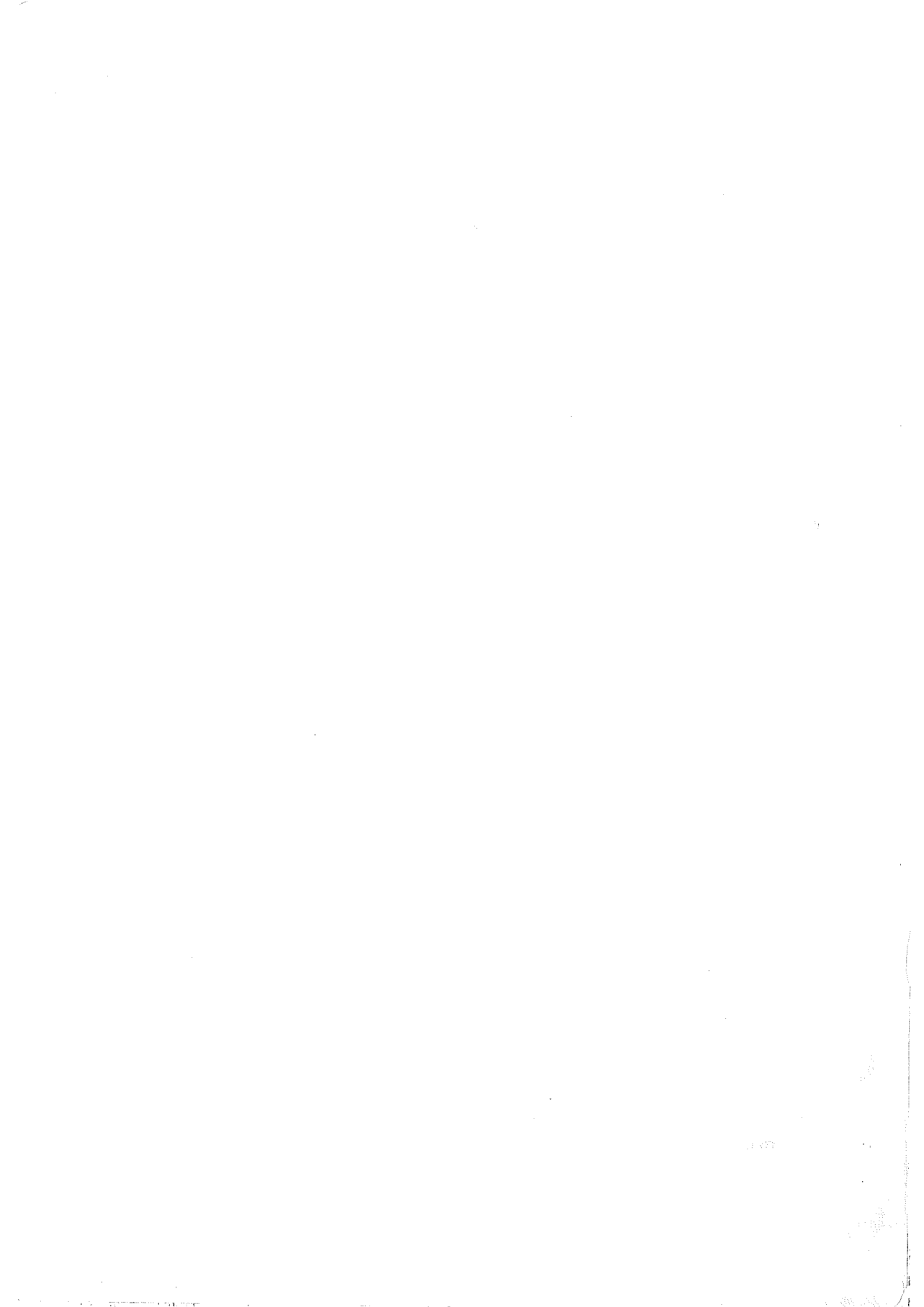


תקדים

תדפיס מתוך תקדים –
עיונים בחקר המשפט העברי וישומו

גליון ב' – קיץ תשמ"ט
בהוצאת מכון סנהדרין
ת"ד 9433, ירושלים 91093
© כל הזכויות שמורות



אריאל רוזן-צבי: פיצול השיפוט ופיצול הדין בענייני משפחה בישראל

ראשי פרקים:

- I. הקדמה
- II. פיצול השיפוט
 - א. כללי: תבנית הפיצול
 - ב. הלכת הכריכה: מירוך הסמכויות
- III. פיצול הדין: הדין והדין
 - א. כללי
 - ב. מערכות הדינים בערכאות שונות
 - ג. דין אחד — תוצאות אחרות
- IV. תוצאות הפיצול הכפול על השיטה המשפטית במישור הדין
 - א. ברירת פורום לפי התוצאות
 - ב. פיצול סטטוס ופיצול דינים על עניין אחד ועל בני זוג אחד

I. הקדמה

דיני המשפחה בישראל בנויים מרבדים שונים: רובד של דינים דתיים, עדתיים, עליו מורכב רובד אורחי. ככוונתנו לבחון את טביעות האצבע שמשאירה תופעת הפיצול של הדין ושל הדין על דיני המשפחה בישראל. הסיי-טואציה המיוחדת במשפט הישראלי מעלה שאלות שדיני משפחה במדינות רבות אינם נדרשים להן כלל ועיקר. מערכת נורמטיבית דתית המועברת בשלמותה לתוך מערכת של אידיאולוגיה מודרנית והתנהגות מתירנית יוצרת קצר של אידיאולוגיה ודין. תהליכים שונים מתרחשים הן כשיטה המשפטית והן בחברה, והדבר משאיר את עקבותיו על המשפחה, על התפתחות הדין ועל תפיסת הצדק. כך, למשל, מתעוררות השאלות:

מה מתרחש בשיטה מופצלת מבחינת מערכות היחסים בין ערכאות השיפוט השונות? מהם המאפיינים המיוחדים של השיטה הישראלית הנובעים מדפוס משפטי מיוחד זה? מהן התופעות המלוות את תהליך הפיצול?

כיצד מושפע ציבור המתדיינים הישראלי מן התהליכים העוברים על השיטה ומן ההתמודדות השיפוטית?

כיצד הפיצול האמור משפיע על זכויות המתדיינים וחבויותיהם?

האם ניתן לנצל את המצב המשפטי המיוחד כדי לזכות ביתרונות, והאם השיטה ערוכה כדי לקדם ניצול לרעה של ה"תפרים" הנוצרים בשיטה בין מערכות הדינים ומערכות השיפוט השונות?

לא בכל השאלות נוכל לדון בהרחבה. רשימה זו תעסוק בחלק הראשון של הנושא. במסגרת זו יידון הפיצול על שני מרכיביו, פיצול הדין ופיצול הדין. בהקשר זה תנתן הדעת למאפייני השיטה הנובעים מן הפיצול הכפול במישור הדין. על מאפייני השיטה במישור הסמכות ובמישור העקרוני, ועל התופעות המתלוות לפיצול באופן כללי נעמוד ברשימה אחרת.

II. פיצול השיפוט

השיפוט בעניינים שונים הנוגעים לדיני משפחה מפוצל בכמה מובנים. נסתפק כאן בתיאור סכמטי וקצר של תבנית הפיצול של השיפוט בהקשרים השונים. לאחר מכן תנותח ביתר פירוט הלכת הכריכה הנושאת באחריות לא מועטה לחלק מתופעות הפיצול בשיפוט, וממילא גם בדין, בענייני משפחה בשיטתנו המשפטית.

II (i) כללי: תבנית הפיצול

1. פיצול לערכאות עדתיות

בישראל מספר עדות דתיות מוכרות, כמוגדר בסימן 2 לדבר המלך במועצתו.¹ לחלק הארי מעדות דתיות אלה ערכאות שיפוט משלהן, שהוקמו מכח הוראות סימן 51 (2) לדבר המלך במועצתו או מכח חקיקה ישראלית. סמכותם העקרונית של בתי-הדין הדתיים לדון בענייני המעמד האישי נקבעה בסימן 51 (1) לדבר המלך במועצתו ומאוחר יותר גם בדברי חקיקה ישראלים.² הכרה בעדה דתית, לפי סימן 2 לדבר המלך במועצתו, פירושה שיפוט אוטונומי לאותה עדה דתית. הקמת בתי-דין דתיים ומסירת סמכות שיפוט לבתי דין אלה מחייבות חקיקת חוק מפורש.³

1 רשימת העדות הדתיות המוכרות מופיעה בתוספת השניה לדבר המלך במועצתו.
 2 כגון חוק שיפוט בתידין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, וחוק הדיינים, תשט"ד-1955; חוק בתי-הדין הדתיים הדרוויים, תשכ"ג-1962.
 3 ר' בג"צ 866/78 מורד נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר (2) 657, 662. כן ר' מ' שאוה, הדין האישי בישראל (מהדורה שניה, תשמ"ד), עמ' 161 ואילך.
 בישראל עדות דתיות מוכרות, המופיעות בתוספת לדבר המלך, שאין להן בתי דין המוסמכים לדון בענייני המעמד האישי של בני ערצם. הכוונה לכנסיה האוונגלית האפיסקופלית ולעדה הבהאית. חוק ישראלי שהעניק סמכות לבתי-הדין הדתיים הדרוויים, תשכ"ג-1962.

2. פיצול בין ערכאות דתיות ואזרחיות

עניינים שונים מתחום דיני המשפחה נידונים בערכאות שונות, אם דתיות ואם חילוניות. הם נידונים כאופנים הבאים:
 בסמכות יחודית⁴. היחודיות באה לידי ביטוי, בדרך כלל, בפניה ישירה. אולם היחודיות עשויה לנבוע מפניה משנית, דהיינו: מכריכה של עניינים שונים בתביעת גירושין⁵. סעיף 3 לחוק בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, קובע כי כל עניין הכרוך בתביעת גירושין יהיה בסמכותו היחודית של בית-הדין. על ההלכה ומשמעותה נרחיב בהמשך.

סמכות מקבילה בין ערכאות דתיות לאזרחיות⁶.

סמכות על פי ברירה של צד⁷.

3. פיצול בין ערכאות אזרחיות בינן לבין עצמן

כך, למשל, נידונים ענייני ילדים בבית המשפט המחוזי וכבית המשפט לנוער. בהקשרים מסוימים, יידון עניין משמורת קטינים במסגרת סמכות הבג"צ לפי סעיף 15 (ד)(1) לחוק יסוד: השפטיה⁸. גם עניינים הנוגעים לחלוקת נכסים בין בני הזוג עשויים להידון במקרים מסוימים בבית המשפט המחוזי ובמקרים אחרים בבית משפט השלום⁹.

- 4 כך, למשל, ענייני נישואין וגירושין מצויים בסמכותם היחודית של הערכאות הדתיות השונות; ענייני אהות — בסמכותו היחודית של בית המשפט המחוזי (ע"א 283/72 בוארון נ' בית הדין הרבני, פ"ד כו [2] 727). כשהצדדים מוסלמים רוב ענייני המעמד האישי נדונים בבית-הדין השרעי בסמכות יחודית (כיד"מ 1/62 אבראנג'לה נ' פקיד הרישום, פ"ד יז 2751).
- 5 סמכות נכרכת, לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, הופכת להיות יחודית בין כאשר העניין כרוך מעצם טיבו וטבעו בעניין הגירושין (תביעה להחזקת קטין) ובין כאשר העניין נכרך בפועל בתביעה העיקרית ונתקיימו מבחני הכריכה המוקדמים והמאוחרים. על הלכת הכריכה במפורט ר' להלן.
- 6 מוזנות ילדים קטינים שאינם מוסלמים; תביעה להחזקת קטין שאינו מוסלמי; תביעות רכושיות בין בני זוג בנסיכות שונות.
- 7 תביעת מוזנות של אשה יהודיה שאינה כרוכה בתביעת גירושין. דוגמאות לפיצול ר' במאמרי "על ספרו של פנחס שיפמן: דיני המשפחה בישראל, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה", משפטים טו (1986) 476, 477.
- 8 לאחרונה ר', למשל, בג"צ 405/83 קבלי נ' קבלי, פ"ד לו (4) 705; בג"צ 836/86 בכר נ' גייל, פ"ד מא (3) 701. כן ר' בג"צ 36/77 בולשטיין נ' בולשטיין, פ"ד לא (2) 536.
- 9 תביעה למתן פסק דין הצהרתי על זכויות בן הזוג ברכוש ברויגו תידון בבית המשפט המחוזי ואילו תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין תכלול במסגרת סמכותו של בית משפט השלום לפי חוק בתי המשפט (נוסח משולב). ר' ע"א 472/83 אריאלי נ' אריאלי, פ"ד מא (3) 200; ע"א 736/85 לזר נ' לזר, פ"ד לט (4) 668; בג"צ 635/82 וינברג נ' בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד לו (4) 253.

4. קיומה של ערכאה להפנית סמכות

הכוונה לסמכותו של נשיא בית המשפט העליון לצורך ברירת שיפוט בין הערכאות הדתיות¹⁰ או לברירת שיפוט בין ערכאות דתיות לערכאה האזרחית¹¹.

5. קיומן של ערכאות מיוחדות לבירור סכסוכי סמכות, בין לקביעת ענייני המעמד האישי ובין לקביעת פרום בהקשר לצדדים המעורבים¹².
6. ערכאת פיקוח על בתי הדין להכרעה במקרים של חריגה מסמכות¹³.

מבחן השיפוט כורך בצוותא חרא את שאלת ההשתייכות הדתית¹⁴, יחד עם סוגי העניינים הנדונים או מבחן העילה (למשל, ענייני נישואין וגירושין, מזונות, אפטרופסות וכיו"ב)¹⁵, בתוספת זיקות שיפוט נוספות, בין אישיות ובין טריטוריאליות (למשל, אזרחות, מושב בישראל וכיו"ב)¹⁶. הקושי בקביעת קיומן של זיקות כאלה ובהכרעה בגינן מתעורר, כאשר זיקות שונות גוררות את המתדיין לערכאות שיפוטיות אחרות. כאשר ההשתייכות הדתית נתבעת על ידי מספר עדות דתיות, נכנס למערכת גורם נוסף הגורר אחריו, מטבע הדברים, קשיי הכרעה נוספים¹⁷.

- 10 סימן 55 לדבר המלך במועצתו.
11 חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969.
12 בית-הדין המיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך במועצתו.
13 בית המשפט הגבוה לצדק במסגרת הסמכות המוקנית לו בסעיף 15 (ד) לחוק יסוד: השפיטה.
14 בעניין זה ר' פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד), עמ' 49-90, — "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה", משפטים טז (1986), עמ' 212; מ' שאוה, "השפעת המרת דת על סמכויות השיפוט בענייני המעמד האישי", עיוני משפט י (1984), עמ' 177; — "השפעת המרת-דת על השיפוט בענייני התרת נישואין", עיוני משפט י (1984), עמ' 619; א' מעוז, "מעמדו של מומר", משפטים ז (1977), עמ' 442.
15 ר' א' רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב), עמ' 84-95.
16 ר' א' רוזן-צבי, "הסמכות הבינלאומית של בתי-המשפט ובתי-הדין הרבניים", עיוני משפט ב (1972), עמ' 759; מ' שאוה, "תנאי הסמכות של בית-הדין הרבני בענייני נישואין וגירור שיו", הפרקליט לב (1978), עמ' 39; — "על משמעות 'בישראל' שבחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953", הפרקליט לד (1982), עמ' 251; א' מעוז, "סמכותם האקסטרא-טריטוריאלית של בתי-הדין הדתיים", הפרקליט לח (1988), עמ' 81.
17 ר', למשל, ע"א 86/63 אל-צפרי נ' בנימין, פ"ד יז 1419; בג"צ 238/75 מורחיו נ' בית-הדין השרעי, נצרת, פ"ד ל (1) 377; בג"צ 148/84, שמואל נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פ"ד לט (4) 393. כן ר' לעיל, המקורות בערה 16.

בשיטתנו מתקיים מירוך סמכויות בין בעלי הדין על הערכאה השיפוטית המועדפת ומאבק סמכויות בין הערכאות¹⁸. את אלה נושאת השיטה על גבה כמורשת היסטורית מאז התקופה העותמאנית. אולם, ככל שחולף הזמן מחריפה הבעיה. פיצול השיפוט אינו עולה בקנה אחד עם המגמות החדשות, הן באשר למבנה מערכות שיפוט והן באשר לתפיסת דיני המשפחה. איחודן של מערכות שיפוט ואחידותן לצד תפיסה אינטגרטיבית של מערכת שיפוטית ושל מערכות טיפוליות ושיקומיות אינם מתיישבים עם פיצול השיפוט בענייני משפחה. יתר על כן, מספר ההתדיינות בענייני משפחה עולה בהדרגה משנה לשנה, ומספר האנשים המעורבים בהם גדל והולך¹⁹.

המחוקק היה, כמובן, ער למאבק הסמכויות בין הערכאות בעת חקיקת חוק שיפוט בתידין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. במועד הצגת הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי דין רבניים), תשי"ג-1953, לקריאה ראשונה, נאמר מפי סגן שר הרתות דאז, הר"ר ז' ורהפטיג:

"יש אצלנו ויכוח נוקב, מה רוצה הציבור בעניינים אלה, האם הוא רוצה את השיפוט בבתי הדין או בבתי המשפט. עתה תינתן האפשרות לתובעת להחליט מה היא רוצה. כעבור שנים אחדות נראה כיצד מתפתחים העניינים והיכן ימצאו רוב ענייני... — בבתי הדין או בבתי המשפט"²⁰.

אכן הגיע הזמן לראות כיצד התפתחו העניינים במשך למעלה מ-35 שנה ולהסיק את המסקנות המתבקשות מן הממצאים²¹.

18 על מאבק הסמכויות בין הערכאות עצמן, ר', בין היתר, י' כהן, "שיפוט רבני ושיפוט חילוני", דיני ישראל ז' (תשל"ז) ר"ה; י' שילה, "חפיפת סמכויות בין הערכאה הרתית לערכאה החילונית — המצוי והרצוי", עיוני משפט ב (1972), עמ' 646; הרב ש' ריכובסקי, "סמכות בתי הדין הרבניים כראי פסיקת בתי הדין", דיני ישראל י"א (תשמ"א-תשמ"ג) ט; — "בתידין רבניים ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם", דיני ישראל יג"ד (תשמ"ו-תשמ"ח) ז.

19 על-פי נתונים סטטיסטיים, אחד מתוך חמישה ער ששה זוגות מעורב בהליכי גירושין בשנות השמונים. לעומת זאת רק אחד מתוך כעשרה זוגות היה מעורב בהליך כאמור במחצית הראשונה של שנות השבעים. מספר הנישאים דורך במקום ואף נמצא בירידה, כמספרים אבסולוטיים ולא רק יחסיים, מאז תחילת שנות השבעים. לעומת זאת, מספר הגירושין עולה משנה לשנה. לרונגא, בעוד בשנת 1975 היה היחס בין גירושין לנישואין זוג גרוש אחד לכל 10.43 זוגות שנשאו, הרי בשנת 1986 היה היחס זוג גרוש אחד לכל 5.92 זוגות שנשאו. ר' שנתון סטטיסטי לישראל 1987 (מספר 36), לוח 1/ג, בעמ' 90.

20 ד"כ 14 (תשי"ג), בעמ' 1411.

21 דבריו של ר"ר ז' ורהפטיג נאמרו, אמנם, ביחס לברירת האשה בעניין מזונותיה, בסעיף 4 לחוק השיפוט, אך העקרון המבוטא בהם יפה גם בקשר לסמכויותיהן של ערכאות השיפוט בעניינים אחרים.

מאז נחקק חוק שיפוט בתי-דין רבניים הצביע הציבור הישראלי על הערכאה המועדפת בדרך של פתיחת תיקים משפטיים, ואמר את דברו בעניין התחרות החפשית.

מאז שנת 1960 ועד שנת 1986 חל גידול של למעלה מפי 20 בתביעות מזונות בבתי המשפט המחוזיים וגידול של פי 3.3 בלבד בתביעות כאלה בבתי-הדין הרבניים. מספרים אלה משמעותיים עוד יותר, הואיל ובמסגרת תביעות המזונות שנתבררו בבתי-הדין הרבניים כלולות גם תביעות שלא הוגשו מתוך בחירה של האשה, אלא הגשתן או בירורן נכפו עליה בשל דין הכריכה.

בשנת 1960 נתבררו בבתי המשפט המחוזיים 194 תיקי מזונות לעומת 3925 תיקי מזונות שנתבררו בהם בשנת 1986. לעומת זאת, בשנת 1960 נתבררו בבתי-הדין הרבניים 1935 תיקי מזונות לעומת 6412 תיקים כאלה שנתבררו בהם בשנת 1986. ההפרש ביחס תביעות המזונות בין בתי-הדין הרבניים לבתי המשפט המחוזיים, שעמד בשנת 1960 על כ-99% לטובת בתי-הדין, קטן עד שנת 1986 ועמד על כ-60% בלבד לטובת בתי-הדין. היחס הולך ויורד באופן הדרגתי במשך השנים.²²

הגידול ההדרגתי, העקבי והמשמעותי במספר תביעות המזונות הנדונות בבתי המשפט המחוזיים על חשבונם של בתי הדין הרבניים מדבר בעד עצמו. הוא מעיד כאלף עדים על ברירת הציבור ועל העדפותיו.

II (ii) הלכת הכריכה: מירוץ הסמכויות

1. כללי

סעיף 3 לחוק בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, קובע, כי כל עניין הכרוך בתביעת גירושין יהיה בסמכותו היחודית של בית-הדין. במשך השנים נוצרו בפסיקה כללים טכניים, מפורטים ומדוקדקים, הקובעים את חלוקת הסמכות ותנאיה לפרטי פרטים ועל-פי דקויות עובדתיות וניסוחיות שונות.²³

22 הנתונים לקוחים מתוך סטטיסטיקה משפטית 1960, 1961 (סדרת פרסומים מיוחדים מס' 146, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשכ"ג), לוח 19, עמ' 32; לוח 35, עמ' 64; סטטיסטיקה משפטית 1986 (סדרת פרסומים מיוחדים מס' 812, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים תשמ"ח), לוח 12, עמ' 22; לוח 18, עמ' 31.

על מגמה זו ר' גם מ' דרורי, "סררי דין חדשים בתביעות למזונות", הפרקליט לא (תשל"ז), עמ' 317, 337-338.

23 על הלכת הכריכה באופן כללי, ר' א' שינבויס, ב' דון-יחיא, דיני מזונות (מזונות אשה, סמכויות), חלק ב (תליאכבי, תשמ"ו), עמ' 423-531; מ' שאוה, "על 'כרוך' ועל 'כנות' — היפסק מירוץ הסמכויות בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בתי-הדין הרבניים"

כתוצאה מן הכלל ודרך התפתחותו בפסיקה, נוצר מצב שלפיו בן זוג המבקש להתדיין בעניין כלשהו בערכאה שיפוטית מסוימת דוקא חייב לנקוט יזמה, להזדרז ולהגיש תביעה. אם לא יעשה כן, ובן הזוג האחר יקרימו, יפסיד את היתרון שהתדיינות בערכאה מסוימת עשויה להעניק לו. הלכת הכריכה מובילה, אפוא, למרוץ סמכויות בשיטה המשפטית. היא יצרה תופעות קשות בהתדיינות בין בני זוג בענייני אישות במציאות הישראלית. היא היתה לנטל מכביד על המשפחה ועל רווחתה.

2. ניתוח ואפיון

2.1. המטרה וסיכולה

מטרת הלכת הכריכה היתה למנוע פיצול דיונים ולגרום להסדר שלם ומשולב, אחד ויעיל של כל העניינים הטעונים הסדר עם פקיעת קשר הנישור אין²⁴.

בהביאו את הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתידין רבניים), תשי"ג-1953, לדיון בקריאה הראשונה לכנסת הטעים סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, את טעמי הלכת הכריכה:

"ראשית, ...פעמים אין הגט יכול להנתן בלי להסדיר את עניין המזונות... שנית, ...הסדר עניין המזונות הוא לעתים אחר התנאים והאמצעים למתן גט, כשצד אחד אינו רוצה בכך... הנימוק השני, ...יש לתת לבתי-הדין סמכות בעניין שלם... נימוק שלישי, ...חלוקת סמכויות... עלולה לגרום לעתים קרובות להרס של משפחות... תפקידו של בית-הדין הוא לנסות להשלים ביניהם... אם יש לבית-הדין סמכות בעניין הסדר-ביניים למזונות — הוא יכול להשהות את פסקיהדין, ובינתיים לפשר בין הצדדים ולהשתדל לחפש דרך לדרחות את הכרעתם לתקופה מסוימת."²⁵

למטרות אלה אין היום שום קיום ולא נותר מהן כל מאומה.

ראשית, הואיל ואת הכריכה מבצעים בדרך כלל הבעלים, התובעים גירושין, לא בא מוסד המזונות לידי ביטוי כאמצעי לחץ על הבעל למתן גט. לעתים פועלת מניעת המזונות כלחץ על האשה, שהיא בדרך כלל הצד החלש בין השניים. אולם, לחץ כזה אינו מועיל הרבה לבעל. אשה העורכת את חשבון הרווח

עיוני משפט כ, עמ' 719; א' רוזנצבי, "הלכת הכריכה" ומרוץ הסמכויות והשפעתם על המשפחה וריני המשפחה, עיוני משפט יג (תשמ"ט).
 24 למטרת הכריכה ראה ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1466; ע"א 501/64 וינשטוק נ' וינשטוק, פ"ד יט (1) 533, 537; ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, פ"ד כו (1) 735, 740; ע"א 660/70 שלום נ' שלום, פ"ד כה (2) 701, 706.
 25 ד"כ 14 (תשי"ג), עמ' 1408, 1411.

וההפסד יודעת, כי לאחר הגירושין היא לא תקבל מזונות וממילא מצבה הכלכלי לא ישתפר. כחשבון הכולל שהיא עורכת, המשקל של מניעת מזונות כלחץ לגיי-רושין הוא קטן.

שנית, תפקידו של בית-הדין כמתווך וכמפשר אינו קיים הלכה למעשה. יתר-עליכן, המזונות כהסדר-ביניים אינם סגולה להתרככות ולמחשבה נוספת.

שלישית, והיא העיקר, הלכה למעשה סוכלה מטרת הכריכה מראשיתה, מעצם בריאתה. הטעם העיקרי לכך הוא המשך הפיצול בסמכות, על כל הפגמים שפיצול כזה מביא בעקבותיו²⁶. תביעה שהוגשה בבית המשפט האזרחי עובר לכריכת עניין מסוים בתביעת גירושין, נשארת בסמכותו של בית המשפט גם לאחר הכריכה²⁷. כתוצאה מכך, כל אחד מן הצדדים מבקש לאחוז ידו ראשונה בערכאה הנראית נוחה לצרכיו והעשויה להגן ביתר שאת על האינטרסים שלו.

דווקא הלכת הכריכה היא הגוררת את השיטה למירוץ הסמכויות. ממילא משמשת הלכה זו עצמה גורם המאיץ את הליך ההירדררות במשפחה. הלכה זו היא המונעת מירווח זמן של שיקול דעת ומחשבה נוספת. הטענה כאילו מטרת הכריכה היא פיוס במשפחה והפעלת אמצעי פישור בין בני זוג מנותקת כליל מן המציאות, והיא נשמעת היום אירונית ואבסורדית.

יתר-עליכן, ברבות הימים ידעה הלכת הכריכה מכשלות נוספות על המכשול הראשוני של המשך הפיצול. שורה ארוכה של כללים משפטיים מגבילים, חלקם טכניים, חלקם מלאכותיים וחלקם מסורבלים, הותירו את רישומם בחוסר ודאות ובאי-בהירות בפסיקה. הלכת ה'כריכה' הפכה למערכת כללים סבוכה ומורכבת המשמשת נשוא לדיונים אין-ספור.

מטרותיה של הלכת הכריכה נמצאו, אפוא, מסוכלות כליל.

2.2 כללי הלכת הכריכה והמגמה לצמצום סמכות בית-הדין

2.2.1 האסכולה המצמצמת

בית המשפט העמיד את הלכת הכריכה על מסלול צר ומוגבל. מלכתחילה רווחו אסכולות שונות בבית המשפט העליון²⁸, האחת מרחיבה²⁹ והאחרת מצמצמת³⁰. בסופו של התהליך גברה ידה של האסכולה המצמצמת³¹.

26 ר' להלן.

27 ר' ע"א 104/54 הרניק נ' הרניק, פ"ד ח 995, 996; ע"א 191/57 פנחס נ' פנחס, פ"ד יא 1349.

28 על האסכולות השונות בפרשנות הסעיף, ר' י' שילה, לעיל, הערה 18, בעמ' 656-657, 663.

29 על גישה זו ר' במיוחד אצל י' קיסטר בהלכת שלום, לעיל, הערה 24, בעמ' 706. השופט

מוקד המחלוקת, בין הגישה המרחיבה את סמכות בית-הדין לבין זו המצמצמת, הוא היחס בין הברירה המוענקת לאשה בבחירת פורום ההתדיינות בענייני מזונות, כמפורט בסעיף 4 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים, לבין סעיף ה'כריכה', סעיף 3 לחוק. היש להעדיף הוראה אחת על משנה, וכיצד לאזן בין שתי ההוראות העשויות להביא לתוצאות נוגדות? המרחיבים מעניקים משקל עודף לסעיף הכריכה ולסמכותו של בית-הדין. המצמצמים מבקשים לשמור עד כמה שאפשר את זכות הברירה של האשה, למנוע ככל שניתן את החלשת כוחה בקביעת הסמכות בענייני מזונות ולהגן במידת היכולת על סמכותו של בית המשפט.³²

זכות הברירה שהוענקה לאשה בלבד במסגרת סעיף 4 לחוק השיפוט הוסכרה בעת הגשת הצעת החוק לקריאה ראשונה בכנסת כאיזון חיוני הנדרש בשל חולשתה של האשה לעומת הבעל:

"האשה היא הצד החלש יותר... החוק צריך לבוא לעזרת החלש כלפי החוק. החוק צריך לדאוג לכך, שאנשים ימצאו תמיד במצב של שיוויון, ואם הוא רואה שצד אחד מקופח במציאות — הוא צריך לבוא להגנתו יותר מאשר להגנת הצד שאינו מקופח כל כך. לכן, בגלל אי-השיוויון הקיים במציאות, נותן החוק זכות זו של בחירה רק לאשה."³³

אין כל הגיון לבטל או לפגוע בזכות הברירה דווקא ברגע המכריע שבו נדרשת ההגנה על החלש, דהיינו: לעת משבר בחיי הנישואין. מבחינה זו אין כל הגיון בהלכת הכריכה. מגמת הצמצום שנקטה ההלכה הפסוקה, בפירושו של סעיף 3 לחוק, לאור האיזון הנדרש עם סעיף 4 לחוק, מתיישבת יפה עם המטרה החקיקתית של סעיף 4.

- קיסטר מוסיף שם (בעמ' 2707): "לפי דעתי אין על בית-המשפט לעודד ריבוי משפטים בין בני-הזוג ולחפש פירושים רחוקים לסעיף 3 כדי לאפשר לבני-הזוג הרוצה בכך להרבות הליכים משפטיים ואף להטריד את בני-הזוג ללא צורך וללא תכלית" (ההדגשה שלי — אר"צ); כן ר' הלכת אלכסנדר, לעיל, הערה 24, בעמ' 740.
- 30 גישה זו באופן בולט ר' אצל ח' כהן בהלכת שלום, לעיל, הערה 24, בעמ' 709.
- 31 בית המשפט עצמו מתייחס לכללי הכריכה שקבע כצמצום, ר' ע"א 246/81 גוטהלף נ' גוטהלף, פ"ד לו (4) 673, 679. על מגמת הצמצום, ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 44-45; —, "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות-האשה לבין ענייני נישואין וגירושין", משפטים ד (תשל"ג), עמ' 374, 377; י' שילה, לעיל, הערה 18, עמ' 659.
- 32 על הצורך באיזון האינטרסים השונים המשתקפים בסעיף 4 לחוק לעומת סעיף 3 לחוק כדי שלא לרוקן את זכות הברירה של האשה, הלכת וינשטוק, לעיל, הערה 24, בעמ' 538; בג"צ 552/83 שליו נ' בית-הדין הרבני האיזורי בירושלים, פ"ד לח (2), 67, 73.
- 33 ר' דברי סגן שר הרתות דאו, ר"ר ז' ורהפטיג, ד"ב 14 (תשי"ג), בעמ' 1412.

2.2.2. המדיניות המשפטית

במכתב היסטורי על צמצומה של הלכת הכריכה ניתן לגלות ביטוי של מדיניות משפטית מובהקת, בחלקה גם מוצהרת. התהליך היה הדרגתי. בראשית הדרך רווחה מגמה להעניק להלכת הכריכה את מלוא משמעותה ולהרחיב את סמכות בית-הדין. במשך הזמן הלכה מגמה זו והשתנתה מן הקצה אל הקצה. כפי שהראינו, מפעיל בית המשפט טכניקות שונות ודרכי פירוש, לעתים סבוכות או דחוקות³⁴, כדי לממש את מדיניותו השיפוטית. גישתו זו של בית המשפט נבעה ממספר טעמים שונים, והושפעה, בין היתר, מתהליכים שונים. על אלה אנו מבקשים לעמוד בשורות הבאות:

א) ככל שהתברר, כי השגת המטרה שהציג לעצמו המחוקק בהלכת הכריכה היא בגדר מקסימום, רעה ההתלהבות וממילא נעצרה מגמת הפירוש המרחיב והתחיל תהליך הפוך.

ב) בית המשפט מבקש למנוע שימוש לרעה באמצעי זה של הכריכה. חלק מן המבחנים המצמצמים נועד לוודא, כי הכריכה משרתת את התכלית שנועדה לה, ולהגן על האשה ועל סמכותו של בית המשפט האזרחי³⁵.

בית המשפט נוכח לדעת, כי הלכת הכריכה טומנת בחובה סיכונים לא-מעטים למשפחה וליחידיה. היא עשויה להעניק אמצעי להשגת יתרונות בלתי-הוגנים דווקא ל'זרין' ול'חוטא'³⁶. הרחבתה היא בגדר של שימת מכשול ולא בגדר של התרת סכך.

ג) ככל שנוצרה תבנית של שימוש בכריכה כאמצעי טקטי, נפגע החלש בין בני הזוג. צמצום הכריכה היה בגדר הגנה על הצד החלש.

ד) בצד כל אלה, לא ניתן להתעלם ממאבק הסמכויות העקרוני בין בית המשפט לבית-הדין³⁷. מאבק זה משפיע על ההימנעות מהרחבת סמכות בתי-הדין הרבניים על חשבון סמכותן של ערכאות השיפוט האזרחיות.

הוראת סעיף ה'כריכה' הוגדרה על ידי בית המשפט במקרה אחד כ"מרחיקת לכת"³⁸. לפי הלך מחשבה זה יש לתת לה פירוש צר. עמדה זו מבוססת על כך, שסעיף 3 לחוק השיפוט לא זו בלבד שהוא מצמצם את ברירת השיפוט של האשה, אלא הוא מוציא את הסמכות מבית המשפט המחוזי, שהוא מקיים בידו את חזקת הסמכות הכללית³⁹. המגמה היא, אפוא, להעמיד את החריג בגבולותיו ולשמר את סמכותו של בית המשפט עד כמה שאפשר.

34 ר' השופט י' קיסטר בהלכת שלום, לעיל, הערה 24, בעמ' 707.

35 ר' להלן בטכסט, סמוך להערות 44-46.

36 ר' מ' שאוה, לעיל, הערה 23, בעמ' 725-726.

37 ר' לעיל, המקורות בהערה 18.

38 ע"א 423/79 צברי נ' צברי, פ"ד לה (4) 242, 246.

39 הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 73. על מגמה עקרונית כזו בנוגע לסמכות של בית-

ה) יחס בתי-הדין אל ציבור היעד שלו, אל הליך ההתדיינות ואל הרשויות החיי-
לוניות משפיע אף הוא על שופטי בית המשפט ועל גישת הפסיקה. כך, למשל,
משפיעה על המגמה המצמצמת של הפרשנות הימנעותם של בתי-הדין מלאזכר
את חוקי המדינה, דבר הגורר אחריו שובל של טרוניה וביקורת.⁴⁰

ו) בית המשפט אינו אדיש ואינו יכול להיות שווה-נפש לעמדת הציבור כלפי
בית-הדין. העובדה, כי ככל שניתנה ברירת שיפוט לציבור הוא הרבה להירפק
על דלתותיו של בית המשפט ונמנע ככל האפשר מפנייה לבית-הדין⁴¹, עושה
את שלה. ההתדיינות בבית-הדין, כאשר סמכותו אינה יחודית, נתפשת כמי
שבאה לשרת את האינטרס הצר של המתדיין בלי לבחון ביסודיות ותוך רוחב
ראיה מספיק את טובת המשפחה או הילדים. בית המשפט נענה, אפוא, באופן
הדרגתי למשאלות הציבור.

ז) משאלות הציבור יחד עם הליכי ההתדיינות בבית המשפט, הקרובים יותר
להשקפותיו של רוב הציבור, והשוני בתוצאות ההתדיינות גררו אחריהם מגמה
מצרה המאפיינת הליך של סגירת פערים בין הדין הדתי לבין המציאות הישרא-
לית.⁴² צמצום הסמכות של בית-הדין הרבני בשאלות כרוכות משמש אמצעי
נוסף לסגירת פערים כאמור. ההנחה היא, כי בית המשפט נענה יותר מאשר בית-
הדין למצוקות הרווחות במציאות חיינו וקרוב יותר לרוב הציבור הישראלי,
שאינו שומר תורה ומצוות. אחד האמצעים המשפטיים שבית המשפט מפעיל
אותו הוא, כאמור, יצירת איוון בין סעיף 3 לסעיף 4 לחוק ושמירת ברירת
השיפוט של האשה.⁴³

2.2.3. אופני הגבלת הלכת הכריכה וצמצומה

הגבלת הלכת הכריכה וצמצומה מוצאים את ביטויים בתחומים רבים ומגוון

נים:

(א) הצבת מבחן הכריכה המשולש: תביעת גירושין כנה, כריכה כדין וכריכה

כנה.⁴⁴ מטרת מבחן הכריכה על שלוש זרועותיו היא כפולה:

הדין הרבני בכללותה, ר' השופט ברנזון בכג"צ 3/73 הכנוף נ' בית הדין הרבני האיזורי
בתל-אביב, פ"ד כט (1) 449, 453: "מדובר בהענקת סמכות לבית-דין שמחוץ למערכת
בתי-המשפט האזרחיים הרגילים, וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל
האפשר".

40 ד"נ 23/69, יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 809-810.

41 ר' לעיל, הערה 22, והטכסט הסמוך לה.

42 על סגירת פערים בתחום דיני המשפחה, ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 7, מעמ' 485 ואילך.

43 ר' גם י' שילה, לעיל, הערה 18, בעמ' 665-666.

44 על המבחן המשולש, ר' ע"א 118/80, גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לר (4) 155, 157; ע"א

863/80, ברורמן נ' ברורמן, פ"ד לה (3) 729; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, עמ' 73; הלכת

גוטהלף, לעיל, הערה 31, בעמ' 679, 681. כן ר' מ' שאוה, לעיל, הערה 23.

[1] יצירת איוון בשני מישורים: ראשית, איוון בין שמירת זכות הבריקה של האשה בענייני מזונות (מכוח סעיף 4 לחוק השיפוט) לבין הכפתה לשיפוט בית-הדין מכוח כריכת המזונות על ידי הבעל; שנית, איוון בין שמירת סמכותו המקורית והשירותית של בית המשפט המחוזי לדון בעניינים שונים של דיני המשפחה לבין סמכותו הכרוכה של בית-הדין המפקיעה את הסמכות מבית המשפט.

[2] מניעת שימוש לרעה בכלי המשפטי של הכריכה. הוצאת עניין מסמכותו של בית המשפט המחוזי באמצעות הגשת תביעת גירושין הנה מעשה קל ופשוט. בית המשפט העליון סבר, כי יש להציב גדר ולסייג את האפשרות של הוצאת הסמכות מידי בית המשפט המחוזי באמצעות קביעת מבחנים אשר יציבו את הגבול המותר. בית המשפט קבע את מבחני הכריכה, כדי שתביעת הגירושין לא תשמש 'כסות עיניים' בלבד, דהיינו: תרגיל טקטי ליטול מן האשה את זכות ברירת השיפוט שהוענקה לה ולשמוט את סמכותו של בית המשפט האורחי. בית המשפט נותן ביטוי לכוונתו זו כל אימת שעניין של כריכה מתברר בפניו.⁴⁵ לאחרונה מצאה כוונה זו ביטוי נוסף באמצעות החלת עקרון תוס-הלב על טענת כריכה המוציאה סמכות מידי בית המשפט המחוזי.⁴⁶

(ב) במשך השנים הערים בית המשפט על מבחן משולש זה, על מרכיביו השונים, כללים טכניים ודרישות, אשר צמצמו עוד יותר את אפשרות הכריכה. כך, למשל, לא נחשבה בעבר תביעת גירושין לכנה, אם הגירושין נדרשו כחילופיים לתביעת שלום בית.⁴⁷ כדי למלא אחר מבחן כנות הכריכה ולהוכיח את כנותו נדרש בעבר הבעל הכורך לנקוב בתביעה הנכרכת את סכום המזונות המוצע לאשה. יתר-על-כן, הסכום הננקב חייב היה להלום את הנסיבות, שאלמלא כן לא נחשב כביטוי של כנות.⁴⁸

על כנות תביעת הגירושין, ר' ע"א 120/62 מאירוביץ נ' מאירוביץ, פ"ד טו 2514, 2517; ע"א 279/63, זילברפניג נ' זילברפניג, פ"ד כב (2) 953, 954; ע"א 866/75, שביט נ' שביט (לא פורסם, נרפס במלואו אצל א' שינבויס, ב' דון-יחיא, לעיל, הערה 23, בע' 689); ע"א 181/71, לריאה נ' לריאה, פ"ד כה (2) 757, 759.

על כנות הכריכה, ר' בין היתר, בר"ע 120/69, שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כג (2) 171; ע"א 22/70, זעירא נ' זעירא, פ"ד כד (1) 475; ע"א 328/67, שרפסקי נ' שרפסקי, פ"ד כב (1) 277, 280.

45 ר' בין היתר, בפסקי הדין המפורטים לעיל בהערה 44 (תחת הכותרת: על כנות תביעת הגירושין).

46 טענת כריכה, המוציאה סמכות מבית המשפט המחוזי, צריך שתהא בתום לב, ראה ע"א 700/81, פו' נ' פו', פ"ד לח (2) 783; ע"א 579/83, זונגשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב (2) 278, 290.

47 הלכת זילברפניג, לעיל, הערה 44, בעמ' 954; הלכת שרגאי, לעיל, הערה 44; בפסקיה קודמת לא נשללה כנות הכריכה בשל טעם זה, ר' הלכת מאירוביץ, לעיל, הערה 44. ר' א' שינבויס, ב' דון-יחיא, לעיל, הערה 23, עמ' 472 ואילך.

48 לצורך בנקיבת סכום המזונות, ר' הלכת שרגאי, לעיל, הערה 44, הלכת זעירא, לעיל,

בתחום זה, של הוצאת המבחן המשולש של הכריכה מן הכח אל הפועל וקביעת אמות המידה שלפיהן יבחן בית המשפט, אם התמלאו התנאים שקבע, בא לידי ביטוי אפיון נוסף של הלכת הכריכה: תנועת מטוטלת של פסיקה סותרת. בשנים האחרונות נסוגו הדרישות הפורמליות, שסממנים של מלאכותיות דבקו בהן, ופינו את מקומן לגישה גמישה ונוחה יותר לאפשרות הכריכה. כנות תביעת הגירושין וכנות הכריכה נבחנות על פי מבחנים מהותיים בנסיבותיו האינדיבידואליות של כל מקרה.

בראש ובראשונה נתחזקה הקביעה, כי אף-על-פי שיוכח במקרה אינדיבידואלי, כי הכריכה נועדה לשלול את ברירת הסמכות מן האשה, לא תופקע מבית-הדין הסמכות הכרוכה כאשר תביעת הגירושין היתה כנה⁴⁹. כן נפסק, כי לא בהכרח כל תביעת גירושין חילופית לשלום בית איננה כנה. כנות תביעת הגירושין תיבדק באופן מהותי. הבדיקה תעשה לאור הנסיבות הספציפיות ותיבחן התנהגות בני הזוג⁵⁰.

כנות הכריכה תלויה ברצון הכן להתדיין ולא ב'רצון', המלאכותי ברוב המקרים, לשלם מזונות⁵¹. יותר הצורך בנקיבת סכום המזונות המוצע⁵². אף בקשה לפטור מחיוב המזונות במסגרת הכריכה אינה שוללת את כנות הכריכה, אם העמיד הבעל הכורך עילת פטור סבירה מתשלום המזונות⁵³. גם בהקשר זה הועדף מבחן מהותי על פני דרישות טכניות ומלאכותיות⁵⁴.

הערה 44. על גובה הסכום הננקב, ר' הלכת לריאה, לעיל, הערה 44, עמ' 759. ברם ר' הלכת שרפסקי, לעיל, הערה 44, בע' 280, וכן ע"א 384/85, בן יאיר נ' בן יאיר, פ"ד לט (4) 775.

49 הלכת שרפסקי, לעיל, הערה 44, בעמ' 280; הלכת בן יאיר, שם, בעמ' 780. ואולם ר' רע"א 347/87, קפלן נ' קפלן, פ"ד מא (4) 587 והערה 54 להלן.

50 הלכת שביט, לעיל, הערה 44.

51 ע"א 198/82, דותן נ' דותן, פ"ד לח (1) 1, 4.

52 הלכת שלום, לעיל, הערה 24; הלכת דותן, שם, בעמ' 4; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 74.

ר' גם הלכת בן יאיר, לעיל, הערה 48, בעמ' 781: "איציון סכום מסוים, המוצע כתשלום מזונות בבקשת הכריכה, אין בו משום הוכחה על העדר כנות מצד הבעל. אולם הצעת סכום סביר עשויה לעתים לשמש הוכחה פיזיטיבית בדבר קיום הכנות מצד הבעל המציע, ואילו הצעת סכום, אשר בעליל איננו סביר, עלולה להוליך אל מסקנה הפוכה."

53 ע"א 14/75, ברטל נ' ברטל, פ"ד כט (1) 810, ע"א 213/77, פיינברג נ' פיינברג, פ"ד לא (3) 831; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 74.

54 הלכת בן יאיר, לעיל, הערה 48, בעמ' 779 ז: "ובלבד שמתכנע בית המשפט, שהבעל שואף בכנות וברצינות לפתרון קונסטרוקטיבי של שאלת הבטחת מזונות לאשתו".
כן ר', למשל, הלכת פיינברג, שם, בעמ' 836, את עמדת השופט י' כהן אשר לפיה, כאשר מתברר, כי האשה מוכנה לקבל גט ללא כל תנאי, עשויה הכריכה של תביעת המזונות שלא להחשב ככנה אם קיים מניע אחר לקיום הריגונים.

יתר-עליכן, מפסיקה חרשה שיצאה מלפני המשנה לנשיא לשעבר, השופטת מ' בן-פורת, נובעת מסקנה מרחיקת לכת, שיש בה כדי להרחיב את הלכת הכריכה'. לפי אותה גישה, לדעתנו, כנות תביעת הגירושין עשויה ברוב המקרים להוות ראייה כמעט-מכרעת לכנות הכריכה, שכן, כדברי השופטת:

"לאור כנותה של תביעת הגירושין יש, לדעתי, להיזהר בהסקת מסקנה של חוסר-כנות בכריכת נושאים הנוגעים והחשובים לתביעה זו, כדי שיתבררו יחדיו"⁵⁵.

התנאים, אשר נקבעו על ידי הפסיקה, כנדרשים כדי להקנות לבית-הדין סמכות כרוכה בענייני רכוש, זהים לאלה אשר נקבעו לצורך כריכת מוונות האשה. אולם דרכי ההוכחה של תנאים אלה שונות זו מזו עקב הנסיבות המיוחדות של כל סוג מקרים.⁵⁶

ג) צמצום נוסף נובע מן הפסיקה המחייבת כריכה מפורשת של חלק הארי של העניינים כתנאי לקניית הסמכות על ידי בית-הדין הרבני.⁵⁷

ראוי לציין, כי בדיון בכנסת בעת הבאת החוק לקריאה ראשונה הטעים סגן שר הדתות, ד"ר ז' ורהפטיג, את חשיבותה העקרונית והמרכזית של כריכת המוונות בתביעת גירושין. מרבירו עולה, כי כריכה כזו מן הדין שתהיה אוטומטית כדי שתשרת את המטרות שהוצבו לה.⁵⁸ אולם מכל רשימת העניינים נותר רק עניין אחד הכרוך אוטומטית בתביעת הגירושין. הפסיקה קבעה, שהחוקת

ואולם ר' הלכת קפלן, לעיל, הערה 48, שבה קבעה השופטת מ' בן-פורת, כי הקרמת תביעת גירושין במטרה להקרים ולרכוש סמכות שוללת את כנות כריכת תביעת המוונות (כעוד אין היא שוללת את כנות תביעת הגירושין). לא ברור לנו כיצד ניתן ליישב החלטת זו עם הלכת שרפסקי, לעיל, הערה 44, בעמ' 280 (שקבלה גושפנקא בהלכת בן יאיר, לעיל, הערה 48, בעמ' 781 ז), שבה אושרה כנות הכריכה של תביעת מוונות הגם שנקבע כי נועדה לשלול את ברירת הסמכות מן האשה.

55 רע"א 275/87, פלד נ' פלד, פ"ד מא (4) 518.

56 על הוהות בתנאי הכריכה ובחינת האופן שנתמלאו התנאים, ר' הלכת שביט, לעיל, הערה 44 (טענה בתום לב כי לאשה אין זכות ברכוש הנכרך אינה פוגמת בכנות הכריכה); ע"א 617/78, בן יחזקאל נ' בן יחזקאל, פ"ד לג (1) 693, 695 (הכחשת זכותה של האשה ברכוש הנכרך אינה שוללת את כנות הכריכה); הלכת צברי, לעיל, הערה 38, בעמ' 246-249 (לצורך כריכה נאותה אין להסתפק בניסוח סתמי. כריכת רכוש מחייבת התייחסות ספציפית יותר. בית המשפט אינו קובע מסמרות על אופן האזכור של פרטי הרכוש, אך מצוין כי נאותו מקרה שמדובר בו על שני פרטי רכוש, שיש בכל אחד מהם משהו לא שגרת, נדרשת התייחסות מיוחדת).

הגישה המהותית אמורה בכריכת ענייני מוונות כמו גם בכריכת ענייני הרכוש, ר' הלכת שביט, לעיל, הערה 44; הלכת צברי, לעיל, הערה 38. ר' גם א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 106.

57 ע"א 8/59, גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085.

58 ר' ד"ב 14 (תשי"ג), עמ' 1411.

ילדים רווקא היא שתהיה כרוכה אוטומטית בתביעת הגירושין⁵⁹. תביעת מזונות⁶⁰ כמו גם תביעות בעניינים רכושיים⁶¹ טעונים כריכה מפורשת⁶².

ד) צמצום נוסף הינו הוצאת ענייני חינוך הקטינים מכלל החוקת הילדים לצורך הלכת הכריכה. לא זו בלבד שהכריכה האוטומטית הוצרה עד למאד בהיותה מוגבלת להחזקת ילדים, אלא אפילו צמרה של כבשת הרש הזו גוּזו. בית המשפט חייב לפרט במיוחד, במסגרת תביעת הגירושין, את חינוך הילדים כתנאי לכריכה⁶³.

הלכה זו, היוצרת אבחנה בין החזקת קטין לחינוכו, זכתה לביקורת נוקבת בשל המלאכותיות שבה, בשל הקשיים שהיא גורמת ובשל הסיכוכים שהיא מעוררת⁶⁴.

59 הלכת וינטר, לעיל, הערה 24, בעמ' 1467, 1470; ור' עור, בין היתר, ע"א 185/75, דויטש נ' דויטש, פ"ד כט (2) 525; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 75. כפרשות דויטש ושליו נקבע גם, כי בעניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת גירושין אין להחיל את מבחני הכריכה.

60 הצורך בכריכה מפורשת של מזונות האשה בתביעת הגירושין, ר' ע"א 246/59, צור נ' צור, פ"ד יג 1741; הלכת וינשטוק, לעיל, הערה 24; ע"א 9/65 אלג'ם נ' אלג'ם, פ"ד יט (2) 257; הלכת שרגאי, לעיל, הערה 44.

61 לגבי הצורך בכריכה מפורשת של עניינים רכושיים, כולל דירת מגורים, ר' ע"א 359/75, יהלומי נ' יהלומי, פ"ד לא (2) 25; הלכת בן יחזקאל, לעיל, הערה 56; ע"א 139/75 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד ל (1) 263; הלכת צברי, לעיל, הערה 38; בג"צ 566/81 עמרני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 1, 6. השאלה, אם עתיד מגורי הצדדים ברירה המשמשת להם בעת הדיון למגוריהם הינה עניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו לתביעת גירושין נשארה בצריך עיון, ר' ע"א 316/65, ברוק נ' ברוק, פ"ד כ (2) 6, 10, וכן בג"צ 426/87, איזמן נ' בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב, פ"ד מב (1) 105.

62 פירוט מלא של הפסיקה שהתמידה בקו זה בעקבות ר' אצל א' שינבום, ב' דון-יחיא, לעיל, הערה 23, בעמ' 427-426, וה"ש שם.

על מגמת הצמצום הבאה לידי ביטוי בהיבט זה, ר' י' שילה, לעיל, הערה 18, בעמ' 659, וכן א' מעוז, מדיניות ההתערבות של בתי המשפט האזרחיים בשיפוט הרבני והשפעתה על דיני המשפחה בישראל (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור לפילוסופיה, הוגש לסנאט של אוניברסיטת תל-אביב, ינואר 1985), עמ' 264-265.

63 בג"צ 181/68, פלורסהיים נ' בית-הדין הרבני, פ"ד כב (2) 723; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 75. על החיוב לפרט את עניין החינוך כדי להקנות סמכות כרוכה לבית-הדין, ר' בג"צ 181/81, מור נ' בית הדין הרבני האיזורי, חיפה, פ"ד לו (3) 94, 100; בר"מ 1/81, נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365, 385; ע"א 680/84, שני נ' שני, פ"ד לט (2) 444, 447.

64 ביקורת על האבחנה, ר' פ' שיפמן, "טובת הילד" כבית-הדין הרבני, משפטים ה (1974) 421, 423. ר' גם השופטת בן-פורת בהלכת מור, שם בעמ' 106-107. רהור מחורש על הלכה זו כלי להכריע בעניין, ר' ברברי השופט מ' אלון בהלכת נגר, שם בעמ' 385. על הקשיים ר' גם הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 76.

לדעתנו, הלכה זו, המחייבת פירוש מיוחד של עניין החינוך במסגרת תביעה כתנאי להקניית סמכות לבית־הדין הרבני, מיוחדת לסוגית הכריכה ומתייחדת לה. אין ללמוד ממנה הלכה כללית ולהסיק, שכוחה משתרע גם על בית המשפט המחוזי. משום כך, לא יהיה בן זוג זכאי לכרוך תביעה לחינוך הקטין, כשהיא לעצמה, במסגרת תביעת גירושין שהוגשה לבית־הדין הרבני לאחר שבן זוגו הקרימו ותבע את החזקת הילדים בבית המשפט המחוזי, גם אם לא צוין במפורש בתביעה זו עניין חינוך הילדים.

ההלכה המחייבת פירוש מפורש של עניין החינוך נגזרת מן הכלל הרחב יותר המחייב, ברוב המכריע של המקרים, פירוש מפורש של העניינים הכרוכים. ההלכה היא חלק בלתי נפרד מהלכת הכריכה. היא קשורה להגיונה המשפטי ולמדיניות המשפטית המנחה אותה. היא נובעת, בין היתר, מהמטרה החקיקתית המחייבת איוון בין שמירת סמכותו המקורית והשירותית של בית המשפט לבין כוחו של בית־הדין הרבני בעניינים הכרוכים. תכליתה היא צמצום הסמכות הכרוכה וזו גם תוצאתה. היא קשורה, אפוא, בטבורה להלכת הכריכה, ואינה חלק מן הדין המהותי הנוגע ליחסי הורים וילדים, בכלל, ולסוגית החזקת קטינים, בפרט.

כשם שאין ללמוד משאר הכללים, שנתייחדו להלכת הכריכה (כגון כנות תביעה וכנות הכריכה וכיו"ב), על התנאים הנדרשים לסמכותו המקורית של בית המשפט המחוזי בענייני המעמד האישי, כך הדבר לגבי הלכה מגבילה זו, שבמרכזה האבחנה בין החזקת ילדים לענייני חינוך לשם הקניית הסמכות הכרוכה לבית־הדין הרבני.

דין אחד להלכת הכריכה על ענייניה השונים, ודין אחר לסמכותו המקורית של בית המשפט.

ההלכות המצמצמות את הלכת הכריכה, והאבחנה האמורה אף היא בכלל זה, באות למנוע את הגבלת הסמכות המקורית של בית המשפט המחוזי. ממילא הגיון הפסיקה מחייב שלא להרחיב את ההלכה במקום שהיא עלולה להשיג את המטרה ההפוכה דווקא, דהיינו: את הגבלת הסמכות של בית המשפט המחוזי. הביקורת המלווה אבחנה זו והקשיים שהיא מעוררת מצדיקים את העמדתה בגבולות המתחייבים ממנה ואת מניעת הרחבתה על בית המשפט המחוזי. אם לא כן, יתוספו פיצול על פיצול וקושי על קושי.

הכלל הרחב בדבר הצורך בפירוש כתנאי לסמכות אינו רלבנטי כלל לבית המשפט המחוזי. ממילא גם הנגזרת הפרטנית של הלכה זו, הנוגעת לחינוך ילדים, אינה עניין לבית המשפט המחוזי לענות בו. בית המשפט המחוזי הוא בעל הסמכות המקורית לדון בענייניהם של קטינים במקרים אלה, והוא ינהג על פי סדרי הדין הנוהגים בו על פי הדין המהותי המחייב אותו. לא סדרי הדין ולא הדין המהותי מחייבים כריכה מפורשת של חינוך הילדים במסגרת תביעה להחזקת קטין כתנאי לסמכותו של בית המשפט המחוזי בעניין זה.

לסיכום עניין זה: תביעה להחזקת קטין, אשר הוגשה בבית המשפט המחוזי, סומנת כחוכה, בדרך כלל, גם את ענייני החינוך. המבחן הוא ענייני: כל שנדרש להכרעה לצורך החזקת הקטין כלול במסגרת התביעה, ואף חינוך ילדים במשמע.

(ה) עניינים שהוצאו כליל מגדר הכריכה וזאת אפילו תהא הכריכה מפורשת. עם אלה נמנית תביעת הילדים למוזנותיהם⁶⁵. הלכה מצמצמת זו נקבעה למרות לשונו המפורשת של סעיף 3 לחוק, שממנה נובע לכאורה, כי ניתן לכרוך גם תביעת ילדים למוזנותיהם⁶⁶ ואף-על-פי שבעבר פורש הסעיף כמאפשר כריכה גם בסוג זה של עניינים⁶⁷.

(ו) הטלת נטל השכנוע לקיום מבחני הכריכה ולהוצאת הסמכות מידי בית המשפט המחוזי על הטוען לכריכה⁶⁸. גם הלכה מצמצמת זו היא פרי ההתפתחות של העשור האחרון. בעבר רווחה גישה אחרת⁶⁹.

(ז) המרת התנאי של כריכה בתביעת גירושין לכריכה בפסק גירושין. הפסיקה לא ראתה בהגשת תביעת הגירושין תנאי מספיק ל'כריכה' בת'תוקף. היא דרשה, כי התביעה תסתיים בפסק דין 'חיובי'. התוצאה היא, כי כאשר תביעת הגירושין נדחית, נופלת עמה גם כל תביעה כרוכה⁷⁰.

אולם, בעוד הירד האחת של הפסיקה עוסקת בצמצום, מפרשת הירד האחרת של הפסיקה, באותה ערכאה, את המונח 'פסק גירושין' בהרחבה ניכרת. בכך היא מצמצמת את הצמצום⁷¹. חוסר עקביות זה ומגמות סותרות, בצד החלטות משתנות וסותרות, הינם עוד אחד ממאפייני הסוגיה.

65 הלכת שרגאי, לעיל, הערה 44; הלכת זעירא, לעיל, הערה 44; ר"ע 627/85, סינה נ' סינה, פ"ד מ (1) 101.

66 ראה דברי הנישואי שמגר בהלכת גבעולי, לעיל, הערה 44, בעמ' 157.

67 ר', בין היתר, בג"צ 170/56, רחמני נ' רחמני, פ"ד יא 247, 250; הלכת וינטר, לעיל, הערה 24, בעמ' 1465. ר' גם י' שילה, לעיל, הערה 18, בעמ' 661.

68 הלכת גבעולי, לעיל, הערה 44, בעמ' 157; הלכת ברורמן, לעיל, הערה 44; הלכת שליו, לעיל, הערה 32, בעמ' 73; הלכת בנייאיר, לעיל, הערה 48, בעמ' 779.

69 הלכת ברטל, לעיל, הערה 53; הלכת פיינברג, לעיל, הערה 53, בעמ' 833.

70 הלכה זו נקבעה עוד בעבר לגבי החזקת קטינים. בע"א 425/63, מורחי נ' מורחי, פ"ד יח (1) 325, 335-336, נקבע, כי עם דחיית התביעה לגירושין או ביטולה נופלת גם תביעה להחזקת קטין הכרוכה בה.

מאוחר יותר פותחה הלכה זו והורחבה לכריכת ענייני רכוש, ר' בג"צ 23/76, נאווי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד ל (2) 514; הלכת יהלומי, לעיל, הערה 61; בג"צ 661/77, הבר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324; הלכת בן יחזקאל, לעיל, הערה 56; בג"צ 644/79, גוטמן נ' בית-הדין הרבני, פ"ד לד (1) 443.

השלב הבא של ההתפתחות הוא יישום ההלכה האמורה על תביעת מוזנות, ר' הלכת גוטהלף, לעיל, הערה 31. על שאלת הרחבת תחולתה של ההלכה על סוגית מוזנות שנכרכו, ר' א' רוניצבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 106-107.

71 כרי לעמוד בתנאי שקבע בית המשפט העליון שלא לחייב את פסק הגירושין להיות מנוסח

ח) בטלותם של פסקי דין, כולל פסק דין למוזנות⁷², אשר ניתנו בבית-הדין הרבני במסגרת הדין בעניינים כרוכים כאשר תביעת הגירושין נדחתה. בית המשפט ער לכך, שיש בהחלטתו משום הוספת נדבך לצמצום הלכת הכריכה ורעת הרוב מכוונת את פסק דינה למגמה זו⁷³. המטרה: שמירת ברירת השיפוט

קטיגורית בדרך של חיוב גט או כפייתו, די בו שייקבע, כי הצדדים צריכים להתגרש או כי מצווה עליהם להתגרש (הלכת הבר, לעיל, הערה 70, בעמ' 329-330) או כל משמעות אחרת של פסק גירושין המקובלת בדין הרתי, כגון כי רצוי לתת או לקבל גט (הלכת גוטמן, לעיל, הערה 70, בעמ' 447-448, בג"צ 635/82, וינברג נ' בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב, פ"ד לו [1] 253, 258, 260; ע"א 798/82, נוני נ' נוני, פ"ד מ [2] 744, 749). הלכות אלה נקבעו אמנם כסוגית רכוש שנכרך, אך כוחן יפה לכל העניינים שנכרכו. לעומת זאת, כאשר בית-הדין מחליט, כי על הצדדים לנהל משא ומתן לגירושין, לא יוכל להכריע בשאלות הכרוכות, ר' בג"צ 379/80, פריד נ' פריד (לא פורסם).

72 הלכת גוטהלף, לעיל, הערה 31. בניגוד לעמדתו החולקת של הנשיא מ' שמגר. בר"ע 261/86, מרידור נ' מרידור, פ"ד מ (2) 307, מצדדת המשנה לנשיא לשעבר, השופטת מ' בן-פורת, בדעת המיעוט של הנשיא, אך היא משאירה את השאלה בצ"ע. היקפה המרויך של הלכת גוטהלף אינו ברור. מה משמעות הקביעה, כי פסק המוזנות בטל? האם חיובו של הבעל נפסק לאלתר, ועל האשה להפעיל את ברירת השיפוט כדי לממש את זכותה, או שמא האשה רשאית (אך לא חייבת) לראות את פסק-הדין כמחייב בחלופה אחרונה זו עשויות לבוא בחשבון מספר אפשרויות: א) בחירת האשה בהמשך קיומו של פסק-הדין מהווה הפעלה, הלכה למעשה, של זכות הברירה שעמדה לה, והיא תהיה כפופה לסמכותו של בית-הדין. ב) פסק-הדין מחייב כל עוד לא שונה על ידי הערכאה שתבחר אותה האשה במסגרת זכותה לפי סעיף 4 לחוק השיפוט. יחד עם זאת, אין היא קשורה עוד לבית-הדין שנתן את פסק-המוזנות, לא בכלל ההמשכיות וגם לא במעשה בית-דין, וממילא תוכל לתבוע את שינוי הפסק בבית המשפט המחוזי, גם בלי שונו הנסיבות. ג) פסק-הדין מחייב כל עוד לא שונה על ידי הערכאה שהאשה תבחר אותה במסגרת זכותה לפי סעיף 4 לחוק השיפוט. אולם לאחר שעבר זמן סביר ממועד מתן פסק-הדין, ולא נתבקש ביטולו או שינויו, יחולו עליו הכללים בדבר שינוי הנסיבות, אף כי לא כלל ההמשכיות. ד) צירוף של אפשרויות התלוי בפרשנות התנהגותה של האשה בנסיבות המקרה.

הקושי בכל אחת מארבע האפשרויות האחרונות הינו לשונו הקטגורית של בית המשפט, שלפיה "פג מכאן ואילך (ורוק, לא רטרואקטיבית — אר"צ) כוחו של החיוב במוזנות" (שם, בעמ' 681 ג). לשון זו מחייבת נקיטת הליך חדש מצד האשה כדי שתמשיך להיות זכאית לתשלום מוזנות מצד הבעל.

על הלכת גוטהלף ר' א' שינבום, ב' דו"חיא, לעיל, הערה 23, בעמ' 521-524.

73 הלכת גוטהלף, לעיל, הערה 31, בעמ' 681-682. הנשיא, בדעת המיעוט שלו, מסתפק במבחן המשולש של הכריכה, ורוחה את הצמצום הנוסף של הלכת הכריכה, "מבחן החדש" כלשונו. לטענתו, מבחן זה הוא פתח להתדיינויות נוספות: "והשלכתו... על ריבוי ההתדיינות — גלויה לעין" (שם, בעמ' 679).

של האשה וסגירת פירצה אפשרית שדרכה יסתננו כריכות טקטיות, אשר ישאו פרי בנעילת דלת הסמכות של בית המשפט המחוזי בפני האשה.

עד כה הצבענו על שמונה ביטויים של צמצום הלכת הכריכה. לאורם של אלה ניתן היה להניח, כי בית המשפט העליון סתם למעשה את הגולל על הלכת הכריכה והיא בגדר של הלכה ואין מורין כן. אולם, לא אלה הם פני הדברים. הלכת הכריכה משגשגת באופן יחסי, למרות היותה נתונה בתוך סדר של כללים מגבילים והוראות מצמצמות.

הסבר חלקי לתופעה זו ימצא בחוסר העקביות של הפסיקה בסוגיה זו ובריבוי הסתירות המאפיין אותה. כפי שכבר הראינו, וכפי שעוד ניווכח בהמשך, הרי בצד מגמת צמצום הלכת הכריכה קיימת גם פסיקה המרחיבה אותה. הסבר אפשרי אחר לתופעה זו היא אופיין של ההגבלות. חלק מן האפקט של ההגבלות על הכריכה, שנמנו לעיל, הינו ראשוני וזמני בלבד. במשך השנים לומדים עורכי הדין להתמודד עם ההגבלות, לחיות עמן ולעקוף אותן. הדבר נעשה בין על ידי כריכה מפורשת, מפורטת למדי, ובין על ידי ניסוח מדויק של כתבי טענות והעמדה מתואמת של עניינים.

2.3. שינוי פסיקה והלכות סותרות

לנוכח שינוי המגמות והצורך בהפעלת טכניקות משפטיות ואמצעי פרשנות, לא ייפלא כי ההלכה עמדה וממשיכה לעמוד, כפי שכבר הראינו במפורט במהלך הדין בכללי הלכת הכריכה וניתוחם, בסימן של שינוי פסיקה תדירים, חוסר עקביות והלכות סותרות.⁷⁴

אי אפשר להתכחש לכך, כי אפילו מגמת הצמצום של סמכות בתי-הדין בסוגית הכריכה אינה עקבית לגמרי. גם בהקשר זה אין הפסיקה חד-סטרית. ניתן למצוא הלכות, שיש בהן הרחבת הסמכות. בין אלה קיימות הלכות, והן הרוב, הבאות בעקבותיהן של ההלכות המצמצמות ומפיגות את משמעותן מרחיקת-הלכת של מגמות הצמצום. אך ניתן למצוא גם הלכות מרחיבות העומדות על רגליהן-שלהן. על חלק מן ההלכות עמדנו כבר במהלך ניתוחנו. על חלק אחר ברצוננו להתעכב כאן.

במקרה אחר ההרחבה מוצדקת. היא מוכתבת מצורך ענייני ומשיקולים משפטיים ראויים. כוונתי למבחן רחב של המונח 'תביעת גירושין' בסעיף 3 לחוק השיפוט, המאפשר את הרחבת הסמכות הכרוכה של בית-הדין הרבני. בית

74 הלכת לריאה, לעיל, הערה 44, בעמ' 759: "לא תמיד קל ליישב בין פסקי-הדין שניתנו בכעיה הנ"ל".

המשפט העליון העדיף את המשמעות הדתית של המונח ואת הפרשנות הניתנת לו בבית־הדין הרבני.⁷⁵

"אמת המידה לקביעה, מה כלול ומה אינו כלול במונח זה (תביעת גירושין), צריכה שתהא על־פי הדין וסדרי הדין של אותה מערכת שיפוטית, שלה מסר המחוקק את סמכות השיפוט בענייני גירושין"⁷⁶.

במקרה אחר, ההרחבה אינה מוצדקת, והיא פוגעת באינטרסים ראויים ומעוררת תופעות בלתי־רצויות מצד בית־הדין הרבני. אני מתייחס לשאלת הנסיבות והתנאים, שבהם חוזרת ברירת הסמכות לאשה על תביעה שנכרחה בבית־הדין. כבר ראינו, כי דחיית תביעת גירושין מחזירה את הברירה לאשה. אולם, מעשה שכיום הוא מצד בתי־הדין הרבניים, שלא להכריע בשאלת הגי־רושין, להשאיר את התיק תלוי ועומד ולהפנות את הצדדים לניהול מו"מ ביניהם. יתר על כן, פעמים שהתיק נסגר ללא הכרעה בתביעה, דהיינו: אין התביעה נדחית, אין היא מתבטלת ואף אינה נמחקת.

הנצחת סמכות ללא הכרעה שיפוטית היא שימוש בלתי־נאות מצד בית־הדין בסמכות הכרוכה.

העדר הכרעה פועל לרעת הצד החלש. תופעה כזו מציידת את בן הזוג, בעל אור־הרוח ובעל האמצעים הכלכליים, העמיד יותר לגורם הזמן, באמצעי לחץ על בן זוגו. לאורה של המדיניות המשפטית הנקוטה על ידי בית המשפט ולנוכח המגמה למנוע מן הבעל את ביטולה למעשה של ברירת האשה, ניתן היה לצפות כי בית המשפט לא יתן יד לתופעה זו. אולם בית המשפט העליון נקט עמדה אחרת. במקרה אחד שבו הופנו הצדדים למו"מ ביניהם, קבע בית המשפט, כי עניין המזונות ממשיך להיות תלוי ועומד בפני בית־הדין.⁷⁷ במקרה אחר שבו נדחו התביעות "עד שיגיעו הצדדים לידי הסכם בתנאי הגירושין", קבע בית המשפט העליון כי:

"ברור שבית־הדין הרבני האיזורי, בצדק או שלא בצדק, לא היה מוכן לסגור את תיק הגירושין... דין תביעתה של המשיבה להדחות מחמת העדר סמכות (המוקנית לבית־הדין הרבני מכוח כריכת ענייני הרכוש בתביעת הגירושין, כל עוד תיק הגירושין לא נסגר)"⁷⁸.

75 ר' הלכת עמרני, לעיל, הערה 61, בעמ' 7; הלכת וינברג, לעיל, הערה 71, בעמ' 258, 260; ע"א 155/83, ברמן נ' ברמן, פ"ד לח (2) 231, 233. כך, למשל, נכללת במונח "תביעת גירושין" גם בקשה משותפת לגירושין, שהוגשה בהסכמה על ידי הצדדים.

76 הלכת עמרני, לעיל, הערה 61, בעמ' 17.

77 הלכת שרפסקי, לעיל, הערה 44, בעמ' 280.

78 ר"ע 185/85, ועקנין נ' ועקנין (לא פורסם).

בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שעל החלטתו הוגשה בקשת רשות הערעור, קיבל את בקשת האשה בקבעו כי:

"יש לראות את החלטת בית-הדין הרבני כוויתור על סמכותו לרון בעניינים שנכרכו בתביעת הגירושין... אין לי עניין בהגדרה פורמלית של מצב התיק כיום בבית-הדין הרבני. עניינית – התיק אינו קיים. כך יש לפרש עמדה מוזרה של בית-הדין המכריז על עצמו שאינו מוכן להכריע בסכסוך בין בני זוג"⁷⁹.

נראית לי עמדתו של בית המשפט המחוזי מעמדתו של בית המשפט העליון.

החלטתו של בית-הדין הרבני מפרה את האיזון בין השימוש בכרירת האשה לבין הכוח להעניק סמכות כרוכה. בית המשפט העליון בהחלטתו בעניין ועקנין אינו פועל להשבת האיזון על מכוננו. יוצא, אפוא, כי דווקא הכרעתו של בית המשפט המחוזי משרתת את המדיניות המשפטית הנקוטה בפועל על ידי בית המשפט העליון בסוגיית הכריכה.

החלטת בית המשפט המחוזי משקפת גם את המדיניות המשפטית הראויה באשר היא מונעת פגיעה בלתי-מוצדקת בצד החלש ושוללת את העמדתו של נשק טקטי בידי הבעל להשגת יתרונות בלתי-הוגנים.

מתן גושפנקא שיפוטית על ידי בית המשפט העליון להחלטות בית-דין רבני, התולות את הדין המשפטי על בלימה, משאירה את הצדדים בתוך ואקום משפטי.

בהקשר אחר קבע בית המשפט, כי סגירת תיק בבית-הדין הרבני אינה מחזירה את ברירת השיפוט של האשה. תביעה שלא נדחתה, נמחקה או נתבטלה נשאת בסמכותו של בית-הדין אפילו נסגר התיק. אולם במקרה זה הוגשה תביעת המזונות על ידי האשה במסגרת הפעלת ברירת השיפוט מכח סעיף 4 לחוק השיפוט, ולא היתה זו סמכות שהוקנתה באמצעות כריכה, ר' ע"א 756/85, יעקב נ' יעקב, פ"ד מ (2) 637. בעניין ועקנין הנ"ל פותחת המשנה לנשיא לשעבר, השופטת מ' בן-פורת, פתח אפשרי לתקיפת החלטת בית-הדין: "יתכן, שהמשיבה יכולה לתקוף את החלטתו של בית-הדין... בפני בג"צ בטענה שחרג מסמכותו". הראינו לעיל, שהנצחת סמכות והעמדת הליכים בתוך "לימבו משפטי" היא שימוש בלתי נאות בסמכות מצד בית-הדין. על בדיקת בג"צ את אופן השימוש בסמכות מצד בית-הדין הרבני, ר' בג"צ 852/86, אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 60, 1.

על התערבות בג"צ בהחלטות בית-הדין הרבני, מכח סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, מטעמי צדק ומשום תיקונו של עולם, ר' בג"צ 202/57, סיריס נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528, 1539; בג"צ 10/59, לוי נ' בית-הדין האזורי, תל-אביב, פ"ד יג 1182, 1191; בג"צ 637/77, פריזנר נ' בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד לב (2) 485, הלכת עמרני, לעיל, הערה 61, בעמ' 10; בג"צ 7/83, ביארס נ' בית-הדין הרבני, פ"ד לח (1) 673, 686-687.

79 ה"פ 324/84, ועקנין נ' ועקנין (לא פורסם).

המסר המעשי שבית-הדין הרבני עשוי לקלוט מהחלטת בית המשפט העליון הוא עידוד עקיף להתחמקות מהכרעות, להנצחת סמכות ולסחבת בדיונים. כתוצאה מכך עלול להראות, כאילו תופעות שליליות, בעלות השלכה מרכזית על היחסים במשפחה ועל ההתדיינות בה, מקבלות לגיטימציה מן המוסד המשפטי העליון כשיטתנו המשפטית. במקום לשרש תופעות פסולות עשויה ההחלטה של בית המשפט העליון להביא, מבחינת התוצאה המעשית שבה, דווקא להשרשתן.

גם ההנמקה הפורמלית של בית המשפט המחוזי, הנוקטת מבחן ענייני-מהותי בשאלת קיומה הלכה למעשה של "תביעת גירושין" בפני בית-הדין הרבני, נראית לי הולמת וראויה. פסקי-דינו של בית המשפט העליון מפקיד בידי בית-הדין מפתח קל לשלילת ברירת האשה ללא הצדקה עניינית.

אנו נוכחים, אפוא, ביתר שאת, כי פסקי-הדין בסוגית הכריכה מאופיינים בתנועת מטוטלת של החלטות סותרות. חלק מתנועת המטוטלת ניתן להסביר כמעבר הדרגתי ממדיניות שיפוטית אחת, מרחיבה, למדיניות שיפוטית אחרת, מצמצמת. הסבר אחר הוא הפרגמטיות של הסוגיה והקושי הכפול, הן בקביעת מבחנים לגילוי כוונת הכורך והן ביישום האינדיבידואלי.

יתר-על-כן, כדי להשיג את אחת המטרות המרכזיות של הכללים הפסוקים המגבילים, מניעת השימוש לרעה, מוטלת על בית המשפט חובה להיות עירני וקשוב הן לדרכי העקיפה המקובלות של הכללים והן לנסיבות האינדיבידואליות. בסוגיה זו מנהל בית המשפט מדרג בלתי-פוסק אחר אכיפת מטרות מדיניותו המשפטית לנוכח אמצעי ההתחמקות מן הכללים המגבילים שעורכי-הדין מבקשים ודרכי העקיפין שהם מוצאים לעצמם. הדברים חריפים במיוחד בסוגיה זו, הואיל וחלק מן הכללים נושא אופי מלאכותי ולעתים גם פיקטיבי, וחלקם גם מאפשר עקיפה פורמלית קלה יחסית. אופי כזה של כללים מחייב התמודדות מתמשכת והתייחסות רלבנטית מצד בית המשפט חדשות לבקרים.

לעתים, מה שנדמה כתנועת מטוטלת הוא בגדר נסיון להדביק את המטרות המבוקשות באמצעים אחרים מאלה שננקטו בעבר. השגת מטרות המדיניות המשפטית נעשית לפרקים באמצעות מה שנדמה ככללים סותרים.

הסבר נוסף לתנועת המטוטלת ניתן למצוא בתנועה מפורמלים למהות, שבה נעסוק בהמשך.

2.4. חוסר-הכרעה בשאלות מרכזיות

הליך הפרשנות ההדרגתי, ואולי גם הרצון להשאיר רקמה פרשנית פתוחה שתאפשר חופש תמרון מסוים לשם השגת מדיניות משפטית רצויה, הותירו עדיין

שאלות מרכזיות בחוסר הכרעה. כך, למשל, השאלה, מהו היקפם של העניינים בני הכריכה, נשארה עדיין פתוחה בחלקה⁸⁰. אפילו שאלה מרכזית כמו לאיזו ערכאה הסמכות לקבוע את התקיימותם של תנאי הכריכה ולמי המלה האחרונה במקרה של החלטות סותרות, וממילא דיונים מקבילים בבית המשפט ובבית-הדין, לא הוכרעה עדיין באופן סופי⁸¹. חוסר-בהירות שורר גם בשאלת ההשלכה של הלכת הכריכה על תחולת הלכת העיקר והטפל בענייני נישואין⁸².

80 המבחן של מה שנדרש "לחיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים" הוא נזיל ופתוח. מצד אחד, נקבע, כי אפילו עניינים שאינם ענייני המעמד האישי ניתנים לכריכה, ר' הלכת גולדמן, לעיל, הערה 57, בעמ' 1091. מאידך גיסא, הוכרע, כי סכסוך בנוגע לנכסים מסוימים בין בני הזוג אינו ניתן לכריכה, ר' בג"צ 127/64, רייצ'יק נ' בית-הדין הרבני, פ"ד יח (3) 337.

על סוגיה זו בהרחבה, ר' א' מעוז, לעיל, הערה 62, מעמ' 254 ואילך; על היקף הכריכה, הערות השונות, הפסיקה ומבחנים מוצעים, ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 101-107. 81 בהקשר אחר אתה מוצא קביעה, כי בית המשפט המחוזי קובע לעצמו את גדר סמכותו, ואין קביעת בית-הדין הרבני יכולה למנוע מן המחוזי סמכות הנתונה לו, ר' ע"א 54/65, מקיטן נ' מקיטן, פ"ד יט (2) 651, 659.

בר"ע 315/86, רגוניס נ' רגוניס, פ"ד מ (2) 828 משאירה השופטת מ' בן-פורת, אגב אורחא, את השאלה בצריך עיון: "נוצר מצב לא רצוי של קיום שתי ערכאות נפרדות ועצמאיות הרנות במקביל באותו נושא גופו, כל אחת מבחינתה בתחום סמכותה. זו תוצאה הנראית לי כשלעצמי קשה. אינני רואה, כיצד ניתן לגרוס, שבית-הדין אינו מוסמך בסמכותו היחודית להמשיך ולדון בתביעה — אלא אם כן יורה אחרת בית המשפט הגבוה לצדק, בעקבות פסיקתו העובדתית של בית המשפט המחוזי, שהתביעה לא הוגשה בכנות — וקשה גם לגרוס שתנתן הוראה לבית המשפט המחוזי, הפועל על-פי ההלכה הפסוקה, להמנע מלדון באותו נושא עצמו (לאור הקביעה של חוסר כנות)". ר' גם הלכת קפלן, לעיל, הערה 48, בעמ' 588 ה.

בהלכת שביט, לעיל, הערה 44, השאיר השופט ח' כהן בצריך עיון את השאלה, אם ממצא של בית-הדין הרבני ישפיע על סמכותו של בית המשפט המחוזי, דהיינו, אם ממצא של בית-הדין הרבני ברבר כנות הכריכה מהווה מעשה בית-דין (בכחינת השתק פלוגתא) בין אותם צדדים בעת הדיון בסוגיה דומה בבית המשפט המחוזי.

אין ספק כי בג"צ רשאי להתיר את הקשר הגוררי ולהתערב בדיון או בפסיקה של בית-הדין הרבני, כאשר הוא מוצא, כי לא התקיימו תנאי הכריכה ולא מולאו מבחני הכריכה שנקבעו בפסיקתו של בית המשפט העליון.

82 הלכת הטפל והעיקר קובעת כי הטפל הולך אחר העיקר, דהיינו, כי הערכאה המוסמכת לדון בעניין העיקרי מוסמכת להכריע גם בעניינים הגלויים, גם במסגרת דיון בתביעת גירושין כמו במסגרת דיון בתביעה בעניין של נישואין. על הלכת הטפל והעיקר בכלל, ר' בג"צ 642/82, ספדי נ' בית-הדין הדרוזי, פ"ד לו (3) 381; כן ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 44-42; א' מעוז, לעיל, הערה 62, בעמ' 244-246 והאסמכתאות שם.

שאלת תחולת הלכה זו על בית-הדין הרבני נשארה בצריך עיון בהלכת ברמן, לעיל, הערה 75, בעמ' 235. השופטת מ' בן-פורת נוטה אמנם לתשובה חיובית, אשר לפיה הולך הטפל אחר העיקר בענייני נישואין כאשר הם נדונים בבית-הדין הרבני, אך מעדיפה שלא להכריע; על המגמה להכריע בחיוב על שאלה זו בפסיקה, ר' גם בג"צ 49/57, כהן נ' כהן,

2.5. התנועה מפורמליזם למהות

הצורך בשימוש באמצעים פורמליים כדי לקדם את המדיניות השיפוטית גורר אחריו תהליך מקביל או מאוחר יותר של ריכוך הנוקשות ועידון הפורמליות היתרה. על רקע זה, בין היתר, ניתן להסביר את מעברה של הפסיקה מהגישה הנוקשה, בעניין מבחני הכריכה על כלליהם השונים או מבחנים מצמצמים אחרים, לגישה המהותית הגמישה יותר.

השימוש בפורמליזם הינו אמצעי להשגת מטרה מהותית מוגדרת. משום כך לא מפליאה היא הפנייה מאמצעים שיפוטיים טקטיים לבחינה המהותית. לאחר שהפורמליזם עשה את שלו, פרץ את הדרך ושרת את התכלית המהותית, ניתן לרכך את המבחנים, להגמיש אותם ולהעמידם בצל התכלית המהותית⁸³.

שירות מסוים לגישה זו עשה גם סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. ואכן נשמעו קולות בפסיקה ליישם את המבחן הטבוע בסעיף זה גם על הלכת הכריכה⁸⁴. יישום כזה מטבעו יהיה גמיש יותר ופתוח יותר.

תהליך זה של מעבר למבחנים מהותיים, תחת אלה הפורמליים, אינו מייחד סוגיה זו בלבד. בתקופה האחרונה אנו נוכחים לדעת, כי תהליך זה מאפיין גם תחומים אחרים, במיוחד בקשר לסוגית הסמכות במסגרת דיני המשפחה⁸⁵.

פ"ד יא 1195, 1197; תשובה חיובית לשאלה נותן מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשכ"ה), עמ' 371-372. לעומת זאת, מסתברת תשובה שלילית לשאלה מרביו של מ' שאוה, לעיל, הערה 23, בעמ' 722.

מכל מקום הוכרע כי, בדרך כלל, אין תביעה להחזקת ילדים טפלה לתביעת שלום בית (בג"צ 254/81, נעים נ' בית-הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד לו [2] 205) או לתביעה להכרות האשה כמורדת (הלכת ברמן הנ"ל).

83 ע"א 693/83, שמש נ' רשם המקרקעין ת"א-יפו, פ"ד מ (4) 668: "יש לבכר דיון ענייני בפלוגתא על פני פתרון דיוני-פורמליסטי אשר מהווה לפעמים סוף פסוק לתיק קונקרטי, אולם אינו סוף הדרך מבחינת המשך ההתדיינות סביב אותו עניין".

84 השופט מ' אלון, אגב אורחא, בהלכת פז, לעיל, הערה 46, בעמ' 742. על אפשרות השימוש בסעיף 39 לחוק החוזים כמנע נגד טענת חוסר סמכות, ר' הלכת עמרני, לעיל, הערה 61, בעמ' 109-9, מפי השופט מ' אלון. כן ראה הלכת זוננשטיין, לעיל, הערה 46, בעמ' 290, מפי השופט א' ברק.

85 מבחן מהותי ולא פרוצדורלי לצורך קביעת סמכות נמשכת ומידת המחויבות של הילדים בהסכם גירושין של ההורים, ר' ע"א 411/76, שר נ' שר, פ"ד לב (1) 449, 457; ע"א 544/82, חממי נ' חממי, פ"ד לא (3) 605. אבחנה מהותית לצורך הכרעה בשאלת הסמכות בין תביעה להחזרת הוצאות לתביעת מזונות הילדים, ר' ע"א 515/83, גולדפרב נ' גולדפרב, פ"ד לח (3) 667.

III. פיצול הדין: הדין והדין

III (i) כללי

בענייני המעמד האישי בישראל "הדין הולך אחר הדין"⁸⁶. "אין חוק מטריאלי קבוע כמו בשאר ענפי המשפט, אלא הדין מהווה כאן, כביכול, 'פונקציה' של הדין... זה הוא הקוץ, בהא הידיעה, שבאלית ענייני המעמד האישי ומכאן רוב רובם של הקשיים והסיכוכים אשר המחוקק לא הצליח להתגבר עליהם עד היום הזה"⁸⁷.

שיטתנו מורכבת רבדים רבדים, הן בהתנגשות דינים דתיים והן בהתנגשות בין דין דתי לאזרחי. במישור האחד, דיני המשפחה כחלקם מתפצלים לפי העדה הרתית או העדר העדה הרתית של בני זוג שונים. במישור השני, על עניין מסוים עשויים לחול בעת ובעונה אחת דינים שונים: דתי, אזרחי מיוחד, אזרחי כללי.

III (ii) מערכות הדינים בערכאות שונות

מערכות שונות של דינים מוחלות בערכאות השונות. נמחיש את ריבוי הדינים וממילא גם את תופעת פיצול הדין:

1. דינים דתיים זהים בכל הערכאות

דינים אישיים-עדתיים או דתיים החלים בכל ערכאה, דתית וחילונית גם יחד⁸⁸. למרות הזהות לכאורה בדין החל, שונה התוצאה בכל אחת מערכאות השיפוט. נרחיב את הדיון על התופעה והטעמים לה בסמוך.

2. חקיקה טריטוריאלית זהה בכל הערכאות

2.1 כללי

חוקים טריטוריאליים המורכבים על הדינים הרתיים דוחקים את רגלי הדין הרתי שאינו מתיישב עמם וחלים בכל ערכאה, דתית וחילונית גם יחד⁸⁹.

86 ע"א 238/53, כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4, 36, בג"צ 143/62, פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225, 250-251; בג"צ 301/63, שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598, 608, 629: "בית-הדין הרבני פוסק על פי הדין שלו, ובית המשפט פוסק על פי הדין שלו, ואין האחד מבקר את השני".

87 מ' זילברג, לעיל, הערה 82, בעמ' 6; ר' גם פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 25-26.

88 מ' זילברג, שם, מעמ' 3 ואילך.

89 חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; חוק הירושה, תשכ"ה-1965; חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973; חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1971. בהקשרים מיוחדים, במיוחד לגבי מונות ילדים, גם החוק לתיקון דיני משפחה (מוננות), תשי"ט-1959.

גם בהקשר זה הזהות לכאורה בדין אינה מבטיחה תוצאה דומה בכל אחת מערכאות השיפוט. כך, למשל, תתכן במקרים כאלה פרשנות שונה של החוק בכל אחת מערכאות השיפוט בהקשרים השונים. גם על שאלות אלה נרחיב את הדיבור בהמשך.

2.2. היקף החקיקה הטריטוריאלית

הבעייתיות המלווה נושא זה אינה נעוצה בשאלת הפרשנות בלבד. גם על השאלה, מהו היקף החקיקה הטריטוריאלית המחייבת את בתי־הדין הרתיים, אין תשובה חרי־משמעית למרות מה שנדמה במבט ראשון.

2.2.1. הוראות חוק המופנות מפורשות לבית־הדין

אין כל ספק, כי דין אזרחי המעוגן בחוק והמופנה ישירות לבתי־הדין הרתיים מחייב את בתי־הדין. בפסיקה הישראלית נפלה כאילו ההכרעה, כי בכל מקרה אחר רשאי בית־הדין להחיל את הדין הרתי בלבד⁹⁰. אולם, קשה לקבל פסיקה זו כפשוטה. השאלה אינה נקייה מספק ובכמה מישורים. בשתי הפסקאות הבאות ננסה להצביע על שני סוגי הוראות חוק נוספים, שלדעתנו עשויים לחייב את בתי־הדין, אעפ"י שלא הופנו ישירות אליהם.

2.2.2. הוראות חוק המתפרשות כקוגנטיות

לא מן הנמנע, כי המטרה החקיקתית של הוראת חוק, כפי שתתפרש על ידי בית המשפט, תטיל את מרותן של הוראות חוק נוספות על בתי־הדין. כך, למשל, בית המשפט עשוי לפרש הוראות חוק מסוימות כקוגנטיות במובן שתחולתן תשתרע גם על בתי־הדין הרתיים. אחד משופטי בית המשפט העליון אמר על כך דברים מפורשים⁹¹. אם לא ראייה ממש, הרי זכר לדבר ניתן למצוא באמצעים השונים שבית המשפט נקט כדי להשליט את 'מרות' הדין האזרחי על בתי־הדין. כך, למשל, הוטלו חובות הנובעות מעקרונות־יסוד, כמו עיקרי הצדק הטבעי, על בתי־הדין הרתיים באמצעות פרשנות מרחיבה של עילת ההתערבות של בג"צ בבתי־הדין, המפורשת בסעיף 15 (ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה⁹². כמו כן, פורשו חוקים רתיים, כולל חוק הדיינים, תשט"ו-1955, וחוק שיפוט בתי־דין רבניים

90 בג"צ 187/54, ברייה נ' קאדי בית־הדין השרעי המוסלמי בעכו, פ"ד ט 1198, 1193; הלכת סידים, לעיל, הערה 78, בעמ' 1539; ר' בג"צ 323/81, וילונוי נ' בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 733, 739. על תחולתו הכללית של הדין הרתי בבתי־הדין הרתיים, ר' גם לעיל, האסמכתאות בהערה 86.

91 על קיומה של אפשרות כזו, ר' הערתו של השופט ש' לוי בהלכת וילונוי, שם, בעמ' 747.

92 ר' בין היתר, בג"צ 32/62, האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' בית־הדין השרעי, פ"ד טז 1942, 1945; הלכת לוי, לעיל, הערה 78.

(נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, עצמו, תוך הזקקות לעקרונות-היסוד ולערכי-היסוד⁹³.

פרשנות קוגנטית, המטילה חובה על בתי-הדין לנהוג בהתאם להוראות החוק, עשויה, למשל, להתייחס לחוקים העוסקים בקבילותן של ראיות שהושגו תוך עבירה על חוקי המדינה: חוק האזנת סתר, תשל"ט-1979, או חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. חוקים אלה משליטים נורמות כלליות (כאמצעות דיני העונשין ודיני הנזיקין) בתחומים שאינם מיוחדים לענייני המעמד האישי. ההוראות של דיני הראיות, בדבר אי-קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, הן אמצעי סטוטורי לאכיפה עקיפה של הנורמות הכלליות האמורות. בהקשר זה לא סביר הוא, שהמחוקק התכוון להוציא את הנורמות הכלליות, כשהעניין מגיע לפתחם של בתי-הדין הרתיים. בעניינים אלה יש לתת עדיפות לאחידות הנורמטיבית, הן בכל הקשור להתנהגות הציבור והן בכל הנוגע למערכת השיפוטית. הסייגים לכלליות הנורמות, הקבועים בחוקים אלה, חייבים להמצא בתוכם. כלליותו של ההסדר ואחידות המסגרת שימשו נימוק להטלת חובות זהים, בכל הנוגע לניגוד עניינים וכללי אתיקה, על דיינים, הפועלים במסגרת חוק הדיינים, תשט"ו-1955, כעל שופטים⁹⁴. אין מניעה עקרונית להשתמש בדרך פרשנית אנלוגית בטעונון זהה במקרים מתאימים גם על החלת חוקים אחרים הנוגעים לדרכי ראיות ואף לדין המהותי.

2.2.3. התחשבות בחוקי המדינה

בית-הדין אינו רשאי להתעלם מחוקי המדינה, גם כאשר אלה אינם מחייבים אותו לרון על פיהם בתחום ענייני המעמד האישי שהוא מוסמך בהם. בית-הדין מוסמך אמנם, לעתים יחודית, להסדיר תחום מסוים של המשפט הישראלי. אך אין בית-הדין יוצא מגדר ערכאת שיפוט ישראלית הנמצאת במסגרת הכוללת של המשפט הישראלי. בית-הדין פועל במסגרת הדין הישראלי והמסגרת החקיקתית הכללית, ואין הוא פטור מן המצוות של הוראות הדין הישראלי. תיחומו המדויק של עקרון זה ויישומו הם בעייתיים ואינם נקיים מספק. הבדיקה היא עניינית ותלויה בנסיבות.

כדי להבהיר את כוונתי אדגים את הדברים. בית-הדין אינו רשאי להתעלם מהוראות חוק ההסגרה, תשי"ד-1954, ומאופן יישומו על ידי הרשויות המוסמכות לכך. אם יקבע בית-הדין חיובים משפטיים מתחום דיני המשפחה, שאינם מתיישבים עם החוק או עם דרך יישומו על ידי הרשויות המוסמכות, כגון צו עיכוב

93 ר' להלן הערות 133-142 והטכסט הסמוך להן.

94 ר' בג"צ 732/84, צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ (4) 141, 151-153.

יציאה מן הארץ כנגד מי שנחתם צו להסגרתו, הוא יחרוג מסמכותו⁹⁵. כך גם לא יעלה על הדעת, כי בית-הדין יתעלם מהוראות פקודת בתי-הסוהר (נוסח חדש), ויקבע, למשל, הוראות המחייבות לשחרר אסיר כדי לחזור לשלום בית עם אשתו או המטילות חובה לאפשר לאסיר להתייחד עם אשתו בבית-הסוהר. לא זו בלבד שאין רשויות המדינה יכולות להיות צד לדיון בבית-הדין, ואין הן נתונות למרותו, אלא שאין הן מקבלות הוראות בעניינים אלה מבית-הדין ואין הן מחויבות לאכוף פסקים החורגים מסמכות.

2.3. דינים טריטוריאליים בתחום דיני המשפחה המיוחדים לבית המשפט

2.3.1. דחיקת רגלי הדין הדתי בבתי המשפט

דינים טריטוריאליים, אשר נתייחדו אמנם לדיני משפחה, אך חלים רק בערכאה החילונית. הטעם לתופעה זו היא דחיקת רגליו של דין דתי, שעניינו הסדר מערכת היחסים בין בני זוג בסוגיה מסוימת או בתחום מסוים, בעקבות חקיקה אזורית, כמו, למשל, חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-96⁹⁶. בעוד שבבעבר פינה ההסדר הכללי האזורי את מקומו להוראות הדין הדתי המיוחד, הרי עם דחיקת רגליו של הדין הדתי בסוגיה מסוימת תופסים עקרונות הדין הכללי מחדש את מקומם כמסדירים גם את מערכת היחסים בין בני זוג. ההסדרים הכלליים מקבלים גוון מיוחד ההולם את דיני המשפחה. במקרים מסוימים גם מתפתחת מערכת כללים מיוחדת המסדירה את מערכת היחסים בין בני זוג בתוך המערכת האזורית הכללית. התאמת הדין הכללי למסגרת היחסים בין בני זוג ויישומו יוצרים, הלכה למעשה, דין אזורי מיוחד. זהו המצב המשפטי בסוגיית הלכת השיתוף בנכסים בין בני זוג⁹⁷. בית-הדין הרבני מצידו מנוע אמנם מהחלת הדין הדתי המיוחד, שבוטל על ידי החקיקה האזורית⁹⁸, אולם אין הוא כפוף להסדרים האזוריים החלופיים שפותחו על ידי המשפט האזורי. הוא מחיל את הדין הדתי, ועליו למלא את החסר בדיניו שלו⁹⁹.

95 על עמדת בית-הדין בפרשה כוון, ר' תיק 8384/תשמ"ז, היועץ המשפטי נ' נקש (פסק דין של בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, מיום 5/10/87) (לא פורסם).

96 פרשנות חוק שיווי זכויות האשה כדוחק את ההוראות שבדין הדתי המסדירות חלק מן העניינים הרכושיים בין בני הזוג, ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 15, מעמ' 134 ואילך.

97 ע"א 514/76, חשש נ' דמארי, פ"ד לא (2) 505, 512-513; ע"א 2/77, אווגי נ' אווגי, פ"ד לג (3) 1; ע"א 77/77, ראבי נ' ראבי, פ"ד לג (1) 729.

98 ר' ביד"מ 1/50, סידים נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ח 1020, 1023; הלכת סידים, לעיל, הערה 78; בג"צ 185/72, גור נ' בית-הדין הרבני, פ"ד כו (2) 765.

99 ר' הלכת וילוזני, לעיל, הערה 90, בעמ' 740-738. ר' גם מ' שאוה, לעיל, הערה 3, בעמ' 203-197.

2.3.2. עניינים שהוצאו מענייני המעמד האישי באמצעות פרשנות דינים טריטוריאליים, אשר הוציאו עניינים שונים מגדר ענייני המעמד האישי, ולכן הם נדונים על פי הדין החילוני ואינם נדונים כלל בתייהדין הרתיים. כך הוא נושא האבהות¹⁰⁰ ועניין הפרת הבטחת נישואין¹⁰¹. שני תחומים אלה נכבשו כליל על ידי הדין האזרחי בעקבות פרשנות צרה של מונחים בחקיקה המקנים סמכות לבתייהדין הרתיים. עם זאת, אין המשפט האזרחי פנוי כליל מן הדין הרתי. בסוגיות אלה משפיע הדין הרתי על הדין האזרחי. כך, למשל, לא הותר לבעל לתבוע בדיקת רקמות לילד שנולד מאשתו במטרה להתנער מאבהותו בטענה כי הרתה לזוגים¹⁰². גם צד שלישי לקשר הנישואין לא יוכל לתבוע זכות הורות על קטין שנולד לאשה נשואה בטענה כי האשה הרתה לו בעת שקיימה עמו יחסים¹⁰³. כאן מניח הדין האזרחי לדין הרתי, הפוסל את נאמנות האשה ואת נאמנות הבעל¹⁰⁴, בקעה להתגרר בה, בשל החשש מפני התוצאות האפשריות של פגם יחסין של הקטין מחמת ממזרות.

2.3.3. דיני משפחה אזרחיים במובן רחב

יתר-עליכן, נושאים שבכל שיטת משפט הם לבילבם של דיני המשפחה, היתר הפלות או איסורן, שימוש באמצעי מניעה, הפרייה מלאכותית לגווניה וכיו"ב, נדונים על ידי המשפט האזרחי¹⁰⁵. המשפט הישראלי אינו כפוף בסוגיות אלה לאיסורים או להיתרים של הדין הרתי, ואינו חי מפיו.

אולם, במקביל למשפט האזרחי יש לדינים הרתיים עמדה משלהם, שאינה עולה תמיד בקנה אחד עם המשפט האזרחי. הדין הרתי מכריע את שאלת מעמדו האישי של ילד הנולד מאמצעים של הפרייה מלאכותית ואת שאלת כשרותו

100 הלכת בוארון, לעיל, הערה 4; ע"א 718/75, עמרם נ' סקובניק, פ"ד לו (1) 26, 34; ע"א 201/81, פרץ נ' אטולין, פ"ד לו (2) 838, 840. ר' גם פ' שיפמן, "שיפוט ומשפט בענייני אבהות", משפטים ד (1972), 664.

101 על הדין והאסמכתאות לו, ר' פ' שיפמן, לעיל, הרעה 14, בעמ' 121.

102 ע"א 548/78, שרון נ' לוי, פ"ד לה (1) 736, 748.

103 ע"א 447/58, פלוגי נ' אלמוני, פ"ד יג 903, 908, 915.

104 תיק 226/תש"ד, פד"ר א 145.

105 בעניין ההורעה המלאכותית, ר' תקנות בריאות העם (בנק הורע), תשל"ט-1979. ור' גם פ' שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהורעה מלאכותית", משפטים ד (1980), P. Shifman, "First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination" L. R. (1981) 250 63; 16 Israel לגבי הפריה מלאכותית, ר' תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-7891. לגבי הפלות, ר' חוק העונשין, תשל"ז-7791. לאב אין מעמד בבקשה להיתר הפלה, ר' ע"א 08/314, פלוגית נ' פלוגי, פ"ד לה (3) 75. למעט הוראות החוק הפלילי אין כל הוראה אזרחית אחרת האוסרת את ההפלה על האשה או המגבילה אותה או המטילה עליה חובה לקבל את הסכמת האב או להיוועץ בו.

להנשא. כך, למשל, הורה בית-הדין הרבני האיזורי בחיפה לרשום ילד שנולד מהזרעה מלאכותית ברשימת מעוככי החיתון המתנהלת במשרד לענייני רתות¹⁰⁶. הדין הדתי מסדיר גם את התוצאות האישיות ביחסים בין בני זוג ועשוי להשפיע על תוצאות בדיני גירושין¹⁰⁷. הדין הדתי עשוי לעתים להשפיע גם על זכויות בדיני מזונות הן לאשה המופרית והן לבר בטנה. תוצאות אלה אינן מושפעות מכך, שהמשפט הישראלי מתיר את הפעולות האלה ומכיר בחוק יותן. כך, למשל, קבע בית המשפט, כי גבר שהסכים להזרעה אשתו בזרעו של תורם זר חייב במזונות הילד¹⁰⁸. לעומת זאת, ניתנה החלטה סותרת על ידי בית-הדין הרבני¹⁰⁹.

כאן מתקיימת מערכת אורחית בצידה של מערכת רתית ובמקביל לה. יתר-על-כן, המסר הכפול של השיטה הישראלית, מסר דתי אחד ומסר אורחי אחר, בא לידי ביטוי מובהק בסוגיה זו.

2.4. מערכת אורחית כללית המוחלת בבתי המשפט גם על ענייני המעמד האישי דינים טריטוריאליים שלא נתייחדו לדיני משפחה והחלים רק בבית המשפט החילוני. הכוונה היא בראש ובראשונה לדיני החוזים והקניין הרגילים, בין שהם הותאמו למערכת המיוחדת של דיני המשפחה ובין שלא נעשתה התאמה על ידי הפסיקה. על חוזים בין בעל ואשה יחולו דיני החוזים¹¹⁰. כך, למשל, על הסכם שיפוי למזונות יחולו דיני החוזים¹¹¹. טענות על הפרת הסכם ממון או על פגמי רצון בהסכם ממון, אפילו אושר בבית-דין דתי או אצל רושם הנישואין, יידונו על פי דיני החוזים ומקום בירורם הוא בית המשפט המחוזי, בהיותם עניין של חוזים. אולם, אם העילה כולה תהיה בתחום המעמד האישי והפרת התנאי בהסכם תתייחס לעילה כזו, תהיה סמכות מקבילה גם לבית-הדין המוסמך¹¹². על הסכם

106 החלטה מיום 15/5/85 בתיק 2037/שמה. החשש במקרה זה הוא לקרבת משפחה כלפי כל ישראל. משום כך הורה בית-הדין, כי הילד יהיה מותר "להתחתן אך ורק עם גירות".

107 פסקדין של בית-הדין הרבני האיזורי בירושלים הורה, כי על אשה אשר הרתה מהזרעה מלאכותית לקבל גט מבעלה כאילו בגדה בו. ההחלטה והערות עליה, ר' אצל פ' שיפמן, לעיל, הערה 105, בעמ' 66 ה"ש 16.

108 ע"א 449/79, סלמה נ' סלמה, פ"ד לד (2) 779.

109 בית-הדין הרבני הגדול לערעורים (תיק ערעור תשמה/49, לא פורסם), ברעת רוב, קבע, כי למרות הסכמת הבעל להזרעה מלאכותית של אשתו בזרע של תורם פטור הבעל מחובת המזונות לילד שנולד. יש לזכור, כי בית-הדין מוסמך לדון במזונות ילדים רק בהסכמת שני בני הזוג.

110 הלכת גור, לעיל, הערה 98, בע' 770.

111 ר"נ 4/82, קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197, 204.

112 ר"ע 359/85, קור נ' קור, פ"ד לט (3) 421.

גירושין הנדון בבית המשפט האזרחי יחולו בררך כלל דיני החוזים. הדברים אמורים הן כאשר לטענת אילוף, הן כאשר לפרשנות ההסכם, הן כאשר לשאלת מיון תוצאות ההפרה (בטלות או בטילות) והן בכל הנוגע להגשת תביעות שעניינן הפרת ההסכם או הנובעות מן ההפרה¹¹³. לעומת זאת, כאשר מתקיימת זיקה הכרחית בין דיני הגירושין (הדין הרתי) לבין היסוד ההסכמי, כגון: תביעת פיצויים בגין הפרת הסכים גירושין, יסווג העניין בגדר עניין של גירושין. בסוג מקרים אחרון זה הסמכות היחודית מוקנית לבית-הדין הרבני, והיא יוצאת מידיו של בית המשפט האזרחי¹¹⁴.

מן הדוגמאות שהבאנו ניתן ללמוד, כיצד המיון של מערכות משפטיות אוצל גם על שאלת סמכות השיפוט.

III (iii) דין אחד — תוצאות אחרות

ניתוחנו הראה, כי בצד הפיצול שבדין חלים דינים זהים (דתיים או חילוניים) על כל הערכאות השיפטיות הדנות בענייני המעמד האישי. אולם, מן המפורסם מות היא, כי גם במקרים אלה שונה התוצאה בכל אחת מערכאות השיפוט. דבר זה נובע מאמצעים שונים שננקטו במשך השנים, רובם על ידי בתי המשפט וחלקם על ידי המחוקק. אמצעים אלה נועדו לסגור את הפערים בין המציאות הקיימת והאידיאולוגיה החילונית השלטת לבין הדין הרתי המהווה חלק מן המשפט הישראלי הנוהג. תוצאת לוואי מוכרחת מאמצעים אלה היא הפיצול שבדין. נצביע על אמצעים אלה אחד לאחד:

1. דיני ראיות וסדרי דין

השוני ברניי הראיות, בסדרי הדין במדיניות השיפטית ובגישה השיפו-

טית¹¹⁵.

113 הלכת קוט, לעיל, הערה 26, בעמ' 204 (הסדר מוסכם במסגרת הסכם גירושין ימיון בעניין של חוזים); ע"א 457/61, גרין נ' גרין, פ"ד טז 318 (טענת אילוף תידון על פי דיני החוזים); ע"א 757/70, אורבוך נ' אורבוך, פ"ד כה (2) 104 (דין בטלות או בטילות לפי דיני החוזים); ע"א 699/76, אבימור נ' אבימור, פ"ד לב (3) 281 (תחולת דיני החוזים על הפרת הסכם); ע"א 442/83, קס נ' קס, פ"ד לח (1) 767; ע"א 105/83, מנשה נ' מנשה, פ"ד לח (4) 635 (תביעות בגין הפרת הסכם גירושין).

114 ע"א 401/66, מרום נ' מרום, פ"ד כא (1) 673.

115 ע"א 26/51, קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1344; ע"א 238/53, כהן ובוסליק, לעיל, הערה 86, בעמ' 19. בסוגיה זו ר', בין היתר, א' לבונטין, נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (תשי"ז), עמ' 76-72; י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הרתי במשפט הישראלי", משפטים ו (1975), עמ' 5; I. England, Religious Law in the Israeli Legal System (Jerusalem, 1975), pp. 177-208. בבתי משפט אזרחיים, גוילין כ"כב (תשכ"ה) 38; מ' שאוה, לעיל, הערה 3, בעמ' 138-144.

2. פרשנות חקיקה אזרחית טריטוריאלית ויישומה השוני בפרשנותם, ובעיקר בדרך יישומם בנסיבות כל מקרה, של חוקים טריטוריאליים המוטלים על כל ערכאות השיפוט המוסמכות לדון בענייני המעמד האישי.

2.1. בענייני סמכות

פרשנות שונה עשויה להיות מנת חלקם של החוקים הקשורים לסמכות השיפוט. לעתים עשויה פרשנות שונה, גם בהקשר זה, להיות נגזרת מערכי-סדר שונים ומכללי הדין הדתי המהותי בענייני המעמד האישי¹¹⁶. גבולות הסמכות קבועים לבית-הדין על ידי המערכת האזרחית הכללית. בית המשפט הגבוה לצדק הוא הערכאה המוסמכת להתערב בבתי-הדין בכל מקרה של חריגה מסמכות. את הגבולות הלגיטימיים של הסמכות, כפי שהם מתחייבים מפרשנות החקיקה, מסמן, אפוא, בג"צ, ופרשנותו מחייבת ממילא את בתי-הדין.

2.2. בדין המהותי

פרשנות שונה יכולה להתרקם סביב חוקים המטילים דין מהותי על בתי-הדין, בין שיש בהם כדי להוסיף הוראות לדין הדתי ובין שיש בהם כדי לגרוע ממנו. בעבר סבור הייתי, כי כל אחת מן הערכאות רשאית לפרש את החוק לעצמה, ואין בית-הדין כפוף לפרשנותו של בג"צ¹¹⁷. בשנים שחלפו מאז שיניתי את דעתי. החלת דין טריטוריאלי על כלל המערכת השיפוטית נובעת מן הרצון להשליט תוצאה אחידה במידת האפשר. מטרה חקיקתית זו יש לקיים, ואותה יש להשליט. בידי בית המשפט העליון, ובעיקר בשבתו כבית משפט גבוה לצדק,

116 ר', למשל, עניין מקום מושבה של אשה לצורך סעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953. בעבר כבר קבע בית המשפט, כי מקום המושב של האשה עשוי להיות נפרד מזה של הבעל, והוא במקום מגורי הקבע שלה, ר' בג"צ 228/64, פלונית נ' בית-הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד יח (4), 141, 147-148. לעומת זאת, קבע בית-הדין הרבני, כי הואיל והאשה מחויבת על-פי הדין לחזור לבעלה ואינה יכולה להשתחרר מהתחייבות שלה כלפי בעלה לגור עמו בארץ-ישראל, הרי הימצאותה בחו"ל ללא רשות הבעל אינה הופכת אותה לתושב חוץ אפילו ברעתה להישאר שם, ר' ער/תשמ"א/18, פד"ר יב 129.

על פרשנות המונח 'כרוך' בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, על ידי בית-הדין הרבני הגדול, באופן שלא הלים את הפסיקה האזרחית דאן, ר' ערעורים לה/218, לו/290, פד"ר י 310.

117 א' רוזן-צבי, "האם כפוף בית-הדין הדתי לפירוש שניתן על ידי בג"צ להוראות חוק חילוני, שהופנו ישירות לבית-הדין", עיוני משפט ב (1974) 524. לדעה דומה ר' י' שילה, "עוד לבעיית ההתנגשות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית", עיוני משפט ג (1974) 946. דעה אחרת, ר' מ' דרורי, "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני המופנות לבית-דין דתי?" עיוני משפט ג (1974) 941.

הופקדה האחריות העליונה והסופית לפיתוח הלכתי במערכת המשפט¹¹⁶. פרשנותו מחייבת את כל רשויות המדינה; ממילא מחייבת פרשנותו גם את בתי-הדין שהמחוקק הפנה אליהם במפורש את הוראות החוק. העובדה שעקרון התקדים המחייב לא חל על בתי-הדין¹¹⁹, וכי טעות בדבר הלכה מצד בתי-הדין אינה נחשבת כחריגה מסמכות¹²⁰ – אין בהם כדי לפגוע במסקנה זו. פרשנות בית המשפט העליון מחייבת את בית-הדין בהיותה חלק אינטגרלי של החוק עצמו¹²¹ המוטל עליו. שאלת התערבות בג"צ בפסיקת בית-הדין פועלת במישור אחר. אולם, הואיל והתעלמות מחוק טריטוריאלי המחייב את בתי-הדין נחשבת כחריגה מסמכות¹²², ממילא התעלמות מן הפרשנות המחייבת כמוה כהתעלמות מן החוק, והיא יוצאת מגדר של טעות גרידא. זו אכן גישתו של בית המשפט העליון הלכה למעשה¹²³.

קשה במיוחד שאלת פרשנות מושגי מפתח המחייבת איזון אינטרסים, שקלולם ויישום כל אלה בנסיבות כל מקרה. במיוחד אמורים הדברים במקום שבו שיקולים ערכיים עשויים לחרוץ את גורל ההתדיינות. כל ערכאה מטמיעה שיקולים ערכיים אחרים. חלקם חשופים ובאים לידי ביטוי מפורש. חלקם סמויים מן העין, והם מוצאים את דרכם לפסיקה דרך יישום הכלל לנסיבות המקרה. כזה הוא, למשל, המושג טובת הילד¹²⁴. האפשרות להגיע לתוצאה שונה בכל ערכאה

- 118 בג"צ 221/83, מילפלדר נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 210, 219-220; בג"צ 73/85, סיעת "כך" נ' יור הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 152; בג"צ 306/81, פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 141; כן ר' בג"צ 52/86, פרידמן נ' משטרת ישראל, פ"ד מ (2) 449, 453.
- 119 ר' א' רון-צבי, לעיל, הערה 117, והאסמכתאות שם.
- 120 ר' המקורות לעיל, הערה 90.
- 121 הלכת סיעת "כך", לעיל, הערה 118, בעמ' 155: "הפירוש השיפוטי אינו חיצוני לנורמה החקיקה אלא הוא הופך להיות חלק ממנה". כן ר' בג"צ 221/86, כנפי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (1) 469, 480.
- 122 הלכת ברייה, לעיל, הערה 90, בעמ' 1198; הלכת סידס, לעיל, הערה 78, בעמ' 1539; לאחרונה נשמעו רעות אחרות של מספר שופטים בסוגיה זו, ר' השופטת מ' בן-פורת והשופט מ' אלון ביהמ' 427/78, ע"א 807/77, סובול נ' גולדמן, פ"ד לג (1) 789, 793-794, 799, ורברי השופט מ' אלון בהלכת וילונוי, לעיל, הערה 90, בעמ' 739. כן ר' מ' שאוה, "האם סטייה או התעלמות של בית-דין דתי מהוראת חוק חילונית המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'", הפרקליט כח (1973), עמ' 299.
- 123 ביטוי מפורש לגישה זו שבית-הדין כמו כל רשות אחרת מחויב בפרשנותו של בית המשפט העליון לחוקי הכנסת, ר' בדברי השופט ח' כהן בר"נ 10/69, בורנובסקי נ' הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 15.
- 124 על שאלת טובת הילד בכללותה כשאלה הכוללת הכרעות ערכיות, ר' גם ע"א 577/83, היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461, 472; הלכת נגר, לעיל, הערה 63, בעמ' 408-409.

הוכרה כלגיטימית על ידי מלומדים¹²⁵, וכן באה לידי ביטוי בפסיקה¹²⁶. במקרים מסוימים הניח בית המשפט את בית-הדין בחזקתו, ששיקולים לגיטימיים של טובת הילד הנחו את פסק דינו¹²⁷. אולם, חלק הארי של פסקי הדין נוטים למלא את המושג בתוכן חילוני. התערבות בג"צ בפסיקה של בית-הדין הרבני בכל הקשור להחזקת ילדים על בסיס פגיעה בעקרון טובת הילד הפכה חזיון נפרץ¹²⁸. עם זאת, נותר עדיין לבית-הדין מרחב תמרון לא קטן המשתרע על יישום העקרון לנסיבות כל מקרה ועל דרך ההנמקה.

3. הרכבת עקרונות וכללים משפטיים חילוניים על הדין הדתי
שלישית, הרכבת עקרונות וכללים משפטיים חילוניים על הדין הדתי המוחל
בבתי המשפט האזרחיים בתחומים שונים.

3.1. כללי המשפט הבינלאומי הפרטי

תחום אחד הוא תחולת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. החלת כללים אלה פילסה את הדרך להכרה בנישואין אזרחיים בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל בעת היות הצדדים בעלי זיקות שיפוט שונות למקום עריכת הנישואין. בית המשפט הכיר בנישואין האזרחיים בהתעלם מפסיקה אפשרית סותרת על מעמדם של הצדדים ועל זכויותיהם הממוניות, שעשויה לנבוע מן הדין הדתי החל על הצדדים בעת הדין. עד היום לא הוכרעה סופית השאלה, מהן זיקות השיפוט

125 על יישום שונה של טובת הילד בכל אחת מערכאות השיפוט, ר' י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ד (1972), 31, 49; פ' שיפמן, לעיל, הערה 64; א' מעוז, "השיפוט בענייני המעמד האישי של פסק יהודי", דיני ישראל ח (תשל"ו) עמ' קפט, ראי"ב; א' שוחטמן, "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני – עילה להתערבות בג"צ?" משפטים טו (1985), עמ' 287, 312 ואילך.

126 ר' הלכת נגר, לעיל, הערה 63, בעמ' 408-409, מפי השופט מ' אלון, המצדד במניעת התערבות בג"צ במקרה של שיפוט ערכי הנובע מהשקפות עולם שונות וריבקות באורחות חיים אחרים מצד בית-הדין. ר' גם מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח), עמ' 1481-1484.

127 בג"צ 128/72, נאצר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד כו (2) 403, 410. אעפ"י שבין ההנמקות של בית-הדין נמצאה אחת שסמכה על הדין הדתי, הקובע חזקות סטנדרטיות שהחלתן הסכמטית אינה מתיישבת עם טובת הילד, מצא בית המשפט, שבית-הדין פסק לפי העובדות בנסיבות הספציפיות. על בסיס זה הכשיר את ההחלטה.

128 בית המשפט מתערב כאשר בית-הדין הרבני מעדיף שיקולים שבהשקפות עולם והעדפות דתיות ומשליט אותם על עקרון טובת הילד. ר', בין היתר, הלכת מור, לעיל, הערה 63; הלכת ביארס, לעיל, הערה 78 (בו ביטל בג"צ החלטת בית-הדין רבני להעביר ילד לחזקת אביו בשל היות האם מתגוררת עם גוי); הלכת שני, לעיל, הערה 63 (בו נחשבה כבטלה מעיקרא החלטה של בית-הדין הרבני המתירה לאם לרשום ילדים כמוסד חינוך דתי בניגוד לדעתו של האב שהעדיף מוסד חינוך חילוני).

(לכד מדינם הלאומי של הצדדים במקום עריכת הנישואין) הנדרשות כדי להכיר בתוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל.¹²⁹

כללי המשפט הבינלאומי הפרטי גררו אחריהם גם הכרה בנישואי תערובת שנערכו מחוץ לישראל בעת היות דינם הלאומי הזר של הצדדים חופף את מקום עריכת הנישואין. גם בהקשר זה לא הוכרעה עדיין השאלה, אם גם זיקות שיפוט נוספות או אחרות תספקנה כדי להכיר בתוקפם של נישואי תערובת שנערכו מחוץ לישראל.¹³⁰

כתוצאה ממעורבות רבה זו של בתי המשפט נוצרה מערכת של הכרה אזרחית בסטטוס. הגושפנקא הניתנת כאן היא חילונית. נוצרת הכרה אזרחית בסטטוס, המתקיימת במקביל לסטטוס המוכר מכוח הדין הרתי, כשיטת משפט שבה דרך המלך של יצירת סטטוס והכרה בו היא הדין האישי, בדרך כלל הרתי. סטטוס זה מוכר למורת רוחו של הדין הרתי, שהוא דינם האישי של הצדדים המעורבים. תופעה זו מתחזקת על ידי כך, שחלק ניכר מתוצאות הנישואין מוסדר על ידי המשפט האזרחי, החקוק או הפסוק. ממילא הכרה בסטטוס אזרחי מקנה בד בכד גם אותן זכויות המוסדרות על ידי הדין האזרחי. כפי שנראה עוד בהמשך¹³¹, זכויות מסוימות שמקורן בדין הרתי, למשל, זכות המזונות, מוקנות בטכניקה של קליטה מוגבלת מן הדין הרתי. קליטת הדין הרתי היא חלקית ומוגבלת ואף פרדוקסלית. התוצאה הספציפית מוכרעת על ידי המשפט האזרחי באמצעות "הפעלה פיקטיבית" של הדין הרתי¹³² וכניגוד לתוצאה שהיה דין זה מגיע אליה, אילו נמסרה לידיו ההכרעה במלואה.

129 ר' ע"א 191/51, סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141; ע"א 173/69, בכר נ' בכר, פ"ד כג (1) 655; ע"א 592/83, פורר נ' פורר, פ"ד לח (3) 561; ע"א 566/81, שמואל נ' שמואל, פ"ד לט (4) 399; ע"א 778/77, פרקש נ' פרקש, פ"ד לג (2) 469; תיק מ"א (ת"א) 1701/77, שרייבר נ' שרייבר (לא פורסם); תיק מ"א (י"ס) 495/75, פרקש נ' פרקש (לא פורסם); א' לבונטין, לעיל, הערה 115, בעמ' 43-27; י' אנגלרד, לעיל, הערה 115, מעמ' 24 ואילך; פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 265-249; מ' שאוה, לעיל, הערה 3, מעמ' 144 ואילך; —, "על 'נישואי מקסיקו' בישראל", הפרקליט לב (1979) 329; —, "תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ בין יהודים אזרחי המדינה", עיוני משפט יג (1988) 275; א' מעוז, "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל", עיוני משפט ה (1976) 186; א' רוזנצבי, לעיל, הערה 7, בעמ' 486-485.

130 הלכת שמואל, שם, בעמ' 403; בסוגיית הכרה בנישואי תערובת ר' עוד הלכת פונק שלזינגר, לעיל, הערה 86; הלכת פרקש, שם, בעמ' 476-475. ר' גם א' לבונטין, לעיל, הערה 115, בעמ' 27-19; פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 198-188; מ' שאוה, "תוקפם של נישואי תערובת בישראל", עיוני משפט ה (1977) 526, עיוני משפט ו (1978) 14.

131 ר' להלן, הערה 166, והטכסט הסמוך לה.

132 י' אנגלרד, לעיל, הערה 115, בעמ' 25.

במקביל לדין הרתי מתקיימת, אפוא, מערכת שלמה של סטטוס וגילויין המוסדרים באמצעות דין חילוני כבית המשפט האזרחי. התפתחות זו מרחיבה את היקף המערכת האזרחית המקבילה של דיני המשפחה. התפתחות זו גם סוגרת פערים בין מציאות קיימת ואידיאולוגיה חילונית לבין הדין הרתי.

3.2. פרשנות הוראות חוק לפי ערכייהיסוד של החברה הישראלית תחום שני הוא פרשנות הוראות חוק לפי ערכייהיסוד של החברה הישראלית. דוגמא אחת לכך היא החלת ערכייהיסוד על פרשנות סעיף 179 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. במסגרת סמכותם של הרבנים הראשיים לאשר היתר נישואין, הניתן לפי הדין הרתי החל על הצדדים, הטיל עליהם בית המשפט חובה לסטות מן הדין הרתי כדי להגשים עקרונות-יסוד חילוניים, דהיינו: תקפות קשר נישואין אזרחי שנערך בין יהודים מחוץ לישראל לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי¹³³. כתוצאה מכך הפך אורגן דתי, הפועל בתחום ענייני נישואין וגירושין הנשלטים על ידי הדין הרתי, לזרוע מבצעת של ערכייהיסוד חילוניים. יתר-על-כן, הרבנים הראשיים חויבו להתחשב בעקיפין בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים על בתי המשפט, אולם אינם מחייבים את בתי-הדין הרבניים.

עניין אחר הוא פרשנות חוק הדיינים, תשט"ו-1955, במסגרת עקרונות-היסוד. בית המשפט קבע, כי עקרונות-היסוד המסדירים התנהגות שופטים מסדירים גם התנהגותם של דיינים¹³⁴.

מקרה קיצוני עוד יותר הוא פרשנות חוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, במסגרת עקרונות-היסוד. התחשבות בעקרונות-היסוד כאלה בפרשת הקידושין הפרטיים של כהן וגרושה הביאה להכרה אזרחית, הלכה למעשה, בנישואין אסורים לפי הדין הרתי, בתנאי שהם תופסים בדיעבד על פי דין זה. בית המשפט פירש את החוק כך, שעליו להתיישב במידת האפשר עם עקרונות-היסוד, דהיינו: במקרה זה, חופש המצפון¹³⁵. עמדה זו גררה אחריה גם את ההכרעה שלפיה אין לקרוא את סעיף 2 לחוק האמור כמטיל איסורים שהם רתיים גרידא¹³⁶. בית המשפט לא הסתיר בדבריו, כי הוא נותן הכשר ל'תחכולה'

133 הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86; הלכת בורונבסקי, לעיל, הערה 123; ר' גם ' אנגלרד, לעיל, הערה 125, בעמ' 48.

134 ר' הלכת צבן, לעיל, הערה 94, בעמ' 151-153.

135 בג"צ 51/69, רודניצקי נ' בית-הדין הרבני, פ"ד כד (1) 704, 712.

136 ר' בג"צ 80/63, גורפינקל וחקלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2068-2069; הלכת רודניצקי, שם, בעמ' 712, 713, 715, 718. ביקורת על עמדת בית המשפט, ר' בעמ' 727-728 של פרשת רודניצקי, בחוות דעת המיעוט של השופט קיסטר; כן ר' בג"צ 29/71, קירד נ' בית-הדין הרבני האזרחי, תליאביבישו, פ"ד כו (1) 608, 611, 612 ו-613. על הלכות אלה וניתוח התערבות בג"צ כסוגיה זו, תוך ביקורת משפטית על עמדתו, ר'

כדי לרכך את חומרתו של הדין הרתי המוחל על ציבור של בלתי מאמינים¹³⁷. מדברי בית המשפט ניתן להבין, כי דרך הפרשנות שנקט משמשת אמצעי לסגירת הפערים בין ערכי-יסוד חילוניים (שלילת זכות האכיפה של איסורים דתיים על אדם שאינו מאמין) לדין הרתי. לאחרונה ניכרת נטיה להרחיב את הטלת עקרונות-היסוד וערכי-היסוד על חקיקה דתית¹³⁸. יש להניח, כי מעורבות שיפוטית זו תחדור בהדרגה ובוהירות גם לתחום ענייני המעמד האישי.

יחד עם זאת, יש לזכור, כי במקרים אחדים סירב בית המשפט לפרוץ את גבולות הדין הרתי, ונמנע מאכיפת ערכי-היסוד על הסדרים משפטיים הנרונים על פי דין זה. כך נשלל חופש הבחירה של השתייכות דתית לעניין השיפוט בענייני המעמד האישי שלא בדרך של המרת עדה¹³⁹. בית המשפט נתן ביטוי לגבולות המעורבות השיפוטית לסגור את הפער בין הדין הרתי לערכי-היסוד של החברה הישראלית ה'חילונית', כאשר "ברור מעל לכל ספק רצונו של המחוקק"¹⁴⁰. כך נמנעה ההכרה בנישואי common law של זוגות בני עדות דתיות שונות (נישואי תערובת) בישראל¹⁴¹. כך גם השלים בית המשפט האזרחי עם שלילת תוצאות ממוניות של נישואין אזרחיים במקרה של חיוב האשה בנט, כשהעניין נדון כדין בבית-הדין הרבני¹⁴².

3.3. החלת כללי המשפט המנהלי

תחום שלישי הוא פרשנות חוקים הנוגעים למירשם אוכלוסין, בהקשר רישום המעמד האישי¹⁴³, ולחובותיהן של רשויות דתיות במסגרת פעולתן בענייני נישואין וגירושין. הפרשנות השיפוטית הטילה חובות אזרחיות-מנהליות על הרשויות הדתיות. בית המשפט החיל כללים של המשפט המנהלי על רישום המעמד האישי ועל רשויות דתיות.

- מ' אלון, לעיל, הערה 126, בעמ' 1493, 1495-1496; י' אנגלרר, לעיל, הערה 115, בעמ' 13; ש' אטינגר, "בית-הדין הגבוה לצדק – תלפיות לאסורים בנישואין?" משפטים ד (1973) 428; פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 231.
- 137 הלכת גורפינקל וחקלאי, שם, בעמ' 2069; הלכת רודניצקי, לעיל, הערה 14, בעמ' 231.
- 138 ר', לאחרונה, מעורבות שיפוטית-חילונית בעניין בחירת מוסדות דתיים-ממלכתיים, זכות בחירה והיבחרות לנשים, בג"צ 153/87, שקריאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221; בג"צ 953/87, פורו נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב (2) 309.
- 139 ע"א 450/70, רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129, 134.
- 140 הלכת רוגוזינסקי, שם, בעמ' 134-135.
- 141 ע"א 373/72, ספר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח (2) 7, 13, 15-16.
- 142 ע"א 571/69, כהנא נ' כהנא, פ"ד כד (2) 549, 557; "כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל אך אין בידי להושיע".
- 143 חוק מרשם אוכלוסין, תשכ"ה-1965.

בית המשפט קבע, כי תעודה ציבורית של רשות, מקומית או זרה, המעידה על עריכת הנישואין, מחייבת את פקיד הרישום. בדיקת תוקפם של הנישואין והקביעה, אם נתקיימה זיקה מספקת של הצדדים למקום עריכת הנישואין אינה עניינו של פקיד הרישום. כך לגבי נישואי תערובת שנערכו מחוץ לישראל¹⁴⁴. לגבי רישום קידושין פרטיים נקבע, כי החלטת בג"צ מהווה תעודה מספקת למטרה זו¹⁴⁵.

יתר-על-כן, החלטה מפורשת של בית-הדין הרבני שלא לרשום את מעמדם האישי של פסולי חיתון (כהן וגרושה), שערכו קידושין פרטיים, אינה מחייבת את פקיד המירשם. בג"צ קבע, כי המבחנים לרישום מעמדם האישי של צדדים הם אורחיים. הצהרה של בית-הדין, התואמת את הדרישות שקבע בג"צ לצורך המעמד של נשואים, מחייבת רישום, תהא אשר תהא עמדתו הנוגדת של בית-הדין הרבני בשאלה זו¹⁴⁶. לבית המשפט האזרחי הגדרה משלו לעניין הסטטוס של נישואין, לא רק לעניין רישום אלא גם לצרכים שונים אחרים של הדין האזרחי¹⁴⁷. בית המשפט קובע את קווי המתאר האזרחיים של ההגדרה. בית-הדין הרבני או הדין הדתי יוצק תוכן על בסיס קווי מתאר מוגדרים מראש.

בפרשת הקידושין הפרטיים, שהיא עניין הנדון בשיטתנו המשפטית לפי דין תורה, הוחלו כללי המשפט המנהלי באשר להפעלת שיקול דעת בג"צ בדרך של איזון אינטרסים שונים. בג"צ ערך אבחנה בין האינטרסים השונים בהקשרים שונים, והפעיל את שיקול דעתו כבית משפט מנהלי¹⁴⁸.

על רקע זה ניתן להבין את נכונותו של בג"צ להתערב ולהעניק סעד במקרה של קידושין פרטיים לפסולי חיתון לבין חוסר-נכונותו לעשות כן במקרה של

144 ר' הלכת פונק שלוינגר, לעיל, הערה 86.

145 ר' הלכת רודניצקי, לעיל, הערה 135, בעמ' 718; הלכת קידר, לעיל, הערה 136.

146 בג"צ 275/71, כהן נ' בית-הדין הרבני האיזורי, תל-אביב, פ"ד כו (1) 227.

147 המונח בן זוג בחוק הירושה, תשכ"ה-1965, מתפרש על-פי עקרונות חילוניים. הפניה לדין הדתי היא הפנית עובדה בלבד. הדין הדתי ממלא את החללים הריקים, שהמשפט האזרחי קצב לו, דהיינו: האם בן הזוג זקוק לגט כרי להנשא מחדש אם לאו. המסקנה בדין הדתי לגבי הזכות או החובה אינה נקלטת במשפט האזרחי בהקשר זה. ר' ע"א 603/65, פלדמן נ' פלדמן, פ"ד כ (2) 465; ר"ב 14/66, פלדמן נ' פלדמן, כ (4) 693; ר' גם פ' שיפמן, ספק קידושין במשפט הישראלי (תשל"ה), עמ' 118, 122; י' אנגלרד, לעיל, הערה 115, בעמ' 19. תוכן זה של המבחן לשאלה מהם נישואין אומץ גם לצורך רישום הקידושין הפרטיים של פסולי חיתון, כאמור לעיל.

148 הלכת גורפינקל וחקלאי, לעיל, הערה 136; הלכת רודניצקי, לעיל, הערה 135; בג"צ 130/66, שגב נ' בית-הדין הרבני האיזורי, צפת, פ"ד כא (2) 505. ר' גם פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 238-239; א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 7, מעמ' 488 ואילך.

קידושין פרטיים לפניו חיתון. מבחינת הדין הרתי אבחנה כזו היא לא רק מחוסרת-שחר, אלא אף פרדוכסלית. ההבחנה האמורה יוצרת מציאות שלפיה מקל המשפט הישראלי דווקא עם מי שמבחינה דתית הוא בגדר חוטא (קידושין פרטיים של פסולי חיתון) ומחמיר עם מי שמבחינה דתית חטאו קל יותר (קידושין פרטיים של פנויי חיתון).

פרשנות סעיף 6 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, הטילה מגבלות על בית-הדין הרבני ננקיטת אמצעים לכפיית גט. בית המשפט קבע, כי מנגנון הפיקוח הכפול, המנהלי והשיפוטי, שיצר המחוקק על אמצעי כפיית הגט מצמצם את שליטת בתי-הדין הרבניים על אמצעי הכפייה המסוריים לידם מכח הדין הרתי השולט על ענייני הגירושין במשפט הישראלי הנוהג¹⁴⁹. המגמה של פרשנות מצמצמת זו היתה להוציא מידי הרשויות הדתיות את השליטה המלאה על כפיית גירושין. על ידי כך נשללה מבית-הדין אפשרות היוזמה המלאה והבלתי-מוגבלת באותם מקרים, שהנישואין מוכרים במשפט האזרחי או נחשבים כעולים בקנה אחד עם השקפת העולם של רוב הציבור בישראל, כגון נישואים האסורים מטעמי פולחן דתי (נישואי כהן וגרושה). על משמעות ההלכה בהקשר הרחב נרחיב את הדיבור בהמשך.

כללי המשפט המנהלי הוחלו גם על הרבנים הראשיים במסגרת אישור, לפי סעיף 179 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, של היתר נישואין הניתן לפי הדין הרתי החל על הצדדים. בית המשפט הטיל באמצעות המשפט המנהלי חובה עקיפה על הרשויות הדתיות להתחשב בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, שבת-הדין הרבניים אינם כפופים אליהם. בדרך זו נמנע מן הרבנים הראשיים לתת אישור להיתר נישואין לבעל, כשעילת ההיתר היחידה היא שנישואיו הנוכחיים הם נישואין אזרחיים, וכאשר אלה מוכרים על ידי המשפט האזרחי מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי¹⁵⁰.

3.4. תקנת הציבור

תחום רביעי הוא שימוש בתקנת הציבור החילונית בהקשרים שונים של ענייני המעמד האישי והערפתה מתקנת הציבור הדתית. טכניקה משפטית כזו גוררת אחריה הערפה של ערכים חברתיים חילוניים מאלה הדתיים המשוקעים למעשה בדין הרתי. בעניינים שונים מפרק בית המשפט את הדין הרתי לגורמיו ומנפה,

149 בנ"צ 54/55, רונצוייג נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ט 1542, 1550; ע"א 164/67, היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד כב (1) 29, 49; ע"א 798/82, נוני נ' נוני, פ"ד מ (3) 744, 748; בע"א 664/82, סלומון נ' סלומון, פ"ד לח (4) 365, 374, נתן בית המשפט ביטוי לעוררין שקמו על ההלכה האמורה.

150 הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86; הלכת בורונובסקי, לעיל, הערה 123.

הלכה למעשה, חלק מהערכים הבסיסיים של הדין הדתי מהמשפט הנוהג בישראל בכתי המשפט האזרחיים. נראה, כאילו מושג תקנת הציבור מפוצל, ומתמלא בתוכן מקביל על ידי הדין הדתי לצרכיו ועל ידי המשפט האזרחי לצרכיו. המשפט האזרחי אינו מושפע על ידי אותו חלק של הדין הדתי המחייב לכאורה את המשפט הישראלי להתחשב בו. על ידי כך נדחק הדין הדתי למסלול מוגבל.

מטעם זה, בין היתר, ניפה בית המשפט את החלק האיטורי (להבדיל מן הנורמטיבי) מן הדין הדתי הנוהג בישראל, כשחלק זה מתנגש חזיתית עם חופש המצפון. בפרשת הקידושין הפרטיים שלל בית המשפט מתן גושפנקא לתקנת הציבור הדתית, המהווה חלק בלתי נפרד מן הדין הדתי, של מניעת סיוע לעוברי עבירה. הוא העדיף במוצהר את תקנת הציבור החילונית, הנובעת מחופש המצפון, הנמנעת ממתן תוקף לאיסור דתי-פולחני של קידושי כהן וגרושה.¹⁵¹

"הוא (בית-הדין) נהג כך על מנת להגשים את האיסור הדתי על נישואי כהן וגרושה. זו השקפתו של בית-הדין הרבני על האינטרס הציבורי, השקפה הניזונית מאדיקותו הדתית. לבית משפט זה השקפה אחרת על מה שהאינטרס הציבורי דורש בעניין זה... (העותר) נדחה... על ידי בית-הדין הרבני... מטעמים של האינטרס הציבורי המנוגדים להשקפת בית-משפט זה"¹⁵².

במסגרת איזון האינטרסים שערך בג"צ בסוגיה זו, כפי שראינו לעיל¹⁵³, חלק הארי של האינטרסים המוגנים המשוקללים הם אזרחיים ולא דתיים. כך לגבי הסדר הציבורי התקין, ודאות הסטטוס וארגון המינהל. ההגנה על הדין הדתי ועל האינטרסים המוגנים על ידו לא שימשו נימוק מכריע אפילו באותו מקרה, שהתוצאה הלמה את תקנת הציבור הדתית, דהיינו: שלילת הסעד מפנויי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים. גם בניתוח האינטרסים המתחרים לא עלו שיקולים של דין דתי או של איסורים דתיים כדי להטות את הכף או כמשקל באיזון האינטרסים. היפוכו של דבר, האיסור הדתי, שאינו עולה בקנה אחד עם אידיאולוגיה חילונית, היטה את הכף באיזון האינטרסים נגד התחשבות באיסור הדתי ובתקנת הציבור.

בית המשפט הרחיק לכת עוד יותר. מטעמים של תקנת ציבור חילונית הוא

151 הלכת רודניצקי, לעיל, הערה 135, בעמ' 713, 716-717; הלכת קירר, לעיל, הערה 136, בעמ' 613-614. ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 240; ר' אנגלרד, לעיל, הערה 125, מעמ' 34 ואילך; I. Englard, Religious Law in the Israeli Legal System (Jerusalem, 1975), 168-177. א' מעוז, לעיל, הערה 26, מעמ' 154 ואילך.
152 הלכת רודניצקי, לעיל, הערה 135, בעמ' 716-717.
153 ר' לעיל, הערה 148.

נמנע מהענקת סעד של מזונות במסגרת קידושין פרטיים של פנויי חיתון¹⁵⁴. יתכן אפילו, שחיוב כזה הוא בריתוקף על פי הדין הרתי. על החלטה זו נמתחה ביקורת קשה¹⁵⁵. אולם, דווקא הקשיים המשפטיים האנליטיים של התוצאה מבליטים ביתר שאת את שלטונם של האינטרסים החילוניים בסוגיה זו. בית המשפט מיישם באופן עקיב את תקנת הציבור החילונית. על אחת כמה וכמה כאשר תקנת הציבור החילונית עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור הרתית. שיקולי תקנת הציבור נועדו לגדור את הפירצה של קידושין פרטיים לפנויי חיתון ולשלול את הפירות מן הפרי האסור. הכרה בגלויי הסטטוס, כגון מזונות, משמשת תמריץ שלילי לפורצי גדר. רק שלילת גילויי הסטטוס מוזג פנויי חיתון המעורב בקידושין פרטיים יכולה להבטיח את יעילות ההגנה על האינטרסים שהמשפט האזרחי חפץ ביקרם.

את תקנת הציבור המועלית על ידי בית המשפט יש להבין במונח רחב כמכוונת לציבור בכללותו. היא נועדה לדכא את תופעת הקידושין הפרטיים על ידי שלילת הכרה מתוצאותיו של המעשה האסור, שבג"צ מסרב לעשות שימוש בסעדיו למען הכרתו. המשפט האזרחי, ולא הרתי, תוחם את גבולות ההכרה בקיי דושין פרטיים ואת מגבלותיה. אותה נחישות דעת שבה הפעיל בית המשפט את תקנת הציבור כדי ליצור מסלול אזרחי מקביל במקרה של פסולי חיתון איפיינה אותו בחסימת כל ברירה של יצירת מסלול מקביל כזה לגבי פנויי חיתון, הן לגבי הכרה בתוקף הקידושין לצורך מירשם האוכלוסין והן לגבי הזכות למזונות הנובעת מקידושין כאלה.

בית המשפט נמנע כליל מבדיקת התוכן המהותי של סוגית המזונות בדין הרתי והאיל והאינטרס המובהק בסוגית הקידושין הפרטיים הוא חילוני. מבחינה זו מחזקת ההחלטה האחרונה את המסלול האזרחי המקביל של דיני המשפחה בישראל. היא מבטלת הלכה למעשה חיוב מזונות מבחינת הדין האזרחי ובבית המשפט האזרחי דווקא, בלי לשקול את עמדתו הספציפית של הדין הרתי בהקשר זה.

היחס הסלקטיבי אל תוכן הדין הרתי באמצעות תקנת הציבור נותן את ביטויו בהקשר הרחב של דיני איסור שבדין הרתי בענייני נישואין וגירושין. האיסורים הרתיים הנוגעים ליחסי-מין לפני הנישואין או מחוץ לנישואין אינם מהווים חלק מן המשפט האזרחי הישראלי¹⁵⁶, לא באופן ישיר ולא כהשתקפות של תקנת הציבור המקומית.

154 ע"א 32/81, צונן נ' שטל, פ"ד לו (2) 761.

155 פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, מעמ' 236 ואילך.

156 ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 109-110.

הסכם לקימומה של מערכת יחסים בין גבר לאשה הכוללת בתוכה גם יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין אינה נחשבת בלתי-חוקית או בלתי-מוסרית בבתי המשפט האזרחיים¹⁵⁷. יתר-על-כן, מערכת יחסים כזו מתוגמלת משפטית על ידי המשפט האזרחי באמצעות מוסד הירוועים בציבור¹⁵⁸. מערכת יחסים כזו בין גבר לאשה נחשבת כחיים ב"חטא" מבחינת השקפת העולם הדתית.

בית המשפט הרחיק לכת עוד יותר בהחליטו, כי הסכם מזונות בין אשה נשואה לגבר אינו בלתי-חוקי או בלתי-מוסרי¹⁵⁹. אולם, בעיני הדין הדתי השולט על ענייני הנישואין זוהי עבירה דתית חמורה מאין כמוה. החלטות אלה מדגימות את קיומה העצמאי של מערכת אזרחית, הן בכך שאין היא נותנת תוקף לאיסור דתי והן בכך שאינה אוכפת את תקנת הציבור מן הדין הדתי המחייב בענייני נישואין וגירושין. דינים אלה נתחמים במסגרת בית-הדין הדתי בלבד, אם כי הם עשויים להשפיע לא רק על דיני הגירושין אלא לעתים גם על חיוב המזונות. מבחינה זו עשויים איסורים דתיים אלה לאצול על חיוב המזונות גם בתביעה בבית המשפט האזרחי ולחייב את בית המשפט.

המסר הכפול של השיטה הישראלית, מסר דתי אחד ומסר אזרחי אחר, בא לידי ביטוי מובהק גם בסוגיה זו.

תקנת הציבור החילונית, "מאזן כל הדעות הרווחות בציבור", שימשה לבית המשפט כקנה-מידה לבחינת חוקיותו של מעשה שהוא פסול ואף נחשב כקיצוני בחומרתו בעיני הדין הדתי הנוהג. בית המשפט קבע, כי נישואיית-ערובת הנערכים מחוץ לישראל אינם נוגדים את תקנת הציבור הישראלי¹⁶⁰. גם במקרה זה הועדפו שיקולים המבוססים על השקפת עולם ליברלית משיקולים דתיים.

4. היקף הדין הדתי בערכאה האזרחית

את הטעם הרביעי לתוצאה השונה בערכאות השיפוט השונות, למרות החלת דין דתי זהה, יש לתלות בהיקפו של הדין הדתי החל בערכאה האזרחית.

157 ע"א 563/65, יגר נ' פלביץ, פ"ד כ (3) 224; ע"א 805/82, ורסנו נ' כהן, פ"ד לו (1) 529.
 158 לעניין הירוועים בציבור וזיקתם לדיני הגירושין, ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 109-110; כן ר' מ' שאוה, "הידועה בציבור כאשתו — הגדרתה, מעמדה וחובותיה", עיוני משפט ג (1973) 484; ר' פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט ג (1973) 459; ח' שלח, "בן הזוג הירוע בציבור", משפטים ו (1978) 119. על הסדרים החצויים בעניין זה בישראל, ר' עור א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 7, בעמ' 484-485.
 159 ע"א 337/62, ריונפלד נ' יעקובסון, פ"ד יו 1009.
 160 הלכת פונק שלוינגר, לעיל, הערה 86, בעמ' 227. ר' גם הלכת פרקש, לעיל, הערה 129, בעמ' 475-476.

בסוגיות סמוכות (דיני חוזים ודיני קניין, למשל), שאינן כשלעצמן בגדר ענייני המעמד האישי, אך הכרעה בהן נדרשת לשם פסיקת הדין, מוחלות מערכות אחרות ובלתי-יזוהות של דינים על כל ערכאה. בית-הדין כפוף, בדרך כלל, לדין הדתי גם בסוגיות אלה. בית המשפט האזרחי מחיל, בדרך כלל, את הדין האזרחי בעניינים אלה¹⁶¹. תחולה סימולטנית של דינים בסוגיות סמוכות, בצד הדין הדתי בענייני המעמד האישי, משפיעה, כמובן, על התוצאה הסופית.

יתר-על-כן, שאלה היא, אם בית המשפט כפוף לפרשנות הדין הדתי על ידי הערכאה הדתית ולפסקים שיצאו מלפני בתי-הדין בעניינים שנדרונו בפניהם. באיזו מידה פסקיו של בית-הדין מהווים ביטוי אוטוריטיבי של הדין הדתי וחלק ממנו, והם מחייבים את בית המשפט? האם לבתי המשפט חירות מלאה להגשמתן של נורמות דתיות וליישומן בלי להיות כפופים לפסקים קודמים של בתי-הדין? האם הדין הדתי כולל גם את החידושים שנתחדשו על ידי בתי-הדין או הפרשנות שבתי-הדין נתן לדין? מחד גיסא, אין עקרון התקרים המחייב חל על חלק מבתי-הדין הדתיים, בתי-הדין הרבניים, למשל. יתר-על — כן, כל בית-דין רבני פוסק בהתאם לשיקול דעתו ולמצפונו הדתי. כיצד, אם כך, יחויב בית המשפט בפסיקה שאינה מחייבת את בתי-הדין עצמם? מאידך גיסא, במסגרת הדין הדתי נכללים כל הפסקים והחידושים בדין כפי שהם מעת לעת. בית-הדין הוא מוסד שבאמצעותו מתפתח הדין הדתי. כיצד ניתן להתעלם מדין זה, אם בהגדרתו הוא חלק מן הדין המחייב? על שאלות אלה לא ניתנה תשובה חתוכה במשפט הישראלי. אך המגמה המסתמנת היא להתחשב בפסיקה הרבנית ולראות בה פרשנות ויישום אותנטיים של הדין הדתי בלי להיות מחויבים על ידה. בית המשפט רואה את עצמו חופשי לאמץ לעצמו פרשנות עצמאית של נורמה דתית, גם אם היא שונה מזו שניתנה על ידי בתי-הדין הדתי, אם הדבר מתחייב מן הנורמות הדתיות המופשטות¹⁶².

IV. תוצאות הפיצול הכפול על השיטה המשפטית במישור הדין

IV (i) ברירת פורום לפי התוצאות

1. כללי

כבר ראינו, כי פיצול השיפוט, הגורר אחריו גם פיצול שכדין, מעניק, לעתים, לציבור המתדיינים מרחב תמרון לשם השגת התוצאה הרצויה.

161 ר' לעיל, הערות 110-113.

162 ר' בג"צ 359/66, גיטייה נ' הרבנות הראשית, פ"ד כב (1) 290, 297; ד"נ 23/69, יוסף נ' יוסף, פ"ד כד (1) 792, 810. כן ר' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי", משפטים ב (1970) 510, 531 ואילך, ובייחוד בעמ' 535.

1.1. ענייני סטטוס

בדרך כלל, עניינים הנוגעים לסטטוס, ענייני נישואין וגירושין, מסורים לסמכותם היחודית של בתי-הדין הרתיים.

קידושין פרטיים

כבר ראינו בהרחבה את ההבדלים בין בית המשפט לבין בג"צ בכל הנוגע למתן סעד לבני זוג במקרים של קידושין פרטיים לפסולי חיתון.

נישואי-תערובת

בית-הדין הרבני לא יכיר לעולם בנישואי-תערובת כשאחד מבני הזוג הוא יהודי. בעיני בית-הדין אין שום נפקות למקום עריכת הנישואין או לזיקותיהן הזרות של הצדדים. בית המשפט האזרחי, לעומת זאת, יחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שראינו לעיל.

נישואין אזרחיים

גם יחסו של בית-הדין הרבני לנישואין אזרחיים של יהודים שנערכו בחו"ל אינו מושפע מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. כאשר עומד בית-הדין הרבני בפני השאלות, אם להכיר בתקפות הנישואין או להצהיר על בטלותם או לחייב או לכפות גט על הצדדים לקשר נישואין כזה, הכרעתו תיפול במסגרת יישומו של הדין הרתי, והוא לברו, בנסיבות כל מקרה¹⁶³. לא כך בית המשפט האזרחי, אשר יחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שראינו לעיל. השאלה, אם בית-הדין הרבני מוסמך לרונן בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל לא הוכרעה עדיין. אולם, כאשר הצדדים מקיימים את זיקות השיפוט הנדרשות בעת הדיון, מוסמך בית-הדין לרונן בתביעת הגירושין¹⁶⁴. כאשר העילה הרלבנטית בכל ההקשרים של הדיון בבית-הדין היא

163 ערעור תשל"ג/217, תשל"ד/61, פ"ד ט 352, 355, בית-הדין יברוק כל מקרה "לגופו של עניין ומצב בני הזוג המקום והזמן, ואין פסק דין אחר על מקרה מסוים יכול להשפיע על מקרה אחר אפילו בדומה לו, כי הכל לפי ראות עיני הדיין בנידון"; ר' גם אצל א"ג אלינסון, נישואין שלא בדת משה וישראל (תשל"ו), עמ' 180-181.

בית-הדין פטור מן החובה להזקק לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ר' הלכת כהן ובולסיק, לעיל, הערה 86, בעמ' 19; הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86, בעמ' 620-621, 628-629; בג"צ 73/66, זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ (4), 645, 667: "בית המשפט מרריך עצמו על פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המקובלים במשפחת העמים, ובית-הדין הרבני תובע תוקף אוניברסלי לדין תורה".

164 הלכת כהנוף, לעיל, הערה 39; בג"צ 573/77, ז"ק נ' בית-הדין הרבני האיזורי, תל-אביב, פ"ד לב (1), 281, 287; בג"צ 51/80, כהן נ' בית-הדין הרבני האיזורי, רחובות, פ"ד לה (2), 8; הלכת פורר, לעיל, הערה 129, בעמ' 567-568.

פסילת הנישואין האורחיים, צודקת הטענה, כי, הלכה למעשה, ההבחנה בין הצהרה על תוקף הנישואין לבין הדיון בתביעת הגירושין היא קלושה¹⁶⁵.

זכויות ממוניות ורכושיות בנישואין אורחיים

זכויותיהם הממוניות והרכושיות של צדדים לנישואין אורחיים והכרה אינן צירנטלית במעמדם האישי יהיו תלויים במובהק בערכאה שבה תתברר התביעה. בית-הדין הרבני ימנע, בדרך כלל, מהענקת זכויות מכוחם של נישואין אורחיים. בית המשפט המחוזי, המכיר בתוקף הנישואין מכוחם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ירכיב את הדין האישי החל על הצדדים על ההכרה האורחית בתוקף הנישואין ויורה על תשלום המזונות¹⁶⁶. יתר-על-כן, הזכות הנובעת מן המשפט האזרחי תעמוד לבן הזוג לא רק על אפו ועל חמתו של הדין הרתי, אלא למרות פסיקה נוגדת של בית-הדין הרבני. דחיית תביעה למזונות בבית-הדין הרבני בעטיים של נישואין אורחיים לא תשמש מעשה בית-דין בתביעה אורחית שתוגש לבית המשפט המחוזי. בית המשפט קבע, כי למרות זהות בסעדים הנדרשים שונות הן העילות בכל אחת מן הערכאות¹⁶⁷.

אולם, כאשר הסמכות היחודית בעת הדיון מוקנית לבית-הדין הרבני, עשויה החלטתו לחרוץ את גורל התביעה גם בבית המשפט האורחי. בית המשפט מחיל על קטע זה של מערכת הזכויות והחבויות את הדין הרתי. חיוב בגט או כפייתו, ואולי אף הצהרה על בטלות הנישואין, יהווה עילה מספקת לפקיעת החובה למזונות גם בבית המשפט האורחי. בית המשפט האורחי יתייחס לפסקי-הדין הרבני כעובדה חרשה העשויה לשנות את התוצאה המשפטית, וזאת אפילו יצא פסקי-דין קודם למזונות מלפני בית המשפט. אולם, פסקי-הדין הרבני יראה כצופה פני עתיד בלבד, ותחולתו כמעשה בית-דין תהיה מכאן ואילך בלבד. המשמעות ההצהרתית הכלולה בו לא תחייב את בית המשפט. רק המשמעות הקונסטטיטיבית תהיה מחייבת מכאן ואילך בלבד¹⁶⁸.

השאלה, מהו היקף הפסיקה המחייבת של בית-הדין הרבני, דהיינו: האם פסיקתו של בית-הדין תחייב את בית המשפט האורחי בכל מקרה ועל בסיס כל עילה, ואפילו העילה היחידה להכרעה היא אורחיותם של הנישואין, לא הוכרעה

165 פ' שיפמן, לעיל, הערה 14 (משפטים), בעמ' 222.

166 הלכת סקורניק, לעיל, הערה 129; הלכת בכר, לעיל, הערה 129; הלכת פורר, לעיל, הערה 129; הלכת שמואל, לעיל, הערה 129, בעמ' 403-404. ר' גם לעיל, הטכסט סמוך להערה 131.

167 הלכת בכר, לעיל, הערה 129.

168 הלכת כהנא, לעיל, הערה 142; הלכת פורר, לעיל, הערה 129; הלכת שמואל, לעיל, הערה 129, בעמ' 404-405. ר' גם פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 254-265; —, לעיל, הערה 14 (משפטים), בעמ' 227-223; א' מעוז, לעיל, הערה 129, בעמ' 200-206.

ונשארה פתוחה עד היום¹⁶⁹. אולם, צריך לזכור, כי בית־הדין הרבני הוא הערכאה המוסמכת יהודית להתיר את קשר הנישואין. שלילת התוקף מפסיקתו תהפוך את הנישואין האזרחיים ל'נישואין קתוליים'¹⁷⁰. בינתיים תופר בית־הדין כיסי הנמקות רחבים ל'פסילת' הנישואין האזרחיים כדי שלא להוותר עם הנימוק של הנישואין האזרחיים בלבד¹⁷¹. תגובתו של בית המשפט האזרחי לטקטיקה זו אינה אחידה. לעתים הוא נתפס לנקודת התורפה וחושף את המניעים האמיתיים של בית־הדין¹⁷². במקרים אחרים הוא מניח את בית־הדין בחזקתו או נותן הכשר לפסיקתו¹⁷³.

התרת נישואין

גם בסוגית התרת נישואין יש לערכאה המוסמכת השפעה מכרעת על התוצאה המשפטית. ברוב המקרים הסמכות היהודית מוקנית לבית־הדין. אולם, באותם עניינים שהסמכות תלויה בהם בהפניית נשיא בית המשפט העליון מכוח הוראות חוק שיפוט בענייני נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, יחרוץ הפורום שהנשיא יפנה אליו את גורל הנישואין לשבט או לחסד¹⁷⁴. כך, למשל, בנישואיי תערובת שאחד מבני הזוג השותפים להם הוא יהודי תהיה ההפניה לבית־הדין הרבני בבחינת חריצת דין חד־משמעית לבטלות הנישואין.

1.2. עניינים נלווים:

במהלך הדיון בסוגית פיצול הדין נתנו את הדעת לעניינים רבים, שיוכרעו תוצאות ההתדיינות בהם על ידי בחירת הפורום. לא נחזור על אלה. נפרט כאן סוגיות נוספות, שבהן יכריע הפורום את התוצאה המשפטית.

- 169 ר' האסמכתאות לעיל, בהערה 168.
- 170 א' לבונטין, לעיל, הערה 115, בעמ' 32; ר' גם פ' שיפמן, לעיל, הערה 14 (משפטים), בעמ' 223.
- 171 הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86; הלכת שמואל, לעיל, הערה 129. בכנ"צ כהנוף, לעיל, הערה 39, סמך בית המשפט על הצהרת בעל־הדין, כי לא יסמוך על הנישואין האזרחיים כעילה בלעדית להתרת הקשר.
- 172 הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86, בעמ' 616.
- 173 הלכת שמואל, לעיל, הערה 129, בעמ' 404-405. ור' פ' שיפמן, לעיל, הערה 14 (משפטים), בעמ' 223 ואילך. לדעתו, מה שנראה כאימוץ מתמם של הפסיקה הרתית על ידי בית המשפט מהווה למעשה אימוץ גישה ליברלית ומתקדמת כלפי גירושין (גירושין ללא אסמ'שם, בעמ' 225).
- 174 פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 188-191. על תופעה דומה במצב המשפטי שקדם לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969, ר' הלכת פונק שלזינגר, לעיל, הערה 86, בעמ' 250-251.

החזקת ילדים וחינוך ילדים

מערכת שונה של ערכים והשקפות עולם מנחה את בית-הדין לעומת בית המשפט בסוגיה זו. בית-הדין מעניק משקל רב לשאלות מוסריות, כפי שהן נתפשות בעיני הדין הרתי, ולהשקפת העולם הרתית. משום כך, תנתן במקרים רבים הערפה לחינוך רתי ולכן הזוג המבטיח אורח חיים רתי¹⁷⁵.

הסכמים בין בני זוג

כבר ראינו, כי הדין החל על הסכמים בין בני זוג משתנה מערכאה לערכאה. בית המשפט המחוזי מחיל בעיקר את הוראות המשפט האזרחי, ואילו בית-הדין הרבני מחיל בעיקר את הדין הרתי¹⁷⁶.

יתר-על-כן, כוחה של טענת שלום בית, הנטענת בפני בית-הדין הרבני, עשוי לעמוד כנגד חובת הביצוע של הסדרים ממוניים ורכשיים הכלולים בהסכם גירושין חתום ומאושר כדין¹⁷⁷. בתי המשפט, לעומת זאת, פסקו בעבר, כי הסדרים כאלה, אם לא הותנו בביצוע הגירושין, עומדים בפני עצמם ומחייבים את הצדדים להסכם למרות איקיום ההתחייבות לגירושין¹⁷⁸.

פירוק שיתוף במקרקעין ובמיטלטלין

בית-הדין הרבני ידון בתביעה לפירוש שיתוף במקרקעין ובמיטלטלין בין בני

175 ר' לעיל, הערות 124-128 והטכסט הסמוך להן.

176 ר' לעיל, הערות 110-113 והטכסט הסמוך להן.

177 התחייבויות הנובעות ישירות מביצוע הגירושין אין להן תוקף במקרה של חזרה מן ההסכמה לגירושין וכל עוד לא בוצעו הגירושין, ר' ערעור תשל"ה/26, פר"ד י 115, 139-141; כן ר' תיק 13627/לו, פר"ד יא 89, 93, הפוסק כי הסכם גירושין ותנאיו לא יעמדו בפני טענת שלום בית. בתיק 447/מב (בית-הדין הרבני האיזורי באשרוד) פסק-דין מיום 23/6/82 (לא פורסם), הובהרו התנאים לביטול תוקף ההסכם. נקבע שם, כי אם צר חוזר בו מהסכם הגירושין בהיותו מעוניין בשלום בית, הרי לגבי אותם תנאים כספיים שטרם בוצעו, ואם אין הגירושים באים מתוך כפיה או חיוב, בטל תוקפו של ההסכם ואין לבצעו.

ר' גם המקורות להלן, בהערה 178. מהעדר החיוב בגירושין ומחוסר האפשרות להתחייב לגירושין עצמם נובע גם, שבמקרה של חרטה אין לחייב את קיום התנאים הממורניים.

178 ע"א 757/70, אורכוך נ' אורכוך, פ"ד כה (2) 104; ע"א 451/62, כהן נ' כהן, פ"ד יז 1605, 1609; ע"א 208/64, בלגור נ' אריאלי, פ"ד יח (4) 189; כן ר' ע"א 231/66, הכרי נ' הכרי, פ"ד כ (2) 685; ע"א 115/73, וייס נ' וייס, פ"ד כט (1) 48; על ההבדל היסודי בין בית-הדין לבית המשפט בשאלת תקפותו של הסכם גירושין במקרה של טענת שלום בית, ר' תיק 9328/90 (בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק-דין מיום 11/11/87.

זוג במסגרת הדין הדתי החל עליו. בית המשפט האזרחי¹⁷⁹ יחיל את הוראות הדין האזרחי¹⁸⁰. לא הרי הוראות חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או הוראות חוק המיטלטלין, תשל"א-1971, המסדירים את אופן פירוק השיתוף כהרי הוראות הדין הדתי בסוגיה זו.

יתר-על-כן, בתואנת שלום-בית עשוי בן זוג אחד לבקש בבית-הדין הרבני את ביטולה, עיכובה או דחייתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין שהוגשה על ידי האחר בבית משפט השלום. בית-הדין הרבני נוהג לאחרונה לתת צווי עיקול על נכס, בעיקר על דירת מגורים, כדי למנוע הגשתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין או כדי למנוע את המשכו של הליך פירוק בתביעה שהוגשה עוד לפני מתן הצו¹⁸¹. מירת חוקיותו של צו כזה לא נדונה עדיין במפורש בבית המשפט העליון ולא הועמדה אף להכרעתו המפורשת של בית המשפט המחוזי. שופטים שונים של בית משפט השלום התעלמו מצו כאמור, בטענה שהוא בטל מעיקרא בשל חוסר סמכות¹⁸².

179 בדרך כלל בית משפט השלום. כאשר תביעת הפירוק הינה חלק מתביעת פירוק כלל הנכסים בין בני הזוג יהיה בית המשפט המחוזי מוסמך לדון גם בתביעת פירוק השיתוף במקרקעין במסגרת סמכותו הכוללת, ר' הלכת אריאלי, לעיל, הערה 9.

180 ר' בר"ע (ת"א) 1809/82, פפרמן נ' פפרמן, פסקים תשמג ב 338, 342; ע"א (חי) 222/84, אילון נ' אילון, פסקים תשמה ג 406; ע"א (חי) 150/85, דרעי נ' דרעי, פסקים תשמו ג 449.

181 ר', בין היתר, תיק 9328/מו (בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, בהרכב אנ"ד הרב ש' ריכובסקי), פסקדין מיום 11/11/87; החלטות דומות שיצאו מלפני אותו הרכב ר' תיקים 6348, 9724/מה, פסקדין מיום 21/2/86; תיקים 1514, 1515, 2272/מו, פסקדין מיום 16/4/86; תיק 5667/מו, פסקדין מיום 4/6/86 ו-19/6/86. ר' הרב ש' ריכובסקי, לעיל, הערה 18 (דיני ישראל יגיד), בעמ' יר"טו.

182 ת"א 35161/85, מילדנברג נ' מילדנברג (בית משפט השלום בתל-אביב-יפו, השופט י' גליון), פסקדין מיום 28/9/86, הרוחה את נפקותו של צו עיקול על דירה, שיצא מלפני בית-הדין הרבני בעילת שלום בית (בתיק 5667/מו, לעיל, הערה 181), כלפי תביעת פירוק הנדונה בבית משפט השלום. כן ר' החלטתו של אותו בית המשפט בת"א 3738/87, שנדור נ' שנדור, מיום 4/2/88. מכל מקום, אם החלטת בית-הדין ניתנת אחר הריון בבית משפט השלום, והיא סותרת את החלטת בית משפט השלום, אין לקיימה בשל פגיעתה בעקרון הכיבוד ההדדי שבין הערכאות. לענין אחרון זה ר' בג"צ 706/80, סופר נ' בית-הדין הרבני, פ"ד לה (3) 13.

בית המשפט המחוזי בחיפה קבע, כי אין לעכב תביעת פירוק שיתוף בדירה של בני זוג בעקבות פסק דין לשלום-בית שיצא מלפני בית-דין רבני עוד לפני הגשת התביעה. ר' ע"א (חי) 222/84, אילון, לעיל, הערה 180, בעמ' 411-412. במקרה זה לא צוין אם בית-הדין הרבני הוציא צו עיקול על הדירה, מושא תביעת פירוק השיתוף, למימוש פסק-הדין בענין שלום בית, השאלה, אם סיכוי לשלום בית בין בני זוג מהווה שיקול לגיטימי במסגרת תביעה לפירוק שיתוף של דירת בני הזוג, הושארה בצ"ע על ידי השופט טירקל בע"א 753/82, פלוני נ' פלוני, פ"ד לו (4) 626, 629.

צווי מניעה אישיים

בעת האחרונה נוצרה פרקטיקה בבתי-הדין הרבניים של שימוש כמוסר שלום-הבית לשם השגת צו המיצר את חירות היחיד. הכוונה לצווים המוצאים על ידי בתי-הדין הרבניים האוסרים על הבעל או האשה להפגש עם צדדים שלישיים, מאהב או מאהבת. הצווים מוצאים בעילת שלום-בית¹⁸³.

2. יתרונות לבעלים או לנשים בבחירת ערכאה מסוימת

בית-הדין הרבני מנקז אליו, בדרך כלל, תביעות של בעלים, וזאת בתחומים השונים של ענייני המעמד האישי. בית המשפט המחוזי משמש, בדרך כלל, מחוז חפץ לנשים¹⁸⁴. נסקור בקצרה, ובלי להתיימר למצות את הסוגיה, את הטעמים העיקריים לכך בעניינים שונים של המעמד האישי.

2.1. ענייני מזונות

א) שיעור המזונות הנפסק בבתי-הדין הרבניים נמוך יותר, בדרך כלל, מן המקובל בפסיקת בתי המשפט המחוזיים¹⁸⁵.

183 עתירות התוקפות את סמכותו של בית-הדין להוצאת צוים כאמור ומערערות על מידת תוקפם של צוים כאלה לא הגיעו לכלל הכרעה בנג"צ. ר', למשל, העתירות לבג"צ בתיקים הבאים: 293/83; 120/86; 296/86; 20/87. ברוב העתירות הוצא צו על תנאי, אך הן לא הגיעו לכלל כירור.

במקרה אחד נפסק, כי צו שהוציא בית-דין רבני, לבקשת בעל, האוסר על אשתו להכניס גבר, שאינו בעלה, לדירה הרשומה על שמה ושם בעלה, לא הוצא בסמכות. ר' בג"צ 428/81, גולן נ' בית-הדין הרבני האיזורי, תל-אביב-יפו (לא פורסם). הצו במקרה זה לא היה מבוסס על עילת שלום בית אלא על סמכות בית-הדין מכח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.

184 ר' גם י' שילה, לעיל, הערה 18, בעמ' 653.

185 "השוואת גובה דמי המזונות שנפסקו על ידי סוגי בתי-הדין השונים מראה, שבתי-הדין הרבניים נוטים לפסוק מזונות נמוכים מאשר בתי-הדין האחרים". מצוטט מתוך המחקר הרשמי של המוסד לביטוח לאומי: נשים המקבלות דמי מזונות באמצעות המוסד לביטוח לאומי 984 (המוסד לביטוח לאומי, האגף למחקר ולתכנון, ירושלים, יוני 1985) 5.

במחקר נברקו כ-7000 תיקי מזונות. העובדה, שהכנסת הנתבע לא הובאה כחשבוני במסגרת המחקר, אינה פוגמת במהימנות ממצאיו, הואיל והמדובר בשכבה חברתית הומוגנית יחסית. גם העובדה, שהמדובר באוכלוסיה בעלת חתך חברתי מסוים, דהיינו: העשירונים התחתונים בחברה הישראלית, אינה פוגמת במסקנות שניתן להסיק מן הממצאים. להיך, הרבר עשוי ללמד, כי בתי-המשפט נענים יותר גם לאותן נשים מן השכבות הנמוכות של האוכלוסיה, הפונות לבתי-הדין יותר מאשר לבתי המשפט בשל עלותם הזולה יותר של ההליכים (מספר פסקי המזונות מבתי-הדין הרבניים המוגש לביטוח הלאומי גדול באופן משמעותי מפסקי-הדין שנתנו בתי המשפט המחוזיים: שני שלישים לעומת שלישי. ר' לוח 7, עמ' 10 למחקר הנ"ל).

ב) הצמדת דמי המזונות בבית־הדין, כאשר הבעל שכיר, היא לתוספת היוקר, בעוד בבית המשפט ההצמדה כיום היא תמיד למרד יוקר המחיה¹⁸⁶.

תביעה בבית־הדין פועלת, אפוא, לרעת האשה מבחינה זו, ומטיבה עם הבעל. במיוחד נודעת חשיבות לדבר בשעורי אינפלציה בינוניים וגבוהים. אולם, גם בשעורים מתונים של אינפלציה נודע משקל להפרש המצטבר במשך תקופות ארוכות.

ג) משך דיון ארוך יותר בבית־הדין הרבני הפועל לטובת החייב במזונות ופוגע בזכאית, האשה, שהיא הצד החלש יותר¹⁸⁷.

ד) קושי בהשגת מזונות זמניים בבית־הדין הרבני. בית־הדין אינו מוציא ממון מידי החייב, דהיינו: אינו מחייב בעל במזונותיה של אשתו, ללא ראיות על זכותה של האשה ועל היקף החיוב. משום כך לא ניתן לקיים בבית־הדין הרבני הליך מקוצר ומהיר של דיון במזונות זמניים, כמקובל בבית המשפט המחוזי. כל הליך בתביעת מזונות בבית־הדין הרבני מחייב הוכחות מלאות ומפורטות. ה) בבית־הדין הרבני — בניגוד לבית המשפט המחוזי — אין הבעל חייב לפרט את הכנסותיו ורכושו בדרך של הרצאת פרטים. לא מוטלת עליו גם חובה לצרף תלושי משכורת או אישורים אחרים, בעת הגשת התביעה או לקראת הדיון הראשון. הרב מאפשר לבעלים להעלות טענות־סרק בבית־הדין. בשל התמשכות הדיונים בבית־הדין חולפת תקופה ארוכה עד שמתאפשר לאשה — בשלב ההוכחות — להמציא ראיות על הכנסותיו האמיתיות של הבעל. פרוצדורה כזו, מטבע הדברים, פוגעת באשה.

ו) בית המשפט קשוב יותר לטענות בדבר פוטנציאל השתכרות של הבעל. בית־הדין הרבני מקפיד יותר לפסוק בהתאם להכנסה הממשית, דהיינו: ההכנסה בפועל.

ז) בית־הדין קשוב יותר לבקשות של בעלים להפחתת מזונות מטעמי שינוי נסיבות. בבית המשפט תהיה קבלתה של תביעה כזו נדירה ביותר. הפסיקה סגרה כמעט הרמטית את הדלת בפני אפשרות של הפחתת מזונות בערכאה האזרחית¹⁸⁸.

ח) דיני הראיות מכבידים יותר על התובעת, האשה, בבתי־הדין הרבניים¹⁸⁹.

186 ר' ד"ח המוסד לביטוח לאומי, לעיל, הערה 185, בלוח 7, עמ' 10, המלמד כי 91.6% מפסי־קיי־הדין למזונות של בתי המשפט המחוזיים, שנבדקו במחקר, כללו הוראות הצמדה למרד יוקר המחיה, לעומת 18.4% בלבד מפסקי־הדין של בתי־הדין הרבניים. 77.3% מפסקי־הדין של בתי־הדין הרבניים כללו הוראת הצמדה לתוספת היוקר.

187 ר' בעניין זה, א' רוזן-צבי, "מעמדה של האשה במשפחה ברין העברי", זכויות האדם בישראל, קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל (תל־אביב, 1988), 109, 131-132.

188 ר' ע"א 259/75, שטראוס נ' שטראוס, פ"ד ל (2) 358.

189 הרב ע' יוסף, "חובת ההוכחה בדיני מזונות — על הבעל או על האשה", תורה שבעל פה יב (הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל פה)ירושלים, תשל"ל) יד. ר' עוד

מציאות משפטית זו מרעה את מצבה של האשה בבית־הדין הרבני לעומת בית המשפט המחוזי. הדברים אמורים הן באשר לעצם זכותה המהותית של האשה למזונות והן באשר למועד שממנו תהיה האשה זכאית למזונות.

ההבדלים המפורטים לעיל גוררים אחריהם תוצאה קשה נוספת לאשה. אשה שנכפה עליה דיון בתביעת מזונות בבית־הדין הרבני מפסידה חלק מכת המיקוח שלה במסגרת המו"מ לגירושין. ממילא עולה כח המיקוח של הבעל. נוצר, אפוא, לחץ בלתי־הוגן על האשה, שהיא הצד החלש בדרך כלל מבחינה כלכלית, לקבל את התנאים המוצעים על ידי הבעל.

2.2. עניינים רכושיים

א) בית־הדין הרבני דן בעניינים רכושיים על פי הדין הדתי, ואין הוא כפוף לדין האזרחי אלא באותה מידה המתחייבת מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951. כבר ראינו, כי בית המשפט האזרחי מחיל את הוראות דיני החוזים והקניין גם על מערכת יחסי הממון והרכוש בין בני זוג¹⁹⁰. כן ראינו, כי בית המשפט פיתח דינים מיוחדים הנוגעים להסדר היחסים הרכושיים בין בני הזוג, כגון הלכת השיתוף¹⁹¹. לא כן, כאמור, בית־הדין הרבני.

כך, למשל, לא נהגת בבית־הדין הלכת השיתוף בנכסים הפועלת בדרך כלל לטובת האשה¹⁹². בית־הדין נוהג לפסוק בדרך כלל על בסיס הבעלות הרשומה בנכסים¹⁹³.

זאת ועוד, בתי המשפט האזרחיים מחילים את הוראות חוק המתנה, תשכ"ה-1965, גם על מערכת היחסים בין בני זוג. בבית־הדין, לעומת זאת, מקובל להחיל דינים מיוחדים הנוהגים בין בני זוג. הכוונה היא לדין המסדיר

א' רוזן־צבי, "הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות — הצורך בגישה חדשה", הפרקליט לח (1989) סמוך לה"ש 75-69, 97-87. סמוך להערה 87: "כתחום זה זכות מזונות לאשה ללא זכות קורלטיבית לבעל) פותחה על ידי בית המשפט נגישות רבה יותר לזכות המזונות מצד האשה המוכה או הסובלת לעומת גישתו של בית הדין". כן ראה א' בארי, "מזונות לאשה שאינה גרה עם בעלה (מעין מורדת)", מחקרי משפט ג (1984) 169, 188 ואילך. על תוצאות מטריאליות שונות הן לעניין שיעור המזונות והן לעניין דיני הראיות ר' גם השופט ש' לוי בהלכת גוטהלף, לעיל, הערה 31, בעמ' 681.

בית המשפט האזרחי איננו כפוף לדיני הראיות של הדין הדתי, ר' הלכת קוטיק, לעיל, הערה 115, בעמ' 1344.

190 ר' לעיל, הערות 110-113 והטכסט הסמוך להן.

191 ר' לעיל, הערה 97 והטכסט הסמוך לה.

192 ר' הלכת וילזוני, לעיל, הערה 90, בעמ' 738-740. ר' גם מ' שאוה, לעיל, הערה 3, בעמ' 203-197.

193 א' רוזן־צבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 125-126. ר' תיק 3519/תשי"ב, פ"ד א 113; ערעור תשכ"א/166, פ"ד ד 193; ערעור תשכ"ב/68, פ"ד ד' 289.

החזרת מתנות שניתנו על ידי אחד מבני הווג למשנהו בנסיבות מסוימות, על בסיס עילות שונות ובקרות ארועים מסוימים¹⁹⁴. פועלו של יישום דין החזרת המתנות הינו בדרך כלל לטובת בן הווג בעל האמצעים, הנותן, ולרעת המקבל. ממילא בנסיבות ימינו נפגעת בדרך כלל האשה מיישום הדין האמור. (ב) בית-הדין הרבני ממשיך לפסוק בפועל בעניינים מסוימים על פי מוסדות משפטיים שברין העברי, שלדעת בית הדין הגבוה לצדק אינם מהווים עוד חלק מן המשפט הנוהג בישראל¹⁹⁵.

2.3. שיקולים אחרים

מאליו מובן, כי גישה זו היא כוללנית, בהחלט יתכנו מקרים שבהם האינטרס של האשה הוא להתריין רווקא בבית-הדין הרבני, ואילו האינטרס של הבעל יוביל אותו אל בית המשפט המחוזי. כך כאשר התנהגותו של הבעל בעיני בית-הדין עשויה להשפיע על התוצאה לחובתו. הרברים אמורים הן בענייני מזונות, הן בענייני רכוש והן בענייני ילדים.

בענייני רכוש יועדף בית-הדין הרבני על ידי האשה כאשר, למשל, רוב הרכוש רשום על שמה או כאשר חלק הארי של המתנות ניתן לבעל על ידה. מקרה אחר שבו יהא בית-הדין הרבני עדיף לאשה הוא בכקשה למתן צו לסילוק ירו של בעל מן הבית, כאשר הוא מקיים קשרים קבועים עם אשה אחרת. בבית המשפט המחוזי אין עילה זו כשלעצמה מספקת לסילוק ירו של הבעל מן הבית¹⁹⁶. האשה עשויה לבחור בבית-הדין הרבני גם כאשר תוכל לסמוך על דין החזרת מתנות שנתנה לבעל במהלך הנישואין.

בענייני החזקת ילדים וחינוך עשויה התנהגות הבעל, שהיא למורת רוחו של בית-הדין, או תביעה מצד האשה שאורח חייה עולה בקנה אחד עם השקפות הדיינים, להוביל אותה לפתיחת הליכים בבית-הדין רווקא.

איי-אפשר להתעלם מנקודה נוספת. העדר דרישות פורמליות בבית-הדין מקל על מתדיינים חסרי-אמצעים. אשה יכולה לנקוט הליכים בעצמה ובמהירות

194 על דין החזרת מתנות, כולל אסמכתאות מן הפסיקה הרבנית בישראל, ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 146-148. ר' שם גם דיון בשאלה, אם הדין הרתי האמור הוא חלק מענייני נישואין ומשום כך מהווה חלק מן המשפט הנוהג שגם בתי המשפט האורחיים חייבים להחילו.

195 כך, למשל, בנוגע לפירות נכסי מלוג וההשלכות הנודעות לכך על הקטנת היקף המזונות המגיעים לאשה. ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 15, בעמ' 134 ואילך. בעמ' 136 ה"ש 47 שם, מפורטת פסיקה רבנית המפטירה כראשקוד, כאילו הלכת פירות נכסי מלוג היא עדיין חלק מן המשפט הנוהג בישראל.

196 ר' ע"א 680/82, נחום נ' נחום, פ"ד לו (4) 667, ע"א 53/83, רונקין נ' רונקין, פ"ד לח (1) 151.

יחסית, אלא שאליה וקוץ בה. העדר ההליכים הפרוצדורליים המקובלים בערכאה האזרחית פועל, כפי שראינו לעיל, לטובת החייב ולחובת הזכאי. משום כך, בדרך כלל, עלול שכרה של האשה חסרת-האמצעים לצאת בהפסדה.

IV (ii) פיצול סטטוס ופיצול דינים על עניין אחד ועל בני זוג אחד הפיצול בין הסמכויות וריבוי הדינים החל בעת ובעונה אחת על עניין אחד ועל בני זוג אחד במערכות השונות מאפשרים לצדדים מידה מסוימת של ברירה בין ערכאות השיפוט השונות. לפתחו של הפיצול הכפול, של הסמכויות והדינים, רובצות תוצאות שונות, שעל חלקן נבקש לעמוד בהמשך.

1. פיצול סטטוס בין הערכאות

בפרקים הקודמים הרחבנו את הריבור בשאלות הנוגעות לתוקפם של נישואין אזרחיים ושל נישואיית-ערובת. עסקנו בשאלות אלה הן בהקשר של הכרה בסטטוס והן בהקשר של הכרה בגילווי הסטטוס למיניהם. ראינו, כי הדין תלוי בדיין, וכי הסטטוס של אדם עשוי להתפצל לפי ערכאת השיפוט הנדונה¹⁹⁷. אין טעם להרחיב כאן את הדיבור על סוגיות אלה פעם נוספת. מן הפרקים השונים ניתן היה ללמוד, כיצד חלק מתופעות הפיצול רוככו במשך השנים, למשל, באמצעות הרחבת עקרון מעשה בית-הדין או הצרתו¹⁹⁸. חלק אחר מחייב עריין הכרעה ברבר אופן התיאום, ברבר קביעת ההיררכיה בין המערכות השיפוטיות השונות לצרכים השונים וברבר המשך פיתוחו ויישומו של עקרון מעשה בית-דין על הסוגיה האמורה¹⁹⁹.

הבעיה העקרונית של תופעת פיצול הסטטוס טמונה במבנה של מערכת דיני המשפחה בישראל ובאילווצים החברתיים-הפוליטיים הנעוצים בליבה של המערכת. על עניינים אלה ומשמעותם נרחיב את הדיבור בפרק שיעסוק בסוגית סגירת הפערים בשיטה המשפטית בתחום דיני המשפחה.

2. פיצול סטטוס באותה ערכאה

פיצול סטטוס בערכאות שיפוט שונות נובע מהצורך בהכרה בסטטוס שנוצר

197 על תופעת פיצול הסטטוס ר' א' לבונטין, לעיל, הערה 115, בעמ' 51-52, 67-68, 7, 32-30. הלכת פונק שלזינגר, לעיל, הערה 86, בעמ' 250-251; הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86, בעמ' 619 ואילך, 627-628.

198 ר', למשל, הלכת שטרייט, לעיל, הערה 86, בעמ' 629; הלכת בכר, לעיל, הערה 129; הלכת פורר, לעיל, הערה 129; הלכת שמואל, לעיל, הערה 129, בעמ' 403-404.

199 הלכת שמואל, לעיל, הערה 129, בעמ' 404-405. ר' גם פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, בעמ' 254-265; י' אנגלרר, לעיל, הערה 115, בעמ' 24-26; פ' שיפמן, לעיל, הערה 14 (משפטים), בעמ' 221-233, ר' במיחר עמ' 226-227; א' מעוז, לעיל, הערה 129, בעמ' 200-206.

בחיקוק של משפט זר, והוא בגדר הכרח בל יגונה. לא כך הוא, כאשר הפיצול בסטטוס של אותו בן זוג מתקיים באותה ערכאה עצמה המחילה בכל אחד מן המקרים כללים שונים של המשפט הבינלאומי הפרטי. על שאלת הסטטוס של בן זוג שנישא בנישואי־ערובת, לצרכים שונים במהלך הנישואין, יחולו בבית המשפט האזרחי הוראות דבר המלך במועצתו, שבבסיסן זיקת השיפוט של דין הלאומיות. כללים אחרונים אלה קובעים את תקפות קשר הנישואין לצרכי ההתדיינות בסוגיות שונות של ענייני המעמד האישי. לעומת זאת, על שאלת הסטטוס של אותו בן זוג, לצורך התרת קשר הנישואין, יחולו בבית המשפט האזרחי כללי ברירת הדין הקבועים בסעיף 5 לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969. זיקת השיפוט של המושב היא העומדת בבסיסם של כללים אלה. חוק התרת נישואין, הקובע כללי ברירת דין לעניין התרת קשר הנישואין, המסדירים לעת זו גם את שאלת ההכרה בסטטוס לשם התרתו, לא תואם עם כללי ברירת הדין הקבועים בדבר המלך במועצתו.

בן זוג אחד עשוי, אפוא, להיות פנוי או נשוי בעת ובעונה אחת לצרכים שונים בערכאה האזרחית עצמה²⁰⁰.

3. פיצול סטטוס בין בני זוג במערכת נישואין אחת

מה דינם של צדדים בני עדות דתיות שונות שערכו טקס נישואין, בין בישראל ובין מחוצה לה, בעל נפקות שונה בדינו האישי של כל אחד מהם?

על פי גישה אחת, על בני הזוג עשויים לחול דינים שונים על פי ההשתייכות הדתית של כל אחד מהם. הנפקות המשפטית תחרץ לגבי כל אחד מבני הזוג לפי הדין האישי שלו²⁰¹. יתכן, אפוא, מצב של אשת איש הנשואה לרווק או של רווקה הפנויה לנשוי.

גישה אחרת דוחה פתרון מפוצל כזה בשיטה משפטית אחת. למשפט הישראלי חייבת להיות תשובה אחת ואחידה לשני הצדדים. המשפט החילוני חייב למצוא מבחן אזרחי אשר ימנע את פיצול הדינים על בני זוג אחד. בהעדר תשובה אחידה ובאין עדיפות מבחינת משפט המדינה לדין אחד על פני משנהו מתחייבת לגישה זו המסקנה שתוקף הנישואין במשפט הישראלי מותנה בהכרה מצטברת

200 מ' שאוה, "כללי השיפוט וברירת הדין בענייני התרת נישואין", עיוני משפט א (1971) 125, 149-150; —, "על 'נישואי מקסיקו' בישראל", הפרקליט לב (1979) 329, 343-344; —, "סמכות ודין בהתרת נישואי תערובת ונישואי בני זוג חסרי בית־דין דתי מוסמך", הפרקליט לב (1979) 482, 504-505.

201 א' לבונטין, לעיל, הערה 115, בעמ' 24.

של כל הדינים האישיים המעורבים בהיות כולם חלק מן המשפט הנוהג²⁰². עם זאת, וכדי להגן על הציפיות המוצדקות של הצדדים שנישאו בנישואי־תערובת יש להכיר בסטטוס לצורך גילוייו השונים בהתאם לעניין²⁰³. אם את פיצול הסטטוס בתוך מערכת נישואין אחת פתרת, הרי את הפיצול הענייני של ההכרה בסטטוס וההימנעות מהכרה בו, לחלופין, לצרכים שונים, לא פתרת. המשפט הישראלי יתן תשובות שונות בדבר ההכרה בסטטוס לפי העניין הנדון. פיצול כזה אינו רחוק, מבחינת החסרונות הטכועים בו, מהפתרון המציע את פיצול הסטטוס. בסופו של דבר גם פיצול ענייני הוא פיצול סטטוס שאינו מתחלק לפי הצדדים אלא לפי העניינים. באין מוצא אחר יתכן אפילו, שעדיפה הגישה הגורסת פיצול סטטוס מזו הגורסת את הפיצול הענייני, שכן זו האחרונה מביאה לסוגיות שונות (כגון שאלת החבות במוזנות) את פתרונה מדיני החיובים ומחוץ לדיני המשפחה, והפתרון עשוי להיות חלקי בלבד²⁰⁴. מכל מקום גם עזרה של הגישה הגורסת פיצול סטטוס עשויה לבוא מדיני החיובים, מקום בו תוצאת הפיצול תסכל ציפיות מוצדקות של הצדדים. המסקנה היא, אפוא, כי הקרבה בין שתי הגישות רבה יותר משנדמה במבט ראשון, וההבדל המעשי בין שתיהן עשוי להיות מדומה בלבד.

4. ריבוי דינים בעניין אחד, ערכאות רבות ותוצאות סותרות

כבר ראינו, כי עניינים שונים הנובעים ממערכת היחסים בין בני זוג ומיחסי הנישואין ביניהם עשויים להיות נושא התדיינות בערכאות רבות ושונות. אולם, קיימת גם אפשרות, שנעשה בה שימוש יומיומי על ידי רוב המתדיינים ככולם. אותו עניין עצמו עשוי להקרע בין ערכאות שיפוט שונות כדי להשיג את מירב היתרונות לבעל דין אחד. גורלו של עניין אחד עשוי להיות נתון בידי מספר ערכאות, הכל על בסיס של עילות שונות. בעלי הדין יבחרו את הערכאה המתאימה לרון בכל אחת מן הסוגיות הרלבנטיות לפי הדין המשרת את צרכיהם באותה סוגיה וככל שכללי הסמכות מאפשרים זאת.

זה עשוי להיות גורלה של התדיינות בענייני ילדים. ערכאות שונות, ובהן בית המשפט הגבוה לצדק, בית המשפט המחוזי, בית משפט השלום לנוער ובית־הדין הרבני, עשויות להיות מוסמכות לרון בענייניו של אותו קטין לצרכים שונים ובהקשרים שונים. לעתים ניתן לפתוח במקביל הליכים בערכאות השונות בעילות שונות ולמטרות שונות²⁰⁵. כך נקבע, כי, במקרים חריגים, עדיפה

202 פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, מעמ' 194 ואילך.

203 פ' שיפמן, לעיל, הערה 14, מעמ' 191 ואילך ובמיוחד בעמ' 194.

204 א' רוזנצביל, לעיל, הערה 7, בעמ' 482.

205 א' מלמד, "בית משפט לענייני המשפחה בישראל", הפרקליט לו (1986) 62. כן ר' דו"ח

החלטתו של בית המשפט לנוער גם אם זו נוגדת החלטה קודמת של הערכאה המוסמכת להכריע בעניין משמורת קטינים, היא בית המשפט המחוזי²⁰⁶. על גבם של הילדים במשפחה עשויים הצדדים לערוך את המניפולציות בקשר לשאלות הסמכות. הליכים אלה הם עתירי זמן וממון, הם פירצה הקוראת לטכסיסים ותמרי רונים והם מולידים כפילויות דיון והחלטות סותרות, שלא בטובת הילדים ושלא בטובת המשפחה כולה.

דוגמא אחרת מתמקדת בעניינים רכושיים. דירה אחת, ערכאות הרבה והחלטות סותרות. התדיינות בעניינה של דירה אחת עשויה להיות נושא לתביעות שונות בעילות אחדות ולהביא תוצאות סותרות. בית המשפט המחוזי עשוי להורות על סילוק ידו של הבעל במסגרת עילת המרור. בית המשפט המחוזי עשוי גם להדרש, במסגרת סמכותו לדון בענייני הרכוש שבין בני זוג, להכרעה בשאלת הזכויות של כל אחד מן הצדדים בדירה. במקרה זה לא מן הנמנע, כי יקבע, למשל, שהרישום בפנקס המקרקעין אינו משקף את זכויות בני הזוג בדירה. בית משפט השלום עשוי להכריע על פירוק השיתוף בדירה בהתבסס על חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובמסגרת סמכותו בסעיף 51(א)(3) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984. מצד אחר, עשוי בית-הדין הרבני להחליט על המשך מימוש זכות החזקה של הבעל בדירה באמצעות צו למגורים משותפים בדירה מכוח עילת שלום בית, שהנה חלק מענייני נישואין²⁰⁷. למותר לציין, כי כל אחד משלושת העניינים הראשונים עשוי להגיע לפתחו של בית-הדין הרבני אם נכרך כדין במסגרת תביעת גירושין. במקרה כזה לא תהיה הערכאה האזרחית מוסמכת לדון באותה תביעה.

מה דינם של צדדים, שגם ההתדיינות הפרלימינרית בעניין שנכרך בתביעת גירושין, המתקיימת בכפילות בשתי המערכות השיפוטיות, הדתית והאזרחית, גוררת אחריה לעתים קרובות החלטות סותרות ואי-התאמות. תוצאה זו לא רק מעמידה את הצדדים המתדיינים בפני קושי ענייני מטילה אותם להתדיינות נוספות, אלא גם פוגעת באמון הציבור במערכת המשפטית²⁰⁸.

הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (בראשות השופט א' שינבום)ירושלים, דצמבר, 1986, עמ' 13-18.

206 ע"א 4/77, פלוני נ' פלונית, פ"ד לג (3) 393.

207 ר' א' רוזן-צבי, לעיל, הערה 7, בעמ' 477 ה"ש 9. על פתרון אפשרי של החלטות סותרות בין בית המשפט לבית-הדין, ר' הלכת סופר, לעיל, הערה 182.

208 גם סוגית מעשה בית-הדין מכניסה מימד של הכרעות סותרות ומוסיפה שמן לגלגלי מכונת המירוץ הדהרת בין הערכאות בניגוד לאינטרסים האמיתיים של המשפחה ובעיקר של הילדים.

על תכסנות הנובעת מפיצול השיפוט וביקורת על הפירצה שיצר המחוקק, ר' בג"צ 296/70, שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כד (2) 487, 491-492. כן ר' פ' שיפמן, לעיל, הערה 31. תכופות מוגשים גם ערעורים כפולים, לבית המשפט העליון ולבית-הדין הרבני הגדול.