת מהרש"ם, חלק ג', סימן מז, וראו צבי גרטנר "תביעת נזיקין מאשה המסרבת לקבל גיטה" בית יצחק רעד.

אך יחד עם זאת בפסיקה נקבע שאין לבטל את תוצאותיו של מהלך זה.<sup>217</sup> בניגוד למקרים בהם בית-הדין פסיבי ביחס לתנאים, ולפעמים אף אינו מודע להם, במקרים מסוימים בית-הדין מצדד בצורה ברורה בתנאי בן הזוג הסרבן, ומקבל אותם לחלוטין. ודוק, אין המדובר רק במקרה בו בית-הדין נאלץ, בצר לו, לשכנע את בן הזוג המבקש להתגרש לוותר על זכויותיו, במקרה של היעדר עילת גירושין או במקרה של היעדר יכולת אפקטיבית להטיל סנקציות כנגד בן הזוג המסרב להתגרש (לדוגמה, בשל שהייתו בחו"ל).<sup>218</sup> לעיתים קיימים מקרים בהם בית-הדין מורה כי חרף קיומה של עילת גירושין שהוכחה, וברגיל ניתן היה לחייב בגירושין, בית-הדין יימנע מלעשות כן בשל תנאי צדדי אותו מעלה בן הזוג שאינו מעוניין להתגרש. ברי כי דינים אלו יצדדו בתנאים מסוג אלה במקרים בהם אין עילת גירושין משמעותית, בבחינת קל וחומר.

המבנה ההלכתי המאפשר לפעול כאמור, גם כאשר ישנה עילת גירושין משמעותית, מבוסס על שילובן של שתי שיטות הלכתיות נפרדות, ושאינן קשורות זו לזו. האחת, היא שיטת המהרשד"ם<sup>219</sup> (יוון, המאה ה-16), הסובר כי גם כאשר ישנה עילת גירושין כנגד בעל, במקרה ובו ניתן להימנע מכפייתו להתגרש על ידי היענות לתנאיו, יש לעשות כן, ובלבד שמדובר בתנאי "שנקל לקימו". לגישתו כל אימת שלא נעשה כן, הגט הינו בטל ככל גט שנכפה שלא כדין. דעה זו של המהרשד"ם זכתה לעדנה בחלק מבתי הדין, הן בתנאים המועלים על ידי אחד הצדדים ונוגעים לסמכות בית-הדין, והן בתנאים שאינם קשורים לעניין זה ועולים כדי סחיטה של ממש.<sup>220</sup>

השיטות ההלכתיות הנוספות לענייננו אינן קשורות לדבריו של המהרשד"ם, והן מבוססות על רצינות הלכתי אחר לחלוטין.<sup>221</sup> לפי עמדה זו, אין כל משמעות לשאלה האם בן הזוג הסרבן מתנה את הגט בתנאי שנקל לקיימו אם לאו, כי אם לשאלה האם מדובר בתנאי לו הוא זכאי מכוח הדין, כאשר הכוונה היא כמובן לדין תורה.<sup>222</sup> הנימוק של הלכה זו הוא מכוח העקרון ההלכתי של "עביד איניש דינא לנפשיה" (=עושה אדם דין לעצמו), אשר לפיו מותר לעיתים לאדם לעשות דין עצמי "הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה – אינו חייב לטרוח ולבוא

<sup>217</sup> ע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כז(1) 582 (1973); ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (נבו 29.12.1994); בג"ץ 2609/05 פלונית נ' ביה"ד הרבני הגדול לערעורים, פס' 13 (נבו 31.5.2011); בג"ץ 10223/09 פלוניס נ' בית הדין האזורי אשדוד, פס' 4 (נבו 3.10.2010). פסיקות אלו זכו לביקורת מלומדים רבה, ראו רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל - לקראת השלמה על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" **מחקרי משפט** יז 105, 156 (תשס"ב) (להלן: הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים"); רם ריבלין "דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח" **משפטים** מח 333 (2019); אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות" **מחקרי משפט** לב 797 (2020); ושחר ליפשיץ "חוזים עושקים – השראה אפשרית מן המשפט העברי" 157 **ספר טירקל** (אהרן ברק, קארין כרמית יפת ואליקים רובינשטיין עורכים 2020). ראו לדוגמה תיק (גדול) 1124318/2 (נבו 15.4.2019).

<sup>218</sup> שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן מא. ראו עמיחי רדזינר "מעגנת את עצמה": על התניית מתן הגט ועל חדשנות הלכתית "הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 607 (אריה אדרעי, דוד גליקסברג, אביעד הכהן, ברכיהו ליפשיץ ובנימין פורת עורכים 2018) (להלן: רדזינר "מעגנת את עצמה").

<sup>219</sup> למקרה קיצוני במיוחד ראו **הדין והדיין** 1, 42 (2016).

<sup>220</sup> וראו תיק 1-21-0027 (נבו 29.8.2004) בו בית-הדין מודגיש כי מדובר בשני טעמים עצמאיים ונפרדים ("כל זה (=דברי המהרשד"ם. ש.ז.) כתבנו בנוסף לטעם של עביד איניש דינא לנפשיה וכל טעם עומד בפני עצמו").

<sup>221</sup> ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ה', סימן ס', שו"ת שב יעקב, אבן העזר, סימן מא, שו"ת שיבת ציון, סימן צו, שו"ת מהרי"ק סימן קב ואוריאלי לביא עטרת דבורה ב 662 (התשס"ט) שם ג 302 (התשפ"א).

לכית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין.<sup>223</sup> לדעת אותם פוסקים ניתן לעשות היקש בין דין זה לדיני הגירושין ולהורות כי במקום ובו אדם מתנה את מתן הגט בדבר לו הוא זכאי מכוח דין תורה, יש לקבל את תנאיו ולהשהות את חיובו במתן גט, עד למילוי תנאיו. ובלשון משפטית מודרנית, מדובר במעין טענת סף של ניקיון כפיים הלכתי או זכות עיכובן מצידו של הבעל.<sup>224</sup> ההיקש בין מערכות הדינים אינו נקי מספקות, דבר אשר הביא דיינים אחרים שלא לקבל את דבריהם, תוך הסתמכות על מקורות אחרים.<sup>225</sup> ואולם עמדה זו מוזכרת בחיוב אצל דיינים אחרים,<sup>226</sup> ובפועל הרצון להתגרש הופך לקרדום לחפור בו, כדי להשיג הישגים בתחום הסמכות העניינית והדין החל לצורך הימנעות מביצוע הסדר איזון המשאבים.<sup>227</sup>

כתוצאה מפרקטיקה זו, פעמים רבות נאלץ מי מבעלי הדין לשנות ממצבת הזכויות העומדת לו, ובעיקר בשאלת הסכמות העניינית,<sup>228</sup> וכך מדלגים על כל מבחני הכריכה תוך אי עמידה בכללי חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות. בנוסף, פרקטיקה זו מביאה לכך שניתן יהיה באמצעותה לעקוף את הלכת בבלי ולהימנע מהחלת חוק יחסי ממון, וכך מתאפשר לבית-הדין להביא ליישום הדין ההלכתי. למצדדים בעמדה זו יש להגיע ישירות להסכם אשר קובע בתוכו את אופן חלוקת הרכוש בהתאם לדין הדתי.<sup>229</sup> כדי להמחיש פרקטיקה זו יובא פרוטוקול מדיון שהתקיים בבית-הדין הרבני:<sup>230</sup>

“ביה”ד: יש פה מצב מסובך וכדאי לנהוג נכון. אתם מבקשים לחייבו בגט. מצד שני יש יסוד לכך שאם מבקש שלא יגזלוהו ואז ייתן גט – בקשתו מתקבלת כך שיטת מהרש”ם... וזוהי פסיקה מקובלת. אתם רוצים שנחייב בגט ונפעיל אמצעים. ביה”ד יכול לכתוב פס”ד שנכון לפי ההלכה. איננו קובעים שאין זכות חוקית של זכות הגישה לערכאה שיפוטית. אבל פסיקת חיוב גט ואמצעי כפיה ינתנו רק כשהדבר נכון הלכתית... הזכרנו לך את תשובת המהרש”ם... המהרש”ם דיבר על תביעות שאינן בהכרח צודקות מטעם הבעל. המהרש”ם דיבר על תביעות ממוניות צודקות שהתבררו כנכונות, ועליו אין חולק... יש הבדלים בין ביה”ד וביהמ”ש, איננו מכחישים זאת, אבל אם הפס”ד אינו נכון לפי ביה”ד למרות שהוא

<sup>223</sup> משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה יב.

<sup>224</sup> לשאלה האם יסוד הדין של עביד אינני דיניא לנפשיה הינו מכוח זכות עכבון של הבעל או טענת ניקיון כפיים מצידו משמעות הלכתית שכן בעוד שטענת ניקיון כפיים היא עניינו של בית-הדין, לא בהכרח שכן הדבר ביחס לזכות העכבון. וראו עוד שמשון אטינגר “לברור פסקי הגאונים וראשוני הראשונים בשאלת העושה דין לעצמו” **שנתון המשפט העברי** יא-יב 41 (התשמ”ד-התשמ”ו).

<sup>225</sup> ראו תיק (נתניה) 9707-21-1 (נבו 12.5.2008) **הדין והדיין** 37, 6 (2014).

<sup>226</sup> עטרת דבורה, שם, יוסף גולדברג **אלו שכופין להוציא** מב (התשע”ג); תיק (גדול) 880581/9 (נבו 23.7.2014).  
<sup>227</sup> להשקפה הפוכה לחלוטין על סוגיה זו ראו בשו”ת אגרות משה אבן העזר חלק ג’ סימן מד ד”ה והנה יש עוד טעם.

<sup>228</sup> ראו רדזינר “מעגנת את עצמה”, לעיל ה”ש 219.

<sup>229</sup> לדוגמאות למקרים בהם נדרשו נשים לוותר על סמכות עניינית ואף על הדין החל ר’ בג”ץ 5548/00 **אברהם נ’ בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (נבו, 29.5.01) ובג”ץ 9734/03 **פלונית נ’ בית-הדין הרבני הגדול** פ”ד נט(2) 295 (2004). על סוגיה זו בכללה ר’ רות הלפרין קדרי “שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל” **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 651 (דפנה ברק-ארו ואח’ עורכות, 2007), רם ריבלין “דיני הסכמי גירושין: לקראת פיקוח על טווח המיקוח” **משפטים** מח 333 (2019) אורית גן, “מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות” **מחקרי משפט** לב 797 (2020)

<sup>230</sup> תיק 1066559/1 פרוטוקול מיום 27.06.2016 (לא פורסם. עותק שמור בידי הח”מ).

נכון ע"פ ביהמ"ש, לפיכך לא נוכל לפסוק כפייה. ב"כ האשה: אם היא מחזיקה כספים שלא כדין למרות שהוא מתנהג שלא כהלכה, לא ניתן לכפותו לגט? זה לא נשמע הגיוני. ביה"ד: זהו בדיוק המקרה שעליו מדבר המהרש"ם. ב"כ האשה: זו מנטליות של סחיטה!".

מקרה זה עסק בהעברת הסמכות מערכאה אחת לערכאה השנייה, תוך עקיפת כללי הסמכות העניינית. יחד עם זאת, מעיון בפסיקה שניתנה על ידי בהרכב בו מכהן אותו אב בית-דין, ניתן לשער כי יכול וכך הוא יפסוק גם במקרים הסובבים סביב ענייני רכוש, וככל שייקבע שהאשה קבלה לידה רכוש לו היא אינה זכאית לפי הלכה. כדי להדגים את הדברים אפנה לפסק דין שניתן על ידי אותו הרכב, בו בעל התנה את מתן הגט בדיון מחדש בענייני הרכוש, אשר הוכרעו בבית המשפט ארצות-הברית לפני שנים ארוכות.<sup>231</sup> בית-הדין לא דחה טענות אלו על הסף אלא נדרש אליהן לגופן, ורק אחרי שנחה דעתו שטענות הבעל אינן נכונות לגופן דחה את טענותיו. בית הדין הסתמך על כך שבית המשפט חילק רכוש שמקובל ונהוג לחלקו בארצות הברית (נכסי מאמץ משותף) לצד העובדה שנושא הרכוש נסתיים כבר בפסק דין סופי בבית המשפט, אשר ניתן לאחר שהבעל חדל מלשתף פעולה עם הליך המשפטי, באופן שנראה היה לבית הדין הרבני כי יש בו כדי להעיד על ניסיון לא לגיטימי להסתיר הברחת רכוש שבוצעה על ידי הבעל.<sup>232</sup>

לפיכך ניתן להעלות על הדעת שבמקרה ובו בית-הדין ישתכנע כי לדעתו בית המשפט הכריע שלא כדין, ובמיוחד במקרים בהם בית המשפט פסק בענייני רכוש, שלא כמקובל בבית-הדין באותן הסוגיות (כדוגמת השיתוף הספציפי או כושר ההשתכרות) כי בית-הדין יקבל טענות אלו ויתנה את הוויתור אליהן במתן הגט. אדגיש כי אין בידי נתונים אודות שכחותם של מקרים אלו שכן כפי שהוסבר לעיל מקרים מעין אלו מסתיימים בהסכם אשר מאושר כדין, ואף מבלי שניתן פסק דין בסוגיה.

מקרים אלו לא הגיעו עד היום לכדי ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון (בשלב שטרם נערך הסכם גירושין בין הצדדים).<sup>233</sup> אך מקרה כזה, אם יגיע, יהיה מסוג המקרים בהם שבית המשפט יתקשה לתת סעד אופרטיבי נגד בית-הדין, שכן יהיה בדבר כדי לחייב את בית-הדין לסדר גט כאשר הוא סובר שמדובר בגט הבטל מאליו.

יחד עם זאת הפרקטיקה האמורה מעידה על כך שקיימים דיינים הרואים את הדין האזרחי ככפייה על דיון שלא לפי ההלכה, העולה כדי גזל. לכן הם מעניקים אפשרות לבעל הדין המחויב בגט להתנות את מתן הגט בכיטול הדין האזרחי ותוצאותיו. במקרים בהם זוכה דרישה זו לתמיכה מהדיינים על ידי השהיית פסק דין לגירושין עד לכניעתו של בן הזוג המעוניין להתגרש, מדובר בדרך אחרת בכדי להביא להתעלמות מהלכת בבלי, שכן תחת להחיל את הדין האזרחי ולפסוק על פיו, בית הדין עוקף משוכה זו בדרך עקיפה של קבלת הסכמה בנסיבות בעייתיות ביותר. כך גם בית-הדין מבטל את האבחנה שעשה המחוקק בין הסמכות הייחודית של בית-הדין לעומת הסמכות הכרוכה, באמצעות הקביעה שנושא הרכוש ישפיע על האפשרות לסדר גט.

תיק (אזורי י-ם) 1345115/4 (נבו 31.3.2022).

<sup>231</sup> ניתן להצביע על הבדלי גישה בין כל אחד מחברי ההרכב ואולם לא זה המקום להידרש לדקויות אלו.  
<sup>232</sup> ראו בג"ץ 3984/98 אברהם נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 24.8.1998) בו הוצא צו על תנאי בעניין, אך ראו בג"ץ 5548/00 אברהם נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 29.5.2001) אודות סיומה של פרשה זו.  
<sup>233</sup>

## ו. סיכום הממצאים

בסיכומו של עניין זה, מעבר לדוגמאות אשר הובאו לעיל אבקש להפנות לפסק דין אחד אשר נדרש לסוגיה רכושית מסוימת, אשר בית הדין הגדול ביקש לקבוע בה הפוך מאשר הפסיקה האזרחית בנידון.<sup>234</sup> בית הדין היה מודע היטב לפסיקה האזרחית אך קבע שזו לא מחייבת אותו מטעם ש"כידוע פסיקת ביהמ"ש העליון בבע"מ<sup>235</sup> אינה מחייבת את בתי הדין הרבניים", דברים אלו ממחישים בצורה ברורה ביותר את טענתי כי בית הדין אינו רואה עצמו כמחויב להלכת בבלי, שכן הלכת בבלי קבעה כי בית הדין מחויב להחיל את הדין האזרחי, על פסיקות בית המשפט העליון בנושא, גם אם אלו התגבשו במסגרת ערעורים אזרחיים (כדוגמת חזקת השיתוף)<sup>236</sup>, והנה כי כן חרף חלוף הזמן בית הדין מצהיר אף במפורש כי אין הוא רואה עצמו מחויב לפסיקה אזרחית, הגם שמדובר בפסיקה שהיא חלק מההלכה הפסוקה.

התמונה העולה מכל הדברים שהובאו לעיל מראה בראש ובראשונה כי עדיין ישנה משמעות למרוץ הסמכויות בין הערכאות שכן קיימים מקרים רבים בהם ישנו הבדל מהותי בין הערכאות, כפי שהוצג לעיל בכמה וכמה סוגיות נפוצות, ובמיוחד במקרים בהם לבית-הדין כר נרחב לפעולה, באופן שלשאלת הערכאה הדנה קיימת משמעות קריטית, אשר יכולה להשפיע מהותית על תוצאות ההליך.

מסקנה נוספת היא ששאלת היישום של הדין האזרחי בבית-הדין הרבני תלויה בעיקרה בטיבה של הנורמה אותה בית-הדין אמור להפעיל. כאשר מדובר בנורמה ברורה, אשר מנעד שיקול-הדעת בה מצומצם ביותר, בית-הדין מפעיל את הדין האזרחי, לאחר שאין בידו ברירה שלא לעשות כן נוכח הידיעה כי פסקי הדין נתונים לביקורת של בית המשפט העליון. ואולם בכל מקום בו מדובר בנורמה עמומה, ולו במידת מה, ישנם דיינים רבים אשר עושים ככל שביכולתם על מנת שלא ליישמה, על מנת להביא לתוצאה העולה בקנה אחד עם התוצאה ההלכתית. גם כאן יש להדגיש כי העובדה שמדובר בפירושה של נורמה עמומה רחוקה מלהביא למסקנה כי בידי בית הדין לפעול כבתוך שלו, שכאמור, הלכת בבלי קבעה כי בתי הדין מחויבים לפסיקת בית המשפט העליון, על דרכי הפרשנות וההלכות שנקבעו על ידו. יתרה מזו, גם במקרים בהם בית-הדין מפעיל נורמה עם שיקול-דעת מצומצם, ישנם הרכבים רבים, אשר אינם מסכימים לעשות כן עד אשר בני הזוג יסכימו להחלטת הדין האזרחי עליהם הדבר מעיד על כך שאין המדובר בהכרה בדין האזרחי מכוחו המחייב, אלא רק מכוח הסכמת הצדדים העומדים בפני בית-הדין. מעבר לכך, גם כאשר בית-הדין עוסק בנושאים המצויים בסמכותו הייחודית, עושה הוא, לעיתים, שימוש בדין ההלכתי על מנת לאזן את

<sup>234</sup> תיק (גדול) 1314150/7 (עותק שמור אצל המחבר, 28.6.2022). הסוגיה הנידונה שם הינה האם פנסיה המתקבלת בשל פרישה מוקדמת מחמת נכות הינה נכס בר איזון אם לאו. פסיקתו העקבית של בית המשפט העליון בסוגיה הינה כי מדובר בנכס משותף וכי אין משמעות לעובדה שמדובר בפרישה על רקע של נכות (ר' בע"מ 4860/16 פלוני נ' פלוני פס' נב (נבו) 5.9.2017), ואולם בית הדין ביקש להורות שלא בהתאם לפסיקה זו.

<sup>235</sup> פסקי דין שניתנו על ידי בית המשפט העליון ביושבו כבית משפט לערעורים אזרחיים. ערעורים אלו מסווגים כולם על ידי המזכירות ככותרת בע"מ (בקשת ערעור משפחה).

<sup>236</sup> ר' הערה 45 לעיל.



התוצאה המתקבלת מכוח הדין האזרחי, ובכדי להביא ליישום מלא של הדין הדתי ביחס לבני הזוג הנמצאים לפניו.

אם נשתמש בדוגמאות השכיחות, ככל שבית-הדין נאלץ לדון למשל בחלוקת בזכויות עתידיות לפנסיה, אין בידי בית-הדין לפסוק שלא בהתאם לחקיקה האזרחית, שכן אין כל מרחב תמרון המאפשר לעשות זאת, נוכח הוראותיו החד משמעיות של חוק יחסי ממון. ואולם במקרה אחר, בו יש שיקול-דעת רחב לערכאה הדנה בעניין, כדוגמת החלת שיתוף ספציפי, פסיקת ריבית, הקדמת מועד הקרע וכדומה, בית-הדין מגיע הרבה פעמים לתוצאה הנמנעת מלהחיל את הדין האזרחי באותה הסוגיה, ובאופן אשר ישנה מתאם בין פסיקת בית הדין לדין הדתי באותה הסוגיה. הדבר מתורץ בשיקול-הדעת הרחב של הערכאה השיפוטית, כאשר המניע לאי הכרה בחקיקה או בפסיקה מוצנע. לעיתים בית-הדין מפעיל את שיקול-דעתו הרחב בעצם פירושה של הנורמה (כדוגמת הקדמת מועד הקרע בשל אי נאמנות מינית או הוראה על הפחתה מסכומי הכתובה). פעמים אחרות בית-הדין מפעיל את שיקול-דעתו הרחב באמצעות אי יישומה של הנורמה (כדוגמת הערמת קשיים מרובים על מנת להתעלם מהלכת השיתוף הספציפי).

תוצאה זו אינה מפתיעה שכן ברור שפסק דין שיצהיר בריש גלי כי אין הוא מוכן ליישם את הדין האזרחי, יביא לבטלות אותו פסק דין. לעומת זאת בית המשפט העליון ביושבו כבג"ץ ימעט להתערב במקרים בהם בית-הדין נהנה משיקול-דעת רחב יותר, ובמיוחד בכל הנוגע למצבים בהם מדובר באי יישומה של הנורמה אותה נדרש בית-הדין ליישם.

נקודה נוספת אשר יש להתעכב עליה היא בכל הנוגע לערוב שבין שאלת האשם בגירושין לחלוקת הרכוש. כאמור, שיקולי הנאמנות המינית, גם אם אלו הביאו לגירושין נקבעו כלא רלוונטיים לכשעצמם לשאלת חלוקת הרכוש. פסיקה זו הינה פסיקת רבת שנים, אשר בית-הדין מנסה לאתגר אותה פעם אחר פעם, בדרכים שונות, אשר נפסלות בבית המשפט העליון.<sup>237</sup> ניתן לראות כי בחלק מהמקרים שנידונו לעיל מגיעו של בית-הדין הינם מתוך שאיפה ברורה להכניס את שיקולי האשם בגירושין לגוף מחלוקת חלוקת הרכוש (ובראשם הקדמת מועד הקרע). צירופם של מקרים אלו מלמד כי חרף דברי בית המשפט העליון בסוגיה, לפיהם יש להפריד בין ענייני הרכוש לענייני האשם, שיקולים אלו ממשיכים להיות רכיב משמעותי בפסיקת בתי הדין בענייני חלוקת הרכוש, כאשר אך לאחרונה ניתנו שני פסקי דין בנושא זה, וניסיון העבר מלמד כי גם אלו יאותגרו בסופו של יום על ידי בית הדין. מהדברים עולה כי שאלת הערכאה הדנה היא סוגיה קריטית לעניין זכויות הצדדים, לצד העובדה שעצם ההסתמכות של בית-הדין על מניעים אלו מעיד על היעדר קבלה של פסיקת בית המשפט העליון בנושא,<sup>238</sup> וחרף הלכת בבלי. בהקשר זה מתבקש להפנות לפסק דין של בית-הדין הרבני בנתניה,<sup>239</sup> שכל כולו יוצא נגד פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין דנג"ץ

<sup>237</sup> ראו בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט (3) 371, 365 (1985), בג"ץ 1135/02 וזגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו (6) 14 (2002); הלכת 8928/06, לעיל ה"ש 51; הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 49. דברים אלו מקובלים בעיקרם אף על דעת המיעוט של השופט שטיין, ראו שם, בפס' 11 לפסק דינו, בכל הנוגע לחוק יחסי ממון ושיקולים אלו.

<sup>238</sup> ראו לעיל ה"ש 114; ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (נבו) 29.10.2013; ובע"מ 5827/19 פלוני נ' פלוניות, פס' 46 המתייחסת אף לקשרים מיניים בהווה (נבו) 16.8.2021.

<sup>239</sup> תיק (אזורי נתניה) 1236621/7 (נבו) 12.10.2021 ור' ביקורת דומה בתיק (אשדוד) 1338971/12 (נבו) 11.3.23.

8537/18 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול**.<sup>240</sup> בית-הדין מגדיר את חלקי פסק הדין המורים שאין לקבוע תנאי מכללא של היעדר שיתוף במקרה של אי נאמנות מינית כתמוהים וחסרי כל היגיון,<sup>241</sup> באופן המראה את הסתירה שבין עקרונות הפסיקה בבית המשפט, שלא נותנים משקל לשיקולי האשם בגירושין, בניגוד לעמדת בית-הדין.

## ז. דרכי התמודדות

כאמור, ניתן לקבוע כי הפערים בין הערכאות הינם משמעותיים והם מצב עובדתי נתון, ולכן עולה השאלה האם וכיצד ניתן להתמודד עם מצב זה (למצדדים בהלכת בבלי). תשובה אחת יכולה להיות שלא ניתן להתמודד עם פער זה, וכל עוד לא יהיה שינוי חוק בנושא זה, יש להשלים עם כך שתוקפה של הלכת בבלי הינו מוגבל. אף בהלכת בבלי עצמה נקבע כי היא מוגבלת ביחס למקרה בו בית-הדין נהנה משיקול-דעת רחב ביותר (כדוגמת קביעת מהי טובתו של קטין),<sup>242</sup> וכך גם במקרים בהם בית-הדין נהנה משיקול-דעת רחב במישור הרכושי. פתרונות אחרים, אשר נדמה כי נזנחו בשנים האחרונות, וטענות בעניינם הן אף אינן מועלות בעתירות המוגשות לבית המשפט,<sup>243</sup> מבקשים לבחון את האפשרות לצמצם את מנגנון הכריכה, באופן שייקבע שהיקף הרכוש בר הכריכה הינו מצומצם או שכריכת הרכוש אינה כנה. הדיון דלהלן בפתרונות אלו לא יקיף את מלוא הדיון בנושא, אך עדיין אבקש להציג את הדברים בתמצית, ונוכח התמונה שמצטיירת לעיל. אפשרות זו של צמצום היקף מנגנון הכריכה נבחנה כבר בהלכת בבלי<sup>244</sup> ונזנחה בשל נסיבותיו הספציפיות של אותו המקרה, עם האמור בהלכת בבלי בית המשפט נדרש לטיעונו של אריאל רוזן-צבי כי כריכת ענייני הרכוש אינה כנה לכשעצמה, שכן מטרתה אינה רק בכדי להביא לדיון יעיל, אלא בעיקר כדי לשלול זכויות מבן הזוג שרכשו נכר.<sup>245</sup> טיעון זה לא נבחן בפסיקה עד היום, ובהלכת בבלי הוא הושאר בצריך עיון, שכן מדובר על פרשנות מרחיבה של מבחן הכנות.

בשנים מאוחרות יותר בית המשפט העליון מצא לנכון לקבוע, גם אם בפסק דין אחד, כי כריכה אשר מטרתה "להתדיין בפני בית הדין בסוגיה שבית הדין כלל אינו מכיר בה" אינה כנה.<sup>246</sup> הדברים נכונים במיוחד ביחס למוסדות שניכר שבית-הדין אינו מוכן להכיר בהם מבחינה מהותית.<sup>247</sup>

<sup>240</sup> דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 49.

<sup>241</sup> שם, בעמ' 32 ו-35.

<sup>242</sup> הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 237. בהקשר זה יצוין כי הפסיקה התמודדה עם מקרים אלו באמצעות קביעת החובה לפנות למומחים לענייני ילדים, לצד החובה לאמץ את עמדותיהם ככלל, באופן שמגביל את שיקול-דעתו של בית-הדין. ראו למשל הלכת דויד, לעיל ה"ש 13.

<sup>243</sup> ככל שניתן ללמוד על תוכנו של העתירות מפסקי הדין שמפורסמים.

<sup>244</sup> הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 235-236.

<sup>245</sup> אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 184, 203 (1991).

<sup>246</sup> בג"ץ 2232/03 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו**, פ"ד סא(3) 496, 526 (2006). וראו גם ע"א 384/85 **בן יאיר נ' בן יאיר**, פ"ד לט(4) 775, 781 (1986), בו נקבע כי הכריכה צריכה להיות "מתוך מאמץ כן להגיע להתדיינות יעילה ולפתרון צודק ומעשי בנושא זה".

<sup>247</sup> בית המשפט הסתמך על כך שהדין ההלכתי אינו מכיר בחיובי מזונות לזוג שנישא בנישואין אזרחיים בהתאם לאמור בפסק הדין המשלים של בית-הדין הרבני (פסק דין זה פורסם במלואו **בדין והדיין** 5, 3 (2004)). פסקי

על כך יש להוסיף את דוקטרינת אי ההכרה, לפיה "אי-ההכרה העקרונית-המושגית מצד המערכת הדתית באותו 'דבר' משפטי שקיים במערכת האזרחית – היא זה מושג, מוסד, קשר, הליך או מבנה משפטי – שוללת ממנה באופן עקרוני את הסמכות לדון באותו 'דבר'".<sup>248</sup> דברים אלו של רות הלפרין-קדרי, הוכרו על ידי בית המשפט העליון, לפיהם דוקטרינה זו מהווה "מעין חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא הסמיך את בית-הדין הדתי לעסוק בנושאים בהם אין הוא מסוגל לעסוק, כיון שבזאת נשללת מן התובע מניה וביה הזכות המוקנית לו על ידי הדין האזרחי".<sup>249</sup> שאלת מקומה והחלתה של דוקטרינת אי ההכרה על הסוגיות הנידונות במאמר זה הועלתה בכמה פסקי דין, אך נותרה ללא הכרעה.<sup>250</sup> במקרים אחרים בחר בית המשפט לא להידרש אליה לאור היעדר ראיות מספיקות להחלת הדין הדתי,<sup>251</sup> אך תוך השארת פתח במשתמע לפיו במקום שבו בעל דין אכן יוכל להוכיח זאת כי יהיה בכך כדי לשלול את סמכות בית-הדין הרבני. יחד עם זאת ניתן למצוא ניצנים להכרה בטענה זו בדברים שהזכיר השופט ג'ובראן, בעניין בו התעוררה שאלת סמכות אחרת ונקבע: "יש לפרש את הסכם הגירושין לאור שינויי הנסיבות בחיי המתגרשים, נכון גם לעניין הקניית הסמכות בהסדר... המדובר היה באשה גרושה שבחרה לחלוק את המשך חייה עם גבר שאינו בן לעדה הצ'רקסית. משכך, התעורר החשש כי פסיקה בעניינה על ידי ערכאה דתית (גם אם על פי הדין הכללי) עלולה להיות מוטה שלא לטובתה. במצב דברים זה, אף לו הייתה מסכימה במועד הגירושין על הקניית הסמכות לערכאה זו או אחרת, נדמה שלא היה מקום לראות בהסכמה זו כתקפה בעת פריצת הסכסוך".<sup>252</sup> דברים אלו מהווים יישום לתאוריית אי ההכרה בפועל מפני שבענייני קטינים בית-הדין מחויב לפסוק לפי כללי המשפט האזרחיים, ובית המשפט הכיר בכך שישנו חשש כי הערכאה הדתית תתחשב בשיקולים הדתיים ותהיה "מוטה" כנגד האישה. דברים אלו מתאימים גם לסוגיות העוסקות במאמר זה שכן הוצג כי בכמה וכמה סוגיות הכרעתו של בית-הדין הינה מוטה, באופן שמצדיק את שלילת סמכותו באותן הסוגיות.

ניתן לצרף את דברים אלה לפסק דין נוסף שעסק בשאלת היקף הסמכות של בית-הדין הרבני, במקרה ובו בית-הדין ניסה לפעול בניגוד להלכת **משולם**,<sup>253</sup> אשר קבעה כי "אין בית הדין הרבני מוסמך לדון בעצם השאלה, האם אישה פלונית היתה ידועה בציבור של אלמוני המנוח, והאם בתור שכזו היא "צד הנוגע לדבר" שהסכמתו נדרשת לשם הקניית סמכות לבית הדין הרבני לדון בעיזבון המנוח בהתאם לסעיף 155(5) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965" (להלן: חוק הירושה).<sup>254</sup> בפסק דין זה נרמז כי אין לאפשר זאת, בין היתר משום שאין בית-הדין הרבני מכיר במוסד הידועים בציבור. בתי הדין ניסו לאתגר את פסק הדין, ובחלוף עשור

דין שניתנו מאוחר יותר טענו כי לא כך הוא וכי הדין הדתי כן מכיר במערכת של זכויות וחובות שנוצרו בין בני זוג גם אם אלו נישאו בנישואין אזרחיים בלבד. ראו לדוגמה תיק (אזורי טבריה) 80581-21-1 (נבו 24.6.2009) ותיק (אזורי נתניה) 764411/1 (נבו 3.10.2010) והשוו תיק (אזורי ת"א) תיק 448866/3 (נבו 11.7.2013).

הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 217, בעמ' 143.

בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' **משרד הפנים**, פ"ד כה (נבו 31.8.2017).

בג"ץ 6334/96 אליהו נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד נג(2) 165, 153 (1999).

ע"א 1565/94 **מנדלברג נ' מנדלברג**, פ"ד מט(5) 171, 174-175 (1996).

הלכת 6929/10, לעיל ה"ש 18, בעמ' 53.

הלכת **משולם**, לעיל ה"ש 18.

הלפרין-קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 217.

248

249

250

251

252

253

254

שנים הסוגיה הגיעה שוב לפתחו של בית המשפט העליון. בבג"ץ 4122/02 גרוני נ' בית-הדין הרבני הגדול ירושלים<sup>255</sup> (להלן: פרשת גרוני) בית המשפט העליון חזר על עיקרי הלכת משולם. ואולם בפסק-דין זה נכתבו הדברים בצורה מפורשת וברורה: "לסוגית הסמכות קיים היבט נוסף: מוסד 'הידועים בציבור' הוא יציר כפיו של המחוקק הישראלי, ואין הוא קיים בהלכה היהודית<sup>256</sup>... אמנם, בפרשת משולם בית-הדין היה מוכן להחיל את הוראת סעיף 55 לחוק הירושה, ונראה כי גם במקרה שלפנינו בית-הדין מוכן לנהוג כך, אולם ידועה היא אימרתו המפורסמת של השופט זילברג '...כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית-המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית-הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדין, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק'<sup>257</sup>. יש לשים לב שהדגש בדברי בית המשפט אינו על כך שבית-הדין אינו מוכן ליישם את הדין האזרחי ברמה ההצהרתית, שכן בית-הדין הרבני הצהיר באותו המקרה על כוונתו ליישם את הדין האזרחי. ואולם נוכח אי ההכרה של בית-הדין כלפי הדין המהותי שאותו עליו ליישם, בית המשפט מצא לנכון להניח שיהיה הבדל משמעותי ביישומו בין כותלי בית-הדין הרבני, באופן המצדיק את שלילת סמכותו של בית-הדין בנושא זה. דברים אלו שצוטטו לעיל מתאימים ביותר גם לחלק מהמקרים שהובאו לעיל, שכן בית-הדין אכן מצהיר שהוא מוכן לדון בהתאם לדין האזרחי, אלא שהתוצאות אליהן הוא מגיע שונות בתכלית.<sup>258</sup>

עם האמור, ספק עד כמה ניתן למצוא פתרון בבית המשפט העליון, ואין אלא לחזור ולהזכיר את הדברים שהובאו במחקרה של רות זפרן<sup>259</sup> אודות משיכת ידיו של בית המשפט העליון מהתערבות בפסקי דין של בית-הדין הרבני, אף במישור היקף סמכותו של בית הדין,

<sup>255</sup> בג"ץ 4122/02 גרוני נ' בית-הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד נו"ד (1) 537, 543 (2002).

<sup>256</sup> דברים אלו אינם מדויקים שכן בהלכה קיים מוסד של פילגשות, אלא שהפילגש לא זכאית לאף זכות לפי ההלכה, ובוודאי שלא לירושה אשר אף אשתו של אדם אינה זכאית לה. השאלה האם מותר לגבר לקיים חיים זוגיים עם פילגש שניה במחלוקת ראשונים, וראו על כל זאת באריכות צבי זוהר "זוגיות על-פי ההלכה ללא חופה וקידושין" אקדמות יז 11 (התשס"ו); יהודה הרצל הנקין "אחריתה מי ישורנה?" אקדמות יז 33 (התשס"ו); שמואל אריאל "פילגשות אינה חבורת" אקדמות יז 41 (התשס"ו); מיכל טיקוצ'נסקי ורחל שפרכר פרנקל "תזוהרים מן הפילגש" אקדמות יז 67 (התשס"ו).

<sup>257</sup> פרשת גרוני, לעיל ה"ש 255.

<sup>258</sup> בשולי דברים אלו אבקש להעיר כי הקושי המרכזי שהוצב בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לטענות אלו, הנוגעות לכריכה, היה בכך שבעלות הדין לא כפרו בסמכות בית-הדין בהזדמנות הראשונה, ובכך היה די כדי לדחות טענותיהן אלו על הסף (הלכת אליהו, לעיל ה"ש 250, בעמ' 165-166). מחסום זה הינו מחסום קשה, שכן אין לצפות מבעלי דין לשער כי הערכאה אשר תידון בעניינם תבקש להתנער מחובתה לפסוק לפי החוק, ובמיוחד כאשר לעיתים הדבר מתגלה רק בפסיקה אשר מתקבלת בסופו של יום. אשר על כן נראה כי טענת סף זו תהיה נכונה רק במקרים בהם בית המשפט העליון יקבל טענה זו ביחס לנושא מסוים שיבוא לפניו, ומאותו היום ואילך, אך לא ביחס לאותו מקרה ראשון, בו בעל דין תוקף את היעדר היישום של הדין האזרחי. אחרת ספק רב אם אי פעם יגיע המקרה המתאים לפתחו של בית המשפט, מאחר ובעלי דין אינם מניחים כי בית-הדין יתבקש שלא ליישם נכונה את הדין אותו הוא אמור ליישם. טיעון זה דומה לטעמים שהוצגו בפסיקה כמצדיקים לדון בעתירה, הגם שזו עוסקת במעשה עשוי, בנסיבות בהן ספק אם אי פעם ימצא תיק מתאים (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג (5) 241, 250 (1999); ודפנה ברק-ארוז משפט מנהלי, כרך ד 394 (2017)). על זאת יש להוסיף כי חל ריכוך מסוים בדרישה זו של כפירה בהזדמנות הראשונה ובמיוחד בענייני רכוש (בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח (4) 591, 619 (1994)) ובאופן המחזק עוד יותר את הטענה כי אין להקפיד הקפדה יתרה על הכלל בדבר הזדמנות הראשונה.

<sup>259</sup> זפרן, לעיל ה"ש 18.

שהוא הנושא הקל ביותר להתערבות שיפוטית. יתרה מזו, ניתן להצביע על כך שבעבר בית המשפט העליון התערב גם בפסקי דין שהיו בעלי שאלות יישומיות יותר של החלת הדין האזרחי<sup>260</sup>, ואולם כיום כמעט ולא ניתן לראות פסקי דין כאמור, אלמלא היה בהם רכיב משמעותי של שיקול זר שהנחה את בית הדין הרבני, כשאלת הנאמנות המינית בין בני הזוג. נסיגה זו אינה מהווה נסיגה רק ביחס לתקופה שלפני עשור שנים או שניים, שכן בעניין זה ניתן ללמוד אף מגלגוליה של הלכת גורפינקל-חקלאי<sup>261</sup> בבתי הדין הרבניים. באופן מובן בתי הדין הרבניים לא הסכימו עם הלכה זו שעה בה היא אפשרה לקבל הכרה מדינית בנישואים אסורים לפי ההלכה, ולכן היו בתי דין רבניים שביקשו לעקוף את פסיקת בית המשפט העליון באמצעות קביעות שונות, אשר היו נטועות לכאורה במסכת העובדות הפרטנית שנגעה לאותם בני זוג. כך, למשל במקרה אחד בית-הדין הסביר את מניעותו באישור הנישואין בדיני העדות ההלכתיים.<sup>262</sup> במקרה אחר בית-הדין קבע שהעדויות שהובאו בפניו סותרות זו את זו, ואך מטעם זה אין בידו לסייע לבני הזוג,<sup>263</sup> תוך הצנעה מוחלטת של הרכיב האידיאולוגי שבהתנגדות לסייע לבני זוג אלו. חרף כך, בית המשפט העליון מצא לנכון להתערב באותם המקרים בפסיקת בית-הדין הרבני, ולא לקבל את פסיקותיו וקביעותיו העובדתיות, אלא לפסוק לגופו של עניין. בפסקי דין אלה בית המשפט העליון דחה את הקביעות העובדתיות אליהן הגיע בית-הדין ואף דן בעובדות בעצמו. ודוק, כי באותם המקרים מדובר היה בהתערבות בגופו של הדין האישי. כך שהדברים הם קל וחומר שעה בה מדובר בהתערבות בפסיקה בענייני רכוש, אשר אין מחלוקת אשר זו צריכה להסתמך על הדין האזרחי בלבד.

עוד יש להדגיש כי התערבות בית המשפט בסוגיית פרשנות ויישום הדין האזרחי הינה קלה יותר, שכן בעניין זה אין לבית-הדין הרבני יתרון על פני ערכאות אחרות (לעומת יישום הדין הדתי לכשעצמו), וכך גם אין סיבה להניח כי מדובר בפגיעה משמעותית בעצמאות השיפוטית של בתי הדין הרבניים (והדברים נכונים ביתר שאת במקום ובו בית הדין דן בענייני הרכוש רק לאחר שהצדדים הסכימו להחלת הדין האזרחי עליהם, בקבלה בקניין, באופן ההופך את המחלוקת שבין הצדדים לסוגיה חוזית).

לכן, אין מקום לזהירות המופלגת המופיעה היום תדיר בפסיקה העוסקת בהפעלת ביקורת שיפוטית על בתי הדין, שאם לא כן משמעות הדבר היא שהביקורת השיפוטית על בתי הדין

<sup>260</sup> בג"ץ 7716/05 פלונית נ' פלוני, פס"ד 9 (נבו 27.8.2007) וראו בג"ץ 04/4178 פלוני נ' בית הדין הרבני לערעורים, פ"ד סב(1) 235, 254 (2006); בג"ץ 8214/07 פלוני נ' פלוני, פס"ד 32-25 (נבו 07.08.2011); ובג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 464, 494 (2010), בהם בית המשפט נדרש לשאלות יישום מובהקות.

<sup>261</sup> בג"ץ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ' שר-הפנים, פ"ד יז 2048 (1963). בקצרה יוזכר כי הלכה זו קבעה כי כהן וגרושה אשר באו בברית נישואין, גם אם בנישואין פרטיים, יירשמו במרשם האוכלוסין כנשואים, ובלבד שבית-הדין הרבני ייקבע שיש במעשה הנישואין הפרטי כדי לשנות במשהו את מעמדם האישי של בני הזוג. הלכה זו חלה גם על מקרים בהם בית-הדין קובע כי בני הזוג זקוקים לסידור גט לצורך נישואיהם עם אחר, וגם אם אין הוא מוכן במפורש לקבוע כי בני הזוג נשואים זה לזה (ור' עוד בג"ץ 29/71 קידר נ' בית הדין הרבני האזורי פ"ד כו(1) 608 (1972)). יודגש כי הלכה זו אינה תקפה ביחס לבני זוג שאין מניעה כי יתחתנו דרך הרבנות הראשית, אך אינם מעוניינים לעשות כן מנימוקים אידיאולוגיים שונים (בג"ץ 130/66 שגב נ' בית-הדין הרבני האזורי צפת, פ"ד כא(2) 505 (1967)).

<sup>262</sup> בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד כד(1) 704, 718 (1970).

<sup>263</sup> פרשת קידר, לעיל ה"ש 261.

הרבניים בנושא יישום הפסיקה האזרחית על ידי בית הדין תצמצמם כמעט לחלוטין (כמובן שאין בדברים אלו כדי לטעון שעל בית המשפט להידרש לעובדות "היבשות" שבית-הדין קובע בפסק דינו, שכן בירורן של אלו מסור לערכאה הדיונית. אך יחד עם זאת, נדמה שיש לאמץ את החריג המוכר בפסיקה בכל הנוגע לערכאת הערעור, בדבר אופן הסקת מסקנות מאותן עובדות).<sup>264</sup>

כך או כך, ועד לשינוי המצב המשפטי הנוהג בסוגיה, התשובה לשאלות שהוצבו בראש המאמר הינן ברורות לטעמי - ישנה משמעות רבה לשאלת הערכאה אשר תדון בסכסוך הצדדים, ועל בעלי הדין לכלכל צעדיהם בחוכמה על מנת להגיע לתוצאה הטובה להם. כמו כן לא ניתן לקבוע כי הלכת בבלי מיושמת במלואה בבתי הדין הרבניים, כאשר הדבר תלוי בטיבו של ההסדר הספציפי בו בית הדין דן.

<sup>264</sup> נימוק נפרד לבחינה מחדש של מנגנון הכריכה הוא בבחינת הרציונל שהוצג בפסיקה למוסד הכריכה והוא "עניין מסוים יהיה ניתן לכריכה אם קיימת זיקה ישירה וברורה בינו לבין נישואי בני הזוג והליכי הפקעתם... הזיקה הנדרשת מתקיימת כאשר מדובר, למשל, בעניין הצריך הכרעה עקב הפקעת הנישואין, או עניין שההכרעה בתביעה העיקרית לגירושין תלויה בו" (הלכת 8533/13, לעיל ה"ש 7, בפס' 27. אסמכתאות שהובאו בנוסח המקורי הושמטו). לאור רציונל זה ספק בעיני האם ניתן לכרוך כיום את ענייני הרכוש של בני הזוג, וזאת נוכח הוראות סעיף 5א(1)(ב) לחוק יחסי ממון המאפשרות את פירוק הנכסים המשפחתיים אף טרם הגירושין, ללא קשר אליהם וללא תלות בהם. על כך יש להוסיף כי כיום, ובניגוד לעבר, בית-הדין לא רואה חובה לעצמו להביא לסיום כלל מחלוקתם של בני הזוג טרם סידור גט ביניהם, ובמקרים שונים בית-הדין מסכים לסדר גט בין הצדדים אף בשעה בה נותרות סוגיות רבות התלויות ועומדות להכרעה (ראו תיק (ירושלים) 1284587/14 (נבו) 14.11.2021) והאסמכתאות המובאות שם). זאת ועוד, נוכח חקיקת סעיף 5א לחוק יחסי ממון, אשר הפריד לחלוטין בין הליכי הגירושין להליכי חלוקת הרכוש (אל מול ענייני החזקתו של הקטין לדוגמה, אשר כלל אינו ניתן להכרעה כל עוד בני הזוג מתגוררים יחדיו לאור האמור בס' 24 לחוק הכשרות המשפטית) ניתן למצוא את האבחנה מדוע כיום אין לראות את ענייני הרכוש כאינם ברי כריכה, לעומת המצב בעבר או לעומת ענייניהם של החזקת הילדים.