

מירוצ' הסמכויות "חי ובעט": מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

מאת

רות זפרן*

לפחות להלכה היה אפשר לחשוב כי עוקצו של "מירוצ' הסמכויות" ניטל ממנו, וכי סמכותם האפקטיבית של בתי הדין הרבניים הלכה והצטמצמה. סוגיות רבות הוצאו מהפקטור מסמכות בית הדין הדתי, או שהתאפשר לבעלת דין נחושה ובעלת משאבים להתחמק מסמכותו של בית הדין בתביעות הנלוות לתביעת הגירושין או להכפיף את הכרעתו בהן לפיקוח אפקטיבי של בג"ץ. גם הפער בין תוכני הדין צומצם במידת מה, אם כי מעולם לא נסגר. בתי הדין חויבו לפעול על פי חקיקה אזרחית מהותית ודיונית. בנוסף הכפיף בית המשפט העליון את בתי הדין הרבניים לדין כפי שעוצב בפסיקה וחייבם להכיר, הן במישור הפרוצדורלי והן במישור המהותי, בעקרונות ובזכויות יסוד שפותחו על ידיו.

אולם מה שנראה כמו "ניצחון בנקודות" של המערכת האזרחית על הדתית, או נכון יותר של המתדיינת המבקשת להגיע למערכת האזרחית, או להתדיין על פי דיניה, על בן זוגה המתדפק על דלתות בית הדין הרבני, השתנה בשנים האחרונות. בסדרת פסקי דין של בית המשפט העליון מהעשור האחרון זוכה בית הדין לרוח גבית, מבסס מחדש את סמכותו וכוחו, ומירוצ' הסמכויות מוזנק מחדש. בית המשפט הגבוה לצדק ממעט לקבל עתירות המוגשות נגד בית הדין, ובאלה שבהן הוא בוחר לדון לגופן הוא מאשר לעתים מזומנות את קביעותיו של בית הדין, ולמעלה מכך – אף מפתח הלכות הפוגעות למעשה בעצמאותו של בית המשפט לענייני משפחה. פסקי דין אלה, שבהם אדון בהרחבה במאמר זה, ממריצים את מירוצ' הסמכויות ומחריפים את המאבק בין בעלי דין, בהרחיבם את מגוון הכלים המצוי בידם לניהולו. בנוסף מעצימים פסקי דין אלה את

* מרצה בכירה, בית ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. ברצוני להודות למכון הדסה-ברנדייס שלייד אוניברסיטת ברנדייס על התמיכה הנדיבה במימון המחקר. תודה מקרב לב לעוזרי המחקר הנפלאים שלי, דסי אנדרמן שחר, שחר פרידמן, קרן אנדרמן וליעד טץ. כן ברצוני להודות לאלה: אורי אהרונסון, רבקה ווייל, יואב טל, יצחק כהן, יהודית מייזלס, יוסף מנדלסון, עמיחי רדזינר ואמנון רייכמן על שניאותו לקרוא גרסאות קודמות של מאמר זה ולהעיר את הערותיהם המועילות, ולאחרון ברק, נטע וינשטיין ופסח קניר על שאפשרו לי להיוועץ בהם במגוון עניינים. תודה ליעל קריב, עורכת כתב העת, על שסייעה בליטוש הרעיונות ובעריכת המאמר. תודה לשמעון יעקבי, היועץ המשפטי לשיפוט הרבני, על נתונים שסיפק בידי בדבר היקף העתירות שהוגשו והתקבלו נגד בית הדין הרבני.

כוחו של בית הדין, כוח שלטעמי אוצר השלכות בעייתיות, אף בלא קשר למירון הסמכויות.

בחלקו הראשון של המאמר אעמוד על תופעת מירון הסמכויות, על שורשיה ועל מאפייניה. לצורך בירור התופעה והשינויים שעברה עם השנים נדרש לעמוד על המבנה של חלוקת סמכויות השיפוט באופן כללי תוך התמקדות בחלוקת הסמכויות והדין כפי שהם רלוונטיים לשאלה המצויה במרכזו של המאמר. בחלק זה אציג את אפיונו של המירון עד לפני שני עשורים כמאבק קוצף שהשפעתו על ניהול הסכסוך המשפחתי הייתה מכרעת וגורלית. בחלקו השני של המאמר אבסס את הטענה כי החל מאמצע שנות השמונים, ובפרט מאז החצי השני של שנות התשעים, הפך מירון הסמכויות למאבק בחזית מוגבלת שהתמריץ לקיימו קטן מהותית. אעמוד על המהלכים בפסיקה שהובילו לתוצאה האמורה, אציג את השינוי שהביאה הקמת בית המשפט לענייני משפחה ואת מה שנראה לשעה קלה כמו עדיפותה של המערכת האזרחית ודיניה. בחלקו השלישי והמרכזי של המאמר אציג את מה שאני מזהה כשינוי מגמה מן השנים האחרונות, הן בחיזוק עקיף של מערך השיפוט הרבני, העלול להעצים את פוטנציאל הפגיעה בזכויות מתדיינים – ובעיקר מתדיינות – בישראל, והן בהגברת התמריצים למירון הסמכויות בין הערכאות, שהשלכותיו על כלל המתדיינים ועל מערכת המשפט מרחיקות לכת.

מבוא. א. השיפוט בענייני המשפחה – בין המערכת הרבנית למערכת האזרחית.
 1. כפילות הסמכויות; 2. כפילות סמכויות – שונות תכנית; 3. "כל הקודם זוכה" – תופעת מירון הסמכויות והשלכותיה; 4. ליקויים בהתנהלות בתי הדין ובפסיקתם; ב. שלחי שנות התשעים – ניצחון בנקודות: עדיפות שיפוטן של הערכאות האזרחיות והדומיננטיות של תוכני הדין האזרחי. 1. כללי; 2. צמצום סמכותם של בתי הדין הרבניים; 3. הכפפת בית הדין לדינים האזרחיים כברירת מחדל; 4. חיזוק עקיף למערכת האזרחית: הקמת בית המשפט לענייני משפחה; 5. חיזוק מוסדות עוקפי־נישואין כדת וכדין ויצירת דיני משפחה אזרחיים; ג. שינוי מגמה – מירון הסמכויות "חי ובוטט".
 1. שינוי מגמה – נתונים מספריים כלליים; 2. שינוי מגמה – בחינת פסיקת בית המשפט העליון לגופה; 3. סמכות בית הדין לדון בסוגיות העולות באשר למוסדות עוקפי־נישואין – ראשיתה של מגמה?; ד. הרהורים לסיום. 1. שינויים בפיקוח בג"ץ על בתי הדין: התעצמות המערכת הרבנית למול זו האזרחית וחשש מפני הסלמת מירון הסמכויות; 2. הסיבות והנסיבות שהביאו לשינוי המגמה.

מבוא

כפילות הסמכויות בחלק מענייני המעמד האישי, המקנה סמכות שיפוט הן לבית הדין הרבני והן לבית המשפט האזרחי בסוגיות הנלוות לגירושי הצדדים, היא מסימני ההיכר

המובהקים של דיני המשפחה בישראל.¹ השפעתה של כפילות זו על מהלכן של תביעות המתנהלות בין בני זוג, ובמידה רבה על צביונם של דיני המשפחה בכללותם, אינה מבוטלת. כפילות כזו קיימת באשר לסוגיית חלוקת הרכוש המשפחתי, המשמורת (על היבטיה השונים) והמזונות.² הכלל הבסיסי להכרעה בכפילות הסמכויות הוא כלל המועד: בעל הדין המקדים להגיש תביעתו מקנה סמכות לערכאה שאליה הגיש תביעתו, ובלבד שמתקיימים התנאים להקניית הסמכות לערכאה האזרחית או לכריכתם בערכאה הדתית. אם וכאשר קיים פער בין תוכני הדין המופעלים על ידי כל ערכאה וגם בין התוצאות שאליהן תגענה כל אחת מהן, ואם פער זה מוכר על ידי הקהילה המשפטית, אפשר לצפות (וכך אכן מתרחש לעתים מזומנות) שבעלת דין הסבורה כי ייטב לה להתדיין בפני מערכת שיפוט אחת תמהר ותגיש בפניה את תביעותיה, ולהפך – בעל ריבה יבקש להקדימה ולהגיש את תביעותיו בפני המערכת האחרת. כלל הכרעה זה מקים את התופעה המכונה "מירון הסמכויות". מירון זה מוביל בין היתר לאלה: התמשכות הליכים (רבים מהם עוסקים בנושא המקדמי של הסמכות), כפילות בדיונים, נקיטת תכסיסנות כדי להתחמק משיפוט הערכאה הלא רצויה, הגשתן של תביעות בטרם בשלה העת לכך רק לשם תפיסת סמכות, הימנעות מפנייה לנתיב הגישורי (פן ינוצל על ידי הצד השני להגשת תביעות), מאבק בין הערכאות, ולעתים אף להגברת החיכוכים החברתיים והפוליטיים בנושא דת ומדינה.

לפני שנים ספורות נדמה היה כי חומרתו של מירון הסמכויות קתה, תוך סימון עדיפותה של מערכת השיפוט האזרחית או תכניה. סוגיות רבות הוצאו דה פקטו מסמכות בית הדין הדתי, או שהתאפשר לבעלת דין המבקשת להתחמק מסמכותו של בית הדין למנוע, במקרה קונקרטי, את הדיון בפניו. גם הפער בין תוכני הדין צומצם במידת מה, אף שמעולם לא נסגר. בתי הדין חויבו לפעול על פי חקיקה אזרחית מהותית ודיונית. בנוסף הכפיף בית המשפט העליון את בתי הדין הרבניים לדין כפי שעוצב בפסיקה וחייבם להכיר, הן במישור הפרוצדורלי והן במישור המהותי, בעקרונות ובזכויות יסוד שפותחו על ידיו.

אולם בחינת הפסיקה מן השנים האחרונות מלמדת על שינוי מגמה. בית המשפט הגבוה לצדק ממעט לקבל עתירות המוגשות נגד בית הדין, ובאלה שבהן הוא בוחר לדון לגופן הוא מאשר לעתים מזומנות את קביעותיו של בית הדין, ולמעלה מכך – אף מפתח הלכות הפוגעות למעשה בעצמאותו של בית המשפט לענייני משפחה. פסקי דין אלה, שבהם אדון בהרחבה ברשימה זו, ממריצים את מירון הסמכויות ומחריפים את המאבק

1 משה זילברג המעמד האישי בישראל 40 (1957); בנציון שרשבסקי דיני משפחה 4–6 (מהדורה רביעית מורחבת, 1993).

2 כזכור ענייני הנישואין והגירושין עצמם נתונים לסמכותו הייחודית של בית הדין, כשדועה יהדותם של הצדדים וזיקתם לישראל. סוגיות אלה אינן נתונות למירון הסמכויות. ראו ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953.

בין בעלי דין, בהרחיבם את מגוון הכלים המצוי בידם לניהולו. בנוסף, מעצימים פסקי דין אלה את כוחו של בית הדין, כוח שלטעמי אוצר השלכות בעייתיות, אף בלא קשר למירון הסמכויות.

בחלקו הראשון של המאמר אעמוד על תופעת מירון הסמכויות, על שורשיה ועל מאפייניה. לצורך בירור התופעה והשינויים שעברה עם השנים נדרש לעמוד על המבנה של חלוקת סמכויות השיפוט באופן כללי. מאמר זה אינו מתיימר לדון בכל פרטי הדינים וההתפתחויות בשאלת הסמכות בענייני המשפחה בישראל, והוא יתמקד בעיקרי הדברים ובפרט בחלוקת הסמכויות והדין כפי שהם רלוונטיים לשאלה המצויה במרכזו של המאמר. בחלק זה אציג את אפיונו של המירון עד לפני שני עשורים כמאבק קוצף שהשפעתו על ניהול הסכסוך המשפחתי מכרעת וגורלית. בחלקו השני של המאמר אבסס את הטענה כי החל מאמצע שנות השמונים, ובפרט מאז החצי השני של שנות התשעים, הפך מירון הסמכויות למאבק בחזית מוגבלת שהתמריץ לקיימו קטן מהותית. אעמוד על המהלכים בפסיקה שהובילו לתוצאה האמורה, אציג את השינוי שהביאה הקמת בית המשפט לענייני משפחה ועל מה שנראה לשעה קלה כמו עדיפותה של המערכת האזרחית ודיניה. בחלקו השלישי והמרכזי של המאמר אציג את מה שאני מזהה כשינוי מגמה מן השנים האחרונות, הן בחיזוק עקיף של מערך השיפוט הרבני, העלול להעצים את פוטנציאל הפגיעה בזכויות מתדיינים – ובעיקר מתדיינות – בישראל, והן בהגברת התמריצים למירון הסמכויות בין הערכאות, שהשלכותיו על כלל המתדיינים ועל מערכת המשפט מרחיקות לכת.

א. השיפוט בענייני המשפחה – בין המערכת הרבנית למערכת האזרחית

1. כפילות הסמכויות

ענייני המעמד האישי כפי שהוגדרו בסימן 51 לדבר המלך במועצה³ היו אמורים מלכתחילה להידון על פי שיוכם הדתי של בעלי הדין – על פי דיני עדתם ובפני בית הדין הדתי שאליו הם כפופים.⁴ גם כאשר עניינים אלה היו אמורים להתברר בפני בית המשפט האזרחי, והיה זה בשעתו בית המשפט המחוזי,⁵ היה אמור הדין החל להיות דינם האישי.

3 דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922 עד 1947.

4 פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 56 (מהדורה שנייה, 1995); ברוך ברכה "מעמד האישי של חסרי עדה דתית מוכרת" עיוני משפט א 156, 163 (1971).

5 בית המשפט המחוזי הוסמך מכוח סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל. ראו ברכה, שם, בעמ' 156, 161.

עם השנים הוצאו חלק מענייני המעמד האישי מגדר רשימה זו⁶ ונקבעו בעניינם הסדרים אזרחיים אחידים, האמורים לחול על כל מתדיין, יהיה שיוכו הדתי אשר יהיה.⁷ במרבית הסוגיות, גם אם נחקק חוק אזרחי טריטוריאלי, נותרה סמכות מקבילה (לעתים במגבלות מסוימות) לבית הדין הדתי, והוא נותר בעל סמכות דיון לצד בית המשפט האזרחי.⁸ סמכויותיו של בית הדין הרבני, שבו מתרכז מאמר זה, נקבעו בחוק שיפוט בתי דין רבניים,⁹ אשר החליף למעשה את הוראות דבר המלך במועצה בעניינם של יהודים.¹⁰ חוק שיפוט בתי דין רבניים קובע סמכות שיפוט ייחודית לבית הדין בשתי סוגיות מפתח – נישואין וגירושין.¹¹ אם גבולות ההגדרה של "ענייני נישואין וגירושין" נהירים,¹² ואם בעלי הדין כפופים פרסונלית וטריטוריאלי לשיפוטו (בשל היותם יהודים ובעלי זיקה מספקת לישראל), אין ולא יכולה להיות מחלוקת כי בית הדין הוא המוסמך ולא כל ערכאה אחרת.¹³ יתר ענייני המעמד האישי עשויים לבוא בפני בית הדין הרבני בהסכמת בעלי הדין,¹⁴ אולם בהיעדר הסכמה, בררת המחדל היא בית המשפט האזרחי והוא שאמור לדון בהם.¹⁵ עד כאן חלוקת הסמכויות ברורה, ולמרות הכפילות העקרונית בסמכויות שתי הערכאות החלוקה ביניהן פשוטה יחסית ליישום.¹⁶

- 6 שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 29–32; שרשבסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8–9.
- 7 ראו, למשל, ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א–1981; ס' 1–2 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965. כן ראו אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל – בין קודש לחול 84 (1990) (להלן: רוזן-צבי בין קודש לחול).
- 8 ראו, למשל, ס' 155 לחוק הירושה; ס' 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופות, התשכ"ב–1962; ס' 19 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט–1959.
- 9 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953.
- 10 החוק החליף את סימן 53 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל.
- 11 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 12 פרשנות המונח "ענייני נישואין וגירושין" אף היא עוררה לא מעט קשיים פרשניים. ראו ברכיהו ליפשיץ "גן התענועים של 'ענייני נישואין וגירושין'" משפחה במשפט ב 107 (2008) (להלן: ליפשיץ "גן התענועים"); אלישע שינבויים "סמכות בתי-דין רבניים בענייני נישואין וגירושין בראי הפסיקה" דיני ישראל ד 143 (התשל"ג); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32–36.
- 13 בגדר מאמר זה לא אוכל להרחיב באשר לפרשנויות השונות שלהן היה נתון המושג "בישראל" הקבוע בס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), או לגלגולים הפרשניים שלהם היו נתונים המונחים "נישואין וגירושין" שבניינם הקנה ס' 1 לחוק סמכות שיפוט ייחודית לבית הדין הרבני. להרחבה ראו אשר מעוז "סמכותם האקסטרא-טריטוריאלי של בתי הדין הרבניים" הפרקליט לח 81 (1989); מנשה שאוה "על משמעות 'בישראל' שבחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953" הפרקליט לד 251 (1981).
- 14 מכוח ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין).
- 15 כערכאה ראשונה יש לבית המשפט המחוזי סמכות שיפוט שירות. הוא מוסמך לדון בכל עניין שאינו בסמכותו של בית משפט השלום ושאינו בסמכותו הייחודית של בית דין אחר. ראו ס' 40 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984. כיום החליפה סמכות בית המשפט לענייני משפחה את

אולם שאלת הכפילות הופכת מורכבת ובעייתית יותר בהיעדר הסכמה של בעלי הדין ואם מדובר בענייני משפחה שאינם בגדר ענייני נישואין וגירושין אך ההכרעה בהם נדרשת כחלק מהליך גירוש בני הזוג.¹⁷ בהקשר זה סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים הוא המקור למירון הסמכויות.¹⁸ הסעיף, הקובע כי "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג", פורש כמקנה לבית הדין סמכות לדון בתביעות אשר ההכרעה בהן נדרשת לצורך פירוקן של קשר הנישואין, ובלבד שתביעות אלה הוגשו לבית הדין בטרם הוגשו לבית המשפט תביעות באותן סוגיות.¹⁹ ואולם, בהקדמת הגשת התביעות הנלוות לבית הדין אין כדי לחסום אוטומטית את סמכות בית המשפט. אם יבקש הנתבע להתנגד לסמכות בית הדין בתביעות הנלוות, הרי אפשר שסמכותו של בית הדין תישלל אם הגשת התביעות אליו לא עמדה בשלושת מבחני הכריכה שפותחו בפסיקה – כנות תביעת הגירושין שאלה נכרכו התביעות, כנות הכריכה של התביעות הנלוות וכריכתן כדן.²⁰ בהיות הערכאה האזרחית

סמכות בית המשפט המחוזי ברוב ענייני המשפחה. ראו ס' 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה–1995, אם כי ההחלפה היא כמובן נקודתית ומתייחסת לכל סוגיה המפורטת בחוק בית המשפט לענייני משפחה ואיננה מתיימרת להחליף את הסמכות השיורית, שנותנה גם היום בידי בית המשפט המחוזי. ראו יצחק שילה "חפיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית – המצוי והרצוי" עיוני משפט ב 646, 651 (1972); בג"ץ 9476/96 סרגובי נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פס' 17 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.9.2006).

16 שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 48; מנשה שאוה "היחס בין סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית-הדין הרבני" הפרקליט מד 44, 65–67 (1998) (להלן: שאוה "היחס בין הסמכויות"); שלמה דיכובסקי "סמכות בתי-הדין הרבניים כראי פסיקת בתי-הדין" דיני ישראל יא ט, יג-יח (1984); איריס מרקוס מירון סמכויות בין בית-המשפט לענייני משפחה לבית-הדין הרבני פרק 2.8 (2010).

17 תלי תילים של מחלוקת פרשנויות ודיונים בספרות ובפסיקה הוקדשו לדיון באלה. ראו, למשל, שאוה "היחס בין הסמכויות", לעיל ה"ש 16; שילה, לעיל ה"ש 15; אריאל רוזן-צבי "הלכת הכריכה" ומירון הסמכויות והשפעתם על המשפחה ועל דיני המשפחה" עיוני משפט יד 67 (1989) (להלן: רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות").

18 ראוי לציין כי מטרת ס' 3 וסמכות הכריכה הייתה דווקא להקל על המתדיינים ולאפשר לבעלי דין המבקשים לפשט את ההליכים לרכושם בפני ערכאה אחת, היא בית הדין הרבני. מטרה זו מסוכלת תדיר. ראו שם, בעמ' 67, 72–73.

19 שאוה "היחס בין הסמכויות", לעיל ה"ש 16; ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד (4) 155 (1980); בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז (2) 118 (2003).

20 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"); אשר מעוז "'כרוך' זה הכרוך על עקבנו" – על הכריכה בתביעת הגירושין" עיוני משפט יד 101 (1989) (להלן: מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו"); רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות",

הערכאה המוסמכת כ"בררת מחדל", לא נדרשו תביעות שהוגשו אליה קודם לעמוד במבחני הכריכה, והן העניקו לבית המשפט סמכות בלתי מעוררת.²¹ בגדר התביעות הניתנות לכריכה היו מנויות תחילה תביעות למזונות האשה, למזונות ילדים או להחזר הוצאות הטיפול בהם (כאמור בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים); תביעות באשר לטיפול בילד, כגון קביעת ההורה המטפל ("המשמורן") והקשר בין הילד וההורה השני; תביעות בנוגע לשאלה היכן יגור הילד והיכן ילמד; תביעות לחלוקת הרכוש בין בני הזוג. תביעות אלה עשויות להיות נתונות להכרעת שתי הערכאות, והשאלה איזו מהן תוסמך בהיעדר הסכמה של הצדדים מוכרעת במידה רבה על פי התנהלות בני הזוג – מי הקדים והגיש תביעות אלה ולאן, מה היו נסיבות ההגשה, וכיצד נהג ביחס אליהן.

יוצא כי ההסדרה האמורה יצרה מערכת דיני משפחה שסובלת מכפילות, מערכת שבמסגרתה משחקות שתי ערכאות שיפוט, ואפשר ששתיהן תהיינה מוסמכות לדון בתביעות המשפחתיות: האחת כוללת את בתי המשפט האזרחיים – תחילה היו אלה בתי המשפט המחוזיים והיום בתי המשפט לענייני משפחה²² – והאחרת את בתי הדין הרבניים המוסמכים בעניינם של יהודים. בתוך מעורב בג"ץ, הנקרא לעתים להכריע מי מהן מוסמכת ולפקח על הכרעות בתי הדין הרבניים.²³ גבולות סמכותו של בג"ץ להתערב בפסיקת בתי הדין הוגדרו בהגדרה עמומה בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה. הסעיף מאפשר התערבות בג"ץ למען הצדק (סעיף 15(ג)) או לנוכח חריגה מסמכות (סעיף 15(ד)(4)) ויוצר כר נרחב להפעלת שיקול דעת על ידי בג"ץ, אם ומתי להתערב.²⁴ לתפקידו של בג"ץ ולמידת התערבותו בהחלטות בית הדין אחזור בהרחבה בהמשך הדברים.

2. כפילות סמכויות – שונות תכנית

הפיצול המתואר אינו רק שאלה של "גאוגרפיה". לשאלה לאיזו מן הערכאות סמכות לדון במקרה פלוני אפשר שתהיה נפקות של ממש באשר לאופן ניהול התביעה ובאשר

לעיל ה"ש 17; ע"א 863/80 ברורמן נ' ברורמן, פ"ד לה (3) 729 (1981); עניין גבעולי, לעיל ה"ש 19; בג"ץ 552/83 שליו נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד לח (2) 67 (1984).

21 בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה, פ"ד נ (3) 321, 332–333 (1996); עניין שליו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 73; רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7; מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו", לעיל ה"ש 20, בעמ' 102; שאוה "היחס בין הסמכויות", לעיל ה"ש 16, בעמ' 51.

22 חוק בית המשפט לענייני משפחה.

23 ס' 15(ג) וס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה.

24 בעשור האחרון התחדדה הנטייה בפסיקה שלא להבדיל בין שתי ההוראות, ובג"ץ, ככל שמתערב, עושה שימוש בשני הסעיפים ללא הפרדה ביניהם. ראו, למשל, בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.2010).

לתוצאתה, אף אם הדין האמור לחול בכל ערכאה הוא אותו דין.²⁵ נוסף על קיום השוני באופיין של שתי הערכאות, בזהות השופטים והדיינים,²⁶ בנאמנות העקרונית השונה של כל ערכאה והתפיסה הערכית המאפיינת אותה,²⁷ מקור השוני כפול.

ראשית, סדרי הדין בבית הדין הרבני ודיני הראיות שונים מאלה המופעלים בבית המשפט:²⁸ בתי המשפט כפופים לקודקס המנוי בתקנות סדר הדין האזרחי,²⁹ לתקנות הייחודיות שהותקנו לאחר הקמת בית המשפט לענייני משפחה³⁰ ולדיני הראיות כפי שמוניים בפקודת הראיות וכפי שפותחו בפסיקה. לעומתם סדרי הדין ודיני הראיות בבית הדין הרבני שונים לחלוטין. לצד תקנות ייחודיות שהותקנו בשביל בתי הדין על ידי שרי הדתות בשיתוף בתי הדין, בית המשפט העליון, מפי השופט ברק, קבע כי בית הדין,

25 מציאות זו הוכרה על ידי השופט זילברג עוד בפרשת כהן ובוסליק, ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4, 19–20 (1954).

26 השופטים היושבים לדין בבתי המשפט לענייני משפחה, הינם לרוב משפטנים בעלי מומחיות בתחום דיני המשפחה. אפשר שיהיו יהודים ואפשר שלא, אפשר שיהיו נשים או גברים, דתיים או חילוניים ובעלי השקפות עולם מגוונות. ראו דניאל פרידמן "מינויי שופטים ושאלת מינויים של חרדים לבתי המשפט הממלכתיים" המשפט ד 405 (1998). לעומת זאת, זהותם של הדיינים הטרוגנית פחות – כולם גברים, דתיים (לרוב חרדים) ובעלי השכלה רבנית. ראו אריאל רוזן-צבי "בתי-הדין הרבניים, ההלכה והציבור: גשר צר מאוד" משפט וממשל ג 173, 182 (1995) (להלן: רוזן-צבי "גשר צר מאוד"). על התנאים למשרת דין ראו תק' 1–2 לתקנות הדיינים (תנאי הסמכה וסדריה), התשט"ו–1955. כן ראו שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 395, 357 (2003).

27 רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 66–70, 89–92; רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26, בעמ' 184–185; פנחס שיפמן "בתי-הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523, 524 (1994) (להלן: שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?"); פנחס שיפמן "טובת הילד" בבית-הדין הרבני" משפטים ה 421, 427 (1973) (להלן: שיפמן "טובת הילד"); רות הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל: בג"ץ ובתי-הדין הרבניים – בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ 683, 692, 711 (1996) (להלן: הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל"); יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623, 631, 679 (2001); עניין כהן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 19; בג"ץ 130/66 שגב נ' בית-הדין הרבני האזורי, צפת, פ"ד כא(2) 505, 548 (1967).

28 בג"ץ 150/59 ועד עדת הספרדים בירושלים נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד טו 106, 114 (1961); ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה(1) 1341, 1344 (1951); זילברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 4–5; הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27, בעמ' 692; רות זפרן "סקס, שקרים ווידאוטייפ" – על הגנת הפרטיות בהליכים המתנהלים בבתי הדין הרבניים" משפט וממשל ז 813 (2004); אליאב שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני: לאור מקורות המשפט העברי, תקנות הדיון ופסיקת בתי הדין הרבניים בישראל כך א פרק ראשון (בית-הדין וסדריו), כך ב פרק שנים-עשר (עדים וראיות) (2011) (להלן: שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני).

29 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984.

30 שם, בפרק כ' לתקנות.

כערכאת שיפוט עצמאית, מוסמך לעצב לעצמו את סדרי הדין מכוח סמכותו הטבועה.³¹ לכן דיני הראיות שמפעיל בית הדין שואבים גם מן ההלכה היהודית.³² שנית, בתי הדין ובתי המשפט אוטונומיים במידה רבה בפרשנות שהם מקנים לחקיקה האזרחית שלהם כפופים בסוגיות מסוימות, כמו גם לדיני ישראל שאותם הם מפעילים בסוגיות אחרות. למשל, בתי הדין כפופים לחוק הכשרות המשפטית והאפורופסות³³ בהכרעתם בסוגיות הקשורות לטיפול בילדים, אולם פרשנותם את הדין ויישומם במקרה קונקרטי עצמאית ואינה כפופה לפרשנות בית המשפט העליון או לתקדימי.³⁴ התערבות בתוכני הדין שהופעלו על ידי בית הדין תיעשה רק אם חרג בית הדין מסמכותו, אם פגע בכללי הצדק הטבעי או שהתעלם כליל מהוראת חוק המופנית כלפיו.³⁵ רק במקרים של פגיעה בצדק, כאשר התוצאה שאליה הגיע בית הדין הרבני תוך הפעלת הדין המופנה אליו בלתי סבירה ובמקרים קיצוניים יחסית, יתערב בג"ץ בתוכן ההכרעה. ברוב המקרים גם אם הגיע בית הדין למסקנה שונה מזו שבית המשפט היה מגיע אליה, לא יתערב בג"ץ ויותר את הכרעתו של בית הדין על כנה. מטבע הדברים גם בעניינים שבהם בית הדין אמור לדון על פי הדין האישי הוא אוטונומי בפרשנותו.³⁶ יוצא כי דיני ההלכה כפי שמופעלים בבית הדין הרבני בענייני

- 31 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל אביב-יפו, פ"ד מח(2) 510, 491 (1994).
- 32 שלומית דרנס "חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי הדין הרבניים בישראל" דיני ישראל – יא כז, מ (1984); הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27, בעמ' 710. באופן כללי ראו את ספרו המקיף של שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, ובפרט כרך ב, פרק שתי-עשרה.
- 33 ס' 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפורופסות.
- 34 אריאל רוזן-צבי "האם כפוף בית-הדין הדתי לפירוש שניתן על-ידי בג"ץ להוראות חוק חילוני, שהופנו ישירות לבית-הדין?" עיוני משפט ב 524, 526–530 (1972); שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כרך ג, בעמ' 1487; דיכובסקי "סמכות בתי-הדין הרבניים בראי פסיקת בתי-הדין", לעיל ה"ש 16, בעמ' יב. למעשה בית הדין עצמו אינו כפוף כלל לכלל התקדים המחייב, וכל הרכב דיינים אוטונומי בהפעלת ההלכה. ראו רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 70; יצחק אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב 510, 545 (1970); דליה אבן "תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי-דין" משפטים ח 250, 252 (1977); רות (וורמן) רוזנברג "סמכויות שיפוט ומירון הסמכויות בתביעות גירושין" מעמד האשה בחברה ובמשפט 546, 551, 573 (פרנסס רדאי, כרמל שלו ומיכל ליבן-קובי עורכות, 1995); שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?", לעיל ה"ש 27, בעמ' 527.
- 35 שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 4, בעמ' 38; מנשה שאוה "האם סטייה או התעלמות של בית-דין דתי מהוראת חוק חילוני, המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'?" הפרקליט כח 299 (1972), בעקבות בג"ץ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד כו(2) 403 (1972). כן ראו בפסיקת בית הדין הרבני עצמו, בתיק (גדול) 1-64-3980 (פורסם בנבו, 3.6.2009); שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כרך ג, בעמ' 1419–1420.
- 36 רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 70.

מזונות אישה למשל, ואשר אמורים להיות מופעלים גם בבית המשפט לענייני משפחה,³⁷ אינם זהים ביישומם.³⁸ לדוגמה, הפרשנות שנותן בית המשפט לעילות המקנות פטור לבעל ממזונות אשתו אינה חופפת את הפרשנות המופעלת בבית הדין, וכל ערכאה אוטונומית בפרשנותה את הדין וביישומו.³⁹ לנוכח נאמנות רעיונית שונה, הבאה לידי ביטוי למשל במחויבותו העקרונית של בית המשפט האזרחי לעקרון השוויון בין המינים, עשוי בית המשפט ליטול לעצמו מתוך ההלכה את קולו של הזרם המקדם את תפיסתו או לנקוט פרשנות "יצירתית" של הדין.⁴⁰ לעומת זאת אפשר שבית הדין ינקוט גישה אחרת, התואמת את הבנתו. כך או כך, כל ערכאה עצמאית ביישמה את הדין ופער קיים בין הדין כפי שמופעל על ידי כל אחת מהן.

כידוע, הפער העמוק ביותר בין הערכאות התהווה עם השנים בעניין הכרעות הנוגעות לחלוקת רכוש: לעומת בית המשפט שפיתח והפעיל את הלכת השיתוף, בית הדין, שלא ראה עצמו כפוף לתוכן הפסיקה האזרחית, הפעיל – בהיעדר הוראת חוק אזרחית החלה עליו מפורשות – דין עצמאי בהשראת ההלכה היהודית.⁴¹ בית הדין עקב עקרונית אחר הרישום הפורמלי והעניק לאישה (שלעתים קרובות לא זכתה להיות בעלים רשום של נכסים שנצברו בתקופת הנישואין) סכומי כסף מוגבלים כפיצוי. לנוכח מחויבותו של בית המשפט לעקרונות של שוויון וצדק ומגמתו להעניק לבן הזוג שעבד במשך הבית

37 ס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) קובע כי "אדם חייב במזונות בן-זוגו לפי הוראות הדין האישי החל עליו, והוראות חוק זה לא יחולו על מזונות אלה".

38 מיכאל קורניאלדי דיני אישים, משפחה וירושה – בין דת למדינה 121–123 (2004); מנשה שאוה "היקף תחולת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), התשמ"א–1981" מחקרי משפט ב 219, 222 (1982).

39 רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 113–123 (2001) (להלן: הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים"); רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפיסה של (אי)-שוויון" משפט וממשל ז 767 (2004) (להלן: הלפרין-קדרי "מזונות אישה").

40 פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט 847, 850, 854 (1990). אגב, יש הסוברים כי למרות יומרתה של המערכת האזרחית לקדם את השוויון המגדרי, הרי שזה אינו תמיד המצב. ראו הלפרין-קדרי "מזונות אישה", לעיל ה"ש 39; רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 651 (דפנה ברק-ארוז, שלומית ינסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

41 רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 106; שרשבסקי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157; ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג 239, 245, 254, 259 (1996); שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?", לעיל ה"ש 27, בעמ' 527, 530–531; רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26, בעמ' 197–199; אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני-זוג 108 (התשמ"ב); בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221, 228–235 (1994).

ובטיפול במשפחה,⁴² והייתה זו לרוב האישה, נתח שווה בנכסים שצבר בן הזוג שעבר מחוץ למשק הבית בתקופת הנישואין, הפך – כמעט קטגורית – השיפוט האזרחי למועדף על נשים.⁴³ גם חקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג⁴⁴ לא הצליחה לבטל את השוני בין הערכאות בהכרעה בסוגיות של רכוש.⁴⁵ פערים ניכרו גם בסוגיות אחרות. למשל, בשאלות של טיפול בילדים, בדבר קביעת ההורה האחראי או בדבר קביעת מוסד החינוך שבו ילמד הילד, אפשר שערכאה אחת הייתה עדיפה במובהק לאם או לאב, בעיקר בנסיבות ייחודיות הכרוכות בהתנהגות האם או האב,⁴⁶ במידת אדיקותם הדתית,⁴⁷ ככוונתם לעזור את הארץ וכיצא באלה.⁴⁸ אף

42 "בן הזוג הביתי". ראו שחר ליפשיץ "דיני זוג חילוניים ביובל הבא בין 'ליברטריאניזציה' ובין בית-המשפט ה'מחשק'": מחקרי משפט יז 159, 246–252 (2001); שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" משפטים לד 627, 628 (2005).

43 הכללה זו אמנם מקובלת אך אינה נכונה כמובן בכל מקרה ומקרה. למשל, כאשר בני הזוג נעדרים נכסים, אולם ייתכן שלבעל חוב, מכוח הכתובה, יהיה המצב אחר. בדומה לכך, כאשר הנכס היחיד שנצבר הוא דירה הרשומה על שם שני בני הזוג, אפשר שהשיפוט הרבני יהיה עדיף לאישה המבקשת להמשיך להתגורר בבית המשפחה, תוצאה שתושג על ידי הגשת תביעה למדור ספציפי שהוכרה בבית הדין הרבני אך נדחתה בבית המשפט האזרחי. בהקשרים אלה ראו רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומרוץ הסמכויות", לעיל ה"ש 17, בעמ' 68–69; ע"א 53/83 רונקין נ' רונקין, פ"ד לח(1) 151, 157 (1984); ע"א 680/82 נחום נ' נחום, פ"ד לז(4) 667, 671 (1983); צוריאלי בובליל "מדור ספציפי לאישה – מאבק בין בתי המשפט ובתי הדין הרבניים" משפחוק א 145, 151 (2009); שלמה דיכובסקי "בתי-הדין ובתי-המשפט – תחומי חיכוך" תחומין כד 51, 63 (2004) (להלן: דיכובסקי "תחומי חיכוך"); שילה, לעיל ה"ש 15, בעמ' 652. אפשר כי גם במקרים שבהם האישה היא הצד האמיד ובעלת הנכסים, יהיה כדאי לה להקדים תביעותיה לבית הדין כדי להבטיח את השארת נכסיה בידה.

44 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג–1973.

45 ראו להלן ה"ש 93, והטקסט הצמוד לה.

46 כדוגמת ניהול מערכות יחסים רומנטיות של ההורה עם בן או בני זוג חדשים; עם בן זוג ללא חופה וקידושין; עם בן זוג שאינו יהודי, או עם בן זוג מאותו המין. ראו, למשל, פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 251 (1989); סעדיה שמואל משמורת קטינים 109–111 (1992); בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673, 685–686 (1984); בג"ץ 293/00 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נח(3) 318 (2001); שו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן נ; ערער (גדול) תשיט/199, פד"ר ד 332 (התש"ך).

47 לעניין האדיקות הדתית ראו למשל בג"ץ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מו(3) 423, 434 (1992); בג"ץ 7395/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 21.1.2008); עניין ביארס, לעיל ה"ש 46, בעמ' 682–686.

48 לעניין השיקול הלאומי, בבחינת העדיפות להותיר ילד יהודי בגבולות מדינת ישראל, ראו שמואל מורן, אלון עמירן והדרה בר הגירה וחיטופות ילדים: היבטים משפטיים ופסיכולוגיים 279–280 (2003).

בשאלת מזונות האישה ייתכן פער בהכרעות. שיעור המזונות בערכאה האזרחית⁴⁹ ונכונותם של בתי המשפט לפסוק מזונות בנסיבות שבהן הפעלה דווקנית של ההלכה פוטרת את הבעל מתשלומם,⁵⁰ עשויים להיטיב עם האישה הפונה לבית המשפט, אולם לעתים דווקא הערכאה הדתית עשויה להסביר לה פנים. בתי הדין הכירו בזכותה של האישה למדור ספציפי (כחלק מזכותה למזונות),⁵¹ הם נכונים ביתר קלות לקבל את בחירתה שלא לצאת לעבודה,⁵² ואף אפשר שיחייבו את הבעל להשלים את סכום המזונות, אם השתכרותה אינה גבוהה, בנסיבות שבהן בתי המשפט היו נמנעים מלפסוק מזונות כליל.⁵³ הפערים הצפויים בין תוצאות בירורה של תביעה במערכת אחת לעומת האחרת יוצרים תחושת אי־נוחות ואפילו קיפוח.⁵⁴

3. "כל הקודם זוכה" – תופעת מירוך הסמכויות והשלכותיה

כפילות הסמכויות תוכרע, כפי שהוסבר בקצרה, במקרים שבהם כל צד מבקש להציג את תביעתו בפני ערכאה אחרת, על פי מבחן המועד.⁵⁵ צד שהקדים והגיש תביעתו לבית

49 הנתונים אמנם מערבים בין מזונות אישה למזונות ילדים, אבל מספקים אינדיקציה ברורה לפער בשיעור הסכומים שנפסקים בין הערכאות. ראו המרכז לקידום מעמד האשה ע"ש רות ועמנואל רקמן נשים ומשפחה בישראל: דו־שנתון סטטיסטי 2009, 88 (רות הלפרין־קדרי וענבל קארו עורכות, 2009) (להלן: מרכז רקמן נשים ומשפחה בישראל: דו־שנתון סטטיסטי 2009); אסתר טולידאנו "נשים המקבלות דמי מזונות באמצעות המוסד לביטוח לאומי בשנת 2010" סקרים תקופתיים 230, לוח 14 (המוסד לביטוח לאומי – מינהל המחקר והתכנון, ינואר 2011) www.btl.gov.il/Publications/survey/Documents/seker_230.pdf.

50 הלפרין־קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 113–123.
51 בהקשר של מדור ספציפי ראו למשל בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד נ(1) 370 (1996); בג"ץ 304/04 יאירי נ' בית־הדין הרבני האזורי, פ"ד ס(2) 99 (2005); בג"ץ 207/04 גולדמברג נ' גולדמברג, פ"ד ס(3) 147 (2005). באופן כללי ראו בובליל, לעיל ה"ש 43; למורכבות של מתן סעד למדור ספציפי ולהבנה של בית הדין את השלכותיו על פירוק הקשר ראו תיק (אזורי חי') 586129/1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.5.2011).

52 בניגוד להכרעות בית המשפט בפרשות ביקל (ע"א 6136/93 ביקל נ' ביקל (פורסם בנבו, 6.7.1994)) ופדן (ע"א 5930/93 פדן נ' פדן (פורסם בנבו, 22.12.1994)).

53 על המגמה האמורה למדתי משיחות עם עורכי דין מומחים בתחום דיני המשפחה: שיחה טלפונית של המחברת עם עו"ד יהודית מייזלס, מומחית בדיני משפחה (15.1.2012); שיחה טלפונית של המחברת עם עו"ד יואב טל, מומחה בדיני משפחה (27.6.2012). בהקשר קרוב ראו צבי ויצמן "חיובה של אישה נשואה לצאת לעבוד" משפחוק ב, 1 (2010).

54 רוזן־צבי "הלכת הכריכה" ומירוך הסמכויות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 88; מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו", לעיל ה"ש 20, בעמ' 112, 124–127, 128–127; פנחס שיפמן "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות־האשה לבין עניני נישואין וגירושין" משפטים ד 374, 380 (1972); שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?", לעיל ה"ש 27, בעמ' 525; רוזן־צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 52, 138.

55 גם כאשר קיים כפל סמכויות ושתי ערכאות שונות מתחרות על סמכות השיפוט, אפשר לחשוב על מנגנוני הכרעה אחרים ביניהן שלא יתבססו על מירוך וקדימות בזמן או בכלל על בחירה של הצדדים.

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובוטע": מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

המשפט יעניק סמכות לבית המשפט, ואילו צד שהקדים והגיש תביעתו לבית הדין יקנה לבית הדין סמכות אלא אם לא עמד במבחני הכריכה.⁵⁶ הנטל להוכיח התקיימותם של מבחני הכריכה מוטל על הצד המבקש להקנות סמכות לבית הדין, והסמכות להכריע בשאלת התקיימות המבחנים הייתה נתונה מלכתחילה לערכאה האזרחית, לפחות כברירת מחדל.⁵⁷ כללי ההכרעה לעניין הסמכות מקנים עדיפות לבית המשפט. עדיפות זו נובעת מראשוניותו של בית המשפט, בהיותו הערכאה המוסמכת כברירת מחדל במערך השיפוט הישראלי.⁵⁸

מירון הסמכויות, הנובע מהפעלתו של מבחן המועד כמבחן המכריע בשאלת הסמכות, כרוך בתופעות לוואי שליליות, הן לבעלי הדין והן למערכת השיפוט. הוא יוצר כפל התדיינויות, מייקר את ההליכים, מסרביל אותם, מעודד תכסיסנות, מגביר מתחים ומכביד רגשית על בעלי הדין. מקרב תופעות אלה ברצוני להרחיב מעט על תופעת "כדור השלג", אשר לאספקטים שונים שלה אשוב בהמשך. בנסיבות שבהן פער ניכר עשוי להיווצר בין הכרעות בית המשפט לאלה של בית הדין בעניינים שחשיבותם הרגשית או הכלכלית רבה, ימהר ויגיש בעל הדין את תביעותיו לערכאה הנוחה לו, לעתים עוד בטרם בשלה העת לכך מבחינת יחסי המשפחה.⁵⁹ למשל אפשר שהתביעות הוגשו כאשר אולי עוד אפשר היה לנסות להביא לשלום בית בין בני הזוג, או למצער להביא ליישוב תביעותיהם בדרכי שלום. הגשת תביעות בענייני משפחה, אם לבית המשפט ואם לבית הדין, כרוכה כמעט לעולם בפריסת מסכת ענייניה הפרטיים של המשפחה ובהבלטת הפגמים הכרוכים בבן הזוג ובהתנהגותו. תביעות אלה אינן נעימות לקריאה (בלשון המעטה), ואפשר שבן הזוג המעיין בהן יפגע עד כדי פגיעה בסיכויי בני הזוג להתפייס ובאפשרות שלהם לנהל את ההליכים ביניהם באופן מתון ומנומס. לאופן ניהול ההליכים השפעה מתמשכת על היחסים העתידיים ביניהם, יחסים שלהם נפקות גם לאחר פירוק

לשיטה כזו, המבוססת על מנגנון ניתוב אקראי, ועל יתרונותיה ראו אורי אהרונסון "שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדין" משפט חברה ותרבות (פרוצדורות) (טרם פורסם).

56 מבחני הכריכה עוצבו בשנות השישים (ע"א 120/62 מאירוביץ נ' מאירוביץ, פ"ד טז 2514 (1962)), ופותחו בשנים שלאחר מכן.

57 בג"ץ 725/80 בלום נ' בית-הדין הרבני (לא פורסם), אשר מאוזכר בתמ"ש (משפחה ת"א) 57890/05 א.א. נ' א.ש (פורסם בנבו, 8.8.2006); עניין גבעולי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 157. כן ראו שלמה דיקובסקי "בתי-הדין הרבניים ובתי-המשפט האזרחיים: ההורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט ד 261, 264 (2005); שאוה "על כרוך ועל כנות", לעיל ה"ש 20, בעמ' 737; רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות", לעיל ה"ש 17, בעמ' 79, 88; מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו", לעיל ה"ש 20, בעמ' 112.

58 המקיימת בידה את חזקת הסמכות הכללית. ראו רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות", לעיל ה"ש 17, בעמ' 82.

59 שם, בעמ' 88–89; בג"ץ 3/73 כהנוף נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד כט (1) 449, 454 (1974).

הקשר אם הם הורים לילדים משותפים, ובפרט כל עוד אלה קטנים. במובן זה למירון הסמכויות עשוי להיות אפקט של כדור שלג המדרדר את הצדדים להליכים מיותרים, מסלים את הסכסוך ביניהם, ופוצע את נפשם פגיעה שלא פעם קשה להתאושש ממנה ואשר השפעתה על מרקם היחסים ועל התנהלותם העתידית של בני המשפחה קשה.⁶⁰ מן הטעם הזה ניסו בעלי דין במשך השנים לנסות להחזיק בחבל משני קצותיו – מחד לתפוס סמכות על ידי הגשת תביעות, ומאידך להסתיר על ידי עיכובן בידיהם. הכמנת התביעות אפשרה שלא לחשוף מיד את תוכנן ואת עצם הגשתן בפני בן הזוג באופן שיהיה אפשר לנסות להגיע להסכמות וליישב את המחלוקות מחוץ לכותלי בית המשפט,⁶¹ אך לא לאבד את סמכות הערכאה הרצויה למקרה שבו הליך הגישור או המשא ומתן כשל, ויש הכרח לנהל תביעות.⁶²

4. ליקויים בהתנהלות בתי הדין ובפסיקתם

מלבד הפגם הכרוך בכפילות הסמכויות ובשוני שבין פסיקת הערכאות, היוצר את מירון הסמכויות ותחלואיו, תוכן פסיקותיו של בית הדין והתנהלותו מטרידים, לעניות דעתי, כשלעצמם. במובן זה גם שיטה שאינה סובלת ממירון סמכויות אך כופה שיפוט רבני בעל צביון דתי ומאפיינים אידאולוגיים שמרנים על ציבור שרחוק בהשקפותיו ובאורח חייו ממאפיינים אלה, יוצרת קושי אינהרנטי מנקודת מבט ליברלית.⁶³ קושי זה מתחדד

60 בהקשרים הנוגעים לילדים ובכלל ראו: Ruth Zafran, *Children Rights as Relational Rights: The Case of Relocation*, 18 AM. U. J. GENDER & SOC. POL'Y & L. 163, 177 (2010); Gregory Firestone & Janet Weinstein, *In the Best Interests of Children: A Proposal to Transform the Adversarial System*, 42 FAM. CT. REV. 203 (2004); Richard Neely, *The Primary Caretaker Parent Rule: Child Custody and the Dynamics of Greed*, 3 YALE L. & POL'Y REV. 168 (1984); Warren E. Burger, *Isn't There a Better Way?*, 68 A.B.A. J. 274, 274–275 (1982); Thomas G. Gutheil et al., *Preventing "Critogenic" Harms: Minimizing Emotional Injury from Civil Litigation*, 28 J. PSYCHIATRY & L. 5, 10 (2000).

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

62 מהלך זה לא תמיד צלח בידם, שכן בית המשפט קבע בחלק מן המקרים כי המועד הקובע לרכישת הסמכות אינו מועד הגשת התביעה אלא מועד מסירת התביעה לבעל הדין הנגדי. ראו מ"א (מחוזי ת"א) 2796/86 ספני נ' ספני (לא פורסם, 29.1.1987); רע"א 122/87 ספני נ' ספני (פורסם בנבו, 1.3.1987). העתקי ההחלטות מצויים בידי המחברת.

63 רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26, בעמ' 198; רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות", לעיל ה"ש 17, בעמ' 81, 88; רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 138, 294. קושי זה רלוונטי פחות בהקשר שבו עוסק מאמרנו, שכן בניגוד לסוגיה של גירושין, שבמסגרתה נכפים שני בני הזוג להגיע לבית הדין לצורך הסדרת גירושיהם (ומתח ייחודי נוצר בין שיוכם "החילוני" למאפייניו של בית הדין ורדיניו), הרי שכאן הפנייה נעשית ביוזמתו של אחד מבני הזוג. במובן זה כל

באשר שיפוט זה לא פעם אינו מגשים זכויות יסוד במישור הדיוני ובמישור המהותי – במישור הנוגע לתוכן הכרעותיו – ולעתים אף מפר את עקרון השוויון בפגועו בצד החלש.⁶⁴ מכאן שגם ללא הקושי הייחודי שיוצר מירון הסמכויות וגם ללא השלכותיו על המתדיינים – על סיכוייהם לשלום בית, לגישור ללא מעורבות שיפוטית או להתנהלות מכבדת לאורך זמן – העצמת בתי הדין והרחבת סמכותם, הנוצרות ממגמת הצמצום של בג"ץ שתואר להלן, אינן ראויות לדעת. ואולם, בדברים אלה יש כדי להקדים את המאוחר. ראשית, אעמוד על המגמה המאפיינת את שנות התשעים: על צמצום סמכויות בית הדין, העמקת גדרי הפיקוח השיפוטי וקידום הגשמת זכויות יסוד במסגרת הכרעותיהם. רק לאחר מכן אעבור לדון במגמת הנגד שאני מזהה מאמצע העשור הראשון של שנות האלפיים.

ב. שלהי שנות התשעים – ניצחון בנקודות: עדיפות שיפוט של הערכאות האזרחיות והדומיננטיות של תוכני הדין האזרחי

1. כללי

על אף תוצאותיו הקשות של מירון הסמכויות הרי שבמציאות משפטית שבה סובל מערך השיפוט מפיצול ומכפילות (ועד שיתוקן עיוות זה בחוק),⁶⁵ אי אפשר לגנות בעל דין המבקש לממש את זכויותיו ופועל לשם הבטחת השיפוט בפני הערכאה שתבטיח את זכויותיו באופן מיטבי. עם זאת בנקודה זו אפשר שבית המשפט (ובפרט בג"ץ) ייקרא להתערב ולכפות קיומם של כללי משחק תקינים – הבטחת סדרי דין וכללי צדק טבעי

פנייה לערכאה שיפוטית – בין שזה בית הדין ובין שזהו בית המשפט – יש בה משום כפיית שיפוט על אחד מבני הזוג, והיא אינה ייחודית דווקא לבית הדין הרבני.

64 אפשר להצביע על דוגמאות רבות לדברים, ועם זאת פסקי הדין המדגימים את האמור בצורה המובהקת ביותר הם עניין בבלי, לעיל ה"ש 41, ועניין לב, לעיל ה"ש 31, שבהם נחלץ בג"ץ לעזרת העותרות ותיקן את העוול הטמון בהחלטות בית הדין.

65 בחודש אוגוסט 2011 פורסם כי הוועדה לבחינת סוגית מירון הסמכויות בין בתי הדין הרבניים ובתי המשפט לענייני משפחה עומדת להמליץ על שינוי רדיקאלי במערך השיפוט, שלפיו כל דיון בפני בית הדין בסוגיות שחורגות מענייני נישואין וגירושין ייעשה בהסכמה בלבד. ראו בהקשר זה: הוועדה לבחינת סוגיית "מירון הסמכויות" בין בתי הדין הרבניים ובתי המשפט לענייני משפחה, בראשותו של הרה"ג שלמה דיכובסקי, שליט"א – תקציר ההצעה בעניין מירון הסמכויות s3.kikar.net/data/auto/addonsmgr/md/31_s3.kikar.net/data/auto/addonsmgr/po/k2ztqr61.jpg; יוסי וייס "ועדה שהקים השר נאמן בחשאי תמליץ: לרוקן סמכויות בתי הדין" כיכר השבת 14.8.2011 www.kikarhashabat.co.il/%D7%94%D7%AA%D7%A8%D7%92%D7%99%D7%9C-%D7%A9%D7%9C.html. הצעה ברוח זו הציע פרופ' אריאל רוזן-צבי כבר לפני למעלה מעשרים שנה. ראו רוזן-צבי "הלכת הכריכה ומירון הסמכויות", לעיל ה"ש 17, בעמ' 95.

ומימוש זכויות יסוד במישור התוכני. התערבות זו מצופה (ואף מתרחשת לעתים) אף בלא קשר למירוץ הסמכויות, וזאת בכל אתר שבו בית הדין חורג מסמכותו או פוגע בבסיס הצדק.⁶⁶ תוצאתה של ההתערבות עשויה להיות העברת הדיון לבית המשפט או התערבות בתוכן הכרעתו של בית הדין. ההכרעה יכולה להיות נקודתית או בעלת השלכות כוללות על תביעות עתידיות. על מגוון צורות ההתערבות ושלל תוצריהן אעמוד בחלק זה.

לנוכח התפיסה כי לרוב בתי המשפט האזרחיים הם שהגנו על הצד החלש במשפחה⁶⁷ וקידמו רפורמות של צדק ושוויון,⁶⁸ הרי שעדיפות רעיונית הוקנתה לשיפוטם מצד בית המשפט העליון. ואכן עם השנים פיתח בית המשפט העליון, בישבו כערכאת ערעור אזרחית או כבית משפט גבוה לצדק במסגרת עתירות ששמע על בית הדין הרבני, מארג של הלכות שהגבירו את הפיקוח על בתי הדין; הכפיפו אותם לתכנים אזרחיים במישור הפרוצדורלי ובמישור התוכני; והרחיבו את סמכויות הערכאה האזרחית באופן שניווט אליה עניינים רבים יותר, הן ברמה הקונקרטית והן ברמה העקרונית. מקצת הלכות אלה, אשר הפחיתו מהותית את עצמתו של מירוץ הסמכויות, אם להלכה ואם למעשה, יידונו בחלקו הבא של המאמר.

בעשורים הראשונים ועד לשנות התשעים התמקדה התערבותו של בג"ץ בחריגות דיוניות מכללי הצדק הטבעי ובחריגה מתנאי הסף לשיפוטו של בית הדין הרבני.⁶⁹ בשל התנהלותו של בית הדין, אשר לא הקפיד לעתים על כללי דיון העולים בקנה אחד עם עקרונות היסוד בסדר הדין האזרחי, לרבות על עמידה בכללי הדיון הקונקרטיים שעוצבו בשביל בית הדין ובמסגרתו, לעתים עד כדי חריגה מכללי הצדק הטבעי,⁷⁰ התערב בג"ץ ופסק לא פעם במקום בית הדין.

66 לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 23–24.

67 והייתה זו לרוב האישה, בת הזוג, אשר תמכה ביחידה הכלכלית מבית.

68 הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 131–132; פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון: על תרומתו של הנשיא ברק לדיני המשפחה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 575, 576 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009) (להלן: שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון"); כרמל שלו "צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים: על רקע הצעת חוק-יסוד: זכויות האדם" המשפט ב' 21, 26–27 (1994); רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26.

69 על עילות התערבות אלה ראו בהרחבה שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כך ג, בעמ' 1419–1420; אליאב שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית-הדין הרבני – עילה להתערבות בג"ץ?" משפטים טו 287, 310 (1985) (להלן: שוחטמן "דיון בהרכב חסר"); בג"ץ 6334/96 אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד נג(2) 153, 168 (1999); בג"ץ 1135/02 זוגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14, 19 (2002).

70 רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26, בעמ' 189.

למן שנות השישים ובפרט בשנות השמונים (בעת נשיאותו של שמגר), ועוד יותר מכך בשנות התשעים (בתקופת נשיאותו של ברק), העמיקה התערבותו של בית המשפט העליון בהחלטות בית הדין. התערבות זו, ההולכת ומסתמנת כמגמה ברורה המעדיפה, כך נדמה, את מערכת השיפוט האזרחית ומכפיפה את בתי הדין לתכנים אזרחיים, מאופיינת בשני מהלכים (אשר לכל אחד מהם כמה רבדים): האחד הוא צמצום סמכותו של בית הדין הרבני מלדון בעניינים שונים; השני הוא הכפפת בית הדין לדין האזרחי כפי שחל בבית המשפט. בנוסף, השליכה גם התבססותו של בית המשפט לענייני משפחה, בעקיפין, על סמכויות בית הדין (למשל, לנוכח הפרוצדורה של בקשה ליישוב סכסוך) ואולי אף על המוטיבציה של בעלי דין להגיע לערכאה האזרחית ולהעדיפה על פני הערכאה הרבנית.⁷¹ למען הדיוק יוער כי מגמה זו, אף על פי שהיא ברורה ומובהקת, אינה עשויה מקשה אחת. גם בתקופה האמורה אפשר להצביע על פסקי דין (אמנם בודדים) החורגים מן הקו האמור. פסקי דין אלה יוזכרו בהמשך הדברים.⁷²

2. צמצום סמכותם של בתי הדין הרבניים

מהלך שהחל טיפין טיפין בשנות השישים וצבר תאוצה בשנות השמונים והתשעים, הביא בסופו של דבר לצמצום סמכות בית הדין הרבני.⁷³ מהלך זה מורכב משלושה רבדים: האחד, שלילת סמכותו של בית הדין לדון בסוגיות מסוימות מכוח כריכה והפעלה של דרישת הסכמתם של המתדיינים לצורך הסמכתו של בית הדין; השני, הוצאת סוגיות מסוימות מגדר סמכותו הטבועה של בית הדין. הווה אומר, עניינים שקודם לכן היו כרוכים מטיבם ומטבעם בתביעת הגירושין, והסמכות בעניינים הוקנתה לבית הדין אוטומטית עם הגשת תביעת הגירושין, נדרשו כעת להיכרך במפורש ולעמוד במבחני הכריכה; השלישי, הוצאת סוגיות מגדר סמכות בית הדין גם אם ניתנה הסכמת המתדיינים להתדיין בפניו.

הדוגמה הבולטת ביותר לרובד הראשון, שבו הוצאו עניינים מגדר סמכותו הנכרכת של בית הדין, המאפשר הקניית סמכות באופן חד-צדדי על ידי התובע, והועברו לסמכות הדורשת את הסכמת בעלי הדין כולם, נוגעת למזונות ילד. הוצאת סוגיית מזונות ילדים

71 היבטים אלה עולים בעקיפין מן המידע שנאסף על ידי מרכז רקמן נשים ומשפחה בישראל: דו"שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 49, בעמ' 71, 83–93; כן ראו מיכל בן-שבת, בנימין שמואלי, רונה שווי, איילת בלכר-פריגת ורונה קפלן "שולחן (משפחתי) עגול – עשור לבית המשפט לענייני משפחה: חזון ומציאות" משפחה במשפט ב 1, 9, 17–18 (2008).

72 ראו, למשל, את פסקי הדין האלה: עניין יאיר, לעיל ה"ש 51, ועניין גולדברג, לעיל ה"ש 51, שהם לשיטתי נסיגה מהלכת אקנין, לעיל ה"ש 51.

73 השופט ברנזון הצהיר על המגמה האמורה בשנת 1974, בעניין כהנוף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 453, אך למעשה היא החלה עוד קודם לכן, כבר בשנות השישים. באופן כללי ראו מעוז "כרוך זה הכרוך על עקבנו", לעיל ה"ש 20, בעמ' 124–125.

מסמכותו הנכרכת של בית הדין קדמה בזמן לשינוי המגמה המתואר, המאפיין את שנות השמונים והתשעים, והתרחשה כבר בשנות השישים.⁷⁴ בניגוד ללשונו המפורשת של סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים, הרי שנקבע בפסיקה עוד בפרשת שרגאי⁷⁵ כי אי אפשר לכרוך תביעת מזונות ילד בתביעת הגירושין באופן חד-צדדי, ובית הדין יכול לרכוש סמכות לדון בה רק אם הביעו הצדדים – בשמם ובשם ילדיהם – הסכמתם לכך. למשל, אם פסק בית הדין בסוגיה זו או אישר הסכם שנחתם בין ההורים מבלי שהילדים היו צד להליך ומבלי שצורכיהם וטובתם נבדקו לגופו של עניין, פסיקתו אינה מחייבת, וסמכותו אינה נמשכת, ולכן תביעה חדשה יכולה להיות מוגשת בכל עת לבית המשפט לענייני משפחה, בשמם של הילדים.⁷⁶ נדמה, כפי שמלמדנו יצחק כהן, כי העמדה שאינה כובלת את הילד בהסכם שאושר על ידי הוריו בבית הדין הרבני⁷⁷ כרוכה בחוסר האמון המופגן כלפי בתי הדין הרבניים,⁷⁸ ולשיטתי ברצון לצמצם את סמכויותיו של בית הדין ואת מירון הסמכויות.

הדוגמה הבולטת לרובד השני, שבו הוצאו עניינים מגדר סמכותו הטבועה של בית הדין, נוגעת לסוגיית המשמורת הרוחנית. הכרעה בדבר המשמורת הפיזית, קרי בשאלה מי מן ההורים ישמש ההורה המטפל המרכזי, נקבעה להיות בגדר עניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין, באשר אי אפשר לפרק את המשפחה, כך על פי ההסבר המקובל, מבלי שתוכרע השאלה עם מי ישהו הילדים.⁷⁹ כבר בפרשת פלורסהיים⁸⁰ המוקדמת קבע בית המשפט (וחזר על קביעתו זו במשנה תוקף בפרשת אמיר⁸¹) כי שאלת המשמורת הרוחנית עומדת כשלעצמה והיא אינה כרוכה מטבעה ומטיבה (בניגוד

74 עד אז נתפסה הסוגיה ככזו הניתנת לכריכה. ראו, למשל, בג"ץ 170/56 רחמני נ' רחמני, פ"ד יא 247, 250 (1956); בד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1465 (1960).

75 פסק הדין הנתפס כמכונן בהקשר זה הוא בר"ע 120/69 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג (2) 171 (1969), ואולם למעשה עוד קודם לכן הצהיר בית המשפט כי ילדים אינם יכולים להתחייב בהכרעה שנפלה בין הוריהם. ראו ע"א 17/60 דנש נ' דנש, פ"ד יד 1107, 1110 (1960); ע"א 47/62 בייטר נ' בייטר, פ"ד טז 1541 (1962).

76 ע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו (3) 453, 449 (1982); ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה (1) 377, 373 (1971); ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197, 203 (1984); ע"א 806/86 מילנר נ' מילנר, פ"ד מב (3) 414, 417 (1987); מיכאל קוריןאלדי "מגמות חדשות בדיני החזקת ילדים" המשפט ז 283 (2002).

77 מדובר בהסכמים שאושרו דווקא בבית הדין, להבדיל מהסכמים שאושרו בבית המשפט. ראו יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיוון מחודש" משפטים מא 255, 291 (2011).

78 שם, בעמ' 289–296.

79 עניין וינטר, לעיל ה"ש 74; ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 261 (1995).

80 בג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד כב (2) 723 (1968).

81 עניין אמיר, לעיל ה"ש 21.

לשאלת המשמורת הפיזית) בסמכות בית הדין.⁸² הסמכותו של בית הדין בעניינים הנוגעים לחינוכו של הילד דורשת אפוא כריכה מפורשת והגשת תביעה נפרדת. חידושו של השופט חשין בפרשת אמיר משנות התשעים היה שיש להבחין בין בית הדין – שבו יש צורך בכריכה מפורשת של סוגיית המשמורת הרוחנית, לבין בית המשפט – שבו אין צורך לציין במסגרת תביעת משמורת פיזית את סוגיית המשמורת הרוחנית כדי שהוא יוסמך לדון אף בה. קרי, די בהגשת תביעה למשמורת (סתם) כדי שבית המשפט ירכוש סמכות לדון במשמורת הרוחנית וסמכותו של בית הדין תיחסם.⁸³

הדוגמה הבולטת לרובד השלישי, שבו הוצאו עניינים מגדר סמכותו המוסכמת של בית הדין, נוגעת לאכיפתם של הסכמי רכוש, וזאת כפי שנקבע בפרשת סימה אמיר.⁸⁴ באותה פרשה נשללה מבית הדין הסמכות לדון באכיפתו של הסכם גירושין שאושר על ידי בית הדין הרבני על תניותו הרכושיות (והתניה שם הייתה תניית שיפוי בנושא רכוש) עם התעוררות המחלוקת לאחר גירושיהם של הצדדים. בית המשפט פסל את האפשרות להסמיך את בית הדין הרבני להיות בורר בסוגיה שאינה מצויה בסמכותו על יסוד מקור אחר, בהינתן כי עניין אכיפת הסכם הרכוש היה עניין חדש ולפיכך לא בגדר סמכותו הנמשכת של בית הדין;⁸⁵ בהינתן כי סיווגה של הסוגיה אזרחית ולא סוגיה של מעמד אישי אשר אפשר להגישה לבית הדין בהסכמה;⁸⁶ ובהינתן כי נישואי בני הזוג הותרו זה מכבר, וכריכה אינה אפשרית עוד – אי אפשר עוד להסמיך את בתי הדין לדון בה. קביעה זו צמצמה את סמכות בית הדין לדון בענייני רכוש המתעוררים לאחר מועד גירושיו

82 ראו גם רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 57; שיפמן "טובת הילד", לעיל ה"ש 27, בעמ' 423; בג"ץ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האזורי, חיפה, פ"ד לז (3) 94, 106 (1983); עניין שליו, לעיל ה"ש 20, בעמ' 76.

83 הרהור מחדש בשאלה אם אפשר ואם ראוי להפריד בין סוגיות משמורת שונות בין שהתביעה הראשונית הוגשה לבית הדין או לבית המשפט, הועלה באמירת אגב של שני שופטים בבג"ץ 2621/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 27.12.2011). פסק הדין ניתן בעתירה שהוגשה נגד בית הדין השרעי, ולפיכך יש להיזהר מלהסיק ממנו במישורין על חלוקת הסמכויות בין בית המשפט ובית הדין הרבני.

84 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 6.4.2006) (להלן: עניין סימה אמיר). כן ראו בהקשר האזרחי הרחב את בג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996). על השלכותיה רחבות ההיקף של פסיקה זו ראו בהרחבה אצל עמיחי רדזינר "בית-הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית-הדין הרשמי" משפט וממשל יג 271 (2011). יש לציין כי מועד פרסום פסק הדין – שנת 2006 – מאוחר למועד שבו התרחש, לשיטתי, השינוי בעמדת בג"ץ ביחסו לבתי הדין הרבניים. פסק דין זה הוא בוודאי פסק הדין החריף ביותר בהתערבותו מן העידן שהוגדר כעידן הפסיביסטי, ובוודאי שאינו עולה בקנה אחד עם המגמה הכללית שתואר בהמשך (להלן בפרק ג).

85 לסמכות נמשכת ראו מרקוס, לעיל ה"ש 16, בפרק 5.

86 מכוח ס' 9 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין). לסמכות בהסכמה ראו מרקוס, לעיל ה"ש 16 בפרק 2.8.

הצדדים ועוררה תרעומת לא מעטה מצדו של בית הדין בשל השלכותיה רחבות ההיקף על סמכות בית הדין כבורר בכלל.⁸⁷

ברי כי ככל שיותר ויותר סוגיות אינן יכולות להיכרך בתביעת הגירושין, וסמכות בית הדין בהקשרן אפשר שתתבסס (אם בכלל) רק בהסכמת כל בעלי הדין, הרי שעצמתו של מירון הסמכויות פוחתת. אין טעם ואין כל צורך במירון אם הלה לא יועיל לרכישת סמכות בית הדין, שהרי גם אם הקדים בעל הדין פנייתו אליו, התנגדותו של בעל ריבו לסמכות בית הדין תגבר ותביעה שתוגש מטעמו לבית המשפט תתברר שם. גם הקשיים הכרוכים בתוכן פסיקתו של בית הדין בהפעלתו את הדין האישי תוך סטייה מעקרונות יסוד מתרככת בנסיבות אלה. מתדיינים שבחרו בהסכמתם (בהנחה שאפשר לדבר על בחירה חופשית) להסמיך את בית הדין לדון בתביעותיהם אינם יכולים להלין אלא על עצמם, אם וכאשר בחירה זו בשיפוט בית הדין מובילה לפגיעה בזכויותיהם.⁸⁸

3. הכפפת בית הדין לדינים האזרחיים כבררת מחדל

לצד קיצוץ סמכויותיו של בית הדין לדון בענייני מעמד אישי ובסוגיות נלוות ולצד העלאת רף התנאים המקדמיים להסמכתו לדון בענייניה של משפחה פלונית, הכפיף בית המשפט העליון את בית הדין הדן בענייניה של אותה משפחה לדינים בעלי אופי אזרחי, הן במישור המהותי והן במישור ניהול הדיון וסדריו.

המהלך הכולט ביותר, לפחות פורמלית, הוא זה שהטיל על בית הדין חובה להפעיל בענייני רכוש סטנדרטים הדומים במהותם לסטנדרטים האזרחיים שפותחו בפסיקת בית המשפט העליון.⁸⁹ בית המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, הכפיף בפרשת בבלי⁹⁰ את בית

87 ראו דבריו של מנהל בתי הדין הרבניים לשעבר, הרב אליהו בן-דהן, בפרוטוקול ישיבה מס' 105 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 2 (8.1.2007); וכן הצעת חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון מס' 4) (בוררות וגישור), התשס"ה-2005, ה"ח 1220; פרוטוקול ישיבה מס' 13 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-17, 23 (13.9.2006); פרוטוקול ישיבה מס' 3 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-18, 11, 31 (25.5.2009); רדזינר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 273. כמו כן ראו ליפשיץ "גן התענועים", לעיל ה"ש 12, בעמ' 126, 144; ברע"א 4766/11 חב' סילבר טאוארס נ' קסירר, פס' יח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 7.3.2012). אבל ראו לאחרונה אמירת אגב של השופט ג'ובראן והשופט הנדל באשר לאפשרות להקנות סמכות עתידית לבית דין דתי, מכוח תניית שיפוט בהסכם, בבג"ץ 2621/11, לעיל ה"ש 83, פס' 22 לפסק דינו של השופט ג'ובראן ופסק דינו של השופט הנדל.

88 דברים אלה מאבדים כמובן מתוקפם אם וכאשר שני בעלי הדין או אחד מהם נגררים לשיפוט בית הדין מתוך כפייה תרבותית או אחרת. החשש מתגבר כאשר מדובר בצד החלש בבני הזוג.

89 בפסק הדין בעניין בבלי הוצעו שתי חלופות: האחת, איפשרה לבית הדין הרבני לפתח דיני רכוש "משלו", ובלבד שאלה מחויבים לעקרון השוויון; והשנייה, החילה על בית הדין את הדינים האזרחיים וההלכות כפי שפותחו בפסיקת בית המשפט העליון. בית המשפט הכריע ביניהן לטובת האחרונה. ראו בג"ץ בבלי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 241-246. כן ראו בספרות הלפרין-קדרי "פלורליזם

הדין הרבני למשטר הרכושי הגלום בהלכת השיתוף תוך שהוא מחייבו להגן על זכויותיהם האזרחיות-קנייניות של בעלי הדין בסוגיות רכושיות. פסק הדין הזה מסמל⁹¹ את השינוי הגדול ביותר שניסה בית המשפט העליון להוביל כחלק מן המגמה המתוארת. עם זאת חרף חשיבותו של פסק הדין קיים פער בין קביעת בית המשפט במסגרתו לבין יישומו בפועל, פער המעמעם את השפעתו הממתנת של פסק הדין על תופעת מירון הסמכויות.

אין ספק כי לו היה בית הדין מיישם במלואו את פסק הדין, היה עוקצו של מירון הסמכויות ניטל ממנו במידה רבה, שכן השוני הגדול ביותר בין הכרעות שתי הערכאות הוא זה הנוגע לסוגיית הרכוש. לו הייתה הלכת בבלי מצליחה ליצור אחידות בפסיקה בעניין זה, הרי שהתמריץ למירון הסמכויות היה פוחת מהותית. אולם הגשמתה של הלכת בבלי אינה מלאה, ואף תחולתו של חוק יחסי ממון אינה מובטחת.⁹² פסיקה על פי הדין האזרחי בסוגיית הרכוש נתפסת כנוגדת דין תורה, ובתי הדין, אף על פי שאינם מתעלמים ממנו, מנסים להתחמק מתחולתו במידת האפשר, בעיקר תוך שהם דוחקים בבעלי הדין להגיע להסכמים שיפטרו אותם מן החובה לפסוק בענייני רכוש ובהפעילם עליהם לחץ להסכים לפסיקת בית הדין על פי דין תורה.⁹³ כאשר לחצם אינו נושא פרי והם נאלצים לפסוק בעצמם על פי הדין האזרחי, הרי שפרשנותם עשויה להיות שונה מפרשנות בית המשפט,⁹⁴ ולעתים פוגעת מהותית בזכויות הרכושיות המוקנות על פיו לבעלי (ובעיקר לבעלות) הדין.⁹⁵ אז אפשר שבעל דין שעתותיו בידיו ושהפרוטה מצויה

משפטי בישראל, לעיל ה"ש 27, בעמ' 704; שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?", לעיל ה"ש 27, בעמ' 524.

90 בג"ץ בבלי, לעיל ה"ש 41.

91 הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 110.

92 הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27; שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?", לעיל ה"ש 27. כן ראו את מקבץ העתירות הבאות המלמדות, על קצה המזלג, על התנהלות בית הדין הרבני: בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים (פורסם בנבו, 8.10.2008); בג"ץ 7716/05 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.8.2007); עניין אליהו, לעיל ה"ש 69; בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני, לעיל ה"ש 24; בג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401 (2000).

93 בג"ץ 5376/08 סמיה נ' בית-הדין האזורי בתל-אביב (פורסם בנבו, 8.4.2010).

94 עצם השונות אינה "רעה" כשלעצמה, ואפשר שגלומים בה יתרונות שונים. ראו בהקשר זה את טיעונו של אהרונסון, לעיל ה"ש 55; Ori Aronson, *Out of Many: Military Commissions, Religious Tribunals, and the Democratic Virtues of Court Specialization*, 51 VA. J. INT'L L. 231 (2010). הקושי מתעורר, לשיטתי, כאשר השוני בין הערכאות יוצר פער קטגורי לרעת קבוצת מתדיינים מסוימת, או כאשר התנהלותה של ערכאה אחת סובלת מפגמים דיוניים ומהותיים.

95 דוגמה מובהקת לכך היא השימוש ה"יצירתי" של בית הדין הרבני בס' 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג לצורך חריגה מאיזון המשאבים. ראו בג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 92. ראו גם דוגמה קיצונית פחות בבג"ץ 4178/04 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד סב(1) 235 (2006).

בכיסו, ובפרט בעל דין שלא נשחק במאבק המשפטי יפנה, לאחר שמיצה את ההליכים בפני בתי הדין, לבג"ץ לבקש התערבותו. ברור שגם אם היענותו של בג"ץ מובטחת (והיא אינה מובטחת כמובן),⁹⁶ הרי שלפנייה לבג"ץ יש מחיר שרבים מבעלי הדין אינם מסוגלים (או מעוניינים) לשלם.⁹⁷

פסק דינו של הנשיא ברק בפרשת לב נתפס כחלק מן המהלך שקידם בפרשת בבלי.⁹⁸ להצהרה שלפיה בית הדין הוא חלק אינטגרלי ממערך השיפוט הישראלי יש משמעות, קבע הנשיא ברק, אף במישור הפרוצדורה. בית הדין חויב, בפסק דין לב, בהגשמת זכויות הפרט ושמירה עליהן גם בהקשרים של פרוצדורה וסדרי דין, ובאופן קונקרטי בשמירה על חירות התנועה אל מחוץ לגבולות ישראל, בהפעילו את שיקול דעתו בהוצאת צו עיכוב יציאה מן הארץ. הנשיא ברק קבע באותה פרשה כי פיתוח כללים דיוניים, המצוי בסמכותו הטבועה של בית הדין, צריך להיעשות לאור עקרונות, אינטרסים וערכים של שיטה מתוקנת, לרבות זכויות האדם, הכוללות את כבוד האדם וחירותו.⁹⁹ כמה שנים לאחר מכן המשיך הנשיא ברק באותו קו וקבע כי גם בהקשר של דיני הראיות מחויב בית הדין לעקרונות הדין האזרחי הכללי. בעניין פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי נתניה¹⁰⁰ הכפיף את בית הדין הרבני לחוק הגנת הפרטיות ולכלל בדבר פסילת ראיות שהושגו תוך הפרת הפרטיות.

בכך השלים ברק מהלך שבמסגרתו הכפיף את בית הדין הרבני לעקרונות ולזכויות יסוד במישור התוכני והפרוצדורלי, ככל שמדובר בעניינים נלווים ובסוגיות מהותיות שאינן חלק מענייני המעמד האישי (עליהם חל דין תורה), וזאת גם בהיעדר הוראות חוק החלות מפורשות על בית הדין. המהלך האמור, לפחות פורמלית, קירב את פסיקת שתי הערכאות וצמצם (גם אם לא ביטל) את התמריץ למירוץ הסמכויות. לחלופין, ובכל אותם מקרים שבהם לא יישם בית הדין את המצופה ממנו לאור פסיקה זו, ניתנה בידי בעל הדין עילה לפנות לבג"ץ ולבקש את סיועו. בהצטרף המהלך האמור להוצאת עניינים מסמכות

96 בית הדין הרבני אינו כפוף כאמור לפרשנותו של בית המשפט העליון. מכאן שפסק דין של בית הדין אשר הפעיל את המתווה האזרחי של הלכת השיתוף, אך יישמו באופן שונה מהמקובל בבית המשפט ושלל דה פקטו זכותה של בעלת דין מכוח הלכת השיתוף, לא יגרום בהכרח את התערבות בג"ץ.

97 למרות ההסתייגויות שלעיל, הנוגעות לנכונות בתי הדין הרבניים להפעיל את הלכת בבלי (לעיל ה"ש 41), ולנכונות בג"ץ להתערב ולכפות את הפעלתה על בתי הדין והמגבלה במציאות על יכולתם של בעלי ובעלות דין להיאבק על התערבות בג"ץ, הרי שאי אפשר להתעלם מהשפעתה הממתנת של הלכת בבלי על מירוץ הסמכויות, שכן הקנתה לבעלי/ות הדין שנפגעו מפסיקת בית הדין אפשרות לעתור נגדה לבג"ץ.

98 הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 110; הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27.

99 בג"ץ לב, לעיל ה"ש 31, בעמ' 505–510.

100 בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית-הדין הרבני האזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581 (2006).

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובוט" : מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

בית הדין הרבני ולאור השינויים הנוספים שאציג בחלקים הבאים, ניכר כי בית המשפט האזרחי ותוכני הדין האזרחיים זכו לחיזוק ניכר, שלא לומר ל"ניצחון בנקודות".

4. חיזוק עקיף למערכת האזרחית: הקמת בית המשפט לענייני משפחה

(א) כללי

בית המשפט לענייני משפחה הוקם כערכאה שיפוטית מקצועית שתפקידה לרכז את כל סמכויות השיפוט האזרחיות בענייני משפחה.¹⁰¹ הקמתו הקלה את תופעת הפיצול, במה שהיא נוגעת למערכת האזרחית פנימה, ואיחדה את הדיון בענייניה של משפחה אחת (שאפשר שקודם לכן היו מפוצלים בין בתי המשפט המחוזיים, השלום ולעתים אף בין בית המשפט העליון ובין שופטים שונים באותה ערכאה) אצל שופט אחד בעל מומחיות בבית המשפט לענייני משפחה.¹⁰² אפשר שגם הקמת יחידת הסיוע, כגורם מסייע מקצועי, הגבירה את מידת האטרקטיביות של הערכאה האזרחית.¹⁰³ עם זאת חקיקת חוק בתי המשפט לענייני משפחה שימרה באופן עקרוני את חלוקת הסמכויות בין הערכאה האזרחית לדתית במתכונת דומה לזו שהייתה בעבר והצהירה כי אין בהקמת בתי המשפט לענייני משפחה כדי לפגוע בסמכות בתי הדין הדתיים.¹⁰⁴

תקנות סדר הדין האזרחי שתוקנו סמוך לאחר הקמת מערך בתי המשפט לענייני משפחה קבעו פרוצדורה מיוחדת ליישוב סכסוך.¹⁰⁵ פרוצדורה זו והאופן שבו הופעלה הרחיבו את מנעד סמכותו של בית המשפט והקנו יתרון מסוים לבעלי הדין המבקשים להביא את תביעתם בפניו. בשל האופן שבו בחר לימים בית המשפט העליון להתייחס לפרוצדורה האמורה אבקש להרחיב מעט בהצגתה.

101 חוק בית המשפט לענייני משפחה.

102 דן ארבל ויהושע גייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995" הפרקליט מג 431 (1997). על היבט הריכוזיות ועל היבט המקצועיות ראו שאול שוחט "בית משפט לענייני משפחה – האמנם בית?" משפחה במשפט ב 375, 376-379 (2008).

103 לאחרונה הורחבה פריסת יחידות הסיוע ונקבע כי אלה תוקמנה גם בסמוך לבתי הדין הרבניים. ראו חוק בתי דין דתיים (יחידות סיוע), התשע"א-2011.

104 ס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה. השוו מנשה שאוה "היחס בין הסמכויות", לעיל ה"ש 16. מעניין שיש מי שסבורים שהקמת בית המשפט לענייני משפחה החריפה את תופעת מירון הסמכויות. ראו בן שבת, שמואלי, שוז, בלכר-פריגת וקפלן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 4, 9, 16-17.

105 תק' 258-258כ לתקנות סדר הדין האזרחי. מעניין שעל אף הקמתן של יחידות סיוע בסמוך לבתי הדין הרבניים לאחרונה, לעיל ה"ש 103, לא הורחבה הפרוצדורה האמורה של בקשה ליישוב סכסוך לבית הדין הרבני.

(ב) בקשה ליישוב סכסוך

התיקון שהוכנס לאחר חקיקת חוק בית המשפט לענייני משפחה בתקנות סדר הדין האזרחי היה חלק ממהלך הקורא לקידום יישוב סכסוכים בדרכים חלופיות.¹⁰⁶ על פי התיקון,¹⁰⁷ אפשר לפתוח הליך בבית המשפט לענייני משפחה על דרך הגשת בקשה ליישוב סכסוך. בקשה זו מקנה לבית המשפט סמכות לדון בסוגיות הרכוש, המזונות והמשמורת שמבקש בעל הדין לברר עם בן זוגו, וזאת אף מבלי שהוגשו תביעות בעניינים אלו.¹⁰⁸ עם הגשת הבקשה מפנה בית המשפט את הצדדים ליחידת הסיוע לצורך מתן שירותי אבחון, יעוץ או טיפול וההליכים בפני בית המשפט מעוכבים למשך 30 יום.¹⁰⁹ לצורך הצלחת הליך יישוב הסכסוך אפשר להאריך את פרק הזמן שבו ההליכים מעוכבים, ובסיומו של הליך מוצלח רשאי בית המשפט לתת להסכמות שגובשו תוקף של פסק דין.¹¹⁰ אם בעל הדין סירב לשתף פעולה או שההליך כשל והצדדים לא הגיעו להסכמה, אפשר להגיש כתבי תביעה, ואלה יחשבו כאילו הוגשו במועד הבקשה ליישוב סכסוך.¹¹¹

מטרת הפרוצדורה האמורה לאפשר לבן הזוג המבקש לפתור את המשבר הזוגי שנוצר או להביא לפירוק הקשר, לפעול באופן לא אדוורסרי, מתוך שאיפה לנהל את הסכסוך בדרכי נועם אך מבלי לאבד את היתרון הכרוך בתפיסת סמכות בית המשפט לענייני משפחה.¹¹² בזכות הבקשה ליישוב סכסוך יכול בעל דין להבטיח את סמכות בית המשפט (ולהימנע מסמכות בית הדין), לשמר את הסכסוך על אש קטנה ואולי אפילו להשיג את המטרה המקורית: יישוב המחלוקת או הכרעתה בהסכם. ברי שאם יש בפרוצדורה האמורה כדי להשיג את היעד האמור (והיה זה כך לפחות לפרק זמן מסוים), הרי שיש בה כדי לחזק בעקיפין את הערכאה האזרחית ואת המתדיינת המבקשת להביא

106 ענת ענבר, חיה נבו וסוזן להמן "יחידות הסיוע ליד בתי המשפט לענייני משפחה – עשור לפעילותן" משפחה במשפט ב 25 (2008); דורית אלדר-אבידן "בין רוחה למשפט – המקרה של יחידות הסיוע שליד בתי המשפט לענייני משפחה" העצמה במשפט 371 (מימי אייזנשטרט וגיא מונדלק עורכים, 2008).

107 המתרכז בתק' 258–258 לתקנות סדר הדין האזרחי.

108 תק' 258 ו-258 לתקנות סדר הדין האזרחי; רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ויעל רונן "מגדר וגישור בהליכי גירושין" המשפט ז 335, 361–363 (2002); ענבר, נבו ולהמן, לעיל ה"ש 106, בעמ' 42.

109 תק' 258ט(ג) לתקנות סדר הדין האזרחי. לחלופין יכול בית המשפט להפנות את הצדדים לייעוץ או גישור מחוץ ליחידת הסיוע, ראו תק' 258 כ(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי.

110 תק' 258כד(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

111 תק' 258כא(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי; מרקוס, לעיל ה"ש 16, בפרק 2.10.

112 ארבל וגייפמן "חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה–1995", לעיל ה"ש 102, בעמ' 441; דורית אלדר "תובענה ליישוב סכסוך: חלופה טיפולית בבית המשפט למשפחה" יהושע גייפמן דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה חלק ג 1217 (2000).

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובעט": מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

את ענייניה של משפחה לפנייה. כפי שיוסבר בהמשך, הפרוצדורה האמורה עוררה מחלוקת כבר סמוך לעיצובה בתקנות,¹¹³ ובסופו של דבר פורשה באופן המדלדל את האפשרות להשתמש בה.¹¹⁴

5. חיזוק מוסדות עוקפי-נישואין כדת וכדין ויצירת דיני משפחה אזרחיים

היבט נוסף במגמה הכוללת המאפיינת את דיני המשפחה בישראל, המשפיע למעשה על מעמדם של בתי הדין הרבניים ועל שאלת מירון הסמכויות, הוא היוצר מבנים משפחתיים-זוגיים החורגים מדגם הנישואין כדת משה וישראל, או נותן להם תוקף משפטי. ההכרה המשפטית במוסדות החלופיים אמנם אינה חדשה, אבל היא זכתה למשנה תוקף מאז שנות התשעים, ונדמה כי גם מעשית הפנייה לחלופות אלה בשנים האחרונות הולכת וגוברת.¹¹⁵ ככל שבני זוג רבים יותר בוחרים להקים משפחות על בסיס מודל "הידועים בציבור" או באמצעות טקס נישואין אזרחי מחוץ לישראל, וככל שהמשפט נותן תוקף למודלים אלה ויוצר בשבילים דינים ייחודיים-אזרחיים, כך מצטמצמת מעורבותו של בית הדין בסכסוכי משפחה.¹¹⁶

מעמדם של הידועים בציבור, שהחל להיווצר בשנות השישים במהלך פסיקתי וחקיקתי משולב וזכה לביסוס חסר תקדים מבחינה השוואתית-בין-לאומית, משווה במידה רבה (תוך שינויים מחויבים) את זכויותיהם וחובותיהם של הידועים בציבור לאלו

113 על המחלוקת והדיה בספרות ראו שאוה "היחס בין הסמכויות", לעיל ה"ש 16, בעמ' 70; מנשה שאוה "הצעת חוק בית-המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 4) (השוואת סמכויות שיפוט), התשנ"ח-1998 – האומנם ברכה לנשים המוסלמיות והנוצריות?" הפרקליט מד 358, 395-387 (1999); ליאת שכטר "האם התקנות בדבר 'בקשה ליישוב סכסוך' בבית-המשפט לענייני משפחה חורגות מסמכות?" קרית המשפט א 353 (2001). אבל, השוו מיכאל קורנאלדי "ההשלכות של חידושי החקיקה לעניין מירון הסמכויות בין ביהמ"ש לענייני משפחה לבין ביה"ד הרבני" יהושע גייפמן דיני המשפחה בישראל בעידן בית המשפט למשפחה חלק ג 1185 (2000).

114 להלן ה"ש 178-185 והטקסט הצמוד להן.

115 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משפחות ומשקי בית בישראל – נתונים לרגל "יום המשפחה" (2011) www.cbs.gov.il/hodaot2011n/11_11_025b.pdf; דו"ח משפחה חדשה: אהבה זוגיות נישואין וגירושין – ישראל בת 60 (2008) www.slideshare.net/NewFamilyOrg/ss-7331133; מרכז רקמן נשים ומשפחה בישראל: דו-שנתון סטטיסטי 2009, לעיל ה"ש 49, בעמ' 33. להערכתי, מדובר במספרים שאינם משקפים את היקף התופעה במלואה, והיקפה בפועל רחב עוד יותר. עם זאת המגמה העולה ממנה ברורה – יותר ויותר זוגות בוחרים להקים משפחות שלא על דרך נישואין כדת משה וישראל.

116 עם זאת ברור כי בתי הדין בכל מקרה אינם יוצאים מהתמונה, שכן היום, כמו בעבר, הסמכות הבלעדית לעריכת טקס הגירושין וסידור הגט כמו גם התרת הנישואין של זוגות יהודיים (על פי המתווה שנקבע בפרשת "בני נוח") מצויה בידי בתי הדין הרבניים. ראו להלן ה"ש 243 והטקסט הצמוד לה.

של זוגות נשואים.¹¹⁷ בשנים האחרונות חוזקה המגמה שהחל השופט ברק לקדם עוד בשנות השמונים,¹¹⁸ ומעמד הידועים בציבור במישור פנים היחסים (בסוגיות של חלוקת רכוש ומזונות) התקרב לזה של נשואים.¹¹⁹ לצד אלה התקרב אף מעמדם במישור ה"חיצוני" למודל הנישואין.¹²⁰ בית המשפט החיל חזקה פרשנית החותרת להשוואת מעמד הידועים בציבור לזה של זוגות נשואים, וחקיקה המעניקה הטבות לזוגות נשואים (ומטילה עליהם חיובים) כלפי המדינה ורשויותיה הרחבה פרשנית גם לידועים בציבור.¹²¹

לפחות עד לאחרונה לא היה ספק כי בית הדין אינו מוסמך לדון במעמדם של ידועים בציבור, בזכויותיהם ובחובותיהם.¹²² להבדיל מגירושין, התרת הקשר הזוגי של ידועים בציבור אינה דורשת מעורבות שיפוטית, וספק אם אפשר להסמיק את בית הדין לדון בענייניהם הזוגיים, כדוגמת ענייני הרכוש או המזונות.¹²³ עם זאת כאשר מדובר

117 מטבע הדברים אין באפשרותי להרחיב על המהלך האמור אשר פתח את שערי מוסד הידועים בציבור לקהלים רבים והטיל עליהם, הן במישור היחסים הפנימיים והן במישור היחסים עם צדדים שלישיים, סט זכויות וחובות הדומה במידה רבה לאלה של זוגות נשואים, לעתים אף תוך מתן עדיפות לראשונים. להרחבה ראו שחר ליפשיץ הידועים-בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 89, 227 (2005) (להלן: ליפשיץ הידועים-בציבור); שחר ליפשיץ "נשואים בעל כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741, 745, 781 (2002); אמנון בן-דרור הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין 421 (מהדורה שלישית מעודכנת, 2000).

118 ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז' 529 (1983); ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח' (1) 443 (1984).

119 שם; ע"א 625/83 ברקוביץ נ' בודניה, פ"ד מא' (4) 581 (1987); ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן, פ"ד מג' (1) 278 (1989); ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא' (1) 337 (1997); תמ"ש (משפחה ת"א) 63323/97 מאגין נ' מלכה (פורסם בנבו, 22.5.2000); בש"א 2021/07 (משפחה חד' ד.ה. נ' א.ג. (פורסם בנבו, 14.2.2008); תמ"ש (משפחה ת"א) 33988-05-10 ש.מ. נ' מ.ס. (פורסם בנבו, 26.1.2011). עם זאת בשני ההקשרים יש דינמיות לא מעטה, ועד כמה שהסוגיות נתונות לעיצוב בית המשפט ושיקול דעתו, שינויים עשויים להתרחש. ראו למשל לאחרונה, פסק דין של בית משפט בחיפה שהטיל חיוב מזונות על אישה כלפי בן זוגה, תמ"ש (משפחה חי') 12818-08-11 ר.ד. נ' ח.ר. (פורסם בנבו, 18.12.2011).

120 על מעמדם במישור החיצוני ראו ליפשיץ הידועים-בציבור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 228, 237. גם המישור הסימבולי זכה לחיזוק למשל בהחלטה לאפשר לבת הזוג הידועה בציבור לשאת את שם משפחתו של בן זוגה. ראו בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז' (1) 749 (1993).

121 ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה' (1) 12 (1999); ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז' (5) 309, 322, 326 (2002); בג"ץ 5492/07 בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 19.9.2010).

122 בג"ץ 4122/02 גרוני נ' בית-הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד נז' (1) 537 (2002).

123 בן-דרור, לעיל ה"ש 117, בעמ' 379.

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובוטט": מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

בילדיהם, הרי שלפחות בהסכמה אפשר ככל הנראה להביא תביעות להכרעת בית הדין.¹²⁴ כאשר זה המצב, הרי שלמירון הסמכויות אין כל רלוונטיות בהקשרם. הדין, גם אם הוא חל על מערך זכויותיהם וחובותיהם (במישור הזוגי), הוא דין אזרחי ולא דין אישי, שהרי זה האחרון איננו מכיר במעמד המשפטי, והסמכת בית הדין, אם בכלל תתאפשר, יכולה להיעשות בהסכמה בלבד.¹²⁵

באשר לבני זוג שנישאו אזרחית, מצבם של אלה היה שונה מלכתחילה. בהיעדר ערכאה אחרת המוסמכת לטפל בגירושין של זוגות יהודים בישראל, נדרשו בני זוג שנישאו אזרחית וביקשו להיפרד להתייצב לפני בית הדין לצורך סידור גירושיהם. מחלוקת באשר לסמכות בית הדין לדון בשאלת תוקף הנישואין לא הוכרעה, אולם לא היה ספק (לפחות בשנים האחרונות) כי לבית הדין סמכות לדון, לכל הפחות, בסידור הגירושין של אלה.¹²⁶ בתי הדין נטו שלא להכיר בזכויות הצומחות מנישואים אלה ולא הכירו בזכות האשה למזונות או בחלקה ברכוש המשפחה. אולם בתי המשפט, אשר הכירו בזכויות הצומחות מנישואין אלה, אפשרו קבלת סעד הדומה לזה שקם לזוגות נשואים או ידועים בציבור.

גם מעמדם של זוגות הנשואים אזרחית זכה להכרה ולחיזוק בפסיקת בית המשפט העליון במחצית הראשונה של העשור הראשון של שנות האלפיים. פסק דין שניתן בשלהי כהונתו של הנשיא ברק העמיק את תוקפם וקבע כי לטקס נישואין אזרחיים יש תוקף לא רק לצורכי רישום במרשם האוכלוסין¹²⁷ אלא גם תוקף של מהות, וכי לפחות באשר לחלק מטקסים אלה (בהתקיים כשירות של בני הזוג להינשא גם בישראל) נוצר

124 ס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) מאפשר הגשה מוסכמת של תביעות בענייני המעמד האישי. אלה כוללים את סוגיית מזונות הילד ואת שאלת קביעת האחריות ההורית – משמורת.

125 לעמדה שאינה רואה בבית הדין מוסמך לדון בעניינים של ידועים בציבור ובהגדרתם ככאלה ראו בג"ץ 673/89 משולם נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מה(5) 594, 604 (1991); הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 108–109, 143.

126 המחלוקת נסבה על פרשנות המונח "נישואין וגירושין" [...] בישראל" שבס' 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין). ראו עניין כהנוף, לעיל ה"ש 59, בעמ' 452–453; בג"ץ 51/80 כהן נ' בית-הדין הרבני האזורי, רחובות, פ"ד לה(2) 8, 11 (1980); ע"א 592/83 פורר נ' פורר, פ"ד לח(3) 561, 567 (1984); בג"ץ 148/84 שמואל נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד לט(4) 393, 398 (1985); בג"ץ 1480/01 חג'ג' נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(5) 214, 222–223 (2001); בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פ"ד סא(3) 496, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) (להלן: פרשת בני נוח).

127 העמדה המקובלת מאז פרשת פונק-שליזינגר (בג"ץ 143/62 פונק-שליזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963)) היא כי משרד הפנים חייב ברישום נישואין הנחזים כתקפים ובהיעדר ראיה לסתור. ראו Zvi Trigger, *Freedom from Religion in Israel: Civil Marriages and Cohabitation of Jews Enter the Rabbinical Courts*, 27 ISR. STUD. REV. 1, 5 (2012).

סטטוס של נישואין לכל דבר ועניין.¹²⁸ פסק הדין הזה נתן משנה תוקף לנישואים האזרחיים, אולם בד בבד הקנה לבית הדין סמכות לדון בסוגיית תוקפם ובהתרתם, ובכך יש בו גם כדי לחזק את בית הדין.¹²⁹ על פסק דין זה, המכיר בנישואים האזרחיים כנישואים לכל דבר ועניין, יש להוסיף רשימה של הכרעות קודמות אשר העניקו לזוגות שנישאו אזרחית בחו"ל מגוון זכויות, בין בהיותם מוכרים כנישואים¹³⁰ ובין בשל היותם (לכל הפחות) ידועים בציבור. כך או כך, סט הזכויות שהוענק להם היה אזרחי מטבעו, ובית המשפט העניקו על אף – או בניגוד – לעמדת בית הדין.¹³¹

הכרה במשפחות שנוצרו על דרך נישואין אזרחיים או בזוגיות של ידועים בציבור היוותה למעשה נתיב עוקף בית דין רבני. בין שבית הדין לא הוסמך לדון באלה מראש, כמו במקרה של הידועים בציבור, ובין שהתאפשרה עקיפה דה פקטו של הכרעתו, כמו במקרה של נישואין אזרחיים שבהקשרם ניתנו סעדים בתביעות הנלוות במסגרת בית המשפט, הרי שחלופות אלה חסמו בפועל את סמכותו האפקטיבית של בית הדין ומנעו (או לפחות צמצמו מהותית) את מירון הסמכויות או את תוצאותיו.¹³²

ג. שינוי מגמה – מירון הסמכויות "חי ובעט"

אם בשנות התשעים, בד בבד עם המגמה של יצירת דיני משפחה אזרחיים התרחש כרסום זוחל בסמכויות בתי הדין הרבניים, הרי שנדמה שבשנים האחרונות חלה עצירה (ולפרקים אפילו נסיגה) במידת ההתערבות של בית המשפט העליון בפסיקת בתי הדין. במובן זה משמרים (ואף מגדילים) בתי הדין את השפעתם על מערך הדיון המשפטי בענייני המשפחה – סמכויותיהם מובטחות ותוכני הדין שהם מפעילים זוכים להתערבות מצומצמת יותר מצד בג"ץ. בחלק מהמקרים מלווה הדבר בהצתת מירון הסמכויות או בהגברת שלהבותיו.

לשינוי המגמה כמה ביטויים: האחד, שאותו אציג בזהירות ובהסתייגות בשל מוגבלותם של הנתונים שבידי, הוא מספרי. בחינת הנתונים מלמדת כביכול כי יותר ויותר עתירות נגד בתי הדין נדחות על ידי בג"ץ ופחות ופחות עתירות כאלו מתקבלות על ידי;

128 פרשת בני נוח, לעיל ה"ש 126.

129 ראו להלן ה"ש 248 ואילך.

130 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141 (1951); ע"א 173/69 בכר נ' בכר-גולדנברג, פ"ד כג (1) 665 (1969); ע"א 566/81 שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399 (1985). שיאו של מהלך זה בפסק הדין שעסק בזכויות ירושה של בת זוג שנישאה ליהודי בנישואין אזרחיים ברומניה. ראו ע"מ 9607/03 פלוני נ' פלוני, פ"ד סא (3) 726 (2006).

131 פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון", לעיל ה"ש 68, בעמ' 576, 588; רוזן-צבי בין קודש לחול, לעיל ה"ש 7, בעמ' 101, Trigger; לעיל ה"ש 127, בעמ' 5-6.

132 בהקשר זה כמו בהקשרים אחרים.

הביטוי השני הוא ביטוי איכותי. קריאת פסקי הדין של בית המשפט הגבוה לצדק מן השנים האחרונות מלמדת על הצטברותם של פסקי דין אשר ההלכה שקבעו ואופן הנמקתם מלמדים על שינוי איכותי בצורת המחשבה ובמידת הנכונות של בג"ץ להתערב בהחלטות בתי הדין הרבניים. חלק זה הוא לב הטיעון, וניתוח הפסיקה האמורה ופרשנותה יובאו באריכות. פסיקה זו אף מלמדת באופן הטוב ביותר על השינוי שהתרחש. בסיום פרק זה יובא אלמנט נוסף שיש בו אולי כדי לחזק את המגמה המתוארת. נדמה כי אפשר לאתר ניצנים של רצון מצד בתי הדין הרבניים להיות שותפים לפתרון סכסוכים בין בני זוג שבחרו מלכתחילה להקים משפחות שלא על דרך נישואין כדת משה וישראל. אף על פי שטרם התבססה עמדת המערכת האזרחית כלפי ניצני המגמה האמורה, הצגת המהלך מעניינת כשלעצמה, ולפיכך תוצג בסופו של חלק זה בקצרה.

1. שינוי מגמה – נתונים מספריים כלליים

קשה לקבוע בוודאות מה היה היקף ההתערבות של בג"ץ בפסקי הדין של בתי הדין הרבניים בשנות התשעים, אם כי אפשר להציג בעניין זה שתי הבחנות – ראשית, לא היה מדובר בהיקף התערבות מבוטל. לפחות מן העתירות שפורסמו במאגר הממוחשב של נבו עולה כי כ-25% מן העתירות שהוגשו נגד בתי הדין הרבניים התקבלו.¹³³ שנית, גם אם שיעור העתירות שהתקבלו על ידי בג"ץ מתוך סך העתירות שהוגשו נגד בתי הדין היה למעשה נמוך יותר (מתוך הערכה כי בעתירות שלא נכללו במאגר הממוחשב אלה שנדחו או נמחקו רבות יותר),¹³⁴ הרי שבשל כמה הכרעות פורצות דרך שניתנו בשנים אלה ואשר זכו לתהודה נוצרה לכל הפחות תודעה משפטית של התערבות מצד בית

133 בחיפוש במאגר הממוחשב של נבו, שהוגבל לעתירות שהוגשו לבג"ץ נגד בית הדין הרבני בשנות השמונים והתשעים (1.1.1980–31.12.1999) נמצאו 253 עתירות, לאחר הורדת 56 תוצאות לא רלוונטיות (הכוללות כפילויות, בקשות טכניות וכד') – עמד מספר העתירות נגד בתי הדין הרבניים על 197. מתוך אלה התקבלו 47 עתירות (שהן 24%); התקבלו חלקית 6 עתירות (שהן 3%); נדחו 144 עתירות (שהן 73%). מעניין שנתונים מספריים אלה דומים לאלה שהציגו בתי הדין הרבניים באשר לשנים 2002 עד 2004, המדברים על ממוצע של 25% שהתקבלו בכל שנה, וזאת במסגרת מחקר שערכו על השנים 2002 עד 2010, להלן ה"ש 138.

134 עתירות אלה, כשהנמקתן קצרה, מעניינות את ציבור עורכי הדין פחות. אפשר שעתירות אלה לא הגיעו לידיעת מנהלי המאגר, ואם הגיעו אפשר שלא פורסמו. בהקשר אחר אך דומה ראו רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ואיל כתבן "הפסקים הסמויים מן העין": השפעתם של המאגרים הממוחשבים על יצירת גוף הידע המשפטי בדיני המשפחה בישראל" עיוני משפט לד 603 (2011).

המשפט העליון, אפקט אשר שינה את מאזן הכוחות ואף את הפרקטיקה של התנהלות בעלי הדין.¹³⁵

ואולם, בעידן שהחל אחרי פרישת הנשיא ברק (עידן שאפשר אולי לזהות את ראשיתו כבר בשלהי כהונתו) ועד לשלהי כהונתה של הנשיאה ביניש,¹³⁶ נדמה כי בג"ץ התערב פחות בפסיקה של בתי הדין הרבניים ונטה להכשיר את פסקי הדין שלהם גם בנסיבות של חריגה מכללי דיון נאותים או הפרה של דין מהותי, לרבות מה שנתפס כפגיעה בזכויות יסוד. נוסף על פסקי דין המדגימים את האמור, לכמה מהם אתייחס בפירוט להלן, מעניין שגם הנתונים המספריים מעידים ככל הנראה על התופעה האמורה. נתונים שפורסמו מטעם בית הדין¹³⁷ מלמדים על שינוי מגמה בהיקף ההתערבות של בג"ץ. מבדיקה שנערכה בין השנים 2002 ל-2010 עולה כי היקף העתירות המתקבלות פחת מהותית. אם בתחילת העשור היה שיעור העתירות המתקבלות 25% בממוצע, הרי שבשנים האחרונות הוא פחת ושיעורו הממוצע הוא 5.33%.¹³⁸ הירידה התרחשה כמעט באחת, בשנת 2005, סמוך לפני פרישתו של הנשיא ברק.¹³⁹

135 התרשמות זו משותפת לעורכי דין בתחום שאתם שוחחתי: שיחה טלפונית של המחברת עם נטע וינשטיין ועו"ד פסח קניר (1.7.2012), וכן השיחות המצוינות לעיל בה"ש 53. לעמדה דומה ראו אורנית אבני-גורטלר "עו"ד זאב ולנר מתראיין לרגל ראש השנה" Psak-din – אתר המשפט הישראלי www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/mishpaha/public/art_ccee.htm; ובאופן כללי, אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה: סוף עידן ההבלגה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו 357 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27, בעמ' 696–698.

136 אפשר לסמן תקופה זו, בחריגות המתחייבות, החל משנת 2005, סמוך לפני פרישתו של אהרן ברק מכס השיפוט בבית המשפט העליון, ועד סמוך לפני פרישתה של הנשיאה דורית ביניש בשנת 2012. עם זאת ברור כי לא כל ההחלטות ופסקי הדין "מתיישרים" עם המגמה האמורה ועם התאריכים המצוינים. למשל, עניין פייג-פלמן, לעיל ה"ש 19, המסמן בעיניי את ראשית המגמה, ניתן בשנת 2003, ואילו פסק דין סימה אמיר, לעיל ה"ש 84, שניתן בשנת 2006, הוא פסק דין קיצוני במידת התערבותו בפסיקת בית הדין, וודאי שאינו מתיישב עם המגמה שעליה אני מבקשת להצביע.

137 הנתונים המלאים נמצאים בידי המחברת.

138 עם זאת חשוב לציין כי מספר העתירות עצמן גדל באופן ניכר. אם בתחילת העשור היו כ-25 עתירות בשנה, הרי שלקראת סוף העשור היו כ-60 בשנה. ואולם, נתון זה כשלעצמו אינו יכול להסביר את השינוי שהתרחש, שכן הוא אינו פרופורציונלי להפחתה גם במספר העתירות שהתקבלו באופן אבסולוטי. על פי נתוני המחקר שעשה בית הדין הרבני בראשית העשור (2002–2004), היה מספר העתירות שהתקבלו בשנה – 6 בממוצע, מתוך 25 עתירות שהוגשו, ואילו לקראת סוף העשור (2008–2010) היה מספר העתירות שהתקבלו בשנה 3 בממוצע מתוך 61 שהוגשו.

139 יש לשים לב לחשש מפני עיוות הנתונים המספריים כפי שמוצגים כאן. מערכת בתי המשפט עברה הליך של מחשוב בעשור הראשון של שנות האלפיים. ולמעשה רק מאז מפורסמים כל (או כמעט כל) פסקי הדין של בית המשפט העליון במאגרים הממוחשבים, לרבות במאגר נבו (הדברים עולים משיחה שקיימתי עם נציגת מערכת נבו בחודש מרס 2012). אפשר להעריך כי בעידן שקדם למחשוב

פסקי הדין, הדוחים את העתירות, חוזרים ומציינים, כמעט בזו הלשון, כי:

[...] בג"ץ יתערב בהחלטות בית-הדין הרבניים במקרים קיצוניים כאשר הן ניתנו בחריגה מסמכות או תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי או כאשר ישנה סטייה מהוראות חוק המכוונות לבית הדין הדתי או כאשר נדרש סעד מן הצדק אשר אינו בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר [...]
לא כך המצב בענייננו.¹⁴⁰

אולם פסקי הדין המלמדים יותר מכול על שינוי המגמה הם אלה שאינם דוחים את העתירה על הסף אלא נדרשים להנמקה ולעתים לחידוש הלכה. מפסקי דין אלה מצטיירת עמדה הנמנעת מלהתערב בהחלטות בתי הדין והמבקשת לשמר את סמכויותיהם, ואולי אף לחזק אותם ולהעצימם. לא זו בלבד שבית הדין מקבל תוקף לפסקי דין שיש בהם כדי להפר זכויות דיוניות ומהותיות של המתדיינים בפניו, אלא שהוא אף זוכה להגדיל למעשה את נתח פסיקותיו ולהרחיב את גבולות סמכותו. מגמה זו לא זכתה עד כה לתשומת הלב הראויה לה, והיא התרחשה כמעט מבלי משים. חלק זה של המאמר יתחקה על מגמה זו ויעמוד על פרטיה.

2. שינוי מגמה – בחינת פסיקת בית המשפט העליון לגופה

(א) ניצנים ראשונים לשינוי המגמה – הסמכת בית הדין לקבוע בעניין סמכותו את ראשית המגמה האמורה אפשר לאתר לדעתי בפסק דין מוקדם של השופטת (כתוארה אז) ביניש, בפרשת פייג-פלמן, עוד בשנת 2003.¹⁴¹ באותה פרשה קבעה השופטת ביניש כי גם לבית הדין (ולא רק לבית המשפט כפי שהיה עד אז) יש סמכות לדון בשאלת

שבו לא פורסמו כל פסקי הדין, הייתה קיימת הטיה בפרסום לטובת פסקי דין שבהם התקבלו עתירות נגד בית הדין. עם זאת גם חלקיות נתונים אלה ככל הנראה משקפת תמונה די מדויקת, שהרי שינוי המגמה המספרי התרחש באמצע שנת 2000 כאשר הנתונים החלו נאספים עוד קודם לכן ונתונים אינדיקציה לפחות לעצם השינוי.

140 בג"ץ 6124/07 פלוני נ' בית-הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 22.11.2007) (ההדגשה הוספה – ר"ז). בזו הלשון או בלשון דומה ראו בג"ץ 1873/07 פלוני נ' בית-הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 22.3.2007); בג"ץ 580/11 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 31.1.2011); בג"ץ 3392/11 פלוני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 22.5.2011); בג"ץ 3476/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 13.2.2011); בג"ץ 4634/11 רביבו נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 3.7.2011); בג"ץ 9389/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 27.3.2011); בג"ץ 3092/11 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 4.5.2011); בג"ץ 2331/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 6.4.2011); בג"ץ 1822/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 13.7.2010); בג"ץ 2907/11 פלוני נ' בית הדין הדתי הדרוזי – עכו (פורסם בנבו, 2.5.2011).
141 עניין פייג-פלמן, לעיל ה"ש 19.

הסמכות ולהכריע בדבר התמלאות מבחני הכריכה שיש בהם כדי להעניק סמכות לבית הדין ולחסום את סמכותו של בית המשפט. ביניש קבעה כי בשל כלל כיבוד הערכאות, הערכאה שהתחילה לדון בתיק שבפניה תמשיך בדיון, והאחרת תעכב את הדיון בפניה עד להכרעת חברתה.¹⁴² אם הכריעה וקבעה הערכאה הראשונה כי היא עצמה מוסמכת, תיסוג הערכאה השנייה כליל מדיון בתביעה. תקיפת ההחלטה בעניין תתאפשר בתוך אותה המערכת, בהליך של ערעור, ובמקרה של בית דין רבני – גם בעתירה לבג"ץ.¹⁴³ רק בנסיבות חריגות (כאשר נפל פגם ברור ויסודי בהחלטתה של הערכאה הראשונה, כגון פגיעה בכללי הצדק הטבעי) תוכל גם השנייה להתערב ולהכריע בעצמה.¹⁴⁴ פסק הדין הזה הוא רגריסיבי, להבנתו, לנוכח המתרחש במציאות¹⁴⁵ – ראשית, ידוע כי בתי הדין זריזים יותר בקביעת דיון ראשון, וודאי כאשר על הפרק עומדת הכרעה בשאלת סמכותם. שנית, לפחות במועד פרסום פסק הדין¹⁴⁶ היה ידוע לכול כי בתי הדין לא יוותרו לרוב על סמכותם ולא יכריעו שהערכאה המוסמכת היא בית המשפט.¹⁴⁷ בשל התנהלותם של בתי הדין באותו מועד אי אפשר היה לצפות כי בית הדין הרבני יישם את מבחני הכריכה שפותחו בפסיקה האזרחית ויצהיר כי אינם מתקיימים במקרה שלפניו,¹⁴⁸ ולפיכך לא רק

142 שם, בעמ' 134–135.

143 שם, בעמ' 138.

144 שם, בעמ' 138–139.

145 בעיה אחרת הנובעת מפסק הדין היא התמריץ שהוא יוצר ל"מירוץ החלטות", לשימוש באמצעים טקטיים שונים לקביעת מועד מוקדם לדיון בערכאה הנוחה, או לשימוש בתחבולות לדחייתו והשהייתו של הדיון בערכאה האחרת, כל צד על פי האינטרסים שלו. ראו דיכובסקי "תחומי חיכוך", לעיל ה"ש 43, בעמ' 55.

146 ההיבטים האמורים עולים במפורש גם מעיון בפסיקה וגם משיחות עם עורכי דין מומחים בדיני משפחה, לעיל ה"ש 53. עם זאת בשנים האחרונות רואים מדי פעם החלטות של בית הדין שבהן הוא מכריז כי בית המשפט, ולא הוא, מוסמך לדון בתביעות שבין הצדדים. ראו למשל תיק (גדול) 6350-22-1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.1.2007); תיק (אזורי טב') 80581-21-1 הבעל נ' האשה (פורסם בנבו, 6.8.2009); תיק (אזורי ת"א) 365991/1 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.7.2010); תיק (אזורי חי') 893212/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 5.7.2012). פסקי דין אלה אינם שגורתיים גם כיום. במקרים אחרים, כאשר בית המשפט הקדים לדון בשאלת הסמכות, ניכר כי בתי הדין נכונים לכבד את פסיקתו של בית המשפט, גם כאשר אינה מקובלת עליהם לגופה. ראו תיק (גדול) 832584/1 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.12.2010); תיק (אזורי ת"א) 846852/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 11.7.2011); תיק (אזורי חי') 8754-21-1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 7.5.2006).

147 יותר מכך, גם כאשר הכריע בית המשפט (עוד בימים שקדמו לפרשת פייג-פלמן) כי הוא מוסמך, קרה לא פעם כי בית דין רבני התעלם מהכרעתו וביקש להמשיך בדיון שלפניו כאילו כלום. מציאות זו תוארה על ידי עורכי דין מומחים בדיני משפחה, ראו לעיל השיחות המוזכרות בה"ש 53.

148 על התנהלות בית הדין הרבני במקבץ פרשות לדוגמה, ראו ע"מ (מחוזי י-ם) 452/03 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 25.11.2003); בר"ע (מחוזי י-ם) 545/04 ס' י. ע' נ' ס.ח. (פורסם בנבו, 23.2.2005);

שהיה בפסק הדין משום הסמכת בית הדין הרבני לדון בסוגיית עצם הסמכות, סוגיה שקודם לכן לא הייתה נתונה לו, אלא שתוצאתה בפועל הייתה הסמכתו לדון לגופו בעוד ועוד תיקים שקודם אפילו שהיה נפסק כי בית המשפט הוא שצריך לדון בהם.¹⁴⁹ בהסמכת בית הדין לדון בשאלת סמכותו אין כל רע כשלעצמה. מדובר בעיקרון מוכר ונוהג במקומותינו. הבעייתיות מתעוררת כאמור אם בית הדין מעניק לעצמו "תרון" ומסמך את עצמו גם כאשר הפעלה בלתי תלויה של כללי הסמכות הייתה אמורה לנתב את הסמכות לערכאה האזרחית. בנוסף הוליד פסק הדין את תופעת מירון ההחלטות ויצר תמריץ לדחוק בערכאות השונות לקבוע מועד דיון מוקדם וליתן החלטה מקדמית בעניין הסמכות. בתי הדין הרבניים משתפים פעולה עם פרקטיקה זו ומקדימים להחליט בנושא הסמכות, לרוב כאמור באופן המכריז על סמכותם ומבטיח את שמיעת התיק בפניהם.¹⁵⁰

בר"ע (מחוזי ב"ש) 621/00 פרץ נ' פרץ (פורסם בנבו, 7.2.2001). אבל ראו שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כך א, בעמ' 432, המפנה לערעור תש"ס/065 (לא פורסם, 26.12.1999). כן ראו את מקבץ ההחלטות המובאות בגיליון מס' 30 של כתב העת "הדין והדיין" (יוני 2012). דוגמה מהקשר אחר תלמד על מגמתו האמורה של בית הדין הרבני, המסרב לוותר על סמכותו. המבחן היסודי קובע כי תביעה שהוקדמה והוגשה לבית המשפט מקנה לו סמכות, כמעט ללא עוררין. בחינת מועד הגשת התביעה נעשית, במקרים שבהם הדבר נדרש, עד לרמת הדקות, וכך תביעה שהוגשה שעות או דקות קודם לבית המשפט אמורה להסמיכו כאמור ללא עוררין. בשונה ממבחן זה שנקבע על ידי בית המשפט העליון עוד בשנת 1954, בפרשת הרניק (ע"א 104/54 הרניק נ' הרניק, פ"ד ח 995 (1954)), קבע בית הדין הרבני, כפי שעולה מפרשת פלונית (בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.1.2010)) כי בכל מקרה שבו הוגשו שתי תביעות לשתי הערכאות המתחרות באותו היום, יוסמך לדון בית הדין הרבני. דוגמה זו מלמדת על התעלמותו של בית הדין הרבני מן המבחנים שנקבעו להכרעה במירון הסמכויות ועל נטייתו להסמיק את עצמו.

149 לא למותר לציין כי בתי המשפט לא היססו לקבוע אין ספור פעמים כי הם אינם מוסמכים לדון בתביעות שבפניהם ולהכריע כי מבחני הכריכה מתקיימים, וכי הערכאה שבפניה צריכים ענייני המשפחה להידון היא בית הדין הרבני. אף על פי שאין סיבה שלא לחשוש גם בבית המשפט בהטיה לטובת סמכותו, הרי שהדוגמאות הרבות שבהן פסקו נגד סמכותם מלמדות כי אפשר לסמוך עליהם יותר מאשר על בתי הדין הרבניים. ראו למשל את מקצת המקרים האלה: עניין שליו, לעיל ה"ש 20; בג"ץ 5747/03 פלוני נ' פלונית, פ"ד נח(5) 776 (2004); מ"א (מחוזי ים-1232/94 עקשטיין נ' עקשטיין (פורסם בנבו, 23.11.1995); תמ"ש (משפחה ת"א) 4200/95 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 14.7.1996); תמ"ש (משפחה קר) 5041-12-08 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 8.2.2009); תמ"ש (משפחה ים-10/98 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 31.5.1999); תמ"ש (משפחה ת"א) 24900/99 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 22.6.2000); בר"ע (מחוזי חי) 1408/04 פלוני נ' אלמונית (פורסם בנבו, 12.7.2004); תמ"ש 57890/05, לעיל ה"ש 57.

150 תיק (גדול) 1-21-4280 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 11.7.2005); בנוסף ראו לעיל ה"ש 148.

(ב) הבטחת סמכותו של בית הדין לדון בסוגיות הנוגעות למשמורת ילדים עמדתה של השופטת ביניש בפרשת פייג-פלמן היא בגדר סנונית ראשונה למה שאני מזהה כמגמה כללית שמאפיינת את פסקי הדין של בית המשפט העליון בתקופת כהונתה כנשיאה.¹⁵¹ מבחינה היסטורית סנונית זו לוותה בפסיקה שנועדה להגביל את סמכות בית הדין הרבני בשדה חשוב – משמורת ילדים – אולם כפי שאראה, הפסיקה האמורה התמססה,¹⁵² ונותרנו עם מגמה המשמרת את סמכותו וכוחו של בית הדין ובעקיפין מלבה את מירון הסמכויות. בפרשה שעסקה בתיק הגירה – בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול¹⁵³ – נפסק כי אף על פי שהסכם הגירושין שנחתם בין הצדדים וכלל התייחסות לשאלת משמורת הבנות אושר על ידי בית הדין הרבני, ועל אף תניית שיפוט הכלולה בו ושבמסגרתה נקבע כי שאלות של חינוך ובריאות וכיוצא באלה שאלות שלא הוכרעו בהסכם יוכרעו במקרה של מחלוקת על ידי בית הדין, הרי שהסמכות לדון בבקשת האם להגירת הבנות אינה קנויה לו אלא לבית המשפט לענייני משפחה.¹⁵⁴ גם אם בהחלטה זו אין חידוש, הרי שאגב אורחא מצינת ביניש כי –

[...] אף אילו היו העותרת והמשיב [ההורים] מסכימים במסגרת הסכם הגירושין ביניהם להקנות לבית-הדין הרבני סמכות שיפוט נמשכת בנוגע להחזקת הבנות ובנוגע לקביעת מקום מגוריהן, כנטען על-ידי המשיב, לא היה בכך כדי למנוע מהקטינות להגיש תביעתן להגירה ולשינוי הסדרי ראייה בבית-המשפט לענייני משפחה.¹⁵⁵

ובהמשך, "הלכה פסוקה היא כי ככלל, קטינים אינם כבולים לתוכן הסכמים שנערכו בעניינם במסגרת הליך גירושין בין ההורים [...]"¹⁵⁶. יוצא כי לשיטתה של ביניש גם תוכנה של הסכמה בענייני משמורת שהושגה בין הורים ואושרה בפסק דין, אך לא נבחנה לגופו של עניין על ידי ערכאת השיפוט, אינה מחייבת את הילדים ומאפשרת תביעה מחודשת לערכאה האחרת ואפילו בסמוך למועד אישור ההסכם וללא שהתקיים כל שינוי נסיבות. עמדה זו,¹⁵⁷ אשר נמנעה מלקשור ילדים

151 פסק דין נוסף של השופטת ביניש שאליו לא אתייחס בסקירה שלהלן ואשר מעיד על מגמה דומה של צמצום בהתערבות בפסיקת בית הדין הרבני וגייבוי לסמכותו, הוא בג"ץ 5747/03, לעיל ה"ש 149. נסיבות פסק הדין העוסק בשאלת כנות כריכת הרכוש הן כאלה שהיו בעבר מצדיקות, למיטב הערכתי, התערבות של בג"ץ והכרעה השוללת את סמכותו.

152 בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית-הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 19.8.2004).

153 בג"ץ 2898/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 563, 550 (2004).

154 לדין נרחב בפרשת פלונית ובפסיקה שקדמה לה וזו שפורסמה לאחריה ראו כהן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 289–296.

155 בג"ץ 2898/03, לעיל ה"ש 153, בעמ' 562.

156 שם בעמ' 563.

157 והשופטת ביניש ערה לכך, שם בעמ' 563.

בתוכן ההסכמות שגיבשו הוריהם, הוכרה בפסיקה עד לאותו מועד באשר למזונות ילדים¹⁵⁸ אך לא באשר לענייני משמורת.¹⁵⁹ לשיטתה של השופטת ביניש, בפרשת פלונית האמורה, ומכאן חדשנותה, עמדה זו מתחייבת גם באשר להסדרי משמורת, מכוח הרציונל החושש מפני ניגוד עניינים (שבגינו "נחשד" הורה שנקשר בהסכם גירושין כי הוא "הקריב" את צורכי ילדיו כחלק מהסדר הגירושין שאליו הגיע כביכול לקידום צרכיו שלו) ולנוכח אימוץ האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד. "אמנה זו", מציינת ביניש, "ולצדה חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, מחזקים את ההכרה בקטין כבעל-דין עצמאי, בעל זכויות ואינטרסים נפרדים משל הוריו. בהתחשב בכך ראוי לקבוע כי הסכמים בין הורים לעניין משמורת הקטין ולעניין הערכאה השיפוטית שתדון בסוגיה זו לא יחייבו את הקטין אם טובתו לא נבחנה [...] כעניין העומד לעצמו בנפרד מיתר סוגיות הגירושין".¹⁶⁰ שני פסקי דין קודמים של השופטת אילה פרוקצ'יה,¹⁶¹ מן העידן המוקדם שאותו אני מזהה עם האקטיביזם המצמצם את גודל סמכותו של בית הדין, היוו את התשתית להחלטתה הארוכה והמנומקת של השופטת ביניש בפרשת פלונית.

רוח הדברים במועד שבו ניתן פסק הדין בפרשת פלונית האמורה: אשרור האמנה הבין-לאומית לזכויות הילד על ידי ישראל; פרסום דוחות הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי והמלצותיה להכיר בילד כישות משפטית נושאת זכויות ונפרדת מהוריו; הגברת השיח בנושא זכויות הילד בפסיקה, בכינוסים אקדמיים ובספרות – כל אלה הובילו את העוסקים בתחום – עורכי דין ואנשי אקדמיה מומחים בדיני המשפחה – להניח כי פסק הדין יוביל להוצאת נושא המשמורת מסמכות בית הדין כדי שאי אפשר יהיה לכוון אותו בתביעת גירושין, כפי שקרה קודם לכן בנושא מזונות ילדים. ההנחה הייתה שהצעד המתבקש הבא יקבע כי אי אפשר כלל להקנות סמכות בנושא משמורת לבית הדין אלא בהסכמה של כל הצדדים, לרבות זו של הילד, וכי סמכות נמשכת תיחוד לבית הדין רק כשייערך דיון בצורכי הילד בנפרד מאלה של הוריו.¹⁶²

158 לעיל ה"ש 76. ובאופן כללי ראו בד"ם 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 365, 387 (1981).

159 למעט שתי ההחלטות של השופטת פרוקצ'יה, להלן ה"ש 161.

160 בג"ץ 2898/03, לעיל ה"ש 153, בעמ' 563.

161 מדובר בשני פסקי דין קצרים ואמיצים, אחד מהם עוד מתקופת כהונתה בבית המשפט המחוזי, והשני בהרכב בבית המשפט העליון: בר"ע (מחוזי י-ם) 1016/99 אנגלמן נ' אנגלמן (פורסם בנבו, 7.9.1999); בג"ץ 10109/02 כץ נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 875 (2003).

162 הבנתי זו את הדברים אז הייתה משותפת, כפי שידעתי אז וכפי שאישרתי שוב לאחרונה בשיחות עם מומחים בתחום, הן לעורכי דין והן לאנשים העוסקים במחקר ובהוראה של דיני המשפחה בארץ. שיחה של המחברת עם ד"ר איילת בלכר-פריגת, מרצה מומחית בדיני משפחה (1.8.2011); שיחה של המחברת עם עו"ד יוסף מנדלסון, עו"ד ומרצה מומחה בדיני משפחה (1.10.2011). כן ראו לעיל ההפניות בה"ש 53.

אולם המהלך האמור לא הושלם. מה שהיה נדמה כהתחלה של קביעה חשובה שלפיה, בדומה למזונות, אי אפשר לכבול ילדים להסכמה שהושגה בנושא משמורת בפני בית הדין, ולכן לעולם נתונה להם האפשרות להגיש תביעה מחודשת לבית המשפט לענייני משפחה, סוגי, חלקית לפחות, בפרשת שרעבי משנת 2004,¹⁶³ אשר ניתנה על ידי מותב שלושה ללא ציון שם כותב פסק הדין.¹⁶⁴ לפי פסק דין זה, אף אם הסכמות שאליהן הגיעו הורים בעיצוב סוגיית המשמורת ובשאלת סמכות השיפוט בהקשרה אינן מחייבות את הילד, הרי שסמכות שנרכשה על ידי כריכה – קרי על ידי הגשה חד-צדדית של תביעת משמורת בצירוף לתביעת הגירושין – תקנה לבית הדין סמכות ייחודית ותכבול אף את ילדי הצדדים.¹⁶⁵

הכרעה זו אינה ברורה בעיני. כיצד הסכמה (לעניין סמכות שיפוט) ששותפים לה שני ההורים אינה יכולה לחייב את הילד,¹⁶⁶ ואילו כריכה – שהיא פעולה חד-צדדית של אחד ההורים – מחייבת את הילד? ! אם בראשון (המגלם אקט של שני ההורים) אנו חוששים כי אינטרס הילד נשכח, כיצד בשני (המגלם אקט של אחד מהם, הכובל את השני) לא נחשוש מכך? ! אמנם חזקה על בית הדין כי כאשר הוא דן ופוסק בעניין, יבחן את טובת הילד לגופו של עניין, אולם דומני כי המחלוקת כאן נוגעת לעצם הסמכות של בית הדין לדון בתביעה ולא רק בהסכמה על תוכן ההכרעה.¹⁶⁷

לא זו אף זו: כשמדובר במזונות ילדים, הקביעה היא אחידה וכוללת – לא רק שהסכמת הורים אינה מחייבת את הילד (אלא כאשר נתן גם הוא את הסכמתו לדיון בפני בית הדין וזה התכבד ודן בדברים לגופם ושקל את טובתו וצרכיו), גם כריכה אינה יכולה לכבול אותו. במובן זה פסק דין שרעבי לא רק שאינו עולה בקנה אחד עם רוחו של פסק

163 עניין שרעבי, לעיל ה"ש 152. לפרשנות אחרת הרואה בפרשת שרעבי פרשה הממשיכה בקו המאפשר לילד תביעה עצמאית מהוריו והתנערות מקביעת בית הדין, ראו כהן, לעיל ה"ש 77, בעמ' 269, 273.

164 פסק הדין ניתן מפי שלושת שופטי ההרכב, הנשיאה ביניש והשופטים ג'ובראן ועדיאל יחד, ואיננו מיוחס לאיש מהם באופן ספציפי.

165 הקריאה שתוצע כאן לפסק דין שרעבי נגזרת מן ההקשר הרחב של הדברים (העמדה המצדדת בזכויות הילד וקוראת להעניק לו מעמד אוטונומי בהליכים שיפוטיים, כפי שיוסבר) ואינה הקריאה היחידה האפשרית. אפשר לומר כי פרשת פלונית של ביניש ופרשת שרעבי עוסקות בשני היבטים נפרדים של סוגיית הסמכות: פרשת פלונית עסקה בעניין הסמכות הנמשכת, ואילו פרשת שרעבי עסקה בסמכות ראשונית, ולפיכך אין הכרח לקרוא את האחרונה כנסיגה מן הראשונה.

166 לעתים גם ההסכמה כובלת, השוו בג"ץ 8543/03 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 28.1.2007).

167 שהרי השופטת ביניש קובעת באגב אורחא כי "מעבר לנדרש נציין כי אף אילו היו העותרת והמשיב מסכימים במסגרת הסכם הגירושין ביניהם להקנות לבית-הדין הרבני סמכות שיפוט נמשכת בנוגע להחזקת הבנות ובנוגע לקביעת מקום מגוריהן, כנטען על-ידי המשיב, לא היה בכך כדי למנוע מהקטינות להגיש תביעתן להגירה ולשינוי הסדרי ראייה בבית-המשפט לענייני משפחה". ראו בג"ץ 2898/03, לעיל ה"ש 153, בעמ' 562.

הדין בפרשת פלונית ומגמתו, הוא אף אינו מתיישב עם הרציונל שבבסיס הפסיקה בשדה זה.

פסק דין נוסף של הנשיאה ביניש משנת 2007, המגלם אף הוא קו של אי התערבות ומביא לביצור סמכותו של בית הדין, הוא זה הבא לידי ביטוי בבג"ץ 168.8543/03 לעניות דעתי, ספק אם תוצאת פסק דין זה עולה בקנה אחד עם הפרשנות הצרה של פרשת פלונית (בג"ץ 2898/03 בנושא ההגירה)¹⁶⁹ כפי ששורטטה על ידי בית המשפט בפרשת שרעבי.¹⁷⁰ באותו מקרה דובר היה במחלוקת בין הורים – שהתגרשו זה מכבר – על סמכות בית הדין לדון בתביעה הנוגעת לשינוי משמורת הבת. בהסכם שעליו חתמו ואשר אושר על ידי בית הדין הרבני סמוך לגירושיהם נקבע כי מחלוקת בנוגע לשינוי מקום מגורים או הגירה תוכרע בבית הדין. לסמכות בכל שאר ענייני המשמורת לא הייתה כל התייחסות בהסכם. שנים מספר לאחר הגירושים, כאשר ביקשה האם לרשום את הבת למוסד חינוכי חרדי (עקב חזרתה בתשובה), פנה האב לבית המשפט לענייני משפחה בבקשה למנוע את הרישום. כמה ימים מאוחר יותר הגישה האם מצדה בקשה לבית הדין לאישור הרישום האמור. "פינג פונג" אופייני שהתרחש בין הערכאות הסתיים בסיבוב הראשון בהחלטה של בית המשפט לענייני משפחה שלפיה עד שלא יוכרע בעניין הסמכות, אין הוא יכול ליתן החלטה בנושא רישום הבת לבית הספר (נושא שהוכרע במסגרת דיון מוקדם יותר שנערך בבית הדין, ללא שמיעת חוות דעת מומחה וללא נוכחות האב). לנוכח הכרעתו זו של בית המשפט ראה עצמו האב, שלא היה מיוצג באותו שלב, מנוע מלפנות לבית המשפט והמשיך להתדיין בבית הדין עד להכרעתו בעניין הרישום למוסד החינוך.¹⁷¹ כמה שנים מאוחר יותר, לאחר שהאם נישאה מחדש (לפי גרסת האב לאדם "מפוקפק") ובשל נסיעתה לחו"ל למשך כמה שבועות (שבהם הועברה הילדה לטיפולו הבלעדי של האב), פנה האב לשתי ערכאות השיפוט, הפעם כשהוא מיוצג, בבקשה לקבלת משמורת. בדיון שהתקיים בבית המשפט לענייני משפחה בנושא המשמורת, דיון שאליו לא התייצבה האם, נקבע כי המשמורת תעבור זמנית לידי האב. דיון שהתקיים מאוחר יותר בבית הדין הגיע להחלטה סותרת והורה על החזרת הבת לידי אמה. על החלטתו זו של בית הדין הרבני הגיש האב את העתירה מושא עיונו כאן. בינתיים נקבע, בהסכמת הצדדים ובאישור בית הדין הרבני הגדול, כי המשמורת תישאר בידי האב. לנוכח המציאות האמורה התייתרה העתירה מבחינת האב, אולם האם עמדה על כך שבג"ץ יכריע מיהי הערכאה המוסמכת. בית המשפט העליון, מפי הנשיאה ביניש,

168 לעיל ה"ש 166.

169 בג"ץ 2898/03, לעיל ה"ש 153.

170 עניין שרעבי, לעיל ה"ש 152.

171 על חשיבות הייצוג בהליכי משפחה ראו רע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא(5) 375

(1997); יורם רבין "הזכות לייצוג וסיוע משפטי בהליך אזרחי – בעקבות רע"א 6810/97 בן שושן נ'

בן שושן" המשפט ו 225 (2001).

דחה את עתירת האב וקבע כי הסמכות נתונה לבית הדין. לשיטתו, התנהגותו של האב, שהתייצב לדיונים בבית הדין (לאחר שבית המשפט לענייני משפחה דחה את בקשתו הראשונית) והתדיין לפניו לגופם של דברים, מגבשת הסכמה לסמכות בית הדין מכוח סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

על אף שוליותו של פסק הדין ואף על פי שלגופו של עניין קיבל האב את מבוקשו בשלב ביניים זה ללא קשר להכרעת בג"ץ, ראוי לשים לב להנמקת פסק הדין ולתוצאתו. בג"ץ אמנם קובע כי בית הדין הרבני לא רכש סמכות מכוח אישור הסכם הגירושין (שהרי סוגיית המשמורת נקבעה בו מלכתחילה ללא כל דיון לגופו של עניין) אך איננו סוגר את הדלת בפני טיעון שלפיו אפשר שתניית שיפוט כשלעצמה תקנה לבית הדין סמכות עתידית ייחודית.¹⁷² בנוסף נקבע כאמור כי בהתדיינות החוזרת בפני בית הדין לאורך השנים הסכים האב מכללא לסמכות בית הדין וייחודה לו. שני היבטים אלה מתמיהים. ראשית, לא ברור כיצד לא ירכוש בית הדין סמכות מעצם אישור הסכם משמורת שהובא בפניו, אך יוכל לרכוש סמכות (שתחייב גם את ילדי בעלי הדין בעתיד) מכוח תניית שיפוט מוסכמת. אף ההיבט השני שעליו מושתתת הכרעת בג"ץ מוקשה, שהרי מלכתחילה התנגד האב לסמכות בית הדין. בשל התנגדותו של האב ובשל היעדר בסיס אחר לסמכותו של בית הדין (לפחות לשיטתי), הרי שהכרעותיו של בית הדין היו נטולות כל תוקף. אמנם האב נכנע לסמכות לאחר שבית המשפט לענייני משפחה דחה את בקשתו הראשונית ו"דחק" אותו לבית הדין, אולם הכרעתו של בית המשפט, שניתנה ברוח פרשת פייג-פלמן מתוך רצון לכבד את הכרעתו הקודמת של בית הדין, לא נגעה לעצם סמכותו, וגם אם פורשה ככזו בטעות על ידי האב, הרי שלא היה בה כדי להכשיר את סמכותו של בית הדין לדון בענייני המשמורת. מכאן כי ההתדיינות בפני בית הדין בטעות יסודן, טעות שהוכשרה (לטעמי בלא בסיס) על ידי בית המשפט הגבוה לצדק בהחלטתו. ואם בכך לא די, הרי שבית הדין גילה בהכרעותיו לאורך השנים, גם לגופו של עניין, חריגה מהדין. הוא צידד באם חוזרת בתשובה שניהלה אורח חיים חרדי ופסק כי המשמורת תהיה אצלה ללא שנועץ בחוות דעת מומחה, וזאת למרות טענות שעלו בקשר למסוגלותה ולמסוגלות בעלה החדש, טענות אשר דרשו לכל הפחות בדיקה. אמנם פסק הדין אינו מסלים את מירון הסמכויות, אך בפסיביזם שהוא מגלם יש כדי לחזק את בתי הדין ואת פסיקתם הפוגעת באינטרסים של הילד.¹⁷³

172 הוא אמנם לא דן בטענה זו בנסיבות המקרה הזה, אך מעלה את האפשרות העקרונית להסמיך את בית הדין הרבני מכוח תניית שיפוט שעליה הסכימו בני זוג במסגרת הסכם גירושין שאושר על ידי בית הדין. ראו בג"ץ 8543/03, לעיל ה"ש 166, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
173 פסק דין נוסף המצמצם (באמירת אגב) את קביעתה של ביניש בבג"ץ 8543/03, שם, אך עוסק במאבק סמכויות אחר – זה שבין המערכת האזרחית ובתי הדין השרעים הוא בג"ץ 2621/11, לעיל ה"ש 83.

פסק דין אחרון שאליו אתייחס בהקשר זה, המעניק חיזוק נוסף לבתי הדין הרבניים באמירת אגב יוצאת דופן, הוא פסק דין של השופט אדמונד לוי (שניתן בהסכמת שותפיו להרכב, השופטת ארבל והשופט דנציגר) שניתן בבג"ץ 4111/07¹⁷⁴. באותה פרשה נחלקו בעלי הדין באשר לסמכותו של בית הדין הרבני בדבר משמורת בנותיהם. האב, אשר ביקש לשנות הסדרי משמורת שנקבעו ביניהם בהסכם שערכו עובר לגירושיהם ואישרו בפני בית הדין, הגיש תביעה לבית הדין, וזה דן בה מבלי ששעה לטענותיה של האישה בדבר חוסר סמכות. בעתירה שהוגשה נגד בית הדין ושהתקבלה דווקא לגופו של עניין, מחדש השופט לוי ומציין שלא לצורך כי "רק מקום בו הסכימו הצדדים לכבול עצמם גם בעתיד לסמכות הערכאה שבפניה באו בראשונה, יקום לזו הכוח לשוב ולהידרש לעניין [...] הסכמה לסמכות נמשכת אפשר שתיעשה מבעוד מועד [...]"¹⁷⁵. אמירת אגב זו, המגובה כביכול בפסיקה קודמת שאליה מפנה בית המשפט, היא למעשה חידוש. בכל המקומות שבהם הוצהר בעבר מפורשות כי תניית שיפוט הקבועה בהסכם שאושר בפני ערכאת שיפוט עשויה לכבול את הצדדים לסמכות שעליה הסכימו מראש, התייחסו הדברים לבית המשפט האזרחי (המחזיק כזכור סמכות שיורית-ראשונית הקודמת בהגדרה לסמכות בית הדין), אך לא לבית הדין.¹⁷⁶ לא זו אף זו, דברים אלה סותרים חזיתית את קביעת השופטת ביניש בפרשת פלונית (בג"ץ 2898/03 בנושא ההגירה) האמורה.¹⁷⁷

(ג) שימוש בעקרון תום הלב במירון הסמכויות – אמצעי לצמצום עדיפותו של בית המשפט במאבק הסמכויות

פסק הדין שזכה לתשומת הלב הרבה ביותר בקרב פסקי הדין שהעניקו לבית הדין הרבני רוח גבית הוא פסק הדין שניתן על ידי בית המשפט העליון בשאלת גבולות השימוש בפרוצדורה של יישוב סכסוך.¹⁷⁸ מחלוקת נפלה על שאלת תוקפה של הפרוצדורה שעוצבה בחקיקת משנה.¹⁷⁹ בית הדין סבר כי תקנות סדר הדין האזרחי שהותקנו מכוח חוק בית המשפט לענייני משפחה ואשר עיצבו את הפרוצדורה להגשת בקשה ליישוב סכסוך ולהקניית סמכות שיפוט ללא הגשת תביעות מפורטות, הותקנו תוך חריגה

174 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 27.7.2008).

175 שם, פס' 12 לפסק הדין.

176 ראו את פסקי הדין שאליהם מפנה השופט לוי: ע"א 534/73 טננהולץ (כהן) נ' כהן, פ"ד כח(2) 490, 492 (1974); ע"א 159/82 ויז'נסקי נ' רידר, פ"ד לו(4) 757, 763 (1982) וכן את פסקי הדין הנוספים הכוללים הפניה חוזרת לפרשות אלה: בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 611, 591 (1994); ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 817, 838 (1998).

177 לעיל ה"ש 153 והטקסט הצמוד לה.

178 בג"ץ 6919/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 23.6.2009).

179 ראו לעיל ה"ש 106.

מסמכות ותוך פגיעה בחוק שיפוט בתי דין רבניים ובחוק בית המשפט לענייני משפחה עצמו.¹⁸⁰

על הרקע הזה קבע בית הדין הרבני כי אין בהגשת בקשה ליישוב סכסוך שהוגשה לבית המשפט לענייני משפחה טרם הגשת התביעות לבית הדין כדי לחסום את סמכותו של בית הדין הרבני מלדון בהן. וכך, אם הוגשה תביעת גירושין ונכרכו בה כדין ובכנות תביעות נלוות במועד שאחרי הגשת בקשה ליישוב סכסוך אך לפני הגשת התביעות לבית המשפט, יהיה בית הדין (ולא בית המשפט) מוסמך לדון בהן. באחד משני המקרים שבגינו הוגשה עתירה קבע בית הדין הרבני כי התקנות בטלות,¹⁸¹ ובמקרה האחר (שנידון במאוחד בפני בג"ץ) הסתפק בית הדין בקביעה כי השימוש בפרוצדורה הקבועה בתקנות – בקשה ליישוב סכסוך – כפופה למבחני הכריכה המופעלים על תביעות המוגשות לבית הדין, הדורשים כריכה כדין ובכנות.¹⁸²

בית המשפט הגבוה לצדק קיבל חלקית את העתירות. הוא קבע כי התקנות הותקנו בסמכות וכי הן תקפות, ומכאן גם שהפרוצדורה הייחודית הקבועה בהן ליישוב סכסוך שרירה וקיימת.¹⁸³ בית המשפט העליון מסביר מדוע אין בפרוצדורה האמורה כדי לפגוע בסמכות בית הדין. עם זאת הוא מקבל את התפיסה היסודית כי שימוש בפרוצדורה האמורה – הגשת בקשה ליישוב סכסוך – כפופה למבחני תום הלב הדיוני. קרי, רק הגשת בקשה ליישוב סכסוך העומדת במבחני תום הלב תוכל לחסום את שיפוט בית הדין בתביעות מאוחרות לה.¹⁸⁴ מבחן תום הלב שבית המשפט בוחר להפעיל, כפי שיוסבר בהמשך, אינו צר כלל ועיקר, ויש בו כדי להטיל דה פקטו מגבלה מהותית על השימוש בפרוצדורה האמורה.¹⁸⁵

ביקורת נוקבת על פסק הדין נשמעה מפי רות הלפרין-קדרי בטענה כי הדרישה האמורה גזרה גזר דין מוות על הפרוצדורה החשובה של יישוב סכסוך שיש בה סיכוי, לעתים יחיד, להשכנת שלום בית או להגעה להסכם,¹⁸⁶ מעין בלם אחרון בדרכו של כדור השלג המתחיל בגלגולו עם הגשתן של תביעות בענייני משפחה.¹⁸⁷ אף אני סבורה כי

180 אשר קבע בס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה כי אין בחקיקתו כדי לפגוע בסמכות בתי הדין הדתיים.

181 בג"ץ 6919/07, לעיל ה"ש 178, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

182 שם, פס' 5 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

183 שם, פס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

184 שם, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

185 ההערכה האמורה זכתה לחיזוק בדבריהם של עורכי דין מומחים בתחום, שעמם שוחחתי. ראו לעיל אזכורי השיחות המובאים בה"ש 53.

186 רות הלפרין-קדרי "שלום לשלום הבית" עורך הדין 4, 96 (2009) (להלן: הלפרין-קדרי "שלום לשלום הבית").

187 על תופעת "כדור השלג" ראו לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 60.

פסק הדין ראוי לביקורת, אם כי זו אינה יורדת לעצם הפעלתו של מבחן תום הלב אלא להיקף תחולתו.

כחלק מתחולת עקרון תום הלב במשפט בכלל ובדיני הפרוצדורה בפרט ראוי לבחון גם כאן את אופן התנהלות הצדדים.¹⁸⁸ אולם תחולתו של עקרון תום הלב בעולמם של סדרי הדין מצומצמת מלכתחילה.¹⁸⁹ בעלי הדין נמצאים בעמדה קונפליקטואלית, ומטרתם של סדרי הדין אינה למנוע את הקונפליקט ואת חתירתו של כל צד לניצחון, אלא לקיימם באופן הגון והוגן, שיוביל, במידת האפשר, לעשיית צדק.¹⁹⁰ לצורך העניין, בשימוש בתום הלב כקנה מידה מחייב בהקשרה של בקשה ליישוב סכסוך יש לוודא כי תכליתה של הפרוצדורה אינה מופרת.

בהקשר זה סבורני כי יש טעם במבחן שימנע מבעל דין להשתמש בהליך כאשר כל מטרתו היא רכישת זמן לצורך היערכות והכנת תביעות,¹⁹¹ אולם לא נכון ולא ראוי לפסול את השימוש בו מבעל דין הרוצה בכנות לנסות ליישב את הסכסוך בדרכי שלום, אף אם אחת מן המוטיבציות (הנוספות) שלו היא להגן על האינטרס הדיוני-מהותי בקביעת מקום השיפוט. בעל דין החותר לפתרון הסכסוך שלא על ידי בירור אדוורסרי בבית המשפט איננו צריך, לשיטתי, להיחשב חסר תום לב גם אם המוטיבציה שלו בהגשת בקשה ליישוב סכסוך היא בין היתר למנוע את סמכותו של בית הדין בעתיד אם וכאשר ההליך החלופי (הלא אדוורסרי) יעלה על שרטון. תוצאה זו מתחייבת הן מתכלית הפרוצדורה האמורה והן מן המגבלה הכללית הקיימת לעקרון תום הלב בהקשר הייחודי של סדרי הדין.¹⁹²

אף על פי שבהנמקה מציינת הנשיאה ביניש כי מטרת המבחן למנוע מבעל דין לנצל לרעה את ההליך "רק כדי להשיג יתרון טקטי במסגרת מרוץ הסמכויות",¹⁹³ הרי שהיא משווה חלקית מבחן זה למבחני הכנות המחייבים במסגרת הכריכה בבית הדין הרבני,¹⁹⁴

188 רע"א 8467/06 אבו עוקסה נ' בית הברזל טנוס בע"מ (פורסם בנבו, 8.7.2010); בג"ץ 6919/07, לעיל ה"ש 178; בש"א 6479/06 בנק דיסקונט לישראל בע"מ נ' שנפ (פורסם בנבו, 15.1.2007); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 550 (1993); דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 73–99 (התשס"ז); שלמה לזין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 61–70 (מהדורה שנייה, 2008); מרקוס, לעיל ה"ש 16, בפרק 4.3.

189 שוורץ, לעיל ה"ש 188, בעמ' 55, 66–67.

190 והדברים נכונים גם ככל שמדובר בהליכי משפחה, שבהם קיימת חתירה להנמכת אש להבות הקונפליקט באופן כללי.

191 שימוש לרעה שאף התקיים לעיתים בשנים הראשונות לקליטת הפרוצדורה.

192 הפרוצדורה הייחודית לגישור קובעת מפורשות את חובת תום הלב. ראו בהקשר זה תק' 6(1) לתקנות בתי המשפט (גישור), התשנ"ג–1993.

193 בג"ץ 6919/07, לעיל ה"ש 178, פס' 40 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

194 הנשיאה ביניש מציינת שם, בפס' 43 לפסק דינה, כי "[...] חובת תום-הלב בהגשת בקשה ליישוב סכסוך דומה בתכליתה ובחלק ממאפייניה לדרישת הפסיקה לפיה על תביעת-גירושין ועל הכריכה בה

המרחיבים במהותם, ומציינת כי קביעת תום הלב בהגשת ההליך נעשית "בהתחשב במכלול נסיבות המקרה".¹⁹⁵ קושי אחר העולה למקרא פסק הדין נוגע לשאלת הסעד (הסנקציה) המופעל לנוכח הפרת עקרון תום הלב. הסעד, כפי שקובעת ביניש, צריך להיות מידתי, ויש לוודא כי לא יהיה בו כדי לפגוע בזכות הגישה לערכאות, שהיא זכות יסוד.¹⁹⁶ אולם עולה כי לשיטתה של השופטת ביניש הסעד הנובע מהפרת תום הלב בהליך יישוב סכסוך, בנסיבות שבהן תלויות ועומדות תביעות מתחרות בבית הדין (שהוגשו בכנות וכדין), הוא הקניית סמכות לבית הדין.¹⁹⁷ סעד זה, כפי שיובהר אגב דיון בפסק דינו של השופט ריבלין בהמשך, יוביל במקרים רבים להכרעה שונה מזו שהייתה מתקבלת בבית המשפט, ולעתים לפגיעה בזכויותיהם של בעלי דין, העולה במקרים קיצוניים אף כדי פגיעה בזכות הגישה לערכאות. העובדה כי סעד זה מוצג ככזו מחל, שלא לומר כסעד היחיד, קשה בעיני. גם אם ראוי להפעיל סנקציה בשל פגיעה בתום הלב, ראוי לשקול סנקציות חלופיות, שתפגענה פחות בזכויותיו של בעל הדין חסר תום הלב. בנוסף, קביעת בית המשפט, ברוח פייג-פלמן,¹⁹⁸ כי גם לבית הדין סמכות להכריע בשאלת התמלאות דרישת תום הלב ובהתאמה בשאלת הסמכות, בעייתית, בשל הימנעותו של בית הדין במרבית המקרים מלקבוע כי הוא אינו מוסמך לדון בתביעות שלפניו.¹⁹⁹

פסק דינו של השופט ריבלין בעניין פלונית נ', בית הדין הרבני האזורי חיפה²⁰⁰ ממשיך בקו שהותווה על ידי פסק דינה האמור של ביניש, ופרסומו – חודשים אחדים אחרי פסק דינה של ביניש – לא עורר דיון אקדמי או ציבורי.²⁰¹ באותה פרשה הקדימה האיש והגישה תביעת רכוש מטעמה לבית המשפט לענייני משפחה בטרם הגיש הבעל

להיעשות בכנות לשם תפיסת סמכות שיפוט במסגרת 'מרוץ הסמכויות'. כן ראו בהמשך, פס' 45 לפסק דינה.

195 שם, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

196 שם, פס' 39–41.

197 "חוסר תום-לב בהגשת בקשה ליישוב סכסוך יוביל לכך שלא יהיה בבקשה חסרת תום-לב, כדי למנוע מבית-הדין הרבני לרכוש סמכות שיפוט ייחודית בעניינים שנכרכו בפניו בכנות וכדין לאחר הגשת הבקשה ליישוב סכסוך, וטרם הגשת כתבי-תביעה ערוכים כרבעי בפני בית-המשפט לענייני משפחה כאמור בתקנה 258כא לתקנות ליישוב סכסוך". שם, פס' 47.

198 לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 141–144.

199 כאמור בשנים האחרונות אפשר למצוא מדי פעם פסקי דין שבהם בית הדין קובע כי הסמכות אינה נתונה לו אלא לבית המשפט. פסקי דין אלה עדיין אינם רבים. ראו לעיל ה"ש 146.

200 בג"ץ 58/08, לעיל ה"ש 148.

201 פסק הדין זכה רק לאיזורים נקודתיים בהכרזו על מבחן הזמן כמבחן הרלוונטי. ראו למשל תמ"ש (משפחה י–ם) 39657-12-10 ע. ג. נ' י. ר (פורסם בנבו, 3.5.2011); בע"מ 7810/11 פלוני נ' פלונית, פס' 15 לפסק הדין (פורסם בנבו, 11.12.11); רמ"ש (מחוזי י–ם) 7894-06-11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 13.9.2011).

את תביעת הגירושין ואת תביעת הרכוש הכרוכה בה לבית הדין הרבני. בית הדין הרבני האזורי בחיפה קבע כי אף על פי שהתביעה הוגשה לבית המשפט חמש עשרה דקות לפני שהוגשה תביעה מקבילה לבית הדין (ולפיכך הוקנתה כביכול סמכות לבית המשפט), מוסמך בית הדין, שכן תביעת האישה לבית המשפט לא הייתה כנה, כאשר עיכבה בידה את כתב התביעה במשך ארבעה חודשים וחצי והמציאה אותו לבעלה רק בסמוך לדיון בבית הדין. בית הדין הרבני הגדול, שאימץ את קביעת בית הדין האזורי ואת נימוקיו, הוסיף וקבע כי בכל מקרה כאשר מוגשות שתי תביעות באותו נושא באותו יום אין לבדוק את שעת ההגשה, ויש לקבוע שבנסיבות אלה לעולם יהיה בית הדין מוסמך.²⁰²

המשנה לנשיאה השופט ריבלין דחה את עתירת האישה שהוגשה נגד החלטות אלה. הוא פסק, אגב אורחא, כי מבחן הזמן הוא המבחן היסודי, המכריע את מקום השיפוט גם כאשר שתי התביעות הוגשו באותו יום, על אף השרירותיות הקיימת במבחן זה.²⁰³ בכך דוחה השופט ריבלין את עמדת בית הדין הרבני הגבוה שלפיה הוא יהיה מוסמך כברירת מחדל כאשר שתי התביעות מוגשות באותו יום. אולם החלטתו לדחות את העתירה אף על פי שהעתירת הגישה את תביעתה לבית המשפט לפני שהגיש הבעל את תביעותיו לבית הדין, והנמקתו לדחייתה של העתירה מטרידות למדי.

לשיטתו של ריבלין, אף על פי שהגשת תביעה רכושית לבית המשפט לענייני משפחה אינה מצריכה עמידה במבחני הכריכה המקובלים באשר להקניית סמכות לבית הדין בתביעות כרוכות (כדוגמת תביעת הרכוש),²⁰⁴ הרי שמבחן תום הלב הפרוצדורלי החל בהגשת תביעות לבית המשפט מתפרש כאן כסוג של דרישת כנות ומופעל לצורך בחינת סמכותו של בית המשפט לענייני משפחה.²⁰⁵ יוצא כי אף על פי שהתביעה לבית המשפט לענייני משפחה קדמה בזמן, אפשר שבית המשפט לא יהיה מוסמך לדון בה אלא בית הדין (שאליו הוגשה התביעה מאוחר יותר) אם הגשת התביעה לבית המשפט (או אופן ניהולה) נעשו בחוסר תום לב.

עקרון תום הלב הדיוני לפיו "על בעל דין להפעיל את זכויותיו הדיוניות בדרך מקובלת ובתום לב בהתחשב במערכת היחסים שבין צדדים יריבים במסגרת התדיינות משפטית",²⁰⁶ הוא עיקרון מנחה בסדר הדין האזרחי. עיקרון זה, המופעל בזהירות מתוך רצון להבטיח ודאות הליכית, חל הן בבית משפט והן בבית הדין, אולם תחולתו אינה בהכרח זהה בשתי הערכאות.²⁰⁷ ריבלין מאשר את עדיפותו של בית המשפט על פני בית הדין ומציין כי "בכל הנוגע להליכים רגילים בבית המשפט לענייני משפחה הרי שאין הם

202 בג"ץ 58/08, לעיל ה"ש 148, פס' 4 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

203 שם, פס' 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

204 שם, פס' 16–17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

205 שם, פס' 14, 17–18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

206 שם, פס' 13 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

207 שם.

כפופים לאותה חובת תום לב הקיימת ביחס לכריכה בבית הדין שכן הנחת המוצא היא שהסמכות המקורית לדון בעניינים הכרוכים שייכת לערכאות האזרחיות ואילו הקניית הסמכות באמצעות הכריכה היא החריג,²⁰⁸ וכי "הדין יוצא מנקודת הנחה שללא תביעת הגירושין המקום המתאים לדון בעניינים אלה הוא הערכאות האזרחיות. על רקע זה, ולאור החשש [...] מפני פתיחת הליכים שבהם תביעת הגירושין מהווה אך ורק כיוסוי לתביעות ה'נכריות', מובנת יצירתו של המבחן הייחודי לבחינת הסמכות המוקנית לבית הדין הרבני מכוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. לעומת זאת, כשם שלא קיים מבחן מקביל לבחינת כנותה של תביעת גירושין המוגשת ללא כריכה לבית הדין הרבני, כך גם אין מקום להחלת מבחן דומה לגבי תביעות הנמצאות במסגרת סמכותן 'המקורית' של הערכאות האזרחיות".²⁰⁹

אולם השופט ריבלין מסייג וקובע כי במקרים חריגים אפשר לסטות ממבחן הזמן בדרישה לקיומו של תום לב במישור הדיוני. כלומר יתכנו מקרים שבהם הסמכות תימסר לבית הדין על אף קיומה של תביעה מוקדמת בזמן שהוגשה למערכת האזרחית, בשל אי-עמידה בעקרון תום הלב הדיוני מצד התובע במערכת האזרחית.²¹⁰ השופט ריבלין ער לחשש כי הפעלת מבחן תום הלב עשויה להיות מנוצלת לרעה במרוץ הסמכויות, להגביר התדיינות סרק ולהאריך שלא לצורך את הדיונים בענייני המשפחה, ולכן מצהיר כי יש ליתן לתחולת עקרון תום הלב פרשנות מצומצמת. ריבלין מגביל וקובע כי "רק חוסר תום לב הקשור קשר ישיר והדוק לשאלת 'מרוץ הסמכויות' בכלל, ולשאלת מועד פתיחת ההליכים בפרט, עשוי להוביל לסטייה ממבחן הזמן".²¹¹ לגופו של עניין קובע השופט ריבלין כי היות שהאישה הכמינה את התביעה שהגישה לבית המשפט לענייני משפחה במשך ארבעה חודשים וחצי ומסרה אותה לנתבע, בעלה, רק סמוך לפני הדיון הראשון בבית הדין הרבני, הרי שיש לקבוע כי אף על פי שהקדימה את הגשת התביעה לבית המשפט תתברר התביעה בבית הדין.

208 שם, פס' 16 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

209 שם.

210 למהלך של המשנה לנשיאה ריבלין בבית המשפט העליון קדם פסק דין ברוח זו, שהוא אף מאזכר אותו: תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 29020/06 ל.א. נ' ל.ט. (פורסם בנבו, 12.11.2006). בכמה מקרים נוספים שהשופט ריבלין מאזכר בדבריו נפסלה תביעה בשל החבאתה, בנסיבות הפוכות שבהן התביעה המוכמנת הוגשה קודם לבית הדין הרבני. ראו למשל בש"א (משפחה ראשל"צ) 5787/05 א.ח. נ' ה.ח. (פורסם בנבו, 24.1.2006); מ"א (מחוזי ת"א) 1660/94 רגב נ' רגב, פ"ד התשנ"ה(1) 173 (1994). המצב ההפוך שונה, והסמכות עליו כאסמכתה למהלך שעשה ריבלין אינה נכונה לעניות דעתי. ראשית, כבר נאמר כי הסמכות הראשונית קנויה לבית המשפט האזרחי ולא לבית הדין, ולכן מבחני הכריכה ייחודיים לבית הדין. שנית, ובאופן קונקרטי, קשה לראות בתביעת גירושין שלא הומצאה ושלא נעשה דבר לקידומה תביעה כנה, שהרי כיצד אפשר לראות (בהגדרה) בבעל דין שהגיש תביעת גירושין ולא פועל להשגתם מי שרוצה בכנות להתגרש?

211 בג"ץ 58/08, לעיל ה"ש 148, פס' 18 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

קביעתו של השופט ריבלין שלפיה התנהגות האישה – בהסתירה את התביעה שהגישה לבית המשפט מבעלה ובהמציאה אותה רק כשבוע ימים לפני הדיון בבית הדין בתביעתו – מלמדת שהגשת התביעה לבית המשפט לענייני משפחה נועדה (במועד הגשתה) אך ורק כדי לקבוע עובדות באשר ל"מירון הסמכויות". התנהגות זו מסווגת על ידיו כחסרת תום לב ומצדיקה לדידו שלילת סמכותו של בית המשפט לדון בתביעתה. קביעתו זו קשה בעיניי משלושה טעמים: ראשית, נראה כי הנמקתו לדחיית העתירה בנסיבות מובילה בפועל להחלת מבחן כנות הכריכה על תביעות שמוגשות לבית המשפט, וזאת בניגוד לדבריו כי אין מדובר באותם מבחנים ובניגוד לאמירתו כי קנה המידה החל בבית המשפט מצומצם יותר.²¹² השופט ריבלין בוחר לשלול את סמכות בית המשפט אף על פי שלגישתו מדובר במקרה גבולי,²¹³ ואף על פי שלא נגרם (להבנתי) נזק בעל משקל לבעל הדין.

שנית, השופט ריבלין דוחה את ההסבר שמספקת האישה לאיחור בהגשת התביעה, ולפיו בא העיכוב על רקע הליך גישור שהתקיים בין הצדדים. האישה, שחששה כי חשיפת עובדת קיומה של התביעה תוביל לפגיעה בסיכויי ההצלחה (המתדרדרים) של הליך הגישור, הותירה בידיה את התביעה והסתירה את דבר קיומה מבעלה עד לשלב שבו התקרב מועד הדיון שנקבע לתביעות הבעל, אז חשפה בפניו דבר קיומה באופן שעל פי מיטב הבנתי לא פגע ביכולת הבעל להתכונן לדיון. אולם השופט ריבלין רואה את שורש הבעיה בהגשת התביעה בד בבד עם קיום הליך הגישור ובהסתרת התביעה. בכך חוטא בעיניי בית המשפט בהבנת הליכי המשפחה ופוגע מהותית באפשרות להגיע לשלום בית או למצער לגבש הסכם שיישב ביניהם את המחלוקות, הסכם שחשיבותו בהקשרים משפחתיים רבה.²¹⁴

הכמנת תביעות בענייני משפחה אינה נדירה במציאות הישראלית, או לפחות לא הייתה נדירה שנים רבות.²¹⁵ בעל דין הרוצה לנהל הליך גישור עם בן זוגו אך לא לאבד

212 יודגש כי בדבריי כאן אינני יוצאת נגד מבחן תום הלב הפרוצדורלי ואף לא נגד תחולתו במסגרת הליכי משפחה התלויים בבית המשפט לענייני משפחה, אלא רק נגד הרחבתו בהקשר זה, כפי שעולה מפסק דינו של השופט ריבלין ומוסבר כאן. נהפוך הוא, בתחולה מדודה וראויה של המבחן יהיה אולי כדי לצמצם את מירון הסמכויות, שלעתים נערך באופן פרוץ על ידי בעלי הדין ועורכי דינם.

213 בג"ץ 58/08, לעיל ה"ש 148, פס' 23 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

214 אפשר לטעון כי ראוי היה לדרוש מבני זוג (לרבות כאלה המצויים בסכסוך ובהליך גירושין) לעמוד ברף של תום לב הגבוה מזה הנדרש מבעלי דין סתם. אף שבדרך כלל גלומה בטענה זו עצמה לא מבוטלת, הרי שבשל המציאות המשפטית הישראלית בהקשר זה, אשר פורטה במאמר זה בהרחבה, ופגמיה, אינני חושבת שנכון בהקשר זה לכפות על בני זוג סטנדרט מחמיר.

215 מ"א 1660/94 רגב נ' רגב, לעיל ה"ש 210; תמ"ש 3343/97, לעיל ה"ש 61; בש"א 5787/05 א.ח. נ' ה.ח., לעיל ה"ש 210; בש"א (משפחה חד') 2230/05 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 30.1.2006); תמ"ש 29020/06, לעיל ה"ש 210; בש"א 10671/09 (משפחה ת"א) ש.י. נ' ש.י. (פורסם בנבו,

את היתרון הגלום בתפיסת סמכות עשוי לבקש לפעול בדרך האחראית המתבקשת – הגשת תביעה לערכאה העדיפה מבחינתו בד בבד עם הצנעתה מפני בעל דינו עד לאחר שתתבהר תמונת המצב וחשיפת התביעה תתחייב. הטעם לכך הוא בהשפעה הקשה שיש להצגת התביעה (בשל מסכת הטענות החריפה המובאת בה) ובתוצאה שאליה עשויה להוביל – פגיעה בסיכויי הגישור.²¹⁶

אף על פי שהתנהלות זו אינה אופטימלית, היא כמעט מתחייבת לטעמי בשיטה הישראלית המעניקה סמכות מקבילה לשתי ערכאות שיפוט שהשוני בהכרעתן עשוי להיות ניכר ולהיטיב – או להרע – מהותית עם מי מן הצדדים. כל עוד זה המצב, נדמה כי הכרעה הכופה על בעל דין סטנדרט רחב היקף של תום לב בהתנהלות במסגרת הערכאה האזרחית²¹⁷ (הערכאה המקפידה לרוב על כללי סדר הדין האזרחי ומכבדת זכויות ועקרונות יסוד כפי שעוצבו בחוק ובפסיקת בית המשפט העליון)²¹⁸ ובכך דוחקת אותו לערכאה הדתית (שבהתנהלותה לאורך השנים גלומה לעתים קרובות פגיעה בסדרי הדין, ובפסיקתה מופרות לעתים זכויותיהם המהותיות של בעלי הדין),²¹⁹ יש בה כדי לפגוע בזכויותיו של המתדיין או לסכל יעד חשוב של גישור בין בני זוג. הטיעון בדבר הפער בין הערכאות מתקשר לביקורת השלישית.

השופט ריבלין מניח כי תוצאת החלתו של קנה המידה בדבר תום הלב במקרה כזה, קרי מחיקת התביעה שהוגשה לבית המשפט תוך שמיעתה בערכאה המקבילה (בבית הדין), קלה מבחינת התובעת יותר מתוצאת הסעד שהיה אפשר לנקוט עקב הפרת תום הלב הדיוני בבית המשפט במסגרת הליכים אזרחיים אחרים, והוא מחיקת התביעה באופן שלא יאפשר בירורה כליל. לדידו, "אין דומה סעד של הקניית סמכות הדין לערכאה האחרת לסעד שבו נדחת תביעה עקב חוסר תום לב דיוני, שכן בעוד שבמקרה הראשון התביעה מתבררת לגופה בערכאה אחרת הרי שבמקרה השני נשללת מכל וכול זכות הגישה לערכאות של בעל הדין. הפגיעה המתונה יותר בצד שנהג בחוסר תום לב דיוני, הכרוכה בהעברת הסמכות לערכאה המקבילה, מקלה על ההכרה באפשרות העקרונית של בית המשפט לנקוט בדרך זו בנסיבות המתאימות".²²⁰

216. 24.9.2009). אם כי כבר בשנות השמונים יוצא כנגדה בית המשפט העליון, ראו עניין ספני, לעיל ה"ש

62.

217. על תופעת "כדור השלג" ראו בהרחבה לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 60. עם זאת ראוי לציין כי לעתים להגשת תביעות אפקט הפוך, המתמרץ צדדים לסיים את הסכסוך בהסכם.

218. קנה מידה מצומצם של תום לב קיים בכל התנהלות משפטית, לרבות בענייני משפחה המתנהלים בפני הערכאה האזרחית, בדבריי כאן אינני יוצאת נגדו. אולם לעניות דעתי קנה מידה זה איננו אמור לענוש את התובע המסתיר את תביעתו מפני בן זוגו כאשר מטרת ההסתרה היא שמירת ערוץ של גישור, כל זאת בכפוף לכך שזכויותיו הדיוניות של בן הזוג – הנתבע – לא תיפגענה.

219. לעיל ה"ש 68 והטקסט הצמוד לה.

220. לעיל ה"ש 64 והטקסט הצמוד לה, ולהלן ה"ש 231–238 והטקסט הצמוד להן.

220 בג"ץ 58/08, לעיל ה"ש 148, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

אולם דברים אלה אינם מדויקים, לפחות לא כאשר מדובר בסכסוכי רכוש בין בני זוג, ולעתים גם בסוגיות אחרות. כזכור, מירון הסמכויות מתקיים על רקע עדיפותה של ערכאה פלונית למתדיין אלמוני. בנסיבות אלה אפשר שהעתקת הדיון מבית המשפט לבית הדין משמעה בפועל דחיית התביעה של האישה ושליטת זכויותיה הקנייניות, או לפחות פגיעה מהותית בהן.

לנוכח דבריו אלה של השופט ריבלין, שלפיהם הסעד בנסיבות אלה אינו חמור כסעד הרגיל העשוי להינקט עקב החלת עקרון תום הלב הדיוני בהליכים אזרחיים כלליים,²²¹ אפשר שעקרון תום הלב וסעד מחיקת התביעה יופעלו בהרחבה בסכסוכי משפחה, ומתדיינים – ובעיקר מתדיינות המבקשות להימנע משיפוט בבית הדין הרבני הפוגע בזכויותיהן או שולל אותן – ייפגעו ביתר.

ביקורת זו מתחדדת על רקע פסק דין אחר של בית המשפט העליון בבג"ץ 1727/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, המדגים את המחיר הפוטנציאלי הכרוך בהתוויית תביעה (רכושית בהקשר זה) לבית הדין ואת נכונותו המוגבלת של בג"ץ לסייע אף בדיעבד.²²² באותה פרשה דחה בית המשפט העליון עתירה של אישה שהוגשה נגד הכרעת בית הדין הרבני (שהתבססה כשלעצמה על חוות דעת שניתנה על ידי משפטן – מומחה חיצוני), ולפיה אין היא זכאית למחצית דירת המגורים הרשומה על שם הבעל, דירה שנרכשה שלושה חודשים לפני נישואיהם ומומנה בעיקרה מכספי אמו של הבעל ומקצתה מכספי הבעל (שהם למעשה כספים משותפים), ואשר בה גרו בני הזוג למעלה משלושים שנה וגידלו בה את שלושת ילדיהם. הכרעה זו של בית הדין סותרת קו ברור בפסיקה האזרחית שלפיה אף על פי שבני הזוג כפופים לחוק יחסי ממון אין מניעה לנסות להוכיח שיתוף בנכסים ספציפיים ולמרות מגמת הפסיקה להכיר בשיתוף כזה בקלות יחסית ככל שמדובר בדירת המגורים שהיא "גולת הכותרת" של שיתוף הנכסים.²²³ אף על פי שבמקרה אחר התערב בית המשפט וקיבל עתירתה של אישה בנסיבות דומות,²²⁴

221 והוא מהדהד גם בהנמקתה של הנשיאה ביניש, ראו בג"ץ 6919/07, לעיל ה"ש 178, פס' 41 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

222 בג"ץ 1727/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 19.3.2007).

223 ע"א 741/82 פיקטנבאום נ' פיקטנבאום, פ"ד לח(3) 22, 26 (1984); ע"א 44/84 גלבוט נ' גלבוט, פ"ד מא(1) 174, 180 (1987); ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685, 690 (1994); ע"א 819/94 לוי נ' לוי, פ"ד נ(1) 300, 304–306 (1996); רע"א 8791/00 שלם נ' טווינקו בע"מ, סב(1) 165, פס' 30–32 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006); תמ"ש (משפחה ת"א) 103720/97 ק' נ' מ' נ', פ"מ משפחה התשס"א 638 (2001).

224 בג"ץ 8214/07, לעיל ה"ש 24. לדוגמה נוספת להתערבות בג"ץ בשנים האחרונות שבה התקבלה עתירה נגד פסיקת בית הדין הרבני שפגעה בזכויות רכושיות, ראו בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.2.2010).

הרי שלאור הכרעתו של בית הדין (במקרה זה ובמקרים אחרים),²²⁵ השוללת זכויות רכוש מכוח הדין האזרחי, אזי גם אם בג"ץ נכון להתערב ולסייע לעותר או לעותרת, הרי שהצורך לפנות לבג"ץ גוזל זמן יקר, כסף ובעיקר אנרגייה שעותרים, צדדים לסכסוכי גירושין מרים, לעתים חסרים אותם.²²⁶ במציאות זו יש להבין כי ייתכן שהפעלה נרחבת של עקרון תום הלב הדיוני תגבה מחיר כבד מבעלי דין, המגיע לעתים עד כדי פגיעה בזכות הגישה לערכאות.

(ד) גיבוי לכוחנותו של בית הדין

פסק דין אחרון שאליו ברצוני להתייחס בפירוט ניתן מפי כבוד השופטת פרוקצ'יה בהסכמת שופטי ההרכב, השופט ריבלין והשופט מלצר, בבג"ץ 5376/08 שלום סמיה נ' בית-הדין הרבני.²²⁷ פסק הדין מדגים את האופן שבו בית הדין הרבני ממנף את סמכותו הבלעדית להכריע בענייני גירושין, שרגישותם ומורכבותם האישית וההלכתית רבה, כדי לרכוש סמכות בעניינים שאינם מצויים בתחום סמכותו הייחודית, לרוב בענייני רכוש, ואת הגיבוי שהעניק בית המשפט העליון לכוחנות האמורה.

באותה פרשה הגיש העותר, מר סמיה, תביעת גירושין לבית הדין הרבני וכרך בה בין היתר את ענייני הרכוש של בני הזוג. תביעתו לגירושין התקבלה (בהסכמה הדדית), ובית הדין קבע כי האישה מחויבת בגט. גב' סמיה לא התנגדה אף לסמכות בית הדין לדון בתביעות הנלוות, ולא הייתה מחלוקת בין הצדדים באשר לכנות התביעה או הכריכה.

225 ראו, למשל, בג"ץ 10172/09 פלוני נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב (פורסם בנבו, 17.6.2010); תיק (גדול) 1-64-3980, לעיל ה"ש 35; בג"ץ 4178/04 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד סב(1) 235 (2006); בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 10.2.2010); בג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 92; בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.7.2010).

226 פסק דין אחר, שבחרתי לא להתייחס אליו בגוף הטקסט מפאת מגבלות מקום, מטריד מאוד אף הוא. בבג"ץ 9858/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 30.3.2008), קבע השופט ג'ובראן אגב דחייתו עתירת איש נגד בית הדין הרבני שסירב להסיר עיקול שהטיל על קרן השתלמות, לבקשת האישה ולהבטחת תביעתה למזונות ובקשתה לפיצוי מכוח כתובה, כי "הפסיקה נתנה פירוש רחב למונח 'ענייני נישואין' המופיע בסימן 151(1) וס' 1 ככולל את מכלול הזכויות והחובות הנובעות ממעמד הנישואין, לרבות הזכויות והחובות הממוניות [...] כלומר, כל תביעה כספית הנובעת ממעמד הנישואין, לרבות תביעת הכתובה, נכללת בגדרי הביטוי 'ענייני נישואין' (שם, בעמ' 3-4). בהנחה שמבינים את דבריו כפשוטם הרי שלשיטתו סוגיות רכוש כלולות בענייני הנישואין ומצויות בסמכות בית הדין מעצם הגשת תביעת הגירושין גם מבלי שנכרכו מפורשות. לדירי, אמירה זו, המקנה לבית הדין סמכות שנשללה ממנו כבר בשנות החמישים והשישים (בג"ץ 202/57 סידים נ' בית הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד יב(2) 1528 (1958); ע"א 313/59 בלבן נ' בלבן, פ"ד יד 285 (1959)), בטעות יסודה. אפשר (וראוי) לפרש את דבריו פירוש מצמצם המתייחס אך ורק לנושא הכתובה ולא לענייני רכוש אחרים, בדמות זכויות מכוח הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון. תודתי ליצחק כהן על שהפנה את תשומת לבי לפסק הדין.

227 עניין סמיה, לעיל ה"ש 93.

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובוט": מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

המחלוקת בין הצדדים נגעה לשאלת תוכן הדין שיופעל על ידי בית הדין בתביעת הרכוש שהגיש הבעל. האשה ביקשה כי יוכרע בסוגיית הרכוש על פי דין תורה, ואילו הבעל ביקש כי יופעלו הוראותיו של חוק יחסי ממון. לנוכח המחלוקת בין הצדדים פסק בית הדין האזורי:

[...] במצב שנוצר לפנינו איננו יכולים להפעיל את סמכותנו השיפוטית על

פי דין תורה. לאור האמור, ביה"ד מפסיק את הדיון בתביעה הרכושית.²²⁸

בשל החלטה זו, שאותה פירש כמסיימת את ההליך בפני בית הדין הרבני, הגיש העותר, מר סמיה, תביעת רכוש לבית המשפט לענייני משפחה. המשיבה, גב' סמיה, ביקשה לדחות את תביעת הרכוש החדשה על הסף בשל היעדר סמכות, אך בית המשפט לא קיבל את עמדתה וסבר כי הוא מוסמך לדון בה לנוכח קביעת בית הדין הרבני המצוטטת לעיל. בד בבד ביקשה האשה לקדם את בירור התביעה בבית הדין. בית הדין הרבני הגדול שהעניין הובא בפניו בערעור קבע כי העניין נותר בסמכות בית הדין, וכי אמירתו של בית הדין האזורי משמעותה אינה אלא עיכוב בדיון עד לקבלת הסכמה של הצדדים באשר לתוכן הדין, ואין בה משום דחיית העתירה.²²⁹ על החלטה זו של בית הדין הגדול הגיש הבעל את עתירתו זו לבג"ץ, והיא נדחתה פה אחד.

מה שנראה לכאורה מחלוקת של פרשנות באשר לאמירתו של בית הדין האזורי בתל אביב שבעניינה מחליט בית המשפט הגבוה לצדק שלא להתערב, מסווה היבט עקרוני. החלטתו של בית הדין להפסיק את הדיון בתביעת הרכוש (בין שנפרשה כעיכוב בלבד ובין שנפרשה כסיום ההליכים בפניו) לא ניתנה לדעתי בסמכות. על פי חוק יחסי ממון, מחויב בית הדין (בדיוק כמו בית המשפט האזרחי) לפסוק בתביעת רכוש על פי הוראותיו של החוק. הכרעה על פי דין תורה אפשרית, כפי שקובע חוק יחסי ממון מפורשות,²³⁰ רק בהסכמת כל הנוגעים בדבר, הסכמה שנעדרה בנסיבות.

אין זה סוד כי במקרים רבים בית הדין אינו שש להפעיל את חוק יחסי ממון, שהוא כפוף לו במפורש,²³¹ או את הלכת השיתוף, שנכפתה עליו בפסיקת בית המשפט העליון בפרשת בבלי,²³² ומנסה לדחוק את הצדדים להסכים להפעלת דין תורה או להביא אותם להכרעה מוסכמת שתייתר את הכרעתו הפסוקה כליל.²³³ בדומה לכך, אף בפרשת סמיה

228 שם, פס' 2 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

229 שם, פס' 11–12 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

230 ס' 13 (ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

231 שם.

232 עניין בבלי, לעיל ה"ש 41.

233 ראו, למשל, בדברי בית הדין הרבני עצמו באחת הפרשות, וכפי שעולה מעתירה שהוגשה לבג"ץ בעניין אחר, תיק (גדול) 1-64-5082 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 29.5.2002); בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295 (2004). עם זאת גם בהקשר זה חל ככל הנראה שינוי מסוים, ויש הרכבים המפעילים כיום את הלכת השיתוף ואת חוק יחסי ממון בין בני זוג כלשונו.

מטרת ההחלטה "להפסיק את הדין" לא נועדה אלא ליצור לחץ על הבעל להיכנע לבקשת האישה ולרצון בית הדין לדון בתביעה על פי דין תורה. לא זו אף זו, בית הדין ביקש להפעיל אמצעי לחץ נוסף וביטל, לאחר שהתברר שהבעל עומד על זכותו לדון בתביעתו על פי חוק יחסי ממון, את פסק הדין לחיוב האישה בגט. אף על פי שגם בית המשפט העליון מפרש את מהלכיו אלה של בית הדין בדיוק כך – כאמצעי לחץ על הבעל להיכנע לשיפוט על פי דין תורה – הוא בוחר לדחות את העתירה ומסתפק בנוזפה לבית הדין:

היה, אפוא, על בית הדין לדון בתביעת הרכוש על פי החוק האזרחי, משעה שלא הושגה הסכמת הצדדים להחלטת הדין הדתי. בהתליית התביעה הרכושית, תוך המתנה להשגת הסכמה, שגה בית הדין האזורי במישור הדיוני, ופעולתו זו ראויה לביקורת.²³⁴

"חרף כל זאת" ממשיך בית המשפט העליון וקובע, "ועל אף המשגה הדיוני שבהתליית הדין בתביעה, אין לראות בהחלטה הראשונה משום שמיטת סמכות בית הדין. מכאן, שסמכותו [...] נותרה בעינה [...]"²³⁵

אף על פי שבסופו של דבר חייב בית המשפט העליון את בית הדין להפעיל את הוראות חוק יחסי ממון, הרי שבהחלטתו להותיר את העניין בסמכות בית הדין נותן בית המשפט יד לפרקטיקה קשה וחמורה המתנהלת בבית הדין אשר מפעילה לחץ על מתדיינים (לרוב נשים) להיכנע לתכתיבי בעלי ריבם (ולמעשה לתכתיבי בית הדין עצמו) באשר לדין החל והוראותיו.²³⁶ אמנם אין מדובר במהלך הקיצוני של ביטול גיטין או התלייתם, מהלך שבית הדין נוקט ואשר זכה לכינוי "נשק יום הדין",²³⁷ אולם מדובר באמצעי לחץ חמור שמקומו לא יכירנו בערכאה מתוקנת. למרבה הצער בג"ץ, הנוקט

234 עניין סמיה, לעיל ה"ש 93, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

235 שם.

236 ראו לעיל הטקסט הצמוד לה"ש 233.

237 הביטוי "נשק יום הדין", המסמל את חומרתו של המהלך, הוטבע על ידי רות הלפרין-קדרי. ראו הלפרין-קדרי "שלום לשלום הבית", לעיל ה"ש 186; רות הלפרין-קדרי "סוד הנשים הנעלמות – על הפער בנתוני היקף בעיית מסורבות הגט בישראל" להיות אשה יהודיה קובץ חמישי 83 (טובה כהן עורכת, 2009); בן שבת, שמואלי, שוז, בלכר-פריגת וקפלן, לעיל ה"ש 71, בעמ' 17; לניתוח של התופעה הן מבחינה הלכתית והן היסטורית ראו עמיחי רדזינר "מלכוב לתל-אביב: פסיקות גט מוטעה בשל הפרת הסכם הגירושין בבתי הדין הרבניים – בעקבות תיק (אזורי ת"א) 1-29-9322 (19.3.06) ואחרים" משפטים לט 155 (2009) (להלן: רדזינר "מלכוב לתל-אביב").

כאמור זהירות בהתערבות בהכרעות בית הדין הרבני בשנים האחרונות, נותן לו בעקיפין יד.²³⁸

ויוסבר: מקובלת העמדה שלפיה במערך הסמכויות הקיים ורגישות הסוגיה בית המשפט העליון אינו יכול להתערב בהכרעות בית הדין העוסקות במישרין בסידור הגט או להתערב בפסקי הדין לגירושין (כדוגמת הכרעתו של בית הדין בפרשת סמיה לבטל את פסק הדין לגירושין). אולם לנוכח מגבלה זו עליו לנהוג, כך אני סבורה, במשנה תוקף כלפי הכרעות בסוגיות נלוות, כדוגמת ההכרעה בשאלת סמכות בית הדין לדון בתביעת מר סמיה לרכוש. הכרעת בג"ץ שלא להתערב בהחלטה בעניין הרכוש מאפשרת לבית הדין הרבני להמשיך לאיים על בעלי דין לא רק בסוגיית הגירושין (שבה לא יכול, על פי העמדה המקובלת, בג"ץ להתערב) אלא גם בשאלות הנלוות, ובכך מוקנה לו אמצעי להרחבת סמכותו ולהפעלת דינים השונים מהדינים האזרחיים שאותם הוא מצופה להחיל.²³⁹

3. סמכות בית הדין לדון בסוגיות העולות באשר למוסדות עוקפי-נישואין – ראשיתה של מגמה?

לפני סיום ברצוני להתייחס למעמד של המוסדות עוקפי-הנישואין שעליהם הצבעתי בסיומו של החלק הקודם. נדמה כי מעמד של אלה כמוסדות אפקטיביים לעקיפת בית הדין הולך ונחלש. נראה שלאחרונה אפשר להבחין בניצניה של כוונה מצד בית הדין לרכוש סמכות בעניינם של ידועים בציבור. למשל, בית הדין דן לגופה בטענה שהעלאת אישה לזכאות רכושית מכוח הלכת השיתוף ביחס לתקופה שקדמה לנישואיה לבעלה, וזאת מכוח מעמדה כידועה בציבור. פסק הדין אמנם דחה את זכאותה, אך עשה כן תוך הכרה עקרונית באפשרות שקשר המבטא מחויבות משפחתית יגבש זכאות רכושית מכוח שיתוף.²⁴⁰ במקרה אחר פסק בית הדין האזורי (בהסתיו מההכרה בידועים בציבור)

238 לדיון באמצעים נוספים שנוקט בית הדין הרבני כדי לשמר בידיו סמכויות שיפוט בסוגיות נלוות ולבצר את מעמדו כנגד בית המשפט, ראו Amihai Radzyner, *Halakhah in Straits: Problematic* (forthcoming), 20 JEWISH L. ANN. (forthcoming).

239 עמדה מטרידה זו באה לידי ביטוי קיצוני בבג"ץ 5548/00 אברהם (כהן) נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 29.5.2001). יש לציין שפסק דין זה ניתן דווקא בעידן שסוג על ידיי כאמור כעידן האקטיביסטי, ויש בו כמובן כדי להראות שאין מדובר במגמות אחידות. עם זאת במובן מסוים הימנעותו של בג"ץ מלהתערב בעניין סמיה, לעיל ה"ש 93, מתמיהה יותר מאי-התערבותו במקרים של ביטול גיטין או התלייתם, שהרי במקרים של ביטול גיטין יוצר בית הדין, כפי שמציין רדזינר "מלבוב לתל-אביב", לעיל ה"ש 237, בעמ' 219–223, עירוב בין סוגיית הגט, שהיא הלכתית, לסוגיות הנלוות, שהן אזרחיות, והעירוב מקשה על הפעלת ביקורת אפקטיבית מצד בג"ץ, ואילו בעניין סמיה אין מדובר בהתערבות בסוגיה הלכתית כי אם בסוגיה אזרחית בלבד.

240 תיק (גדול) 1-24-2201 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 22.3.2004).

פיצויים לזכותה של ידועה בציבור מכוח הסכם שבינה לבין הידוע בציבור שלה.²⁴¹ במקרים אחרים הביע, בעקיפין לפחות, חשש כי הקשר בין הידועים בציבור עלה כדי קידושין, המצדיק לצורך התרתו גט, או גט לחומרא.²⁴² על אף כיוונים ראשוניים אלה טרם אפשר לאפיין קו מכון או מגמה ברורה, ומכל מקום, טרם הגיעו הדברים לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק ולכן היקפם ומשמעותם לא זכו להערכה.

אפשר שגם באשר לחלופות הנישואין השתנה המצב בשנים האחרונות, ואפשר לסמן נסיגה מן העמדה המעצימה את המתדיינים המבקשים להשתחרר מכבלי הדין הדתי ומסמכות בית הדין. ראשית, מעניין כי עמדתו של הנשיא בדימוס ברק בפסק הדין שהכיר בסטטוס הנישואים הצומח מטקס אזרחי (בפרשה הידועה כפרשת "בני נוח"), המסמלת את חיזוקו של מוסד הנישואין האזרחיים, מגלמת בתוכה גם חיזוק של מערך שיפוט בתי הדין הרבניים. פסק הדין העניק לבית הדין סמכות לפסוק "התרת נישואין", ובכך העניק לו סמכות חדשה שלא הייתה קנויה לו קודם ואשר חורגת לטעמי מהסמכות המוקנית לו מלכתחילה בחוק שיפוט בתי דין רבניים, המתייחס לענייני "נישואין וגירושין".²⁴³ התרת נישואין אינה גירושין, ובמובן זה, ולמרות הקרבה הרעיונית שבין העניינים, הכרזה על בית הדין שהוא מוסמך לפסוק התרה ושהוא אמור לפתח את תחולתה ואת העילות המצדיקות אותה, יש בה משום העצמתו.²⁴⁴ אפשר היה לטעון כי אין מדובר בהרחבת סמכותו, שהרי גם אם אין בית הדין מוסמך "להתיר" את הנישואין, הרי שממילא מוסמך הוא לסדר גירושין בין הצדדים באמצעות גט או להכריז כי לנישואיהם לא היה תוקף מלכתחילה, אולם להבנתי אין מדובר בשוני סמנטי גרידא. אפשר היה לחשוב על מתווה אחר שלפיו היה בית המשפט האזרחי מוסמך לקבוע התרת נישואין, אם קטגורית – בכל מקרה שבו נישאו יהודים כשרים בטקס אזרחי "להכעיס" ומתוך כוונה שלא להכפיף

241 תיק (אזורי ת"א) 344858/3 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 1.6.2011).

242 ראו והשוו שם; אליאב שוחטמן "היש חשש קידושין בקשרי אישות עם 'ידועה בציבור'?" מחקרי משפט י' 7, 31–33 (1993).

243 יובהר, אינני מביעה עמדה לגופה של החלטה, וייתכן מאוד כי ראוי להבטיח את ייחודה של הסמכות האמורה בידי בית הדין כדי לוודא כי אין – ולא היה – בטקס הנישואין או בחיים הזוגיים שנלוו לו משום קידושין כדת משה וישראל, וכי בני הזוג אכן מותרים להינשא לאחרים, באופן שימנע חשש מפני ממזרות, על השלכותיה האישיות והלאומיות.

244 בפועל לא ברור עד כמה בתי הדין מסתפקים בהתרת נישואין או ממשיכים במגמה לחייב גט לחומרא. ראו את דברי בית הדין הרבני בתיק (אזורי אש') 2578-21-1 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 4.12.2005); כן ראו רדזינר "מלכודת לחל-אביב", לעיל ה"ש 237, בעמ' 225–226, Trigger; לעיל ה"ש 127, בעמ' 6–8.

עצמם לדין הדתי ולמערכת השיפוט הדתית²⁴⁵ – ואם נקודתית – בכל מקרה שבו בית הדין יסבור כי אין צורך בגירושין כדת וכדין לשם התרת הקשר. במובן זה, בבחירתו של בית המשפט העליון שלא לסלול את הנתיב האזרחי אלא להקנות את הסמכות לבית הדין יש משום שימור עצמתו של בית הדין, שלא לומר חיזוקו.

חיזוק נוסף לבית הדין נמצא בפסיקת בית הדין הרבני עצמו. בפרשת בני נוח קבע הנשיא בדימוס ברק כי בית הדין לא יוסמך לדון בתביעות שייכרכו בתביעת גירושין של בני זוג שנישאו אזרחית, כאשר כריכה של תביעות רכוש ומזונות בידיעה כי בית הדין אינו מכיר בזכאות הצומחת מנישואים אלה, תוגדר כבלתי כנה.²⁴⁶ בית הדין, אשר קרא בעיון את פסיקת בית המשפט בפרשת בני נוח, מצא דרך לעקוף אותה.²⁴⁷ תחת קביעה כי הוא אינו מכיר בזכאויות הצומחות מנישואין אזרחיים הוא הצהיר על מחויבותו לבדוק כל תביעה לגופה ולהכריע נקודתית. ההכרעה האמורה מאפשרת לבתי הדין להחזיק בסמכות בתביעות הנלוות אך לפגוע (פוטנציאלית) בזכאויות הכלכליות הצומחות מנישואין אזרחיים, ואשר מוכרות, עקרונית, במערכת האזרחית.²⁴⁸ גם גישה זו של בית הדין, בדומה למהלכים שעשה בהקשר של ידועים בציבור, טרם זכתה לעיון בית המשפט הגבוה לצדק. השינויים שהתרחשו (ככל שהתרחשו) בנוגע למוסדות החלופיים, התרחשו בעיקרם בשל גורמים ומהלכים הנעוצים בבתי הדין הרבניים, והם טרם זכו לעיון בית המשפט, ולפיכך אינם מוצגים כחלק משינוי המגמה שתואר למעלה. עם זאת הם ראויים בהחלט לתשומת לב ולמעקב עתידי.

245 טקס הנתפס, לפחות על פי אמירת בית הדין הרבני בפסקי הדין מושא פרשת בני נוח, כחסר תוקף הלכתי וככזה שאינו מצריך גט. ראו פרשת בני נוח, לעיל ה"ש 126, בפס' 2-3, 5-6, 8-15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

246 הנשיא ברק קובע: "בן זוג יהודי שבחר להינשא בטקס אזרחי מחוץ לישראל ופונה לבית דין רבני שאינו מכיר בגילויים של סטטוס הנישואין במישור החיובים בין בני הזוג, אינו פועל 'בכנות' אם הוא מבקש להביא גם את ענייני הממון והרכוש בפני בית הדין הרבני. במצב דברים זה, בכריכת ענייני הרכוש טבוע שימוש לרעה בכלי המשפטי של 'כריכה'. בן הזוג הכורך אינו יכול להתכוון, בכנות, להתדיין בפני בית הדין בסוגיה שבית הדין כלל אינו מכיר בה. כפיית התדיינות על בן הזוג בפני פורום המתכחש לגילויים הרכשיים של סטטוס הנישואין, מנוגדת לעקרונות הצדק. בנסיבות אלה, כריכה במטרה להעניק לבית הדין סמכות שיפוט ייחודית אינה יכולה להיחשב כריכה 'כנה'". ראו פרשת בני נוח, לעיל ה"ש 126, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק. והשוו לקו שסימנה הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים", לעיל ה"ש 39, בעמ' 123-125.

247 לשיטתו של בית הדין הרבני דבריו של הנשיא ברק בפרשת בני נוח הינם בגדר אמירת אגב בלבד ולפיכך אינם מחייבים. ראו, למשל, תיק (אזורי נח) 1-764411-1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 3.10.2010). ראו גם תיק 1-80581-21-1, לעיל ה"ש 146; תיק (אזורי חי) 1-899265/1 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.7.2012).

248 ראו והשוו בהקשרים דומים, לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 129-131.

ד. הרהורים לסיום

1. שינויים בפיקוח בג"ץ על בתי הדין: התעצמות המערכת הרבנית למול זו האזרחית וחשש מפני הסלמת מירוץ הסמכויות

התבוננות מרוכזת על פסקי הדין שתוארו כאן בהרחבה תלמד על כמה שינויים שהתרחשו בפסיקת בג"ץ במשך השנים שחלפו מאז שלהי כהונתו של הנשיא ברק ועד שלהי כהונתה של הנשיאה ביניש. ראשית, והוא צוין כאן, ניכר צמצום בהיקף ההתערבות בהחלטות בתי הדין ופסיקתם מצד בג"ץ באופן שנדחות עתירות רבות יותר ובית הדין פועל תוך התערבות מצומצמת מצד בג"ץ.²⁴⁹ לגופו של עניין נקטה סלחנות כלפי הכרעה שאינה מיישמת את הדין האזרחי המחייב את בית הדין²⁵⁰ (בענייני רכוש שבהם נקבע בעבר מפורשות כי בית הדין מחויב להפעיל את הדין האזרחי שעיצב את הלכת השיתוף) וכלפי ניסיונו של בית הדין להתחמק מהפעלת חוק יחסי ממון.²⁵¹

שנית, תוכן ההכרעות והנמקותיהם של פסקי הדין של בג"ץ, בחלק מפסקי הדין המתוארים, מקדמים פוזיטיבית את ביצור סמכותם של בתי הדין – מעניקים להם סמכות להכריע בסוגיות ובתחומים שבעבר לא היו מוקנים להם, למשל בשאלת עצם סמכותם של בתי הדין לדון בתביעות שנכרכו בתביעת הגירושין²⁵² או בשאלת תום הלב של בעל דין שהגיש תביעות מקבילות לבית המשפט ולהכריע, כמתבקש, אם תביעותיו יתבררו בבית המשפט או בבית הדין.²⁵³ בהקשר אחר הצבעתי על קו בפסיקה אשר הדף את מה שנדמה היה לרגע (בעידן האקטיביסטי שלפני שינוי המגמה) כמהלך לצמצום סמכות בית הדין בסוגיה של משמורת ילדים. יותר מכך, אפשר שבית המשפט אף התווה חידוש, הכובל את הצדדים, לרבות ילדיהם הקטינים, לסמכות בית הדין הרבני כאשר בהסכם נקבעה תניית שיפוט בענייני משמורת. בדברים אלה (שהם, להבנתי, אמירת אגב) יש משום חידוש. חידוש זה, אם יתקבל כהלכה, מרחיב את סמכותו של בית הדין אל תביעות עתידיות בין צדדים בנסיבות שבהן לא הייתה בעבר סמכות לבית הדין.

שינויים אלה נעים ומונעים משתי מגמות הנמצאות במתח זו עם זו. האחת ניתנת לסיווג כ"פסיביזם", ואפשר שהיא ניתנת לסיווג כחלק ממגמת בית המשפט העליון בעידן האמור. השנייה דווקא אקטיביסטית יותר מטיבה, אם כי פונה לכיוון הנוגד את מגמת האקטיביזם שאפיינה את שנות כהונתם של הנשיאים שמגר וברק. מקו שצמצם את סמכות בית הדין והתערב התערבות ניכרת בפסיקותיו באופן שהכפיף אותו לדינים אזרחיים וחייבו בכיבוד זכויות המתדיינים במישור הדיוני והתוכני, הוטה הקו לגיבוי בית הדין ואף להרחבת גדר סמכותו כאמור.

249 הדברים נלמדים הן מהנתונים האמפיריים, לעיל פרק ג.1, והן מפסקי הדין המובאים בפרק ג.2.

250 לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 222.

251 לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 230–238.

252 לעיל בתת פרק 2(א).

253 לעיל בטקסט הצמוד לה"ש 204–206.

בטרם אנסה להסביר מה עומד מאחורי שינויים אלה, אבקש לעמוד בקצרה על הבעייתיות הכרוכה בהם. בעיה אחת שנדמה שבעניינה לא תיתכן מחלוקת, נוגעת להשפעת השינויים האמורים על תופעת "מירון הסמכויות" ותחלואיה. ככל שסמכותו המקבילה של בית הדין מורחבת, וככל שההכרעה בין סמכויות הערכאות מושגת על ידי מירון, הרי שהמירון מסלים מטבעו, וגובה להבות הסכסוך עולה. כך מתרחש גם בעקבות תופעת מירון ההחלטות, היוצרת תת-מירון וכך נוסף למניפולציות להבטחת קיומו של דיון ראשון בערכאה העדיפה על בעל הדין. בדומה לכך, אפשר שעצם החלת עקרון תום הלב תנוצל לרעה במירון הסמכויות, תגביר התדיינות ותאריך את הקיימות.²⁵⁴ יש להוסיף על אלה את צמצום ההתערבות בתוכן החלטות בית הדין ושמירת האוטונומיה השיפוטית שלו, ואפשר שהדבר יגביר את המוטיבציה להיאבק על תפיסת סמכות, שכן הפער בין ההכרעות הצפויות של שתי הערכאות גדל, והאפשרות לצמצם אותו בהתערבות בג"ץ מצטמצמת.

בעיה אחרת, הצבועה יותר בגוון משקפיו האידאולוגיים של הקורא (או הכותבת), נוגעת לעצם העצמת כוחו של בית הדין גם כאשר אין היא מלבה את מירון הסמכויות ואולי אפילו מצמצמת אותו. תיעול הכרעות רבות יותר לבית הדין, צמצום נגזרת שיפוט של בית המשפט האזרחי והתערבות מופחתת מצד בג"ץ, המצמצמת את הפיקוח הישיר והעקיף על הכרעות בית הדין, וזאת לאור מאפייני פסיקתו של בית הדין לאורך השנים, קשים בעיניי. בית הדין מגיע, בהקשרים שונים שבהם הוא מוסמך לדון, לתוצאות שונות מאלו של בתי המשפט לענייני משפחה. פערים אלה חדים במיוחד בהקשר הרכושי, אך יכולים להתקיים גם בהקשרים הנוגעים לאחריות הטיפולית בילדים ועוד. לצד הפרה של זכויות יסוד בתחום הקנייני-מטריאלי ופגיעה במה שאני תופסת כשוויון מגדרי, בעיקר בתוכן הכרעות בתחום הרכושי, מתקיימות הפרות של זכויות יסוד ועקרונות צדק בתחום הדיוני, המובילות לעתים גם לעיוות בתוכן ההכרעה. ככל שבית הדין ישנה את דרכיו (ואפשר שתהליך כזה מתרחש, כפי שיוסבר מיד, בזעיר אנפין כבר עתה), כן תצטמצם הפגיעה האמורה.

2. הסיבות והנסיבות שהביאו לשינוי המגמה

שני אלמנטים שונים חברו יחד והביאו, כך נדמה, לשינויים האמורים:²⁵⁵ העניין האחד הוא שינוי פנימי שהתרחש בבתי הדין הרבניים בעשור האחרון.²⁵⁶ העניין השני נוגע

²⁵⁴ לגופו של עניין כמדומני שמבחן תום הלב שמופעל בהקשר זה (ומחייב כמובן גם את בית המשפט כאשר הסוגיה מתגלגלת לפתחו) הוא מבחן מרחיב מזה שמופעל בדרך כלל בהקשר של סדרי הדין בהליכים אזרחיים, הרחבה זו, כפי שניסיתי להסביר, אינה מוצדקת.

²⁵⁵ אפשר ששינוי המגמה צריך להיות מובן על רקע תנועת המוטלת המאפיינת את ההיסטוריה של היחסים בין הערכאות, תנועת מוטלת הנעה בין תקופת עימותים לתקופה של רגיעה. ראו הלפרין-קדרי "פלורליזם משפטי בישראל", לעיל ה"ש 27, בעמ' 684.

להתנהלותו של בית המשפט העליון ולמגמת הצמצום בהתערבותו בהחלטות בית הדין כחלק מהזהירות שנקט בית המשפט בשאלות של דת ומדינה ובסוגיות בעלות רגישות ציבורית ופוליטית בתקופה הרלוונטית. בין שני עניינים אלה קיים קשר. אתחיל בהצגת השינוי הפנימי שעברו בתי הדין בשנים האחרונות, ולאחר מכן אשרטט בקווים כלליים את מה שנראה היה כמו צמצום האקטיביזם השיפוטי בעידן נשיאותה של השופטת ביניש בחצי העשור האחרון עד סמוך לפני פרישתה, בפרט בתחום דיני המשפחה. לבסוף אנסה להציג את הקשר ביניהם ולהעריך את השפעתו לטווח הארוך.

בתי הדין, כך נראה, עברו שינוי של ממש הן במישור הפרוצדורלי-צורני של עבודתם והן במישור התוכני-מהותי של פסיקתם. מהפכת המחשוב שעברה על בתי הדין,²⁵⁷ הקלדת ההחלטות והעלאת פסקי דין לאתר האינטרנט של בתי הדין הרבניים²⁵⁸ ולמאגר הממוחשב של נבו מאפשרים עיון במקצת עבודתו של בית הדין. אמנם אין מדובר בשקיפות מלאה, אולם אפילו ההצצה המוגבלת שהתאפשרה בזכות אלה משיאה את תרומתה לשינוי המוזכר ותורמת בעקיפין להתרחשותו.

בתי הדין שבעבר חרגו לעתים קרובות מכללי הדיון הבסיסיים, לרבות אלה שנקבעו על ידיהם ואלה הטבועים בעבודת כל ערכאה שיפוטית, מקפידים כיום יותר על שמירתם.²⁵⁹ עתירות נגד אי-עמידה בכללי הצדק הטבעי: הרכבים חסרים,²⁶⁰ שלילת זכות הטיעון²⁶¹ או היעדר הנמקה,²⁶² אינן רווחות עוד כבעבר. אם בעבר קל היה ואף

256 תחילתו של השינוי עוד קודם, בשנות התשעים. ראו רוזן-צבי "גשר צר מאוד", לעיל ה"ש 26, בעמ' 190, אם כי המהפך הגדול התרחש רק בעשור האחרון.

257 ראו את דברי הרב אליהו בן-דהן, ששימש כמנהל בתי הדין הרבניים עד לשנת 2010 ואשר בעת כהונתו התרחשו השינויים האמורים: שלום אטלי "ראיון עם הרב בן דהן" סנהדרין 1, 4 (15.1.2010) www.sanhedrin.co.il/n2.html.

258 ראו את אתר האינטרנט של בתי הדין הרבניים www.rbc.gov.il שעלה לראשונה לרשת בשנת 2002 ואת השינוי שהוכנס בו לאחרונה.

259 ראו באופן כללי את הצהרת הכוונות כפי שהיא עולה מדברי גורמים מנהלתיים ושיפוטיים שהיוו חלק ממערך בתי הדין הרבניים: אטלי, לעיל ה"ש 257; שלמה דיכובסקי "דרך השיפוט הראוייה בבתי-הדין הרבניים" תחומין כח 19 (2008) (להלן: דיכובסקי "דרך שיפוט ראוייה").

260 ראו, למשל, עניין ביארס, לעיל ה"ש 46; ע"א 201/82 פרץ נ' אסולין, פ"ד לז(2) 838, 840 (1983); ע"א 410/85 חמד נ' חמד, פ"ד מ(1) 110, 112 (1986); ע"א 756/85 יעקב נ' יעקב, פ"ד מ(2) 637, 639 (1986); בג"ץ 1750/91 מסלתי נ' בית-הדין הרבני האזורי פתח-תקווה, פ"ד מה(5) 360 (1991). ראו גם לאחרונה, בג"ץ 1555/05 לוי נ' בית הדין האזורי מחוז תל-אביב (פורסם בנבו, 16.7.2009). כן ראו שוחטמן "דיון בהרכב חסר", לעיל ה"ש 69; שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כרך א, בעמ' 41.

261 ראו למשל בג"ץ 816/80 גוטהלף נ' בית הדין הרבני בתל-אביב-יפו, פ"ד לה(3) 561 (1981); בג"ץ 3396/90 מ.ה. נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד מה(3) 311 (1991); בג"ץ 4033/92 יובל מוניטה נ' בית הדין האזורי בתל אביב יפו, פ"ד מז(1) 392 (1993); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין

מתחייב) להתערב בפסיקת בית הדין שחרגה בבוטות מכללי דיון בסיסיים (בד בבד לתוצאה תוכנית "בעייתית" אליה הגיעה) הרי שההקפדה על כללי הדיון הנאות משנה את נגזרת ההתערבות של בג"ץ ומותירה אותה, יותר מבעבר, למישור התוכני. התערבות זו קשה יותר בעיני בית המשפט בעיקר, כפי שיוסבר להלן, בעידן שאפיין את תקופת המעבר שבין פרישתו של ברק לשלהי כהונתה של הנשיאה ביניש. אולם השינוי אינו מתמצה רק בהתנהלותם הפרוצדורלית המשופרת של בתי הדין הרבניים.

בתי הדין, אשר אמונים על דין תורה ועל פסיקה לאור ההלכה היהודית ואשר דייניהם כמעט תמיד נטולי השכלה משפטית פורמלית, נחשפו עם השנים יותר ויותר לדין האזרחי כפי שעוצב בחוק וכפי שפותח בפסיקה.²⁶³ בהיעדר הכשרה משפטית ולנוכח מחויבותם האידאולוגית לדין תורה התקשו בתי הדין להפעיל את החוק וביקשו להימנע מהפעלת המשפט האזרחי.²⁶⁴ אולם הימנעות גלויה זו הוחלפה בשנים האחרונות, לפחות בפסיקת בית הדין הרבני הגדול, אך לא רק בו,²⁶⁵ ביישום "יצירתי" של הדין האזרחי;²⁶⁶ בשימוש בהוראות החוק או בהפעלת הפסיקה באופן שיתאימו לרוח דין תורה.²⁶⁷ לעתים

הרבני האזורי, רחובות, פ"ד מח(3) 1 (1994); בג"ץ 982/04 פלוגית נ' בית-הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 19.8.2004); שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כרך ב, בעמ' 645. 262 ראו למשל עניין לב, לעיל ה"ש 31; בג"ץ 1986/06 פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול (פורסם בנבו, 27.5.2008); שוחטמן סדר הדין בבית הדין הרבני, לעיל ה"ש 28, כרך ב, בעמ' 1137.

263 אם בהשתלמויות ואם בסיוע משפטיים, שהם חלק ממערך בתי הדין, ובראשם היועץ המשפטי לשיפוט הרבני. למיטב ידיעתי, לפחות דיין אחד, הדיין שטסמן, מבית הדין הרבני בתל אביב הוא בוגר תואר במשפטים.

264 ראו לעיל, בטקסט הצמוד לה"ש 93.

265 כדוגמה לפסק דין ארוך, מנומק ומלומד העומד בסטנדרטים של פסק דין של בית המשפט העליון אפשר להביא את פסק הדין של בית הדין הרבני בנתניה שהצהיר על סמכותו לפסוק מזוונות בנסיבות של סכסוך בין בני זוג שנישאו בנישואים אזרחיים בקפריסין. תיק (אזורי נת') 764411/1 פלוגי נ' פלוגית (פורסם בנבו, 3.10.2010). לדוגמה מאלפת נוספת ראו תיק (גדול) 814883-1 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 1.2.2011). שני דיינים מרכזיים מובילים את המגמה האמורה, הדיין ינאי בבית הדין הרבני בנתניה והדיין שטסמן בבית הדין הרבני בתל אביב.

266 דיכובסקי "דרך שיפוט ראוייה", לעיל ה"ש 259, בעמ' 19-22 (2008). ראו לדוגמה, תיק (גדול) 1219-21-1 פלוגית נ' פלוגי (פורסם בנבו, 20.9.2006); וכפי שמשקף מן העתירה בבג"ץ 4178/04, לעיל ה"ש 95.

267 כך למשל נמצא לבית הדין, המחויב במסגרת תביעות רכוש ליישם את הוראות חוק יחסי ממון, פתח לשיקול דעת ברמות הפעלת סעיף 8 לחוק יחסי ממון. סעיף 8, המאפשר חריגה מחלוקת החצי ונגיסה בחלקם של הבעל או של האישה בתשלומי האיוון על פי סעיף 5, מקנה לערכאת השיפוט שיקול דעת בדבר הנסיבות שבהן אפשר לחרוג מחלוקת החצי, אך איננו מגדיר את השיקולים שאפשר לשקול בגדר אלה. במסגרת אחת הפרשות (תיאור הפרשה מובא בבג"ץ 8928/06, לעיל ה"ש 92) השתמש בית הדין בסעיף ונישל את האישה מחלקה ברכוש המשפחתי, בשל בגידתה בבעל. בכך השתמש בית הדין בחוק יחסי ממון (שימוש שאינו מקובל בבית המשפט המקפיד לציין שאין

פסיקתו של בית הדין על פי החוק האזרחי והלכות בית המשפט מנומקת ועניינית,²⁶⁸ במקרים אחדים הכרעתו אף נוגדת את מה שנהוג לתפוס כאינטרס של בית הדין וממה שמצופה ממנו לפסוק.²⁶⁹

ואולם, ההיבט האמור אינו יכול להסביר את המגמה במלואה. השינוי שחל בבית הדין הוא לא פעם קוסמטי בלבד, ומאחורי הרטוריקה המקפידה על הפעלת הדין האזרחי ועקרונותיו מסתתרות הפרות של זכויות בעלי הדין, ובוודאי קיימים, כפי שאף הודגם לעיל, מקרים הראויים להתערבות בג"ץ.²⁷⁰ מכאן שיש צורך לספק הסבר נוסף למגמה האמורה בפסיקת בית המשפט העליון. ההיבט השני שיכול לסייע בהבנת המגמה כרוך בשינויים שחלו בבית המשפט העליון. ברוב שנות כהונתו של בית המשפט העליון בראשות הנשיאה ביניש (הנשיאה בתקופה הרלוונטית למחקר זה) הוא היה זהיר יותר באופן כללי. המאפיין האמור אינו נובע כמובן מזהות מי שעמדה בראשות בית המשפט העליון, אלא כרוך בשינויי עומק שהתרחשו בו ובהקשרו בעשור האחרון. תנופת העשייה של הנשיא ברק הובילה לביקורת ציבורית והחלישה, יש אומרים,²⁷¹ את בית המשפט

בבידה משום שיקול רלוונטי בקביעת חלוקת הרכוש – ראו למשל ע"א 384/88 זיסרמן נ' זיסרמן, פ"ד מג(3) 205 (1989); ע"א 264/77 דרור נ' דרור, פ"ד לב(1) 829 (1978), ברוח ההלכה, המענישה כלכלית נשים על חריגה מסטנדרט הנאמנות. מהלך זה של בית הדין הרבני אמנם נהדף בפסק הדין שנתן בג"ץ בעתירה שהוגשה נגדו, אולם ספק אם זה יהיה המצב במקרים אחרים, באשר מלכתחילה נתון לערכאה מתחם שיקול דעת יישומי-פרשני בהפעלת החוק, שיקול דעת אשר בג"ץ ייזהר מלהתערב בו. מקרה נוסף שבית הדין משתמש שימוש חריג (ולטעמי, בלתי ראוי) בסעיף 8 הוא בג"ץ 10172/09, לעיל ה"ש 225, שם שולל בית הדין זכויות רכושיות עקב סרבנות קשר מצד הילד שנגרמה לשיטתו באשמת האם בגלל הסתה. אבל השוו לשימוש ענייני בסעיף 8 לצורך חריגה מחלוקת החצי, בתיק 1-24-2201, לעיל ה"ש 240. כן ראו תיק (אזורי נת') 275858/11 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.5.2010).

268 ראו למשל תיק (אזורי ת"א) 335906/3 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 26.5.2010); תיק (אזורי חי') 578735/3 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.4.2011).

269 כך למשל ניתנו כמה החלטות שבהן קבע בית הדין כי סמכות הדיון אינה נתונה לו אלא לבית המשפט, לדוגמה פסקי הדין המוזכרים לעיל בה"ש 146. החלטות שלא נראו כדוגמתן בעבר ואשר גם היום הן נדירות.

270 מקצתם הוצגו כאמור לעיל. לא זו אף זו: כפי שמלמדנו עמיחי רדזינר, בתי הדין נוקטים בהקשרים מסוימים אף מהלכים פרשניים המשתמשים שימוש "יצירתי" (שלא לומר בעייתי) בהלכה היהודית, שמטרתם לבצר את סמכותם ולהרחיב את גבולות שיפוטם בסוגיות אזרחיות נלוות לגירושין. במהלכם זה אפשר שהם מפרים זכויות דיוניות ומהותיות של בעלי דין, אולם היותם שלובים בהלכה ובסוגיית הגיטין מקשה על היכולת של בג"ץ להתערב בהם. למהלכים אלה ראו Radzyner, לעיל ה"ש 238.

271 על הפגיעה במעמדו של בית המשפט העליון ועל "שיח הירידה באמון הציבור בבית המשפט" ראו מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 219–221 (2008).

משפטים מג תשע"ג מירון הסמכויות "חי ובוט" : מ"ניצחון בנקודות" של מערכת השיפוט האזרחית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים

שמצא עצמו בעמדת התגוננות.²⁷² בית המשפט העליון בעידן שאחרי פרישת הנשיא ברק היה בית משפט זהיר, שלא לומר הססן. עם זאת יש להיזהר מאמירה גורפת גם בהקשר זה, ושינוי ניכר לקראת סיום כהונתה של הנשיאה ביניש.²⁷³ שני ההיבטים האמורים כרוכים בהקשרנו יחד. ככל שבית הדין פועל במסגרת גבולות המגרש ועל פי כללי המשחק המצופים ממנו, הרי שקשה יותר לבקר את החלטותיו. בנסיבות אלה כל התערבות מצד בית המשפט הגבוה לצדק אינה נתפסת כ"ניטרלית" (כזו הכרוכה בעילות טכניות-פרוצדורליות), והיא חושפת בהכרח את הפער האידאולוגי שבין הערכאות. מטבעה התערבות תוכנית-מהותית בעלת נופך אידאולוגי מעוררת הד ציבורי, ולעתים אף גוררת איום להתערבות מצד הרשויות האחרות.²⁷⁴ בנסיבות אלה אך טבעי שבית המשפט, שאיננו יושב כערכאת ערעור על בית הדין אלא כבית המשפט הגבוה לצדק, האמור להתערב במקרים קיצוניים בלבד, ייזהר מלהתערב. זהירות זו מובנית במיוחד על רקע משבר האמון של שנות התשעים (שאפיין בעיקר את הקהילות החרדית והדתית), ואשר מצא את ביטויו הן בשיח הציבורי, הן בהפגנת הענק נגד בית המשפט העליון והן בהצעות החוק שקראו לצמצום סמכויות בג"ץ.²⁷⁵ שילובם יחד של השינוי הפנימי שהתרחש בבית הדין שבמסגרתו מכיר בית הדין (גם אם עדיין לא בהכרח מכבד) בשיח הזכויות ובמחויבות לעקרונות היסוד (הן במישור הפרוצדורלי והן במישור המהותי), ושל רצונו של בית המשפט לרכוש מחדש את אמונו של בית הדין²⁷⁶ מניב את מגמת הזהירות המשמרת במידה רבה את אוטונומיות בית הדין. קשה להעריך בשלב זה לאן תוביל המגמה האמורה – האם בית הדין ימשיך

272 על השפעת האקטיביזם על מעמדו המוסדי של בית המשפט העליון ראו באופן כללי מאוטנר, שם, בעמ' 139–143. לשיטתו של מאוטנר, אקטיביזם, בפרט בתחום הביקורת השיפוטית על חוקים, אינו יכול להוביל אלא לגל של שמרנות.

273 בשלהי תקופת נשיאותה נראה כי לפחות בסוגיות חברתיות יש התעוררות ונטייה מוגברת להתערבות מצד בג"ץ. פסק הדין הבולט ביותר בהקשר זה הוא פסק הדין שביטל את ס' 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 28.2.2012). אולם גם בסוגיות של דת ומדינה אפשר להצביע על שתי פרשות חשובות המלמדות על עמדה שונה, האחת מוקדמת ועוסקת בביטול סעיף בחוק התקציב שעסק בתמיכה באברכי כוללים, בג"ץ 4124/00 יקותיאל נ' השר לענייני דתות (פורסם בנבו, 14.6.2010); השנייה מאוחרת – פסק הדין שהביא לפסילת חוק טל, בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).

274 התערבות בג"ץ בתוכן ההכרעות מעלה את רמת החיכוך בין הערכאות ואף עלולה להוביל לתגובה חקיקתית כנגד סמכותו של בית המשפט בעידן שבו ככל הנראה מעמדו בציבור ובכנסת אינו איתן כשהיה בעבר. ראו, למשל, את הפרשה שנדונה בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).

275 גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד 136–137, 162–163 (2010).

276 שני מישורי שיח רלוונטיים כאן, האחד ישיר בין בית המשפט העליון לבין בית הדין הרבני, והשני בין בית המשפט העליון לציבור הישראלי על הקבוצות והקהילות השונות המרכיבות אותו.

ברפורמה, ובטווח הארוך ההבדלים בין הערכאות אפוא יצטמצמו, ושיח הזכויות יפרה את פסיקת בית הדין ואת הכרעותיו; או שמא התנהלותו הנוכחית של בג"ץ, המחזקת את בתי הדין ואת עצמאותם, תוביל דווקא לנסיגה ממנה.²⁷⁷

הסבר נוסף עשוי לשפוך אור על המגמה שתוארה. בית המשפט העליון הפך לשחקן משני בתחום דיני המשפחה בכלל. היבט זה נוגע למידת המיומנות – ואולי העניין – של שופטי בית המשפט העליון בענייני משפחה. בעקבות הקמתו של בית המשפט לענייני משפחה, שדרגתו דרגת בית משפט שלום (בשונה מן המצב עובר לחוק, אז מרבית ענייני המשפחה נדונו בפני בית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה), פחת מספר התיקים הנשמעים היום בערעור בפני בית המשפט העליון. מכאן שכאשר סוגיית הסמכות מתעוררת ומוכרעת בפני בית המשפט האזרחי, היא כמעט לעולם איננה מגיעה לדיון מהותי בבית המשפט העליון. מן הטעם הזה אפשר – ואני אומרת את הדברים בזהירות המתחייבת – שגם כאשר מגיעות עתירות נגד בית הדין בסוגיות הנוגעות לענייני משפחה, הידע – או לפחות הרצון – של בית המשפט העליון לעסוק בהן מצומצם משהיה בעבר, עת נשמעו תיקים אלה בפניו כדבר שבשגרה ומעורבותו בעשייה השיפוטית בתחום הייתה נרחבת.

277 השלכת המגמה האמורה על סוגיית העומס על בתי המשפט וחלוקת העומס בין הערכאות השונות אף היא טרם התבררה. מחד, בית המשפט לענייני משפחה, המפעיל את עקרונות כיבוד הערכאות הנובע מהלכת פייג-פלמן, לעיל ה"ש 19, נמנע מלדון בתיקים רבים שהדיון בהם החל בבית הדין הרבני, וזה קבע כי הוא מוסמך לדון בהם. עם זאת הכרעות בית הדין, הנמנע דרך כלל מלקבוע שהעניין אינו מצוי בסמכותו, אינן מאוזנות וגוררות הגשת ערעורים או עתירות. במובן זה העומס הן על בתי הדין והן על בתי המשפט עלול לגבור. מאידך, מגמת הצמצום בהתערבות מפחיתה את המוטיבציה לעתור לבג"ץ, מתוך הנחה שממילא העתירה תידחה.