

עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה

מאת

יצחק כהן*

מאמר זה מציע מודל נורמטיבי להחלה קוהרנטית של עקרון תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה. חלקו הראשון של המאמר עוסק בהיבט הנורמטיבי-עקרוני ומציע להתאים את החלת העיקרון לתכלית המשולבת של הקמת בית המשפט לענייני משפחה, המבוססת על תכלית מהותית ותכלית פרוצדורלית. המאמר מציע מודל המחולק לשלושה: המרכזי הוא סטנדרט הביניים, הגבוה מסטנדרט תום הלב הדיוני אך נמוך מסטנדרט תום הלב החוזי. התנהגותו של בעל דין תיבחן בדרך כלל על פי סטנדרט זה הואיל והצדדים לסכסוך המשפחתי נעים בין צדדים יריבים לצדדים השותפים לחווה. הסטנדרט השני הוא סטנדרט גבוה יותר, סטנדרט תום הלב החוזי. השלישי הוא סטנדרט נמוך יותר, סטנדרט תום הלב הדיוני. שני האחרונים יחולו כאשר תכלית ההליך הספציפי תחייב זאת. מודל גמיש זה יעצב את רמת ההתנהגות הראויה בכל הליך ויסייע גם לקבוע את הסער הראוי בגין הפרתו של סטנדרט תום הלב.

ניתוח הפסיקה הפוזיטיבית בחלקו השני של המאמר מלמד כי השימוש כיום בנורמת תום הלב בדיני המשפחה נעשה ללא מודל ברור ובאופן אינטואיטיבי לחלוטין. גם הסעדים הנגזרים אינם תואמים את אופי הסכסוך המשפחתי. נראה כי אילו היה המודל להחלת העיקרון מותאם לתכלית הקמתו של בית המשפט, היה מקום לקבל החלטות שונות. המאמר בוחן סוגיה אחר סוגיה בדיני המשפחה ומיישם את המודל המוצע. מאמר זה הוא ניסיון ראשון לקבוע מודל קוהרנטי לתחולת העיקרון בסדרי הדין בדיני המשפחה, וממילא ניסיון ראשון ליישב את המתח הנוצר מהחלתו של עקרון תום הלב במישור הדיוני.

פתח דבר. א. עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה – ההיבט הנורמטיבי. ב. עקרון תום הלב בהליכים הייחודיים בדיני המשפחה – ההיבט הפוזיטיבי. 1. המבחן המשולש בדיני המשפחה ועקרון תום הלב; 2. אי-המצאת כתבי דין ועקרון תום הלב הדיוני; 3. הליך הבקשה ליישוב סכסוך ועקרון תום הלב; 4. מוסד העילה הנמשכת ועקרון תום הלב; 5. אישור בית המשפט בהסכם ממון ועקרון תום הלב; 6. עקרון תום הלב בהליכים כלליים המאומצים בבית המשפט לענייני משפחה. 1. הליכי מימוש

* ד"ר למשפטים, מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. חוקר אורח באוניברסיטת קולומביה בניו יורק (2012–2013). מורה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תודתי נתונה לפרופ' דודי שוורץ ולפרופ' ברכיהו ליפשיץ על הערותיהם המועילות לרשימה זו, וכן למערכת כתב העת משפטים, ובמיוחד לעורכים אור אלקון ויעל קריב על עבודת עריכה מקצועית ומדוקדקת.

בהוצאה לפועל; 2. הסמכות העניינית; 3. כלל ההמצאה וכלל הידיעה; 4. סעד זמני; 5. זכות הגישה לערכאות; ד. הוראת סעיף 8(א) לחוק ועקרון תום הלב כמקור נורמטיבי לסטייה מסדרי דין. ה. האם עמידתו של צד על זכויותיו הדיוניות תיחשב הפרת תום לב? סיכום.

פתח דבר

עקרון תום הלב הפך זה מכבר לעקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית. הורתו ולידתו הן בדיני החוזים, אך מצודתו הולכת ונפרסת על כלל תחומי המשפט.¹ בין היתר הוחל העיקרון גם במישור הדיוני, בסדרי הדין האזרחיים.² מהותה של חובת תום הלב הדיונית היא כי על בעלי הדין להפעיל את הזכויות והחובות המעוגנים בכללי הפרוצדורה האזרחית בדרך מקובלת ובתום לב, ביושר ובהגינות בסיסית.³ על בעלי הדין לפעול בסבירות ובהגינות במסגרת ניהול הליכי המשפט.⁴ הפרשה הראשונה שבה הוחל עקרון תום הלב הדיוני היא פרשת שילה.⁵ מכאן ואילך אפשר למצוא את השפעת העיקרון בלא מעט הליכים דיוניים.⁶ כידוע, בדיני המשפחה בישראל נקבעו סדרי דין ייחודיים.⁷

- 1 הדבר מעוגן בהוראת ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), הקובעת: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". הוראות החוק המתייחסות לחובת תום הלב הן הוראות ס' 12 ו-39 לחוק החוזים.
- 2 על עקרון תום הלב הדיוני ראו דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 48–99 (2007) (להלן: שוורץ סדר דין אזרחי); משה קשת הזכויות הדיוניות וסדר הדין במשפט האזרחי – הלכה ומעשה כרך א 29–38 (מהדורה 15, 2007).
- 3 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 550 (1993).
- 4 ראו למשל בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (פורסם בנבו, 15.1.2007) (להלן: עניין דיסקונט); רע"א 2919/01 אושרוביץ נ' ליפה (פריד), פ"ד נה(5) 592, 597 (2001); רע"א 1415/04 סרביאן נ' סרביאן, פ"ד נט(2) 444, 440 (2004); ע"א 9542/04 רותם חברה לביטוח בע"מ בניהול מורשה נ' נחום, פס" 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (פורסם בנבו, 2.1.2006) ועוד.
- 5 בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 461, 449 (1981).
- 6 ראו למשל ע"א 207/83 ועד הנאמנים לנכסי ההקדש המוסלמי בתל-אביב-יפו נ' יוסי חברה להשקעות בע"מ, פ"ד מב(2) 369, 375–376 (1988); ע"א 5052/92 שיק נ' מטלון (פורסם בנבו, 12.3.1995); ע"ע 2531/01 חרמון נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד נח(4) 55, 74 (2004); רע"א 11183/02 כלפה נ' זהבי, פ"ד נח(3) 49, 52 (2004); ע"א 813/87 רוטברד נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 517, 514 (1989); שלמה לוי תורת הפרוצדורה האזרחית: מבוא ועקרונות יסוד 65 (מהדורה שנייה, 2008).
- 7 תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995, ק"ת 5706.

במאמר זה אבקש לבחון אם וכיצד הוחל עקרון תום הלב הדיוני בסדרי דין אלה; אם גם הצדדים לסכסוך משפחתי נדרשים לנהוג בהגינות מעבר למתחייב על פי לשונם של סדרי הדין עצמם; אם אופיו ורגישותו של הסכסוך המשפחתי גוזרים היקף חובת תום לב שונה מזה הנוהג בסדרי הדין הכלליים; מהם הסעדים הדיוניים שמעניקים בתי המשפט לענייני משפחה במקרה של הפרת חובת תום הלב, ומהם הסעדים הראויים; מהו המודל הראוי להפעלת עקרון תום הלב בדיני המשפחה, מה מקומה של נורמה זו שעה שקבע המחוקק את הוראת סעיף 8(א) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995 (להלן: החוק), ובה הרשה לבתי המשפט לסטות מסדרי הדין מחמת הצדק ומה מקומה של נורמת תום הלב לאור הנורמה הוותיקה של איסור שימוש לרעה בהליכי הדין.

הפרק הראשון של המאמר עוסק במישור הנורמטיבי-העקרוני. בפרק זה אבחן את החלת עקרון תום הלב לאור הגישות הדיוניות הקיימות בישראל ואת המתח הקיים בהחלתו במישור הדיוני. אציע מודל נורמטיבי להפעלתו של עקרון תום הלב בהתחשב בתכליות הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה ובתכלית ההליך הספציפי. מודל זה עשוי לשמש מסגרת סדורה וקוהרנטית לתחולת עקרון תום הלב בסדרי הדין בסכסוך משפחתי. בכך גם יופחת המתח הנוצר בעקבות אופן החלתו של העיקרון במישור הדיוני בדיני המשפחה כיום. הפרק השני של המאמר עוסק בהיבט הפוזיטיבי. בפרק זה אבחן כיצד בתי המשפט לענייני משפחה מחילים בפועל את עקרון תום הלב בהליכים ייחודיים בדיני המשפחה, ומהם הסעדים הניתנים בגין הפרתו. אבחן אם קיים בפסיקה מודל קבוע להחלתו של עקרון תום הלב, או שמא העיקרון מוחל אינטואיטיבית, ואולי אף שרירותית. בפרק השלישי אבחן את תחולתו של עקרון תום הלב בהליכים שבהם סדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה זהים לסדרי הדין הכלליים. בכל סוגיה וסוגיה אציג את ביקורתי, אציע את הצעותי להחלה ראויה יותר של עקרון תום הלב, ובכללן את הצעותי לסעדים מידתיים וראויים יותר, ואנסה ליישם את המודל שהצעתי בפרק הראשון. בפרק הרביעי של המאמר אבחן את היחס בין עקרון תום הלב לנורמת הצדק המוחלט מכוח סעיף 8(א) לחוק, ואת היחס ביניהם לבין נורמת איסור השימוש לרעה בהליך המשפטי. בפרק החמישי אבחן אם עמידתו של צד על זכויותיו הדיוניות תיחשב הפרת עקרון תום הלב.

א. עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה – ההיבט הנורמטיבי

עקרון תום הלב והמישור הדיוני עומדים בסתירה זה לזה מעצם טיבם וטבעם: תכליתו העיקרית של המשפט הדיוני היא השלטת סדר, אחידות, נוקשות וכבילת שיקול דעתו של בית המשפט בהפעלת הכללים הדיוניים. אחידות זו משרתת מטרות נעלות יותר כמו הגברת תחושת הצדק של המתדיינים, חיזוק הלגיטימיות של ההכרעה, השלמה עם

ההכרעה הסופית וציות לה ואף יחס שווה לפרטים באופן העולה בקנה אחד עם הרעיון הדמוקרטי.⁸ לעומתו, עקרון תום הלב הוא גמיש מטבעו ומיושם על ידי בית המשפט תוך הפעלת שיקול דעת. עקרון זה משרת את עשיית הצדק בכל מקרה ומקרה, ובעזרתו אפשר להתאים את השיטה המשפטית לצורכי החיים המשתנים.⁹ המישור הדיוני שייך למשפחת הכללים, ואילו עקרון תום הלב שייך למשפחת אמות המידה (הסטנדרטים).¹⁰ כללי סדר הדין שייכים למשפחת "הנורמות הסגורות", ואילו עקרון תום הלב שייך למשפחת "הנורמות הפתוחות". החלתו של עקרון תום הלב במישור הדיוני יוצרת אפוא מתח. החשיבות הרבה של האחידות והיעילות הדיונית, שאותן מנסים לקדם בעזרת כללי סדר הדין, מחייבת אפוא כי השימוש בעקרון תום הלב יעשה בזהירות. השימוש יעשה רק באותם מקרים שבהם חוסר תום הלב גובר על הצורך לשמור על נוקשות הכללים, ומכאן מובנת נחיצותו וחיוניותו של מודל קוהרנטי להחלת עקרון תום הלב במישור הדיוני, במיוחד כשמשמעותו של העיקרון והשלכותיו בהקשר של סדר הדין טרם גובשו במלואן, והדבר נבחן ומתפתח ממקרה למקרה.

8 Judith Resnik, *Tiers*, 57 S. CAL. L. REV. 837, 858 (1984) ("Consistency is also viewed as justifying and legitimating decisions. Uniform application of legal rules may prove their 'correctness'; if the same result always appears, it may after all be 'right.' [...] Even if the result is not correct, at least everyone is treated the 'same.' Consistency promotes equal treatment of individuals, thereby expressing the rhetoric of democracy, of 'equality before the law'").
 9 Lawrence B. Solum, *Procedural Justice*, 78 S. CAL. L. REV. 181, 189-190 (2004) ("If a system of procedure is widely regarded as a source of legitimate authority, then it will succeed in guiding action. If the system is seen as illegitimate or without authority, then the system may fail [...] When we know the outcome to be unjust, the justice of the outcome cannot be the source of its legitimate authority. This conceptual point has a crucial corollary: only just procedures can confer legitimate authority on incorrect outcomes").

9 ראו למשל את דבריו של הנשיא ברק ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 279 (1999): "מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראוייה בין בני-אדם. הקטגוריות של תום-לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום-הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים".

10 להבחנה בין נורמות מסוג אמות המידה לנורמות מסוג של כללים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

אופן החלת עקרון תום הלב במישור הדיוני נגזר מאופיו של ההליך הספציפי הנוגע בדבר, מתכליתו ומטיב הנושא הנדון בו.¹¹ לשם בחינת החלתו של עקרון תום הלב בסדר הדין ראוי אפוא לבחון בפרספקטיבה רחבה יותר את הגישה הדיונית הנהוגה בשיטה הישראלית. התכלית המרכזית של סדרי הדין הכלליים היא גילוי האמת, הצבת הפלוגות השנויות במחלוקת בין הצדדים היריבים, בירורן והכרעה בהן.¹² הגישות הדיוניות השונות חלוקות ביניהן בשאלה מהי הדרך הטובה ביותר להגשים תכלית זו. הגישה הדיונית המסורתית בשיטה הישראלית היא הגישה האדוורסרית. שיטה זו נשאבת מהשיטה האנגלית-אמריקאית והיא נשענת על התפיסה כי יש להפקיד את מערכת ניהול ההליך בידי בעלי הדין.¹³ הגישה מבוססת על כללים ברורים ואחידים שתכלית בריאתם היא לכבול את התערבותו של בית המשפט אלא אם נקרא להתערב על ידי הצדדים. גישה זו גורסת כי ייחודם של כללי סדר הדין הוא שאיפתם לגבולות מדויקים. כללי סדר הדין אמורים להתאפיין בבהירות ובחד-משמעיות, ותפקידם להשכיח סדר, ודאות ויציבות בדרך להכרעה שיפוטית לכלל צרכני המערכת הדיונית.¹⁴ גישה זו מניחה כי תנאים אלו יביאו לפריסה רחבה יותר של המסכת העובדתית בפני בית המשפט.¹⁵ לעומת זאת הגישה האינקוויזיטורית, המאפיינת שיטות משפט קונטיננטליות, גורסת כי הדרך הטובה ביותר לגילוי האמת טמונה בהפקדת ניהול ההליך בידי בית המשפט ובידי המחוקק. החל משנות התשעים, בין היתר בהשפעת המהפכה החוקתית, מתחולל בשיטה הישראלית כרסום ביסודות האדוורסריים הקלסיים תוך אימוץ יסודות בעלי אופי אינקוויזיטורי.¹⁶

11 ראו למשל בש"א 2236/06 חממי נ' אוהיון, פס' 10 לפסק הדין (פורסם בנבו, 5.6.2006). הדיבור "תום לב" צריך לקבל את צביונו מהקשר הדברים, כלומר מתכלית החקיקה. ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 9, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

12 ראו שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 66–98; מיכאיל קרייני "הגילוי המוקדם בהליך האזרחי בישראל: מגמות" משפטים לח 559, 563 (2008). המחבר טוען כי השיטה הדיונית עברה כיום לתפיסה הנורמטיבית שלפיה גילוי האמת הוא מטרת ההליך. לאישוש טענתו מפנה המחבר לרע"א 6546/94 בנק איגוד לישראל בע"מ נ' אזולאי, פ"ד מט(4) 54, 61 (1995), וכן לרע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516, 522 (1995).

13 פנחס גולדשטיין "זכויות דיוניות" של בעלי הדין ו'ברירת סדר הדין האזרחי" הפרקליט לב 189 (1978). כן ראו למשל John H. Langbein, *The German Advantage in Civil Procedure*, 52 U. CHI. L. REV. 823 (1985); ולעומתו John C. Reitz, *Why We Probably Cannot Adopt the German Advantage in Civil Procedure*, 75 IOWA L. REV. 987 (1990).

14 ראו דבריהם של Resnik ו-Solum, לעיל ה"ש 8.

15 שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 41.

16 שם, בעמ' 50. הליך הדיון המהיר, שנקבע בתקנות סדר דין אזרחי (תיקון מס' 5), התשס"א–2001, ק"ת 6107, משקף חלק ממגמה זו. כן ראו סטיבן גולדשטיין "ארבעים שנה לסדר-הדין האזרחי" משפטים יט 663 (1990). למבט רחב יותר על התופעה ראו מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

כרסום זה מתבטא בין היתר בהחלה הולכת וגוברת של עקרון תום הלב בכללי סדר הדין. עקרון תום הלב מאפשר לבית המשפט לקבוע כיצד ינוהל ההליך הדיוני, ובעיקר כיצד לא ינוהל, ועניין זה משקף גישה אינקוויזטורית.

הגישה הדיונית היא המסגרת הכללית של הדין. מלבדה יש מקום לבחון כיצד כל נורמה דיונית בפני עצמה משרתת את התכלית שביסודם של סדרי הדין. במשקפיים אלה יש לבחון גם את נורמת תום הלב. נורמה זו אמורה להיבחן לפי מערכת הדינים שבהם היא מוחלת ולפי תכלית ההליך הספציפי שבו היא מיושמת. למשל, החלת נורמת תום הלב בדיני החוזים נתפסת כביטוי להכפפת צדדים לחוזה לערכים של אמון הדדי, סולידריות ושיתוף פעולה (להלן: תום הלב החוזי).¹⁷ השימוש העיקרי בנורמה נועד להגשים את תכליתו של החוזה בין הצדדים. החלה זו דורשת רמה גבוהה של הגינות, הואיל ועסקינן בצדדים שותפים לחוזה, הנדרשים לאמון ולשיתוף פעולה. לעומת זאת הנחת המוצא בכללי סדר הדין האזרחי הכלליים הפוכה. הצדדים אינם שותפים לעריכת חוזה כי אם משתתפים בהליך משפטי שבו המכנה המשותף להם איננו עור. האינטרסים שלהם עוינים זה את זה ומתנגשים זה בזה. יש אפוא לבחון את התנהגותם הדיונית מנקודת מבטם של בעלי דין יריבים (להלן: תום הלב הדיוני).¹⁸ סטנדרט זה דורש רמת התנהגות דיונית נמוכה מזו של תום הלב החוזי. למשל, חובת הגילוי שתידרש מצדדים לחוזה גבוהה מחובת הגילוי שתידרש מצדדים יריבים בהליך השיפוטי.¹⁹ לכן הוצע כי מבחן העזר שעל פיו תיבחן החלת נורמת תום הלב ונורמת ההגינות הדיונית בסדרי הדין יהיה מבחן הפלוגתות במחלוקת.²⁰ דהיינו עד כמה התנהגותו של בעל דין משרתת את

17 להיקפו של תום הלב החוזי ראו גבריאלה שלו דיני חוזים 37–77 (מהדורה שנייה, 1995); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 513 (1991); מיגל דויטש "תום לב בשימוש בזכויות – קיום אדומים לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח 261 (1993).

18 ראו למשל בג"ץ 58/08 פלוגת נ' בית הדין הרבני בחיפה, פס' 13 לפסק הדין (פורסם בנבו, 21.1.2010): "על פי החובה לנהוג בתום לב דיוני, על בעל דין להפעיל את זכויותיו הדיוניות בדרך מקובלת ובתום לב בהתחשב במערכת היחסים שבין צדדים יריבים במסגרת התדיינות משפטית".

19 באור זה אפשר להבין את הלגיטימציה להכחשות וטיעונים שקריים בכתב ההגנה. ראו יואל זוסמן סדר הדין האזרחי 304 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995) וכן ע"א 236/64 חברת "ארדה" בע"מ נ' כ"ץ, פ"ד יח(3) 518, 521 (1964). כן ראו כלל 34(ב) לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו–1986.

20 ראו דודי שוורץ "תחולתו של עקרון תום-הלב בסדר הדין האזרחי" עיוני משפט כא 295, 314 (1998) (להלן: שוורץ "תחולת עקרון תום הלב"). כן ראו רע"א 5491/01 ארליך נ' ציון חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(2) 871, 875 (2002). בית המשפט מאמץ את מבחן הפלוגתות שהציע שוורץ, הקובע גבולות לעקרון תום הלב.

התכלית הדיונית של העמדת הפלוגתות במחלוקת בין הצדדים, מיקודן, בירורן וההכרעה בהן.²¹

אופיו המיוחד של הסכסוך המשפחתי ותכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה אמורים לעצב את הגישה הדיונית בבית המשפט לענייני משפחה. תכלית זו משפיעה גם על הפעלתם של כללי הדיון. כדי לבחון מהו המודל הראוי להחלת נורמת תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה יש לעמוד על תכליתם של אלו,²² וכן על מאפייניהם הייחודיים המרכזיים של ההליכים המתקיימים בפני בית המשפט לענייני משפחה. התכלית המקובלת בפסיקה היא יצירת ערכאה מקצועית שתאפשר לבית המשפט כלים ייחודיים להתמודדות עם סכסוכים משפחתיים, וכן ריכוז כל הסמוכיות בערכאה אחת. הללו יתרמו לפתרון אחיד וגלובלי של הסכסוך המשפחתי ויקלו את מצוקתה של משפחה שנקלעה לסכסוך. בפרשת חבס, אשר עסקה בחוק בית המשפט לענייני משפחה, נקבע למשל כי "מטרת ההסדר החקיקתי הינה לאפשר לבית-המשפט לרכז בידיו את כל הסכסוכים הנוגעים לאותה משפחה, תוך מתן כלים לשופט לרדת לעומק הסכסוך, ותוך ניסיון לתת פתרון יסודי ומקיף לסכסוך כולו".²³ זוהי התכלית המהותית של בית המשפט לענייני משפחה והמוטיבציה להקמתו.²⁴ בצדה קיימת התכלית הפרוצדורלית של סדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה, התומכת בתכלית המהותית, ואולי אף נגזרת ממנה, והיא חתירה לפתרון כולל, מהיר ויעיל של הסכסוך המשפחתי.²⁵ תכלית זו חיונית לשם התמודדות עם המאפיין האמוציונלי של הסכסוך

21 ראו שלו גינזסר "עיצוב הדיון" הפרקליט לא 29, 31–34 (1987). לאור תכלית זו תוקנה תק' 72 (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984 (להלן: התקנות), שלפיה אין לטעון טיעון עובדתי חלופי בכתב טענות. תכליתו העיקרית של התיקון היא למקד מראש את הפלוגתות שבמחלוקת בין בעלי הדין כבר בשלב מקדמי במשפט. מבחן זה משתקף גם בתקנות המטילות חובה להכחיש הכחשות מפורשות ולא על דרך ההתחמקות, ראו תק' 85–87 ו-90 לתקנות. ולאחרונה גם בתק' 75 לתקנות, שלפיה יש לצרף לכתבי הטענות את כל המסמכים שעליהם נסמכים כתבי הטענות.

22 ראו בג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.6.2009) (להלן: בג"ץ 5918/07 פלונית): "תוכנה ומהותה של חובת תום הלב הדיוני, כמו גם הסעדים בגין הפרתה, מושפעים מייחודו של הליך זה ומותאמים למאפייניו ולתכליתו".

23 רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 343 (2000).

24 ראו למשל בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "תכליתו של חוק בית המשפט לענייני משפחה היתה לרכז את השיפוט האזרחי בענייני משפחה בידי ערכאה מקצועית אחת, בפניה יידון הסכסוך המשפחתי על כל היבטיו. עוד נועד החוק להעניק לבתי-המשפט לענייני משפחה כלים מיוחדים, אשר יאפשרו התמודדות ראויה עם סכסוכים בענייני משפחה המצריכים לא פעם ראייה כוללת של הסכסוך, לרבות בהיבטיו הרגשיים והפסיכולוגיים".

25 הצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמוכיות השיפוט), התשנ"ה–1994, ה"ח 2330. בהצעה זו צוטט החלק האופרטיבי של דוח ועדת שינבויים, שלפיו: "ריכוז סמוכיות ייעל את המערכת, ימנע כפילויות בדיון ובהכרעות שיפוטיות, יאפשר פתרון שיטתי ומגובש יותר, יקצר את ההתדיינות וכפועל יוצא יביא לפתרונות טובים יותר". כמו כן ראו בע"מ 8873/06 פלוני נ' פלוני, פס' יד–טו

המשפחתי ועם קיומו בדרך כלל של פער ניכר בכוחם הדיוני של הצדדים. תכלית זו חשובה גם מכיוון שעסקינן במערכות יחסים מתמשכות ודינמיות הרבה מעבר להליכים המשפטיים. כללי הדיון בבית המשפט לענייני משפחה, כמו גם התנהלותם הדיונית של בעלי הדין, אמורים להיבחן על פי תכליות מהותיות ופרוצדורליות אלו (להלן אתייחס לצמד התכליות הללו כאל "התכלית המשולבת").

מלבד התכלית המשולבת קיימים גם מאפיינים הייחודיים להליכים המתנהלים בפני בית המשפט לענייני משפחה. ראשית, בשיטת המשפט הישראלית קיימות שתי מערכות שיפוט בעלות סמכות מקבילה – בתי המשפט לענייני משפחה ובתי הדין הרבניים. מערכות אלו מתחרות ביניהן על הסמכות לדון בהליכים הנלווים להליכי הגירושין, כגון הליכי המשמורת, מזונות האישה, מזונות הילדים ועוד. הפערים בין פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה לבין פסיקת בתי הדין הרבניים מחריפים את הסכסוך המשפחתי ומביאים לסרבולו.²⁶ מציאות זו אינה קיימת בהליך אזרחי רגיל, והסמכות לדון בנושא מסוים היא סמכות ייחודית לבית משפט מסוים, ואין הוא נמצא בתחרות עם בית משפט אחר. גם אם אפשר לבחור בין בתי משפט שונים במקרים שהסמכות המקומית מאפשרת זאת, הרי שמדובר באותה מערכת שיפוטית, היונקת מאותם מקורות, וההבדלים בין ערכאה לערכאה אינם כה גדולים, וממילא הסוגיה של מירון הסמכויות אינה עולה בהליך אזרחי רגיל. שנית, כלל מעשה בית דין, שאינו מאפשר לפתוח הליך בנושא שנידון זה מכבר, אינו קיים בחלק מהעילות המשפחתיות. עילות אלו נחשבות עילות נמשכות, אפשר לפתוח הליך נוסף בגינן שוב ושוב, והדבר מביא להתמשכות ההליכים מעבר להליך האזרחי הרגיל.²⁷ שלישית, בהליך המשפחתי בין בני זוג מעורבים כדבר שבשגרה צדדים שלישיים – ילדי בני הזוג. בשונה מהליך אזרחי רגיל המתמקד לרוב בשני הצדדים

לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסמה בנבו, 7.6.2007); בע"מ 3148/07 פלוני נ' פלוני, פס' ו(3) להחלטה (פורסם בנבו, 13.6.2007) (להלן: בע"מ 3148/07 פלוני). בשיטת המשפט השונות מטורות אלו מופיעות כחלק מדבר החקיקה, למשל בשיטת המשפט בפרובינציה הקנדית נובה סקוטיה נקבע בחקיקה, אשר שונתה בינתיים (אם כי חרף אי-תקפותה עדיין אפשר להתרשם מנוסחה): Nova Scotia Civil Procedure Rules, N.S.C.P.R. (repealed 2008, Can.) § 70.01: "The purposes of this Rule are: (a) to secure the just, speedy and inexpensive resolution of family law issues; (b) to provide a less adversarial, more participatory and understandable process to assist the parties to arrive at fair and durable resolutions; (c) to reduce conflict and tension amongst family members during the process of resolving disputes and to encourage parties to resolve disputes amicably; and (d) where a child is involved, to assure the best interests of the child procedurally, as well as substantively"

26 ראו אריאל רוזן-צבי "הלכת הכריכה" רמירון הסמכויות והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד 67 (1989) (להלן: רוזן-צבי "הלכת הכריכה").

27 ראו בג"ץ 59/53 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ, פ"ד 1142 ז 1147 (1953); ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1468 (1961); ע"א 167/63 ג'ארה נ' ג'ארה, פ"ד יז 2617, 2624 (1963).

לסכסוך, ההליך המשפחתי מורכב יותר ומקשה להגיע להכרעה סופית בהליך. רביעית, היות שבמקרים רבים בני המשפחה ימשיכו להיות יחד גם לאחר ההליך המשפטי, הרי שהמאמץ המרכזי של בית המשפט צריך להיות יישוב הסכסוך בדרך המקובלת על הצדדים ולא הכרעה לטובת צד זה או אחר, שאין בה כדי למנוע את הסכסוך הבא.

לפיכך התכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה ושל סדרי הדין בידי המשפחה איננה בירור הפלוגתות כתכליתו של סדר הדין האזרחי הכללי. גם יחסי הצדדים אינם זהים, שכן במסגרת סדר הדין האזרחי הצדדים הם יריבים זה לזה. לעומתם, במסגרת דיני המשפחה יחסי הצדדים מורכבים יותר.²⁸ מחד גיסא הצדדים אינם זרים זה לזה ואינם יריבים, כהנחת סדר הדין האזרחי. מאידך גיסא הם גם אינם שותפים זה לזה כהנחת דיני החוזים. מול עיני מעצבי ההסדר בבית המשפט לענייני משפחה עומדת משפחה ולא בעלי דין. לשיטת המשפט יש אינטרס לבנות מערכת יחסים יציבה בין בני המשפחה גם לאחר סיום ההליך המשפטי. משפחה זו תמשיך להיות יחד, באופן זה או אחר, הן במהלך ההליך המשפחתי והן לאחריו. על רקע הבדלים אלו החלת עקרון תום הלב הדיוני בסדרי הדין הייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה באופן שבו הוא מוחל בסדרי הדין הכלליים איננה נכונה. כך למשל עמידת בעל דין על זכויותיו הדיוניות בסדרי הדין הכלליים לא תיחשב להפרה של תום הלב הדיוני בהיותה בגדר ציפיותיהם של בעלי דין יריבים. לעומת זאת ייתכן כי עמידה על זכות דיונית בבית המשפט לענייני משפחה תיחשב הפרת חובת תום הלב הדיוני, מכיוון שזו נבחנת לאור תכליתו של בית המשפט לענייני משפחה. אדגים זאת: עמידת בעל דין על זכותו לקבל פסק דין בהיעדר כתב הגנה²⁹ או בהיעדר התייצבותו של נתבע³⁰ אפשר שתיחשב בסדר הדין הכללי עמידה על זכות בתום לב. לעומת זאת בסדרי הדין בבית משפט לענייני משפחה אפשר שזו תיחשב עמידה על זכות בחוסר תום לב, באשר סותרת היא את תכלית בית המשפט לענייני משפחה.³¹

איני משוכנע כי הדברים נוסחו בכוונת מכוון, אך על הבחנה זו בין התכלית של סדרי הדין הכלליים לבין התכלית השונה, ובמובנים מסוימים אף ההפוכה, של סדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה אפשר לעמוד גם מתוך לשונן של הוראות החוק והתקנות: במקום שבו ניתן שיקול דעת לבית המשפט בתקנות הכלליות, חוזרים על עצמם ביטויים המלמדים כי שיקול דעת זה כפוף לבירור הפלוגתות בין הצדדים, ולבירור השאלות שהן באמת שנויות במחלוקת.³² לעומת זאת מונחים כיוצא באלו אינם מופיעים כלל בחוק

28 אני מתכוון בעיקר לסכסוך המשפחתי בין בני זוג, אם כי הדברים להלן נכונים גם לסכסוך משפחתי בין בני משפחה אחרים המנויים בס' 1(2) לחוק.

29 תק' 97 לתקנות.

30 תק' 157(2) לתקנות.

31 בש"א (מחוזי ת"א) 2157/09 א.פ. נ' ש.א. (פורסם בנבו, 7.7.2009).

32 כך למשל ראו תק' 92 לתקנות: "בית המשפט [...] רשאי, בכל עת, להתיר לכל אחד מבעלי הדין לשנות או לתקן את כתבי טענותיו [...] כדי שבית המשפט יוכל להכריע בשאלות שהן באמת השאלות

בית המשפט לענייני משפחה ובתקנות הייחודיות לו. מונח שחוזר על עצמו במקרים שבהם בית המשפט מוסמך להפעיל שיקול דעת הוא מונח הצדק,³³ והוא אכן כמעט שנעדר כליל מתקנות סדר הדין האזרחי.³⁴ מונח הצדק הוא בעל רקמה פתוחה וגמישה, וככזה הוא מאפשר יתר התערבות מצד בית המשפט ועודף שיקול דעת. זהו מאפיין בולט של הגישה האינקוויזיטורית, והוא היסוד הנצרך והראוי לאופי הסכסוך המשפחתי. אופי זה ותכלית בית המשפט לענייני משפחה אינם מתיישבים עם הגישה האדוורסרית הקלסית, שכן יש מקום ליתן לשופט חופש פעולה נרחב יותר, והאיל ו"טבעו של סכסוך בין בני-זוג, שרוב רובו בסתר ואפס קצהו בגלוי [...] התמונה הנוצרת לעיני בית המשפט עלולה להיות מרוסקת ומעוותת ובלתי נאמנה למציאות לחלוטין".³⁵ כדי לקבל תמונה מלאה נדרשת התערבות יתרה של בית המשפט ושל המחוקק.³⁶ התערבות זו עשויה גם

השנויות במחלוקת בין בעלי הדין; תק' 143 לתקנות, העוסקת בסמכויותיו של שופט בקדם-משפט, קובעת בסעיף קטן 1 כי הוא מוסמך "לברר מה הן השאלות שהן באמת שאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין ולערוך רשימת הפלוגות"; תק' 214א(א): "בית המשפט רשאי לקיים ישיבה מקדמית אחת [...] וכדי לברר את הדרך המתאימה ביותר לבירור התובענה". ובסעיף קטן (ד)(3): "[...] לברר מהן השאלות שהן באמת שאלות השנויות במחלוקת"; תק' 445(א): "נשיא בית המשפט העליון [...] רשאי למנות שופט של אותו בית משפט שינהל דיון מקדמי [...] (ב) לברר מה הן השאלות שהן באמת שנויות במחלוקת בערעור, לתחום אותן ולערוך את רשימת הפלוגות"; תק' 524: "בית המשפט רשאי בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך [...] כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין".

33 ראו למשל ס' 6(ה) לחוק: "הוגשה תובענה לבית משפט לענייני משפחה והוגשה תובענה אחרת לבית משפט אחר [...] רשאי בית המשפט לענייני משפחה להורות על צירוף התובענות [...] אם לדעתו הצדק והתועלת בצירוף התובענות עולים על הפגיעה בעניינו של אדם אחר שהוא צד לתובענה"; ס' 7 לחוק: "[...] בדרך אחרת הנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות הענין"; ס' 8(א) לחוק: "בכל ענין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק"; תק' 258ב(ג) לתקנות: "בית המשפט רשאי לסטות מהוראות שבפרקים אחרים שבתקנות אלה, ולנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק".

34 למעט תק' 152(א) לתקנות: "בית המשפט רשאי לדחות את הדיון [...] אם היה סבור כי למען הצדק מן הראוי לעשות כן"; ותק' 357 לתקנות: בית המשפט [...] לא יזקק לנימוק שלא הוזכר בבקשה [...] אלא אם כן ראה ששמיעת הנימוק הנוסף דרושה למען הצדק".

35 ע"א 410/80 ברזני נ' ברזני, פ"ד לה(2) 317, 322 (1981). השופט טירקל חזר על דבריו אלו גם ברע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375, 377 (1997). כך רואה זאת גם המחוקק בקליפורניה בקבעו בחקיקה עצמה כי: "Sound public policy further favors the reduction of the adversarial nature of marital dissolution and the attendant costs by fostering full disclosure and cooperative discovery" (CAL. FAM. CODE § 2100(b) (Deering 2012)).

36 ראו דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית-המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431, 438 (1997). וכן Langbein, לעיל ה"ש 13, בעמ' 830, הכותב: "From the standpoint of comparative civil procedure, the most important consequence of having judges direct fact-gathering in this episodic fashion is that German procedure functions without the

לצמצם את הפער האפשרי בין הכוחות הדיוניים של בני הזוג.³⁷ דומה כי סביבת הדיון בדיני המשפחה, הן בבית המשפט ובוודאי בבית הדין הרבני, היא סביבה אינקוויזיטורית יותר משהיא אדוורסרית,³⁸ וראוי שכך. עקרון תום הלב מתיישב אפוא עם סביבה זו. ההבחנה העקרונית בין תכלית סדרי הדין הכלליים לבין תכלית סדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה אינה מספקת. החלתו של עקרון תום הלב אמורה להיות מותאמת לתכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה, אך בשלב שני היא אמורה להיות מותאמת גם לתכליתו הספציפית של כל הליך. על כן אציע מודל גמיש לסטנדרט תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה (להלן: תום הלב הדיוני המשפחתי). את הסטנדרט אסוווג לפי מידתיות הסטנדרט הראוי בכל הליך ואחלקו לשלושה: המרכזי והעיקרי שבהם הוא סטנדרט הביניים, הגבוה מסטנדרט תום הלב הדיוני אך נמוך מסטנדרט תום הלב החוזי. בדרך כלל יהיה ראוי כי התנהגותו של בעל דין בסדרי הדין בדיני המשפחה תיבחן על פי סטנדרט זה, הואיל והצדדים לסכסוך המשפחתי נעים בין צדדים יריבים לצדדים השותפים לחווה. הסטנדרט השני הוא סטנדרט גבוה יותר של תום לב, השווה לסטנדרט תום הלב החוזי או גבוה הימנו. השלישי הוא סטנדרט נמוך יותר של תום לב, השווה לסטנדרט תום הלב הדיוני או נמוך ממנו. שני הסטנדרטים האחרונים יחולו כאשר תכלית ההליך הספציפי תחייב זאת. מודל גמיש זה יעצב את רמת ההתנהגות הראויה בכל הליך והליך בבית המשפט לענייני משפחה ויסייע בידי בית המשפט בבחינת התנהגותם של הצדדים. המודל יסייע גם לקבוע את הסעד הראוי בגין הפרתו של סטנדרט תום הלב הדיוני המשפחתי. גם סעד זה ייגזר מתכליתו הכללית של בית המשפט לענייני משפחה ומתכליתו של ההליך הספציפי.

התכליות – המהותית והפרוצדורלית – אינן חופפות לגמרי ואינן מנוגדות. לעתים הכרה בפעולת אחד הצדדים כהתנהגות חסרת תום לב (או דווקא שלילת ההכרה בה

sequence rules to which we are accustomed in the Anglo-American procedural world. The implications for procedural economy are large. The very concepts of 'plaintiff's case' and 'defendant's case' are unknown. In our system those concepts function as traffic rules for the partisan presentation of evidence to a passive and ignorant trier. By contrast, in German procedure the court ranges over the entire case, constantly looking for the jugular – for the issue of law or fact that might dispose of the case. Free of constraints that arise from party presentation of evidence, the court investigates the dispute in the fashion most likely to narrow the inquiry".

37 כפי שמשתקף בחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, בס' 1 ו-2.

38 כך למשל הוראת ס' 8(א) לחוק והוראת תק' 258ב(ג) לתקנות מאפשרות לשופט לסטות מסדרי דין ומדיני ראיות; הוראת ס' 7 לחוק מאפשרת לבית המשפט לפקח גם על הליך ההוצאה לפועל; תקנות הדיון בבית הדין הרבני מאפשרות לבתי הדין מרחב פעולה ניכר בניהול ההליך. ראו תקנות ס, סג, פט ועוד לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג; התקנות עצמן הותקנו מכוח סמכותו הטבועה של בית הדין הרבני. ראו עמיחי רדזינר "ראשיתן של תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים: תקנות תש"ג" דיני ישראל כה 185, 186 (תשס"ח).

כחסרת תום לב) תוביל הן להגשמת התכלית הפרוצדורלית (יעילות, קיצור ההליכים, ודאות משפטית ועוד) והן להגשמת התכלית המהותית (פתרון צודק ומאוחד). מנגד לעתים תכליות אלו מנוגדות זו לזו, והכרה בפעולות הצדדים כתמות לב (או חסרות תום לב, לפי הסטנדרט הנגזר מיישום המודל במקרה המסוים) תעלה בקנה אחד עם התכלית המהותית אך תסתור את התכלית הפרוצדורלית, או להפך. גם מתח זה בין צמד התכליות מצדיק אימוץ מודל גמיש המחיל סטנדרטים משתנים של תום לב במקרים שונים.

ניתוח הפסיקה בפרק השני והשלישי של המאמר מלמד כי השימוש כיום בנורמת תום הלב בדיני המשפחה נעשה ללא מודל ברור ובאופן אינטואיטיבי לחלוטין. גם הסעדים הנגזרים אינם מתאימים לאופי הסכסוך המשפחתי. נראה כי אילו היה המודל להחלטה של נורמת תום הלב מותאם לתכלית הקמתו של בית המשפט לענייני המשפחה בכלל ולתכליתו הספציפית של כל הליך בפרט, היה מקום לקבל החלטות שונות. אין מדובר בהכרח בהחלטות מחמירות יותר עם בעל דין הפועל שלא בתום לב כי אם בהחלטות המתאימות יותר לאופי הסכסוך המשפחתי.³⁹

ב. עקרון תום הלב בהליכים הייחודיים בדיני המשפחה – ההיבט הפוזיטיבי

פרק זה של המאמר בוחן את אופן החלת עקרון תום הלב בחמישה הליכים דיוניים הייחודיים לבית המשפט לענייני משפחה אשר אין דומה להם בהליך האזרחי הרגיל. הפרק הבא יבחן את תחולת עקרון תום הלב בחמישה הליכים דיוניים הקיימים בהליך האזרחי הרגיל, ומאמצים בבית המשפט לענייני משפחה.

1. המבחן המשולש בדיני המשפחה ועקרון תום הלב

חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: חוק השיפוט) מקנה לבית הדין הרבני סמכות שיפוט ייחודית בענייני גירושין ונישואין בלבד.⁴⁰ לבית הדין הרבני אין סמכות שיפוט ייחודית בסוגיות נוספות הנלוות להליך הגירושין, כגון מזונות הילדים והחזקתם, מזונות האישה ועוד. כדי להקנות סמכות לבית הדין הרבני

39 מה גם שהמונח "מחמירות" איננו רלוונטי בסכסוך משפחתי שבו המשחק הוא סכום אפס, והחמרה עם האחד היא בדרך כלל הקלה עם האחר. ראו Lucy S. McGough, *Protecting Children in Divorce: Lessons From Caroline Norton*, 57 ME. L. REV. 13, 28 (2005) ("Finally, in most lawsuits, litigation is a zero sum game: one party wins, the other party loses").

40 ראו ס' 1 לחוק השיפוט.

בסוגיות אלו בעל הדין כורכן בתביעת הגירושין שהגיש.⁴¹ על הכריכה לעמוד במבחן המשולש.⁴² מבחן זה הוא יציר הפסיקה, והוא מכיל שלושה תי-מבחנים: כנות התביעה, כנות הכריכה וכריכה כדין. בטרם הגיע עקרון תום הלב ושטף בגל גדול את השיטה הישראלית הוגדרו מבחנים אלו כך: מבחן כנות התביעה בחן אם מגיש תביעת הגירושין מעוניין להתגרש באמת ובתמים, או שמא הגיש את תביעתו רק כדי לרכוש סמכות בבית הדין הרבני;⁴³ מבחן כנות הכריכה בחן אם אכן הכורך מתכוון להביא את כל ענייניו בפני בית הדין, ואין הוא מתכוון להתחמק מסמכות בית המשפט האזרחי.⁴⁴ לשון אחרת: אם הוא מבקש אך לסכל פנייה לערכאה האזרחית, או שמא הוא מעוניין בקיום התדיינות צודקת, יעילה ומעשית בעניין הכרוך;⁴⁵ המבחן השלישי בחן אם נושאי הכריכה מפורטים ומפורשים, וכל מה שלא נכרך מפורשות לא נחשב כרוך.⁴⁶ תכליתו של המבחן המשולש היא לצמצם את סמכותו של בית הדין הרבני, הגורעת מסמכותם של בתי המשפט הרגילים.⁴⁷ בתי המשפט הרגילים הם איבריה הראשיים של המערכת, וכל הוראה הגורעת מסמכותם צריכה להתפרש באורח דווקני ומצומצם.⁴⁸ תביעה בערכאה

- 41 הכריכה בתביעת הגירושין מתאפשרת על פי ס' 3 לחוק השיפוט, ומטרתה היא לקיים דיון אחד בערכאה אחת בכל הסוגיות הנלוות לגירושין. ראו בדברי הכנסת, ד"כ התשי"ג 1411.
- 42 ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד(4) 155, 157 (1980): "בהגשת תביעת גירושין הכורכת את עניין המזונות, לא סגי כדי למנוע דיון באותה סוגיה ממש לפני בית-המשפט המחוזי, כי תנאי הוא [...] שתביעת הגירושין שהוגשה לבית-הדין הרבני היא כנה, שעניין המזונות נכרך בה כדין, וכי כריכת המזונות בתביעת הגירושין אף היא כנה".
- 43 רע"א 9357/96 הר נ' הר, פ"ד נא(2) 618, 621 (1997).
- 44 ע"א 198/82 דותן נ' דותן, פ"ד לח(1) 1 (1983). ראו פס' א לפסק הדין: "דווקא התנהגותו הרעה של הבעל תומכת בגירסתו, כי תביעת הגירושין היא תביעה 'כנה', דהיינו, שמטרתה היא השגת גירושין, וכי התביעה לא הוגשה לשם הטורדה סתם או על-מנת להתחמק מסמכותו של בית המשפט המחוזי". ובהמשך הפסקה: "מהעובדות שהוזכרו בתצהיר עולה, כי המערער התכוון בכנות, שבית הדין יפסוק את המזונות".
- 45 ראו בג"ץ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625, 669 (2002); בע"מ 9530/02 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 1.7.2003).
- 46 ראו ע"א 4909/92 דורות נ' דורות, פס' 3 ו-4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 24.7.1995); ע"א 488/89 נופרבר נ' נופרבר, פ"ד מד(4) 293 (1990) (בית הדין לא קנה סמכות להכריע בעניינים של נכסים עסקיים שלא נכרכו במפורש בתביעת הגירושין); בג"ץ 2421/93 כהנא נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד מז(5) 550 (1993); ע"א 423/79 צברי נ' צברי, פ"ד לה(4) 242 (1981); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 56 (1990) (להלן: רוזן-צבי דיני המשפחה).
- 47 ראו אשר מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו" – על הכריכה בתביעת הגירושין" עיוני משפט יד 101, 124 (1989); מנשה שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירון' הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" עיוני משפט ב 719 (1972) (להלן: שאוה "על כרוך ועל כנות").
- 48 רוזן-צבי "הלכת הכריכה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 73 ואילך.

האזרחית, שלא כמו תביעה בבית הדין הרבני, איננה צריכה לעמוד בכל תנאי שכזה. די בהגשה טכנית של התביעה כדי להקנות סמכות לבית המשפט האזרחי. כל עוד הגשה זו קדמה בזמן להגשת התביעה בבית הדין הרבני, תגבר סמכותו של בית המשפט ללא בחינת כנותו של מגיש ההליך.

אופייה וטיבה של הדרישה לכנות תביעת הגירושין ולכנות הכריכה בה הביאו לידי קביעה כי קיימת זיקה מהותית בינה לבין עקרון תום הלב. יתרה מכך, ככל שעקרון תום הלב חלחל לשיטה המשפטית הישראלית והתערה גם בסדרי הדין, החלו בתי המשפט להניחו כבסיס למבחן הכנות הוותיק ממנו.⁴⁹ מבחן הכנות הפך להיות מקרה פרטי של עקרון תום הלב, ובלשונו של השופט אנגלרד: "[...] בעיני מבחן ה'כנות' אינו אלא החלת העיקרון הרחב והמקיף של תום-לב".⁵⁰ יש הרואים בעקרון תום הלב עיקרון המחליף את השיטה המשפטית ממבחן הכנות, הקשה להגדרה מעצם טיבו. כך למשל נאמר בעניין פז:

וכבר התריעו שופטי בית-משפט זה, וכן מלומדים ומשפטנים, על הצורך לחזור וללבן סוגיה זו ולקבוע בה קריטריונים ברורים ו"כנים". דומה עלי, שמשבא לעולמנו עקרון תום הלב בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ומשנתקבל עיקרון זה כעיקרון, אשר מצודתו פרושה – מכוח הוראת סעיף 61(ב) של חוק החוזים (חלק כללי) – על כלל המערכת המשפטית בישראל [...] מן הראוי שעיקרון זה ישמש כנקודת מוצא וכקו מנחה גם בסוגיית הכריכה לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), ואולי מתוך כך תבוא סוגיה זו על הסדרה הנאות, עיון זה אשאיר לעת מצוא, בבוא שעתו ועניינו.⁵¹

ספק אם עקרון תום הלב והחלפת דרישת הכנות בדרישת תום הלב – העמומה לא פחות – אכן חילצו את השיטה מקשייה בהגדרת מבחן הכנות, אך הפסיקה החלה להשתמש בעקרון תום הלב כבסיס לדרישת הכנות, כדלקמן.

פיצול העניינים הכרוכים כאינדיקציה לחוסר כנות

דרישת הכנות בפתיחת הליך הייתה זרה לסביבה הדיונית, הואיל ובעת שנוסדה דרישה זו לא היה כל הליך בשיטה הישראלית הדורש לבחון אם יוזם ההליך מתכוון בכנות לתוכנו. המישור הדיוני, המבקש לשמור על אחדות ועל ודאות דיונית, משתדל להימנע מדרישה

49 ראו בג"ץ 5747/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(5) 776, פס' 7 לפסק הדין (2004) (להלן: בג"ץ 5747/03 פלוני).

50 עניין רון, לעיל ה"ש 45, בעמ' 670. עוד ראו בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, פס' 12 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק (1994).

51 ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736, 742 (1984).

המסורה ללב אשר אינה פשוטה לבחינה ולהערכה. הפסיקה יצרה מבחנים אובייקטיביים וטכניים כדי ללמוד על כנותה של התביעה והכריכה. למשל, כריכת ענייני רכוש בתביעת הגירושין בבית הדין ותביעת פרטי רכוש אחרים בערכאה האזרחית בד בבד לימדו בדרך כלל כי הכריכה אינה כנה. הסברה נותנת שהחפץ לסיים את ההליך ביעילות ובמהירות אינו מפצל את תביעותיו לשתי ערכאות שונות, ואם פיצל – לימד על עצמו שאין הוא חפץ לסיים את ההליך במהירות, ועל כן כריכתו אינה כנה. בעניין זקס נקט בית המשפט מבחן "טכני" זה וקבע כי משפנה הכורך לבתי משפט שונים, הסיר את המחסום הדיוני שהציב הוא עצמו בפני מסלול התדיינות זה. הכורך נתפס כמוותר על הכריכה, והוא מנוע מלטעון כי האישה אינה רשאית להגיש את תביעותיה בערכאה האזרחית. בית המשפט אינו מסתפק בכך אלא מוסיף ומחיל את עקרון תום הלב הדיוני:

הסתמכותו על טענת חוסר סמכות לבית-המשפט בנסיבות כאלה אינה מתיישבת עם חובתו לנהוג בהליכים שבינו לבין בן-זוגו בדרך מקובלת ובתום-לב [...] אכן, הדעת אינה סובלת מצב שבו תובע גירושין שכרך בתביעתו ענייני רכוש, וחרף הכריכה הגיש נגד בן-זוגו תביעות בעניינים הכרוכים לבית-המשפט, יורשה להסתמך על הכריכה לחסימת דרכו של בן-זוגו להגשת תביעות רכושיות נגדו לבית המשפט.⁵²

בית המשפט מנסח אפוא מבחן שונה מהמבחן המקובל לדרישת כנות הכריכה, וקובע למעשה מבחן רחב יותר: על בעל דין מוטלת חובה "לנהוג בהליכים שבינו לבין בן-זוגו בדרך מקובלת ובתום-לב". לא ברור מהו סטנדרט תום הלב שבית המשפט מחיל: תום הלב החוזי, תום הלב הדיוני או סטנדרט הביניים שביניהם. אמנם בעניין זקס שני המבחנים הובילו לאותה תוצאה: הסמכות הועברה לבתי המשפט האזרחיים, אך בסעיף הבא אצביע על נפקות בעקבות קביעת מבחן תום הלב כבסיס למבחן המשולש ועל הבעייתיות הטמונה בה.

אי-פירוט נכס חיצוני בתביעה רכושית הכרוכה בתביעת גירושין נדבכו השלישי של המבחן המשולש דורש כי נושאי הכריכה יהיו מפורטים ומפורשים. נדבך זה הוא טכני למדי, ובתי המשפט לא נתקלו בעבר בקושי מיוחד לבחנו ולקבוע בו ממצאים. אולם לאחרונה החל עקרון תום הלב לשמש בסיס גם למבחן זה. בבג"ץ 5747/03 פלוני נ' פלונית הגישה האישה בבית הדין הרבני תביעת גירושין וכרכה בה את ענייני הרכוש. בתביעת הרכוש לא פירטה את פריטי הרכוש הרשומים על שמה, מכיוון

52 בג"ץ 772/00 זקס נ' בית-הדין הרבני האזורי בפתח-תקווה, פ"ד נה(2) 49, פס' 7 לפסק הדין (2000).

שלסברתה הם אינם בני שיתוף ואינם חלק מהרכוש המשפחתי.⁵³ הבעל טען כי השמטת פריטי הרכוש מלמדת כי כריכתה אינה כדין ואינה כנה, וממילא אין סמכות לבית הדין הרבני לדון בעניין, ובית המשפט האזרחי הוא המוסמך. בית הדין הרבני דחה את טענותיו של הבעל, ולכן הוא עתר לבג"ץ. בג"ץ קבע כי היעדר פירוט הזכויות והנכסים הרשומים על שם האשה פוגם במבחן הפירוט כדין. למרות זאת הואיל והאשה תיקנה את כתב התביעה והוסיפה את שאר הנכסים, די בכך כדי לעמוד בדרישת הפירוט. בג"ץ עבר לבחון את דרישת הפירוט גם במשקפי תום הלב, וכך כתב:

במקרים מתאימים עשוי היעדר פירוט כאמור להעיד על חוסר תום-לב בכריכת ענייני הרכוש, למשל כאשר התובע כך בתביעת הגירושין את חלוקת הרכוש באופן סתמי ונמנע מלפרט בכתב-התביעה את פרטי הרכוש שבמחלוקת – כולם או מרביתם; בנסיבות כאלה היעדר הפירוט הגורף של הנכסים בכתב-התביעה אינו מניח תשתית עובדתית מספקת לצורך הכרעה יעילה בסכסוך הרכושי, והדבר עשוי להעיד כי הכריכה אינה אמיתית ותמת-לב, וכי תכליתה העיקרית היתה לחסום את דרכו של בעל-הדין האחר לבית-המשפט לענייני משפחה. כך גם כאשר הימנעות התובע מפירוט נכסים מסוימים בכתב-התביעה נובעת ממניעים שאינם כשרים, כגון הברחתם של הנכסים מבין-הזוג האחר בניסיון להעלימם מגדר הרכוש המועמד לחלוקה. בנסיבות אלה אי-פירוט הנכסים בכתב-התביעה הוא חסר תום-לב ומעיד כי כריכת הרכוש לא נועדה להביא ליישוב אמיתי ויעיל של המחלוקת בין בני-הזוג.⁵⁴

המבחן הטכני של פירוט הכריכה הפך אף הוא להיות מבחן של תום לב, ובכך נקשר למעשה למבחן כנות הכריכה והיו לאחד. בעבר אי-פירוט העיד על חוסר כנות והמבחן היה קל ופשוט ליישום, ואילו כיום בית המשפט נדרש לבחון פרמטרים נוספים המסורים ללב כדי לקבוע אם הכריכה מפורטת ומפורשת.

למשמעותו של עקרון תום הלב כבסיס לדרישת הכנות והפירוט כדין – ניתוח וביקורת איני משוכנע כי הנחת עקרון תום הלב כבסיס לדרישת הכנות ולדרישת הפירוט הקלה את יישומן והגדרתן. לו היה עקרון תום הלב בעל מודל קבוע וגבולות ברורים, ניחא. דא עקא, שעקרון תום הלב מעצם טיבו וטבעו הוא בעל רקמה פתוחה וגמישה. אין הוא מביא עמו יתר בהירות כי אם יתר עמימות. עם השנים מאז נוסד המבחן המשולש פיתחה הפסיקה מבחנים טכניים ואובייקטיביים כדי לקבוע מסמרות בשאלת כנותה של התביעה,

53 להרחבה בעניין נכס חיצוני לשיתוף הנכסים ראו ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685

(1994); ע"א 4151/99 בריל נ' בריל, פ"ד נה(4) 709 (2001).

54 בג"ץ 5747/03 פלוני, לעיל ה"ש 49, בעמ' 789.

כגון פיצול התביעה ועוד. כעת, משמבחן-העל לדרישת הכנות ולדרישת הפירוט הוא עקרון תום הלב, ספק אם אפשר להסתפק במבחנים טכניים אלו. הגדרת דרישת הכנות על ידי עקרון תום הלב לא תרמה לה מאום כי אם גרעה הימנה. מה גם שעקרון תום הלב הפך את המבחנים הללו להיות כרוכים זה בזה: בית המשפט קבע כי אי-פירוט כל הנכסים עשוי ללמד כי הכריכה אינה תמת לב, ולפיכך אינה כנה, אך במקורו מבחן פירוט הנכסים עמד בפני עצמו. כל עוד עמד מבחן הפירוט בפני עצמו היה קל יותר לבחון את יישומו, והיה קל יותר לתקפו בערכאת הערעור למשל. כריכתו במבחן הכנות הופכת גם אותו להיות עמום ובעל רקמה פתוחה.

עקרון תום הלב לא הביא עמו בהירות, וממילא גם לא ודאות. מנגד הוא גם העלה את הדרישות הדיוניות המצופות מבעל דין. בבג"ץ 5747/03 פלוני למשל, שנדון בסעיף הקודם, נקבע מכוח עקרון תום הלב כי אי-פירוט נכס מסוים בכתב התביעה עלול לפגוע בכנות הכריכה אף על פי שהכורך סובר באמת ובתמים כי הנכס אינו בר שיתוף. כאשר הכורך את תביעת הרכוש בתביעת הגירושין סובר כי יש בידיו נכס חיצוני שאין ראוי לשתפו בחלוקת הרכוש המשפחתי, והוא מפרט בפירוט-יתר את שאר הנכסים, מדוע תיחשב כריכתו לא מפורטת ולא מפורשת? הכורך את נושא הרכוש בבית הדין הרבני ולא פותח כל הליך בבית המשפט האזרחי עומד לכאורה במבחן כנות הכריכה. אף שהשמיט נכסים מסוימים מכתב התביעה, בהחלט אפשר לומר כי הוא מעוניין בכנות שבית הדין הרבני ידון בנושא הרכוש. האין זהו תפקידו של כתב ההגנה לציין נכסים נוספים שלא צוינו? האין חלוקת עבודה נכונה בין כתבי הטענות היא שהתובע יפרט את הנכסים שאותם הוא רואה כבני חלוקה, והנתבע יציין את הנכסים הנוספים שאותם רואה הוא כבני חלוקה?⁵⁵ האין זו מידת חסידות לדרוש מבעל דין לציין בכתבי טענותיו את האינטרסים של בעל הדין שכנגד?⁵⁶

55 חלוקת העבודה הראויה בין כתב תביעה לכתב הגנה עלתה לדיון בשתי פרשות מרכזיות בסדרי הדין הכלליים: האחת, ר"ע 218/85 "אריה" חברה לביטוח בע"מ נ' שטמר, פ"ד לט(2) 452 (1985), בה קבע הנשיא שמגר כי על תובע המנסח כתב תביעה מוטלת חובת ניקיון כפיים, ועליו לציין גם את העובדות הפוגעות באינטרסיו. השנייה, ע"א 685/81 ליסנס וג'נרל חברה לביטוח בע"מ נ' בורכרד ליינס בע"מ, פ"ד לח(3) 421 (1984), בה קבעה השופטת בן פורת כי על התובע להתמודד מראש בכתב תביעתו עם תניית פטור העשויה לפטור את הנתבעת מאחריות ולטעון כי מדובר בתניה מקפחת. הביקורת האקדמית על הלכות אלו טענה כי על התובע להציג בכתב התביעה אך ורק את העובדות העיקריות המקימות את עילת התביעה, ואין הוא נדרש להתייחס לעובדות שהן חלק מגרסת ההגנה של הנתבע. ראו שוורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 189. לפיכך אין לדרוש מהתובע לציין נכסים שלדעתו אינם בני חלוקה.

56 ע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 636 (1979), השופט (כתוארו אז) אלון כותב: "יש וחוסר תום הלב אין בו אלא כדי התנהגות שלא לפי 'מדת חסידות' ללא נפקות משפטית ואין בית-המשפט כופה עליה".

דומה כי סטנדרט תום הלב שהוחל כאן מחמיר מדי על פני רף ההגינות שהיה מקובל בפסיקות קודמות בדיני המשפחה בטרם הוחל עקרון תום הלב. למשל, בפסיקה קודמת, עניין דותן, הבעל כרך בתביעת הגירושין את תביעת מזונות האשה. בית המשפט המחוזי הגיע למסקנה כי כריכה זו אינה כנה, הואיל והבעל לא הציע סכום כלשהו לתשלום המזונות. בית המשפט העליון הפך את פסק דינו של בית המשפט המחוזי וקבע: "המערער בתביעתו ציין את מקור הכנסתו ומקום עבודתו, ואין צורך שינקוב את הסכום, שהוא מציע לשלם לאישה [...] כמה יש לשלם ולכמה זקוקים האישה והילדים – זה נושא שיתברר במהלך הדיון – והאישה צריכה להביא פרטים אלה לפני בית הדין".⁵⁷ בעל דין אמור להציג בכתב טענותיו את האינטרסים שלו. אם לא יציג את האינטרסים של הצד שכנגד אין הדבר אמור להעיד על אי-כנות הכריכה. בית המשפט המשיך וחדד מהו מבחן הכנות: "הכנות אינה מתייחסת לרצונו של הבעל לשלם מזונות, אלא לכנות הכריכה, דהיינו, אם הבעל מתכוון בכנות להתדיין לפני בית הדין בנושא המזונות".⁵⁸ לעומת זאת עקרון תום הלב, ודאי בסטנדרט הגבוה שלו, עשוי לחייב את בעל הדין לפרט את כל נכסיו, גם את אלו שלדעתו אינם בני חלוקה. אם לא יפרטם, אף אם הוא מעוניין בכנות כי בית הדין ידון בכך, עלול הוא להיתפס ברשתו של עקרון תום הלב, וכריכתו לא תיחשב כנה. עקרון תום הלב מחייב אפוא את בעל הדין לחשוף בכתב טענותיו את נקודות התורפה שלו. זו דרישה דיונית מחמירה לעומת הדרישה שהייתה קיימת ערב החלתו.

עוד יש ליתן את הדעת על שהדרישה לכנות ועקרון תום הלב באים לשרת תכליות שונות, ועל כן כריכתם זה בזה עלולה להוציא את תכליתם: דרישת הכנות באה לצמצם את סמכותו של בית הדין. אי-פירוט כל הנכסים אינו מוכיח כשלעצמו את אי-כנות הכריכה, שכן כל עוד יש לבעל דין כוונות לסיים את כל הסכסוך בערכאה אחת, הוא עומד במבחן הכנות, ועל התביעה להמשיך ולהתנהל בבית הדין הרבני. לעומת זאת גבולותיו של עקרון תום הלב נקבעים בשלב ראשון לפי תכלית ההליך שבו הוא מיושם, ובשלב שני לפי תכלית ההליך הספציפי. התכלית המהותית של סדרי הדין בדיני המשפחה היא ריכוז כל הסמכויות בערכאה אחת לשם מתן פתרון אחיד וגלובלי. אי-פירוט הנכסים החיצוניים בכתב התביעה אינו מחבל בתכלית זו, ועל כן אין ראוי ללכוד התנהגות זו ברשתו של עקרון תום הלב. לעומת זאת ייתכן כי אי-פירוט מכלול הנכסים מחבל בתכלית הפרוצדורלית של סיום סכסוכים במהירות וביעילות. בשלב השני תכלית ההליך הספציפי, הליך הכריכה, היא לסיים את הסכסוכים בערכאה אחת.⁵⁹ אי-פירוט הנכסים איננו מחבל בתכלית זו הואיל ובעל הדין לא פתח הליך נוסף בגינם בערכאה השנייה, ועל כן גם תכלית ההליך הספציפי אינה לוכדת התנהגות זו ברשתו של

57 עניין דותן, לעיל ה"ש 44, בעמ' 4.

58 שם.

59 ראו דברי הכנסת, לעיל ה"ש 41.

עקרון תום הלב. נראה אפוא כי בית המשפט החיל כאן את סטנדרט תום הלב הגבוה, תום הלב החוזי, מבלי שהייתה לכך הצדקה. כך יוצא כי הגם שבעל הדין עמד במבחן הכנות, אין הוא עומד בסטנדרט תום הלב החוזי, ועל כן התקבלה עמדת הנתבעת ונפתח הליך נוסף, בד בבד, בבית המשפט לענייני משפחה. הליך זה יאריך את דרכם של בעלי הדין אלי סיום הסכסוך, והחלה זו אינה מתיישבת אפוא עם התכלית הפרוצדורלית של בית המשפט לענייני משפחה.

כאמור, ככלל יש מקום להחיל את סטנדרט הביניים של תום הלב, ואין הפרשה דנן יוצאת מכלל זה. אם התנהלות בעל הדין הייתה נבחנת לפי התכלית המשולבת ולפי התכלית הספציפית, היה מקום להסתפק בסטנדרט הביניים של תום הלב הדיוני המשפחתי ולקבוע כי בעל דין שלא פירט את מכלול הנכסים אינו מפר את חובת תום הלב. את סטנדרט תום הלב הגבוה שהוחל כאן יש לשמור למקרים רגישים יותר, שאותם אפרט בהמשך. במקרה דנן בני הזוג הם בעלי דין יריבים בסופו של דבר, ואין לדרוש מהאחד לסייע ליריבו בהליך המשפטי.

נקודה חשובה נוספת: דרישת הכנות לא נולדה כדי לשמור על הגינות בניהול ההליך כי אם כדי לצמצם את סמכותו של בית הדין הרבני, ולכן היה ברור שהיא נדרשת רק בפתיחת הליך בבית הדין הרבני. אולם בשל בחינתה של דרישת הכנות כיום מנקודת מבטו של עקרון תום הלב, הרי שהיא הופקעה מדרישה מקומית הנוגעת לסמכות בית הדין הרבני בלבד, והיא נבחנת כיום במשקפי עקרון-העל של תום הלב. אם כך, אין מקום לצמצמה רק להליך בבית הדין הרבני, ויש מקום להחילה גם בהליכים בבית המשפט האזרחי. גם אופן תחולת עקרון תום הלב בבית המשפט לענייני משפחה אמור להיות זהה לאופן תחולתו בבית הדין הרבני, שכן התכלית לפתרון אחיד וסיום מהיר ויעיל רלוונטית גם בבית המשפט לענייני משפחה. אם בעל דין נדרש לחשוף את כל רכושו, בין זה שנראה בעיניו בר שיתוף ובין זה שלא, יש מקום לדרוש זאת גם בבית המשפט מכיוון שתכלית-העל היא אותה תכלית. אם ימשיכו בתי המשפט את הקו של הפסיקה הנוכחית, יביא הדבר לקביעה כי תביעה שהוגשה בערכאה האזרחית ולא פירטה את כל הרכוש תיחשב להפרת חובת תום הלב הדיונית.

בסעיפים הבאים אראה כי עקרון תום הלב הוחל לא על מבחני הכנות בלבד, שהיו ממילא קרובים אליו רעיונית ותוכנית, כי אם גם על כללי דיון נוספים הייחודיים לדיני המשפחה. אבחן מהו סטנדרט תום הלב שהוחל בכל הליך והליך, וכיצד המודל הגמיש עשוי להציע החלה שונה של סטנדרט תום הלב המתאימה יותר לסכסוך המשפחתי.

2. אי-המצאת כתבי בית דין ועקרון תום הלב הדיוני

אחד העניינים הייחודיים במישור הדיוני בידי המשפחה הוא מירון הסמכויות. כידוע, לערכאה הדתית ולערכאה האזרחית יש סמכות מקבילה לדון בסוגיות מענייני המעמד

האישי.⁶⁰ המבחן הקובע איזו ערכאה תרכוש סמכות לדון בעניין הוא מבחן הזמן: הערכאה הראשונה שבה הוגשה התביעה רוכשת סמכות ייחודית.⁶¹ החשש שמא בן הזוג האחד יקדים ויגיש התביעה בערכאה הרצויה לו מאיצה בכך הזוג השני להקדים ולפתוח בהליך אף אם הוא עדיין אינו שלם עם פתיחת הליכים נגד בן זוגו.⁶² הגשת תביעה מעלה את מפלס האיבה ומחריפה את המתח בין בני הזוג, ולרוב קשה ממנה הדרך חזרה. הדרך הננקטת לעתים על ידי בעל דין היא הגשת תביעה לערכאה הרצויה לו ואי-המצאתה לבן זוגו. בפרק העוסק בסדרי הדין הייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה אין הוראה מיוחדת בעניין מועד המצאת התביעה. לפיכך יש לפנות להוראות הכלליות של סדר הדין האזרחי,⁶³ הקובעות כי המצאה תהא בסמוך לאחר הגשת התביעה.⁶⁴ התקנות אינן קובעות כל סנקציה בצדן לבד מההוראה הכללית בדבר אי-קיום התקנות.⁶⁵ בסדרי הדין הכלליים הערכאה אינה רשאית לדון כל עוד כתב התביעה לא נמסר לידי הנתבע. להמצאה מאוחרת אין אפוא כל נפקות מעשית, והסעד המקובל בגין אי-המצאה הוא הוצאות משפט בלבד. בהיעדר הסדר ייחודי נראה כי גם בבית המשפט לענייני משפחה אי-המצאה אינה אמורה לשלול את ניצחונו במירוץ הסמכויות של צד שלא המציא מסמכים, והערכאה שבה הוא הגיש את מסמכיו היא המוסמכת לדון בעניין. דא עקא, שעיון בפסיקה מלמד על חוסר קוהרנטיות הנובע מהשפעת יישום שונה של עקרון תום הלב. להלן אבחן פרשות שונות המשקפות בעיה זו.

סעד בגין אי-המצאת כתבי טענות – המועד הקובע למירון: המצאה ולא הגשה
בעניין רגב הגיש הבעל תביעת גירושין בבית הדין וכרך בה את תביעת מזונות האישה. התביעה לא נמסרה לאישה.⁶⁶ כעבור שלושה חודשים, ורק לאחר שהגישה האישה את

60 ראו סי' 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947. וכן סי' 25 לחוק.

61 ראו ע"א 104/54 הרניק נ' הרניק, פ"ד ח 995 (1954); ע"א 191/57 פנחס נ' פנחס, פ"ד יא 1349 (1957); בג"ץ 170/56 רחמני נ' רחמני, פ"ד יא 247 (1957); לדיון בהיגיון העומד בבסיס הכלל ובהשלכותיו ראו ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב (5) 817, פס' 15 לפסק הדין (1998); מנשה שאוה השיפוט בדיני משפחה 37–70 (2003).

62 ראו רוזן-צבי "הלכת הכריכה", לעיל ה"ש 26, וכן שאוה "על כרוך ועל כנות", לעיל ה"ש 47.

63 לפי הוראת תק' 258ב(ב) לתקנות.

64 תק' 20 לתקנות קובעת כי "הזמנה לדין [...] תומצא בתכוף לאחר הגשתו של כתב התביעה [...]". תק' 475א(1) לתקנות קובעת: "הורה בית המשפט להמציא את כתב ביהדין במסירה אישית, ימציא בעל הדין את כתב ביהדין [...] בהקדם האפשרי". סעיף קטן (2) קובע: "לא הורה בית המשפט על מסירה אישית, ימציא בעל הדין את כתב ביהדין בדואר רשום עם אישור מסירה, לא יאוחר מחמישה ימים מיום שנמסר לידו לשם המצאה".

65 תק' 526 לתקנות קובעת: "אי קיום תקנות אלה או כל נוהג הקיים אותה שעה אינו פוסל שום הליך, אלא אם כן הורה כך בית המשפט; אך מותר לבטל הליך, כולו או מקצתו, כהליך שאינו ראוי, או לתקנו, או לנהוג בו בדרך אחרת, כפי שיראה בית המשפט".

66 ת"א (מחוזי ת"א) 1660/94 רגב נ' רגב, פ"מ התשנ"ה (1) 173 (1994).

תביעתה למזונות בבית המשפט האזרחי, מסר לה הבעל את תביעת הגירושין. הבעל טען כי בית הדין הרבני הוא שרכש סמכות לדון בעניין. בית המשפט המחוזי קבע כי המועד הקובע במירוץ הסמכויות הוא מועד ההמצאה ולא מועד ההגשה והפנה לדבריו של זוסמן, שלפיהם:

[...] פעמים תלוי כוח שיפוטו של בית המשפט בכך, שהתביעה הומצאה לנתבע כחוק... התביעה לא הומצאה לו כחוק – "הומצאה" במובן הטכני, היינו served כדרך שמורות התקנות – יהא הדיון פגום, והוא עלול כולו להיפסל ולהתבטל, שכן המצאת כתב התביעה כחוק היא המקנה לבית המשפט את הכוח להשתמש בסמכותו ולדון בתביעה.⁶⁷

הלכת רגב חריגה מאוד, ולא מצאנו כמותה במקום אחר. בעניין א. וו. עומד בית המשפט לענייני משפחה בירושלים על מקור טעותה של הלכת רגב.⁶⁸ האישה הגישה את תביעותיה לבית המשפט ולא המציאה אותן לידי בעלה. כעבור שלושה חודשים הגיש הבעל תביעת גירושין וכל הכרוך בה לבית הדין הרבני. לאחר שהמציא את תביעותיו הומצאו לו תביעות האישה. הבעל טען כי לפי הלכת רגב המירוץ מתחיל רק בהמצאה – הוא המציא ראשון, ולפיכך בית הדין הרבני רכש סמכות. בית המשפט דחה טענתו בקבעו כי אכן אין הסמכות נרכשת אלא עם ההמצאה, אולם לעניין מירוץ הסמכויות המועד הקובע הוא מועד ההגשה. בית המשפט הדגיש כי די בשעה קלה של הגשה מוקדמת כדי לרכוש סמכות אף על פי שברור שבזמן זה לא הספיקו הצדדים להמציא זה לזה. בית המשפט דן בעניין חובת תום הלב הדיונית ושלל את חוסר תום הלב של האישה. הוא קיבל את חששה שמא המצאת התביעות לידי הבעל תעמיד בסכנה את סיכויי ההצלחה של הטיפול הזוגי שהם עוברים. פרשות אלו אינן מלמדות אפוא מהו הסעד הראוי במקרה שבית המשפט יקבע כי מדובר בחוסר תום לב. הפרשה הבאה מלמדת אף היא מה אינו נחשב סעד ראוי בגין אי-ההמצאה. האישה הגישה תביעה למזונות ולמדור בבית המשפט לענייני משפחה. הללו נמסרו לבעל כחודשיים לאחר מכן ורק לאחר שהוא הגיש לבית הדין הרבני תביעת גירושין על כריכותיה. בית המשפט דחה על הסף את תביעותיה. בהמשך קבע בית המשפט המחוזי בערעור כי אין לדחות על הסף את תביעות האישה בגין המצאה מאוחרת שלא בתום לב. בית המשפט העליון אישר את החלטת המחוזי, וכך כתב:

התנהלותה של המשיבה באי מסירת כתבי בי הדין למשיב במועד, אומרת דרשני. ואולם, כפי שקבע בית המשפט המחוזי, אפשר היה למצוא דרך מאוזנת יותר להעמיד את המשיבה על חומרת מעשיה, שכן במצב דברים זה, כפי שקבע בית המשפט, משמעות דחיית התביעות על הסף היא יצירת

67 שם, פס' 2. וראו זוסמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 227.

68 תמ"ש (משפחה י-ם) 3343/97 א. וו. נ' א. א. (פורסם בנבו, 23.12.2004).

מעשה בית דין שעל בית הדין הרבני לכבד וכפועל יוצא מכך תביעתה בעניין מזונות לא תידון.⁶⁹

אם כן, המועד הקובע לעניין מירון הסמכויות לא יומר מהגשה להמצאה, ובתי המשפט גם לא ינקטו צעד קיצוני של דחיית תביעה בהיעדר המצאה. מהו אפוא הסעד הראוי?

המצאה מאוחרת של כתבי טענות מעקרת את הכנות מתביעת הגירושין בעניין א.ח. הגישה אישה בבית משפט לענייני משפחה בקשה ליישוב סכסוך.⁷⁰ כעבור ימים מספר הומצאה לה תביעת גירושין על כריכותיה, אשר הוגשה על ידי בעלה בבית הדין כשנה וחצי קודם לכן. עקב כך זנחה האישה את בקשתה והגישה לבית המשפט כתבי תביעה למזונות, לרכוש ועוד. הבעל טען לחוסר סמכות של בית המשפט האזרחי משום שתביעתו, על כריכותיה, הוגשה לבית הדין הרבני קודם בזמן. בית המשפט בחן אם התקיימו תנאי הכריכה וקבע, תוך הפניה לעקרון תום הלב, כי אי-ההמצאה פוגמת בכנותו של הבעל.⁷¹ בדרך זו צעד גם בית המשפט לענייני משפחה בחדרה.⁷² משמעות הקביעה היא כי כל הנושאים שנכרכו בכתב התביעה נושרים מסמכותו של בית הדין הרבני, ואם האישה היא שפתחה הליכים בגינם בבית המשפט לענייני משפחה, הרי שהסמכות לדון בנושאים אלו תימסר לבית המשפט. הסמכות תופקע מבית הדין הרבני אף שהבעל הקדים וכך סוגיות אלו בכתב תביעתו.

דומני כי מתן משקל במבחן הכנות לאי-המצאת כתבי טענות אינו סטייה ממבחני הכנות. דרישת הכנות היא דרישה בעלת רקמה פתוחה וגמישה, ובית המשפט יוצק לה תוכן על פי שיקול דעתו. ייתכן בהחלט כי אי-ההמצאה מלמדת על תביעה לא כנה: לו מגיש התביעה היה מעוניין להתגרש, היה ודאי ממציא את כתב התביעה לבן זוגו, שכן ללא המצאתו של כתב התביעה לא יתקדם הליך הגירושין. קביעה כי תביעה שלא הומצאה מלמדת על חוסר כנות איננה אפוא מחדשת סנקצייה כי אם נותנת נפקות למבחנים קיימים.

סעד בגין אי-המצאת כתבי טענות: שלילת נפקותו של מבחן הזמן
אי-ההמצאה של תביעה שנכרכה והוגשה בבית הדין הרבני הביאה אפוא לידי קביעה כי הכריכה אינה כנה. השאלה הקשה יותר היא מהו הסעד הראוי בגין אי-ההמצאה של תביעה

69 בע"מ 1358/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 30.4.2006) (להלן: בע"מ 1358/06 פלוני).

70 בש"א (משפחה ראש"ל) 5787/05 א.ח. נ' ה.ח. (פורסם בנבו, 24.1.2006).

71 שם, בפס' 13: "[אי המצאה] חותרת תחת אושיות כנות של תביעתו וכנותה של כריכתו גם יחד. התנהלות זו של המבקש מלמדת על חוסר תום ליבו והעדר בולט של כנות בכריכות לתביעתו יותר מכל התנהלות אחרת אשר נלמדת כרגיל מהנסיבות האופפות את התנהלות הצדדים".

72 ראו בש"א (משפחה חד') 2230/05 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 30.1.2006), שם נקבע כי נשללה כנותו של הבעל בין היתר עקב אי המצאת כתבי התביעה אשר הגיש לבית הדין הרבני.

שהוגשה בערכאה האזרחית. כאמור, תביעה כזו אינה צריכה לעמוד במבחן הכנות, לפיכך אין משמעות לקביעה כי אי-המצאת התביעה תיחשב הגשה בחוסר כנות. הפרשה הבאה היא החשובה ביותר בעניין זה ואף משמשת תקדים מחייב. האישה הגישה תביעה רכושית לבית המשפט לענייני משפחה. כעבור רבע שעה הגיש הבעל תביעת גירושין לבית הדין וכרך בה את ענייני הרכוש. רק כעבור ארבעה חודשים המציאה האישה את תביעתה לבעלה, וטענה לחוסר סמכותו של בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קבע כי תביעתה בבית המשפט אינה כנה, ועל כן אין בה כדי לשלול את סמכותו. פסיקה זו היא בניגוד להלכה הפסוקה שאינה דורשת כנות בתביעות המוגשות בבתי המשפט האזרחיים. נגד החלטה זו האישה עתרה לבג"ץ. הלה דחה את העתירה, וכך כתב:

[...] אני סבור כי במקרים חריגים ניתן לסייג את מבחן הזמן בדרישה לקיומו של תום-לב במישור הדיוני. משמעות הדבר היא שהסמכות לדון בתביעה עשויה להימסר במקרים אלה לבית הדין הרבני חרף קיומה של תביעה קודמת בזמן בבית המשפט האזרחי.⁷³

כלומר, מבחני הכנות אכן לא יחולו בבית המשפט לענייני משפחה, אך חובת תום הלב רחבה מחובת הכנות, והיא תחול גם בהליכים בבית המשפט. לפיכך נקבע כי הסמכות תימסר לבית הדין הרבני למרות קיומה של תביעה מוקדמת בזמן בערכאה האזרחית. זוהי שלילת נפקותו של מבחן הזמן, כלומר הסעד בגין אי-המצאה בערכאה האזרחית יוכל להיות שלילת זכותו של בעל הדין לדון לפי מירון הסמכויות, ופותח ההליך האזרחי ייאלץ להידון בעניין בפני בית הדין הרבני.

בית המשפט העליון ער לפרובלמטיות שבהחלת עקרון תום הלב הדיוני בדיני המשפחה. החשש הוא שמא קביעה זו תשמש כלי להשגת יתרון במירון הסמכויות, וכי טענות בעניין זה יועלו בתיקים רבים שלא לצורך. לפיכך הוא נותן פרשנות מצמצמת לעיקרון, ואומר: "רק חוסר תום לב הקשור קשר ישיר והדוק לשאלת 'מירון הסמכויות' בכלל, ולשאלת מועד פתיחת ההליכים בפרט, עשוי להוביל לסטייה ממבחן הזמן [...]".⁷⁴ בית המשפט גם מציין כי פגיעה זו היא פגיעה מתונה, שכן בסופו של יום התביעה מתבררת, הגם שבערכאה אחרת. ראוי לציין כי סעד זה ניתן בערכאות דיוניות עוד בטרם נזקק לכך בית המשפט העליון בפרשה זו.⁷⁵

73 בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית הדין הרבני בחיפה, לעיל ה"ש 18, פס' 17 לפסק הדין.

74 שם, פס' 18 לפסק הדין.

75 ראו תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 29020/06 ל.א. נ' ל.ט (פורסם בנבו, 12.11.2006) (להלן: תמ"ש ל.א.). בעניין זה האישה הגישה לבית המשפט תביעה בגין מזונותיה. תביעה זו לא הומצאה לבעל אלא כעבור ארבעה חודשים ורק לאחר שהמציא את תביעת הגירושין שהגיש בבית הדין. בית המשפט קובע כי נפלו פגמים בהתנהלות התובעת הפוגמים בתום לב. לפיכך הגשת תביעתה אינה מקנה לה זכות אוטומטית להיכנס בשערי בית המשפט, אף על פי שהייתה קודמת בזמן.

היקף חובת תום הלב והסעד הראוי בגין אי-המצאה – ניתוח וביקורת
 דומה שאין חולק כי אי-המצאת כתבי טענות לצד שכנגד נלכדת ברשתו של עקרון תום
 הלב בכל סטנדרט שהוא. השאלה השנייה שיש לשאול היא מהו הסעד הראוי בגין הפרה
 זו של תום לב. אי-המצאת תביעה שהוגשה בבית הדין הרבני הובילה להחשבת התביעה
 ללא כנה ולהעברת הסמכות לערכאה האזרחית.⁷⁶ אי-המצאת תביעה שהוגשה בערכאה
 האזרחית הובילה לשלילת נפקותו של מבחן הזמן והעברת הסמכות לבית הדין.⁷⁷ בית
 המשפט העליון חושש כי שימוש בחובת תום הלב עלול לשבש את ההליכים, ולכן סייג
 את הסעד רק למקרה שבו חוסר תום הלב "קשור בקשר ישיר והדוק" למירון הסמכויות.⁷⁸
 לא ברור כיצד חוסר תום הלב בגין אי-המצאה קשור למירון הסמכויות:
 בעל הדין הגיש את התביעה בערכאה הרצויה לו, בהגשת התביעה כשלעצמה לא נפל כל
 פגם דיוני, אי-המצאת התביעה היא הבעייתית, אך אם ננתח מה עשויות להיות מטרותיה
 נגלה כי אין היא נוגעת כלל למירון הסמכויות. אחת המטרות האפשריות היא כי בעל
 הדין מעוניין לפתוח בהליכים נוספים, כגון הטלת עיקולים, ונוח לו לעכב את ידיעת
 קיומו של ההליך מהצד שכנגד. מטרה זו אינה קשורה למירון הסמכויות, ויש הנוקטים
 פעולה כזו גם בבתי משפט רגילים. אם זו מטרתו של בעל הדין, ספק אם הסעד של
 העברת התביעה לסמכותה של הערכאה השנייה הוא הסעד הראוי, מכיוון שהוא אינו
 ממין העניין. לכל היותר אפשר למחוק את ההליכים האחרים שבהם פתח, וזהו סעד
 רלוונטי יותר. המטרה השנייה האפשרית היא מתן שהות לערכאה הראשונה לדון ולקבוע
 ממצאים בשאלת הכנות עוד בטרם תגיע התביעה לבעל הדין השני.⁷⁹ ובכן, דיון שכזה
 לא יתקיים כל עוד הצד שכנגד לא טען לחוסר סמכות. הצד שכנגד יגיע רק לאחר
 ההמצאה, ובכך נשללת גם אפשרות זו. אם כן, מה עשויה להיות מטרתה של
 אי-המצאה? כיצד היא נוגעת למירון? ומה הנזק שהיא עלולה להסב? דומני כי גם בית
 המשפט העליון מתקשה ליתן תשובה לשאלות אלו, וכך כתב:

הגשת התביעה לבית המשפט לענייני משפחה נועדה באותו שלב אך ורק
 כדי לקבוע עובדות לגבי "מירון הסמכויות" – כאשר בה בעת אין העותרת
 מיידעת על כך את המשיב, ובכך יוצרת מצג לא מדויק לגבי המצב
 המשפטי והדיוני השורר ביניהם. ואכן, המשיב מצידו פתח בהליך בבית
 הדין הרבני האזורי, כתב התביעה הומצא לעותרת, ונקבע דיון לפני בית

76 ראו לעיל ה"ש 70.

77 ראו לעיל ה"ש 73.

78 שם.

79 בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118 (2003). בפרשה זו נקבע כי הערכאה שתחליט ראשונה בשאלת כנות התביעה והכריכה היא הקובעת, למעט במקרים של טעם מיוחד.

הדין – כאשר רק ימים ספורים קודם לכן "נחשפו הקלפים" והתברר שהמהלך בבית הדין הוא כולו "וירטואלי" לפי מבחן הזמן.⁸⁰

ברור שאי-ההמצאה יוצרת "מצג לא מדויק", אך מהו הנזק שנגרם לצד שכנגד בעקבות כך? נניח שהתביעה אכן הייתה נמסרת לבעל בסמוך לאחר הגשתה, האם אז היה נמנע מלפתוח הליך בבית הדין הרבני? על פי הפרקטיקה הנוהגת רוב הסיכויים שהיה חוזר על אותם ההליכים בדיוק. אך גם אם נניח שאכן לא היה מגיש את תביעתו אילו ידע על תביעותיה של האישה, נזקו מתמצה בתשלום האגרה וההוצאות בגין הגשת התביעה המאוחרת ותו לא. אין לכך כל השלכה על מירון הסמכויות. סנקציית ראויה ומידתית צריכה להישקל לפי נזקו של בעל הדין ולא מעבר לכך.

נכון יותר לומר כי מירון הסמכויות גורם למי מבני הזוג למהר ולהגיש תביעה, אך אין הוא גורם להם לא להמציא את התביעה. התנהלות דיונית זו לא באה לעקוף את מירון הסמכויות, ולכל היותר היא נוצרה בעקבותיו. אי-ההמצאה באה להתגבר על תחלואיה של השיטה המשפטית, המאיצה בבני זוג למהר ולהגיש תביעה ולא ליתן לעצמם הזדמנות נאותה להתפייס ולסיים את הסכסוך בדרכי שלום. בני זוג חיים תחת עננה ונושאים נטל פסיכולוגי כבד שמא אחד מהם יפתח הליך בערכאה הרצויה לו על חשבון האינטרסים של האחר.⁸¹ בן הזוג האחד ממהר להגיש תביעה, אך הוא חושש, ובצדק, מההשלכות של חשיפתה בפני בן זוגו. בייאוש מהשיטה מגיש התביעה מנסה לאחוז את החבל בשני קצותיו: גם לרכוש סמכות וגם לא להסלים את הסכסוך, ולחלופין לא לפגוע בהליך גישור או ייעוץ זוגי המתנהל בינו לבין בן זוגו. זו מטרתה העיקרית, שלא לומר הבלעדית, של אי-ההמצאה. לכולנו היא גורמת לחוסר נוחות, אך אין בה יותר מכך, ואין היא נוגעת למירון הסמכויות. ממילא גם הסנקציית של העברת התביעה מבית המשפט לבית הדין אינה מידתית ואינה ממין העניין.

אין ספק כי הסעד שקבע בית המשפט יעודד את המצאת התביעות בסמוך לאחר הגשתן, אולם אי אפשר להתעלם מהעובדה כי המצאה מידית עלולה להחרیف את הסכסוך. אי-ההמצאה עשויה לעתים לגרור את משיכת התביעה על ידי בעל הדין שהגישה מבלי שבן זוגו ידע כלל על הגשתה. לעומת זאת המצאה מידית סותמת את הגולל, במידה רבה, על אפשרות חרטה וחזרה מהתביעה. החלת סטנדרט תום הלב והסעדים בגין הפרתו אמורה להיגזר מהתכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה. התכלית המהותית היא פתרון אחיד וכולל, שמטרתו הסופית היא להקל את הסכסוך המשפחתי וליישבו. דומה כי הסעד שנקבע אינו משרת תכלית זו. לא זו אף זו, נראה כי החלת העיקרון וסעדיו במקרה הנוכחי חוטאת גם לתכלית הפרוצדורלית (סיום מהיר ויעיל של הסכסוך). סעד שלילת הסמכות גורם להליך בידי המשפחה להתארך

80 בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית הדין הרבני בחיפה, לעיל ה"ש 18, פס' 23 לפסק הדין.

81 ראו לעיל ה"ש 47 ו-48.

ולתאריך: ההחלה הנוכחית של עקרון תום הלב, כמו גם דרישת הכנות, כמו גם מבחן מירון ההחלטות,⁸² מוסיפה אי-ודאות ומאריכה את דרכם של בני הזוג אלי סיום הסכסוך. כעת גם אם תוגש תביעה לבית המשפט לענייני משפחה בראשונה, ותומצא באיחור, אפשר יהיה לטעון כי הסמכות מסורה לבית הדין בגין הפרת חובת תום הלב הדינית. על עניין פרוצדורלי זה, שכל כולו עוסק בעניינים המסורים ללב, יתקיים דיון נפרד. אם תועבר הסמכות לבית הדין, יהיה צורך לקיים דיון בשאלה אם התביעה בבית הדין עומדת במבחן המשולש. דיון זה עלול להתקיים בשתי הערכאות בזו אחר זו. אף ערכאות הערעור עלולות להיות מעורבות בעניין, ונמצאת התכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה – מסוכלת. שאלה חשובה נוספת שלא נידונה כלל היא מי יקבע אם המגיש הראשון נהג בחוסר תום לב כשלא המציא את התביעה, ואם בעצמתו של חוסר תום הלב יש כדי לשלול את נפקות מבחן הזמן.⁸³ אך טבעי הוא שכל ערכאה תביט על שאלה זו באופן שונה. גם בית הדין הרבני למשל מאמץ את רטוריקת הפרת תום הלב הדיני ונעזר בה כדי לבטל את סמכותו של בית המשפט,⁸⁴ וההליך הולך ומתארך.

בחנינת הסעד הננקט על ידי בית המשפט כמוה כבחנינת סטנדרט תום הלב. ככל שהסעד הננקט חריף יותר, יעיד הדבר כי סטנדרט תום הלב שהוחל גבוה יותר, ולהפך. הסעד הוא תמונת ראי של עקרון תום הלב, ובחנינת הראשון כבחנינת האחרון. מהו אפוא הסעד הראוי? סטנדרט תום הלב בסדרי הדין הכלליים נקבע על פי התכלית שביסודם, שהיא בירור הפלוגתות וגילוי האמת. לו זו הייתה התכלית בסדרי הדין בדיני המשפחה, סעד העברת הסמכות לערכאה אחרת בהחלט היה עשוי לשרתה, שכן הוא יעודד את בעל הדין להמציא מסמכיו ולא להחביאם באמתותו. לעומת זאת התכלית המשולבת של ההליך בבית המשפט לענייני משפחה איננה בירור הפלוגתות כי אם ריכוז סמכויות בערכאה אחת, פתרון אחיד וגלובלי וסיום הסכסוך מהר וביעילות. סעד העברת הסמכות לערכאה השנייה, המעודד המצאה מידית של כתבי טענות, אינו בהכרח משרת תכלית זו. בכל מקרה הדיון יתנהל בשתי ערכאות, ומטרת ריכוז הסמכויות איננה מתפרנסת מסעד

82 עניין פייג-פלמן, לעיל ה"ש 79. הן בית המשפט לענייני משפחה והן בית הדין הרבני מוסמכים לקבוע אם המבחן המשולש התמלא, כלומר אם התביעה כנה, והכריכה כנה וכדין. הערכאה שתדון ראשונה על ציר הזמן בסוגיה זו היא שתכריע, לבד ממקרים חריגים שבהם הערכאה שהחליטה ראשונה ביצעה מחטף. במקרים אלו הערכאה השנייה רשאית לקבל את ההחלטה במקומה. מהלך זה מכונה מירון ההחלטות, ולפיו הערכאה שתחליט ראשונה במבחן הכנות היא המכריעה.

83 ראו למשל את לשונו של בית המשפט בבג"ץ 58/08 פלוני נ' בית הדין הרבני בחיפה, לעיל ה"ש 18, פס' 23: "אכן, אין מדובר בעניינינו במקרה מובהק שבו חוסר תום הלב הוא כה משמעותי עד כי אין ספק שמבחן הזמן ייסוג בפניו. אולם, חוסר תום לב יש כאן [...] המקרה הוא מקרה הגבול המקשה על הקביעה כי התנהגות העותרת מהווה חוסר תום לב שיש בו כדי להשפיע על תוצאותיו של מרוץ הסמכויות לפי מבחן הזמן. אולם, מדובר כאמור במקרה שבו קיים חוסר תום לב והספק נוגע רק לעוצמתו של זה".

84 ראו לעיל, הטקסט הצמוד לה"ש 73.

זה. ספק אם התכלית הפרוצדורלית – סיומו המהיר של הסכסוך – מתפרנסת הימנו. בפרספקטיבה תכליתית אפשר להתייחס לאי־ההמצאה ביתר סלחנות ולגזור בגינה סעדים קלים יותר, שכן הסתרת התביעה עשויה לעתים להועיל לפיוס בין בני הזוג ולסיום הסכסוך. איני אומר שיש לעודד אי־המצאה במועד, ולהלן אף אתייחס לסעד הראוי, אך נראה לי כי גם קביעת סנקצייה שתביא להסלמת הסכסוך אינה הדבר הראוי. סנקצייה זו סותרת מניה וביה את תכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה. בהיעדר סנקצייה מפורשת בידי המשפחה היה מקום לבחון את יישומה של הסנקצייה המקובלת בסדרי הדין הכללי, משם גם יובאה הוראת ההמצאה המידית. הואיל ואין לאי־ההמצאה כל נפקות מהותית, הסעד המקובל בגינה הוא הוצאות משפט בלבד. ובכן, גם בידי המשפחה הנוק של בעל הדין שלא הומצא לו כתב התביעה הוא בעיקר "מצג לא מדויק", שלכל היותר מתבטא בהימנעותו מלפתוח בהליכים. לאי־ההמצאה אין אפוא כל נפקות מהותית. לפיכך הסנקצייה המאוזנת יותר היא חיוב בהוצאות משפט או אף הוצאות מוגברות. זוהי סנקצייה מידתית וראויה ותואמת את נזקיו של בעל הדין. יש בה גם להביע סלחנות כלפי אי־ההמצאה מתוך הבנה שבן הזוג שלא המציא את כתב התביעה חשש כנראה מהסלמת הסכסוך. לטעמי, סנקצייה זו מתיישבת יותר עם תכלית בית המשפט לענייני משפחה, ומרפאת במשהו את הסחרור שאליו נכנסים בני הזוג מיד עם פרוץ המשבר.

3. הליך הבקשה ליישוב סכסוך ועקרון תום הלב

בסעיף זה אבחן את תחולת עקרון תום הלב בהליך דינוי ייחודי נוסף בבית המשפט לענייני משפחה – הליך הבקשה ליישוב סכסוך.⁸⁵ הליך זה מאפשר לבן זוג להגיש בקשה לבית המשפט להפנותו עם בן זוגו ליחידת הסיוע לשם יישובו של הסכסוך שנתגלע ביניהם. על פי לשון התקנות בקשה זו מקנה סמכות לבית המשפט האזורי בתביעות שונות, אם הוגשה בטרם נפתח הליך באותן תביעות בבית הדין הרבני.⁸⁶ אם תוגשנה התביעות בפרק זמן של שלושים יום מיום ביטול הבקשה, יראו בזה כאילו הוגשו ביום הגשת הבקשה.⁸⁷ הגשת הבקשה מקנה סמכות לבית המשפט האזורי אף על פי שמגיש הבקשה עדיין לא הגיש תובענה ולא נזקק לפרט טענותיו נגד בן זוגו. רב הפולמוס על חוקיותן של התקנות ועל סמכותו של השר להתקין.⁸⁸ בית הדין הרבני קבע

85 תק' 2258-כא לתקנות.

86 תק' 2258-ג) לתקנות; לפירוט התובענות הרלוונטיות לעניין ראו תק' 2258-1) (2258-3).

87 תק' 2258-כא לתקנות.

88 ראו למשל תמ"ש (משפחה ת"א) 51371/98 קורקין נ' קורקין, פס' 22 ואילך להחלטת השופט גייפמן (פורסם בנבו, 5.7.1999); ליאת שכטר "האם התקנות בדבר 'בקשה ליישוב סכסוך' בבית־המשפט לענייני משפחה חורגות מסמכות?" קרית המשפט א 353 (2001); בג"ץ 9834/01 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 913 (2003).

כי תקנות אלו הותקנו בחריגה מסמכות, ועל כן הן בטלות. לחלופין על מגיש ההליך לעמוד בדרישת הכנות, כנדרש בתביעות כרוכות המוגשות בבית הדין הרבני.⁸⁹ בית הדין הרבני המשיך וקבע כי אף על פי שהבקשות הוגשו קודם להגשת התביעות בבית הדין הרבני, הסמכות מסורה לו. על קביעה זו הוגשה עתירה לבג"ץ. בהרכב מורחב בן שבעה שופטים נקבע מפי הנשיאה ביניש כי אכן חובת תום הלב וההגינות הדיונית חלה גם על הליך הבקשה ליישוב סכסוך:

אין חולק לפנינו כי בהתאם לעקרון תום-הלב והאיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט, על בקשה ליישוב סכסוך להיות מוגשת בתום-לב וללא ניצול לרעה של ההליך השיפוטי. עמדה זו תואמת את החזקה הפרשנית הנגזרת ממרכזיותו של עקרון תום-הלב בשיטתנו המשפטית, ולפיה הנחה היא כי תכליתו של דבר חקיקה הינה להגשים את עקרון תום-הלב ואת הטעמים המונחים בבסיסו [...] אין חולק כי חזקה פרשנית זו לא נסתרה בעניינן של התקנות ליישוב סכסוך.⁹⁰

עניינים שבמקורם היו נתונים למבחן טכני בלבד נמסרו בהחלטה זו למבחן שיקול הדעת. לראשונה נקבע כי גם הליך בערכאה אזרחית אמור להיות מוגש בתום לב, ואין די בהגשתו הטכנית. יתרה מכך, בניסוח זה של הדברים יש עליית מדרגה בהתערותו של עקרון תום הלב בדיני המשפחה: בשלב הראשון הוחל העיקרון רק בבית הדין כבסיס לדרישת הכנות. בשלב השני הוחל העיקרון גם בכללים הדיוניים בבתי המשפט לענייני משפחה. כעת נקבע כי קיימת הנחה בדרגת חזקה פרשנית, כי "תכליתו של דבר חקיקה הינה להגשים את עקרון תום-הלב ואת הטעמים המונחים בבסיסו".⁹¹ מכאן עובר בית המשפט העליון לבחון את חובת תום הלב לפי תכליתו של ההליך הספציפי:

תכליתו של ההליך הנדון היא לאפשר לבני-זוג מסוכסכים ליישב את המחלוקת ביניהם בדרכי הסכמה, בטרם יידרשו להגיש כתבי-טענות המפרטים את נקודות המחלוקת ביניהם [...] בהתחשב בכך, על בן-זוג המגיש בקשה ליישוב סכסוך להיות מעוניין ביישוב הסכסוך עם בן-זוגו בדרכי שלום, ללא צורך בהכרעה שיפוטית [...] אין להסכין עם מצב בו הבקשה ליישוב סכסוך מוגשת ככסות עיניים בלבד, כשמטרתה העיקרית אינה ניסיון כן ליישב את הסכסוך הזוגי בדרכי שלום, אלא תכליתה

89 ערעור (גדול) 4280-21-1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.4.2007).

90 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

91 שם. לעניין זה ראו הפנייתו של פסק הדין לברק, לעיל ה"ש 3, בעמ' 551.

הדומיננטיות היא לרכוש סמכות שיפוט בפני בית המשפט לענייני משפחה בדרך קלה ומהירה.⁹²

זוהי אפוא התכלית הספציפית, ופעולה בניגוד לה תיחשב הפרת חובת תום הלב. מהו הסעד הראוי בעקבות ההפרה? פרשה זו עסקה בשני זוגות. בית הדין האזורי קבע בנוגע לזוג האחד כי יש לפרש את חובת תום הלב בדומה למבחני הכריכה: מה חוסר הפירוט פוגם בכריכת תביעה בבית הדין הרבני ומעקר את סמכותו, אף חוסר הפירוט בבקשה ליישוב סכסוך יעקר את סמכותו של בית המשפט. בית המשפט העליון דחה קביעה זו בנמקו כי אי אפשר לייחס חוסר תום לב דיוני לבן זוג רק משום שנהג לפי ההסדר הקבוע בתקנות ולא פירט במסגרת הבקשה את הסוגיות הנתונות במחלוקת. לכן הסמכות נותרה בידי בית המשפט. בנוגע לזוג השני קבע בית המשפט העליון כי הגשת הבקשה על ידי האישה, לאחר שהתחייבה בהסכם הגישור שלא לפנות להליך משפטי אלא אם תודיע לצד שכנגד, מפרה את חובת תום הלב. עוד המשיך וקבע כי נסיבות הגשת הבקשה אינן עולות בקנה אחד עם הרצון ליישב את הסכסוך הזוגי בדרכי שלום, וכי מסירת כתובתו של הבעל ככתובת של ביתם המשותף, כשידעה האישה שאין זהו מענו הנוכחי, מלמדת כי לא ברצון ליישוב הסכסוך עסקינן כי אם בתפיסת סמכות בבית המשפט האזורי.⁹³ לפיכך נקבע כי אין בהגשת הבקשה האמורה כדי לשלול את סמכותו של בית הדין הרבני. סעד דיוני זה עלול לרוקן מתוכן את הליך הבקשה ליישוב סכסוך. אין זה סוד כי גם בעל דין המבקש בכנות ליישב את הסכסוך חושש שמא מהלכיו ליישוב הסכסוך באמצעות בית המשפט לא יתקבלו בהבנה על ידי בין זוגו, והלה יפעל לרכוש סמכות בערכאה הנוחה לו. הדבר יגרום שבן הזוג שפעל בכנות ליישוב הסכסוך יפסיד במירוץ הסמכויות, והסמכות תיקבע בערכאה הרצויה לבן זוגו. כדי לשמור לבן הזוג החפץ ביישוב הסכסוך את האפשרות לפנות להליך זה מבלי לחשוש שמא יפסיד במירוץ הסמכויות, נקבע כי גם בקשה לקונית ליישוב סכסוך, שאין בה כדי להחריף את הסכסוך, תקנה סמכות לבית המשפט האזורי. אולם כיום בשל החלת עקרון תום הלב על הליך הגשת בקשה ליישוב סכסוך, בעל דין המבקש ליישב סכסוך ובד בבד לשמור על הסמכות בבית המשפט האזורי, לא יסתכן בהגשת בקשה בלבד, שמא ייקבע בדיעבד כי הוא אינו תם לב. על אחת כמה וכמה כשנורמת תום הלב עמומה ואינה מוגדרת. חשש זה יביא להגשת תביעה עמוסה טענות מכפישות, שאחריתה מי ישרנו. החלה זו של סטנדרט תום הלב והסעד בגינו אינה מתיישבת עם התכלית המהותית של בית המשפט לענייני משפחה, הואיל ויש בה להסלים את הסכסוך יותר מאשר ליישבו. זוהי החלה של

92 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, שם.

93 שם, פס' 54 לפסק הדין. אם אדקדק גם כאן אומר כי אין קשר הכרחי בין ציון כתובת לא נכונה לבין הקביעה כי האישה אינה מעוניינת ביישוב הסכסוך. ייתכן כי האישה אכן מעוניינת ביישוב הסכסוך, אולם אין היא מעוניינת כעת ביישוב הסכסוך דרך יחידת הסיוע כי אם ברכישת סמכות. הדבר נוגד בהחלט את הפרת חובת תום הלב אך לא בהכרח מלמד כי היא אינה מעוניינת ביישוב הסכסוך.

סטנדרט גבוה של תום הלב. החלה זו גם תאריך את דרכם של בני הזוג אלי סיום הסכסוך, הואיל ואותם דיונים המוכרים בבית הדין בעניין הכנות יתקיימו כעת גם בבית המשפט בנוגע לכל בקשה ליישוב סכסוך, ובכך תיפגע גם התכלית הפרוצדורלית. הקביעה כי בקשה ליישוב סכסוך אמורה להיות מוגשת בתום לב ובכנות ודאי מאזנת את המצב עם זה הקיים בבית הדין הרבני. דא עקא שהיא מאריכה את דרכם של בני זוג אלי סיום הסכסוך ומחמירה את הסכסוך המשפחתי. הערפל שקביעה זו מותירה סביב תקפות הבקשה יביא את בעל הדין להגיש תביעות של ממש, והדבר ודאי יחריף את הסכסוך. לא לכך התכוון מחוקק המשנה. דומני כי הותרת המצב המשפטי שלפיו די בהגשת בקשה טכנית כדי לרכוש סמכות על כנו, ובד בבד קביעה כי על חוסר כנות יחויב בעל דין בהוצאות, הן סטנדרט ביניים בין תפיסת בעלי הדין כיריבים לבין תפיסתם כשותפים. סטנדרט זה ישרת טוב יותר את התכלית המשולבת בבית המשפט למשפחה, המהותית והפרוצדורלית. אכן, אין זו תרופה טובה נגד מי שאין בכוונתו כלל ליישב את הסכסוך, והוא מבקש לנצל את הבקשה כדי לרכוש סמכות בערכאה האזרחית. אך ההנחה שאמורה להדריך את בתי המשפט היא מה הייתה התכלית בהתקנת התקנות. התכלית הייתה לאפשר לבן הזוג המבקש ליישב את הסכסוך לפנות להליך בדרכי שלום מבלי לחשוש שמא יפסיד במירוץ הסמכויות. לא נכון בעיניי כי יצירת הפסיקה של סטנדרט תום לב תפגע במהלך חקיקתי זה ותעקרו מתוכן.

4. מוסד העילה הנמשכת ועקרון תום הלב

כאמור, יש לתור אחר התכלית בכל הליך, ולאורה לפרש את חובת תום הלב. מלאכה זו פשוטה בהליך הבקשה ליישוב סכסוך, שכן תכליתו ברורה. תכלית זו גם מתמזגת עם התכלית המשולבת של הקמת בית המשפט לענייני משפחה. אולם מלאכת בירור התכלית מורכבת יותר בהליכים ייחודיים אחרים. על אחת כמה וכמה אם התכלית אינה מתיישבת במלואה עם תכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה. כזה הוא מוסד העילה הנמשכת, הייחודי בדיני המשפחה בפרט ובשיטה הישראלית בכלל. בשלוש העילות הנמשכות, החזקת הילדים ומזונות האשה והילדים, אפשר להגיש תביעה שוב ושוב על יסוד הטענה כי התרחש שינוי נסיבות מהותי מאז ניתנה ההכרעה הקודמת.⁹⁴ בעניין ר.ל. הוגשה תביעה להגדלת מזונות הילדה בגין שינוי בנסיבות.⁹⁵ בית המשפט דחה את

94 ראו: ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה (1) 373 (1971); ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב (1) 449 (1971); מ"א 410/94 הלוי נ' הלוי (פורסם בנבו, 15.2.1996); ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו (3) 187 (1982); תמ"א 957/93 פלונית נ' אלמוני, פ"מ התשנ"ד (3) 133, 137 (1994); וראו יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה סופית? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" (צפוי להתפרסם במשפחה ומשפט ו, 2012).

95 תמ"ש (משפחה קר) 13970/05 ר.ל. נ' ר.ד. (פורסם בנבו, 29.8.2006).

טענות האם לגופו של עניין תוך שימוש בדוקטרינות מקומיות ומוכרות.⁹⁶ אולם לאחר מכן נזקק בית המשפט לעקרון תום הלב והוסיף וכתב כי ראוי שבתי המשפט יחילו סטנדרט תום לב גבוה יותר ולא יאפשרו פתיחת הליך שנסגר זה מכבר בקלות.⁹⁷ בתיק אחר בפני אותו מותב הוגשה תביעה להגדלת מזונות הילדים. האם הגישה את התביעה באמצעות עורך דין מטעם הסיוע המשפטי כשנה לאחר פסק הדין הראשון.⁹⁸ בית המשפט השתמש שוב בדוקטרינות מקומיות מוכרות כדי לדחות את התביעה.⁹⁹ בשלב השני עבר בית המשפט לשימוש בעקרון תום הלב וקבע כי פנייה חוזרת לבית המשפט בפרק זמן קצר ובהיעדר עילה משתמשת בזכות דיונית שלא בתום לב, ומנצלת לרעה את זכות הגישה לבית המשפט.¹⁰⁰ תביעה שלישית בפני אותו מותב עסקה בתביעות שהבעל הגיש שוב ושוב באותו עניין אף שנתקבלו החלטות זה מכבר. בית המשפט דחה את הבקשות לגופן, אך הוא המשיך וציין כי "המבקש פעל בניגוד לתקסד"א ושלא בתום הלב הדיוני הנדרש מבעל דין סביר [...] הגשת בקשות, יום אחר יום, באותו עניין ולאחר שניתנו החלטות באותן בקשות, פגעה במשיבה [...]".¹⁰¹ לאור זאת דחה בית המשפט את הבקשה וחייב בהוצאות הן לצד שכנגד והן לאוצר המדינה. מבחן זה, שלפיו גם תביעות בגין שינוי נסיבות כפופות למבחן תום הלב, מופיע גם כתקדים מחייב בבית המשפט העליון.¹⁰²

96 כך למשל מציין בית המשפט כי כל השינויים שעליהם הצביעה האם היו צפויים וידועים מראש, ועל כן אין לשנות את הפסיקה הקודמת בעקבות אותם שינויים. ראו שם, ס' 11 לפסק הדין, פס' 2–3. וכך למשל קובע בית המשפט כי יש כמה שינויים שאינם נחשבים שינוי נסיבות מהותי, כמו למשל הגיל. ראו שם, פס' 1.

97 כך נכתב בפס' 13 לפסק הדין: "זאת אף זאת: – האינטרס הציבורי מחייב כי בתי המשפט לא יתנו יד לבעל דין העושה שימוש שלא בתום לב בזכות דיונית. אומנם, פסק דין למזונות אינו סופי אך אין לראות בו גם פתח לתביעה הבאה בשיטת 'מצליח' – נפסק את שנפסק ולאחר מכן ינסה בעל דין את מזלו פעם נוספת".

98 תמ"ש (משפחה קר') 13724/04 פ. א. נ' א. א. (פורסם בנבו, 1.4.2007).

99 בית המשפט קובע כי טענות האם הן שחזור הטענות שנבחנו בהליך הראשון, וכי האם לא הצביעה על שינוי מהותי מאז ההחלטה הקודמת. ראו שם, פס' 5 לפסק הדין.

100 וכך נכתב, שם, פס' 8–9 לפסק הדין: "התובעת שבה ופנתה לבית המשפט, בפרק זמן קצר ובהיעדר עילה – טענות שנבדקו ונבחנו בכך עשתה שימוש בזכות דיונית שלא בתום לב [...] מכל המקובץ אני קובעת כי פניית התובעת לבית המשפט בהליך הנוכחי בפרק זמן כה קצר ובהיעדר עילה מהווה חוסר תום לב וניצול לרעה של זכות הנגישות לביהמ"ש, תוך פגיעה בנחבצו ובבעלי דין אחרים המבקשים את יומם בבית המשפט".

101 בש"א (משפחה קר') 3293/08 א.ב. נ' א.ש. (פורסם בנבו, 10.9.2008).

102 בע"מ 3148/07 פלוני, לעיל ה"ש 25, פס' ו(4) להחלטה, וכך נאמר: "ככלל, על בית המשפט לבחון לא רק האם יש על פי הדין האישי מקום לשקול שינוי במזונות, אלא גם כיצד תשפיע פסיקת מזונות מוגדלים כמבוקש על מכלול היחסים, ובעיקר האם מתבקשת היא בתום לב".

אבקר פסיקות אלו משלושה היבטים שונים: ראשית, בכל שלושת פסקי הדין הללו אפשר היה להשתית את ההכרעה על דוקטרינות מקומיות בלבד. למרות זאת בית המשפט בחר להיזקק לנורמת-על בדמות עקרון תום הלב הדיוני.¹⁰³ שימוש בנורמות-על, העמומות כשלעצמן, וללא מודל קוהרנטי, אינו מוסיף לוודאות בשיטה ואף מקשה על בעל דין לכלכל צעדיו לפי פסיקות אלו. שנית, יש לתהות אם סעד של דחיית התביעות, אם הוא מתבסס על הפרת תום הלב, הוא ראוי ונכון: בכל ההחלטות שנידונו בסעיפים הקודמים לא הביא חוסר תום הלב לדחיית התביעה כי אם רק להעברתה לערכאה השנייה. נכון כי בפרשות דנן אין מדובר בדחייה טוטלית של התביעה, שהרי הנושא נידון והוכרע על ידי בית המשפט בעבר; נכון גם כי אין מעשה בית דין בדחיית התביעה ואפשר להגישה שוב בעתיד. אולם כעת נדחתה התביעה ונסתם הגולל על פתיחתה מחדש למעט בשינוי נסיבות מהותי חדש. זו פגיעה בזכות הגישה לערכאות, וכפי שנראה להלן, רק חוסר תום לב קיצוני עשוי למנוע את הגישה לבית הדין ולסגור שער.¹⁰⁴

שלישית, לא ברור היכן עובר קו הגבול בין שימוש לגיטימי בזכות דיונית לבין שימוש לא לגיטימי, שהוא בבחינת הפרת חובת תום הלב הדיונית. ספק אם דחיית התביעה, המתבררת רק בסופו של ההליך, יכולה להיות המבחן הקובע. האם כל תביעה שנדחתה בסופו של דבר תוגדר מלכתחילה תביעה שהוגשה בחוסר תום לב? בהליכים שנידונו בסעיפים הקודמים נקבע כבר בתחילת ההליך, מבלי להמתין לתוצאותיו, כי התנהגות בעל הדין היא חסרת תום לב. זהו העיתוי הראוי. לעומת זאת בפסיקות דנן נקבע על פי תוצאות סוף ההליך כי החובה הופרה. נראה כי דרישה זו מחמירה מדי עם בעלי הדין. כיצד ידע בעל דין מראש אם שינוי הנסיבות שאירע הוא מהותי אם לאו? האין זה מתפקידו של בית המשפט להכריע בעניין? ודוק, בית המשפט אינו קובע בתחילת ההליך כי מדובר בחוסר תום לב אלא בוחן את ההליך מבחינה עניינית, ובשלב זה נראה לו כי התביעה מוצדקת (הא ראייה שלא דחה אותה על הסף). רק כאשר הגיע לסוף ההליך החליט רטרואקטיבית כי התביעה הוגשה בחוסר תום לב. לטעמי זהו נטל שלא ראוי להטיל על בעל הדין.

בפרספקטיבה רחבה יותר יש לקבוע את היקף חובת ההגינות הדיונית לפי תכליתו של כל הליך והליך. לא נראה כי תכליתו של מוסד העילה הנמשכת היא כתכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה. הקמת בית המשפט לענייני משפחה שואפת לריכוז סמכויות לשם פתרון אחיד מהיר ויעיל. לעומת זאת מוסד העילה הנמשכת, המאפשר

103 מעבר זה משימוש בדוקטרינות מקומיות להכרעה על יסוד עקרונות-על מצינו גם בדיני החוזים: כך למשל ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992); ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995). מעבר זה מתקיים גם בסדרי דין, ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994).

104 ראו להלן פרק 5. בטקסט הצמוד לה"ש 155.

פתיחת תביעה מעת לעת בנושאים שנדונו זה מכבר, ודאי אינו מתיישב עם תכלית זו. אמנם מוסד העילה הנמשכת אינו פוגם בתכלית של ריכוז סמכויות הואיל והדיון השני מתנהל בערכאה שבה התנהל הדיון הראשון,¹⁰⁵ אך תכלית מוסד זה היא הצורך להתאים את שיעור דמי המזונות לצורכי החיים ולמצבי חיים משתנים. תכלית זו הביאה לביטול עקרון מעשה בית דין ולביטול סופיות הדיון, וממילא לא־סיומו המוחלט של הסכסוך. תכלית מוסד זה היא ערך ה"אמת", ואילו תכלית בית המשפט לענייני משפחה היא ערך ה"יציב". את המונח "שינוי נסיבות" נהוג לפרש באורח דווקני, שאם לא כן עשוי להיות מופר האיזון בין המגמה להביא לסיום הסכסוך לבין הצורך להתאים את שיעור דמי המזונות לצורכי החיים ולמצבי חיים משתנים.¹⁰⁶ אם יצעדו בתי המשפט לענייני משפחה בדבר סיום המתיישבת עם התכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה בדבר סיום הסכסוכים במהירות וביעילות, עליהם להחיל את הסטנדרט הגבוה של תום הלב, תום הלב החוזי. בכך יוכבד השינוי ויישמר האיזון. למשל, אפשר לומר כי במרבית המקרים בעל דין צפה, או היה יכול לצפות, את השינוי שאירע בנסיבות, ואין לאפשר לו לנהל דיון שני בעניין. לעומת זאת אם יבכרו בתי המשפט את תכליתו הספציפית של ההליך – תכלית מוסד העילה הנמשכת – עליהם להחיל את הסטנדרט הנמוך של עקרון תום הלב, הסטנדרט הדיוני, ולאפשר ביתר קלות פתיחת הליך שני בעילות הנמשכות. האפשרות לפתיחת הליך שני ותדירותה היא שאלה של מדיניות בתי המשפט. סטנדרט תום הלב אמור לשרת אותה ולא לקבוע אותה. מתח זה בין התכלית המשולבת, המבקשת לסיים סכסוכים במהירות וביעילות, לבין התכלית הספציפית של מוסד העילה הנמשכת, המבקש לפתוח הליך מעת לעת, מחזק את הצורך במודל גמיש של תום הלב שיותאם למדיניות הרצויה של בית המשפט בכל מקרה ומקרה.

5. אישור בית המשפט בהסכם ממון ועקרון תום הלב

הליך ייחודי נוסף של דיני המשפחה הוא אישור הסכם ממון בין בני זוג. ייחודו הוא בשניים: ראשית, אפשר לפנות לבית המשפט לשם אישורו של ההסכם ללא הגשת תביעה; שנית, ללא אישור ההסכם על ידי בית המשפט אין תוקף להסכם.¹⁰⁷ תכלית החקיקה היא לאזן את פער הכוחות העלול להיווצר בין בני זוג, ולמנוע מצב שבו בן הזוג החלש יחתום על הסכם המקפח את האינטרסים שלו.¹⁰⁸ תכלית החקיקה היא גם להביא

105 עניין ג'ארה, לעיל ה"ש 27.

106 בין של הצד הזכאי להם ובין של צד החייב בהם, ראו עניין הלוי, לעיל ה"ש 94.

107 ס' 1–2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

108 ראו הצעת חוק יחסי ממון בין בני־זוג, התשכ"ט–1969, ה"ח 849 ודברי ההסבר שם; ע"א 4/80 מונק נ' מונק, פ"ד לו(3) 421, 428 (1982): "בגלל היחסים המיוחדים, העדינים והמורכבים, הקיימים בין בעל ואישה, קבע המחוקק, כי אין תוקף להסכם ממון ביניהם, אלא אם כן משתכנעת ערכאה שיפוטית, שההסכם נעשה מתוך רצון חופשי, ללא לחץ, וששני הצדדים הבינו בדיוק במה המדובר

ליציבותן של התקשרויות בין בני הזוג, הואיל ויקשה לבטל הסכם שאושר בבית המשפט בעילות הביטול הידועות בחוק החוזים.¹⁰⁹ בית המשפט אמור לבחון כי ההסכם נעשה מרצון חופשי של בני הזוג אחר שהבינו את תוצאותיו ומשמעותו.¹¹⁰ למרות הוראה מפורשת זו השאלה אם יש מקום להכיר בתוקפו של הסכם ממון שלא אושר על ידי בית המשפט לא זכתה לתשובה חד-משמעית בפסיקה. מחד גיסא יש הסוברים כי אישור המוענק על ידי בית המשפט להסכם ממון הוא תנאי לתקפותו,¹¹¹ ומאידך גיסא יש הרואים באישור זה רובד נוסף להסכם שערכו בני הזוג, וכי בהיעדר האישור עשוי ההסכם להיחשב תקף על פי דיני החוזים.¹¹² עקרון תום הלב הוחל גם בעניין זה. בעניין רודן ערכו בני הזוג הסכם גירושין, ובו התחייב הבעל לשאת בכל החיובים של בני הזוג וכן ויתור מוחלט על זכויותיו בדירה המשותפת. האישה התחייבה לשאת בכל צרכיו של הילד ולשפות את הבעל על כל סכום שיחויב לשלם כדמי מזונות לבן. תשע שנים לאחר חתימת ההסכם הגיש הבן תביעה למזונות נגד האב. האב שלח הודעת צד ג נגד האם לשיפוי בגין סכום המזונות. בית המשפט המחוזי דחה את הודעת צד ג הואיל וההסכם נוגד את תקנת הציבור. האב ערער על החלטה זו. האם טענה בערעור כי ההסכם חסר תוקף עקב אי-אישורו באופן הנדרש בחוק יחסי ממון בין בני זוג. בית המשפט העליון דחה טענתה וכך נקבע:

נראה לי, כי במקרה זה מנועה המשיבה 2 מלהעלות טענה זו בשלב כה מאוחר, 9 שנים לאחר שנכרת ההסכם, לאחר שהיא קיבלה את מה שההסכם העניק לה ובעת שהיא נדרשת לעמוד בנדרש ממנה על פיו. העובדה, שהיא נהגה על פי ההסכם במשך 9 שנים, מעידה על כך, שהיא הכירה בתוקפו, וכי אישור בית המשפט המחוזי עמד בדרישותיה, וכי היא חתמה על ההסכם מתוך רצון חופשי ומתוך מודעות מלאה להשלכותיו. העלאת טענה זו בשלב כה מאוחר הינה שימוש בזכות שלא בתום-לב [...] בנסיבות שלפנינו, נעשה שימוש בזכות לטעון את הטענה בדבר אישור

ומהן התוצאות האפשריות של חתימתם על אותו הסכם"; ע"א 490/77 נציה נ' נציה, פ"ד לב(2)

621, 624 (1978).

109 ראו למשל ע"א 5490/92 פגס נ' פגס (פורסם בנבו, 29.12.1994).

110 ס' 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

111 ראו למשל ע"א 169/83 (שרעבי) שי נ' (שרעבי) שי, פ"ד לט(3) 776 (1985); בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003); רוזן-צבי דיני המשפחה, לעיל ה"ש 46, בעמ' 362–378.

112 ראו נסים שלם יחסי ממון ורכוש – הלכה ומעשה 153–173 (2003); בע"מ 4547/06 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.6.2006).

בלתי נאות של החוזה על-ידי בית משפט בחוסר תום-לב, ועל-כן דין
טענה זו להידחות.¹¹³

בית המשפט העליון קובע אפוא כי הטענה כי ההסכם אינו תקף לאחר תשע שנים מיום שנחתם, ולאחר שהאשה קיבלה את מה שההסכם העניק לה, היא טענה הנגועה בחוסר תום לב, ולכן דינה להידחות. לכן קבע בית המשפט כי הסכם הממון בין בני הזוג תקף אף שלא אושר בזמנו על ידי בית המשפט.

אם כן, למרות הוראתו החד-משמעית של המחוקק עקרון תום הלב עשוי לגרום למתן תוקף להסכם בין בני זוג אף על פי שלא אושר על ידי בית המשפט. תכלית ההליך הספציפי – אישור הסכם בין בני זוג על ידי בית המשפט – היא לאזן ולגשר על פער הכוחות שבין בני הזוג ולהביא ליציבותן של התקשרויות. על פי תכלית זו סטנדרט תום הלב שאמור להיות מוחל בהליך זה הוא סטנדרט תום הלב החוזי, או אף גבוה ממנו. בשלב עריכת ההסכם, ובתקופה שלאחריו, בני הזוג הם שותפים לחוזה. על כן יש להתאים את סטנדרט תום הלב לנסיבות אלו ולחייב את בן הזוג האחד לסטנדרט תום לב הנדרש מצדדים לחוזה. לעתים, בפרט כאשר מדובר בהסכמי ממון תוך כדי נישואין, יש לדרוש מהם רמת הגינות אף מעבר לתום הלב החוזי, מכיוון שלקשר החוזי שביניהם מתווסף קשר האישות. הסעד בגין ההפרה של סטנדרט גבוה זה הוא מתן תוקף להסכם אף על פי שלא קיבל את אישורו של בית המשפט. זהו בהחלט סעד ההולם את עצמת ההפרה. הפסיקה אינה חד-משמעית בעניין זה, והיא נוטה לפסול הסכמים שלא אושרו על ידי בית המשפט.¹¹⁴ לטעמי, לאור המודל והסטנדרט המוצע כאן, בן זוג המבקש לנצל את העובדה שהסכם לא זכה לאישורו של בית המשפט מפר את סטנדרט תום הלב החוזי, ויש לקבוע כי הוא לא יוכל ליהנות מהפרה זו, וכי ההסכם יהיה תקף אף ללא אישורו של בית המשפט, אם הצדדים הסתמכו על ההסכם והתנהלו על פיו. סטנדרט זה והסעד בגינו תואמים גם את התכלית המשולבת של הקמת בית המשפט לענייני משפחה, יישוב סכסוכים במהירות וביעילות. אך ברור הוא כי מתן אפשרות לבטל הסכמים שלא אושרו על ידי בית המשפט פוגע בתכלית זו.

ראוי לציין כי סטנדרט גבוה זה של תום לב בהסכמי הממון בין בני זוג קיים גם בשיטות המשפט השונות ברחבי ארצות הברית.¹¹⁵ חובת ההגינות הדיונית המוטלת על

113 ע"א 151/85 רודן נ' רודן, פ"ד לט(3) 186, 193 (1985). כן ראו בע"מ 7734/08 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 27.4.2010).

114 ראו לעיל ה"ש 111.

115 רוב המקורות המתייחסים להגינות דיונית (Procedural Fairness) בידי המשפחה מתייחסים בעיקר לחובת בתי המשפט לקיים הליך פרוצדורלי הוגן. כך למשל Wayne D. Brazil, *Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns*, 14 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 715, 777 (1999) ("At the center of every court's soul is commitment to procedural fairness and to treating all parties equally under the law").

בעלי הדין עצמם נדונה בהסכמי קדם-נישואים. הסכמים אלו נעשים שלא בין כותלי בית המשפט אלא במשא ומתן בין הצדדים, ומכאן הזהירות הנדרשת. אפשר להתנות על הזכויות הנרחבות שיש לצד בדיני המשפחה ולכרסם בהן רק בתנאי שבעל הדין שכנגד ממלא את חובתו להגינות דיונית.¹¹⁶ כל המדינות בארצות הברית מחייבות את השופט לבחון אם הצדדים נהגו בהגינות דיונית עובר לחתימת ההסכם.¹¹⁷ הגינות דיונית כוללת בעיקר גילוי מלא של הנכסים בפני הצד השני,¹¹⁸ הבנה מלאה של השלכות ההסכם, בעיקר של זה המוותר על הרכוש,¹¹⁹ ובמקומות מסוימים גם ייצוג נפרד במשא ומתן

בהקשר זה המונח המתאים יותר הוא "צדק דיוני" (Procedural Justice). הספרות האמריקאית מתייחסת לשני מונחים אלו התייחסות שווה, ואילו השיטה הישראלית מייחדת את מונח ההגינות הדיונית בעיקר לבעלי הדין. קיימת מסכת תנאים שעל שופט למלא בנהלו את ההליך הדיוני. בדיני המשפחה התנאים הללו מקבלים משנה חשיבות מכיוון שהצדדים נמצאים בדרגה יוצאת דופן של מתח רגשי ואמוציונלי.

Julia Halloran McLaughlin, *Should Marital Property Rights Be Inalienable? Preserving* 116
the Marriage Ante, 82 NEB. L. REV. 460, 461 (2003) ("Despite the wide array of
 inalienable rights in the area of family law, the future right to a share of marital property is
 generally alienable so long as procedural fairness requirements are satisfied")

שם, בעמ' 480.

Gail Frommer Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, 6 YALE J.L. & FEMINISM 118
 229, 256 (1994)

Barbara Ann Atwood, *Ten Years Later: Lingering Concerns About the Uniform Premarital* 119
Agreement Act, 19 J. LEGIS. 127, 137 (1993) ("In light of the confidential relationship
 between persons about to marry, the most salient factors relevant to procedural fairness
 include whether each prospective spouse revealed to the other all financial assets and
 liabilities and whether each understood the effect of the agreement, including the rights that
 were being waived") Spector v. Spector, 531 P.2d 176, 185 (Ariz. Ct. App. 1975) גם
 כך למשל קובעת הוראת החוק הזאת במדינת יוטה: "(1) A premarital agreement is not
 enforceable if the party against whom enforcement is sought proves that: (a) that party did
 not execute the agreement voluntarily; or (b) the agreement was fraudulent when it was
 executed and, before execution of the agreement, that party: (i) was not provided a
 reasonable disclosure of the property or financial obligations of the other party insofar as
 was possible; (ii) did not voluntarily and expressly waive, in writing, any right to
 disclosure of the property or financial obligations of the other party beyond the disclosure
 provided; and (iii) did not have, or reasonably could not have had, an adequate knowledge
 of the property or financial obligations of the other party" (UTAH CODE ANN. § 30-8-6
 (LexisNexis 2012))

לקראת כריתת ההסכם.¹²⁰ למרות ההכרה הנרחבת בחופש החוזים לא יאכפו בתי המשפט הסכמי קדם-נישואין כאשר אחד מהצדדים לא נהג בהגינות דיונית. הסכמים אלו שומרים על הנישואין ומונעים מצב שאחד מבני הזוג ייפול לנטל על החברה באחרית ימיו.¹²¹

אם כן, בפרק זה נבחנה החלת עקרון תום הלב בחמישה הליכים ייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה. נראה כי בתי המשפט מחילים את עקרון תום הלב ללא מודל ברור וקוהרנטי ובאופן שאינו מתיישב עם התכלית המשולבת של הקמת בית המשפט לענייני משפחה וסדרי הדין: את דרישת הכנות במבחן המשולש החליף מבחן תום הלב, והביא להעלאת רף ההגינות המצופה מבעל דין מבלי להתחשב בתכליות ההליך; בגין אי-המצאת כתבי בית דין בוטלה נפקות מבחן הזמן, ומגיש התביעה לא זכה ליתרון במירוץ הסמכויות. החלה זו מנוגדת לתכלית בית המשפט לענייני משפחה באשר אין היא מתחשבת בסיכון החרפת הסכסוך המשפחתי; בהליך הבקשה ליישוב סכסוך נקבע כי יש להחיל את עקרון תום הלב גם על מגיש הבקשה. דא עקא שהחלה זו עשויה לייתר את יתרונותיו של ההליך; תכלית מוסד העילה הנמשכת מתנגשת עם התכלית המשולבת בבית המשפט למשפחה, וסטנדרט תום הלב אמור להתמודד עם שתי תכליות סותרות אלו; בהסכמי ממון ראוי להחיל סטנדרט תום לב גבוה – תום הלב החוזי. החלת עקרון תום הלב המותאמת לתכלית בית המשפט למשפחה ולתכלית ההליך הספציפי, והמודרכת על פי מודל גמיש וקוהרנטי של סטנדרט תום הלב, הייתה מביאה לתוצאות שונות ולסעדים שונים בהליכים אלו, וההליך המשפחתי היה יוצא נשכר.

ג. עקרון תום הלב בהליכים כלליים המאומצים בבית המשפט לענייני משפחה

בהליכים שבהם לא הותקנו סדרי דין ייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה ההסדר שיחול הוא ההסדר הכללי.¹²² פרק זה יעסוק בכמה הליכים כלליים בסדרי דין המאומצים כדבר שבשגרה בבית המשפט לענייני משפחה. הפרק יבחן אם כשמוחל עקרון תום הלב בהליכים אלו הוא מוחל באותו אופן כבסדרי הדין הכלליים, ואם ראוי לגזור סטנדרט שונה של תום הלב כאשר ההסדרים הכלליים מאומצים בדיני המשפחה.

Allison A. Marston, *Planning for Love: The Politics of Prenuptial Agreements*, 49 STAN. L. REV. 887, 913 (1997).

121 ראו McLaughlin, לעיל ה"ש 116, בעמ' 474.

122 תק' 258ב(ב) לתקנות.

1. הליכי מימוש בהוצאה לפועל

חוק ההתיישנות קובע תקופת התיישנות ארוכה יותר לביצוע פסקי דין.¹²³ פסק דין אינו מתיישן כשם שעילה מתיישנת, ואפשר לממשו אף עד עשרים וחמש שנה. מתברר כי עקרון תום הלב גובר גם על הוראת חוק זו. בעניין א.פ. התחייב האב בהסכם הגירושין בשנת 2001 לשלם מדור לבנותיו.¹²⁴ במשך כמה שנים לא עשתה האם דבר למימוש חובו של האב. בשנת 2008 פנתה האם להוצאה לפועל לעשות כן. ראש ההוצאה לפועל דחה את טענת פרעתי של הבעל. בית המשפט לענייני משפחה ביטל את החלטתו זו. בית המשפט משתית את הכרעתו על דוקטרינה מקומית ואומר כי אין לגבות מזונות לאחר חלוף השנתיים האחרונות אלא ברשות בית המשפט.¹²⁵ בשלב השני גייס בית המשפט נורמה חיצונית בדמות נורמת תום הלב, וכך כתב:

בנוסף, לטעמי גם זכות מכח פסק דין צריך לאכוף בתום לב ולא יתכן להשלים עם מצב בו זוכה ממתין במימוש פסק הדין שנים רבות ללא מעש ולפתע תובע רטרואקטיבית עשרות אלפי שקלים. אין בידי לקבל את עמדת ראש ההוצל"פ שסבר כי עמידתה של הזוכה המשיבה על זכותה החוקית אינה מהווה חוסר תום לב.¹²⁶

אף שאפשר לממש פסק דין גם בחלוף שנים, בית המשפט לא אפשר לעשות כן בקבעו כי זכות זו אמורה להיאכף בתום לב. לפיכך בית המשפט מחק את בקשת ביצוע פסק הדין שהגישה האישה בהוצאה לפועל. בית המשפט נעזר בפסיקה שניתנה בהליכים רגילים, שלפיה:

היקפה של חובת תום הלב, אינו מצטמצם, אך ורק, לשאלת נסיבות פתיחתו של הליך ההוצל"פ או לפרעונו של החוב. חובת תום הלב, חולשת גם על אופן ניהולם של ההליכים בפני ראש ההוצל"פ. לענין זה, סבורה אני, כי עקרון תום הלב בניהול הליכי הוצאה לפועל, מחייב את הזוכה בתיק ההוצאה לפועל, לפעול, באופן סביר, לקבלת סעד המימוש

123 וכך קובע ס' 21 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958: "פסק דין בתובענה שעברו עליו עשרים וחמש שנה בלי שהזכאי לפיו עשה פעולה כל שהיא כדי לבצעו, רשאי החייב לטעון טענת התיישנות; ואולם פסק דין בתובענה שלפי תכנו אינו טעון ביצוע אינו נתון להתיישנות". כן ראו רע"א 6658/00 אבו רוקן נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נה(4) 66 (2001); ע"א (מחוזי ת"א) 2836/03 עיריית תל-אביב נ' מור (פורסם בנבו, 24.1.2006).

124 תמ"ש (משפחה י-ם) 11622/08 א' פ' נ' ש' מ' (פורסם בנבו, 20.7.2009).

125 שם, פס' 18 לפסק הדין, המפנה לס' 11(ב) לחוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

126 שם, פס' 20 לפסק הדין.

בהליכי ההוצאה לפועל, ואין הוא יכול "לישון על זכותו" זו, עד קץ כל הימים.¹²⁷

לכן קבע בית המשפט, בניגוד לדעתו של ראש ההוצאה לפועל, כי בהימנעותה של האם מלהגיש את פסק הדין לביצוע במשך תקופה כה ארוכה יש לראות משום ויתור על זכויותיה, והיא מושתקת מלתבען עתה.

את דחיית בקשת האישה היה אפשר לבסס על דוקטרינות מקומיות ומוכרות כהוראת חוק המזונות וכדוקטרינת השיהוי, המופעלת גם כאשר מחסום ההתיישנות אינו קיים.¹²⁸ בית המשפט העדיף לגייס נורמה חיצונית בדמות עקרון תום הלב. דומני כי אם נבחן מהו סטנדרט תום הלב הראוי במקרה דנן ונתאימו לתכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, תתקבל מסקנה אחרת. לטעמי, הקביעה כי משלא נעשה דבר למימוש פסק הדין יש לראות בכך ויתור על הזכות אינה נכונה. סטנדרט זה של תום לב, הסטנדרט הדיוני, נכון בהליכים רגילים, לפי שבהם יש לשיטה המשפטית אינטרס ועניין לנתק את הקשר בין בעלי הדין היריבים. אך ספק אם נכון הוא בהליכי הסכסוך המשפחתי. לא אחת גם לאחר מתן פסק דין בני זוג מבקשים לחזור לחיים משותפים, או למצער מצליחים לייצב את חייהם הנפרדים שלאחר הגירושין. אין ספק כי פיוס זה, או למצער ייצוב זה, מתאפשר בזכות אי-מימושו של פסק הדין במסגרת ההוצאה לפועל. הקביעה כי יש לראות באי-המימוש חוסר תום לב, ושלילת הזכויות בעקבות כך, תמריץ את מי שיש בידו פסק דין לשקוד על ביצועו, והדבר עלול בהחלט לסתור את תכלית הקמתו של בית המשפט למשפחה – יישוב סכסוכים. מימוש זה עלול להביא להעלאת מפלס המתח בין בני משפחה שקשריהם לא התנתקו ולא יתנתקו עם מתן פסק הדין, וגם לא עם ביצועו. הצלחת בני הזוג ליישב את הסכסוך ביניהם, או למצער לייצבו, גם ללא מימושו של פסק הדין, מתיישרת עם תכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה. לכן אין לבוא חשבון עם מי שנמנע מלפעול נגד בן זוגו בהליכי ההוצאה לפועל. בל נשכח כי החלטות באשר לסדרי דין אינן נוגעות רק לבני הזוג הנמצאים לפנינו, כי אם הן בנות השפעה על כלל המתדיינים. לכן גם אם נניח כי אין סיכוי שבני הזוג שלפנינו יחזרו לחיים משותפים, או גם אם נסבור כי לא ראוי שיעשה כן, הפרספקטיבה צריכה להיות רחבה יותר. לאור תכליתו של בית המשפט לענייני משפחה ראוי במקרים אלו להחיל את סטנדרט תום הלב הנמוך מהסטנדרט הדיוני, ולאפשר לזוכה לממש את פסקי הדין לטובתו גם לאחר שנים רבות. ראוי להתייחס לאי-המימוש המידי של פסקי דין ביתר סלחנות, על אחת כמה וכמה כשאין מדובר בהפרת התקנות ואף לא בהפרת הלכות ידועות.

127 עניין מור, לעיל ה"ש 123, פס' ו לפסק הדין.

128 ע"א 1559/99 צימבלר נ' תורג'מן, פ"ד (5) 49, פס' 19 לפסק הדין והאסמכתאות שם (2003).

2. הסמכות העניינית

כללי הסמכות העניינית, הקובעים איזו ערכאה מוסמכת לדון, הם כללים קוגנטיים היורדים לשורשו של עניין.¹²⁹ בעלי הדין אינם רשאים להתנות עליהם. בית המשפט מחויב לבחון את סמכותו העניינית מיזמתו גם אם הצדדים שותקים או מסכימים מפורשות לסמכותו.¹³⁰ עם זאת המגמה הרווחת בשנים האחרונות היא כי בית המשפט רשאי להיזקק לעקרון תום הלב בהכריעו בסוגיית הסמכות, כדי למנוע עיוות דין.¹³¹ גם בדיני המשפחה ניתנו כמה החלטות אשר החילו את עקרון תום הלב, ומכוחו הכשירו את סמכותה של ערכאה שאינה מוסמכת על פי דין. בפרשת פלוני למשל הורשע סב באינוס נכדתו. על סמך ההרשעה הגישה הנכדה תביעה נזיקית נגד הסב בבית משפט השלום. כשנה לאחר הגשת התביעה, ולאחר שהתנהלו הליכים מקדמיים רבים, הגיש הסב בקשה לסילוק התביעה על הסף בטענה כי הסמכות העניינית מסורה לבית המשפט לענייני משפחה. בית משפט השלום דחה את בקשתו בנמקו כי המעשים אינם נובעים מיחסי המשפחה, ומומחיותו של בית משפט לענייני משפחה אינה נדרשת במקרה אזורי זה. המחוזי קיבל עמדתו. בקשת ערעור לבית המשפט העליון נדחתה בנימוק כי העלאת טענת חוסר סמכות רק בחלוף שנה מיום הגשת התביעה מרמזת על חוסר תום לב מצד המבקש, ואין לה שום אינטרס לבד מהפרעה להתנהלות הדין.¹³² בית המשפט ציין כי יישום עקרון תום הלב במקרה זה אינו מעלה קושי מיוחד, הואיל ועסקינן בסמכות של ערכאות הדומות באופיין זו לזו,¹³³ וכי המחוקק עצמו הכיר במקרים שבהם בית משפט השלום ידון בנושאים שבסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה ולהפך.¹³⁴ מכוח עקרון תום הלב הכיר בית המשפט העליון אפוא בסמכותו העניינית של בית משפט השלום אף שלא היה מוסמך מלכתחילה לדון בעניין.¹³⁵

129 פסק דין שניתן בחוסר סמכות עניינית הרי הוא בטל מעיקרו באשר מדובר בעניין של כשרות. ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 16 (מהדורה עשירית, 2009).

130 זוסמן, לעיל ה"ש 19, בעמ' 77.

131 ראו ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חמדן, פ"ד נ(5) 820 (1997); ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295, 309 (2002); סטיבן גולדשטיין וערן טאוביג "הפחתה במעמד שאלת הסמכות בבתי המשפט הכלליים" עלי משפט ג 279 (2003).

132 רע"א 9343/08 פלוני נ' פלונית, פס' 4 להחלטה (פורסם בנבו, 24.3.2009) (להלן: רע"א פלוני).

133 שם, סוף פס' 4 להחלטה.

134 ראו שם. בית המשפט מפנה לדוגמה שהיה אפשר למצוא בס' 10(2) לחוק, שלפיו במקרים שבהם הוגשה לבית משפט השלום תביעה שכנגד העוסקת בנושא שבסמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, רשאי בית משפט השלום להעביר הדין כולו לבית המשפט לענייני משפחה, אך לא מחויב לכך. כן ראו כיום ס' 40(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

135 וכך הוסיף בית המשפט באמרת אוביטר ברע"א פלוני, לעיל ה"ש 132, בפס' 5 להחלטה: "ראוי הוא שמקרים מיוחדים אלו יכללו גם הם במסגרת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה, וזאת בשל השפעת המאפיינים המשפחתיים על ייחודיות המקרה. לתביעות בקטגוריה זו מספר רבדים הדורשים

עקרון תום הלב בסוגיית הסמכות העניינית גם בעניין א.ב. בפרשה זו נדון ערעור על שלוש החלטות של ראש ההוצאה לפועל.¹³⁶ המעוררת הייתה ידועתו בציבור של המנוח במשך שבע עשרה השנים האחרונות לחייו. אלמנתו היא המשיבה. בצוואתו הוריש המנוח את כל רכושו לידועתו בציבור, אך בפסק הדין נקבע כי מעיזבונו ישולמו מזונות לאלמנתו. אחר כעשר שנים שהאלמנה לא עשתה דבר למימוש פסק הדין היא ביקשה לממשו. הידועה בציבור העלתה טענת פרעתי. השתיים הסכימו שראש ההוצאה לפועל יחליט בשאלה אם היו לעיזבון חובות במועד פטירת המנוח, וכך היה. על החלטתו הוגש ערעור בטענה כי הוא חסר סמכות לדון בעניין. בית המשפט לענייני משפחה קבע כי ראש ההוצאה לפועל אכן חסר סמכות כיוון שהעניין מסור לסמכותה של ערכאה דיונית, אולם הואיל והידועה בציבור הסכימה לסמכותו, אין לקבל את טענתה כי ההחלטה ניתנה בחוסר סמכות, מכיוון שזו טענה חסרת תום לב.

בשני ההליכים דנן אין מדובר בהליך בין בני זוג ואף לא בסכסוך משפחתי שלשמו נועדה הקמת בית המשפט לענייני משפחה.¹³⁷ הנכדה מנהלת נגד סבה תביעה נזיקית באופייה. התביעה השנייה מתנהלת בין שני בעלי דין "זרים" זה לזה הדנים בירושתו של המוריש. פעולת בית המשפט בפרשות המתוארות פירושה החלה של סטנדרט תום לב בינוני וגבוה, השמור לצדדים בעלי זיקה ייחודית המנהלים ביניהם קשרי משפחה ובעת משבר הם הופכים ניצים זה לזה. החלטת סטנדרט גבוה זה של תום לב, שאינה מוצדקת בהתחשב באופי הצדדים ובקשר ביניהם, הובילה להתעלמות משאלת הסמכות העניינית וגררה סעד בעל משמעויות מרחיקות לכת. אם אבחן את הדברים לפי המודל המוצע, הרי שהתכלית המשולבת של בית המשפט לענייני משפחה בדבר ריכוז סמכויות ופתרון אחיד מהיר ויעיל למשפחה אחת אינה רלוונטית למקרים הנוכחיים, שאינם עוסקים בבני משפחה קרובים כלל. לפיכך יש ליתן משקל רב יותר לתכליתו של ההליך הספציפי, שימור הסמכות העניינית, המבקשת לשמור על גבולות הכוח השיפוטי של כל ערכאה וערכאה והמבקשת להתאים את בירור הסכסוך בערכאה המתאימה. לפיכך היה מקום להחיל סטנדרט תום לב נמוך יותר ולהפנות את הסכסוך לערכאה המתאימה למרות חוסר תום לב של מעלה הטענה. לעומת זאת ייתכן שבסכסוך משפחתי שאותו כן ראתה תכלית בית המשפט לענייני משפחה לנגד עיניה, כגון סכסוך בין בני זוג, יהיה מקום

את מומחיותו המיוחדת של בית המשפט לענייני משפחה בהבנת הדינאמיקה והרגישות המשפחתית. ראשית, ההנחה היא שלבית המשפט לענייני משפחה כלים מיטביים להבנת חומרתם העודפת של מעשי עוולה מסוג זה המבוצעים במסגרת המשפחתית העדינה, והנזקים הייחודיים הנלווים לכך [...] שנית, דיני הראיות וסדרי הדין הגמישים בהתאם לס' 8 לחוק בתי המשפט לענייני משפחה יסייעו גם כן בהתמודדות עם הקשיים הייחודיים העולים בתביעות מעין אלו".

136 תמ"ש (משפחה ת"א) 36230-09 א.ב. נ' ס.ל. (פורסם בנבו, 24.1.2010).

137 ראו לעיל, בטקסט הצמוד לה"ש 22. ס' 1 לחוק כולל מעגלים רחבים של בני משפחה. סב ונכדתו כלולים בהם, אך נראה כי לא תביעת האינסוס עמדה לנגד עיני מחוקקי החוק, למרות היותה תביעה אזרחית.

להחיל את סטנדרט הביניים של תום הלב המשפחתי, ומכוחו יהיה אפשר להכשיר את סמכותן העניינית של ערכאות שאינן מתאימות אף במקרה חמור יותר והוא גם כשאין הן דומות באופיין זו לזו כבמקרה הסב והנכדה. מכוחו גם אפשר יהיה להכשיר את סמכותן העניינית של ערכאות שאינן מוסמכות גם במקרים קיצוניים פחות של חוסר תום לב מזה המתואר בעניין כ.ל.

3. כלל ההמצאה וכלל הידיעה

כידוע, כלל המצאת המסמכים הוא הכלל הקובע בסדרי הדין הכלליים.¹³⁸ כלומר כל עוד לא הומצא לבעל דין מסמך בדרכים הקבועות בתקנות אין הוא מחויב להגיב למסמך. המצאת המסמך היא חובה המוטלת על פותח ההליך. בשנים האחרונות חל כרסום בכלל זה בסדרי הדין הכלליים בעקבות תחולת עקרון תום הלב. בתי המשפט מוכנים לראות בידיעת בעל דין כעונה לדרישת ההמצאה,¹³⁹ כלומר כלל הידיעה עשוי, ויש שיאמרו: עלול, להחליף את כלל ההמצאה. נורמה דיונית זו הוחלה גם בדיני המשפחה. בתמ"ש 58220-06 פלוני נ' פלונית הגיש הבעל בקשה להורות על ביטול עיקולים שניתנו ארבע שנים קודם לכן.¹⁴⁰ בבקשתו טען כי מסמכי העיקול לא הומצאו לו כדין. אף שהרשמת לא הצליחה לקבוע כי בוצעה מסירה כדין, היא דחתה את בקשתו בנימוק כי בשנים האחרונות החלה הפסיקה להעדיף במקרים מתאימים וחריגים את כלל הידיעה על פני כלל ההמצאה, בעיקר בשל החובה לנהוג בתום לב דיוני.¹⁴¹ הבסיס המשפטי לצורך כך נשען על עילות של השתק, מניעות והתנהגות הנגועה בחוסר תום לב דיוני.¹⁴² הרשמת מציינת כי מהבקשה עצמה היה אפשר להתרשם כאילו הבעל לא ידע על הבקשה לעיקולים, אך בטענות אלה יש טעם לפגם והן עומדות בניגוד לחובתו לפעול בתום לב

138 ראו למשל תק' 402, 475–499 לתקנות ועוד.

139 ראו למשל בש"א 1788/06 קלינגר נ' זקס, פס' 7 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.11.2007): "כלל 'הידיעה' על מתן פסק דין שניתן בהעדר הצדדים לא נועד לתפוס את מקומו של כלל ה'המצאה' המעוגן בדין. כלל 'הידיעה' איננו אלא אחת ההשתקפויות של חובת תום הלב הדיונית המוטלת על כל בעל דין באשר הוא [...] אין פירושו אלא, כי מקום שבו יודע בעל דין ידוע היטב על קיום פסק דין בעניינו, ואף יודע, או יכול לדעת בבירור את תוכנו, והוא משתהה השתהות בלתי סבירה, ארוכה וממושכת בייזום הליך ערעורי, תוך ניצול ביודעין של תקלה שארעה בהמצאה כדין של פסק הדין, כי אז יתכן בנסיבות מסוימות כי חובת תום הלב הדיונית תפעל כחסם וכמניעות לייזום הליך ערעורי עם חלוף תקופה ארוכה מאז ידע בעל הדין בפועל על פסק הדין".

140 תמ"ש (משפחה ת"א) 58220-06 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 25.11.2010).

141 שם, פס' 13.

142 שם, תוך הפניה לעניין זקס, לעיל ה"ש 139.

דיוני.¹⁴³ לפיכך הבקשה לביטול עיקולים נדחתה, והבעל חויב בהוצאות בשיעור גבוה מהרגיל.

יש לתהות מהו סטנדרט תום הלב הראוי בשאלת הידיעה כתחליף להמצאה. לשם כך יש לבחון את התכלית המשולבת בדבר ריכוז סמכויות ובדבר פתרון מהיר ויעיל לסכסוך המשפחתי. כמו כן יש לבחון את תכלית ההליך הספציפי. מטרת ההמצאה היא רכישת סמכות של הערכאה שבה נפתח ההליך ויידוע בעל דין על ההליך. בעל דין אינו אמור לנחש אם הגישו נגדו הליכים ואינו אמור לאתרם בכוחות עצמו. לאור התכלית המשולבת, ובעיקר רגלה הפרוצדורלית, יש מקום להחלת סטנדרט תום הלב הדיוני, ואם הנתבע או המשיב יודע על המסמכים ברמה גבוהה של ודאות, יש לראות זאת כהמצאה. הואיל ועסקינן בסכסוך משפחתי שבו היחסים בין הצדדים הם דינמיים מאוד, קרובים מאוד, ונוקם של הליכים מושהים הוא רב למדי, ראוי שבעל דין לא יתעקש על המצאה פורמלית, לא יעכב את ההליכים, ודי יהיה בידיעתו על פתיחת ההליך. התכלית המשולבת תגבר על התכלית הספציפית. אף שבפרשה דנן נראה כי פעולתה של הרשמת הייתה צודקת וראויה, הפסיקה בהליכים אזרחיים כלליים עדיין לא אמרה את דבריה במפורש, ואלו נאמרו כאמרות אגב בלבד. נראה כי בהליכים בבית המשפט לענייני משפחה יש מקום לומר את הדברים ברור יותר ואף להחיל את סטנדרט הביניים של תום הלב, שלפיו גם ידיעה ודאית פחות תיחשב המצאה.

4. סעד זמני

אין הסדר ייחודי להליך הסעד הזמני בידי המשפחה. גם כאן ההסדר הכללי מאומץ לדיני המשפחה. הנורמות החלות בבתי המשפט הכלליים בהליך זה חלות לכאורה גם בדיני המשפחה. בפרשת פלונית הגישה אישה בקשה לצו עיכוב יציאה מהארץ נגד הבעל במסגרת תביעה למתן חשבונות.¹⁴⁴ בבקשה לא צוין כי יום קודם התקיים הליך אחר בין הצדדים, ובו הוסכם כי הבעל רשאי לצאת מהארץ. בית המשפט קבע כי על מבקש הסעד הזמני מוטלת חובה לגלות את כל העובדות העשויות להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט, וכי חובה זו חלה ביתר שאת בבקשות במעמד צד אחד.¹⁴⁵ בית המשפט הוסיף כי ככלל על צד העותר לסעד מבית המשפט מוטלת חובה של תום לב דיוני ושל טוהר

143 שם, פס' 15.

144 תמ"ש (משפחה ת"א) 17828-09-10 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 13.9.2010) (להלן: תמ"ש פלונית).

145 ראו פס' 6 להחלטה, וכן רע"א 8113/00 שפר נ' תרבות לעם (1995) בע"מ, פ"ד נה(4) 433 (2001); רע"א 4196/93 שפע בר ניהול ושירותים (1991) בע"מ נ' שפע מסעדות ייצור ושיווק ארוחות מוכנות 1984 בע"מ, פ"ד מז(5) 165 (1993).

ההליך השיפוטי.¹⁴⁶ בית המשפט דחה את הבקשה בהפנותו לפסיקה נוספת של בית המשפט העליון שלפיה במסגרת השיקולים לעניין מתן סעד זמני על בית המשפט לשקול גם את תום לבו של מבקש הסעד, וכי אם ימצא שהלה פעל שלא בתום לב, רשאי הוא לדחות את הבקשה אף אם לפי מבחני הזכות היה זכאי לה.¹⁴⁷

בפרשה אחרת חויב הבעל במזונות זמניים גבוהים בהרבה מהמזונות הקבועים שנפסקו בסוף ההליך. על כן הוא הגיש בקשה לקזז מתשלום המזונות הקבועים את התשלום ששילם ביתר, אך בקשתו נדחתה. בית המשפט העליון ציין בהחלטתו בערעור כי המזונות הזמניים אינם אלא אחת מצורותיו של סעד זמני,¹⁴⁸ ומשנפסקו מזונות זמניים, המבקש נושא באחריות על הנזקים העלולים לנבוע מהם. בהליכים רגילים קיימת הוראה המבטיחה את בעל הדין שנגדו מופנה הצו.¹⁴⁹ הוראה זו אינה חלה בפסיקת מזונות זמניים,¹⁵⁰ אך משהו מהעיקרון העומד ביסודה ראוי שיחול. וכך נכתב בפרשה אחרת: "צד המבקש סעד זמני ביתר [...] חייב להיזהר בבקשתו, ולהיות מודע שהוא עלול, במקרים מסוימים, להיתפס כאחראי לנזק שגרם, ובמיוחד אם המצג שהוצג בבקשה למזונות זמניים הוצג בחוסר תום לב".¹⁵¹

דומני כי בבקשת סעד זמני בבית המשפט לענייני משפחה ראוי לפרש את תום הלב המופיע בתקנה (תקנה 362(ב)(2) לתקנות) בסטנדרט הביניים של תום הלב – תום הלב המשפחתי. תכלית ההליך הספציפי היא הענקת סעד זמני לבעל דין בטרם יידוע הצד שכנגד. הליך זה נעשה לרוב במעמד צד אחד. מכאן הזהירות הנדרשת בו, ומכאן הוראת התקנה עצמה דורשת תום לב. התקנה אינה מפרשת מהו הסטנדרט הראוי, אך לאור התכלית המשולבת בבית המשפט לענייני משפחה ראוי שבהפעלת התקנה יוחל סטנדרט הביניים שבין תום הלב הדיוני לתום הלב החוזי. לפיכך היה מקום לקבל החלטה שונה במקרה דנן ולחייב בהחזר את הצד שהגיש בקשה למזונות זמניים ביתר. ההצדקה להפעלת סטנדרט מחמיר יותר מתום הלב הדיוני היא העובדה שעסקינן בבני משפחה. הסתרת מידע שלא בתום לב עלולה לפגוע פגיעה יתרה בצד שכנגד, והדבר עלול להרחיק את יישובו של הסכסוך ואת סיומו המהיר והיעיל.

146 תמ"ש פלוגית, לעיל ה"ש 144, פס' 9 להחלטה. כן ראו בג"ץ 10172/09 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי תל אביב (פורסם בנבו, 17.6.2010).

147 תמ"ש פלוגית, לעיל ה"ש 144, פס' 9 להחלטה. כן ראו רע"א 3550/10 כהן נ' חודאי (פורסם בנבו, 2.6.2010); רע"א 6658/09 מולטילוק בע"מ נ' רב בריח (08) תעשיות בע"מ (פורסם בנבו, 12.1.2010).

148 ע"א 342/83 גלזמן נ' גלזמן, פ"ד לח(4) 105, 108 (1984).

149 תק' 364 לתקנות.

150 בעניינם נקבע הסדר ייחודי בתק' 265 לתקנות.

151 בע"מ 4589/05 פלוגי נ' פלוגית, פס' 1(2) להחלטה (פורסם בנבו, 21.11.2005).

5. זכות הגישה לערכאות

למרות המשקל הרב שניתן לעקרון תום הלב דומה כי עדיין עומדת בפניו מצודה בצורה אחת, והיא זכות הגישה לערכאות. זו זכות יסודית וחשובה בשיטה המשפטית, אשר יש הרואים בה זכות חוקתית על-חוקית.¹⁵² בית המשפט ייזהר מנעילת שעריו בפני בעל דין בגין התנהלות דיונית חסרת תום לב פן תיפגע יתר על המידה זכותו היסודית לגישה חופשית לערכאות.¹⁵³ בית המשפט יעדיף מתן סעדים אחרים, כגון זקיפת חוסר תום הלב לחובתו של בעל דין¹⁵⁴ או השתתת הוצאות על בעל הדין בגין התנהגותו האמורה.¹⁵⁵ אולם בהחלטה הבאה שנתקבלה בהליך בדיני המשפחה נסדקה לדעתי גם מצודה בצורה זו. בית המשפט קובע כי בקשת יישוב סכסוך שתוגש בחוסר כנות לא תקנה סמכות לבית המשפט. בית המשפט מתמודד עם הטענה כיצד ייתכן כי בית המשפט נועל שעריו בפני בעל דין בגין התנהגות דיונית חסרת תום לב. וכך השיב:

ראשית, ההליך של יישוב סכסוך הוא בעל מאפיינים ייחודיים. תוכנה ומהותה של חובת תום הלב הדיוני, כמו גם הסעדים בגין הפרתה, מושפעים מייחודו של הליך זה ומותאמים למאפייניו ולתכליתו. נוכח הקלות הרבה היחסית בה ניתן להגיש בקשה ליישוב סכסוך בפני בית-המשפט לענייני משפחה, ועל רקע המציאות הקיימת בשיטתנו המשפטית של "מרוץ סמכויות", מתבקש סעד מתאים בגין הפרת חובת תום-הלב בהגשת בקשה ליישוב סכסוך על-מנת שהליך ייחודי זה לא ינוצל לרעה לתכליות שלא לשמן נועד.¹⁵⁶

לאור האמור קבע בית המשפט כי הגשת הבקשה ליישוב סכסוך אינה כנה. לכן אין היא מקנה למגיש הבקשה ניצחון במירוץ הסמכויות, ולפיכך הדיון יתנהל בערכאה שבה הגיש הצד השני את התביעה. אמנם החלטה זו לא סגרה לחלוטין את הדלת בפני בעל דין

152 ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, פס' 6, 10 לפסק דינו של השופט גולדברג, ופס' 31 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1997); ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433, פס' 12 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל משרד הבינוי והשיכון, פ"ד סא(2) 855 (2006).

153 ראו למשל ע"א 2452/01 אורן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577 (2003).

154 ראו בש"א 2236/06 חממי נ' אוהיון (פורסם בנבו, 5.6.2006); רע"א 7474/06 לוי נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2006).

155 ראו ע"א 2722/06 גינות לאה בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, פס' 10 להחלטה (פורסמה בנבו, 29.5.2006).

156 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. דברים מעין אלו חזרו גם בעניין דיסקונט, לעיל ה"ש 4.

כי אם קבעה כי הדיון יתנהל בבית הדין הרבני ולא בבית המשפט, אולם נימוק זה מלמד כי ייתכן בהחלט שדלת תיסגר בפני בעל דין במקרים של חוסר תום לב. הדברים הבאים של השופטת פרוקצ'יה מחזקים כיוון זה, וכך כתבה:

בעל דין אינו רשאי, בשם זכות הגישה לערכאות, לנצל את ההליך השיפוטי לרעה, ולצפות כי תישמר זכותו לפנות לערכאות וינתן לו יומו בבית המשפט חרף זאת [...] כנגד הזכות החוקתית לפנות לערכאות, עומדת חובתו של בעל דין לקבל על עצמו את עולם של סדרי הדין ושל צווי בית המשפט כדי להבטיח את זכויותיהם הדיוניות של בעלי הדין, וכדי לאפשר את מהלכם התקין של הליכי בית המשפט להגנה על אינטרס הציבור כולו.¹⁵⁷

פסיקה ברוח זו טרם נתקבלה, אך אפשר לראות בהחלטה זו רמז לבאות.¹⁵⁸ כלומר, בעל דין אמור להביא בחשבון כי הפרה של חובת תום הלב עלולה לשלול ממנו את הזכות הבסיסית של גישה לערכאות ולגרום לדחיית ההליך שהגיש. דומה כי סטנדרט גבוה זה של תום לב המובע בדברי האוביטר של השופטת פרוקצ'יה הוא הסטנדרט הראוי בדיני המשפחה לאור תכליתם ואופיים הייחודי. התכלית המשולבת דוגלת בריכוז סמכויות ובפתרון אחיד, מהיר ויעיל, ולאורה ראוי להכביד על פתיחת הליכים בערכאות שונות זו מזו המציפות את מערכת המשפט בניסיון לנצח במירוץ הסמכויות.

בפרק זה נסקרו חמישה הליכים דיוניים בבית המשפט לענייני משפחה המאומצים על ידי הדין הכללי. גם בנוגע להליכים מסוג זה ניכר כי החלת עקרון תום הלב נעשית ללא מודל ברור וקוהרנטי. על רקע זה נבחנה החלתו של עקרון תום הלב על פי המודל הגמיש המתחשב בתכלית המשולבת ובתכלית הספציפית של כל הליך והליך. במרב הנושאים היה מקום להחיל סטנדרט תום לב שונה מזה שהוחל בפועל.

עד כאן ניתחתי את המצב המשפטי הפוזיטיבי, בתוספת הערותיי וביקורתי, תוך הצעת סטנדרט תום לב המותאם לסכסוך המשפחתי בכל סוגיה וסוגיה, והצעת סעדים אלטרנטיביים המתיישבים יותר עם תכלית בית המשפט לענייני משפחה. הנורמות שיצרו בתי המשפט בפסיקתם ודאי תתרומנה ליושרם של בעלי הדין ולהגנותם הדיונית, אך עדיין יש לבחון עד כמה הן מקדמות את תכליות בית המשפט לענייני משפחה. הפרק השני והשלישי ניסו ליישם בפסיקות בתי המשפט את המודל המוצע בפרק הראשון. יישום זה עשוי לתרום לקוהרנטיות בהפעלת עקרון תום הלב בסדרי הדין בדיני המשפחה.

157 רע"א 3454/04 ורקר נ' הראל, פס' 4 להחלטה (פורסמה בנבו, 5.6.2005).

158 בנימוקו השני בית המשפט מציין כי אין מדובר בסגירת שער בפני בעל דין כי אם בהעברת הסמכות לידי בית הדין הרבני באותם עניינים שנכרכו בפניו בכנות וכדין.

ד. הוראת סעיף 8(א) לחוק ועקרון תום הלב כמקור נורמטיבי לסטייה מסדרי דין

אין חולק כי החלתה של נורמת תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה היא ראויה ונדרשת. עם זאת יש מקום לחקור ולשאול מדוע בתי המשפט נזקקים לנורמת תום הלב שעה שעומדת לרשותם הוראת סעיף 8(א) לחוק. מה הראשונה מאפשרת לסטות מסדרי דין אף האחרונה מאפשרת כן. מה הראשונה מתבססת על שיקולי צדק והגינות אף האחרונה כן. מדוע אפוא לא להעדיף את הוראת סעיף 8(א) לחוק? השאלה מתחזקת לנוכח העובדה שהוראת סעיף 8(א) לחוק היא נורמה חקוקה ומוחלת ישירות בבית המשפט לענייני משפחה, ואילו נורמת תום הלב אינה מוחלת ישירות בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה.¹⁵⁹ השאלה מתחזקת גם לנוכח העובדה שהוראת סעיף 8(א) לחוק היא נורמה ספציפית ופנימית, ואילו נורמת תום הלב היא כללית וחיצונית.

כדי ליתן מענה הולם לשאלה זו יש לבחון אם אכן אלו נורמות חופפות: אם רמת ההתנהלות הדיונית הנגזרת על בעל דין מכוח שתי הנורמות הללו זהה, ואם הסעד הדיוני יהיה זהה בין שתיבחן התנהלותו של בעל דין לאור נורמת הצדק ובין שתיבחן לאור נורמת תום הלב. קשה ליתן תשובה ברורה, הואיל ומניתוח ההחלטות דלעיל נוצר הרושם כי השימוש בנורמת תום הלב נעשה באופן אינטואיטיבי ואקראי. מדובר בנורמות בעלות רקמה פתוחה וגמישה, ואפשר אפוא ליצוק להן תוכן זהה. מאמר זה מציע לראשונה לקבוע מודל סדור וקוהרנטי להחלת נורמת תום הלב בדיני המשפחה. ייתכן כי יש במודל זה לסייע גם בהפעלת נורמת הצדק.¹⁶⁰ ניתוח ההחלטות להלן מלמד כי בתי המשפט מחילים את עקרון תום הלב ואת נורמת הצדק ללא מודל ברור וללא גבולות ברורים ביניהם. לדעת במקרים שבהם אפשר להסתמך על השימוש בנורמת תום הלב יש להעדיף אותה, מכיוון שהיא רחבה יותר ומקיפה יותר ועשויה ליתן פתרון גם כאשר הנורמות האחרות אינן מסייעות לבית המשפט.

שתי הפרשות הבאות מלמדות כי בתי המשפט אינם מבחינים בין הנורמות ולעתים הם מחילים את שתיהן בו זמנית ושלא לצורך. הפרשות מלמדות גם עד כמה השתרשה נורמת תום הלב בשיטה הדיונית בדיני המשפחה עד שהפכה כביכול לחלק מסדרי הדין ה"חוקיים". בתמ"ש 47230-09 פלונית נ' אלמוני, בית המשפט התבקש להעביר עיקול

159 אמנם נכון כי לנורמה זו יש מקור חקוק בס' 12 ו-39 לחוק החוזים, אך כדי להחילה על כלל ענפי המשפט, ובכללם סדרי הדין בבית המשפט למשפחה, יש להיזקק לס' 61(ב) לחוק החוזים ולהוראת הפסיקה. ראו עניין פז, לעיל ה"ש 51.

160 ראו למשל קובי ורדי "השפעת שיקולי צדק ויושר על ההליך השיפוטי האזרחי" המשפט יב 203 (2007), המאזכר עשרות פסיקות שניתנו מכוח נורמת הצדק (ולא מכוח נורמת ס' 8(א) לחוק), וגם אלו ללא שום מודל ברור וחד-משמעי, לטעמי.

המוטל על זכויות הבעל בדירה ולהטילו על כספי המכר שנתקבלו בגין מכירתה.¹⁶¹ במהלך הדיון התברר כי עיקול זה בוטל בהסכמה לפני כן. בית המשפט ציין כי השמטת פרט זה מנוגדת לדרישות תקנות סדר הדין האזרחי בכל הנוגע לתום לבו של מבקש הסעד הזמני. אשר על כן דחה בית המשפט את בקשת העיקול.¹⁶² אולם בית המשפט ממשיך ואומר כי לפי סעיף 8(א) לחוק יש ליתן לאישה את יומה, ולפיכך התיק נקבע לדיון במעמד שני הצדדים.¹⁶³ הרטוריקה הננקטת בפסק הדין מסורבלת ומפתיעה: הפעלת נורמת תום הלב, ובעקבותיה קביעה כי הבקשה נדחית. לאחר מכן הפעלת נורמה דומה בדמות הוראת סעיף 8(א) לחוק, המבטלת את החלטת הדחייה. בית המשפט מפעיל אפוא שתי נורמות בעלות רקמה פתוחה רק כדי שהאחת תנטרל את האחרת. לפי המודל שהצעתי לעיל, היה ראוי לנסח את הדברים ניסוח פשוט יותר ונכון יותר. במקום לקבוע כי האישה נהגה בחוסר תום לב בבקשת העיקול, אך מכוח נורמת הצדק יש ליתן לה את יומה, אפשר לומר בפשטות כי סטנדרט תום הלב שראוי להחיל במקרה זה הוא הסטנדרט הנמוך של תום הלב – הסטנדרט הדיוני – או נמוך ממנו. התכלית המשולבת של דיני המשפחה היא כאמור קידום פתרון אחיד וגלובלי תוך רגישות לסכסוך המשפחתי, ויישוב סכסוכים מהיר ויעיל. דומה כי אם לא תקבל האישה את יומה ותידחה בקשת המרת העיקול, עלול הבעל להבריח את התמורה ממכירת הדירה, ולא ייוותר כסף להמשך יישוב הסכסוך, לתשלום המזונות ועוד. הדבר אף עלול להביא להגשה נוספת של בקשת הסעדים הזמניים.¹⁶⁴ בשל התכלית המשולבת יש להחיל כאן סטנדרט נמוך יותר ולא לשלול מהאישה את יומה, גם מבלי להפעיל את נורמת הצדק. הסעד הראוי בגין הפרת תום הלב הדיוני לא יהיה דחיית הבקשה, ולכן הדיון יתקיים במעמד הצדדים תוך חיוב האישה בהוצאות.

בעניין ל.א. הגישה אישה תביעה למזונותיה לבית המשפט ולא המציאה אותה לבעלה.¹⁶⁵ בית המשפט מציין כי זהו פגם בתום הלב, ולפיכך הגשתה המוקדמת של התביעה לבית המשפט האזרחי לא תקנה לו סמכות על פני בית הדין הרבני.¹⁶⁶ בית המשפט מתחבט אם להשתמש בהוראת סעיף 8(א) לחוק כדי להתגבר על בעיית חוסר תום הלב ולהעניק בכל זאת סמכות לבית המשפט האזרחי.¹⁶⁷ שוב נראה כי נורמת תום הלב נתפסת כחלק מסדרי הדין החקוקים עד שיש צורך בהוראת סעיף 8(א) לחוק כדי לסטות הימנה. שוב הרטוריקה שנקט השופט מסורבלת ומפתיעה, שכן היה אפשר להגיע

161 תמ"ש (משפחה ת"א) 47230-09 פלוגית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 27.5.2010).

162 שם, פס' 5 ו-10 להחלטה.

163 שם, פס' 11–12 להחלטה.

164 ראו תק' 368 לתקנות.

165 ראו תמ"ש ל.א, לעיל ה"ש 75.

166 שם, פס' 7 ו-12 להחלטה.

167 שם, פס' 15 להחלטה.

לאותה תוצאה בדרך פשוטה יותר. במקום לבחון אם ראוי לסטות מנורמת תום הלב באמצעות נורמת הצדק, היה מקום להתייחס לאי-ההמצאה ביתר סלחנות, כפי שאף הוצע לעיל,¹⁶⁸ ולהחיל סטנדרט תום לב נמוך יותר ומבלי להיזקק לנורמת הצדק. הפעלת נורמת הצדק משמעה למעשה החלת סטנדרט תום לב נמוך יותר. שימוש בשתי נורמות בעלות תוכן זהה, העמום כשלעצמו, מכביד על הבניית מודל קוהרנטי וסדור לשיקול הדעת בהחלת נורמת תום הלב.

גם אם ההתנהלות הדיונית המתחייבת מהנורמות האמורות זהה אפשר להעלות הבחנה חשובה ביניהן לנוכח הלכת בוטח. הלכה זו עוסקת בהוראת תקנה השוללת את תחולתו של פרק הליכי הגילוי המוקדם הכללי בבתי המשפט לענייני משפחה.¹⁶⁹ בית משפט בערכאה קמא נזקק להוראת סעיף 8(א) לחוק כדי לסטות מהוראת התקנה ולצוות בכל זאת על גילוי מסמכים. קביעה זו נהפכה בערעור.¹⁷⁰ בית המשפט המחוזי קבע כי הוראת סעיף 8(א) לחוק מאפשרת לסטות רק מסדרי דין כלליים המאומצים בבתי המשפט לענייני משפחה, אך אין היא מאפשרת לסטות מההוראות הייחודיות שנתקנו במיוחד בשביל בתי המשפט לענייני משפחה.¹⁷¹ כלומר אין לסטות מהוראת התקנה האוסרת לאמץ את הליכי הגילוי המוקדם הואיל והיא תקנה ייחודית לדיני המשפחה. קביעה זו אושרה בבית המשפט העליון והפכה להלכה מחייבת.¹⁷² הלכה זו מבחינה אפוא הבחנה ניכרת בין הנורמות: כאשר בעל דין נוהג בחוסר הגינות דיונית בסדרי דין ייחודיים לדיני המשפחה, ובית המשפט מבקש לסטות מהם בגין כך, אין לו אלא להיזקק לעקרון תום הלב,¹⁷³ שכן הוראת סעיף 8(א) לחוק איננה עומדת לרשותו בשל הלכת בוטח. לעומת זאת כאשר בעל דין נוהג בחוסר הגינות דיונית בסדרי דין כלליים, המאומצים בבית המשפט לענייני משפחה, ובית המשפט מבקש לסטות מהם בגין כך – הוא רשאי להיזקק לעקרון תום הלב או להוראת סעיף 8(א) לחוק. אם כן, מבחינת היקפה

168 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 82–86.

169 תק' 258ט(ד) לתקנות.

170 בר"ע (מחוזי ב"ש) 994/99 בוטח נ' בוטח, פס' 4 לפסק הדין (פורסם בנבו, 2.3.2000).

171 שמה כעת, לאור המודל המוצע כאן, אפשר להבין טוב יותר את הלכת בוטח. שלילת אפשרות למתן צו לגילוי מסמכים אכן עלולה לפגוע בערך של גילוי האמת, אך יש בה כדי לקדם את יישוב הסכסוך מהר יותר, כאחת התכליות הנדרשות בבית המשפט לענייני משפחה.

172 רע"א 2466/00 בוטח נ' בוטח (פורסם בנבו, 19.11.2000).

173 לאור מסקנתי זו, אכן לא ברור מדוע בתי המשפט למשפחה השתמשו בדרכים מקוריות לא פשוטות כדי לאמץ את הליכי הגילוי המוקדם בבית המשפט לענייני משפחה כאשר עומדת לרשותם נורמת תום הלב. ראו בש"א (משפחה ת"א) 15094/99 ר' ל' נ' ח' ל', פ"מ התשס"א 136 (2001); בש"א (משפחה חד') 1894/06 כ.ג. נ' בנק הפועלים (פורסם בנבו, 25.10.2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 31010/03 ע.א נ' ע.או (פורסם בנבו, 22.1.2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 3342/97 ו. נ' א. (פורסם בנבו, 31.5.2005). וראו יצחק כהן "בין סדר הדין בבתי משפט הכלליים לסדר הדין בבתי משפט למשפחה – סוגיית גילוי המסמכים" דין ודברים 405 (2012).

נורמת תום הלב רחבה מנורמת הצדק הואיל ואפשר להפעילה גם בסדרי הדין הייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה. מנגד, מבחינת תוכנה נורמת תום הלב צרה מנורמת הצדק, הואיל והיא מתמקדת בבחינת התנהגות בעלי הדין, ואילו נורמת הצדק מתירה שקילת כל שיקול שבכוחו להוביל לתוצאה צודקת יותר, לרבות שיקולים החיצוניים להתנהגות הצדדים.¹⁷⁴

בית המשפט בוחן את התנהלותו הדיונית של בעל דין לא רק באמצעות שתי הנורמות הקודמות כי אם גם באמצעותה של נורמה שלישית. נורמה זו מורכבת משני חלקים: שימוש לרעה בהליך שיפוטי והסמכות הטבועה של בתי המשפט. החלק הראשון הוא הנורמה עצמה. החלק השני, סמכות טבועה, הוא המקור הנורמטיבי למתן סעד דיוני בגין הפרת הנורמה.¹⁷⁵ סמכות זו היא חלק מהסמכויות הנתונות בידי בית המשפט בשל עצם אופיו של המוסד השיפוטי ולשם הסדרת התנהלותו התקינה של הדיון השיפוטי.¹⁷⁶ אין היא מצטמצמת רק למקרים שבהם התנהלותו הדיונית של בעל דין היא שימוש לרעה בהליך שיפוטי.¹⁷⁷ אך היא משרתת את בית המשפט גם במקרה פרטי זה. נורמת תום הלב ונורמת איסור השימוש לרעה כרוכות זו בזו ומזינות זו את זו, וכך נאמר בעניין דיסקונט:

עקרון תום-הלב מהווה עקרון-על בשיטתנו המשפטית [...] מעקרון זה נגזר כי על בעלי הדין להפעיל את הזכויות והחובות המעוגנים בכללי הפרוצדורה האזרחית בדרך מקובלת ובתום-לב [...] מחובת תום הלב הדיוני נגזר האיסור על ניצול לרעה של הליכי משפט. תכליתו של איסור

174 כך הוא נוסחה של הוראת ס' 8(א) לחוק: "בכל ענין של דיני ראיות וסדרי דין, שאין עליו הוראה אחרת, לפי חוק זה, ינהג בית המשפט בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק; אין בהוראה זו כדי לגרוע מכללי חסינות עדים או כללי ראיות חסויות". הוראה זו חוזרת בתק' 258ב(ג) לתקנות, וזו לשונה: "בית המשפט רשאי לסטות מהוראות שבפרקים אחרים שבתקנות אלה ולנהוג בדרך הנראית לו הטובה ביותר לעשיית משפט צדק".

175 מדובר ב"אותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק", דברי השופט ברנזון בד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 96, 89 (1974); עוד ראו עניין לב, לעיל ה"ש 103, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא (כתוארו אז) ברק; ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פס' 15–16 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (2001).

176 מדובר בסמכות שבשיקול דעת – הן לעניין עצם הענקת הסעד והן לעניין מהות הסעד שניתן. ראו ע"א 539/78 לואל נ' לויס, פ"ד לד(4) 286, פס' 7 לפסק דינו של השופט לוין (1980); עניין רוקר, לעיל ה"ש 9, פס' 19 לפסק דינו של השופט אנגלרד; לוין, לעיל ה"ש 6, בעמ' 64; דליה אבן "סמכותו הטבועה של בית-המשפט: מקור לסעדי יושר" משפטים ז 490 (1977); פנחס גולדשטיין "הסמכות הטבועה של בית המשפט" עיוני משפט י 37 (1984).

177 ראו למשל ע"א 615/84 אברהם מרקוביץ – חברה לבנין ולהשקעות בע"מ נ' סתם, פ"ד מב(1) 541, 545 (1988) (להלן: עניין מרקוביץ).

זה כפולה: במישור הציבורי, מטרתו לשמור על התקינות והטוהר של ההליך השיפוטי ולמנוע מבעל-דין להשתמש לרעה בבתי-המשפט ובכך לפגוע בהשלטת הצדק. במישור הפרטי, מטרתו למנוע תוצאות בלתי הוגנות בין בעלי-הדין המתדיינים בפני בתי-המשפט [...] לצד האיסור על שימוש לרעה בהליך השיפוטי, מסורה בידי בית-המשפט סמכות טבועה למתן סעד דיוני בגין שימוש לרעה בהליכי משפט.¹⁷⁸

ניסוח זה של הדברים מלמד כי נורמת תום הלב הדיוני קדמה לנורמת איסור הניצול לרעה של ההליך השיפוטי. ולא היא: נורמת איסור השימוש לרעה בהליך השיפוטי קיימת בשיטה עוד בטרם נוסדה נורמת תום הלב הדיונית.¹⁷⁹ מלבד זאת שלא כמו נורמת השימוש לרעה, לנורמת תום הלב תפקיד "כפול": מכוחה נבחנת התנהלותו הדיונית של בעל הדין, ומכוחה גם נגזר הסעד הדיוני. בית משפט הנזקק לנורמת תום הלב אינו נזקק לדוקטרינת הסמכות הטבועה כדי להעניק את הסעד הדיוני. עקרון תום הלב הוא המקור הנורמטיבי הן לנורמה והן להענקת הסעד.¹⁸⁰

ומה באשר לתוכן של נורמת תום הלב ונורמת איסור השימוש לרעה? האם גם ביניהן יש חפיפה? והאם רמת ההתנהלות הדיונית המתחייבת משתיהן זהה? לשאלה זו אפשר לכאורה למצוא תשובה בבג"ץ 5918/07 פלונית:

כמו עקרון תום-הלב, אף גבולות האיסור על שימוש לרעה בהליכי משפט אינם ניתנים לתחימה מראש, שכן מדובר במושגים דינאמיים ויחסיים המקבלים את תוכנם המהותי בהתאם לנסיבות העניין ולדרך בה יושמו ממקרה למקרה. ככלל, התפיסה המנחה בהקשר זה הינה כי השמירה על האינטרס האישי של בעל-דין צריכה להיעשות תוך התחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים להליך, ותוך מילוי חובותיו של בעל-דין כלפי בית-המשפט.¹⁸¹

178 עניין דיסקונט, לעיל ה"ש 4, פס' 4–6 לפסק הדין.

179 ראו למשל המ' 280/57 חכמוב נ' שמידט, פ"ד יב 59 (1958); ע"א 140/56 מוגרבי נ' ורדימון, פ"ד יא 1242, 1250 (1958). בעוד שחובת תום הלב הדיונית הוחלה לראשונה בעניין שילה, לעיל ה"ש 5.

180 אמנם בעניין רוקר השופט חשין כותב כי הסעד עצמו הוא עניין לסמכותו הטבועה של בית המשפט ואינו נובע מהחוק עצמו או מהדין המהותי. לטענתו, השופטים המחזיקים בפירוש אובייקטיבי למונח "תום הלב" סוברים כי אין מדובר בסמכות טבועה כי אם בסמכות הנובעת מהעיקרון עצמו. ראו עניין רוקר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 262, 268. אך לעומתו הנשיא ברק בפס' 19 לפסק דינו בעניין רוקר סובר כי אין להרחיב את המונח "סמכות טבועה" מעבר לעניינים שבדין.

181 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

פסקה זו מלמדת למעשה כי הנורמות דומות בתוכנן, אך נורמת תום הלב היא רחבה יותר ומכילה בתוכה את נורמת "אי שימוש לרעה".¹⁸² לצד נורמת הצדק, המשתקפת מהוראת סעיף 8(א) לחוק, הן עוסקות כולן באותו נושא:¹⁸³ ההתנהלות הדיונית הראויה של בעל הדין. שלושתן נורמות בעלות רקמה פתוחה וגמישה, המתמלאות בתוכן לפי שיקול דעתו של בית המשפט. משלושתן נגזרת למעשה רמת הגינות דיונית דומה: "התחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים". נורמות אלו משמשות בערכוביה בשיטה ואין כל מודל ברור להחלתן. למרות זאת דומה כי תוכנו של האיסור לשימוש לרעה בהליכי משפט צר מתוכנו של עקרון תום הלב. קיימת התנהגות שאינה תמת לב אך גם אינה שימוש לרעה בהליכי משפט. למשל, השתהות במימוש הליכי הוצאה לפועל וכן אי-המצאת כתבי בית דין.

נדמה כי בתי המשפט חשים תחושת אי-נוחות בשימוש בנורמות בעלות דרגת עמימות גבוהה במישור הדיוני ללא מודל קוהרנטי ומגובש. בניסיון לרכך את התחושה קבע בית המשפט כי הנורמות הללו מבוססות על אמת מידה אובייקטיבית, הנגזרת מרמת ההתנהגות המצופה והראויה בכל מקרה ומקרה. אולם מנגד סיים בית המשפט באמרו כי עם זאת אמת המידה המרכזית היא סבירות והגינות.¹⁸⁴ הגדרות אלו אינן מקדמות את השיטה אל עבר מודל ברור ותחום להחלת הנורמות. כיצד אפשר לומר כי אמת המידה היא "אובייקטיבית" אם נגזרת היא מרמת ההתנהגות "המצופה והראויה"? כיצד אפשר לומר כן אם נגזרת היא מ"סבירות והגינות"? בסופו של דבר גם מושגים אלו הם בעלי

182 ראו יהושע ויסמן דיני קניין כרך שני – בעלות ושיתוף 69 (1997), הסובר כי הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות אינה אלא ביטוי של העיקרון הרחב יותר, עקרון תום הלב. עוד הוסיף וכתב שם בעמ' 71: "ניתן לוותר על הדוקטרינה של שימוש-לרעה בזכות ולהסתפק בתחולה של עקרון תום הלב על כל הזכויות שבתחום המשפט הפרטי". אמנם דבריו אינם עוסקים בשימוש לרעה בהליך שיפוטי כי אם בשימוש לרעה בזכות קניינית, אך אפשר להשליך מזה על זה.

183 לעניין הזהות בין חובת תום הלב לחובת הצדק ראו אורי ידין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה 50, 56 (שמעון שטרית עורך, 1976). כן ראו עניין רוט, לעיל ה"ש 56, בעמ' 636.

184 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "בדומה לעקרון תום-הלב, אף האיסור על ניצול לרעה של הליכי משפט מבוסס בעיקרו על אמת-מידה אובייקטיבית, הנגזרת מרמת ההתנהגות המצופה והראויה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה. כוונותיו הסובייקטיביות של בעל-דין והשאלה האם פעל בזדון עשויה להשליך על המסקנה האם נעשה שימוש לרעה בהליכי משפט; עם זאת, אמת-המידה המרכזית בהקשר זה הינה סבירות והגינות, קרי – כיצד בעל דין סביר והגון היה נוהג בנסיבות המקרה". אשר לשיקול הדעת בעניין מתן סעד בגין התנהלות חסרת תום לב מפנה בית המשפט לדברים שנכתבו בעניין דיסקונט, לעיל ה"ש 4, פס' 8 לפסק הדין. לעניין אמת המידה האובייקטיבית ראו גם בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 835 (1980).

דרגת עמימות גבוהה. מדובר אפוא באמת מידה סובייקטיבית ולא אובייקטיבית.¹⁸⁵ תוכנה ההחלטות שנותחו לעיל, שבהן הערכאה הדיונית וערכאת הערעור ראו התנהלות דיונית זהה בראייה שונה.¹⁸⁶

ראוי אפוא להתרכז בנורמת תום הלב הרחבה מנורמת הצדק בתחולתה (המוגבלת לסדרי דין כלליים) והרחבה מנורמת השימוש לרעה בתוכנה.¹⁸⁷ המודל שהצעתי כאן להחלת נורמת תום הלב עשוי לגבש קוהרנטיות וסדר בהחלטה. מודל זה מוגדר יותר ממודל "ההתחשבות בציפיות הדיוניות המוצדקות של הצדדים האחרים". שימוש בנורמה אחת כנורמה מובילה בכל מקרה לפי אופיו עשוי לשכלל את המודל מפסיקה לפסיקה ולהיטיב עם הפעלתו ויישומו. ספק בעיניי אם המחוקק הראשי היה מחוקק את הוראת סעיף 8(א) לחוק אילו חזה מראש את התחולה האינטנסיבית של עקרון תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה,¹⁸⁸ אם כי כאמור נורמת הצדק כוללת גם עניינים שאינם נוגעים להתנהגות הצדדים.

למודל קוהרנטי ואחיד המתגבש מפסיקה לפסיקה ואינו מופרע מנורמות אחרות חשיבות רבה. לנורמות המבוססות על קני מידה סובייקטיביים ללא מודל קוהרנטי, שאליהן בית המשפט יוצק תוכן רק לאחר מעשה, ולמעבר מכללים לסטנדרטים ולאמות מידה יש לא מעט עלויות במישור הדיוני: הוודאות והיציבות נעדרות; סדרי הדין חדלים מלשמש כתמריצים להכוונת הדרך; בעלי הדין אינם יכולים לתכנן מהלכיהם כראוי; ציפיותיהם הסבירות של בעלי הדין נפגעות; יכולת ערכאת הערעור להעביר בשבט ביקורתה החלטות המתבססות על נורמות אלו מוגבלת מטבעה ועוד.¹⁸⁹ אני ער לכך כי גם המודל שהצעתי לעיל, המבקש להתאים את נורמת תום הלב לתכלית בית המשפט לענייני משפחה ולתכלית ההליך הספציפי, איננו קל ליישום: ראשית, קיימים הליכים

185 כוונתי היא לעניינים הסובייקטיביות של בתי המשפט השונים. דיון זה נושק, ולא חופף, לדיון הרחב המתקיים בנושא הפן הסובייקטיבי של בעל הדין עצמו. ראו למשל דעת השופט (כתאורו אז) חשין בעניין רוקר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 251, המפנה לדבריו של השופט י' כהן בע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 248, 231 (1977).

186 ראו למשל בע"מ 1358/06 פלוני, לעיל ה"ש 69, וכן עניין רודן, לעיל ה"ש 113.

187 ראו הדיון לעיל הנוגע לפרשת בוטח, בטקסט הצמוד לה"ש 172, וכן דיונו של ויסמן, לעיל ה"ש 182.

188 הצעתי זו מתייחסת רק לצמצום השימוש בנורמת תום הלב במישור הדיוני. אינני מתייחס לשימוש בנורמת תום הלב במישור המהותי, אשר בו מתקיים דיון אחר לחלוטין. ראו למשל עניין בבלי, לעיל ה"ש 50; רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003); בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 (2000).

189 ראו הדיון הרחב אצל שורץ סדר דין אזרחי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 57–72 וההפניות שם. בע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ"ד מב(2) 278, 290–291 (1998), נכתב: "כאשר חוק מעניק לאדם יכולת לבצע פעולה משפטית, עליו להפעיל יכולת זו בתום לב [...] וכאשר יובהר לכל אדם, כי 'אדם לאדם – אדם' [...] יגבר הביטחון המשפטי". אמירה זו נכונה אולי במישור המהותי, אך ספק בעיניי עד כמה נכונה היא במישור הדיוני.

יחודים בדיני המשפחה שתכליתם אינה כה ברורה. שנית, גם אם התכלית הייתה ברורה, עדיין ייתכן שיקול דעת בשאלה מהי רמת ההגינות הדיונית הנדרשת על פי אותה תכלית. שלישית, גם אם תתברר רמת ההגינות הדיונית הנדרשת, עדיין ייתכן שיקול דעת באשר לסעד הדיוני הראוי בעקבות הפרת הנורמה. זוהי שרשרת משולשת של החלטות, התלויות זו בזו, וכל חוליה וחוליה תלויה בשיקול דעת. שיקול הדעת הוא הפעלת מבחן ערכי ומוסרי במישור המבקש ליצור כללים ברורים ואחידים. מפגש זה יוצר מתח. איני סבור כי אפשר לחזור לאחור, לשיטה דיונית ללא שיקול דעת כלל. גם איני סבור שצריך לחזור. אך בהחלט אפשר וראוי לצמצם את השימוש במספר הנורמות המעורפלות לנורמה המרכזית והמקיפה יותר, ובעניינה להגדיר מודל ברור להחלטה ככל האפשר. כמו כן ראוי לצמצם את השימוש בעקרון-העל של תום הלב כאשר אפשר להתמודד עם הנסיבות בעזרת דוקטרינות מקומיות.¹⁹⁰

ה. האם עמידתו של צד על זכויותיו הדיוניות תיחשב הפרת תום לב?

ניתוח ההחלטות דלעיל מביא אותי לחלקן לשלוש קטגוריות: הקטגוריה הראשונה עוסקת בבעל דין שלא נהג כמצוות התקנות או ההלכה הפסוקה. למשל: אי-המצאת כתבי בית הדין, הגשת בקשה לסעד זמני ללא פירוט העובדות הרלוונטיות ועוד. במקרים אלו בית המשפט קובע כי התנהגותו של בעל דין אינה עומדת בחובת תום הלב וגוור סעד דיוני מסוים. ספק אם השימוש בעקרון תום הלב הוא חיוני וספק אם הוא נכון. הפרתן של התקנות היא היא המקור הנורמטיבי להענקת הסעד הדיוני לבעל הדין שכנגד, והחלת נורמת תום הלב נראית מיותרת. נראה כי בתי משפט נזקקים בכל זאת לנורמה זו כדי ליתן לגיטימציה לפסיקת הוצאות מוגברות או כדי להביע את שאט נפשם מהתנהלות דיונית זו.¹⁹¹ הקטגוריה השנייה עוסקת בבעל דין הפועל על פי ההלכה המקובלת אלא שהוא כ"נבל ברשות ההלכה".¹⁹² כלומר, פורמלית אין מוטל לכאורה כל דופי בהתנהגותו

190 ראו דבריו של השופט חשין ברע"א 1407/94 Mediterranean Shipping co. S.a (suisse) נ' Credit Lyonnais, פ"ד מח(5) 122, פס' 7 לפסק דינו (1994): "על דוקטרינת תום הלב תיבנה שיטת משפט, והאומר כי בה גנוזה כל התורה כולה – וכי אידך פירושה הוא – לא ירחק מן האמת. ואולם דווקא מטעם זה, ובהיות דוקטרינת תום הלב מה שהיא, דומני כי ראוי שנידרש לה רק במקום שכלים של יום-יום לא יצלחו בידנו. כפי שראינו, כלי מלאכה של חול מזומנים לנו, ולדעתי ראוי כי נידרש להם בראש ובראשונה".

191 לעניין פסיקת ההוצאות לטובת אוצר המדינה מכוח הוראות קיימות ראו רע"א 1514/06 תדיראן מוצרי צריכה בע"מ נ' שאול (פורסם בנבו, 24.4.2006).

192 ראו ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237 (1984), וכן עניין זוננשטיין, לעיל ה"ש 189, בעמ' 290.

הדיונית, אלא שפעולתו אינה לפי רוח ההלכה ותכליתה. למשל: בעל דין רשאי להעלות טענת סמכות עניינית בכל שלב של הדיון, אולם בעל דין המבקש להשתמש בזכות זו בזמן שידע על בעיית הסמכות וכבשה בלבו, משתמש בה שימוש לא ראוי, גם אם מותר. לשם שלילת הזכות נזקק בית המשפט לנורמת תום הלב.¹⁹³ למשל בהליכי מימוש בהוצאה לפועל לבעל הדין זכות דיונית שלא לממש מיד את פסק הדין. בית המשפט נזקק לעקרון תום הלב כדי לשלול ממנו את זכות המימוש במועד מאוחר יותר;¹⁹⁴ למשל העילה הנמשכת: בעל דין זכאי פורמלית לחזור ולהגיש תביעה באותה עילה בהסתמך על טענה של שינוי נסיבות. בעל דין רשאי לטעון כי גם עליית המדד היא שינוי בנסיבות, ופורמלית הצדק עמו.¹⁹⁵ במקרים שבקטגוריה זו ההיזקקות לעקרון תום הלב ראוייה יותר וחיונית יותר. בלעדיה אי אפשר להעניק סעד דיוני לבעל הדין שכנגד, הואיל ועל פני הדברים בעל הדין פועל על פי הלכה מקובלת.¹⁹⁶

הדוגמות האחרונות עסקו בהלכה הפסוקה. אך מה בנוגע לבעל דין הפועל על פי הוראה חקוקה? האם גם נגדו אפשר לומר כי הוא פועל שלא בתום לב? זו הקטגוריה השלישית. בפרשה העוסקת בבקשת יישוב הסכסוך קבעה הנשיאה ביניש כי בעל דין הממלא אחר מצוות התקנות אי אפשר לתפסו ברשתו של תום הלב, אם כי היא תלתה את העניין גם בשאר הנסיבות.¹⁹⁷ קיימות גם הלכות הפוכות. למשל, כלל ההמצאה: בעל דין אמור להגיב להליך רק כאשר נמסר לידי מסמך מטעם הצד שכנגד, ומניין הימים לא יימנה ללא המצאה.¹⁹⁸ אף שבעל דין יודע על מסמך אין הוא מחויב לנקוט הליכים כל עוד לא הומצא לו המסמך בדרכים המקובלות בתקנות. בית המשפט נזקק לעקרון תום הלב, ממיר את כלל ההמצאה בכלל הידיעה וקובע כי בעל דין העומד על זכותו הדיונית להמצאת המסמך נוהג בחוסר תום לב אף שהוא פועל על פי מצוות התקנות.¹⁹⁹ למשל, הסכם שלא אושר על ידי בית המשפט חסר תוקף על פי הוראת חוק יחסי ממון. בית המשפט נזקק לעקרון תום הלב כדי ליתן תוקף להסכם כאשר בעל דין נהנה ממנו וטוען לחוסר תוקפו.²⁰⁰ דוגמות אלו מלמדות על כוחו כי רב של עקרון תום הלב בשיטתו המשפטית. לא בא הסוף על הזדקקותם של בתי המשפט לעיקרון כדי לשלול זכות דיונית שהוענקה בפסיקה, אלא שהם נזקקים לעיקרון זה גם כדי לשלול זכות דיונית שהוענקה בחוק החירות.

193 ראו לעיל ה"ש 132.

194 ראו לעיל ה"ש 127.

195 ראו לעיל ה"ש 97.

196 כך גם בעניין פירוש נכס חיצוני בתביעה הרכושית בבית הדין, ראו לעיל ה"ש 54.

197 בג"ץ 5918/07 פלונית, לעיל ה"ש 22, פס' 40–41 לפסק הדין.

198 ראו למשל הוראת תק' 402 לתקנות, וכן פרק לב לתקנות.

199 ראו לעיל הדין בטקסט הצמוד לה"ש 73.

200 ראו לעיל הדין בטקסט הצמוד לה"ש 113.

עמידה על זכויות דיוניות חקוקות הנתפסת ברשתו של עקרון תום לב אינה פשוטה. הביקורת בעניין רבה: זכויות אלו משקפות את האזון הראוי בין ערכים כיעילות, ודאות ויציבות לבין הגינות דיונית תוך הבאת השיקולים של כלל המערכת הדיונית בחשבון.²⁰¹ עמידה על קיומו של הכלל הדיוני אמורה להיחשב לגיטימית ולעומדת בסטנדרט ההגינות הדיונית. סדרי הדין הם הקובעים את הדרך היעילה ביותר להגשמת זכויותיהם של בעלי הדין ומאזנים בין האינטרסים המתחרים, לרבות ערך ההגינות הדיונית.²⁰² קבלת טענה של היעדר תום לב נגד בעל דין המבקש לעמוד על זכותו משמעה השלטת ערכים אחרים על ידי השופט, השונים מאלה שהכלל הדיוני כבר איזנם בדרך המסוימת הקבועה בכלל.²⁰³ ביקורת זו מקבלת משנה תוקף כשעסקינן בסדרי דין ייחודיים לדיני המשפחה. מחוקק המשנה הכיר את ההסדר הקיים, ובכל זאת יצר הסדר ספציפי המאזן איזון מדויק יותר בין הערכים האמורים. קביעה כי בעל דין העומד על זכותו הדיונית בדיני המשפחה הוא חסר תום לב נוגדת למעשה את האזון הספציפי שנקבע על ידי מתקין התקנות. הצעת מודל קוהרנטי וסדור להחלת נורמת תום הלב מרככת ביקורת זו. קביעת סטנדרט תחום להחלת הנורמה מאזנת בין יצירת נורמה סגורה על ידי המחוקק מסוג כלל (כנורמות הקבועות בסדרי דין) לבין יצירת נורמות פתוחות החיוניות להגעה לתוצאות צודקות יותר במקרים פרטיים.

סיכום

מאמר זה מציע מודל נורמטיבי להחלה קוהרנטית של עקרון תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה. חלקו הראשון של המאמר עוסק בהיבט הנורמטיבי-עקרוני. נקודת המוצא של המאמר היא כי יש להתאים את החלת העיקרון לתכלית המשולבת של הקמת בית המשפט לענייני משפחה המבוססת על תכלית מהותית ועל תכלית פרוצדורלית. התכלית המהותית היא יצירת ערכאה מקצועית בעלת כלים ייחודיים להתמודדות עם סכסוכים משפחתיים וריכוז כל הסמכויות בערכאה אחת לשם פתרון אחיד וגלובלי של הסכסוך המשפחתי. התכלית הפרוצדורלית היא חתירה לפתרון מהיר ויעיל של הסכסוך המשפחתי. מלבד זאת יש להתאים את החלת הנורמה לתכליתו הספציפית של כל הליך והליך. החלת הנורמה בסדרי הדין בדיני המשפחה אמורה להיות שונה מהחלתה בסדרי הדין הכלליים: התכלית של סדרי הדין בדיני המשפחה איננה בירור הפלוגתות כתכליתו של סדר הדין האזרחי הכללי. גם יחסי הצדדים אינם זהים.

201 ראו למשל עניין מרקוביץ, לעיל ה"ש 177, בעמ' 545; ע"א 32/89 גולן נ' עלוני, פ"ד מו(3) 665, 671 (1992).

202 עניין א.ב. נ' א.ש., לעיל ה"ש 101.

203 שוורץ "תחולת עקרון תום הלב", לעיל ה"ש 20, בעמ' 313.

הצדדים לסכסוך המשפחתי אינם יריבים זה לזה כבמישור הדיוני הכללי, והם גם אינם שותפים לחוזה כבדיני החוזים.

המאמר מציע מודל גמיש לסטנדרט תום הלב בסדרי הדין בבית המשפט לענייני משפחה. הסטנדרט מסווג לפי מידתיות הסטנדרט הראוי בכל הליך והליך, ומחולק לשלושה: המרכזי והעיקרי שבהם הוא סטנדרט הביניים, הגבוה מסטנדרט תום הלב הדיוני אך נמוך מסטנדרט תום הלב החוזי. בדרך כלל התנהגותו של בעל דין בסדרי הדין בידי המשפחה תיבחן על פי סטנדרט זה, הואיל והצדדים לסכסוך המשפחתי נעים בין צדדים יריבים לצדדים השותפים לחוזה. הסטנדרט השני הוא סטנדרט גבוה יותר של תום לב, השווה לסטנדרט תום הלב החוזי או גבוה הימנו. השלישי הוא סטנדרט נמוך יותר של תום לב, השווה לסטנדרט תום הלב הדיוני או נמוך ממנו. שני הסטנדרטים האחרונים יחולו כאשר תכלית ההליך הספציפי תחייב זאת. מודל גמיש זה יעצב את רמת ההתנהגות הראויה בכל הליך והליך בבית המשפט לענייני משפחה ויסייע בידי בבחינת התנהגותם של הצדדים. המודל יסייע גם בקביעת הסעד הראוי בגין הפרתו של סטנדרט תום הלב הדיוני המשפחתי.

ניתוח הפסיקה הפוזיטיבית בחלקן השני של המאמר מלמד כי השימוש כיום בנורמת תום הלב בידי המשפחה נעשה ללא מודל ברור ובאופן אינטואיטיבי לחלוטין. גם הסעדים הנגזרים אינם תואמים את אופי הסכסוך המשפחתי. נראה כי אילו היה המודל להחלתה של נורמת תום הלב מותאם לתכלית הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה בכלל ולתכליתו של כל הליך והליך בפרט, היה מקום לקבל החלטות שונות. המאמר בוחן בהרחבה סוגיה אחר סוגיה בידי המשפחה, כמו גם בהליכים כלליים המאומצים בבית המשפט לענייני משפחה, ומיישם את המודל המוצע.

במסגרת הבניית מודל קוהרנטי להחלת נורמת תום הלב המאמר מציע גם לצמצם את השימוש בנורמות הפתוחות הנוספות הקיימות בסדרי הדין: נורמת הצדק מכוח סעיף 8(א) לחוק ונורמת איסור השימוש לרעה בהליכים משפטיים. נורמת תום הלב רחבה מבחינת היקפה מנורמת הצדק, הואיל ואפשר להפעילה גם בסדרי הדין הייחודיים בבית המשפט לענייני משפחה. נורמת תום הלב רחבה גם מנורמת איסור השימוש לרעה בהליכי משפט. המאמר מציע להתרכז בנורמת תום הלב הרחבה יותר ולשכלל את השימוש בה מפסיקה לפסיקה תחת השימוש בכל שלוש הנורמות הפתוחות האמורות בערבוביה.

ולסיום, העומסים הקיימים היום במערכת המשפט הישראלית²⁰⁴ ולצדם התכלית החותרת לסיים סכסוכים בידי משפחה באופן מהיר, יעיל וצודק, אינם מאפשרים למישור הדיוני את הפריבילגיה להימנע מלהיזקק לעקרון תום הלב. עם זאת תחולתה של

204 ראו למשל רענן סוליציאנו-קין, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות – דו"ח מסכם (2007); משה בורנבסקי ורן לחמן "ישימות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על מערכת בתי-המשפט בישראל" הפרקליט מ 269, 270 (1992).

נורמה פתוחה מסוג סטנדרט במישור הדיוני, השייך למשפחת הכללים והנורמות הסגורות, גורמת למתח רב ומפרה את האיזון הראוי בין סדרי דין קבועים ואחידים לבין מתן שיקול דעת לבית המשפט לסטות מהם במקרה הצורך. ניתוח המצב המשפטי הפוזיטיבי מלמד כי השימוש בעקרון תום הלב בדיני המשפחה הוא קזואיסטי וללא כל מסגרת תחומה וברורה. שימוש אינטואיטיבי זה מכביד על המתח האמור ומעמיק את הפרת האיזון. מאמר זה הוא ניסיון ראשון לקבוע מודל קוהרנטי וקווים מנחים לתחולת העיקרון בסדרי הדין בדיני המשפחה, וממילא ניסיון ראשון ליישב את המתח האמור.