

ואף-על-פי-כן: מרוץ סמכויות

מאת

שי זילברברג*

באמצע שנות התשעים של המאה הקודמת קבע בית המשפט העליון, בהלכת בבלי, כי על בית הדין הרבני לדון בענייני רכוש המובאים לפתחו לפי הדין האזרחי הכללי, ולרבות ההלכה הפסוקה. לאור הלכה זו יש הטוענים כי הועם מרוץ הסמכויות שבין בית הדין הרבני לבית המשפט לענייני משפחה, שכן שתי הערכאות מחויבות לאותה מערכת דינים. ברשימה זו אבקש לבחון אם אכן כך הוא, באמצעות בחינת כמה סוגיות רכושיות שכיחות הנידונות בבתי הדין הרבניים. בבחינה זו אראה כי חרף מה שנחזה להיראות כיישום של הדין האזרחי, פעמים רבות בית הדין הרבני מגיע לתוצאה שונה מזו שהיה מגיע אליה לו הפעיל את הדין האזרחי, אך הדבר נעשה באופן המסווה את המניע הדתי של בית הדין. במאמר אף יוצגו מקרים שבהם המניע הדתי של בית הדין אינו מוצנע אלא מוצהר בריש גלי. המאמר מגיע למסקנה שלא ניתן לקבוע כי בתי הדין הרבניים משלימים עם הלכת בבלי, אלא ההפך מכך. מהמאמר עולה כי קיים ניסיון בלתי פוסק של בתי הדין לצמצם את הלכת בבלי באמצעים שונים ומגוונים אשר מותאמים במיוחד לכל מקרה ומקרה. לאור זאת אבקש להציע דרכי התמודדות אפשריות למערכת האזרחית עם המצב שבו הוטלה חובה על גורמים הלכתיים לדון על פי מערכת דינים הסותרת את ההלכה, אך הם מסרבים לעשות כן גם אם בדרך סמויה.

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

מבוא

חלוקת הרכוש של בני הזוג המתגרשים היא אחת מהסוגיות העיקריות בדיון המשפטי שביניהם, במיוחד בשל העובדה שלכרעה בנושא זה השפעה ממשית על השאלה כיצד יוכל

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

כל אחד מבני הזוג לכלכל עצמו לאחר הגירושין. במדינת ישראל קיימת לבתי הדין הרבניים ולבתי המשפט האזרחיים הסמכות העקרונית לדון בענייני הרכוש של בני הזוג. לכן נקבע כי הערכאה אשר תרכוש את הסמכות העניינית בנושא הרכוש היא זו שבה נפתח התיק לראשונה. אפשרותו של בית הדין הרבני לרכוש סמכות בעניינים אלה מתבססת על מנגנון הכריכה הקבוע בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953.¹ לפי סעיף זה, כאשר הוגשה לבית הדין הרבני תביעת גירושין, ירכוש בית הדין סמכות לדון בכל עניין שנכרך בתביעת הגירושין,² לרבות נושא הרכוש. גם לאחר הגשת התביעה הכרוכה יכול שיעלה בידי בעל הדין להראות פגמים בכריכה אשר יאינו את סמכותו של בית הדין, אך במקרה סטנדרטי ובליזוי מקצועי מדובר במשוכה שניתן לעוברת בקלות יחסית.³ כך, השאלה היכן יוכרעו סוגיות הרכוש תלויה בעיקר בזריזותם של בעלי הדין ובאי כוחם.

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

הסמכות המקבילה של הערכאות האזרחיות והדתיות אינה ייחודית לסוגיית הרכוש, והיא נוהגת בסוגיות נוספות, ובעיקרן בעניינים הנוגעים לילדי בני הזוג⁷ ולמזונות אישה.⁸ בנושא מזונות האישה החוק הישראלי מחיל את הדין הדתי, הן בבית המשפט והן בבית הדין.⁹ לצד זאת בפסיקה נקבע כי בית הדין אינו מחויב לתקדימי בית המשפט העליון בנושא זה (כל עוד בית הדין אינו מבקש לסתור דברי חקיקה מפורשים המופנים אליו).¹⁰

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

2 שם.

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

4 חוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, התשע"ה-2014.

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

6 ס' 4 לחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה.

7 ראו, מבין רבים, בג"ץ 8533/13 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פס' 25 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 29.6.2014).

8 ע"א 384/85 **בן יאיר נ' בן יאיר**, פ"ד לט (4) 775, 777 (1986). ראו בע"מ 7628/17 **פלוגי נ' פלוגית** (נבו 22.9.2019) בנוגע להיעדר האפשרות לכרוך את עניין מזונות הילדים והשוו לאסמכתאות המופיעות בה"ש 18 להלן.

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

10 בג"ץ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד נ(1) 370 (1996). לעניין ביקורת שיפוטית במקרה של התעלמות מדבר חוק מפורש המופנה לבית הדין, הכוונה היא בעיקרו של דבר להתעלמות מס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951. ראו בג"ץ 202/57 **סידיס נ' הנשיא וחברי בית הדין**

ממילא בית הדין יכול לפסוק לפי ההלכה היהודית ללא כל מגינה, שכן בעשותו כן אין הוא פועל שלא כדין. יודגש שאין באמור כדי לטעון שאין הבדל בפסיקה בין הערכאות השונות.¹¹ ואולם לאחר שהוכרע מיהי הערכאה המוסמכת לדון בנושא מזונות האישה, ערכאה זו נהנית משיקול דעת רחב בכל הנוגע ליישום הדין האישי, ובאופן שאינו מאפשר התערבות בפסיקה באמצעות ביקורת שיפוטית חיצונית. בניגוד לנושא מזונות האישה, שבו נהנה בית הדין משיקול דעת רחב בנוגע לאופן יישום הדין החל על הצדדים, בנושא חלוקת הרכוש בית הדין מחויב להחיל את הדין האזרחי לפרטיו לא רק כאשר לדברי החקיקה המופנים אליו, כדוגמת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון),¹² אלא גם כאשר להלכותיו של בית המשפט העליון, כפי שנקבע בהלכת בבלי¹³ (בעניינם של קטינים, למעט מזונותיהם, המצב דומה במידת מה לנושא חלוקת רכוש שכן גם בנושאים אלו בית הדין מחויב לפסוק לפי עקרון טובת הילד, כפירושו האזרחי של מונח זה,¹⁴ כאשר במקרים מסוימים הפסיקה האזרחית והפסיקה ההלכתית יגיעו למסקנות סותרות,¹⁵ בשל ההתייחסות השונה למונח זה בכל אחת מהערכאות, ואולם מאמר זה לא יידרש לנושא זה, ועוד חזון למועד).

בשל ייחודיותה של סוגיית חלוקת הרכוש, שבה בית הדין הרבני מוכרח לפעול שלא לפי הדין הדתי אלא לפי הדין האזרחי בשל קביעה שקבע גורם חיצוני לו (המחוקק ובית המשפט העליון), לצד זאת שפסקי דינו נתונים לביקורת שיפוטית חיצונית (בדמות עתירות לבית המשפט העליון), אבקש לבחון במאמר זה אם יש הבדל בפסיקה בין בית הדין הרבני למערכת האזרחית, וכן אם הלכת בבלי מיושמת הלכה למעשה בבתי הדין הרבניים אם לאו.¹⁶ תוצאה חיובית לשאלה זו תוביל למסקנה שכמעט אין משמעות למרוץ הסמכויות שבין הערכאות השונות, בהתחשב בקיומו של שוויון תוצאתי להתדיינות בשתייהן גם יחד. אם התשובה לשאלה זו שלילית, משמעות הדבר היא שסוגיית זהות הערכאה הדנה היא קריטית, מה שמתיר את החשיבות שבבחירת הערכאה על כנה. אבקש לבחון שאלה זו

11 הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958); בג"ץ 185/72 גור נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד כו(2) 765 (1972).

12 ראו לדוגמה ע"א 256/65 מילר נ' מילר, פ"ד יט 171, 178 (1965); שלמה דיכובסקי "על מי חובת ההוכחה בתביעת מזונות?" תחומין יא 241, 244 (תש"ג). לדוגמה נוספת וחריפה יותר ראו גם ע"א 904/91 כהן נ' כהן (נבו) 31.12.1991.

13 ס' 13 (א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

14 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

15 ראו ס' 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האשה; ס' 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; בנציון שרשבסקי ומיכאל קוריןאדרי דיני משפחה כרך ב 871 והאסמכתאות הרבות המופיעות שם בה"ש 18 (מהדורה חדשה, מעודכנת ומורחבת 2016).

16 ראו לדוגמה בג"ץ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פ"ד לח(1) 673 (1984); בג"ץ 181/81 מור נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד לז(3) 94 (1983); בג"ץ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(3) 1 (1994); בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453 (1998); בג"ץ 4238/03 לוי נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נח(1) 481, 487 (2003); בג"ץ 7098/05 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו) 30.8.2005; בג"ץ 7395/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נבו) 21.1.2008.

16 הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13.

באמצעות הצגת ההבדלים המהותיים שבין הדין ההלכתי בסוגיית חלוקת הרכוש לזה שבדין האזרחי הנוהג בישראל. לאחר מכן אבחן כמה נושאים רכושיים אופייניים אשר עשויים להתברר בכל אחת מהערכאות לצד בחינת שני נושאים שאומנם מצויים בסמכותו הייחודית של בית הדין, ובכל זאת יש בהם לסייע לשקף נכוחה את יחסו של בית הדין למשפט האזרחי.

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

במאמר זה אבקש לחלוק על דבריו של וסטרייך ולהציג מסקנה מורכבת יותר בנוגע לבתי הדין כפי שאציג להלן, לא ניתן לקבוע שבבתי הדין קיימת החלה מהותית של הדין האזרחי, הן במישור התאורטי והן במישור המעשי, במגוון סוגיות שונות. לטעמי, ניתן לראות במהלכי בית הדין הרבני לכל היותר דרך התמודדות מתוחכמת יותר עם הביקורת השיפוטית של בית המשפט העליון. התנהלותו של בית הדין אכן "עובדת" ומצליחה להביא לצמצום ההתערבות בפסקי הדין, אולם בית הדין ממשיך להתעלם בפועל מהלכות בית המשפט העליון השונות ולא ליישם אותן, אלא שהדבר נעשה באופן סמוי, ובלבד שבית הדין הרבני יינהג משיקול דעת רחב באותו המקרה, המאפשר לו להגיע לתוצאה הרצויה לו מבחינה הלכתית, בכסות של דין אזרחי. ובלשון אחרת, בתחילה נהגו בתי הדין בדרך תוקפנית כאשר לפסקי דין של בית המשפט העליון, אשר הביאה את שני המוסדות האלו למסלול התנגשות, אולם בתי הדין החלו להתנהל בדרך אשר נראית כמקבלת את הדין האזרחי, ולו מהטעם שכוחו של בית המשפט העליון רב יותר, אולם במקרים רבים דבר לא השתנה מהותית.¹⁸

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

18 אעיר כי מאמרו של וסטרייך מציג שלושה צירים שבהם ניתן להצביע על קבלת הדין האזרחי בבית הדין. האחד בכל הנוגע להתמתנות מרוץ הסמכויות, ובכלל זה קבלת פסיקת בית המשפט העליון בנוגע לגבולות הסמכות של בית הדין, ובכלל זה היעדר האפשרות להתדיין בבית הדין הרבני בנושא מזונות הילדים; השני, ענייני הרכוש שהוצגו לעיל; השלישי, מקומו של החוק להסדר התדיינות בסכסוכי משפחה. בכל הנוגע לציר הראשון אציין כי לדעתי לא ניתן לראות שבתי הדין קיבלו את פסיקת בית המשפט העליון בנושא היקף הסמכויות של בית הדין הרבני והשלימו איתה. לגישתי, ההפך הוא הנכון, וניתן לראות ניסיון מתמיד של בתי הדין הרבניים לסטות מתקדימים אשר הצרו את סמכותם, באופן חוזר ונשנה, ומתוך אי-השלמה עם פסיקת בית המשפט העליון בנושא. בהקשר זה אזכיר לדוגמה כמה פרשות: בג"ץ 6929/10 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סו(2) 1, 17 (2013) שעסק ברצון בית הדין לבטל את ההלכה בדבר היעדר סמכותו הנמשכת של בית הדין במקרה שלא התקיים מבחן ה"דין ופסק". בג"ץ 373/20 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (נבו 18.10.2021) אשר עסק בעתירה כנגד תיק (גדול) 1216640/2 (נבו 3.12.2019), שביקש להפוך את בג"ץ 673/89 **משולם נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מה(5) 594 (1991). בג"ץ 3092/18 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (נבו 10.12.2018), שאילו התייחס גם וסטרייך, אשר עסק בניסיון לבטל את ההלכה שנקבעה בע"א 384/88 **זיסרמן נ'**

זיסרמן פ"ד מג(3) 205 (1989). תיק (גדול) 1250217/3 (נבו) 10.10.2021, אשר מוקדש לניסיון לשנות את ההלכה שנקבעה בעניין **פלוני נ' פלונית**, לעיל ה"ש 8, שעניינו תלוי ועומד בכמה עתירות (בג"ץ 8228/21 **פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים** ובג"ץ 7880/21 **פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול**). תיק (גדול) 1128082/2 (נבו) 13.2.2019) המוקדש לביטול ההלכה שנקבעה בבג"ץ 2621/00 **לוי נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים**, פ"ד נד(3) 809 (2000) (להלן: **הלכת יוסף לוי**). ודוק, איני טוען כי בהכרח בכל אותם פסקי הדין ניסיונו של בית הדין הרבני לא היה לגיטימי, אלא שבנסיבות אלו אין אחיזה לקביעה שיש התמתנות במחלוקות בדבר גבולות הסמכות של בתי הדין, וכי בית הדין משלים עם פסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא. ההפך הוא הנכון.

כך גם הטענה כי בג"ץ 8497/00 **פייג-פלמן נ' פלמן**, פ"ד נז(2) 118 (2003) סייע במיתון מרוץ הסמכויות אינה נכונה מבחינה עיונית לטעמי, שכן הלכה זו כל כולה במישור היחסים שבין הערכאות הדיוניות, אך אין לה כל משמעות ביחסים שבין בית המשפט העליון לבית הדין הרבני (בג"ץ 58/08 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פס" 9 (נבו) 21.1.2010). יתרה מכך, ניתן לטעון שהלכת **פייג-פלמן** דווקא הגבירה את יכולתו של בית הדין להרחיב את גדר סמכותו, בניגוד להלכה הפסוקה, שכן עד לאותה העת היה בעל הדין יכול לפנות לבית המשפט לענייני משפחה, וזה היה נדרש לסוגיית הסמכות דה נובו ובלתי לתת משקל כלשהו לעצם העובדה שבית הדין קבע כי הסמכות העניינית מסורה לו (ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 22550/99 **פלוני נ' פלונית**, פס" 3.3 והאסמכתאות המובאות שם (נבו) 6.10.1999)). בפועל היה בכך כדי לתת את הבכורה לבית המשפט לענייני משפחה (ראו שלמה דיכובסקי "בתי דין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג-יד 7, 14 (התשמ"ו-התשמ"ח)), והיות שתמיד ערכאת הערעור על רשם ההוצאה לפועל היא בבית המשפט לענייני משפחה, מכוח ס' 80(ב) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ניתן להניח שבית המשפט עצמו יעמוד על קיום החלטותיו שלו. ואולם כיום נוכח הלכת **פייג-פלמן**, ולפי החרג המצומצם שהושאר בהלכה זו לתקיפה עקיפה על ידי בית המשפט לענייני משפחה, בעל הדין המעוניין להשיג על פסק דין הנוגע לענייני סמכות שניתן על ידי בית הדין הרבני, גם זה יהיה מופרך לחלוטין, נדרש לפי הלכת **פייג-פלמן** לפנות לבית המשפט העליון. הדישה לפנות לבית המשפט העליון כרוכה בעלויות רבות, והיא קיימת לצד הצורך לפעול למיצוי הליכים בבית הדין הגדול. לכן ניתן להניח שבעלי דין רבים אינם ממשיכים בהתדיינויות זו נוכח עלותה הכלכלית ומשך הזמן שהיא תיארך. וראו עוד רות זפרן "מירון הסמכויות 'חי ובוטע': מיניצחון בנקודות' של מערכת השיפוט האזורית בענייני משפחה להתעצמות מחודשת של מערכת בתי הדין הרבניים" **משפטים** מג 571, 601 (2013).

בכל הנוגע לציר השלישי המתואר במאמר, באשר לחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה, ולכך שבית הדין הרבני אינו פועל נגדו, הטענה אינה משכנעת לדעתי. החוק הוא חוק טכני בלבד שאינו פוגע בצורה כלשהי בסמכותו של בית הדין הרבני (ראו ס' 6 לחוק להסדר התדיינויות בסכסוכי משפחה), וממילא אין לבית הדין כל אינטרס לנסות ולצמצם את תחולת החוק, מה גם שברור שכל הערכאות מעדיפות כי סכסוכים יסתיימו בהסכמת הצדדים, ובמיוחד בית הדין, כדי להימנע מהליכי חיוב בגט. יתרה מזו, העובדה שבמקרה ספציפי כלשהו בית הדין נתן פרשנות שאינה לטובתו אין בה כדי להוכיח דבר, שכן פרשנות זו תבוא לעזרתו של בית הדין בתמונת המראה של אותן נסיבות. עוד יש לזכור, והוא עיקר לדעתי, שהמניע של בית הדין לשמור על הוראות החוק מתבסס גם על המצב שקדם לחקיקת החוק, ולפיו הגשת בקשה ליישוב סכסוך לבית המשפט לענייני משפחה (מכוח תקנות 258-כא לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אשר בוטלו רק ביום 31.12.2020), היה בה, ככלל, להקנות סמכות לבית המשפט לענייני משפחה, אך לא היה קיים הסדר כזה בבית הדין. כך היה יתרון דיוני ניכר לטובת בית המשפט על פני בית הדין (ראו בג"ץ 5918/07 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד סג(2) 247 (2009)). מסיבה זו ברי שבית הדין עשה כל מאמץ כדי להראות שהחוק ממלא את מלאכתו, שכן במשך שש שנים היה החוק הוראת שעה, שיכולה הייתה להתבטל, וכדי להימנע מלחזור ליתרון הדיוני הניגר לא ברורה לי הכוונה. הכוונה לניכר? שעמד רק לטובת בית המשפט. נוסף על כך, המניע לחקיקת החוק הוצג כחשש להשפעתם של כתבי הטענות על האפשרות לסיים את הסכסוך בהסכמה. אלא שנימוק זה מוזכר גם

א. ההבדלים המהותיים שבין השיטה ההלכתית לבין השיטה האזרחית

עקרונות הדין האזרחי מוכרים וידועים, ולכן אציין בתמצית כי עיקרו של הדין האזרחי הוא כי בידי בני הזוג לערוך הסכם ממוך¹⁹ בנוגע לאופן חלוקת רכושם המשותף.²⁰ ואולם כל עוד לא נערך הסכם, חל על הצדדים הסדר איזון המשאבים במודל של "פיקציה הסכמית",²¹ שעיקרו הוא כי כל רכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים מתחלק באופן שווה בין בני הזוג, להוציא נכסים שאינם נכסי מאמץ משותף (כדוגמת ירושה או נכס מלפני הנישואין).²² עם זאת, מכוח הלכות בית המשפט העליון, גם נכסים שאינם נכסי מאמץ משותף יכולים להפוך לעיתים לרכוש משותף, ולכן להתחלק באופן שווה בין הצדדים. הלכה זו מכונה "הלכת השיתוף הספציפי", ועניינה יידון בהרחבה בפרק ד.4.

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

הדין הדתי היהודי שונה לחלוטין מתפיסת השותפות השווה שמחזיק הדין האזרחי. אומנם ההלכה מאפשרת גם היא לערוך הסכם בעניין נכסי בני הזוג ואופן חלוקתם במקרה

כטיעון המצדיק את ביטולה של האפשרות לכריכה. בעניין זה הועלו טענות כי מנגנון הכריכה מוביל את בני הזוג למהר ולהגיש תביעות כדי לתפוס סמכות לערכאה המועדפת עליהם. וכך עלולה הייתה להיות התדרדרות במערכת היחסים בין הצדדים שמהירו להגיש תביעות משפטיות טרם מיצוי הניסיון לסיים את הסכסוך בהסכמה (ראו לדוגמה אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** 50 (1990) (להלן: רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל**). בנסיבות אלו ניתן להניח שתמיכת בית הדין בחוק נבעה גם מהצורך לנטרל את הביקורת שהושמעה על מנגנון הכריכה וכדי לשמור על מנגנון זה, אשר חשיבותו לבית הדין רבה ביותר. צירופן של כל אלו מלמד שבאופן ספציפי בית הדין היה מעוניין להראות שהחוק ממלא את ייעודו, אך לא ניתן ללמוד מכך על נסיבות אחרות או על חוקים אחרים. זאת, לצד העובדה שמדובר בחוק טכני לחלוטין אשר אין מחלוקת כי תכליתו מקובלת גם על בתי הדין הרבניים, בשל הרצון לסיים תיקים בהסכמה, אשר אינה נוגדת את ההלכה כל עיקר.

19 חוק יחסי ממון. האמור הוא על זוגות שנישאו לאחר 1.1.1974. (מועד כניסתו לתוקף של חוק יחסי ממון). בעניינם של זוגות אשר נישאו טרם תחולתו של חוק יחסי ממון (1.1.1974) חלה חזקת השיתוף. ואולם כיום, מטבע הדברים, מועטים הם המקרים שבהם בית הדין הרבני נזקק לדון בעניינם של זוגות שחוק יחסי ממון לא חל עליהם, ומשכך לא אעסוק בענייניו של יישום חזקת השיתוף כשלעצמו בין כותלי בית הדין. זאת ועוד, לבית הדין אין סמכות כלל בעניין בני זוג שמעולם לא נישאו (אשר בעניינם חזקת השיתוף היא עדיין הדין החל), ולכן ממילא אין הוא נדרש להחיל דין זה עליהם (וראו תיק (רבניים ת"א) 1262146/2 **פלוגי נ' פלוגית** (נבו 29.3.2020)).

20 ס' 1-2 לחוק יחסי ממון.

21 ס' 3 לחוק יחסי ממון; ע"א 640/82 **כהן נ' היועמ"ש**, פ"ד לט (1) 673, 678 (1985); ע"א 4306/12 **פלוגי נ' בנק לאומי לישראל**, פ"ס 12 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו 15.7.2018); ע"א 1915/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט (3) 558, 529 (1995).

22 ס' 5 לחוק יחסי ממון.

של גירושין, אם כי בצורה מורכבת יותר,²³ אך בזאת מסתיימים קווי הדמיון בין ההסדרים השונים. אם לא נערך הסדר פרטני בין בני הזוג, חל עליהם מודל ברירת מחדל הפוך מהדין האזרחי. במודל זה קיימת הפרדה כלכלית בין בני הזוג, כאשר המערכת ההלכתית תופסת את בני הזוג כיחידות כלכליות כמעט נפרדות לחלוטין. החריגים הקיימים הם זכויות מסוימות של הבעל בנכסיה וברווחיה של אשתו, כפי שאציג להלן. לפי ההסדר ההלכתי, לטובת האישה עומדות שתי זכויות רכושיות עיקריות (מלבד זכותה למזונות, המסתיימת עם הפרדת מגורי הצדדים, למעט פרדה שנובעת באשמתו של הבעל או עם גירושי הצדדים או עם נישואי האישה לאחר, אם האישה התאלמנה). לפי הזכות הראשונה, האישה זכאית לקבל את דמי הכתובה,²⁴ בסכום שהבעל מצא לנכון להתחייב בו במועד הנישואין.²⁵ זכאותה של האישה לקבל את דמי כתובתה קיימת במקרה של פטירת הבעל²⁶ או במקרה של גירושין, אך רק אם האישה אינה אשמה בגירושין, והאשמה מוטלת לפתחו של הבעל, אשר פעל שלא כדין לפי תפיסת ההלכה בדבר זיהוי האשם בגירושין.²⁷ לפי הזכות השנייה, במקרה של פטירת הבעל יש לאישה זכות למגורים ולפרנסה מעיזבונו כל עוד היא אינה נישאת לאחר, וכל עוד אין היא תובעת לקבל את דמי כתובתה.²⁸ חשוב לציין כי כל הזכויות האלה של האישה אינן בנות הורשה אלא זכויות אישיות. מלבד זכויות אלו לאישה אין זכות כלשהי בנכסי בעלה, לרבות בנכסי המאמץ המשותף – "לפי דיני ישראל הנישואין, באשר הם, אין בהם כדי ליצור פגיעה בבעלות בני-הזוג בנכסיהם, אלא בעלותו של כל אחד בקרן נכסיו נשאת נפרדת מזו של השני. הדעה שעצם הנישואין וקיומם התקין יוצרים בין בני-הזוג שותפות בקרן נכסיהם, או חזקה שהם יצרוה... זרה לחלוטין לגישת המשפט העברי. הזכויות והחייבים ההדדיים בין בעל ואשה שמקורם בנישואין באשר הם, בין אם כתבו או דיברו על זה בין אם לא, היינו מן הדין, קבועים בהלכה באופן ממצה... ואין ביניהם שום יסוד ליצירת שיתוף בבעלות נכסים".²⁹

- 23 על המורכבות בהסכמים הלכתיים באופן כללי ראו יוסף גולדברג **הסכמי ממון** (התשפ"א), ובאופן ספציפי להסכמים בין בני זוג ראו שמחה מירון **הצעות להסכמים להסדרת יחסי הממון בין בני הזוג** (התשל"ו) ותיק (גדול) 836209/12 (נבו 6.7.2016).
- 24 לא ערכתי הבחנה בין הכתובה לתוספת הכתובה, שכן דמי הכתובה עצמם הם סכום קטן ביותר, והדברים בגוף הטקסט מתייחסים ביסודם לתוספת הכתובה.
- 25 בעבר הסכום בכתובה כלל גם את פירוט הנכסים שהאישה הביאה לנישואין, אך כיום נדיר למצוא כתובות שכאלו, ולכל היותר מצוין כי החתן קיבל נדוניה בלי לפרט את ערכה. ראו שלמה דיכובסקי "בעיות הלכתיות סביב נושא הכתובה" **כנס הדיינים** התשס"ז 50, 52 (2008).
- 26 אך ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קו; ע"מ 9692/02 **פלונית נ' פלוני**, פ"ד סב (3) 29 (2007).
- 27 ראו על כל אלו אוריאל לביא **עטרת דבורה** א סימן לו (התשס"ט). על כך יש להוסיף את פיצויי הגירושין, שפותחו בעיקרם בפסיקת בתי הדין הרבניים. ראו להלן ה"ש 38.
- 28 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן צג, סעיף ג; תיק (אזורי-ים) 1165960/1 (נבו 16.7.2018).
- 29 ע"א 514/76 **חשש נ' דמארי**, פ"ד לא (2) 505, 513 (1977). למען הסר ספק בחלק זה מוסבר הדין הדתי בטירתו ובהתעלם מדוקטרינות שונות המאפשרות לייבא עקרונות חוץ הלכתיים למערכת ההלכתית, כדוגמת מנהג, דינא דמלכותא דינא וכיוצ"ב.

בכל הנוגע לנכסיה של האישה, הרי שלבעלה יש זכות שימוש בהם, ובמקרה של גירושין או מוות יש הבחנה בין נכסים שהיו בבעלות האישה טרם הנישואין לנכסים שצברה היא עצמה במהלך הנישואין.³⁰

הכנסות שנצברו לאישה מעבודתה שייכות ככלל לבעל, מכוח הכלל של "מעשה ידיה תחת מזונותיה".³¹ ואולם בידי האישה לוותר על הזכות לקבלת מזונות מבעלה ותחת זאת להותיר את מעשה ידיה בידה, ודינם של נכסים אלו יהיה כדין אותם נכסים שנתקבלו אצל האישה במהלך החיים המשותפים (נכסי מלוג).³²

לאור תיאור זה ברי מדוע יש הבדל ניכר בין הדין הישראלי לדין ההלכתי בכל הנוגע לחלוקת הרכוש, שכן זה האחרון מצדד בעיקרו של דבר במודל של הפרדה רכושית כמעט טוטלית בין בני הזוג גם אם מדובר במבנה משפחתי מסורתי שבו האישה דואגת לענייני הבית פנימה ולטיפול בילדים המשותפים. לעומת זאת, כאמור, הדין האזרחי תופס את בני הזוג כיחידה כלכלית אחת, אשר ככלל, תחלק את נכסיה באופן שווה. כפי שניתן להבין בנקל, הדין הדתי עלול להביא לתוצאות חמורות נגד בן הזוג הביתי, ובמיוחד במקרה של חלוקת תפקידים מסורתית בין בני הזוג. כמו כן ההסדר ההלכתי אינו שוויוני בשל ההבדלים שבין זכויות האיש לזכויות האישה, כפי שהוצגו לעיל.

ב. הלכת בבלי

חרף הסתירה בין תפיסות העולם של מערכות הדינים האזרחית והדתית, עד לשנת 1994 נהג בפועל הכלל שבענייני רכוש הדין הולך אחר הדין. בעקבות זאת בית הדין הרבני הכריע בנושאי הרכוש לפי ההלכה היהודית והתעלם לחלוטין מהלכת השיתוף שפותחה בפסיקה האזרחית.³³ גם זוגות שחוק יחסי ממון חל עליהם, לא שפר גורלם, שכן באותן השנים, ועד תיקון החוק בשנת 2008,³⁴ היה החוק בבחינת אות מתה,³⁵ ומסיבה זו הוא לא הופעל בין כותלי בית הדין הרבני, כפי שלא הופעל בבית המשפט.

30 בתמצית ייאמר שאשר לנכסים שהאישה הביאה עימה לנישואין, או שהתקבלו אצלה במהלך הנישואין (מתנה או ירושה), ההסדר ההלכתי הוא שלבעל זכות שימוש בנכסים אלו, ואולם עליו להחזיר אותם לאישה במקרה של גירושין, כאשר חלקם חוזרים לאישה בשוויים המקורי והבעל אחראי לשמירת ערכם (נכסי צאן ברזל), וחלקם חוזרים לאישה לפי ערכם הנוכחי (נכסי מלוג). ראו על כל אלו אצל שרשבסקי וקוריאנאדי, לעיל ה"ש 14, כרך א, בעמ' 246. יוער כי ניתן להפקיע את זכות הבעל בנכסים אלו כשניתנת לאשה מתנה בתנאי שתעשה בה כל שתרצה ולא יהא לבעלה רשות כלשהי בה (ראו משנה תורה, זכיה, פרק ג, הלכה יג ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן פה, סעיף יא. יוער כי הלשון המדויקת של התנאי הדרוש לצורך הפקעת זכות הבעל שנויה במחלוקת ראשונים, אך גדריה רחבים מדי למאמר זה. וראו עוד בבלי, קידושין מט, ע"ב על דרך נוספת להפקיע זכותו של הבעל).

31 נחלקו הדעות בנוגע למעמדן של הכנסות האישה המתקבלות אצלה מכוח העבודות הנפוצות כיום (שרשבסקי וקוריאנאדי, לעיל ה"ש 14, כרך א, בעמ' 319-324). ראו עוד **הדין והדין** 60, 10 (2022) להצגת המחלוקת בסוגיה זו.

32 שרשבסקי וקוריאנאדי, לעיל ה"ש 14, כרך א, בעמ' 310 ואילך.

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

34 חוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 4), התשס"ט-2008, ס"ח 18.

עם זאת יש לזכור שבתחילה היו ההבדלים בין הערכאות מעטים יחסית בשל העובדה שחזקת השיתוף חלה בעבר על היקף מצומצם יחסית של נכסים,³⁶ באופן שצמצם את הפערים בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית. בלבד נעשו שני מהלכים בבתי הדין הדתיים כדי להביא לצמצום ההבדלים בין הערכאות, בלי שיהיה בהן כדי אימוץ כולל של הדין האזרחי. המהלך האחד הוא הכרה בתוקפו של הרישום במרשם המקרקעין כמקנה זכויות קנייניות לפי ההלכה, וכך הכרה זו תחול גם בעניין נכסים אשר הביא לנישואין אחד מבני הזוג, או שהוא רכש אותם במהלך הנישואין מכספו, אך הם נרשמו על שם שני בני הזוג, מה שצמצם את הפערים בין בני הזוג.³⁷

המהלך השני ששימש את בתי הדין הרבניים היה פסיקת פיצויי גירושין לאישה, אשר היו פיצוי גם עבור נכסי המאמץ המשותף שנשארו בידי הבעל, דבר שבמבחן התוצאה הביא באותן השנים לתוצאה דומה לתוצאה המתקבלת במשפט האזרחי. נושא זה של פיצויי גירושין קונה לו מקום למחקר עצמאי. רק אציין כי בשנות החמישים הסתמך בית הדין הגדול רבות על מוסד זה, ובמסגרת השיקולים לקביעת סכום פיצויי הגירושין שקל בית הדין הגדול בכמה מקרים שיקולים אזרחיים לחלוטין, אשר נדמה שחלקם הקדימו את זמנם אף ביחס לפסיקת בית המשפט.³⁸ באחד מפסקי הדין שהשתמשו במוסד זה אף נקבע שבמקרים מסוימים "נוהגים בתי הדין לחייב את הבעל לשלם לאשה פיצויים, נוסף על הכתובה; וכדי לא להזניח את האשה שתשאר אחרי הגירושין בלי קורת גג לראשה, מחייבים את הבעל או להשאיר את הדירה של הזוג, ברשות האשה, או שידאג למצוא לה דירה אחרת שיהיה לה בערך. – או במקרים מסוימים – לפי שיקול דעת ביה"ד, שיתן לה מחצית רכושו או משווי הקרוב לזה".³⁹ כשהדברים בסיפא היו נוהגים הלכה למעשה, ברי כי מבחינה תוצאתית לא היה הבדל בין הערכאות, וממילא לא הייתה משמעות אופרטיבית לזהות הערכאה אשר דנה בסכסוך. אולם לא כל הדיינים תמכו במוסד זה, שכן אין לו תשתית הלכתית מוצקה רחבה, ומדובר בעיקרה ביצירה הלכתית מקומית, עד אשר חלק מהדיינים יצאו נגדו מפורשות.⁴⁰ בשנים מאוחרות יותר גברה עמדתם של המתנגדים למוסד זה, ומעמדו נשחק כמעט לחלוטין, עד שכמעט לא נמצאה פסיקה אשר יכולה לבוא כתחליף להחלת הדין האזרחי. שחיקת מוסד פיצויי הגירושין בבתי הדין מחד, והרחבת חזקת השיתוף לנכסים שלא מקובל או אף שלא ניתן לרושםם על שם שני בני הזוג במהלך החיים המשותפים בפסיקת

35 ראו הלכת **יעקובי**, לעיל ה"ש 21; אריאל רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 347 (1992).
 36 יעל ברוידא-בהט "מעורבותם של ארגוני הנשים בחקיקת חוק יחסי ממון בין בני זוג בשנים 1973–1948: המאבק שנשכח" **משפט וממשל** טו 27, 80–86 (2013); שחר ליפשיץ **השיתוף הזוגי** 143–145 (2016).
 37 ראו צבי יהודה בן יעקב **משפטי ליעקב** כרך רביעי תקל-תקלה (התשס"ג) אשר מביא בדבריו פסקי דין רבים הנותנים מעמד מכריע לרישום, אך זאת לצד כמה פסקי דין אשר אינם מכירים ברישום כמקנה בעלות (וכן דעתו של המחבר).
 38 זרח והרפטיג "הנוהג של פיצויי גירושין" **סיני** צח נז-סז (התשמ"ו). וראו תיק (אזורי י-ם) 948054/3 (נבו) 25.7.2006 והאסמכתאות המובאות שם.
 39 ערעור (גדול) תשל"ט/150 פד"ר יב 123, 124 (התשמ"מ).
 40 שלמה שמשון קרליץ **עטרת שלמה** א רמג (התשנ"ז), שלמה שמשון קרליץ **משפטי שלמה** חלק ב קזו (התשס"ט). ראו על דעתו של הרב אלישיב אצל אברהם שרמן "היסודות בהלכה לפיצויי גירושין לאשה" **שורת הדין** י קכד, קלא (התשס"ו).

בתי המשפט מאידך,⁴¹ הביאו לפער הולך וגדל בין בתי הדין לבתי המשפט האזרחיים בשאלת חלוקת הרכוש.⁴² בתי הדין הרבניים לא עשו מהלך מערכתי לצורך קירוב בין הדין הדתי לדין האזרחי, כדוגמת התקנת תקנות, החתמה על הסכם ממון הלכתי טרם הנישואין או הכרה מכוח מוסדות הלכתיים שונים בדין המדינה.⁴³

בנסיבות אלו של אי-החלת חזקת השיתוף באה לעולם הלכת בבלי לאור,⁴⁴ וכן בשל העובדה שבית הדין הרבני סירב להכריע בעניין חלוקת הרכוש לפי חזקת השיתוף, דבר שהביא להקטנת חלקה של העותרת באותו מקרה ברכוש שנצבר במהלך החיים המשותפים עד שנותרה כמעט ללא כול. כידוע, בית המשפט העליון התערב בפסק דינו של בית הדין, הורה על בטלותו והחזרתו לדיון בבית הדין הרבני כדי שהוא יפעיל את חזקת השיתוף על נסיבות המקרה. בית המשפט העליון ביסס את פסק הדין על שני נימוקים: האחד מכוח חוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, ובשים לב להפליה התוצאתית הקשה הנגרמת לנשים אם אין מחילים את הדין האזרחי; השני, והחשוב יותר, הוא מכוח העיקרון של אחידות השיטה המשפטית, שלפיו "על כל בתי הדין הדתיים במדינה להפעיל, בסוגיות 'אזרחיות' נלוות שאינן חלק מענייני המעמד האישי (כפי שדיבור זה מתפרש על-פי דין המדינה) הנתון לסמכותם, את המשפט האזרחי הכללי, כפי שפורש על-ידי בית המשפט העליון". קביעה זו חורגת מעניינה הספציפי של חזקת השיתוף, ומכוונת היא ביחס לדין האזרחי בכללו יודגש כי עיקר החידוש בהלכת בבלי הוא במחויבותו של בית הדין להלכות בית המשפט העליון ולחקיקה שלא הוחלה במפורש על בתי הדין הרבניים, שכן מחויבותו של בית הדין לחקיקה מפורשת המופנית אליו נקבעה עוד שנים רבות לפני כן, ובחוק יחסי ממון הדבר אף צוין במפורש.⁴⁵ בפסיקה מאוחרת יותר הודגש הנימוק השני באופן שמוציא מידי ספק את

41 ראו רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 233-243.

42 ראו שם, בעמ' 105-126, שם מתאר פרופ' רוזן-צבי בחריפות את ההבדלים שבין הערכאות בנושא הרכוש (הספר ראה אור כארבע שנים טרם נתינתה של הלכת בבלי, והדברים אפוא מתארים את המצב המשפטי ששלט בכיפה טרם הלכת בבלי).

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

44 הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13.

45 הלכת סידים, לעיל ה"ש 11; ס' 13 (ב) לחוק יחסי ממון.

הטענה כי החלק השני של הלכת בבלי (עקרון האחידות) הוא בכחינת אוביטר.⁴⁶ עוד יש להזכיר את הלכת גמליאל, אשר קבעה כי אין לבחון את נימוקי בית הדין בהגיעו לתוצאה שאליה הגיע, וגם אם היא הלכתית לחלוטין, אלא יש צורך לבחון רק את התוצאה, ואם זו הולמת את הדין האזרחי, די בכך.⁴⁷

כאמור, בשנים שלאחר הלכת בבלי נדרש בית המשפט העליון לכמה עתירות נוספות נגד פסקי דין רבניים בטענה שאלו סוטים מהלכת בבלי. באותם מקרים לא היה מדובר במקרים שבהם בית הדין הצהיר כי מחיל הוא את הדין הרבני תחת הדין האזרחי, אלא במקרים שבהם בית הדין הצהיר כי מחיל הוא את הדין האזרחי, אך עשה זאת בצורה שבית המשפט העליון קבע כי מדובר בשגיאה גדולה ביישום הדין, גם אם בית הדין הצהיר כי פועל הוא לפי הדין האזרחי. מנגד, לא ניתן לכחד כי עתירות רבות נדחות בטענה כי גם אם מדובר בשגיאה ביישום הדין, הרי ששגיאה זו אינה עולה כדי התעלמות מהחקיקה האזרחית המצדיקה התערבות של בית המשפט העליון בעניין.⁴⁸

עיון בעתירות שהתקבלו מלמד כי ניתן לסווגן לשתי קטגוריות: האחת מקרים שבהם בית הדין שקל שיקול זר שאינו רלוונטי לחלוקת הרכוש (כדוגמת שאלת הנאמנות

46 בג"ץ 8214/07 פלונית נ' פלוני, החל מפס' 25 (נבו 22.7.2010); בג"ץ 4178/04 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד סב(1) 235 (2006); בג"ץ 7716/05 פלונית נ' פלוני, פס' 5 לפסק הדין של השופטת בייניש (נבו 27.8.2007). לאחרונה בית-הדין הרבני הגדול הכיר בפסק דין אחד בעקרון האחידות בכל הנוגע לחלוקת הרכוש. ראו ערעור 1250217/3 (נבו 10.10.2021). לעומת זאת בפסק דין שניתן זמן קצר לאחר מכן בתיק (גדול) 1314150/7 (עותק שמור אצל המחבר, 28.6.2022) צמצם בית הדין הרבני את דבריו אלו (ראו דיון אודות פסק דין להלן ליד ה"ש 230).

47 בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003). פסק הדין של בית-הדין הגדול בו עסק בג"ץ פורסם בתיק (גדול) 791074/1 (נבו 17.7.2002); עזרא בר שלום הוראת שעה סו (התשע"ד). בהקשר זה מעניין לציין כי בית-הדין הרבני האריך להסביר בפסק דינו את אי-מחוייבתו לפסיקה האזרחית, בהצהרות מלחמתיות כמעט מול בית המשפט, אך בית המשפט העליון בחר להתעלם מכל אלו לאור התוצאה הזוהה עם הדין האזרחי. ראו גם בבג"ץ 5956/20 פלוני נ' פלונית (נבו 24.9.2020) והשוו לדנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, בפס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 24.6.2021), אשר נותן משקל משמעותי לאופן ההתבטאות של בית-הדין (ראו עוד בבג"ץ 128/72 נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כו(2) 403, 411 (1972), אשר הורה בדומה להלכת גמליאל בכל הנוגע להליכים הנוגעים להחזקת הקטינים).

נושא נוסף שלא הוכרע בהלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, ובפסיקה מאוחרת יותר הושאר בצריך עיון, הינו האם עילת ההתערבות הינה מכוח ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה או מכוח ס' 15(ג) לחוק זה. נושא זה הובא לראשונה, תוך מתן הסבר להבדלים בין שתי הגישות בבג"ץ 2222/99 גבאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נד(5) 401, 426 (2000), ומאז לא הוכרע בפסקי דין רבים (בג"ץ 3856/11 פלונית נ' בית הדין השרעי העליון לערעורים, פס' 20 (נבו 27.6.2013); בג"ץ 2829/03 פלוני נ' בית הדין הדרוזי לערעורים בעכו, פס' 56 (נבו 16.1.2006); הלכת 7716/05, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., בפס' 8 לפסק הדין של השופטת ביניש; הלכת 8214/07, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., בפס' 15. ראו עוד בג"ץ 1986/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, ס' 6 לפסק הדין של השופטת ארבל לעומת חוות הדעת של השופטת ביניש (נבו 27.5.2008).

48 בג"ץ 6863/15 פלונית נ' פלונית, פס' 5 (נבו 18.10.2015); בג"ץ 5421/21 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פס' 10 (נבו 14.9.2021); בג"ץ 6595/21 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 7 (נבו, 8.11.2021).

המינית);⁴⁹ הקטגוריה השנייה היא מקרים שבהם שגיאתו של הדין ביישום הדין האזרחי הייתה גדולה מכדי שאפשר יהיה להשלים עימה, גם אם עיון בפסק הדין מגלה כי בית הדין לא שקל שיקול זר (לפחות במוצהר), וגם אם בית הדין הצהיר והסתמך על הלכות בית המשפט העליון.⁵⁰ כדי להסביר ביתר קלות את השאלה אילו עתירות מתקבלות ואילו עתירות אינן מתקבלות ואת ההלכה הנוהגת, אפשר להגיד שבית המשפט העליון משאיר שוליים רחבים מאוד לבית הדין הרבני, ורק כאשר מתרחשת סטייה ניכרת, בית המשפט העליון מוצא לנכון להתערב בפסק הדין, בדומה להתערבותו לפי הקריטריונים המצדיקים התערבות בפסק דין בגלגול שלישי, אך בצמצום רב עוד יותר.

בד בבד עם פסיקת בית המשפט העליון בעניין בבלי התגלעה מחלוקת בין שני חברי בית הדין הרבני הגדול בשאלת ההתייחסות לפסיקת בית המשפט העליון בעניין הרכוש.⁵¹ הרב דיכובסקי צידד בקבלת הלכת בבלי ויישומה, בטענה כי בימינו יש אומדן דעת ברור לשני בני הזוג, ולפיו הנכסים הנצברים במהלך החיים המשותפים הם משותפים לשני הצדדים, בדומה לחלק מהרציונלים שניתנו לחזקת השיתוף במהלך התגבשותה.⁵² לדעתו, מדובר בכלל חשוב עד כדי כך שיש בו כדי להקנות חלוקה שוויונית של הנכסים בין בני הזוג, ובכך להחיל את הדין האזרחי. מנגד, הרב שרמן צידד במלחמה חסרת פשרות לטובת הדין הדתי ובהמשך ההתעלמות מהלכת השיתוף, מחוק יחסי ממון ומפסיקת בית המשפט העליון בנושאים אלו. לעמדתו, הלכת השיתוף וחוק יחסי ממון מבקשים להנחיל עקרונות של שוויון בין בני הזוג אשר סותרים לדעתו את דין תורה במהותו.⁵³ משכך, לגישתו, יש להתעלם מהם לחלוטין, שכן אין מדובר בדין אזרחי רגיל אלא בדין אידאולוגי, הסותר לדעתו את ההלכה. עם זאת הרב שרמן לא ביאר בדבריו מה מצופה שיקרה מבחינה מערכתית בשל העובדה שלבית המשפט העליון יש סמכות לבטל החלטות של בית הדין הרבני, אך לא להפך.⁵⁴

- 49 ראו לדוגמה בג"ץ 8928/06 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד סג (1) 271 (2008); הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47.
- 50 ראו לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., ובמיוחד הלכת 4178/04, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., והלכת 7716/05, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת., כאשר האחרון שבהם עוסק בשאלת פרשנות חוזה שנכרת בין צדדים (ראו פס' 9 לפסק הדין של השופט בניש) שהיא שאלה יישומית מובהקת.
- 51 שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא? "תחומין יח 18 (התשנ"ח) (להלן: דיכובסקי "הלכת השיתוף"); אברהם שרמן "הלכת השיתוף" לאור משפטי התורה "תחומין יח 32 (התשנ"ח) (להלן: שרמן "הלכת השיתוף"); אברהם שרמן "הלכת השיתוף" – אינה מעוגנת בדין ישראל "תחומין יח 205 (התשנ"ט).
- 52 ראו ליפשיץ השיתוף הזוגי, לעיל ה"ש 36, בעמ' 135.
- 53 ראו תיק 133004/5, לעיל ה"ש 43, בעמ' 13.
- 54 הרב שרמן הציע במאמרו כי הצדדים יקבלו את בית הדין "כבורר על פי שיקול-דעתו הרחב, ואז רשאי ביה"ד לצרף את הלכת השיתוף או חוק יחסי ממון במערכת שיקוליו – אולם לא בכפוף אליהם, אלא כמצטרפים לבניית שיקול-הדעת והכרעת פסק הבורר". ראו שרמן "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 51, בעמ' 215 ה"ש 5. ברי כי אין מדובר בפתרון מניח את הדעת, שכן אין מדובר בהסכמה להחלת הדין האזרחי אלא במתן שיקול דעת רחב בהרבה לבית הדין, וניתן להניח שלפחות אחד מהצדדים יסרבו לו, שכן אין ברצונם בבוררות אלא בהכרעה לפי הדין. כמקובל בהלכה, התחייבויות אלו נעשות יחד עם קניין (ראו לעניין זה איתמר ורהפטיג ההתחייבות תוקפה אופיה וסוגיה 376 (2001)).

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

ג. קבלה בקניין: התפתחות העמדה הפרגמטית בבתי הדין הרבניים

לאחר הלכת בבלי נדרש בית המשפט העליון לבטל כמה פסקי דין שיצאו מתחת ידי בית הדין הרבני וסתרו את הדין האזרחי.⁵⁵ אולם אין מדובר במקרים רבים, כפי שהיה צפוי לו הייתה עמדתו של הרב שרמן מתקבלת בבתי הדין הרבניים במלואה. המחלוקת בין הרב שרמן לבין הרב דיכובסקי בנוגע להלכת בבלי מציגה שתי עמדות קוטביות בנוגע לתחולת הדין האזרחי, אך אף שמחלוקת זו ידועה ומפורסמת, נראה שדווקא עמדת בניינים בין שתי העמדות לא קיבלה ביטוי מספיק במחקר.

כדי להתמודד עם הלכת בבלי התפתחה בבתי הדין הרבניים עמדה שניתן לכנותה "העמדה הפרגמטית". כפי שיפורט להלן, לפי גישה זו, בתי הדין מבקשים את הסכמת הצדדים להחלת הדין האזרחי בעניינם, והדין האזרחי אפוא חל על הצדדים לא מכוחו אלא מכוח הסכמתם המקומית של בני הזוג העומדים לפני בית הדין. עמדה זו החלה דווקא בבתי הדין האזוריים, אשר נראה כי ניסו להימנע מעימות עם המערכת האזרחית. ניתן לשער כי המניע לכך היה ההבנה שהמערכת האזרחית לא הייתה "מבליגה" לו היו בתי הדין מתעלמים מהלכת בבלי לחלוטין, והיו מגיעות לפתחו של בית המשפט העליון עתירות רבות במקרים שבהם בית הדין עושה דין לעצמו.⁵⁶

העיקרון ההלכתי־משפטי שביסוד דרך זו פועל באמצעות דיני החוזים ההלכתיים. כפי שתואר לעיל, ההלכה מאפשרת לבני הזוג לערוך הסכם בדבר חלוקת הרכוש ביניהם. ואולם בשעה שבני הזוג מגיעים לבית הדין לצורך הכרעה בסכסוך הגירושין שלהם, ברור כי לא עלה בידם להגיע להסכם כולל, שאם לא כן, לא היו נזקקים לדיון משפטי מלכתחילה. עם זאת היו דיינים שהציעו להביא את הצדדים להסכמה בשאלת הדין אשר יחול בעניינם ולקבל עליהם חוזית ובאופן פרטני את הדין האזרחי.⁵⁷ כך הבעיה ההלכתית לדון בעניין בני הזוג לפי הדין האזרחי קלה יותר, שכן הצדדים מסכימים לדין שיחול בעניינם, ומנגד, הדין האזרחי אינו לוקה מבחינה תוצאתית.

55 ראו לעיל ה"ש 47.

56 פתרון זה מופיע כבר במאמרו של הרב דיכובסקי במסגרת דעת מיעוט בערעור שהגיע לדיון בבית הדין הגדול. ראו דיכובסקי "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 51, בעמ' 30.

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

הדרך הפרגמטית היא הדרך הרווחת היום בבתי הדין הרבניים ליישוב הדין האזרחי עם הדין הדתי – הצדדים מסכימים לפני בית הדין כי הדין האזרחי יחול בעניינם.⁵⁸ דרך זו מניחה ברירת מחדל הפוכה מזו של המחוקק: סעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון קובע כי הדין החל כברירת מחדל הוא הדין האזרחי אלא אם הצדדים מסכימים להחיל את הדין הדתי, ואילו הדרך שתוארה לעיל מניחה כי הדין החל הוא הדין הדתי אלא אם הצדדים מסכימים להחיל את הדין האזרחי. יוער כי יש דיינים הסוברים כי מהלך זה אינו אפשרי, שכן לדעתם לא ניתן להסכים על אימוץ מערכת דינים חלופית תחת המערכת ההלכתית נוכח האיסור ההלכתי להחיל דין זר על פני הדין הדתי, ובמיוחד שעה שבה הדין מבוסס על עקרונות שההלכה אינה מכירה בהם. ואולם מלבד קולות ספורים אלו, אין כיום עוד דיינים שסוברים שאין לקבל את הסכמת הצדדים בנוגע לדין שיחול עליהם.⁵⁹

עם זאת גם הדיינים המצדדים בדרך הפרגמטית יכולים להיתקל בקושי של ממש כאשר מי מבעלי הדין אינו מסכים לקבל עליו את הדין האזרחי בטרם הדיון. כאן חוזרת מחלוקתם של הרב דיכובסקי והרב שרמן במלוא עוזה, כאשר חלק מהדיינים מבקשים את הסכמת הצדדים, ואולם אין מדובר בדבר הכרחי מבחינתם לצורך הפעלת הדין האזרחי. אותם דיינים סבורים כשיטת הרב דיכובסקי שתוארה לעיל, ונדמה שפרקטיקה זו היא בבחינת למעלה מן הצורך ומחשש לעמדות הסבורות שהחוק כשלעצמו אינו מחייב לצד רכיב אידאולוגי מסוים, המדגיש כי מלכתחילה היה ראוי להתדיין לפי דין תורה. לעומתם, יש דיינים המסרבים לדון בענייני הרכוש עד אשר בני הזוג יסכימו להחיל את הדין האזרחי עליהם. בעניין זה מתבקש להביא מדבריו של אחד מדייני בתי הדין שהעיד על עצמו: "כאשר הבעל מסכים ומתחייב בקניין בפני בית הדין, שבית הדין יפסוק חלוקת רכוש על פי חוק יחסי ממון, הבעל מתחייב לתת לה מחצית מהנכסים, והתחייבותו חלה ככל דבר שבממון שתנאו קיים. כך גם נהוג בבית הדין בצפת וטבריה ובעוד כמה בתי דין, שללא הסכמת הבעל, בית הדין אינו מקיים דיון בחלוקת הרכוש, מאחר שבית המשפט העליון יבטל את פסיקת בית הדין הרבני, אם היא מנוגדת לחוק יחסי ממון".⁶⁰ במצבים כאלה הצדדים נותרים בלימבו משפטי של ממש. לעיתים יכולה להיות תוצאה קשה עוד יותר לבני הזוג, ולפיה בית הדין יסרב לדון במכלול תיקיהם, לרבות תיק הגירושין,⁶¹ כל עוד לא יסכימו בני הזוג על

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

59 אליהו רוזנטל "בית הדין וחוק יחסי ממון" **כנס הדיינים** התשע"ח 42 (2019); שרמן "הלכת השיתוף", לעיל ה"ש 51, בעמ' 212.

60 תיק (אזורי טב') 604877/10 (נבו 24.12.2017).

61 ראו תיק (גדול) 1326343/1 (נבו 1.8.2021).

הדין החל בענייני רכושם, כאשר ניתן לשער שהדבר נעשה כדי ללחוץ על הצדדים להגיע להסכמה בעניין זה, ולפי רצון בית הדין להימנע מחיוב גט במצב שבו הגט איננו מסודר בשל ויכוח צדדי בין בני הזוג.

בית המשפט העליון נדרש במקרה אחד לסיורב שכזה שהתרחש בבית דין, שהורה: "במצב שנוצר לפנינו איננו יכולים להפעיל את סמכותנו השיפוטית על פי דין תורה. לאור האמור, ביה"ד מפסיק את הדיון בתביעה הרכושית".⁶² באותו העניין נפלה מחלוקת בין הצדדים בדבר משמעותה של החלטה זו ואם עולה היא כדי סגירת התיק המאפשרת לפנות לבית המשפט בעניין זה, אם לאו. בית המשפט העליון התייחס להחלטה זו ככזו אשר אינה עולה כדי סגירת התיק, מה שמשאיר את הסמכות העניינית בידי בית הדין, ואולם הובע חוסר נוחות מהתנהלותו של בית הדין, ונקבע כי על בית הדין לדון בעניין לפי הדין האזורי חרף הצהרותיו. במקרה אחר, שבית הדין הגיע בו לתוצאה דומה, ושהיה בו סיורב עיקש יותר מצד בית הדין מלהידרש לתביעה, הכריע בית המשפט לענייני משפחה כי חרף העובדה שהסמכות הוקנתה מלכתחילה לבית הדין, זו תעבור לבית המשפט לענייני משפחה.⁶³

לצד דיינים אלו יש דיינים אשר בוחרים שלא להשאיר את הצדדים בלימבו המשפטי של דיין שאינו מוכן לדון, אלא מורים מעצמם על מחיקתן של תביעות אלו, בידעה שהדבר יוביל לבירור הסכסוך בבית המשפט. בית הדין הרבני ביסס קביעתו זו על מתן פרשנות מרחיבה למבחני הכריכה בקביעה כי בעל דין אשר כרך בתביעתו את ענייני הרכוש אך סירב להסכים לדיון על פי הדין האזורי אינו ממלא אחר מבחני הכריכה,⁶⁴ והדבר מדגים את התוצאה הנגרמת מהיותה של החלטה הדין כפופה להסכמת הצדדים. מקרה קשה עוד יותר הוא כשדווקא הנתבע הוא שסירב לקבל את הדין האזורי (ובכך להתחמק בפועל מסמכות בית הדין). במקרה זה קשה להלום את פסיקתו של בית הדין הגדול שנוכרה לעיל, מכיוון שלית מאן דפליג שהנתבע אינו אמור למלא אחר מבחני הכריכה בעניין תביעה המוגשת נגדו. על אף האמור ניתן להטיל ספק בשאלה אם בית המשפט העליון יכפה על בית הדין להידרש לתביעה אם בית הדין יקבע כי הוא מושך את ידיו מדיון בתיק (בניגוד למצב שבו בית הדין יקבע שהנושא בסמכותו, מחד, אך מסרב הוא לדון בו מאידך),⁶⁵ אף שהדבר יכול להשקעת משאבים מיותרים מהצדדים, בגין הצורך בהגשת תביעה חדשה לבית המשפט לענייני משפחה. זאת מתוך חתירה לפתרון מעשי, ובשים לב שהקניית סמכות מכוון הכריכה נחשבת למנגנון חריג משפטי.⁶⁶

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

63 הדין והדיין 5, 46 (2017).

64 תיק (גדול) 1263901/2 (נבו 2.11.2020). בעניין פסק דין זה הוגשה עתירה לבג"ץ אך זו נמחקה. ראו בג"ץ 4812/20 פלוני נ' נשיא בית הדין הרבני הגדול (נבו 23.11.2020). ראו עוד בתיק (אשדוד) 1338971/12 (נבו, 11.3.23), שבו בית הדין הורה על מחיקת תביעה בשל אי-הסכמת הנתבע להחלת הדין האזורי בעניינו.

65 וזאת חרף סמכותו הפורמלית של בית המשפט לעשות כן, לפי ס' 15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, המקנה לבית המשפט העליון אף את הסמכות להורות לבית הדין הדתי "לדון בענין פלוני לפי סמכותם".

66 ראו הלכת 8533/13, לעיל ה"ש 45, בפס' 31 לפסק הדין של הנשיאה נאור.

כדי להסביר את מקורה של הדרך הפרגמטית, אשר הפכה למקובלת ביותר בבתי הדין, חשוב לציין שמדובר בפרקטיקה רווחת בבתי הדין הפנימיים בקהילות היהודיות זה מאות בשנים. על פי ההלכה, ובמיוחד לאחר קטיעת שרשרת הסמיכה, קשה מאוד לדון באופן פרקטי בענייני ממון בין אדם לחברו, בשל מגוון סיבות, כדוגמת כללי כשירות עדים קשים ביותר, צמצום האפשרות לדון ברוב דיני הנזיקין, ביטול דיני הקנסות ועוד, עד כדי הפיכת הדין ההלכתי הממוני לתאורטי או לכזה המביא לתוצאות קשות. מסיבה זו נהגו בתי הדין בקהילות השונות לבקש מבעלי הדין להסכים שיהיה בידי בית הדין הדתי לפסוק בעניינם "הן לדין והן לפשר", ולפחות ב"פשרה הקרובה לדין". בדרך זו מתאפשר לדייני בית הדין לעקוף את כלל הבעיות הנוצרות ביישום הדין ההלכתי הטהור, שכן הדיינים מוסמכים לפעול באופן חוזי, לפי הסכמת הצדדים, ובהסתמך על שיקול דעתם, אשר יכול להביא להתעלמות מהבעיות שצוינו. בהלכה הגיעו הדברים לכדי כך שנפסק כי בעל דין אשר מבקש שעניינו יידון לפי הדין ההלכתי הטהור ואינו מסכים להסמיך את הדיינים לסטות מההלכה, ייחשב באופן אבסורדי כבעל דין אשר הוא עצמו אינו מציית לבית הדין הרבני,⁶⁷ עד כדי כך שחלק מהפוסקים קבעו כי ניתן להוציא כתב סירוב נגדו, על כל המשמעות ההלכתית הקשות הנלוות לכך. כך היה מקובל לפסוק גם בבתי הדין הרבניים כאשר הם נדרשו לענייני ממונות בין איש לרעהו,⁶⁸ שעה שבה סמכות זו עוד הייתה בידיהם.⁶⁹

הפעולות שבית הדין נוקט בהתאם לדרך הפרגמטית בכל הנוגע לאופן חלוקת הרכוש של בני הזוג לשעבר, הן בגדר מהלך דומה מאוד למהלך האמור אשר מכריח במידה לא מבוטלת את הצדדים להחיל עליהם מערכת דינים אזרחית,⁷⁰ אם הם מעוניינים שעניינם יידון בבית הדין הרבני. אלא שכאן הצדדים מסכימים שיוחל עליהם דין חלופי וזר לחלוטין לדין הדתי, המבוסס על עקרונות אזרחיים שהדין הדתי אינו מכיר בהם, ולא רק ככלי להשלמת פערים ומילוי לקונות בדין הדתי, כפי שנעשה בכל סכסוך ממוני אחר.

כאמור, בקשה מהצדדים להסכמה בדבר החלת הדין האזרחי עליהם היא ההתנהלות הרווחת, והיא לא הגיעה לבית המשפט העליון לביקורת שיפוטית משמעותית עד עתה. לדעתי, בעין אזרחית, כשפעולה זו נעשית בבית הדין בבחינת למעלה מן הצורך בלבד (כך שגם בלעדי הסכמת הצדדים לדון לפי הדין האזרחי בית הדין ידון בנושא לפי הדין האזרחי), ובלי שיש לה משמעות אופרטיבית כלשהי, הביקורת שניתן להשמיע על פרקטיקה זו היא במישור האידאולוגי בעיקרה. אומנם יש היבט של אי-הכרה בתוקפו של הדין האזרחי (כך למשל ברור שבית הדין לא יבקש את הסכמת בעלי הדין להחלת הדין הדתי ביניהם בכל הנוגע לעילות הגירושים), ועם זאת מכיוון שהדבר נעשה רק כדי להקל על מצפוננו של בית הדין, ובהמשך לכך שמדובר בפרקטיקה רווחת הנוהגת בבית הדין הדתי ומקובלת אף באשר

67 שו"ת ציץ אליעזר, חלק ז, סימן מח, פרק ח, אות ט; תיק (אזורי ירושלים) 2824/ל"ח פד"ר יא 259 (התשל"ט); מסעוד אלחדד "סירוב להתום על שטר בוררין בנוסח 'הן לדין הן לפשרה ע"פ דין'" שורת הדין ח תקכח (התשס"ג). וראו שם, בעמ' תקכט כי ערעור על פסק דין זה נדחה בבית הדין הגדול. ראו עוד יועזר אריאל **דיני בורות** עח, שיד (התשס"ה).

68 ראו שם, בעמ' שטז ושז.

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

70 ראו עוד חגי איזירר "אונסא דנפשיה" בממונות, בעונשין ובגיטין" שורת הדין ה רחצ, שא (התשנ"ט); אוריאל לביא **עטרת דבורה** ג 468 (התשפ"א).

לעניינים אחרים, ניתן להשלים עם הדבר. לגישתי, אין מדובר בחוסר הכרה עקרוני במערכת האזרחית, ובלבד שגם במקרה שבו מי מהצדדים יתעקש שלא להסכים להיעתר להחלת הדין האזרחי יחיל בית הדין ממילא את הדין האזרחי. כנגד זאת ניתן לטעון שמצב משפטי קבוע שבו בעלי הדין נותנים את הסכמתם לתחולתו של דין טריטוריאלי אשר חל עליהם ממילא, אינו מניח את הדעת, ובמיוחד משיקולי כיבוד הדין ומקומו של בית המשפט העליון ופסיקותיו,⁷¹ בערכאה ממלכתית בישראל.⁷² לפי גישה זו עצם הדרישה לקבל את הסכמת הצדדים להחלת דין אשר אמור לחול עליהם ממילא מדגיש את השקפתו העקרונית של בית הדין כי החוק אינו מחייב מכוחו אלא אם קיימת הסכמה של הצדדים אשר עומדים לפני בית הדין. והרי מבחינת בית הדין עצמו, גם אם הצדדים היו מסכימים להחלת דין זה אחר, היה בית הדין מסכים על פני הדברים להידרש לדין זה ולדון על פיו, ומשל אין דין טריטוריאלי מחייב.

אולם אשר לדיינים שאלמלא הסכמתם הספציפית של הצדדים שלפניהם להחיל את הדין האזרחי, אינם מוכנים הם לדון בתביעה שהוגשה אליהם, המצב אינו מניח את הדעת כל עיקר, ובמיוחד לאור הכלל העקרוני בדבר היעדר יכולתו של גורם שיפוטי להתפרק מסמכויותיו, אשר הוחל גם על בתי הדין הרבניים.⁷³ לעיל הוצג מקרה ובו בית הדין קבע שתובע המסרב להחלת הדין הדתי פועל בחוסר כנות המצדיק את ביטול כריכתו בהיותה לא כנה.⁷⁴ ואולם החלטת מבחני כנות הכריכה במקרה זה היא בבחינת תירוץ כדי להתחמק מהדין העיקרי והוא סירובו של בית הדין להכיר בכוחן המחייב של החקיקה ושל הפסיקה האזרחית, על כל המשמעות הנלווית לאי-הכרה זו מצד ערכאה שיפוטית הפועל מכוח חוק. בלשון אחרת, אין התקלה מצויה בהכרח במעשיו של בעל הדין אלא דווקא בבית הדין עצמו אשר אינו מוכן ליישם חוק שחל עליו ללא עוררין.

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

תהיה ההתייחסות לעמדה הפרגמטית אשר תהיה, היות שבפועל מביאה היא לכך שבית הדין פוסק לפי הדין האזרחי, אפשר היה להניח כי בית הדין יפסוק בכל מקרה ומקרה הנידון בפניו, לאחר קבלת הסכמת הצדדים, לפי הדין האזרחי. בעקבות זאת ממילא שאלת הערכאה הדנה ושאלת מרוץ הסמכויות הנלווה לה לכאורה אינן רלוונטיות בשל הזהות העקרונית בתוצאות. להלן אבקש לבחון אם אכן כך הוא, באמצעות כמה דוגמאות שכיחות. משמעותה של בחינה זו תהיה כפולה, הן בשאלה אם יש הבדלים מהותיים בין הערכאות השונות, דבר שלו חשיבות הן באשר לבעלי הדין ולבחירתם בערכאה אשר תידון בעניינם, והן כדי להבהיר אם ניתן להצביע על דין ישראלי אחיד החל בנושאים אלו, או שמא הדין עדיין הולך

71 ראו בג"ץ 9734/03 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נט(2) 295, 298 (2004).

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

73 ראו לעיל ה"ש 62; ס' 15(ד)(4) לחוק-יסוד: השפיטה – "לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם".

74 תיק 1263901/2, לעיל ה"ש 64.

אחר הדיין. משמעות שנייה לבחינה זו היא בשאלה אם הלכת בבלי אכן מיושמת בבתי הדין הרבניים אם לאו. מדובר בשאלות קרובות יחסית, שכאמור לעיל, לפי הלכת בבלי, בית הדין אינו מחויב להלכות בית המשפט העליון רק במישור העקרוני אלא גם ליישום נכון שלהן ולהגעה לתוצאה האזרחית הנכונה באותו המקרה (או לפחות בתוך מתחם האפשרויות הלגיטימיות). ודוק, עיקר מחויבותו של בית הדין לדין האזרחי הוא במישור היישומי, שכן כבר בהלכת בבלי נקבע שבית הדין יכול להסתמך גם על הדין הדתי הסתמכות מלאה, ובלבד שגייע לתוצאה שעולה בקנה אחד עם הדין האזרחי. משכך, ברור שגם כאשר בית הדין מיישם חוק אזרחי, עליו להגיע לתוצאה העולה בקנה אחד עם הדין האזרחי. לכן לא די בכך שניתן למצוא עיגון לשוני בחקיקה להכרעת בית הדין, אלא יש צורך שזו תעלה בקנה אחד עם כלל הדין האזרחי, לרבות הלכות בית המשפט העליון. אכן, ברי כי אין הכוונה שבהכרח לכל בעיה משפטית תשובה אחת נכונה, ועם זאת בבחינה דלהלן אפשר יהיה להצביע על מקרים שבהם בית הדין חורג ממתחם שיקול הדעת שניתן לייחס לו אלא אם מדובר בניסיון מכוון לא ליישם את הדין החל. מחויבותו של בית הדין לפרשנות שנקבעה בבית המשפט העליון (להבדיל ממחויבות בית הדין לחוק) נקבעה בפרשת בבלי, ומשכך, בכל המקרים דלהלן אתייחס ליישום או לאי-יישום של הלכת בבלי גם כאשר עסקינן בנורמה שמקורה בחקיקה, שכן פרשנות הנורמה החקיקתית נקבעת בפסיקה האזרחית.

ד. יישום הדין האזרחי בין כותלי בית הדין הרבני

כדי לבחון את שאלת יישום הדין האזרחי בין כותלי בית הדין הרבני בחתרי לבחון כמה סוגיות רכושיות המתעוררות בין כותלי בית הדין הרבני (הלכת השיתוף הספציפי, יישום סעיף 8 לחוק יחסי ממון, פסיקת ריבית והחזר מתנות). סוגיות אלו נבחרו משום שבית הדין נהנה בהן משיקול דעת רחב יחסית, לצד היותן סוגיות שאינן נדירות, ואפשר יהיה אפוא להצביע על מגמות בפסיקת בית הדין בסוגיות אלו.⁷⁵

1. שיתוף ספציפי

על פי הגישה המקובלת בהלכה הפסוקה,⁷⁶ חזקת השיתוף אינה מוסיפה לחול על בני זוג שנישאו לאחר שנת 1974 בד בבד עם הסדר איוון המשאבים הקבוע בחוק יחסי ממון.

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

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

משמעותם המעשית של דברים אלו באה לידי ביטוי בכמה וכמה סוגיות עקרוניות, אשר המרכזית שבהן היום היא מעמדו של נכס שהיה בבעלותו של אחד מבני הזוג טרם הנישואין, ובייחוד דירת המגורים. בפסיקה נקבע כי חזקת השיתוף פורסת את מצודתה גם על נכסים מעין אלו,⁷⁷ ואילו בחוק יחסי ממון נקבע כי נכסים שהושגו טרם הנישואין מוחרגים מתחולת החוק, שכן הם נכסים אשר לא נרכשו מכוח מאמץ משותף של בני הזוג. עם זאת ובלי שיש לדבר עיגון מפורש בחוק, בפסיקה הושאר פתח להכרה בזכויות בן הזוג האחד בנכסים הרשומים על שמו של בן הזוג השני ושהיו בבעלותו ערב הנישואין. הדבר נעשה על סמך ההלכות הקובעות שחוק יחסי ממון אינו מונע מבני הזוג לערוך עסקאות ביניהם, על שלל צורותיהן, ואף שלא בדרך הקבועה בחוק יחסי ממון, ובלבד שאלו לא יהיו צופות פני גירושין.⁷⁸ בהמשך לכך, במקרים מסוימים ניתן לראות כי כבר במהלך הנישואין התגבש שיתוף בין בני הזוג בנוגע לנכס מסוים אשר אינו מבוסס על חוק יחסי ממון אלא על דיני הקניין הרגילים הכלליים,⁷⁹ וממילא הוא אינו קשור לגירושי בני הזוג או להפעלת הסדר איזון המשאבים על בני הזוג. הלכה זו מכונה "הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי", שכן היא טובה לנכס ספציפי בלבד, בניגוד לחזקת השיתוף, אשר תחולתה היא על נכסים רבים יותר, ובלי צורך להוכיח שיתוף באשר לכל נכס ונכס.⁸⁰ גדריה המדויקים של הלכה זו לא נקבעו בבירור בבית המשפט העליון, ומנעד הדעות הוא די רחב. בקצה האחד מצויים הסוברים כי הלכת השיתוף הספציפי מכוח הדין הכללי הפכה כמעט לחזקה קניינית,⁸¹ בדומה מאוד לחזקת השיתוף. לעומתם, יש המצדדים בתחולה מצומצמת יחסית והמתנים את הלכת השיתוף הספציפי בקיומו של "דבר מה נוסף"

77 ע"א 1880/95 דרהם נ' דרהם, פ"ד (נ) 865 (1997); ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי, פ"ד מח(3) 685 (1994).

78 ע"א 169/83 (שרעבי) שי נ' (שרעבי) שי, פ"ד לט(3) 776 (1985); ע"א 1629/11 יצחקי נ' וכטר (נבו) (4.11.2012).

79 בחרתי במילה "שיתוף", שאינה מדויקת דיה, בכוונה, שכן המנגנון המשפטי הספציפי יכול להיבנות מכמה מוסדות משפטיים, אשר העיון בהם חורג מרשימה זו.

80 קשה לחלוק על כך שהלכה זו אינה מצויה בחוק יחסי ממון, אולם הלכה זו אינה בהכרח סותרת את הוראות החוק, כפי שנטען בפסיקת בתי הדין, שכן הוראות ס' 4 לחוק יחסי ממון מתייחסות אך לנישואין ולקיומם כשלעצמם, ואילו הלכת השיתוף הספציפי דורשת קיומו של דבר-מה נוסף על הנישואין עצמם כדי להכיר בשיתוף. עוד יש לשים לב שהמחוקק לא נקט את הלשון ההחלטית ביותר האפשרית בכל הנוגע לשלילת זכויות המבוססות על הלכות בית המשפט העליון. והשוו לסי' 161 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, אשר כותרתו ותוכנו מבטאים באופן ברור יותר את רצון המחוקק לשלול את הזכויות שביושר האנגליות שנהגו טרם חקיקתו. הוראה כזו לא קיימת בחוק יחסי ממון. בכל הנוגע לסי' 5(א) לחוק יחסי ממון, הרי שלפי ההלכות שהובאו בה"ש 78 לעיל, בידי בני הזוג להעניק זה לזה נכסים במהלך חיי הנישואין, גם שלא בדרך חוק יחסי ממון. כתוצאה מכך הדבר ייחשב לנכס ששותף עוד קודם לכן בין בני הזוג, ועוד טרם הגיע מועד איזון המשאבים, ולכן אין מדובר בסתירה לסעיף זה (ע"א 11120/07 שמחוני נ' בנק הפועלים, פס' כג לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 28.12.2009); ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ, פס' 24 לפסק הדין של השופט עמית (נבו) (19.7.2020).

81 ראו הלכת בן גיאת, שם; ע"א 4298/18 מנהל מיסוי מקרקעין ת"א נ' בלנק, פס' 23 לפסק דינו של השופט גרוסקופף (נבו) 20.4.2021).

כדי להוכיח את השיתוף שנעשה בין בני הזוג בנוגע לנכס המריבה.⁸² יודגש כי בכל הנוגע לדירת מגורים, הרף הראייתי הדרוש נמוך יחסית, לכל הדעות, כאשר די לעיתים בהתנהלותם הכללית של בני הזוג (הרמוניה בין בני הזוג לצד התנהלות כלכלית משותפת) כדי להכיר בשיתוף בין בני הזוג בכל הנוגע לדירת המגורים או בראייה חיובית כלשהי לצורך הכרה בשיתוף, גם אם נסיבתית.⁸³

נושא הלכת השיתוף הספציפי ויישומה בבית הדין התעורר לאחרונה בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 4602/13 אשר ענייניו התגלגל לדיון נוסף.⁸⁵ פרשה זו התפרסמה בעיקרה בשל השאלה אם הקביעה שלפיה שיתוף ספציפי מתבטל במקרה של אינאמנות מינית (מצד בן הזוג הלא רשום) סותרת את פסיקת בית המשפט העליון בנושא אם לאו.⁸⁶ אין בכוונתי לעסוק ברשימה זו בנושא זה אלא אבקש להידרש לשאלה כללית יותר והיא יישומה של הלכת השיתוף הספציפי בין כותלי בית הדין. ובמילים אחרות, האם בית הדין הרבני הגדול היה מאשר את פסק דינו של בית הדין האזורי, הקובע כי מתקיים שיתוף ספציפי גם אם לא הייתה עולה טענה בדבר היעדר נאמנות מינית? והאם בית המשפט העליון היה מתערב בפסק דין שכזה?

עיון בפסק הדין הראשון של בית המשפט העליון מגלה כי ככל הנראה אלמלא עלה עניין הנאמנות המינית, לא היה בית המשפט העליון קובע כלל דיון בעתירה ואף שוקל להתערב בפסק הדין.⁸⁷ נראה שגורלו היה נגזר ככל אותם פסקי דין קצרים הדוחים עתירות נגד בית הדין הרבני בטענה להיעדר יישום הלכת השיתוף הספציפי, בקביעה שבית המשפט העליון אינו יושב כערכאת ערעור על בתי הדין הרבניים.⁸⁸ אלא שעניין הנאמנות המינית שעלה בבית הדין הרבני הגדול הביא את חברי ההרכב המקורי להידרש לעניין זה, והדבר הוביל למתן פסק דין חשוב ורחב יותר. במסגרת הדיון הנוסף שהתקיים באותה פרשה נדרשה הנשיאה חיות גם לעניין הנאמנות המינית, אך זאת לצד התייחסותה לפרשנות המצמצמת ביותר שניתנה להלכת השיתוף הספציפי בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, אשר סותרת את הכללים שנקבעו בפסיקה בעניין. עם זאת בפסק דינה של הנשיאה חיות נקבע שאלמלא עניין הנאמנות המינית ספק אם גם לדעתה היה להתערב בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, וכל שכן לעניין הסכמתה לקיומו של דיון נוסף. לדבריה, צירופם של שני גורמים "האופן השגוי שבו פורשה הלכת השיתוף הספציפי, לצד מתן משקל לסוגיית

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

83 ראו רע"א 8672/00 אבו רומי נ' אבו רומי, פ"ד נו(6) 175, 183 (2002); הלכת בן גיאת, לעיל ה"ש 80, בפס' 13 לפסק הדין של השופט עמית ובפס' 5 לפסק הדין של השופט פוגלמן; הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47, בפס' 33 לפסק הדין של הנשיאה חיות; שחר ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים: אוטונומיה ו'משילות' בעקבות בג"ץ 4602/13 עיוני משפט מג 5, 58-50 (2020) (להלן: ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים").

84 בג"ץ 4602/13 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה (נבו) 18.11.2018.

85 הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47.

86 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים", לעיל ה"ש 83; דגן והקר, לעיל ה"ש 76.

87 בג"ץ 4602/13, לעיל ה"ש 84, בפס' 7 לפסק הדין של השופט עמית.

88 ראו לדוגמה בג"ץ 181/22 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו) 3.4.2022; בג"ץ 5803/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו) 15.9.2019.

הבגידה – אינה עולה בקנה אחד עם הדין האזרחי ומקימה עילה להתערבותנו במקרה הנדון".⁸⁹

ואכן, ניתוח פסק דינו של בית הדין הגדול מגלה לדעתי כי אף בהתעלם מעניין הנאמנות המינית לא היה בית הדין מוכן לזכות את האישה בחלקה שבבית המריבה. ניתן ללמוד דברים אלו הן מדברי הרב עמוס, אשר טרח לצאת נגד דין אחר שניסה ליישב את ההלכה היהודית עם הלכת השיתוף הספציפי, וכתב שלא ניתן ליישב את ההלכה עם הפסיקה האזרחית בנושא זה, ואף לא ראוי לעשות כן. תמצית עמדתו של הרב עמוס היא זו: "ודאי כל המושג של כוונת שיתוף נגד ההלכה... וקשה לומר עליה כי זה מנהג המדינה... ולכן משניתנה לביה"ד והושתה עליו החובה לפסוק על פי החוק או על פי תקדימי פסיקה, הרי שפרשנותו שלו הינה שוות ערך לפרשנות כל ערכאה משפטית אחרת, ומאחר וביה"ד פוסק על פי המשפט העברי הרי שבהכרח פרשנותו תהיה כפופה לדין העברי".⁹⁰ דברים אלו של הדיין מלמדים עד כמה דעתו לא נוחה מהלכת השיתוף הספציפי. אף ברמה ההצהרתית הוא מבכר מתן פרשנות עצמאית לדיני הקניין הישראליים שמאינת כמובן את הלכת השיתוף הספציפי, אשר תחולתה רחבה מגדרי הפרשנות שנותן בית הדין לדיני הקניין הישראליים. כדי להמחיש עד כמה עמדתו של הרב עמוס אינה נוחה עם הלכת השיתוף הספציפי, ועד כמה לא לגיטימי בעיניו להכיר בה, ניתן להפנות להרצאה שהוא נשא בכינוס הדיינים השנתי.⁹¹ בהרצאתו הוא ביטא את דעתו באופן ברור עוד יותר, בדברו על אותו המקרה שהגיע לבסוף לדין הנוסף.⁹² במסגרת דבריו הביע הרב עמוס את פליאתו מהעובדה שיש דיינים שמוכנים לתת את מלוא המשקל לפסיקה האזרחית וליישמה כמקובל במערכת האזרחית, כאשר ניכר שהדברים מכוונים לדייני בית הדין האזורי (אשר פסקו כי התגבש שיתוף ספציפי באותן הנסיבות). ואומנם, כפי שנכתב לעיל, פסיקה כזאת היא אכן נדירה בין כותלי בית הדין הרבני: "הוגש הערעור שנדון בפנינו כתבו תלמידי חכמים, באמת תלמידי חכמים, והייתי צריך להסתכל שלוש פעמים אם באמת הם שכתבו אותו. בפסק הדין מובאים המקרה והטענות, מצוטטים שלושה בג"צים, וכותבים 'נפסק להלכה'. זה מה שהיה ותו לא. חוקית הם צודקים ב'מאה אחוז'. אבל אנחנו יודעים שעל פי הדין העברי אם אדם ירש ירושה – היא שייכת לו, שלא כמו לפי הפסיקה החדשה שבהתקיים 'כוונת שיתוף' בנכס ייחודי... תמוה מאוד שבית הדין האזורי כותב את העובדות ואת הטענות ומעתיק את דברי בג"ץ ותו לא".⁹³ המסר מהדברים ברור, וכל שכן כאשר נאמרים הם בפומבי, במהלך הכינוס השנתי של דייני בית הדין הרבני. לאחר דברים חריפים אלו הזכיר הרב עמוס דיינים אשר פועלים בדרך הפוכה לחלוטין, ופסקי דינם מבקשים להתעלם לחלוטין מהדין האזרחי. לדבריו: "אלה עושים כך ואלה עושים כך. בגלל זה החלטתי לדבר על נושא זה".

89 הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47, בפס' 47 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

90 תיק (גדול) 1073676/1 (נבו 27.7.2017).

91 מיכאל עמוס "כוונת שיתוף ייחודי (ספציפי) התפתחותה המשפטית ומעמדה ההלכתי" כנס הדיינים התשע"ז 543 (2018).

92 שם, בעמ' 553 מזכיר הרב עמוס את אותן העובדות.

93 ראו להלן ה"ש 97.

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

נדמה שדברים אלו מדברים בעד עצמם ומבטאים בצורה הברורה ביותר כי הדיון בדיון האזרחי איננו נעשה מתוך מטרה כנה של הוצאת הדין לאמיתו. ההפך הוא הנכון, הדיון נערך מתוך מטרה ברורה שלא ליישם את הדין האזרחי, אלא שנוכח הביקורת השיפוטית יש לעשות זאת בצורה "חכמה". נוסף על כך כאמור אותם דיינים אשר פעלו לפי ההלכות המשפטיות זוכים לגינוי פומבי שלו, הגם שזה מה שהם היו אמורים לעשות נוכח הלכת בבלי. כפי שאראה להלן, קבלת טענה לשיתוף ספציפי על ידי בית הדין היא תופעה נדירה, ולכן אין אלא להניח שהדברים שאותם אמר הרב עמוס בעל פה נעשים גם בידי דיינים רבים אחרים, גם אם לא במוצהר.

אם נחזור לפסק הדין מושא הדיון הנוסף, גם הדיין השני בהרכב, הרב נהרי, כתב בפסק הדין שכדי ליישם את הלכת השיתוף הספציפי "על בית הדין לנהוג באמות מידה מחמירות להוכחות כוונת שיתוף הבנויה על הפסיקה האזרחית"⁹⁴ ודוק, הרב נהרי נתן משקל גדול לכך שמדובר בהלכה משפטית המבוססת על הפסיקה, כדי להורות שיש לבחור באמות מידה מחמירות הגם שמדובר בשיקול שהוא כשלעצמו לא רלוונטי. מקור הנורמה אינו עילה לפרשה בצמצום או בהרחבה, ובמיוחד בשעה שבפסיקה נקבע שיש צורך באמות מידה מקילות בנוגע להחלת הלכת השיתוף הספציפי בעניין בית המגורים. הרב עמוס, שהיה אחד מחברי ההרכב, לא נדרש בפסק דינו לעניין זה, אך בהרצאה שנתן כתב דברים דומים: "לכוונת שיתוף אין יסוד בחוק אלא בפסיקה, מדובר בתהליך שהתפתח בפסיקת בתי המשפט, ויש לזה נפקות גדולה"⁹⁵ כאשר נראה שכוונת הדברים זהה.

דברים אלו מצטרפים לפסק דין אחר של בית הדין הגדול, אשר דן בתיק אחר של שיתוף ספציפי,⁹⁶ ובו אחד מחברי ההרכב (הרב ציון לוז) ניסה לבסס הלכתית את הלכת השיתוף

94 תיק (גדול) 1073676/1, לעיל ה"ש 90.

95 עמוס, לעיל ה"ש 91, בעמ' 544.

96 תיק (גדול) 842067/5 (נבו) 29.5.2017.

הספציפי. ואולם מסקנתו של הרב לוז היא שההלכה היהודית "אינה שוללת לחלוטין את קיומו של ההיגיון שעומד מאחורי השיתוף הספציפי אלא מצמצמת אותו מאוד", ולכן מבחינה תוצאתית הדיין מגיע למסקנה בדבר תחולה מצומצמת ביותר להלכה זו. והדברים מוצאים ביטויים במפורש בדבריו של הרב לוז: "לאור האמור, ייתכן בהחלט שישנם מצבים שבהם ניתן לאמור את דעתו של בעל הנכס המקורי באומדנא ברורה ומוחלטת הנשענת על נסיבות מיוחדות, שבכוונתו לשתף בשיתוף קנייני את הצד השני, והעדרו של מעשה הקניין כשלעצמו לא ימנע את השיתוף הקנייני, וכאמור. אולם, הגורמים המצוינים בפסיקה האזרחית הרווחת, לענ"ד אין בהם בלבד כדי לגבש אומדנא ברורה ומוחלטת לשיתוף קנייני". והרי לנו שאף דיין אשר מוצא את התשתית ההלכתית להכרה בשיתוף הספציפי מודה כי יישומו יהיה מחמיר פי כמה מהפסיקה האזרחית, הגם שמדובר בפסיקה אשר הוא מחויב אליה ללא כל ספק מכוח הלכת בבלי. לפיכך לא מפתיע לגלות כי אף הייעוץ המשפטי של הנהלת בתי הדין הרבניים, הנהנה מגישה לפסקי דין שלא פורסמו, אישר כי פסיקת שיתוף ספציפי בין כותלי בית הדין היא דבר נדיר ביותר,⁹⁷ מה שמוכיח כי אין מדובר בקביעות של דינים מסוימים בלבד אלא בגישה מערכתית של אי-יישום הלכת השיתוף הספציפי באמצעות רף ראייתי גבוה במיוחד, הסותר לחלוטין את ההלכות האזרחיות בסוגיה (כשעסקינן בדירת מגורים).

את המניע להתנגדות להלכת השיתוף הספציפי ניתן למצוא בפסק דין אחר,⁹⁸ שבו אוזכרה בקצרה הבעייתיות שבית הדין רואה בהלכה זו. בפסק הדין נכתב: "יש לדון באופן עקרוני בשאלת כוונת השיתוף הספציפי, כי מעת שנקבע בחוק איזון משאבים, ועל פי ההלכה יש מקור לכך, היות שהזוג נישא על דעת כן, אבל יש מקום לומר שאין לך בו אלא חידושו והבו דלא להוסיף עלה".⁹⁹ ובמילים אחרות, בית הדין אינו מכיר בתוקפם המחייב של תקדימי בית המשפט העליון (בניגוד להכרה בחוק יחסי ממון), בניגוד להלכת בבלי. עם זאת הדרך להתמודד עם הרצון שלא ליישם את הלכות בית המשפט העליון בעניין אינה יכולה להיות מבוססת על היעדר הכרה מפורשת בפסיקה המחייבת בנושא זה, שכן ברי כי פסק דין כזה לא יעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. על כן בית הדין נוקט פתרון לעומתי פחות שמביא לאותה תוצאה, באמצעות הצהרה בדבר הכרה עקרונית בפסיקה האזרחית. ואולם הוא מביא בפועל לאיונה של פסיקה זו באמצעים מתוחכמים יותר, המקשים הפעלת ביקורת שיפוטית בנושא באמצעות הקשחת התנאים הדרושים והעלאת הרף הראייתי, גם אם אלו מוגבהים לגבהים שבפועל כמעט מאיינים את האפשרות להכיר בשיתוף ספציפי, וכפי שאכן קורה בפועל.¹⁰⁰

97 ראו דגן והקר, לעיל ה"ש 76, בעמ' 521, שבו צוין כי לא ידוע כלל על מקרים כאלו. ואולם ראו תיק (גדול) 809633/3 (נבו 9.9.2019); תיק (גדול) 1076746/2 (נבו 23.10.2018); תיק (אזורי צפת) 618323/7 (נבו 4.1.2021).

98 תיק (גדול) 883179/2 (נבו 28.11.2016). ראו בדומה תיק (אזורי ת"א) 369722/3 (נבו 31.5.2016).

99 בעברית – תנו שלא להוסיף עליה. וראו נחום רקובר **ניבי התלמוד** 111 (1990): "תנו לדין זה פרשנות מצמצמת", כאשר הכוונה בהקשר המצוטט היא שניתן לתת תוקף מסוים, מבחינה הלכתית, לחוק יחסי ממון, אך לא כך הוא כאשר לפסיקת בית המשפט העליון שאין לה בסיס בחוק.

100 בהקשר זה מעניין שגם בפסק הדין של בית הדין האזורי שבו עסק הדיון הנוסף נקטה לשון משונה במקצת, ולפיה: "בית הדין אינו מוצא עילה או אפשרות שלא לחלוק את בית המגורים בין הצדדים",

יתרה מזו, בפסק דין שנתן בית המשפט העליון בשנת 2011, והיה אחד מהראשונים שעסקו בעתירה נגד בית הדין בעניין הלכת השיתוף הספציפי, קבע בית המשפט העליון שאין עילה להתערבותו לאחר שבית המשפט עצמו התרשם שלא התקיימו התנאים המצדיקים החלת הלכה זו. ואולם בתוך דבריו מצא בית המשפט לנכון לציין: "אין מדובר איפוא במצב בו בית הדין הרבני התעלם מהלכה שנקבעה בבתי המשפט האזרחיים, וממילא לא קמה עילת להתערבות שיפוטית בהכרעתו".¹⁰¹ נדמה שדברים אלו הופנמו בבתי הדין הרבניים כפתרון כדי לא ליישם את הדין האזרחי בסוגיה – התייחסות להלכה המשפטית – אך תוך כדי קביעה מתמדת שאין ליישמה. זאת ועוד, בית המשפט העליון הוסיף כי בית הדין האזורי ציין בדבריו כי "ישנו קושי לראות בפסיקה משום מנהג מדינה", ובדומה לדברים שהובאו לעיל מפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול.¹⁰² ואולם חרף משמעותם של דברים אלו בדבר הנכונות ליישם את ההלכה המשפטית בית המשפט אך מוצא לנכון להעיר שלא כך הוא, וכי "עלינו להידרש לפסיקת בית המשפט כנתינתה במקום שהיא מחייבת על פי המשפט הנוהג",¹⁰³ כלומר הידרשות בית הדין למקורה של הנורמה (פסיקה ולא חקיקה) נעדרת אחיזה בדין, אך בזאת הוא מסתפק. בתי הדין קיבלו את רישת דבריו של בית המשפט העליון בדבר החובה לערוך דיון כלשהו בדין האזרחי, וכפי שאף ציין הרב עמוס בהרצאתו, אך לא את סיפת דבריו של בית המשפט העליון בדבר היעדר רלוונטיות כלשהי לשאלת מקורה של הנורמה.

מכל האמור בפרק זה יוצא כי שאלת מרוץ הסמכויות רלוונטית למקרים הנוגעים להלכת השיתוף הספציפי באופן מיוחד בשל חשיבותו הרבה לעניין סיכויי התביעה בכל אחת מהערכאות. מבחינה עיונית אני מבקש להסתייג מדבריו של וסטרייך שלפיהם בית הדין מקבל את הלכת השיתוף הספציפי, אלא שהוא מיישמה בצמצום ובמסגרת מנעד שיקול הדעת הלגיטימי המסור לכל ערכאה.¹⁰⁴ האמור לעיל מלמד כי לא כך הוא, אלא שבית הדין יודע את מקומו בהיררכיה השיפוטית, ומשכך, במלחמה חסרת תוחלת, אשר יכולה להביא לצמצום מהותי של סמכות בית הדין, בוחר הוא לנהל את מאבקו בדין האזרחי בצורה חכמה יותר, של מראית עין להחלת הדין, אך בלי כל משמעות מעשית. זאת בשל ההתנגדות העקרונית של בתי הדין להלכה זו כאשר הסטייה המובהקת מהלכת בבלי, נוסף על שקילת שיקולי נאמנות מינית, הם בדמות הצהרת בית הדין על יישום מחמיר ביותר של הלכה זו אף כשמדובר בדירת מגורים, ובדמות דרישה ראייתית גבוהה ביותר לצורך הכרה בשיתוף בין בני הזוג בדירת המגורים, ובניגוד לפסיקה שנקבעה בבית המשפט העליון שלפיה יש צורך ברף ראייתי קל ביותר כשבדירת מגורים עסקינן.¹⁰⁵ גם המקרים היחידים שבהם בית הדין הסכים ליישם הלכה זו הם מקרים מובהקים במיוחד, אשר ניתן להחיל עליהם, בפרפרזה, את הביטוי "חלל עליו שבת אחד, כדי שישמור שבתות הרבה" (במקרים המעטים שפורסמו

אשר יכולה ללמד על הכרה בשיתוף רק בשל חוסר ברירה מוחלט (צוטט בהלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47, בפס' 5 לפסק הדין של הנשיאה חיות), וכפי שאכן קרה בסופו של דבר.

101 בג"ץ 2533/11 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 2 (נבו 26.10.2011).

102 ראו לעיל ליד ה"ש 90.

103 בג"ץ 2533/11, לעיל ה"ש 101, בפס' ח.

104 וסטרייך, לעיל ה"ש 17, בפרק ב.3.

105 ראו לעיל ה"ש 83.

עמדו לזכות האישה מסמכים בכתב שבהם הצהיר בן זוגה על שיתוף עימה, או ראייה חד-משמעית דומה,¹⁰⁶ ובניגוד למצב השכיח שבו אין ראיות מפורשות עד כדי כך אלא ראיות נסיבתיות (שונות).¹⁰⁷ ניתן לשער כי במקרים אלה בית הדין מחיל את הדין האזורי מתוך חשש שאם לא יעשה כן ומקרים אלו יגיעו לבית המשפט העליון, ימצא בית המשפט לנכון להתערב בפסקי דין אלו, וכדי לחסוך קביעת הלכות נוספות נגד בית הדין. גם תפיסה פסימית פחות של מהלכי בית הדין אינה מאפשרת לקבוע שכלל בתי הדין מסכימים ליישם את הלכת השיתוף הספציפי נוכח ההצהרות המפורשות שניתנו בנושא, כפי שהובאו לעיל.

2. סעיף 8 לחוק יחסי ממון

חוק יחסי ממון מאפשר לערכאה שדנה בחלוקת הרכוש לחרוג מהסדר ברירת המחדל הקבוע בחוק, ובכלל זה להכריע כי החלוקה לא תהיה שווה אלא ביחס אחר.¹⁰⁸ נוסף על כך החוק מאפשר לקבוע שאיזון המשאבים "לא יתייחס לנכסים שהיו לבני הזוג במועד איזון המשאבים אלא לנכסים שהיו להם במועד מוקדם יותר", ובלבד שמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות לעשות כן. מלבד נסיבה אחת, המתייחסת לכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג, המחוקק אינו מפרט נסיבות אחרות כאלו, וכך מבחינת לשון המחוקק, לערכאה השיפוטית שיקול דעת רחב מאוד בסוגיה זו.¹⁰⁹ עם זאת בית המשפט העליון קבע שאין להורות על חלוקה לא שוויונית כנגד בן הזוג אשר הסיבה לגירושין מוטלת לפתחו, לרבות במקרה של אי-נאמנות מינית.¹¹⁰

בכל הנוגע לשאלת ההתחשבות בכושר ההשתכרות העתידי, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע שהלכת השיתוף (החלה על זוגות שנישאו טרם 1974) חלה גם על נכסי קריירה, כושר השתכרות ומוניטין אישי. בכל הנוגע לבני זוג שחוק יחסי ממון חל עליהם, המצב מורכב יותר, שכן המחוקק התייחס לנושאים אלו רק בסעיף 8 לחוק, בתיקון החוק שנעשה לאחר פסיקתו זו של בית המשפט העליון.¹¹¹ לפיכך עולה השאלה אם יש לראות, באשר לזוגות שחוק יחסי ממון חל עליהם, את כושר ההשתכרות נכס ככל הנכסים אשר ייכלל במסת הנכסים בני האיזון, או שמא ניתן להתחשב בכושר ההשתכרות רק כשיקול לחלוקה לא שוויונית של שאר נכסי בני הזוג, ובלי שניתן לחלק את כושר ההשתכרות עצמו. פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה בנושא זה לא הייתה עקבית במיוחד, ועם זאת ניתן

106 ראו לעיל ה"ש 97.

107 פסק דין שמכיר במידת מה בהלכת השיתוף הספציפי הוא תיק (אזורי נתניה) 293221/2 (נבו 18.5.2014), אולם עיון בפסק דין מגלה כי מדובר בהכרה למראית עין בלבד, שכן באותו המקרה על אף ראיות נסיבתיות רבות קבע בית הדין כי האישה תהיה זכאית לקבל מחצית משווי של הבית המשותף אך בלא ערך הקרקע. מסקנה זו שאליה הגיע בית הדין סותרת מיניה וביה את הלכת השיתוף הספציפי, שכן אם נקבע שיש שיתוף במבנה, הרי שבהכרח התגבש שיתוף בכל הנכס.

108 ס' 2(8) לחוק יחסי ממון.

109 ס' 4(8) לחוק יחסי ממון.

110 הלכת 8928/06, לעיל ה"ש 49; בע"מ 7272/10 פלונית נ' פלוני, בפס' 5-6 לפסק הדין של השופט מלצר ובפס' 39 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו 7.1.2014); וראו עוד שם על מקרה של אלימות קשה כמצדיקה חלוקה לא שוויונית של הרכוש בין בני הזוג.

111 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66 (2007).

לרכיב זה משקל בפסקי דין של בתי המשפט האזרחיים בכל אחת מהדרכים שהוצגו לעיל, ואולם מנעד הדעות רחב בשל העובדה שאין הכרעה של בית המשפט העליון בסוגיה.¹¹² מכיוון שבעניין כושר ההשתכרות אין הלכה מחייבת של בית המשפט העליון, קשה יהיה להגדיר את פעולות בית הדין בנושא זה כהתעלמות מהלכת בבלי. עם זאת מצאתי לנכון להידרש לעניין זה, משלושה נימוקים: האחד, כדי להציג את ההבדלים בין פסיקת בתי המשפט לענייני משפחה לפסיקת בתי הדין הרבניים, וכדי לשקף כי במצב הנוהג כיום יש משמעות רבה לערכאה אשר תידון בסוגיה, ואף יותר מכל סוגיה אחרת, בהתחשב בעובדה שאין הלכה מחייבת בנושא; שנית, דיון בית הדין בנושא יוכל להציג את השקפתו בדבר חוק יחסי מומן בכללו ובדבר עקרון המאמץ המשותף שהמחוקק ביקש לבטא. נוסף על זה, הדיון בנושא זה יהיה מנוגד לדיון על הקדמת מועד הקרע, כפי שייעשה בחלק השני של פרק זה, וכדי להראות שבית הדין מפרש אחרת את אותן הוראות חוק כדי להגיע לתוצאה הנראית לו נכונה מבחינה הלכתית.

מעיון בפסיקת בתי הדין ניתן למצוא ככלל התנגדות חריפה להתחשבות כלשהי בכושר ההשתכרות (יודגש שהדברים אינם מכוונים למוניטין עסקי).¹¹³ את ההתנגדות העקרונית להלכות הנוגעות לכושר ההשתכרות ניתן למצוא כבר בדברים שכתב הרב דיכובסקי, אשר ידוע דווקא בהסכמתו העקרונית להכרה בדין האזרחי, ובלשונו: "לא סוד הוא שבתי המשפט לענייני משפחה הרחיבו מאוד את הנכסים המתחלקים, וכוללים בזה גם מוניטין שרכש האדם בתקופת נישואיו, זכויות סוציאליות ועוד. יתכן שחלוקת הזכויות הסוציאליות מוצדקת מבחינת ההלכה, שכן מדובר ב'משכורת דחוייה', ואם יש הצדקה לחלק השתכרות נוכחית, יש הצדקה גם לחלק משכורת דחוייה. אולם קשה לי מאוד לקבל חלוקת מוניטין, שהם סגולות אישיות של האדם".¹¹⁴ דבריו אלו של הרב דיכובסקי התקבלו בבתי הדין הרבניים (גם לאחר תיקון החוק בנושא).

פסק הדין המוקדם והמרכזי בעניין זה הוא פסק דין מאת בית הדין האזורי בנתניה,¹¹⁵ אשר נראה כי הוא אשר התווה את הגישה הרווחת בבתי הדין הרבניים לנושא זה. פסק דינו של בית הדין מפרט באריכות את עמדת ההלכה כלפי תביעה בעניין כושר השתכרות, ומגיע למסקנה כי לא ניתן לשתף את בן הזוג הביתי בנכסים אלו. עמדת אב בית הדין, הרב עמוס, הובעה בצורה חד-משמעית:

112 ראו תלה"מ (משפחה ת"א) 39096-01-20 ד.ש נ' ש.ש (נבו 3.3.2021); ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 279.

113 ראו תיק (אזורי חי') 4654-24-1 (נבו 18.3.2010), אשר עמד על הבחנה זו שבין מוניטין אישי למוניטין עסקי.

114 שלמה דיכובסקי **לב שומע לשלמה** חלק א עמוד יט (התשע"ד). והשוו לתיק (גדול) 1687-24-1 (נבו 2.9.2007), שבו הרב דיכובסקי מזכיר כי חלוקת הרכוש כוללת גם את חלוקת המוניטין האישי, אך נדמה שהדברים מובאים כתיאור למצב הדברים בבית המשפט האזרחי.

115 תיק (אזורי נתניה) 824780/2 (נבו 27.6.2012). אותו ההרכב נדרש לנושא זה בקצרה גם בתיק 275858/11 (נבו 6.5.2010). הצדדים לא העלו טיעון זה, ונדמה שמשכך הדיון בנושא קצר. הטענה המרכזית נגד התחשבות ברכיב זה התבססה על הנימוק שלפיו ההלכה אינה מכירה בנכסים כגון אלו. דעת המיעוט, מאת הרב ינאי, הייתה נכונה להתחשב חלקית ברכיב זה, באמצעות הקדמת מועד הקרע, באופן שייטיב עם בן הזוג שלא צבר מוניטין במהלך הנישואין, אך דעת הרוב דחתה את הדברים מכול וכול.

יש לבאר בפשטות כי על פי הדין האישי – קרי על פי הלכה ב"חושן משפט" ו"אבן העזר" – הרי שהטענה כי האשה השקיעה מזמנה ומכוחה בהחזקתו וניהולו של הבית, טיפוחו, גידול הילדים, חינוכם וטיפולם הפיזי והרוחני ובכך הקדישה מזמנה לאב ושוב לא יכלה להתקדם ולהתפתח כפי שאפשרה לאב – מעוררת תמיהה. הרי אלו דברים שהאשה חייבת בהם מעיקר הדין וזו היא דרך החיים על פי הדין האישי – וכנגדם יש חיובים רבים על האיש שבהם זוכה האשה. כל אחד מבני הזוג משקיע כפי כוחו את אשר הוא חייב לקיומו של התא המשפחתי... מבוואר דכנגד מלאכות שעושה האשה בבית ובגידול הילדים זוכה האשה לביטחון כלכלי ורוגע נפשי ואינה צריכה לדאוג, לא לפרנסתה, לא לפרנסת ביתה, לא למדורה, לא לכסותה ולא לתמרוקיה אלא יושבת בביתה בבטחה וגם לאחר מות בעלה עדיין בטחונה הכלכלי קיים, גם מדור ומזונות. וכל כבודה בת מלך פנימה. אם כן לפי זה ודאי שלא ניתן לחייב את הגרוש בתשלום עבור עבודה שיעשה אחר שיתגרש אף שעבודה זו או מקצוע זה או מיומנות זו נרכשו בהיותו נשוי בזמן שהאשה טיפלה בביתה ובילדיה, שהרי עבור זה כבר קיבלה שכר בעודה נשואה.

עוד מתייחס אב בית הדין לטענה שלפיה מעמדן הכלכלי של נשים יורד במידה רבה לאחר הגירושין, אך דוחה אותה בכך שיש בידי האישה לקבל את הכתובה או פיצויי גירושין במקרים המתאימים לכך.¹¹⁶ ואולם לדעתו אין מקום לפיצויי גירושין כאשר בת הזוג מקבלת את זכויותיה לפי הסדר איזון המשאבים (הנכסים שאין מחלוקת על תחולת הסדר איזון המשאבים עליהם), ולכן בפועל לא תקבל האישה דבר בגין רכיב זה.

חברו להרכב, הרב ינאי, עורך בחוות דעתו ניתוח הלכתי בסוגיית כושר ההשתכרות, וקובע כי ההלכה אינה מכירה בנכס זה כל עיקר בהיותה "דבר שאין בו ממש",¹¹⁷ לצד הקביעה שלפיה "גם מנהג המדינה, סיטומתא או דינא דמלכותא – אינן קיימות בכושר השתכרות מאחר שלא מדובר בנכס סחיר הנמכר בשוק. אין בו מסחר ואין לו שוק". נראה שדברים אלו בעניין הדין האזרחי אינם נכונים, שכן כושר השתכרות עתידי כן מוכר כזכות כלכלית לצרכים שונים, ובראשם לפי דיני הנזיקין אשר נותנים משקל של ממש לרכיבים מעין אלו. לאחר הקביעה שההלכה אינה מכירה בנכס זה דן הרב ינאי בשאלה אם יש להורות על חלוקת כושר ההשתכרות עם הגירושין אף אם יקבע כי מדובר בנכס שיש בו

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

117 על "דבר שאין בו ממש" ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך ו תרג, תרו (התשמ"ז).

ממש. מסקנתו של הרב ינאי היא שלילית: "השותפות איננה אינן-סופית. בדרך כלל השותפים קובעים מראש וקוצבים את תקופת השיתוף שלהם, ואם לא עשו כן – ישנן הלכות ברורות מתי וכיצד ניתן לפרק את השותפות. באם ניצור כאן הקבלה לדין האישי ולמוניטין האישי – ברור כי שיתוף של בני הזוג מסתיים ברגע מסירת הגט מהבעל לידי האשה. הגט הוא סוף פסוק וסוף שיתוף. גם אם נרצה להכיר בדרך כלשהיא בבני זוג כשותפים לכל דבר (=כמובן מכוח חוק יחסי ממון או מנהג המדינה ושלא לפי הדין העברי בטירתו שקובע שמעשי ידי האשה לבעל ולא להיפך) – ולצורך העניין גם במוניטין האישי – בשעבוד כושר השתכרות ההדדי של שני בני הזוג זה לזה – הרי שהשיתוף הזה נפסק באחת, במסירת הגט. הגט כורת באחת את קשר הנישואין וממילא גם את השתעבדות כושר ההשתכרות ההדדית, אם בכלל הייתה כזו" דבריו אלו של הרב ינאי הם בבחינת אנטיזה לכל חוק יחסי ממון,¹¹⁸ שכן כל עיקרו של החוק הוא דווקא הכרה בכך שיש להכיר בזכויות בן הזוג החלש רק לאחר הפרדה, וכי בעת הגירושין יש לחלק את הרכוש המשותף ולא להשאירו אצל בן הזוג החזק כלכלית.

בשל דברים אלו לא מפתיע לראות כי בית הדין קורא את תיקון סעיף 8 לחוק כהסדר שלילי מבחינת ההכרה בו כרכיב בר איזון מכוח סעיף 5 לחוק, ולכן אין מדובר בנכס אשר יש להתחשב בו כשלעצמו אלא רק כנכס שיש בו כדי להשפיע על אופן חלוקת שאר הרכוש.¹¹⁹ אך גם בעניין יישום סעיף 8 קובע בית הדין כי אין להשתמש בו מהטעם ש"הצדקה לחלוקה לא שוויונית מתוך התחשבות בפער ההשתכרות בין בני הזוג תהיה אולי מוצדקת כאשר בני הזוג לא צברו נכסים משמעותיים במהלך הנישואין, והפגיעה בצד הכלכלי החלש במקרה שכזה תהיה קשה במידה העולה על סביר. במקרה שכזה ייתכן שיש מקום לשקול את הפגיעה הקשה שעלולה להיגרם לבן הזוג החלש כלכלית".¹²⁰

דבריו אלו של בית הדין עולים כדי הכרה כלשהי בכושר ההשתכרות, ואולם מכיוון שהאשה קיבלה כבר מחצית מכל הרכוש בעין שצברו הצדדים, וכן תישאר בידה מחצית מדידת הצדדים, אין להורות על חלוקה שאינה שוויונית.¹²¹ טיעונו זה של בית הדין הרבני מוקשה, ונראה שהוא מסתמך על עמדת בית הדין הכללית בעניין כושר השתכרות, שכן משמעות עמדתו של בית הדין היא שכמעט אין מקרים שבהם כושר ההשתכרות יבוא לידי ביטוי. הסיבה לכך היא שבאותו מקרה היפותטי שאותו העלה בית הדין (בני זוג שלא צברו רכוש אך יש כושר השתכרות מוגבר לאחד הצדדים), ממילא אין לצדדים מה לחלק לדעת בית הדין, ולכן אין לסעיף 8 כל רכוש רלוונטי לחול עליו, ומכל מקום הוא לא יקבל ביטוי מספיק. בכל מקרה אחר, שבו צברו הצדדים די רכוש, קבע בית הדין כי אין להשתמש בסעיף היות שהאשה מקבלת ממילא את מחציתם של שאר נכסי בני הזוג. אם כן, בפועל לא יבוא רכיב זה לידי ביטוי כמעט בשום מקרה שהוא. עוד יש לשים לב שהרכוש שחולק בין

118 והדברים מפתיעים קמעא היות שבפסק דין אחר היה הרב ינאי נכון להכיר בתוקפו המחייב של חוק יחסי ממון. ראו תיק (אזורי נתניה) 764411/1 (נבו 3.10.2010).

119 ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 305.

120 תיק 824780/2, לעיל ה"ש 115, בשלהי פסק דינו של הרב ינאי.

121 בפסק הדין לא ברור אם מדובר בדירה אשר נמצאת ממילא בבעלות משותפת של הצדדים (שהזכות בה אינה קשורה לחוק יחסי ממון) אם לאו.

הצדדים, בפסק הדין שהובא לעיל, איננו כולל חלוקת רכוש בהיקף חריג בגודלו. יוצא אפוא שלעמדת בית הדין, רק אם מדובר בזוג שצבר רכוש מועט ביותר, תהיה חלוקה לא שוויונית של הרכוש, אך ממילא במקרה זה אין כמעט רכוש שהסעיף יכול לחול עליו, ובפועל אפוא מדובר בכמעט התעלמות מרכיב זה. עוד יש לשים לב כי בית הדין התייחס לזכויות שמתקבלות אצל בן הזוג החלש כזכות שבחסד ולא כזכות שבדין ובאופן המלמד גם על מקומו הכללי של חוק יחסי ממון בעיני בית הדין.

פסק דין נוסף ועקרוני בנושא זה יצא מבית הדין האזורי בחיפה אשר נדרש לנושא גם הוא מהבחינה העקרונית.¹²² בית הדין ביסס את עמדתו נגד ההתחשבות בכושר ההשתכרות על כמה טענות. הטיעון הבולט ביותר לעין בפסק הדין מקצין את הטיעון שהועלה בבית הדין בנתניה, תוך כדי עריכת הנגדה בין תפיסת "העולם המערבי", כהגדרת בית הדין, לתפיסה ההלכתית:

לא ניתן למצוא הגיון צרוף או סיבה מספיקה להעניק נכסי קריירה או מוניטין אישי במשפחה ממוצעת, גם אם האישה מקדישה את כל עתותיה לגידול הילדים, החזקת הבית ותמיכה בדרך זו בבעל העובד למחיית המשפחה מחוץ לביתו. בהשקעה בחינוך, האישה עוסקת בשלה באותה מידה שעוסקת בשל בעלה. התמורה למאמץ זה היא ילדים הגדלים לתפארת. ברוב שנות הגידול של הילדים הם מבליים חלק ניכר משעות היממה במוסדות חינוך ותעסוקה חברתית, ולרוב, בשעות הערב ואחר הצהריים המאוחרות האב שותף במידה שווה לזו של האם בחינוך הילדים. ההקרבה העצמית למען משפחה מודרנית, שבה בממוצע 2.2 ילדים, מוגבלת לשנים מועטות. ההשקעה בהחזקת הבית בעולם המודרני קטנה אף היא, ואם היה רצונה של האשה לממש את כושר השתכרותה, הדלתות פתוחות לפניה. לאור זאת, לא ניתן לקבוע כי אי-מימושו היחסי של כושר השתכרותה של האישה נובע דווקא מהקרבה אמיתית על מנת להיות לעזר ואחיסמך לבעל, או שמא חוסר השתכרות זה הוא פועל יוצא מחוסר כישורים, או מתוך רצון לחיים קלים בצל מפרנס.

טיעונו זה של בית הדין הוא משולש: האחד כי תרומתו של בן הזוג הביתי לתא המשפחתי מינימלית; השני כי האישה ממילא עושה את המוטל עליה כאשר היא מטפלת בתא המשפחתי ודואגת לו; השלישי כי מדובר בבחירה עצמאית בחוסר מעש. כך לפי צירופם של הדברים אין לתת משקל לרכיב זה. טענות אלו מרמזות אף על אי-הכרה בעצם חוק יחסי ממון, שכן אם אין להתחשב בתרומתו של בן הזוג הביתי, מדוע יש לתת לו רכוש כלל? את הראיה הטובה ביותר נגד טענת בית הדין, ולפיה אין לתת משקל לתרומת בן הזוג הביתי, ניתן למצוא בדברי אותו דיין שכתב את פסק הדין מבית הדין בחיפה, הרב יצחק

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

רפפורט, כפי שכתבם שנים מאוחר יותר, בסוגיה אחרת אך קרובה רעיונית.¹²³ בין הרב רפפורט לשני חבריו להרכב (אין מדובר באותם הדיינים מפסק הדין שהובא לעיל) התגלעה מחלוקת עקרונית בשאלה מהו סכום מזונות הילדים שבו יש לחייב אב להעביר לידי אימם. דעת הרוב טענה שיש לחייב את האב בסכום קטן במיוחד, בהתבסס על נתונים שונים אשר משקפים לדעת הרוב את סך ההוצאה השולית שמוציא הורה בגין קטין הנמצא בהחזקתו. במאמר זה לא אידרש לטענה זו לגופה, ואולם הרב רפפורט, אשר ביקש לחלוק על פסיקה זו, העלה את הטענה הבאה כדי להתמודד עם הנתונים שהביאה דעת הרוב, וטען כי אין להתחשב רק בהוצאות בעין אלא גם בהשקעתה של האם בגידול הילד, גם אם זו אינה הוצאה בעין, ובלשונו:

האם לרוב ממעטת משעות עבודתה לצורך הטיפול בילדים, הטיפול בילדים נעשה במשמרת שניה ושלישית וללא תעריף של שעות נוספת וללא שעות מנוחה. ולכן יש לחשב את עלות האוכל כאוכל מוכן לאכילה כולל הגשה, ניקיון, ובגילאים קטנים דמי שמרטפות והאכלה. שירותי הבריאות צריכים לכלול דמי ליווי, הפסד שעות עבודה, דמי משלוח של התרופות ועוד. כל הוצאות הטיפול הם בכלל ההוצאות הנצרכות המינימאליות. לשיטת חברי הרי שביד האב לומר לאם הרי לפניך דמי קמח ביצים ומים; צאי לשוק, קני, לושי, אפי עוגות, שטפי, האכילי, נקי וקרצפי. הגישה המתבטאת בדברי חברי, מתעלמת מהמאמץ המושקע על ידי האם בגידול הילדים... כאשר אשה מתגרשת הא נפטרת מחיוב הטיפול בילדים, ודמי הטיפול מוטלים כולם על האב.

והינה כי כן, אותה השקעה של בן הזוג הביתי הופכת בפסק דין זה להשקעה והקרבה שבוודאי יש להתחשב בהן ולתת להן משקל כלכלי נכבד, והעמדת הפסקאות אלו מול אלו מגלה סתירה שאינה ניתנת ליישוב, שכן אותה העבודה היא טפלה בענייני הרכוש אך חשובה בענייני המזונות.

פער זה ניתן להסבר אך ברתיעה העקרונית מהרחבת בסיס איזון המשאבים וחוסר הרצון להכיר בפסיקה בדבר כושר ההשתכרות, לעומת הרצון לשמור על העמדה ההלכתית המקובלת בדבר סכום המזונות שאותו האב חייב לילדיו. הרציונל לפער זה מבוסס על העמדה ההלכתית בדבר תפקידו של כל אחד מבני הזוג, הן במהלך החיים המשותפים והן לאחריהם.

פסיקת בתי הדין הרבניים שניתנה בשנים מאוחרות יותר חזרה על הטענה כי יש להתחשב ברכוש שהאישה מקבלת ממילא מהנכסים בעין על אף שמדובר בטיעון שבפועל משמעותו היא עיקור מוחלט של האפשרות להשתמש בסעיף 8, כמוסבר לעיל.¹²⁴ לצד זאת

123 תיק (נתניה) 1128743/7 (נבו, לא מתוארך). פסק הדין בוטל בערכאת הערעור. ראו תיק (גדול) 1241751/2 (נבו 7.1.2021), אך אין לדבר חשיבות לענייננו.

124 תיק (אזורי פ"ת) 931335/4 (נבו 5.1.2014). באותו מקרה הועלתה הטענה שהיה בידי האישה להסכים לשלום בית, ובכך לא לאבד זכות זו. ראו גם בתיק (גדול) 996792/4 (נבו 4.3.2016) שבו בית הדין הגדול החזיר תיק לבית הדין האזורי כדי שידון בשאלת יישום סעיף 8 באותו המקרה, כשהוא מדגיש כי:

חוזרת הטענה כי ההשקעה בעבודות הבית היא מינימלית ואינה ראויה להתחשבות (כשמדובר בהתחשבות לעניין כושר ההשתכרות).¹²⁵ כך גם אוזכר בכמה פסקי דין כי המחוקק לא הורה על חובה להתחשב בכושר ההשתכרות, ולכן בית הדין יכול להתעלם מרכיב זה, והכול תוך כדי השמעת נימוקים עקרוניים נגד ההתחשבות בנכסים אלו גם במסגרת סעיף 8 לחוק.¹²⁶ בהקשר של הטיעון האחרון יצוין כי מדובר במהלך פרשני אשר קשה לקבלו, שכן ברי כי כוונת המחוקק לא הייתה להעניק סמכות ולא להשתמש בה לעולם, אלא שעל הערכאה להפעיל את שיקול דעתה לגופו של עניין בכל מקרה המובא לפתחה. עוד ראוי להזכיר שני פסקי דין שבהם בית הדין הסכים לפסוק חלוקת שווי מוניטין, אך בסכומים זעומים, כדוגמת 10,000 ש"ח¹²⁷ או 15,000 ש"ח במקרה אחר,¹²⁸ אשר רחוקים מלשקף רכיב זה, אשר שוויו הכלכלי חשוב ביותר,¹²⁹ כאשר הטעמים המוזכרים לעיל מופיעים באותם פסקי דין כמנחים לצורך הגעה לסכומים קטנים אלו. עם זאת יצוין כי ניתן למצוא פסק דין אחד שבו הסכים בית הדין להתחשב בהתחשבות של ממש בכושר ההשתכרות, אך בית הדין הדגיש כי נפסק כך אף שהדבר סותר את ההלכה, בשל רצונם המובהק של הצדדים ליישם את הדין האזרחי בעניינם ולפי הצדקות שהובאו לעיל בדבר החלת הדין האזרחי.¹³⁰ ואולם מלבד פסק דין שניתן לפני יותר מעשור שנים,¹³¹ לא מצאתי פסקי דין נוספים שהורו על התחשבות בפועל ברכיב זה.¹³²

כך או כך, את הדרך הרווחת אצל רוב בתי הדין בעניין כושר ההשתכרות ניתן להשוות לדרך הפעולה הנוהגת במרבית הפעמים בסוגיית השיתוף הספציפי. בית הדין יודע שלא ניתן להתעלם לחלוטין מרכיב זה, שכן יכול שהדבר יביא לביקורת שיפוטית נגדו, ומשכך מבכר הוא לערוך דיון כלשהו בחוק ובפסיקה, אולם מטרתו הברורה היא לא ליישמן. הנימוקים ההלכתיים העקרוניים נגד הכרה זו כתובים בגלוי ובמפורש בפסיקת בית הדין הרבני, וניכר כי מבחינת בית הדין אלו הם נקודת המוצא המחייבת, ולא החוק האזרחי, והדיון בחוק אפוא נועד רק כדי להצדיק את ההכרעה ההלכתית.

כדי לחזק את טיעוני זה אבקש להראות מקרים אחרים שבהם נעשה בבתי הדין שימוש תדיר בסעיף 8, במקרים שבהם הדבר התיישב עם תפיסת עולמם ההלכתית, ובאופן הדוחה

"במסגרת שיקול זה על בית הדין לקחת בחשבון מחד כי אכן ישנם פערים ניכרים בין השתכרות המשיב לבין השתכרות המערערת. ומאידך, בפועל המערערת יוצאת מהנישואין עם רכוש ניכר".
 125 תיק (אזורי חי') 1059097/4 (נבו 23.3.2016); תיק (אזורי חי') 933216/3 (נבו 14.8.2017).
 126 שם; תיק (אזורי חי') 589451/1 (נבו 22.1.2017).
 127 תיק (אזורי חי') 1021648/3 (נבו 10.4.2018).
 128 תיק (אזורי חי') 834433/4 (נבו 26.8.2014).
 129 ראו ליפשיץ **השיתוף הזוגי**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 282.
 130 תיק (אזורי ת"א) 1156273/4 (נבו 17.12.2018).
 131 תיק (גדול) 3980-64-1 (נבו 3.6.2009).
 132 ראו עוד לאו "ערכו של מוניטין באיזון משאבים", לעיל ה"ש 43, אשר העלה נימוקים לחיוב בעד הכרה בחלוקת מוניטין אישי ואף נותן בסיס הלכתי לכך. ואולם המאמר נמנע מלהגיע למסקנות ומבכר לסיים כי הדבר הוא בבחינת צריך עיון. בתיק (גדול) 907072/6 (נבו 10.12.2018) הורה בית הדין הגדול על החזרת תיק לבית הדין האזורי, אשר הורה על התעלמות מרכיב זה, אולם העילה להחזרת התיק לערכאה הדינית התבססה על כך שזו לא נימקה כלל את דבריה, ולא על נימוק מהותי.

גם את האפשרות כי בית הדין עושה שימוש זהיר בסעיף 8, בנוגע לכל מקרה ומקרה. במסגרת זו אבדוק את סוגיית הקדמתו של מועד הקרע בשל אי-נאמנות מינית. חוק יחסי ממון קובע כי הסדר איזון המשאבים יופעל עם גירושי הצדדים, וכך עם הגירושין "זכאי כל אחד מבני הזוג למחצית שווים של כלל נכסי בני הזוג", ובהסדר איזון המשאבים נכללים גם נכסים שנצברו לאחר שהצדדים נפרדו והפסיקו לקיים חיים משותפים, בכל צורה שהיא. כדי להתמודד עם בעיה זו, שמחמירה בישראל בשל מצוקת העיגון ופער הזמנים שבין הפרדה ועד לגירושי הזוג בפועל, נקבע בסעיף 8(4) לחוק יחסי ממון כי ניתן להקדים את מועד האיזון כדי שלא כלל נכסי בני הזוג ייכנסו לתוך מסת הנכסים שיאוזנו, אלא רק נכסים שהיו לבני הזוג במועד קודם שייקבע (מועד זה מכונה בפסיקה כמועד הקרע).¹³³ יצוין כי עם חקיקת סעיף 5א לחוק יחסי ממון, הצורך להשתמש בסעיף זה כדי לרפא מקרי סרבנות גט, פחת במידה ניכרת. בד בבד עם תכלית זו של הסעיף, מקובל בבתי הדין הרבניים להשתמש בסעיף זה גם במקרה של אי-נאמנות מינית, וכך ממועד קיום יחסי האישות עם אחר, יפסיקו לראות בבני הזוג זוג נשוי בכל הנוגע לחלוקת הרכוש. ויודגש, אין מדובר במקרה שבו עובדת קיום היחסים המקבילים היא סימן אחד מני רבים המעיד על פירוק יחסי הצדדים, אלא על היותה סיבה יחידאית לצורך הקדמת מועד הקרע. השימוש בהליך זה כה נפוץ ברבים מבתי הדין עד שבאחד מפסקי הדין נקבע שזהו "מנהגם של בתי הדין", תוך כדי הבאת אסמכתאות לאמור מפסקי דין נוספים.¹³⁴ כך גם נוסף על פסקי דין שאוזכרו שם ניתן להצביע על עוד פסקי דין שמורים כאמור.¹³⁵ השימוש התדיר בסעיף 8 בהקשר של אי-נאמנות מינית מעיד כי היעדר השימוש בו בעניין חלוקת כושר ההשתכרות אינו נובע מזהירות מעצם השימוש בסעיף זה, אלא רק מחוסר רצון להשתמש בו בהקשר של חלוקת ההון האנושי כאמור.¹³⁶ עוד יש להדגיש כי גם בפסקי דין אלו בית הדין משתמש בטרמינולוגיה דתית כדי להסביר את מעשיו, בדגש על חומרת אי-הנאמנות המינית בהלכה.¹³⁷

133 רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 347. הובא בהסכמה בהלכת יעקובי, לעיל ה"ש 21, בעמ' 551.

134 תיק (אזורי חי') 1073595/4 (נבו 28.6.2017).

135 תיק (אזורי ב"ש) 1081800/3 (נבו 8.5.2018); תיק (גדול) 992261/3 (נבו 29.8.2019). פסק דין זה בוטל בבית המשפט העליון (ראו להלן ה"ש 137). וראו עוד תיק (גדול) 1128765/7 (נבו 25.1.2021), שבו נקבע כי יש לתת יחס מיוחד לאי-נאמנות מינית בכל הנוגע לקביעת מועד הקרע.

136 לא ניתן לטעון שההבדל טמון בכך שבכושר השתכרות נעשה שימוש בסעיף 8(2) לחוק יחסי ממון ובענישה על אי-נאמנות מינית נעשה שימוש בסעיף קטן 4, שכן המחוקק אינו עורך כל הבחנה שהיא בין הסעיפים שעה שבה ההגדרה של "נסיבות מיוחדות" מופיעה ברישה של הסעיף, ובנוגע לכל סעיפיו הקטנים ובלי כל הבחנה בין תתי-הסעיפים השונים. ראו עוד תיק 992261/3, לעיל ה"ש 135, שבו בית הדין צירף את שני סעיפי החוק בלי לערוך כל הבחנה ביניהם.

137 שאלת הלגיטימיות של פסיקה זו הוכרעה לאחרונה בבג"ץ 8463/19 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו, 24.10.2022) שבו נשללה פרקטיקה זו מכול וכול. מעניין כי לאחר שיצא צו על תנאי בעתירה הנ"ל (החלטה מיום 14.12.2021) הורה בית הדין הרבני הגדול, בפסק דין אחר, כי אין להתחשב בשיקולי נאמנות מינית לצורך קביעת מועד הקרע. ראו תיק (גדול) 1312042/4 הדין והדיין 62, 8 (2023). עתירה שהוגשה נגד פסק דין זה נדחתה על הסף (בג"ץ 6897/22 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי בפתח תקווה) (נבו 9.11.2022).

מעניין כי אותם דיינים אשר נקטו קו שמרני בכל הנוגע ליישום סעיף 8 בנושא כושר ההשתכרות, נקטו קו הפוך במקרה של אי-נאמנות מינית והקדמת מועד הקרע, מה שמראה היטב כי לא הזהירות בנוגע להפעלת הסעיף היא העומדת ברקע הדברים אלא שיקולים אחרים.¹³⁸ בנסיבות אלו קשה להתעלם מכך שבשני המקרים בית הדין מגיע לתוצאה הנוחה בעיניו מבחינה הלכתית, הן מצד זה שההלכה אינה מכירה בכושר ההשתכרות כנכס בר חלוקה בין בני זוג המתגרשים זה מזה והן מצד זה שההלכה רואה באי-הנאמנות המינית מעשה חמור ועילת גירושין חמורה ביותר (כשמדובר במעשייה של אישה), אשר לפי ההלכה יש לה גם השלכה כלכלית בדמות הפסד הכתובה.¹³⁹

בעניין זה אבקש להביא מאחד מפסקי הדין שעסק בנושא זה של הקדמת מועד הקרע והרחיב באשר ליחסו של בית הדין לאי-נאמנות מינית:¹⁴⁰

לחיי האישות יש תפקיד מרכזי ביותר בזוגיות, ובהעדר מרכיב זה, ישנו חוסר משמעותי ביותר וריקון חיי הנישואין מתכולתם... לאור העובדה שהאישה הודתה שהיא קיימה "יחסי אישות" עם גבר זר (לפחות עם אחד) נמצא אם כן שבזה היא רוקנה את תוכן הנישואין מעיקרן, ובמעשה זה היא חרצה את גורל הנישואין לאבדון – מעבר לכך שהאישה נאסרת על בעלה ואין אפשרות לשקם את חיי הנישואין הללו. משכך, יש בהחלט מקום לבוא לטובת ה"נבגד" בחלוקת הרכוש, ולהקדים את "מועד הקרע" לתחילתו של תהליך חורבן נישואי בני הזוג... אמנם, באת כוח האישה טענה בסיכומיה כי מאז ה'בגידה' הצדדים המשיכו לנהל קופה משותפת ביניהם והרי זו ראייה על המשך השותפות ביניהם למרות ה"בגידה". אולם דינה של טענה זו להידחות על הסף לאור ביאור הדברים, שאין בעובדה זו בכדי להצביע על המשך השותפות בהתאם לחוק "יחסי ממוין". טעם הדבר כפי שביארנו שהעומד מאחורי הדברים זוהי כוונת שיתוף שהיתה לצדדים לחיות יחדיו את חיי הנישואין בשלל הרבדים האמורים. משכך, ברגע של בגידת האישה בבעלה, בזה נתרוקנו הנישואין וממילא גם החוליה הנוספת של השיתוף ביניהם ברובד הרכושי נשמטת מאיליה ומתנפצת לה אל הסלע.

הרקע הדתי לדברים עולה מאליו מהאמור, ויש לשים לב כי בית הדין אינו עורך בחינה כלשהי בשאלה אם חל קרע בין בני הזוג עצמם ומה טיב יחסיהם לאחר אי-הנאמנות המינית, ואף אינו בוחן כל דבר אחר לצורך הוכחת הקרע ביניהם אלא מתמקד בעניין הנאמנות

138 ראו תיק (אזורי ח"י) 815202/4 (נבו 9.11.2011) מול תיק (אזורי ח"י) 830099/5 (נבו 11.6.2012); תיק (אזורי ח"י) 879666/4 (נבו, 27.3.2014) מול תיק (אזורי ח"י) 1021648/3 (נבו 10.4.2018); תיק (אזורי ח"י) 1073595/4 (נבו 28.6.2017) מול תיק 1059097/4, לעיל ה"ש 125 (יצוין כי בפסק דין זה בית הדין אף ציין כי אי-נאמנות מינית מצד האישה תהווה שיקול לאי-התחשבות בכושר ההשתכרות); תיק 992261/3, לעיל ה"ש 135 מול תיק 824780/2, לעיל ה"ש 120 ותיק (ח"י) 4654-24-1 (נבו 18.3.2010). יצוין כי אשר לשאר הדיינים שהקדימו את מועד הקרע בנסיבות של בגידה לא מצאתי פסקי דין המתיחסים לעניין כושר ההשתכרות, לחיוב או לשלילה.

139 משנה תורה, אישות, פרק כד, הלכה ו.

140 תיק 1059097/4, לעיל ה"ש 130. ראו עוד תיק 1125089/1 (גדול) עמ' 69–70 (נבו 26.3.2018).

המינית בלבד. זאת ועוד, בית הדין אף קובע חזקה נורמטיבית שלפיה משמעותה של אי נאמנות מינית היא בבחינת מועד הקרע הגם שבעין אזרחית יכולים להיות מקרים רבים שלא כך הוא, וכל שכן שסופיות הנישואין המתוארת בדברי בית הדין נכונה הלכתית אך רחוקה מלהיות נכונה אזרחית.

לסיכומו של פרק זה ניתן לומר ששיקול הדעת הרחב שניתן לבית הדין במסגרת סעיף 8 מביא את בית הדין ליישמו לפי ההלכה, הן לחיוב והן לשלילה, כאשר יישום סעיף זה מדגים אף הוא בבירור מדוע נודעת חשיבות רבה לערכאה אשר תרון בעניין בני הזוג. כך גם הראיתי את הדרך המתוחכמת בפעולת בית הדין בכל הנוגע לחלוקת כושר ההשתכרות כדי להציג מצג של הכרה עקרונית ביסודות החוק, אך ריקונו מתוכן בפועל.

3. פסיקת ריבית

סוגיה נוספת שבה בית הדין נדרש לנורמה המקנה לו שיקול דעת רחב היא פסיקת ריבית והצמדה, שכן זו אינה מוגדרת כחובה לפי דברי החקיקה הרלוונטיים.¹⁴¹ ההתנגשות בין הערכאה הדתית לפסיקה האזרחית בולטת במיוחד, שכן לפי ההלכה יש איסור מיוחד בעניין ריבית.¹⁴² יש להדגיש שהאיסור לפסוק ריבית במקרה שכזה הוא הן מצד האיסור הדתי בדבר פסיקת ריבית והן מצד האיסור הכללי של גזל, שכן ההלכה גם אינה מכירה בנזק שנגרם מאי-החזרת כספים במועד כנוק בר פיצוי.¹⁴³ נושא פסיקת ריבית והצמדה בהלכה הוא מורכב מבחינה הלכתית, וברשימה זו אין צורך להיכנס לכל פרטי ההלכות הנלוות לו, שכן התפיסה המקובלת היא כי איסור ריבית חל גם במקרים הנידונים בבית הדין הרבני.¹⁴⁴ העובדה שלעניין הריבית נלווה גם האיסור הדתי משפיעה גם לעניינינו. כאמור, הדרך המקובלת להחלת הדין האזרחי היא באמצעות קבלה בקניין, אך טכניקה זו אינה רלוונטית לעניין הריבית היות שאין מדובר רק בדינים שבין אדם לחברו (דיני הממון) אלא גם בדינים שבין אדם לבוראו (דיני האיסור), דבר שאינו מאפשר להתנות על חיובים אלו או להסכים עליהם. מסיבה זו לא ניתן להסתמך גם על המקורות ההלכתיים שהובאו בעמדת הרב דיכובסקי, המצדדת בקבלת הדין האזרחי, לרבות ההלכה הפסוקה, שכן אין מדובר רק בענייני הממון, אשר ניתן להתנות עליהם, אלא גם בדיני האיסור וההיתר, שאינם רלוונטיים להתניות אלו. בהקשר זה יוזכר כי איסור ריבית יסודו דווקא בעסקה מוסכמת על הצדדים,

141 חוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 וס' 6(ג) לחוק יחסי ממון. אעיר כי אין אני מתייחס לשאלת הצמדה של דמי הכתובה, ובמיוחד במקרה שזו איבדה מערכה, מהטעם שבעניין זה בית הדין מפעיל את הדין הדתי המהותי ומכיוון שמדובר בשיערוך בלבד.

142 לפסיקת בית המשפט בנושא זה ראו ע"א 803/00 שטיינמן נ' שטיינמן (נבו 4.12.2001); עמ"ש 9228-05 נ' ס' (נבו 3.7.2019).

143 על נושאים אלו ראו משה הרשלר ואליהו רפאל היישריק **תורת ריבית** (התשע"ח). לעמדה הלכתית הנוטה לקבל במידת-מה את הפסיקה האזרחית בנושא ראו נחום רקובר "פיצויים על עיכוב כספים (ריבית פיגורים)" **שערי צדק** ג 305 (התשס"ג).

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

ולכן אין בהסכמת הצדדים כשלעצמה כדי להועיל. בעיות אלו עשויות להיפתר מראש במקרים של הלוואה, כדוגמת השימוש בהיתר העסקה, אך ברי כי פתרונות אלה אינם רלוונטיים למערכת היחסים שבין בני זוג.

לאמור לעיל חשיבות רבה בכל הנוגע למתדיינים לפני בית הדין. ראשית, בית הדין נמנע ככלל מלאשר הסכמים הכוללים מנגנון של פסיקת ריבית לטובת מי מהצדדים¹⁴⁵ אף במקרים שבהם מדובר בתמריץ שנועד למנוע עיכובים שלא כדין מצד בעלי הדין.¹⁴⁶ בכמה פסקי דין הבהיר בית הדין הגדול כי חובה על הרכב בתי הדין לבדוק כי בכל הסכם שהוא מאשר (ברוב המקרים הכוונה להסכמי גירושין), אין חיוב ריבית,¹⁴⁷ והדבר דומה לבדיקה שהצדדים מבינים את תוכנו של ההסכם. יתרה מזו, נקבע כי אם בית הדין אישר בטעות הסכם הכולל חיוב ריבית, הרי שעליו לבטל את החלטתו בדיעבד, בהסתמך על הסדר סתירת הדין המצוי בתקנות הדיון בבית הדין הרבני.¹⁴⁸ ואכן, פסק דין של בית הדין האזורי שפעל כאמור אושר בבית הדין הרבני הגדול.¹⁴⁹ זאת ועוד, בית הדין הגדול קבע באותו מקרה כי הרכב שאינו מבטל הסכם שכזה, דייניו נפסלים לדון,¹⁵⁰ שכן אישור ההסכם הוא שנותן תוקף משפטי להסכם, "ולפיכך דיין שלא בודק עניין זה בהסכם לכאורה מועל בתפקידו". עוד אציין כי בית הדין מעיד כי זהו מנהג בתי הדין שלא לאשר הסכמים שכאלו.¹⁵¹ כך גם בית הדין נמנע מחיוב בריבית כאשר אחד מבני הזוג הוציא כספים ובן זוגו התעכב זמן ממושך בהחזרתם של כספים אלו.¹⁵² זאת ועוד, בכל הנוגע לאישור חוות דעת לאיזון

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

146 ראו לדוגמה בתיק (אזורי י-ם) 1241843/7 (טרם פורסם 17.8.2020): "בפנינו בקשה לאישור הסכם המכר, ובו הותנה כלהלן... לכך, ישלם האיש לאישה את התשלום שבפיגור בצירוף ריבית חודשית בשיעור של 1% ליום למן היום השביעי של הפיגור ועד ליום ביצוע התשלום בפועל. מאחר שבהסכם יש חוב ריבית בית הדין מנוע מלאשרו"; תיק (אזורי ת"א) 866061/22 (טרם פורסם 27.1.2021), שבו בית הדין סירב לאשר הסכם בין הצדדים שנכתב בו כי סכום שלא ישולם במועדו יישא הפרשי הצמדה "וריבית כחוק", עד אשר הצדדים הסכימו למחוק מילים אלו.

147 תיק (גדול) 854694/2 (נבו 8.4.2016); תיק (גדול) 1084448/1 (נבו 10.7.2018).

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

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

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

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

152 תיק (גדול) 1-24-0114 (נבו 27.7.2003); תיק (גדול) 777511/4 (טרם פורסם 20.3.2019).

משאבים שכוללות רכיב זה,¹⁵³ ומתחשבות בו, מורה בית הדין להתעלם מרכיב זה מראש, או שבדיעבד אין הוא מאשר אותו, ורק משום שמדובר באיסור על פי ההלכה.¹⁵⁴ מקרים קיצוניים יותר מאי-אישור הסכם הכולל ריבית או פסיקתה של ריבית הם אלה שבהם בית הדין מורה, בהחלטה הנושאת חיוב כספי שיצא מטעמו, שסכום זה לא יצבור ריבית, מתוך מטרה שגם אם החייב לא ישלם את החוב, לא תיצבר לחובתו ריבית באמצעות מערכת האכיפה והגבייה (הוצאה לפועל).¹⁵⁵ עמדה זו שנויה במחלוקת בין הדיינים, וכמה פסקי דין יצאו נגדה מפורשות בטענה שבית הדין אינו צריך להידרש לכגון דא בפסק דין שהוא נתן, שכן מקרה זה כבר יוצא מגדר אחריותו ההלכתית של בית הדין, וכן מהטעם שריבית הפיגורים הנוהגת בהוצאה לפועל אינה בבחינת ריבית האסורה הלכתית.¹⁵⁶ מקרים קיצוניים אפילו יותר הם אלה שבהם סירב בית הדין להידרש לתביעות אשר בעקיפין קשורות הן לריבית. כך ניתן למצוא מקרה שבו בית הדין סירב לדון בתביעת צד ג לבטל הסכם גירושין בטענה כי זה נעשה למראית עין ולהברחת חובות בשל סירובו של צד ג לוותר על חלק הריבית שבחובו.¹⁵⁷ במקרה אחר סירב בית הדין לפרק שיתוף בדירת מגורים באמצעות קיזוז חלקו של החייב בדירה, שכן חובו היה גם בשל ריבית.¹⁵⁸ זאת ועוד, במקרה אחר, חרף לשון מפורשת של הסכם, סירב בית הדין ליישם את חלקי הריבית שבו.¹⁵⁹

חשוב להדגיש שבכל אותם מקרים בית הדין אינו מנסה ליישב את פסיקתו עם הפסיקה האזרחית, אשר בוודאי אינה מונעת אישור הסכם הכולל ריבית, ובוודאי אינה מונעת הכרה בחוב הכולל ריבית. עם זאת קיים פסק דין אחד אשר מסתמך על העובדה שהסמכות להטלת ריבית, הקבועה בחוק פסיקת ריבית והצמדה, התשכ"א-1961 (להלן: חוק פסיקת ריבית והצמדה), אינה מחייבת את בית הדין לעשות כן, אלא נוקטת את הלשון "רשאי".¹⁶⁰ טיעון זה כמובן אין בו כדי לשכנע, שכן העובדה שניתנה לבית הדין רשות אינה מאפשרת לו לפעול כרצונו אלא בתוך מנעד שיקול הדעת שנקבע בפסיקה האזרחית. עיון בפסיקה האזרחית מגלה כי הכלל הוא שיש לפסוק הפרשי ריבית, ואי-פסיקתם היא חריג המצריך

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

154 תיק (אזורי ב"ש) 840142/1 (נבו 1.11.2015); תיק (אזורי ת"א) 7632-24-1 (נבו 27.5.2009); תיק (אזורי ת"א) 200847/14 (נבו 14.6.2016); תיק (אזורי ח"י) 585914/2 (נבו 23.2.2016); תיק (אזורי ת"א) 383307/8 (נבו 15.1.2017).

155 תיק (אזורי נתניה) 982902/3 (נבו 28.5.2015); תיק (אזורי ת"א) 1046097/3 (נבו 10.9.2017); תיק (אזורי ח"י) 577606/3 (נבו 27.4.2015).

156 תיק (גדול) 798549/5 (נבו 4.11.2010), שהוא ערעור על תיק (אזורי אשדוד) 9600-22-1 (נבו 9.7.2008); תיק (גדול) 1152448/2 (נבו 2.10.2018); תיק (אשקלון) 50830/6 (נבו 19.6.2016), מופיע בשו"ת שחר אורן, חלק ב, סימן לה.

157 תיק (אזורי אשדוד) 1064579/1 (נבו 3.6.2016).

158 תיק (אזורי ח"י) 507136/12 (נבו 11.5.2014).

159 תיק (אזורי ח"י) 573821/2 (נבו 28.2.2012).

160 תיק 585914/2, לעיל ה"ש 154. בית הדין לא התייחס בדבריו לס' 6(ג) לחוק יחסי ממון ולס' 11(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

הנמקה והסבר של ממש, כאשר המקרים שהוכרו בפסיקה כחריג הינם מקרים מעטים ביותר.¹⁶¹ בכל פסקי הדין שהובאו לעיל לא הובא כל נימוק מדוע לא לחייב בריבית והצמדה, וכן לא ניתן לאתר הסבר כזה בפסק הדין, וניכר שבית הדין מונע רק מהשיקול הדתי, וממילא כי בית הדין אינו פועל לפי הלכת בבלי בנידון זה, כאשר הדבר אף מוצהר במישרין בחלק גדול מהמקרים.¹⁶² כך גם ברור שנימוק זה, המסתמך על לשון חוק פסיקת ריבית והצמדה, אינו רלוונטי לכל המקרים שבהם בית הדין נמנע מאישור הסכמות הצדדים רק מהטעם שאלו כוללות רכיב של ריבית, ובשים לב שבפסיקה האזרחית נקבע שתפקידה של הערכאה המאשרת את ההסכם הוא פסיבי לחלוטין, ולא לה מסורה הסמכות לבדוק את טיב ההסכמות אלא אך לוודא שההסכם נעשה בהסכמה חופשית ובהבנת תוכנו.¹⁶³ כך גם בית הדין אינו יכול להשתמש מחובתו לדון בנושא כלשהו המובא לפתחו שעה ש"משמוגש הליך שיפוטי בפני ערכאת שיפוט מוסמכת, מוטלת עליה חובה לדון ולהכריע בו".¹⁶⁴

בית המשפט העליון לא נדרש לעניין זה לבד מבמקרה אחד, ואולם גם בו הדיון לא מוצה, שכן באותו המקרה לא הייתה הצדקה אזרחית לחייב בריבית.¹⁶⁵ השופט רובינשטיין, אשר כתב את חוות הדעת המרכזית, ביקש להתייחס לסוגיה במבט צופה פני עתיד, ועמד על הבעיה לחייב את דייני בית הדין לפסוק ריבית לנוכח האיסור ההלכתי. עם זאת בית המשפט מרחיב את היריעה ואומר שפסיקה נומינלית יכולה להגיע לעיתים לכדי פגיעה בצדק, ונדמה כי הדבר מהדהד את אחת מעילות ההתערבות שבחוק יסוד: השפיטה.¹⁶⁶ יתרה מזו, בית המשפט עורך דיון הלכתי ומביא עמדות המצדדות בפסיקת ריבית והצמדה במקרים המתאימים לכך, ומסיים, באומרו: "חזקה על בתי הדין שבמידת הצורך יבורו את הכלים ההלכתיים המתאימים לעשיית צדק במקרה שלפניהם. דומה שראוי להצטרף לקריאה כי דבר זה ייעשה ביום שלא ירחק, כדי ליתן פתרונות אפשריים בגדרי ההלכה לסיטואציות המובנות לתוך חיי הכלכלה והאידנא; בכך גם יוסדר ויהא גלוי וידוע לכל בעל דין בבית הדין הרבני היכן הוא מצוי בתחום זה, נוכח ההפרש, על פני הדברים, בין הדין האזרחי להלכה, כך שלא יהא צורך באמירות של בית הדין כי חויבו (או לא חויבו) על ידי בית משפט זה לפסוק על הדין האזרחי".¹⁶⁷ מהדברים עולה רמז עבה כי יכול להיות מקרה אשר יצדיק את התערבותו של בית המשפט במקרים אלו.¹⁶⁸

161 ע"א 525/81 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' צבי רוזן פ"ד לו(2) 337, 343 (1982); ע"א 2196/93 מכבסת שלג חרמון בע"מ נ' סלע חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נ(3) 744, 748 (1996); בע"מ 1533/13 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.11.13). ראו עוד ע"א 3381/17 אשכנזי נ' ציון בן שלמה פסקאות 44-45 (נבו, 22.8.2018).

162 ראו לעיל ה"ש 146, 149, 153.

163 ע"א 543/82 שטרן נ' שטרן, פ"ד לו(4) 752, 756 (1982); בעניין כהן נ' היועמ"ש, לעיל ה"ש 21.

164 הלכת סמיה, לעיל ה"ש 62, בפס' 15 לפסק הדין של השופטת פרוקצ'יה.

165 בג"ץ 7078/05 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נבו 6.2.2008).

166 ס' 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה. ראו גם ה"ש 47 לעיל על עילת התערבות זו; הלכת דויד, לעיל ה"ש 15, בעמ' 459.

167 בג"ץ 7078/05, לעיל ה"ש 165, בפס' יד לפסק הדין של השופט רובינשטיין (ההדגשה הוספה).

168 בהקשר זה יוער כי בית המשפט הביע בדבריו תקווה נאיבית קצת, נוכח הניסיון ההיסטורי המלמד כי בית הדין אינו מאמץ כל מוסד אזרחי אלמלא מוכרח הוא לעשות כן. ראו עוד בבע"מ 9606/11 עזובן

נכון להיום בתי הדין טרם פיתחו כלים הלכתיים המאפשרים לפסוק ריבית במקרים המתאימים לכך למרות כמה קריאות מדיינים שביקשו לקבוע כללים ברורים בעניין זה.¹⁶⁹ והרי לנו מקרה נוסף שקיים בו הבדל בין הערכאות, כאשר במקרה זה בית הדין אף אינו מסתיר כי הוא מונע מהשיקול הדתי באופן מוחלט, וכמה שנראה כסותר את הלכת בבלי באופן מובהק, שעה שבית הדין מתנגד לכל חיובי ריבית שהם.

4. החזר מתנות

מקום נוסף שיש בו הבדל רב בין ערכאות השיפוט הוא בשאלת הדירות של מתנות הניתנות במהלך הנישואין, כאשר כפי שאראה להלן, בדומה לעניין הריבית, לעיתים הדברים אינם רק בבחינת יישום בעייתי אלא התעלמות מוחלטת מהלכת בבלי. לפי ההלכה היהודית, מתנות חוזרות פעמים רבות לנותן עם הגירושין, כברירת מחדל הפוכה מהדין האזרחי, אשר קובע כי מתנות אינן חוזרות אלא אם כן הוכח כי ניתנו בתנאי מפורש.¹⁷⁰ הרציונל ההלכתי לדין זה מבוסס על חזקה הלכתית שלפיה מתנה שניתנת מהבעל לאישה היא מתנה על תנאי, ולפיה הבעל הקנה לאשתו את המתנה במחשבה שיחיו חיים משותפים ולא שהאישה תבקש להתגרש ממנו. טעם נוסף לדין זה הוא כי יסודו בדין עונש המוטל על אישה שמבקשת להתגרש מבעלה בלי שיש לה סיבה טובה לכך (מורדת). לדין זה פרטים מרובים ומגוונים, אשר היקף הדיון בהם חורג מרשימה זו. דין זה שנוי במחלוקת מהותית בבתי הדין הרבנים, הן בשאלת היקף הנכסים שעליהם חל הדין; הן בשאלה אם יש צורך להכריז על האישה מורדת כדי להחיל דין זה; הן בשאלה אם הדין נוהג בפועל בימינו כאשר לסוגי הנכסים הנפוצים אם לאו.¹⁷¹

מחלוקת הלכתית זו אינה אמורה להיות רלוונטית בשל הלכת בבלי,¹⁷² מה גם שעוד לפני הלכה זו נקבע בפסיקה שדין החזר מתנות הוצא מענייני המעמד האישי,¹⁷³ וככזה אין הוא יכול לנהוג עוד כדין עצמאי. אולם עיון בפסיקת בתי הדין הרבניים מגלה כי לא כך הוא, וכי דין זה ממשיך לנהוג בחלק מהרכבי בתי הדין, לפי שיקול דעתם ההלכתי בסוגיה זו. ויודגש כי במקרים אלו אין מדובר במקרה שבו השתכנע בית הדין שניתנה מתנה על תנאי וכיוצא באלה, אלא ברירת מחדל אוטומטית שמופעלת על הצדדים.¹⁷⁴ פסקי דין אלו

המנוח פלוני נ' פלוני, פס' סא לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 20.5.2013), אשר מתייחס לשיערוך, אך נדמה שהדברים יפים גם לפסיקת ריבית במקרים המתאימים לכך.
 169 ראו בג"ץ 7078/05, לעיל ה"ש 165, בפס' יד לפסק הדין של השופט רובינשטיין; דברי הרב שפירא בתיק 1152448/2, לעיל ה"ש 156, בפס' י.
 170 ע"א 343/87 פרי נ' פרי, פ"ד מד(2) 154, 164 (1990); ע"א 66/88 דקר נ' דקר, פ"ד מג(1) 122, 127 (1989).
 171 ראו תיק (אזורי חי') 1097040/10 (נבו 6.11.2017) והשוו לפסקי הדין המופיעים בהערות הבאות.
 172 הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 245.
 173 עניין זיסרמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 208.
 174 ראו תיק (אזורי רחובות) 915188/4 (נבו 30.4.2017), אשר הערעור עליו נדחה בתיק (גדול) 1125089/1 (נבו 26.3.2018). כך ניתן למצוא את תיק (אזורי נתניה) 1096123/5 א' נ' ב' (נבו 10.11.2019), שהורה כי אישה לא תקבל את חלקה מכוח הסדר איוון המשאבים הקבוע בס' 5 לחוק יחסי ממון רק בשל טענה להחזר מתנות שהועלתה נגדה (בנסיבות שבהן ערך המתנה היה גבוה מהחלק שאותו הייתה האישה

סותרים את הפסיקה האזרחית בנושא, ופסק הדין המקיף ביותר שניתן בסוגיה זו, והמצדד בהחלת דין זה, מסיים את דבריו במשפטים האלה:

עם סיום כתיבת פסק דין זה אי אפשר להתעלם מהמסר הברור היוצא מפסק הדין. בית־הדין דן ופוסק ומתווה את הדרך הראויה ביותר לחיזוק התא המשפחתי... ידע גם ידע כל מי שמתכוון למרוד בכך או בבת זוגו שלא יקבל מתנה שניתנה במסגרת חיי הנישואין מבין או מבת זוגו, מתנה שניתנה לו על דעת חיים משותפים ללא מרידה... קשר ישיר יש בין הציווי "לא תחמד בית רעך" לבין הציווי "לא תחמד אשת רעך" והוא שלא יחשוב איש לחמוד בית רעהו באמצעות חמדה של אשת רעהו כדי לעשוק את נכסיו של רעהו. רעיון מוסרי טמון בדיברה זו: לא ייתכן לגזול ממון של חברו באמצעות חמדת אשת רעהו והוא הדין גם להפך. רעיון ומסר זה היה נגד עיניי והנחה אותי **במתן הכרעתי להוציא את האמת והצדק לאור עם התשתית ההלכתית והמשפטית ששימשה את בית־הדין בפסק הדין.**¹⁷⁵

דברים אלו מדברים בעד עצמם ומראים את המניע המובהק של בית הדין הרבני להתעלמותו מהדין האזרחי והחלת הדין הדתי, כאשר במרביתם של פסקי הדין שיישמו דין זה אף אין התמודדות כלשהי עם הדין האזרחי בסוגיה וזה זוכה להתעלמות מוחלטת.¹⁷⁶ גם מקרה זה מראה בצורה מובהקת את ההבדלים שבין הערכאות ועל היעדר הקבלה של פסיקת בית המשפט העליון בנושא בבית הדין.

אמורה לקבל מכוח הסדר איזון המשאבים). כך גם בתיק (גדול) 993174/8 (נבו 1.12.2016) יושם, חלקית, דין החזר המתנות. ראו עוד בן יעקב **משפטיך ליעקב** חלק ג' סימן מב (התשנ"ט), אשר מצדד בהחלת דין זה כשמדובר בדירת המגורים. אך השווו תיק (אזורי ת"א) 3183-24-1 (נבו 2.12.2009); תיק (אזורי צפת) 1081933/2 (נבו 22.4.2020).

175 תיק (גדול) 1125089/1 (נבו 26.3.2018) (ההדגשה הוספה).

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

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

1. כתובה וחוק יחסי ממון

לאחר שהצגתי כמה סוגיות שניתן להצביע בהן על הבדלים מהותיים בין הערכאות ועל ההשלכות הנלוות לכך, אבקש להתייחס לשתי סוגיות העוסקות בנושאים המצויים בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. משכך, אין הן קשורות ישירות למרוץ הסמכויות, ועם זאת הן מציגות את היעדר ההכרה המהותית של הדין האזרחי בבית הדין. בית הדין הרבני נהנה משיקול דעת רחב וכמעט בלעדי בנושא הכתובה כשמדובר בהכרעה בסכסוך שבין בני זוג (לעומת תביעה נגד עיזבון הבעל).¹⁷⁷

מקרה שכיח הוא שאישה זכאית לקבלת דמי כתובה, וכן זכאית היא לקבל זכויות כספיות שונות מכוח החקיקה או הפסיקה האזרחית. חוק יחסי ממון מתייחס בפירוש לסוגיה זו בסעיף 17 וקובע כי אין בו כדי לפגוע "מזכויות האשה לפי כתובתה", ובניגוד להסדר הנוהג בענייני ירושה על פי דין כמפורט בחוק הירושה.¹⁷⁸ ההבדל ברצון המחוקק בין שני מקרים אלו ניכר ובולט לעין בהשוואה בין הסעיפים.¹⁷⁹

בבתי הדין ההלכה הרווחת כמעט לחלוטין היא כי אישה אינה זכאית לקבל נכסים הן מכוח חוק יחסי ממון והן מכוח כתובה בלי קשר לשאלה היכן נידונים ענייני הרכוש.¹⁸⁰ להצדקת נוהג זה ניתנו שלושה הסברים בפסיקת בתי הדין הרבניים. לפי ההסבר הראשון, לשון החוק תומכת בעריכת קיזוז כזה. לפי ההסבר השני, במועד עריכת ההתחייבות בכתובה לא הביא הבעל בחשבון כי יחויב לשלם הן את דמי הכתובה והן את דמי האיזון מכוח איזון המשאבים, וניתן אפוא לקבוע שיש אומדנא (אומדן דעת) המביא לביטול התחייבותו החוזית של הבעל בכתובה,¹⁸¹ ובמעין תנאי מכללא שקורא בית הדין לתוך התחייבות הבעל בכתובה.

בטרם אעבור לנימוק השלישי אציין כי נראה שקשה למצוא את שני הנימוקים שהובאו לעיל כמשכנעים. בכל הנוגע ללשון החוק אין אלא להפנות לשני פסקי דין שעסקו בנושא והראו עד כמה פרשנות התומכת בקיזוז הזכויות סותרת את לשון החוק, אשר לשונו ברורה וחד-משמעית ומצדדת בחיוב כפול.¹⁸² כך גם בכל הנוגע לטענת אומדן הדעת. מדובר

177 ראו בג"ץ 9858/07 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (נבו 30.3.2008), שבו נקבע שנושא הכתובה מסור לסמכותו הייחודית של בית הדין, והשוו הלכת יוסף לוי, לעיל ה"ש 18, בעמ' 814, שבו הושארה שאלה זו בצריך עיון. בפסק הדין נקבע כי בית הדין נעדר סמכות עניינית כשמדובר במערכת היחסים שאיננה בין הבעל לאשתו.

178 ראו ס' 11(ג) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שלפיו "המגיע לבן-זוג על פי עילה הנובעת מקשר האישות, ובכלל זה מה שאשה מקבלת על פי כתובה, ינוכה מחלקו בעזבון".

179 ראו דברי הרב היישריק בה"ש 182 להלן.

180 תיק (אזורי חי') 588563/1 (נבו 18.7.2011); אוריאל לביא "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון – שלילת 'כפל זכויות' כנס הדיינים התשע"ז 275 (2018) והמקורות שמובאים להלן.

181 אומדנא אנציקלופדיה תלמודית רצה (התש"ן).

182 ראו דעת המיעוט בתיק (אזורי ת"א) 838835/8 (נבו 24.1.2013) ובתיק (גדול) 1129398/1 (נבו 7.8.2019) וכן אליהו היישריק "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון – כפל זכויות!" כנס הדיינים התשע"ז 266 (2018); עמ"ש (מחוזי מרכז) 42078-02-19 י.ש נ' ו.ש, פס' 25 (נבו 18.2.2020). לעמדה

בטענה קשה מכמה בחינות, כפי שכבר הועלה בידי אחרים,¹⁸³ מה גם שנדמה שבית הדין קובע אומדנא אובייקטיבית (כלל ברירת מחדל) אשר אינה מתבססת על נסיבות המקרה. ממילא ספק רב אם ביכולתו של בית הדין לקבוע כלל ברירת מחדל אשר סותר את לשון החוק.¹⁸⁴ גם אם ייטען שאין מדובר בכלל ברירת מחדל שקבע בית הדין, קשה מאוד לקבל את הטענה כי מדובר בקביעה התלויה במקרה העומד לפני בית הדין ובהתרשמותו מכוונת הצדדים במועד הנישואין, שכן קשה להניח שהחתן הממוצע מניח הנחה כלשהי בדבר הכתובה שעה שבה ספק רב אם הוא מבין את לשונו ואת משמעותו של מסמך זה, אשר נכתב בארמית ונוקב בשמות מטבעות שחלקם אינם בשימוש. כלומר, אם מתייחסים להבנתו של החתן, נדמה שאין לתת לכתובה משקל כלשהו. עם זאת בפועל לא כך הוא, ופסקי דין לחיוב כתובה ניתנים כדבר שבשגרה.¹⁸⁵ בנסיבות אלו קשה לייחס לחתן ידיעה דווקא בכל הנושאים הקשורים לכתובה לבד מעניין האפשרות לחיוב הן לפי חוק יחסי ממון והן לפי הכתובה. כך גם קשה להניח כי החתן סבר כי לכתובה אין משמעות כלשהי, כפי שקורה במקרים רבים, שבהם שווי מחצית זכויותיו של הבעל גדול מסך הכתובה. כן קשה לקבל התייחסות להבנת החתן בנסיבות שבהן החתן יכול לבדוק את לשון החוק ולהביא להבהרת סוגיה זו בנקל (הן באמצעות עריכת הסכם ממון והן באמצעות התניית הכתובה עצמה באי-קבלת זכויות מחוק יחסי ממון).¹⁸⁶ כמו כן גם המצדדים בדרך זו קובעים כי אומדן דעתו לא חל "ביחס לרכוש השייך על פי דין תורה לאשה גם לולי חוק יחסי ממון" הגם שעד כמה שניתן להניח שהחתן אינו יודע דבר באשר להסדר איזון המשאבים, קל וחומר הוא באשר להסדר ההלכתי.¹⁸⁷

יתרה מזו, כפי שהראיתי לעיל, הדיינים המקבלים את חוק יחסי ממון, מכוחו, מחילים אותו על בני הזוג מכוח אומדנא ביחס לכל חתן סביר המעוניין לשתף רכושו עם אשתו. ואולם אם כך הדבר, האם ניתן להניח שאומדנא זו פוסקת דווקא בכל הנוגע לרכיב זה שבחוק יחסי ממון? אחד מדייני בית הדין הרבני (בדימוס) הספורים אשר מתנגדים לדרך זו, הרב ציון אלגרבל, עמד על עניין זה בדעת מיעוט שכתב:

כאשר מדובר בזוגות כאלה שמקובלת עליהם הפסיקה האזרחית בזכויות ובחובות על פי חוק יחסי ממון, אין מקום לקזז את מה שקיבלה האישה בבית המשפט ממה שמגיע לה לפי דין תורה, משום שמה שבבית המשפט מחייב על פי חוק לא גרע מחיוב כתובה שגם הוא תלוי במנהג המדינה... ויש לומר שבני הזוג הללו נשאו על דעת כן שינהגו בהם לפי החוק, ולא שייך

שטרם מצאה ביטויה בפסיקה ראו ציון לוז'אילוז "כתובה וזכויות לפי חוק יחסי ממון – כפל זכויות?" **כנס הדיינים** התשע"ז 266, 283 (2018).

183 ש.ם.

184 ראו ליפשיץ "שיפוט מוסרי של התנהגות מינית בנישואים", לעיל ה"ש 83, בעמ' 35.

185 אך ראו קבלה חלקית של טענה זו (בהקשר אחר) **הדין והדין** 31, 7 (2012).

186 פרקטיקה זו נעשית במקרים שיש מחלוקת על שווי המטבעות הנכתבים בכתובה, כדוגמת כתובה שבה נכתב 200 זקוקים, וכדי להוציא מידי ספק החתן כותב בכתובה עצמה לפי איזו שיטה הלכתית נכתב סכום זה בשל המחלוקת הקוטביות בסוגיה זו (יצחק טולידאנו **מעשה בית דין** חלק א קד (התשע"א)).

187 אוריאל לביא **עטרת דבורה** ג 554 (התשפ"א).

לגביהם לקזז זכויות המגיעות מדין כתובה מהזכויות שהאישה קבלה על פי חוק... יש לומר שהתכוון להתחייב גם במה שכתוב בכתובה וגם במה שמקובל לפסוק בבית המשפט על פי חוק יחסי ממון.¹⁸⁸

אם כך, כיצד ניתן להסביר את מנהג בתי הדין הרבניים בסוגיה זו? נראה כי הפתרון הוא בטיעון השלישי שעלה כדי להצדיק נוהג זה העוסק בטענת קיזוז הלכתית העומדת לטובתו של הבעל. לפי נימוק זה, במקרים שבהם האישה גבתה מהבעל כספים מכוח יחסי ממון, הרי שאלו נלקחו ממנו שלא כדין, וממילא הוא יכול לקזז אותם מחיוביו האחרים כלפי האישה מאחר שבידי האישה כבר נמצאים כספים שלו אשר אינם אמורים להיות אצלה. ברי כי עמדה זו נכונה רק לסוברים כי חוק יחסי ממון אינו מחייב מבחינה הלכתית, שהרי כל יסודה של טענת קיזוז הוא בכך שמדובר בכספים שנמצאים אצל התובע, השייכים בפועל לנתבע או שהוא זכאי להם. כך באחת הפרשות קבע בית הדין:

בטרם תנתן הוראה מעשית לתשלום [=הכתובה], עלינו לברר שאין טענה צדדית שבכוחה לעכב את התשלום. כגון טענת "יש לי בידך כנגדו"¹⁸⁹ וכיוצא ב... הבעל רשאי לטעון כי התשלום שבו חוייב או שיחוייב בסיום אותו הליך [=ההליך הרכושי בבית המשפט לענייני משפחה], יוכל להיזקק עבורו כתשלום הכתובה, בית הדין אינו רשאי להתעלם מטענה זו, מאחר ועל פי ההלכה יש לטענה זו מקום.¹⁹⁰

ובלשון אחרת, האישה עתידה לקבל כספים מכוח החוק אשר שייכים לבעל לפי דין תורה, ומשכך יש לקזזם עימה.¹⁹¹ ראייה לכך שיש דיינים שהם עצמם אינם מייחסים בהכרח משקל מכריע לטענות הקיזוז השונות ניתן למצוא במקרי אשמה קיצונית בכל הנוגע לנסיבות שהביאו לפירוק הנישואין (לפי השקפת בית הדין), כשבית הדין מחייב לעיתים את הבעל בתשלום כתובה נוסף על חובת התשלום החלה עליו מכוח חוק יחסי ממון.¹⁹² זאת הגם שאף לא באחת מהשיטות שהוצגו לעיל כמצדיקות את אי-פסיקת תשלום הכתובה אין אמורה להיות לשאלת נסיבות הגירושין השפעה כלשהי.

188 תיק (גדול) 835665/1 (נבו 16.3.2011).

189 טענת קיזוז.

190 תיק (טבריה) 4979-21-1 (פורסם באתר בתי הדין הרבניים, 26.01.2005) מובא בעטרת דבורה חלק א סימן מז (התשס"ט) אוזכר בהסכמה בתיק (אזורי נתניה) 1021593/1 (נבו 27.3.2016) ובתיק (אזורי ת"א) 891643/4 (נבו 8.1.2017). וראו תיק (אזורי ת"א) 968581/3 (נבו 22.5.2016), שבו כינה בית הדין פרקטיקה זו "טענת פרעתי" מצד הבעל.

191 אציין כי פרקטיקה זו טרם הגיעה לדיון בבית המשפט העליון במסגרת ביקורת שיפוטית ישירה על בתי הדין הרבניים הגם שנדמה שמדובר בסוגיה אשר יש להידרש לה, ובשל העובדה שבפועל בית הדין מאיין את ס' 17 לחוק יחסי ממון, כאשר אף טענת האומדנא רחוקה מלעמוד. על האמור ראו בע"מ 9692/02, לעיל ה"ש 26, בעמ' 64, שממנו ניתן ללמוד כי בית המשפט אינו מסכים לפרשנות שניתנת לסעיף 17 בבתי הדין הרבניים.

192 ראו תיק (גדול) 938923/2 (נבו 7.9.2016); תיק (גדול) 835665/1 (נבו 16.3.2011), שבו דעת הרוב מעלה אפשרות להתחשב בנסיבות הגירושין במקרים שונים.

עוד יש להעיר כי עיון בטרמינולוגיה שבית הדין משתמש בה מעלה שהמניע המרכזי הוא הטיעון האחרון שהבאתי:

מושכל פשוט הוא – החיוב בכתובה מקורו בהלכה – בדין התורה ולכן עליו להיות נדון עפ"י כללי ההלכה ולפיכך גם מסור לבית-הדין הרבני... לפיכך לא ראוי ולא נכון שחוק יחסי ממון יפגע בזכות זו, ומאידך גיסא אם על פי החוק זכתה האשה בנכסים או זכויות אשר אינם מגיעים לה על פי דין התורה יכולים להחשב נכסים אלו בבית-הדין כגביה עבור חוב כתובתה... ניצול האפשרות לתבוע ולדון בשתי ערכאות נפרדות על מנת להשיג זכויות רכושיות יתרות שאינם מגיעות לפי אף אחת מגישות המשפט השונות, משפט התורה והמשפט האזרחי, אינם צודקות לא מבחינה הלכתית, מוסרית ואף לא מבחינה חוקית.¹⁹³

דוגמה אחרת לכך היא בדבריו של בית הדין כי "אין אפשרות לתפוס את החבל בשני קצותיו – בתחילה לבוא ולקחת את אשר מגיע בבית המשפט על פי פסק דין בבלי, ואחר כך לבוא לבית הדין ולתבוע את אשר מגיע על פי התלמוד הבבלי. או בבלי או בבלי. על פי דין תורה אין מקום לאיזון משאבים ולמתן זכויות מהפנסיה של הבעל או מקרנות ההשתלמות. ועל כן בפסיקת בית המשפט הנ"ל כבר קבלה האישה מעל ומעבר למגיע לה מדין תוספת כתובה",¹⁹⁴ כלומר לא ניתן להכיר בחוק יחסי ממון מבחינת ההלכה, ולכן אין מקום לקבלת זכויות ממקורות משפטיים הסותרים כביכול זה את זה למרות הוראתו המפורשת של החוק (דבר המלמד על היחס אליו ועל תפיסת בית הדין את עליונות ההלכה). זהו מקרה נוסף שבו לצד נימוקים מסוימים העולים כדי התעלמות מהחוק יש דיון אשר נחזה להיראות כדיון משפטי על החוק, ואולם בין השורות ניתן למצוא מוטיבציה הלכתית גבוהה, אשר היא שמביאה את בית הדין למסקנות המשפטיות האזרחיות שאליהן הוא מגיע.

יהיה הרציונל של בית הדין אשר יהיה, העמדה המצדדת באי-פסיקת כתובה במקרים שבהם האישה מקבלת זכויות מכוח חוק יחסי ממון, היא העמדה הרווחת בבתי הדין הרבניים. דעות אחרות בנושא כמעט אינן נשמעות, וניתן לאתר רק דיינים מעטים שמפקקים בעמדה זו.¹⁹⁵ בפועל הדבר הוא כלי המשמש את בית הדין לאיון חלקי של תוצאות הסדר איזון המשאבים שבחוק יחסי ממון (עד סכום הכתובה), מה שמראה כי הדין האזרחי אינו מקובל על בית הדין, שאם לא כן לא היה מוצא פגם בקבלת שתי הזכויות בשל ההתחייבות הכפולה. עוד יש לשים לב שבית הדין אינו משתמש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון כדי למנוע תוצאה קשה נגד הבעל במקרים המתאימים לכך הגם שזה הפתרון הראוי למקרים

193 תיק (אזורי חי') 1655-64-1 (נבו 26.7.2009).

194 שו"ת משפטיך ליעקב, סימן מו, אות ד. ראו בדומה תיק (גדול) 3267-22-1 (נבו 10.7.2008).

195 ראו לעיל ה"ש 182; ניסים בן שמעון **משפטי הבשן** ג לז (התשע"ח) המביא את דברי הרב הורוביץ; דוד דומב "תשלום כתובה ואיזון משאבים" **שורת הדין** י קיט; דעת המיעוט בתיק 133004/5, לעיל ה"ש 43. עמדת מיעוט נוספת היא עמדתו של הרב היישריק, לעיל ה"ש 182, הסובר ששאלת הקיזוז תלויה בשיוכם המגזרי של המתדיינים, ולכן רק כאשר בני זוג דתיים או חרדים יש להורות על קיזוז הכתובה, אך לא אצל בני זוג חילוניים.

המביאים לתוצאה קשה. הדבר מעיד שהרציונל לפסיקתו של בית הדין אינו מחשש לתוצאה קשה שיכולה להיגרם במקרה ספציפי אלא עניין עקרוני נגד חוק יחסי ממון. מהלך נוסף, גם אם בקנה מידה קטן יותר, שהתרחש בשטח זה בא לידי ביטוי בקבלת טענה חדשה יחסית שנשמעה בכמה פסקי דין.¹⁹⁶ לפי טענה זו, לא רק שיש לעשות קיזוז עם הכספים שהאישה מקבלת מבעלה מכוח חוק יחסי ממון, אלא שלדעת אותם דיינים, הבעל יכול לעשות קיזוז לדמי הכתובה עם כספים הנותרים בידי האישה לאחר הפעלתו של הסדר איזון המשאבים בגין אותם הכספים שהבעל זכאי להם מכוח הדינים ההלכתיים. המקרה השכיח בכגון לאישה יש זכויות סוציאליות שצברה במסגרת עבודתה, אשר חלקן נותר בידיה גם לאחר הביצוע של הסדר איזון המשאבים בין הצדדים (לדוגמה אישה שצברה זכויות סוציאליות ששוויין עולה כדי 100 ₪, ואילו בעלה לא צבר כל זכות שהיא, תישאר עם 50 ₪ לאחר ביצוע איזון המשאבים. הדיון בחלק זה נוגע לסכום האחרון הנשאר בידי האישה).

בעניין זה נטען בכמה פסקי דין כי בשל העובדה שלפי דין תורה הבעל זכאי לקבל את מלוא הזכויות הסוציאליות של האישה מכוח דין מעשה ידיה,¹⁹⁷ בידי הבעל לקזז מדמי הכתובה את מלוא כספי הפנסיה שנשארים בידי האישה, ובמיוחד לפי דיני ה"קים לי" ההלכתיים,¹⁹⁸ אשר מקשים מאוד על הוצאת תשלום מאדם אף אם יש לו רק דעת מיעוט לטובתו. עמדה זו מתאימה רק לסוברים כי טענת הקיזוז ההלכתית היא העומדת לצידו של הבעל, כפי שגם נכתב במפורש באותם פסקי דין,¹⁹⁹ מה שמראה כי זהו הנימוק המרכזי לקיזוזים השונים. המחלוקת בין הדיינים היא בשאלה עד היכן מגיעה זכות קיזוז זו, המבוססת על הטענה כי האישה גוזלת את בעלה בכך שהיא משאירה אצלה כספים השייכים למעשה לבעל. אחד ממקרים אלו של קיזוז מזכויות האישה אשר נשארות בידיה הגיע לדיון בבית הדין הרבני הגדול²⁰⁰ אשר ביטל את פסק הדין. אולם יש לשים לב כי גם בית הדין הגדול לא שלל פרקטיקה זו לחלוטין והסתמך בעיקר על נסיבותיו הספציפיות של תיק זה, ובמיוחד על שמדובר דווקא על קיזוז מכספי הפנסיה של האישה (להבדיל מכלים פיננסיים אחרים), וכך יכול שבמקרה אחר כן יתקזזו זכויות אלו.²⁰¹

196 תיק (אזורי י-ם) 989527/4 (נבו 20.1.2021); תיק (אזורי טבריה) 596148/6 (נבו 6.4.2021). ראו עוד דברי הרב פרימן בתיק (י-ם) 1117521/6 (נבו 10.12.2020) והשוו לתיק (פ"ת) 985020/7 (נבו 15.8.2018).

197 השוו יועזר אריאל **תורת המשפט** 305 (התשנ"ח) ושלמה שמשון קרליץ **משפטי שלמה** חלק א, ט (התשס"ד).

198 על טענה זו ראו חנינה בן מנחם "טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי" **שנתון המשפט העברי** ו-ז 47, 45 (התשל"ט-התש"ם).

199 תיק (אזורי פ"ת) 1150781/3 (טרם פורסם 6.5.2019); תיק (י-ם) 989527/4 (נבו 20.1.2021); תיק 596148/6, לעיל ה"ש 196.

200 תיק (גדול) 1303564/1, 13 (נבו 5.10.2021).

201 באותם המקרים בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הגדול לא נדרשו לשאלת חוקיות קיזוז זה הגם שבמקרה זה נראה שהתחשבות במעשה ידיה של האישה סותרת את הוראות ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה אשר ביטל את זכות הבעל ליהנות ממעשי ידי אשתו (ראו הלכות **סידים וגור**, לעיל ה"ש 10).

כדי להראות מקרה נוסף שבו הכתובה משמשת כלי להקהיית תוצאות הדין האזרחי, אבקש להסתמך גם על פסק דין מקיף ורחב²⁰² שניתן בשאלת "דירה שנרכשה על ידי בני זוג, כאשר צד אחד מימן את הדירה או את רובה, אבל בפועל נרשמה הדירה על שם שניהם בשווה, האם במקרה של גירושין, דינה להתחלק בשווה או לא". אומנם מדובר בפסק דין יחיד, ואולם חשיבתו היא בכך שמובאות בו עמדות של חלק גדול מדייני בית הדין הגדול, לאחר בירור אישי שנערך איתם על ידי דייני בית הדין האזורי (ראב"ד בית הדין האזורי בנתניה הרב שנאור פרדס) בסוגיה זו. בית הדין מסיק בדבריו כי הדירה תתחלק שווה בשווה בין הצדדים, בדיוק כמו הפסיקה האזרחית בנושא. עם זאת קבע בית הדין כי יש להפחית את דמי הכתובה שהאישה להם זכאית עקרונית משום שהדירה המשותפת מומנה בידי צד אחד.²⁰³ מכך עולה שאף במקרה זה הפחתת דמי הכתובה משמשת כלי לאיזון התוצאות האזרחיות הנובעות מרישום נכס במשותף על שם שני הצדדים. כאמור, החשיבות בפסק דין זה היא גם בכך שמתואר בו כי לעמדה זו הצטרפו כמה וכמה מדייני בית הדין הרבני הגדול, לרבות שניים מדייני בית הדין הגדול (הרב איגרא והרב עמוס) אשר קבעו כי יש לבטל את פסק דינו של בית הדין האזורי שהובא לעיל בעניין קיזוז מנכסי האישה. מכאן עולה כי פרקטיקה זו של שימוש בכתובה ככלי לאיזון החוק והפסיקה מקובלת גם על חלק מחברי בית הדין הגדול.

לסיכום פרק זה, מהדברים עולה כי בית הדין משתמש בכתובה, על הסמכות הבלעדית המסורה לו בנושא, כדי לאזן עד כמה שאפשר את התוצאות של חוק יחסי ממון, בכמה וכמה מקרים ונסיבות. הדבר מדגים את חוסר ההכרה המהותית של בית הדין בחוק יחסי ממון בניסיון להקהות את השפעתו באמצעות שימוש בכתובה ככלי להגעה לתוצאה הלכתית נכונה. בהקשר זה חשוב לציין שעד עתה לא הוגשו עתירות לבית המשפט העליון בעניין זה,²⁰⁴ ונדמה שהדבר נובע מהאוטונומיה השמורה לבית הדין הרבני בנושא הכתובה, אשר בית הדין משתמש בה כדי להתעלם מהוראות הדין האזרחי.²⁰⁵

202 תיק (אזורי נתניה) 283368/14 (נבו 12.11.2020).

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

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

205 השקפה אחרת בנושא זה נמצאת אצל וסטרייך, לעיל ה"ש 17, בעמ' 255–258. אולם כפי שמוסבר בגוף המאמר, אין בידי לקבל את הדברים. הכתובה היא כלי אחד מני רבים שבית הדין משתמש בו כדי להגיע לתוצאה הקרובה לדין ההלכתי, במידת האפשר במסגרת הביקורת השיפוטית על בתי הדין הרבניים. כך גם העובדה שיש דיינים שבוחרים לא לקזז את דמי הכתובה במקרה שבו האשם בגירושין מוטל על

2. תנאים בגט

עניין נוסף שבו קיימת לבית הדין סמכות ייחודית הוא גירושי הצדדים. נושא זה יידון כדי להראות מקרה נוסף שבו בית הדין משתמש בסמכותו הייחודית כדי ליישם את הדין הדתי ולהימנע מהחלת הדין האזרחי שעל פיו הוא אמור לפעול.

לפי החוק, לבית הדין הרבני סמכות בלעדית להפיכת בני זוג מנשואים לגרושים,²⁰⁶ וכן לו הסמכות מלאה להפעיל את הדין ההלכתי בנושא זה.²⁰⁷ (במובנו הצר של המונח "נישואין וגירושין"). דין תורה טומן בחובו קשיים שונים. קושי אחד הוא שעל פי ההלכה הפרדת בני הזוג מבוצעת באמצעות גט, שהוא מסמך פיזי הנמסר מהאיש לאישה בנוכחותם של עדים.²⁰⁸ לעומת זאת בשיטות אחרות בעולם הגירושין אינם מעשה בין בני הזוג אלא נעשים באמצעות פסק דין קונסטיטוטיובי, המשנה את המעמד האישי של בני הזוג.

קושי נוסף בדין הדתי הוא שהליך סידור הגט צריך לחול מרצונם של שני הצדדים.²⁰⁹ אומנם אם קיימת עילת גירושין נגד בן הזוג הסרבן ניתן להפעיל אמצעי לחץ נגדו, מתוך כוונה שלחץ זה ישכנע אותו להסכים לשתף פעולה עם הליך הגירושין.²¹⁰ (טיב אמצעי הלחץ המותרים בהפעלה תלויה בטיב עילות הגירושין השונות).²¹¹ אם הופעל לחץ על הבעל כדי שישתף פעולה עם הליך סידור הגט בלי שנקבע שיש עילת גירושין נגדו או על ידי

האיש אינה סותרת טענה זו, אלא אך מחזקת אותה, שכן מדובר רק במקרים שבהם יש אשמה הלכתית על הגבר בפירוק הנישואין, וממילא מדובר אך ביישום של ההלכה לפי נסיבות המקרה (מלבד היותו של הדבר מלמד שקשה למצוא בסיס עיוני משכנע לפעולות בית הדין בעניין, למעט עניין הקיזוז המלמד על אי-הכרה בדין האזרחי).

206 ס' 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

207 ס' 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים.

208 פרטי הגט וכתובתו הם מרובים ולא יידונו בעבודה זו. כך גם הצגת הדברים בגוף היא כללית ביותר ואינה מקיפה בשל מורכבותם של דינים אלו. אציין כי ההלכה מאפשרת לבני הזוג למנות שליח אשר יקבל או ייתן את הגט, כידם הארוכה. וראו יוסף גולדברג **גיטי שליוות** (התשע"ז). במקרים חריגים ניתן גם לפעול בדרך של זיכוי גט: בית הדין ממנה שליח עבור האישה לקבלת גיטה גם בלי ידיעתה (ראו שם, בעמ' ריג), ולפעמים גם בניגוד לרצונה (ראו שם, בעמ' רכ), אך זאת במקרים חריגים במיוחד. אשר לפעולה כאמור כשמדובר בגבר ראו תיק (אזורי צפת) 861974/2 (נבו 20.5.2014); והשוו תיק (אזורי חי') 65,870175/4 ואילך (נבו 29.12.2014); יהודה בן דויד **אמת על חילה** (התשע"ז). בגוף המאמר אין דיון במקרים נדירים כגון מצבים שבהם בית הדין מבטל את הנישואין בקביעה שאלו לא חלו, בשל נדירותם של אלו.

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

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

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

גורם שאינו מוסמך לכך, הגט בטל ובני הזוג עודם נשואים זה לזה.²¹² מערכת דינים זאת מביאה לכך שבעל הדין שלהוט פחות להתגרש יכול להתנות את סידור הגט בתנאים שונים כדי לקבל דברים שהוא אינו להם על פי דין, ובמיוחד במקום שבו אין עילת גירושין נגדו. לעיתים התנאים שדורש אחד מהצדדים לצורך שיתוף הפעולה מצידו מועלים במסגרת משא ומתן אשר לבית הדין אין בו חלק. פרקטיקה זו מעוררת אי-נוחות רבה, ועם זאת נקבע בפסיקה שאין לבטל את תוצאותיו של מהלך זה.²¹³ בניגוד למקרים שבהם בית הדין פסיבי באשר לתנאים, ולפעמים אף אינו מודע להם, במקרים מסוימים בית הדין מצדד בביורור בתנאי בן הזוג הסרבן ומקבל אותם לחלוטין. ודוק, אין מדובר רק במקרה שבו בית הדין נאלץ, בצר לו, לשכנע את בן הזוג המבקש להתגרש לוותר על זכויותיו במקרה של היעדר עילת גירושין או במקרה של היעדר יכולת אפקטיבית להטיל סנקציות נגד בן הזוג המסרב להתגרש (לדוגמה, בשל שהייתו בחו"ל).²¹⁴ קיימים מקרים שבהם בית הדין מורה כי חרף קיומה של עילת גירושין שהוכחה, וברגיל היה אפשר לחייב בגינה בגירושין, יימנע בית הדין מלעשות כן בשל תנאי צדדי שאותו מעלה בן הזוג שאינו מעוניין להתגרש. ברי כי דיינים אלו יצדדו בתנאים מסוג אלה במקרים שבהם אין עילת גירושין בעלת משקל, בכחינת קל וחומר.

המבנה ההלכתי המאפשר לפעול כאמור גם כאשר יש עילת גירושין בעלת משקל מבוסס על שילובן של שתי שיטות הלכתיות נפרדות ושאינן קשורות זו לזו: האחת היא שיטת המהרשד"ם²¹⁵ (יוון, המאה השש-עשרה), הסובר כי גם כאשר יש עילת גירושין נגד בעל, אם ניתן להימנע מכפייתו להתגרש בהיענות לתנאיו, יש לעשות כן, ובלבד שמדובר בתנאי "שנקל לקימו". לגישתו, כל אימת שלא נעשה כן, הגט בטל ככל גט שנכפה שלא כדין. דעה זו של המהרשד"ם זכתה לעדנה בחלק מבתי הדין, הן בתנאים שמעלה אחד הצדדים

212 סימן קלד, לעיל ה"ש 210, בס' ז-ט. בכל הנוגע למקרה שבו כפו את האישה שלא כדין ראו שו"ת מהר"ם מינץ, סימן קב, תקנה סב, ממנו עולה כי הגט אינו תקף והאישה אינה נחשבת לגרושה גם בדיעבד. ראו עוד שו"ת נודע ביהודה, אבן העזר ב, סימן קכט, שכתב שהגט אינו תקף בגלל פסילת עדי הגירושין והסופר שעברו על החרם. כנגד ראו שו"ת דברי חיים, אבן העזר חלק ב, סימן מד ושו"ת מהרש"ם, חלק ג, סימן מז; צבי גרטנר "תביעת נזיקין מאשה המסרבת לקבל גיטה" בית יצחק רעד.

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

214 ראו לדוגמה תיק (גדול) 1124318/2 (נבו 15.4.2019).

215 שו"ת מהרשד"ם, אבן העזר, סימן מא. ראו עמיחי רדזינר "מעגנת את עצמה": על התניית מתן הגט ועל חדשנות הלכתית "הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 607 (אריה ארזעי ואח' עורכים) (2018) (להלן: רדזינר "מעגנת את עצמה").

והנוגעים לסמכות בית הדין, והן בתנאים שאינם קשורים לעניין זה ועולים כדי סחיטה של ממש.²¹⁶

השיטות ההלכתיות הנוספות לענייננו אינן קשורות לדבריו של המהרשד"ם, והן מבוססות על רציונל הלכתי אחר לחלוטין.²¹⁷ לפי עמדה זו, אין כל משמעות לשאלה אם בן הזוג הסרבן מתנה את הגט בתנאי שנקל לקיימו אם לאו, כי אם לשאלה אם מדובר בתנאי שהוא זכאי לו מכוח הדין, כאשר הכוונה היא כמובן לדין תורה.²¹⁸ הנימוק של הלכה זו הוא מכוח העיקרון ההלכתי של "עביד איניש דינא לנפשיה" (=עושה אדם דין לעצמו), אשר לפיו מותר לעיתים לאדם לעשות דין עצמי "הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה – אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין".²¹⁹ לדעת אותם פוסקים ניתן להקיש מדין זה לדיני הגירושין ולהורות כי כשאדם מתנה את מתן הגט בדבר שהוא זכאי לו מכוח דין תורה, יש לקבל את תנאיו ולהשהות את חיובו במתן גט עד למילוי תנאיו. ובלשון משפטית מודרנית, מדובר במעין טענת סף של ניקיון כפיים הלכתי או בזכות עיכובן מצידו של הבעל.²²⁰ ההיקש בין מערכות הדינים אינו נקי מספקות, דבר אשר הביא דיינים אחרים שלא לקבל את דבריהם בהסתמכם על מקורות אחרים.²²¹ ואולם עמדה זו מוזכרת בחיוב אצל דיינים אחרים,²²² ובפועל הרצון להתגרש הופך לקרדום לחפור בו כדי להשיג הישגים בתחום הסמכות העניינית והדין החל לצורך הימנעות מביצוע הסדר איזון המשאבים.²²³

בשל פרקטיקה זו, פעמים רבות נאלץ מי מבעלי הדין לשנות ממצבת הזכויות העומדת לו, ובעיקר בשאלת הסמכות העניינית,²²⁴ וכך מדלגים על כל מבחני הכריכה תוך כדי אי-עמידה בכללי חלוקת הסמכויות בין הערכאות השונות. נוסף על זה, באמצעות פרקטיקה זו יהיה אפשר לעקוף את הלכת בבלי ולהימנע מהחלת חוק יחסי ממון, ובכך מתאפשר לבית הדין להביא ליישום הדין ההלכתי. לדעת המצדדים בעמדה זו יש להגיע ישירות להסכם

216 למקרה קיצוני במיוחד ראו **הדין והדיין** 1, 42 (2016).

217 וראו תיק 0027-21-1 (נבו 29.8.2004), שבו בית-הדין מדגיש כי מדובר בשני טעמים עצמאיים ונפרדים ("כל זה [=דברי המהרשד"ם] כתבנו בנוסף לטעם של עביד איניש דינא לנפשיה וכל טעם עומד בפני עצמו").

218 ראו שו"ת מהרש"ם, חלק ה, סימן ס; שו"ת שב יעקב, אבן העזר, סימן מא; שו"ת שיבת ציון, סימן צו; שו"ת מהרי"ק סימן קב ואוריאל לביא **עטרת דבורה** ב 662 (התשס"ט); שם, ג 302 (התשפ"א).

219 משנה תורה, הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה יב.

220 לשאלה אם יסוד הדין של עביד איניש דינא לנפשיה הינו מכוח זכות עכבון של הבעל או טענת ניקיון כפיים מצידו משמעות הלכתית שכן בעוד שטענת ניקיון כפיים היא עניינו של בית-הדין, לא בהכרח שכן הדבר ביחס לזכות העכבון. ראו עוד שמשון אטינגר "לבירור פסקי הגאונים וראשוני הראשונים בשאלת העושה דין לעצמו" **שנתון המשפט העברי** יא-יב 41 (התשמ"ד-התשמ"ו).

221 ראו תיק (נתניה) 1-21-9707 (נבו 12.5.2008); **הדין והדיין** 37, 6 (2014).

222 עטרת דבורה, ב 662 (התשס"ט); יוסף גולדברג **אלו שכופין להוציא** מב (התשע"ג); תיק (גדול) 880581/9 (נבו 23.7.2014).

223 להשקפה הפוכה לחלוטין על סוגיה זו ראו בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ג, סימן מד ד"ה והנה יש עוד טעם.

224 ראו רדזינר "מעגנת את עצמה", לעיל ה"ש 215.

אשר קובע בתוכו את אופן חלוקת הרכוש לפי הדין הדתי.²²⁵ כדי להמחיש פרקטיקה זו יובא פרוטוקול מדיון שהתקיים בבית הדין הרבני:²²⁶

ביה"ד: יש פה מצב מסובך וכדאי לנהוג נכון. אתם מבקשים לחייבו בגט. מצד שני יש יסוד לכך שאם מבקש שלא יגלוהו ואז ייתן גט – בקשתו מתקבלת כך שיטת מהרש"ם... זוהי פסיקה מקובלת. אתם רוצים שנחייב בגט ונפעיל אמצעים. ביה"ד יכול לכתוב פס"ד שנכון לפי ההלכה. איננו קובעים שאין זכות חוקית של זכות הגישה לערכאה שיפוטית. אבל פסיקת חיוב גט ואמצעי כפיה ינתנו רק כשהדבר נכון הלכתית... הזכרנו לך את תשובת המהרש"ם... המהרש"ם דיבר על תביעות שאינן בהכרח צודקות מטעם הבעל. המהרש"ם דיבר על תביעות ממוניות צודקות שהתבררו כנכונות, ועליו אין חולק... יש הבדלים בין ביה"ד וביהמ"ש, איננו מכחישים זאת, אבל אם הפס"ד אינו נכון לפי ביה"ד למרות שהוא נכון ע"פ ביהמ"ש, לפיכך לא נוכל לפסוק כפייה. **ב"כ האשה:** אם היא מחזיקה כספים שלא כדין למרות שהוא מתנהג שלא כהלכה, לא ניתן לכפותו לגט? זה לא נשמע הגיוני. **ביה"ד:** זהו בדיוק המקרה שעליו מדבר המהרש"ם. **ב"כ האשה:** זו מנטליות של סחיטה!

מקרה זה עסק בהעברת הסמכות מערכאה אחת לערכאה אחרת אגב עקיפת כללי הסמכות העניינית. עם זאת מעיון בפסיקה שניתנה בהרכב שמכהן בו אותו אב בית דין ניתן לשער כי יכול שהוא יפסוק כך גם במקרים הסובבים סביב ענייני רכוש, ואם ייקבע שהאשה קיבלה לידיה רכוש שהיא אינה זכאית לו לפי ההלכה. כדי להדגים את הדברים אפנה לפסק דין שנתן אותו הרכב שבו בעל התנה את מתן הגט בדיון מחדש בענייני הרכוש, אשר הוכרעו בבית המשפט בארצות הברית לפני שנים ארוכות.²²⁷ בית הדין לא דחה טענות אלו על הסף אלא נדרש אליהן לגופן, ורק אחרי שנחה דעתו שטענות הבעל אינן נכונות לגופן דחה את טענותיו. בית הדין הסתמך על כך שבית המשפט חילק רכוש שמקובל ונהוג לחלקו בארצות הברית (נכסי מאמץ משותף) לצד העובדה שנושא הרכוש נסתיים כבר בפסק דין סופי בבית המשפט אשר ניתן לאחר שהבעל חדל מלשתף פעולה עם ההליך המשפטי, ונראה אפוא לבית הדין הרבני כי יש בו כדי להעיד על ניסיון לא לגיטימי להסתיר הברחת רכוש שבוצעה בידי הבעל.²²⁸

225 לדוגמאות למקרים שבהם נדרשו נשים לוותר על סמכות עניינית ואף על הדין החל ראו בג"ץ 5548/00 **אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (נבו 29.5.2001); בג"ץ 9734/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול** פ"ד נט(2) 295 (2004). על סוגיה זו בכללה ראו רות הלפרין קדרי "שיקולי מוסר בדני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" **עיונים במשפט מגדר ופמיניזם** 651 (דפנה ברק-ארז ואח' עורכות, 2007); ריבלין, לעיל ה"ש 213; אורית גן "מסחר בגט: בין חוזים לאי-סחירות" **מחקרי משפט** לב 797 (2020)

226 תיק 1066559/1 פרוטוקול מיום 27.6.2016 (לא פורסם, עותק שמור בידי המחבר).

227 תיק (גדול) 1345115/4 (נבו 31.3.2022).

228 ניתן להצביע על הבדלי גישה בין כל אחד מחברי ההרכב, ואולם לא זה המקום להידרש לדקויות אלו.

לפיכך ניתן להעלות על הדעת שאם בית הדין ישתכנע כי בית המשפט הכריע שלא כדין, ובמיוחד במקרים שבהם בית המשפט פסק בענייני רכוש שלא כמקובל בבית הדין באותן הסוגיות (כדוגמת השיתוף הספציפי או כושר ההשתכרות), כי אז יקבל בית הדין טענות אלו ויתנה את הוויתור עליהן במתן הגט. אדגיש כי אין בידי נתונים על שכיחותם של מקרים אלו, שכן כפי שהוסבר לעיל, מקרים מעין אלו מסתיימים בהסכם אשר מאושר כדין, ואף בלי שניתן פסק דין בסוגיה.

מקרים אלו לא הגיעו עד היום לכדי ביקורת שיפוטית בבית המשפט העליון (בשלב שטרם נערך הסכם גירושין בין הצדדים).²²⁹ אך מקרה כזה, אם יגיע, יהיה מסוג המקרים שבהם בית המשפט יתקשה לתת סעד אופרטיבי נגד בית הדין, שכן יהיה בדבר כדי לחייב את בית הדין לסדר גט כאשר הוא סובר שמדובר בגט הבטל מאליו.

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

ו. סיכום הממצאים

בסיכומי של עניין זה, מלבד הדוגמאות אשר הובאו לעיל אבקש להפנות לפסק דין אחד אשר נדרש לסוגיה רכושית מסוימת, אשר בית הדין הגדול ביקש לקבוע בה קביעה המנוגדת לפסיקה האזרחית בנידון.²³⁰ בית הדין היה מודע היטב לפסיקה האזרחית, אך קבע שזו אינה מחייבת אותו מהטעם ש"כידוע פסיקת ביהמ"ש העליון כבע"מ אינה מחייבת את בתי הדין הרבניים".²³¹ דברים אלו ממחישים בצורה ברורה ביותר את טענתי כי בית הדין אינו רואה עצמו מחויב להלכת בבלי, שכן הלכת בבלי קבעה כי בית הדין מחויב להחיל את הדין האזרחי על פסיקותיו של בית המשפט העליון בנושא, גם אם אלו התגבשו במסגרת

229 ראו בג"ץ 3984/98 אברהם (כהן) נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (נבו 24.8.1998), שבו הוצא צו על תנאי בעניין, אך ראו בג"ץ 5548/00 אברהם (כהן), לעיל ה"ש 225, על סיומה של פרשה זו.

230 תיק (גדול) 1314150/7, לעיל ה"ש 46. הסוגיה הנידונה שם היא אם גמלה המתקבלת בשל פרישה מוקדמת מחמת נכות היא נכס בר-איוון אם לאו. פסיקתו העקיבה של בית המשפט העליון בסוגיה היא כי מדובר בנכס משותף, וכי אין משמעות לעובדה שמדובר בפרישה על רקע של נכות (ראו בע"מ 4860/16 פלונית נ' פלוני פס' נב לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו 5.9.2017)), אולם בית הדין ביקש להורות שלא לפי פסיקה זו.

231 פסקי דין שניתנו בבית המשפט העליון ביושבו כבית משפט לערעורים אזרחיים. ערעורים אלו מסווגים כולם על ידי המזכירות בכותרת בע"מ (בקשת ערעור משפחה).

ערעורים אזרחיים (כדוגמת חזקת השיתוף),²³² והינה כי כן חרף חלוף הזמן בית הדין מצהיר אף במפורש כי אין הוא רואה עצמו מחויב לפסיקה אזרחית הגם שמדובר בפסיקה שהיא חלק מההלכה הפסוקה.

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

מסקנה נוספת היא ששאלת היישום של הדין האזרחי בבית הדין הרבני תלויה בעיקרה בטיבה של הנורמה שאותה בית הדין אמור להפעיל. כאשר מדובר בנורמה ברורה, אשר מנעד שיקול הדעת בה מצומצם ביותר, בית הדין מפעיל את הדין האזרחי לאחר שאין בידו ברירה שלא לעשות כן בשל הידיעה כי פסקי הדין נתונים לביקורת של בית המשפט העליון. ואולם בכל מקום שבו מדובר בנורמה עמומה, ולו במידת מה, יש דיינים רבים אשר עושים ככל שביכולתם שלא ליישמה כדי להביא לתוצאה העולה בקנה אחד עם התוצאה ההלכתית. גם כאן יש להדגיש כי העובדה שמדובר בפירושה של נורמה עמומה רחוקה מלהביא למסקנה כי בית הדין יכול לפעול כבתוך שלו, שכאמור, הלכת בבלי קבעה כי בתי הדין מחויבים לפסיקת בית המשפט העליון, על דרכי הפרשנות וההלכות שנקבעו בו.

יתרה מזו, גם במקרים שבהם בית הדין מפעיל נורמה בשיקול דעת מצומצם, יש הרכבים רבים אשר אינם מסכימים לעשות כן עד אשר בני הזוג יסכימו להחלת הדין האזרחי עליהם. הדבר מעיד שאין מדובר בהכרה בדין האזרחי מכוחו המחייב אלא רק מכוח הסכמת הצדדים העומדים לפני בית הדין. מלבד זאת, גם כאשר בית הדין עוסק בנושאים המצויים בסמכותו הייחודית, משתמש הוא לעיתים בדין ההלכתי כדי לאזן את התוצאה המתקבלת מכוח הדין האזרחי וכדי להביא ליישום מלא של הדין הדתי בעניינם של בני הזוג הנמצאים לפניו.

אם נשתמש בדוגמאות השכיחות, כשבית הדין נאלץ לדון למשל בחלוקת זכויות עתידיות לפנסייה, אין ביכולתו של בית הדין לפסוק שלא לפי החקיקה האזרחית, שכן אין כל מרחב תמרון המאפשר לעשות זאת בשל הוראותיו החד-משמעיות של חוק יחסי ממון. ואולם במקרה אחר, שבו יש שיקול דעת רחב לערכאה הדנה בעניין, כדוגמת החלת שיתוף ספציפי, פסיקת ריבית, הקדמת מועד הקרע וכדומה, בית הדין מגיע הרבה פעמים לתוצאה הנמנעת מהחלת הדין האזרחי באותה הסוגיה, והדבר ישנה את המתאם בין פסיקת בית הדין לדין הדתי באותה הסוגיה. הדבר מתורץ בשיקול הדעת הרחב של הערכאה השיפוטית, כאשר המניע לאי-הכרה בחקיקה או בפסיקה מוצנע. לעיתים בית הדין מפעיל את שיקול דעתו הרחב בעצם פירושה של הנורמה (כדוגמת הקדמת מועד הקרע בשל אי-נאמנות מינית או הוראה על הפחתה מסכומי הכתובה). פעמים אחרות בית הדין מפעיל את שיקול דעתו

232 ראו בבג"ץ 8754/00 רון נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625 (2002), שבו נקבע שיש להכיל את כללי הפורום הנאות על בתי הדין הרבניים; בג"ץ 1135/02 זגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (2002), בעניין חוק האזנות סתר, התשל"ט-1979; הלכת בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, לעיל ה"ש 176, בעניין חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. כל פסקי הדין מורים על אותו רציונל כי הדין האזרחי מחייב מכוחו את בתי הדין הרבניים, לרבות דין שיסודו בהלכות בתי המשפט.

הרחב באמצעות אי־יישומה של הנורמה (כדוגמת הערמת קשיים מרובים כדי להתעלם מהלכת השיתוף הספציפי).

תוצאה זו אינה מפתיעה, שכן ברור שפסק דין שיצהיר בריש גלי כי אין הוא מוכן ליישם את הדין האזורי, יביא לבטלות אותו פסק דין. לעומת זאת בית המשפט העליון ימעט ביושבו כבג"ץ להתערב במקרים שבהם בית הדין נהנה משיקול דעת רחב יותר, ובמיוחד בכל הנוגע למצבים שבהם מדובר באי־יישומה של הנורמה שאותה נדרש בית הדין ליישם. נקודה נוספת אשר יש להתעכב עליה היא בכל הנוגע לערוב שבין שאלת האשם בגירושין לחלוקת הרכוש. כאמור, שיקולי הנאמנות המינית, גם אם אלו הביאו לגירושין, נקבעו כלא רלוונטיים כשלעצמם לשאלת חלוקת הרכוש. פסיקה זו היא רבת שנים, ובית הדין מנסה לאתגר אותה פעם אחר פעם בדרכים שונות אשר נפסלות בבית המשפט העליון.²³³ ניתן לראות כי בחלק מהמקרים שנידונו לעיל מניעיו של בית הדין נובעים משאיפה ברורה להכניס את שיקולי האשם בגירושין לגוף מחלוקת חלוקת הרכוש (ובראשם הקדמת מועד הקרע). צירופם של מקרים אלו מלמד כי חרף דברי בית המשפט העליון בסוגיה, שלפיהם יש להפריד בין ענייני הרכוש לענייני האשם, שיקולים אלו ממשיכים להיות רכיב בעל משקל בפסיקת בתי הדין בענייני חלוקת הרכוש, כאשר אך לאחרונה ניתנו שני פסקי דין בנושא זה, וניסיון העבר מלמד כי גם אלו יאותגרו בסופו של דבר על ידי בית הדין. מהדברים עולה כי שאלת הערכאה הדנה היא סוגיה קריטית לעניין זכויות הצדדים לצד העובדה שעצם ההסתמכות של בית הדין על מניעים אלו מעיד על היעדר קבלה של פסיקת בית המשפט העליון בנושא,²³⁴ חרף הלכת בבלי. בהקשר זה מתבקש להפנות לפסק דין של בית הדין הרבני בנתניה,²³⁵ שכל כולו יוצא נגד פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול.²³⁶ בית הדין מגדיר את חלקי פסק הדין המורים שאין לקבוע תנאי מכללא של היעדר שיתוף במקרה של אי־נאמנות מינית כתמוהים וחסרי כל היגיון,²³⁷ והדבר מראה את הסתירה שבין עקרונות הפסיקה בבית המשפט שאינם נותנים משקל לשיקולי האשם בגירושין, בניגוד לעמדת בית הדין.

ז. דרכי התמודדות

כאמור, ניתן לקבוע כי הפערים בין הערכאות גדולים והם מצב עובדתי נתון, ולכן עולה השאלה אם וכיצד ניתן להתמודד עם מצב זה (למצדדים בהלכת בבלי). תשובה אחת יכולה להיות שלא ניתן להתמודד איתו, וכל עוד לא יהיה שינוי חוק בנושא זה, יש להשלים עם כך

233 ראו בג"ץ 113/84 בנקובסקי נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד לט(3) 365, 371 (1985); הלכת וזגיא, לעיל ה"ש 232; הלכת 8928/06, לעיל ה"ש 49; הלכת 8537/18, לעיל ה"ש 47. דברים אלו מקובלים בעיקרם אף על דעת המיעוט של השופט שטיין בעניין בנקובסקי, שם, בפס' 11 לפסק דינו, בכל הנוגע לחוק יחסי מומן ושיקולים אלו.

234 ראו לעיל ה"ש 110; ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (נבו) 29.10.2013; בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית, פס' 46, המתייחסת אף לקשרים מיניים בהווה (נבו) 16.8.2021.

235 תיק (אזורי נתניה) 1236621/7 (נבו) 12.10.2021. ראו ביקורת דומה בתיק (אשדוד) 1338971/12 (נבו), 11.3.2023.

236 דנג"ץ 8537/18, לעיל ה"ש 47.

237 שם, בעמ' 32, 35.

שתוקפה של הלכת בבלי מוגבל. אף בהלכת בבלי עצמה נקבע כי היא מוגבלת למקרה שבו בית הדין נהנה משיקול דעת רחב ביותר (כדוגמת קביעת מהי טובתו של קטין),²³⁸ וכך גם במקרים שבהם בית הדין נהנה משיקול דעת רחב במישור הרכושי.

פתרונות אחרים אשר נדמה כי נזנחו בשנים האחרונות וטענות בעניינם אף אינן מועלות בעתירות המוגשות לבית המשפט,²³⁹ מבקשים לבחון את האפשרות לצמצם את מנגנון הכריכה שלפיו ייקבע שהיקף הרכוש בר הכריכה מצומצם, או שכריכת הרכוש אינה כנה. הדיון דלהלן בפתרונות אלו לא יקיף את מלוא הדיון בנושא, אך עדיין אבקש להציג את הדברים בתמצית, נוכח התמונה שמצטיירת לעיל. אפשרות זו של צמצום היקפו של מנגנון הכריכה נבחנה כבר בהלכת בבלי ונזנחה בשל נסיבותיו הספציפיות של אותו מקרה.²⁴⁰ עם האמור, בהלכת בבלי בית המשפט נדרש לטיעונו של אריאל רוזן-צבי כי כריכת ענייני הרכוש אינה כנה כשלעצמה, שכן מטרתה אינה רק להביא לדיון יעיל, אלא בעיקר לשלול זכויות מבן הזוג שרכשו נכרך.²⁴¹ טיעון זה לא נבחן בפסיקה עד היום, ובהלכת בבלי הוא הושאר בצריך עיון, שכן מדובר על פרשנות מרחיבה של מבחן הכנות.

בשנים מאוחרות יותר בית המשפט העליון מצא לנכון לקבוע, גם אם בפסק דין אחד, כי כריכה אשר מטרתה "להתדיין בפני בית הדין בסוגיה שבית הדין כלל אינו מכיר בה" אינה כנה.²⁴² הדברים נכונים במיוחד למוסדות שניכר שבית הדין אינו מוכן להכיר בהם מבחינה מהותית.²⁴³

על כך יש להוסיף את דוקטרינת אי-ההכרה, שלפיה "אי-ההכרה העקרונית-המושגית מצד המערכת הדתית באותו 'דבר' משפטי שקיים במערכת האזרחית – היא זה מושג, מוסד, קשר, הליך או מבנה משפטי – שוללת ממנה באופן עקרוני את הסמכות לדון באותו ה'דבר'".²⁴⁴ דברים אלו של רות הלפרין-קדרי הוכרו בבית המשפט העליון, ולפיהם דוקטרינה זו היא "מעין חזקה פרשנית לפיה המחוקק לא הסמיך את בית-הדין הדתי לעסוק בנושאים בהם אין הוא מסוגל לעסוק, כיון שבזאת נשללת מן התובע מניה וביה הזכות

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

239 ככל שניתן ללמוד על תוכנו של העתירות מפסקי הדין שמפורסמים.

240 הלכת בבלי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 235–236.

241 אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל התשנ"א 184, 203 (1991).

242 בג"ץ 2232/03 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א יפו, פ"ד סא(3) 496, 526 (2006). וראו גם הלכת בן יאיר, לעיל ה"ש 8, שבו נקבע כי הכריכה צריכה להיות "מתוך מאמץ כן להגיע להתדיינות יעילה ולפתרון צודק ומעשי בנושא זה".

243 בית המשפט הסתמך על כך שהדין ההלכתי אינו מכיר בחיובי מזונות לזוג שנישא בנישואין אזרחיים לפי האמור בפסק הדין המשלים של בית הדין הרבני (פסק דין זה פורסם במלואו בדין והדיין 5, 3 (2004)). פסקי דין שניתנו מאוחר יותר טענו כי לא כך הוא, וכי הדין הדתי כן מכיר במערכת של זכויות וחובות שנוצרו בין בני זוג גם אם אלו נישאו בנישואין אזרחיים בלבד. ראו לדוגמה תיק (אזורי טבריה) 1-21-80581 (נבו 2009.6.24); תיק/764411, לעיל ה"ש 118. והשוו לתיק 3/448866, לעיל ה"ש 58.

244 הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 213, בעמ' 143.

המוקנית לו על ידי הדין האזרחי.²⁴⁵ שאלת מקומה והחלתה של דוקטרינת אי-ההכרה על הסוגיות הנידונות במאמר זה הועלתה בכמה פסקי דין, אך נותרה ללא הכרעה.²⁴⁶ במקרים אחרים בחר בית המשפט לא להידרש אליה בשל היעדר ראיות מספיקות להחלת הדין הדתי,²⁴⁷ אך תוך כדי השארת פתח במשתמע שלפיו במקום שבו בעל דין אכן יוכל להוכיח זאת יהיה בכך כדי לשלול את סמכות בית הדין הרבני. עם זאת ניתן למצוא ניצנים להכרה בטענה זו בדברים שהזכיר השופט ג'ובראן בעניין שהתעוררה בו שאלת סמכות אחרת, ונקבע:

יש לפרש את הסכם הגירושין לאור שינויי הנסיבות בחיי המתגרשים, נכון גם לעניין הקניית הסמכות בהסדר... המדובר היה באשה גרושה שבחרה לחלוק את המשך חייה עם גבר שאינו בן לעדה הצ'רקסית. משכך, התעורר החשש כי פסיקה בעניינה על ידי ערכאה דתית (גם אם על פי הדין הכללי) עלולה להיות מוטת שלא לטובתה. במצב דברים זה, אף לו הייתה מסכימה במועד הגירושין על הקניית הסמכות לערכאה זו או אחרת, נדמה שלא היה מקום לראות בהסכמה זו כתקפה בעת פריצת הסכסוך.²⁴⁸

דברים אלו הם יישום של תאוריית אי-ההכרה בפועל מפני שבענייני קטינים בית הדין מחויב לפסוק לפי כללי המשפט האזרחיים, ובית המשפט הכיר בקיומו של חשש כי הערכאה הדתית תתחשב בשיקולים הדתיים ותהיה "מוטה" נגד האישה. דברים אלו מתאימים גם לסוגיות העוסקות במאמר זה, שכן הוצג כי בכמה וכמה סוגיות הכרעתו של בית הדין מוטה במידה שמצדיקה את שלילת סמכותו באותן הסוגיות.

ניתן לצרף דברים אלה לפסק דין נוסף שעסק בשאלת היקף הסמכות של בית הדין הרבני במקרה שבו ניסה בית הדין לפעול בניגוד להלכת **משולם**,²⁴⁹ אשר קבעה כי "אין בית הדין הרבני מוסמך לדון בעצם השאלה, האם אישה פלונית היתה ידועה בציבור של אלמוני המנוח, והאם בתור שכזו היא 'צד הנוגע לדבר' שהסכמתו נדרשת לשם הקניית סמכות לבית הדין הרבני לדון בעיזבון המנוח בהתאם לסעיף 155(5) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965".²⁵⁰ בפסק דין זה נרמז כי אין לאפשר זאת, בין היתר משום שאין בית הדין הרבני מכיר במוסד הידועים בציבור. בתי הדין ניסו לאתגר את פסק הדין, ובחלוף עשור שנים הגיעה הסוגיה שוב לפתחו של בית המשפט העליון בפרשת גרוני.²⁵¹ בית המשפט העליון חזר על עיקרי הלכת **משולם**. אולם בפסק דין זה נכתבו הדברים בצורה מפורשת וברורה:

245 בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פס' כה לפסק הדין של השופט רובינשטיין (נבו) 31.8.2017.

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

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

248 הלכת 6929/10, לעיל ה"ש 18, בעמ' 53.

249 הלכת **משולם**, לעיל ה"ש 18.

250 הלפרין-קדרי, "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל", לעיל ה"ש 213.

251 בג"ץ 4122/02 גרוני נ' בית-הדין הרבני הגדול ירושלים, פ"ד נז(1) 537, 543 (2002).

לסוגית הסמכות קיים היבט נוסף: מוסד "הידועים בציבור" הוא יציר כפיו של המחוקק הישראלי, ואין הוא קיים בהלכה היהודית...²⁵² אמנם, בפרשת משולם בית-הדין היה מוכן להחיל את הוראת סעיף 55 לחוק הירושה, ונראה כי גם במקרה שלפנינו בית-הדין מוכן לנהוג כך, אולם ידועה היא אימרתו המפורסמת של השופט זילברג "...כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית-המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית-הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדין, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק".²⁵³

יש לשים לב שהדגש בדברי בית המשפט אינו על אי-מוכנותו של בית הדין ליישם את הדין האזרחי ברמה ההצהרתית, שכן בית הדין הרבני הצהיר באותו המקרה על כוונתו ליישם את הדין האזרחי. ואולם נוכח אי-ההכרה של בית הדין בדין המהותי שאותו עליו ליישם, בית המשפט מצא לנכון להניח שיהיה הבדל ניכר ביישומו בין כותלי בית-הדין הרבני, מה שמצדיק את שלילת סמכותו של בית הדין בנושא זה. דברים אלו שצוטטו לעיל מתאימים ביותר גם לחלק מהמקרים שהובאו לעיל, שכן בית הדין אכן מצהיר שהוא מוכן לדון על פי הדין האזרחי, אלא שהתוצאות שאליהן הוא מגיע שונות בתכלית.²⁵⁴ עם האמור, ספק עד כמה ניתן למצוא פתרון בבית המשפט העליון, ואין אלא לחזור ולהזכיר את הדברים שהובאו במקרה של רות זפרן²⁵⁵ על משיכת ידיו של בית המשפט העליון מהתערבות בפסקי דין של בית הדין הרבני אף במישור היקף סמכותו של בית הדין, שהוא הנושא הקל ביותר להתערבות שיפוטית. יתרה מזו, ניתן להצביע על התערבותו בעבר

252 דברים אלו אינם מדויקים, שכן בהלכה קיים מוסד של פילגשות, אלא שהפילגש אינה זכאית לשום זכות לפי ההלכה, וודאי שלא לירושה אשר אף אשתו של אדם אינה זכאית לה. השאלה אם מותר לקיים חיים זוגיים עם פילגש שנויה במחלוקת ראשונים. על כל זאת באריכות ראו צבי זוהר "זוגיות על-פי ההלכה ללא חופה וקידושין" **אקדמות** יז 11 (התשס"ו); יהודה הרצל הנקין "אחריתה מי ישורנה?" **אקדמות** יז 33 (התשס"ו); שמואל אריאל "פילגשות אינה חברות" **אקדמות** יז 41 (התשס"ו); מיכל טיקוצ'נסקי ורחל שפרכר פרנקל "תזהירים מן הפילגש" **אקדמות** יז 67 (התשס"ו).

253 פרשת **גרונני**, לעיל ה"ש 251.

254 בשולי דברים אלו אבקש להעיר כי הקושי המרכזי שהוצב בפסיקת בית המשפט העליון בנוגע לטענות אלו, הנוגעות לכריכה, היה בכך שבעלות הדין לא כפרו בסמכות בית הדין בהזדמנות הראשונה, ובכך היה די כדי לדחות טענותיהן אלו על הסף (עניין **אליהו**, לעיל ה"ש 246, בעמ' 165-166). זהו מחסום גבוה, שכן אין לצפות מבעלי דין לשער כי הערכאה אשר תדון בעניינם תבקש להתנער מחובתה לפסוק לפי החוק, ובמיוחד כאשר לעיתים הדבר מתגלה רק בפסיקה אשר מתקבלת בסופו של דבר. אשר על כן נראה כי טענת סף זו תהיה נכונה רק במקרים שבהם בית המשפט העליון יקבל טענה זו בנוגע לנושא מסוים שיבוא לפניו, ומאותו היום ואילך, אך לא בנוגע לאותו מקרה ראשון, שבו בעל דין תוקף את היעדר היישום של הדין האזרחי, שאם לא כן, ספק רב אם אי פעם יגיע המקרה המתאים לפתחו של בית המשפט, מאחר שבעלי דין אינם מניחים כי בית הדין יתבקש שלא ליישם נכונה את הדין שאותו הוא אמור ליישם. טיעון זה דומה לטעמים שהוצגו בפסיקה כמצדיקים דיון בעתירה, הגם שזו עוסקת במעשה עשוי, בניסיונות שבהן ספק אם אי פעם יימצא תיק מתאים (בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241, 250 (1999); דפנה ברק-ארז **משפט מנהלי** כרך ד 394 (2017)). על זאת יש להוסיף כי חל ריכוך מסוים בדרישה זו של כפירה בהזדמנות הראשונה ובמיוחד בענייני רכוש (בג"ץ 6103/93 **לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד מח(4) 591, 619 (1994)) ובאופן המחזק עוד יותר את הטענה כי אין להקפיד הקפדה יתרה על הכלל בדבר הזדמנות הראשונה.

255 זפרן, לעיל ה"ש 18.

של בית המשפט העליון גם בפסקי דין שהיו בעלי שאלות יישומיות יותר של החלת הדין האזרחי,²⁵⁶ ואולם כיום כמעט שלא ניתן לראות פסקי דין כאמור אלמלא היה בהם רכיב בולט של שיקול זר שהנחה את בית הדין הרבני, כשאלת הנאמנות המינית בין בני הזוג. נסיגה זו אינה נסיגה רק ביחס לתקופה שלפני עשור שנים או שניים, שכן בעניין זה ניתן ללמוד אף מגלגוליה של הלכת גורפינקל-חקלאי בבתי הדין הרבניים.²⁵⁷ אי-הסכמתם של בתי הדין הרבניים עם הלכה זו מובנת משום שאפשרה לקבל הכרה מדינתית בנישואים אסורים לפי ההלכה, ולכן היו בתי דין רבניים שביקשו לעקוף את פסיקת בית המשפט העליון באמצעות קביעות שונות אשר היו נטועות לכאורה במסכת העובדות הפרטנית שנגעה לאותם בני זוג. כך למשל במקרה אחד הסביר בית הדין את מניעותו באישור הנישואין בדיני העדות ההלכתיים.²⁵⁸ במקרה אחר קבע בית הדין שהעדויות שהובאו לפניו סותרות זו את זו, אך מטעם זה אין בידו לסייע לבני הזוג אגב הצנעה מוחלטת של הרכיב האידאולוגי שבהתנגדות לסייע לבני זוג אלו.²⁵⁹ חרף זאת בית המשפט העליון מצא לנכון להתערב באותם המקרים בפסיקת בית הדין הרבני ולא לקבל את פסיקותיו ואת קביעותיו העובדתיות, אלא לפסוק לגופו של עניין. בפסקי דין אלה בית המשפט העליון דחה את הקביעות העובדתיות שאליהן הגיע בית הדין ואף דן בעובדות בעצמו. ודוק, באותם המקרים מדובר בהתערבות בגופו של הדין האישי. לכן הדברים הם קל וחומר שעה שמדובר בהתערבות בפסיקה בענייני רכוש, אשר אין מחלוקת שזו צריכה להסתמך על הדין האזרחי בלבד.

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

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

256 הלכת 7716/05, לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, בפס' 9 לפסק הדין של השופטת ביניש. וראו הלכת 4178/04, לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, בעמ' 254; הלכת 8214/07 לעיל ה"ש שגיא! הסימניה אינה מוגדרת, בפס' 25-32; בג"ץ 5416/09 פלונית נ' פלוני, פ"ד סג(3) 464, 494 (2010), שבהם בית המשפט נדרש לשאלות יישום מובהקות.

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

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

259 הלכת קידר, לעיל ה"ש 257.

בתי הדין הרבניים בנושא יישום הפסיקה האזרחית בבית הדין תצמצמם כמעט לחלוטין (מובן שאין בדברים אלו כדי לטעון שעל בית המשפט להידרש לעובדות ה"יבשות" שבית הדין קובע בפסק דינו, שכן בירורן של אלו מסור לערכאה הדיונית. עם זאת נדמה שיש לאמץ את החריג המוכר בפסיקה בכל הנוגע לערכאת הערעור בדבר אופן הסקת מסקנות מאותן עובדות).²⁶⁰

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

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