אריאל רוזן־צבי

דיני המשפחה בישראל
בין קודש לחול

פפירוס
בית ההוצאה
אוניברסיטת תל־אביב

ARIEL ROSEN-ZVI

ISRAELI FAMILY LAW
THE SACRED AND THE SECULAR

עיצוב העטיפה: **אבישי פליישר**

מהדורה ראשונה 1990
הדפסה חוזרת 1996

ISBN 965-306-083-X מסת"ב

©
כל הזכויות שמורות (1996)

לפפירוס
בית ההוצאה
אוניברסיטת תל-אביב
ת"ד 39287, תל-אביב 61392
Papyrus – Publishing House
Tel-Aviv University, P.O.B. 39287
Printed in ISRAEL 1996 — נדפס בישראל תשנ"ו

אין להעתיק או להפיץ ספר זה או קטעים ממנו
בשום צורה, דרך או אמצעי אלקטרוני, מכני
לרבות צילום והקלטה, הקלדה וכיו"ב
ללא אישור בכתב מהמוציא לאור.

לזכר אבי מורי
דוד צבי רוזן־צבי (רוזנצווייג)
שגם חולו היה קודש

תוכן העניינים

פתח־דבר 17

שער ראשון: דיני המשפחה בישראל — מערכת כפולה ומקבילה 23

הקדמה 25

חלק ראשון: פיצול השיפוט 26

פרק ראשון: המאבק בין ערכאות השיפוט 26
1) כללי — תבנית הפיצול 26
2) המתקת פיצול השיפוט 29
כללי 29
א) איזון בין סמכויות מקבילות 30
ב) כיבוד הדדי בין הערכאות 33
ג) מעשה בית־דין 35
ג1) מבוא: האינטרסים המוגנים, המדיניות המשפטית ותכלית השימוש בכלל 35
ג2) תחולת הכלל 36
עקרונות כלליים 36
מעשה בית־דין: שני מישורים של דיון 37
ממצאו של בית־הדין כמעשה בית־דין — אימתי? 37
הגנה מפני מעשה בית־דין או סתירתו — אימתי? 41
ג3) גבולות מעשה בית־דין וחריגיו 43
החלטה מאוחרת של בית־הדין 43
תחולת דינים שונים באותו עניין בכל אחת מערכאות השיפוט 44
ג4) סיכום 45
3) ברירת השיפוט והשימוש בה הלכה למעשה 46

פרק שני: הלכת ה'כריכה': מירוץ הסמכויות 48
1) כללי 48
2) מדיניות משפטית 49
א) מטרת הלכת ה'כריכה' וסיכולה 49
ב) האסכולות השונות, התגבשות האסכולה המצמצמת וטעמיה 51
3) ניתוח הלכת ה'כריכה' ואפיוניה 53
א) התנאים ל'כריכה', מבחניה וגבולותיה 53
ב) שינויי פסיקה והלכות סותרות 60

ג) חוסר הכרעה בשאלות מרכזיות 63
ד) התנועה מפורמליזם למהות 65

חלק שני: פיצול הדין — הדיין והדין 66

כללי 66

פרק ראשון: דינים דתיים — זהות בדין הבסיסי, שוני אפשרי בתוצאות 69
כללי 69
1) דיני ראיות וסדרי דין 69
2) היקף הדין הדתי בערכאה האזרחית ופרשנותו 70
3) הרכבת עקרונות וכללים משפטיים אזרחיים על הדין הדתי 70
א) כללי המשפט הבינלאומי הפרטי 71
ב) פרשנות הוראות חוק לפי ערכי היסוד של החברה הישראלית 72
ג) החלת כללי המשפט המנהלי 76
ד) תקנת הציבור 80

פרק שני: חקיקה טריטוריאלית — היקפה, פרשנותה ויישומה 84
כללי 84
1) היקף החקיקה הטריטוריאלית 84
א) הוראות חוק המופנות מפורשות לבית־הדין 84
ב) הוראות חוק המתפרשות כקוגנטיות 85
ג) חוקי המדינה כמסגרת לפעולת בתי־הדין 86
2) פרשנות חקיקה אזרחית טריטוריאלית ויישומה 89
א) בענייני סמכות 89
ב) בדין המהותי 90

פרק שלישי: דינים טריטוריאליים — היקפם ויישומם 93
1) דחיקת רגלי הדין הדתי בבתי־המשפט והחלת המערכת האזרחית 93
2) עניינים שהוצאו מענייני המעמד האישי באמצעות פרשנות 95
3) דיני משפחה אזרחיים במובן רחב 96
4) בין פרשנות רחבה לצרה 97

חלק שלישי: מאפייני השיטה ומחירם — תוצאות הפיצול הכפול והתופעות הנלוות 100

פרק ראשון: במישור הדין 100
1) ברירת פורום לפי התוצאות 100
א) ענייני סטאטוס 100
א1) קידושין פרטיים, נישואי תערובת ונישואין אזרחיים 100
א2) זכויות ממוניות ורכושיות בנישואין אזרחיים 101
א3) התרת נישואין 103
ב) עניינים גלווים 103
ב1) החזקת ילדים וחינוך ילדים 103
ב2) ענייני מזונות 103
ב3) עניינים רכושיים 105
ב4) הסכמים בין בני זוג 106
ב5) פירוק שיתוף במקרקעין ובמיטלטלין 107
ב6) צווי מניעה בעילת שלום בית 108

פתח־דבר 108
עמדת בית־הדין הרבני והפרקטיקה הנהוגה בו 108
תפיסת המושג שלום בית ותכליתו 110
מסגרת הסמכות בעיני בית־הדין הרבני 112
גבולות סמכות בית־הדין בעילת שלום הבית 112
שלום בית: מיתוס ומציאות והשפעתם על השימוש בעילה 115
צווים להגבלת חירותו של היחיד בעילת שלום בית 117
שלום בית כתכלית וכאמצעי לסגירת פערים 119
סוף דבר 120
ג) סיכום: שיקולי בני הזוג בבחירת ערכאת ההתדיינות 120
2) פיצול סטאטוס ופיצול דינים בעניין אחד ובין בני זוג אחד 121
א) פיצול סטאטוס בין הערכאות 121
ב) פיצול סטאטוס באותה ערכאה 122
ג) פיצול סטאטוס בין בני זוג במערכת נישואין אחת 122
ד) ריבוי דינים בעניין אחד, ערכאות רבות ותוצאות סותרות 123
3) אפליה בין בעלי הדין 126

פרק שני: במישור המערכתי 127
1) השפעה שלילית על השיטה ומחירה 127
א) ריבוי התדיינויות, שחיקה אנושית ובזבוז משאבים 127
ב) שימוש לרעה בהליך השיפוטי ותופעות של עשיית דין עצמית 128
2) השפעה שלילית על יחסי הצדדים ועל אפשרות ההסדר בדרכי שלום 129
3) דיון מקוטע והעדר גישה אינטגרטיבית לסכסוך המשפחתי 129

פרק שלישי: כפילות רעיונית ומסרים כפולים 131
1) השיטה מדברת בשני קולות ומוסרת מסרים כפולים 131
2) השיטה מבטאת פוריטניות יתר בצד ליברליות יתר 134

פרק רביעי: השפעה שלילית על כוח המיקוח של הצדדים 136
1) חשיבות כוח המיקוח בשיטה והתופעות הנלוות למירוץ לשפרו 136
2) חוסר איזון בכוח המיקוח של בני הזוג 137
פתיחה 137
א) עילות גירושין והכוח להתיר נישואין 138
ב) נגישות לאלטרנטיבות בהעדר גט 141
ג) הליכי גירושין והתדיינויות בין בני הזוג — יתרון לחזק באופן נפשי וכלכלי 142
ד) מעמד האשה בדרך כלל 143
ה) מעמד האשה: עניינים ממוניים ורכושיים 144
כללי 144
ה1) שיתוף נכסים 152
מאמץ משותף מול יחסים הרמוניים 152
דרכי הוכחת חזקת השיתוף מול הוכחת סתירתה 152
חזקת השיתוף על דירת מגורים 153
היקף הנכסים הכלולים בשיתוף 154
ה2) הסדר איזון המשאבים 156
ה3) דירת מגורים 157
ו) הסכמי גירושין 158
ז) מזונות אשה וילדים 159
ח) אפוטרופסות והחזקת ילדים 164

פרק חמישי: הפער בין נורמה דתית למציאות 166
כללי 166
1) ההלכה מול עולם חילוני 166
2) בין הדין לציבור 168
3) בין הציבור לבית־הדין ולדיינים 171
4) בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות 173
5) שניות בין החוקי ללגיטימי 175
6) תפקוד מערכת בתי־הדין 176
סוף דבר 178
פרק שישי: הפער בין נורמה דתית למציאות — בעיות של תפקוד נורמטיבי 179
כללי 179
1) ניצול לרעה של הדין הדתי 179
2) אמצעים שאינם מכוונים לשעתם: פגיעה בתכלית הדין הדתי 182
3) ניצול לרעה של התפיסה החילונית 186
פרק שביעי: דיני המשפחה כמערכת כפולה ומקבילה 187

שער שני: דיני המשפחה בישראל בהתמודדות בין הדין למציאות 189

מבוא 191

חלק ראשון: הדרישות לסגירת הפער בין הדין למציאות 192

פרק ראשון: הביקורת ומטרותיה — כללי 192

פרק שני: בית־המשפט העליון 195

חלק שני: הצגת עקרונות ההתמודדות 200

פרק ראשון: אחריות אזרחית לדיני המשפחה 200

פרק שני: הגישה האינטגרטיבית הנדרשת בהסדר ענייני המשפחה 203
1) חלקיות ההתבוננות במשבר במשפחה 203
2) ההליכים במשפחה: כלים שלובים 203
3) היחס בדין העברי 205
4) השפעת ההכרעה השיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג 206
5) בית־המשפט האזרחי בישראל כ'בית־משפט למשפחה' 207
6) מסקנה: החיוניות שבגישה האינטגרטיבית 208
פרק שלישי: עיקרון סגירת הפערים 210

חלק שלישי: סגירת פערים פנימית 216
כללי 216

פרק ראשון: סגירת פערים פנימית — סוגיות מרכזיות 217
1) מעמד האשה במשפחה 217
א) מעמדה העקרוני של האשה 217
ב) מעמדה החברתי של האשה 218

ג) הנחות, עקרונות ודינים 221
ד) מרות הבעל 226
ד1) הכלל 226
ד2) גדרי הכלל וחריגיו 229
ה) הנחות משפטיות, תכליות חברתיות וכללים מתקנים 235
ה1) הרמוניה קהילתית והגנת האשה: התכלית והאמצעים ההלכתיים 235
ה2) הגנה כלכלית של האשה: איזון בין בני הזוג תוך הרמוניה קהילתית 236
ה3) פקיעת קשר הנישואין 238
ו) ההלכה והצרכים המתחדשים 240
כללי 240
ו1) אפוטרופסות 241
ו2) לימוד תורה 241
ו3) זכות בחירה 242
ו4) עדות אשה 243
ו5) בחירה ומינוי לתפקיד ציבורי 246
ו6) פעילות כלכלית ויחסים משפטיים עם צדדים שלישיים 247
ו7) מרות וחסות 249
ו8) זכויות ירושה 249
ו9) חובות האשה כלפי הבעל 250
ו10) התנהגות, צניעות ואורח חיים 251
פתיחה 251
ייבום וחליצה 252
עבודת האשה מחוץ לבית 252
'עוברת על דת' 254
ו11) פקיעת נישואין 255
ו12) פיצויים לאשה בעת גירושין 260
ז) אמצעים הלכתיים 261
ז1) חריג ההופך כלל 261
ז2) עיקרון ההדדיות 261
ז3) מניעת ניצולה של ההלכה לרעה 262
ז4) השלמות החברתית מול מציאות פגומה 262
ז5) 'נעשה חומרו קולו' ו'שעת הדחק' 263
ח) השימוש באמצעים ההלכתיים: מדיניות משפטית 266
ט) סיכום 270
2) כשרות עדים מחללי שבת 273
3) מעמדו ההלכתי של בית־הדין הרבני הגדול 275
4) קליטת משפט אזרחי ומוסדות חילוניים 276
5) תקנות הרבנות הראשית 277
6) 'הרחקה דרבינו תם' 278
7) כפייה בדרך של בריה 280
8) שלום בית 281
9) בית־דין כמוסד שיפוטי וכמוסד דתי 281
פרק שני: בעיות פנימיות וחיצוניות בסגירת פערים בדין הדתי 282
כללי 282
1) בעיות פנימיות במסגרת הדין הדתי 282
א) מבוא: המסגרת ההלכתית הלגיטימית 282
ב) הערכת המתחייב במציאות החדשה מבחינת ההלכה 283
ג) שתי גישות אפשריות 283

ד) היבטים נוספים 284
ה) העמדה ה"ייחודית" או המסתגרת 285
ו) הדרגתיות השינוי בהלכה 290
ז) סיכום: בעיות של מדיניות 291
2) בעיות חיצוניות במסגרת הדין ה"חילוני" 292
כללי 292
א) פרשנות הוראות חוק: תחרות בין ערכים וסדרי העדפה בין אינטרסים 293
ב) ערכי יסוד של החברה בישראל 294
ג) פער בין תפיסה חילונית לדתית 296
ד) סלקטיביות מערכת הפיקוח החילונית 297

חלק רביעי: סגירת פערים חיצונית 300

מבוא 300

פרק ראשון: דרכי סגירת הפערים החיצונית ואופניה 301
1) התערבות חקיקתית 301
א) התערבות ישירה 301
ב) התערבות עקיפה 303
ב1) תחליפי נישואין: ידועים בציבור 303
ב2) איסורים פליליים בעניני המעמד האישי 306
ב3) מנגנוני פיקוח חילוניים 307
2) התערבות שיפוטית 308

פרק שני: בעיותיה של סגירת פערים חיצונית וגבולותיה 313
כללי 313
1) תופעות לוואי לסגירת פערים 313
פתיחה 313
א) אי התאמות 314
א1) אי התאמה במישור הרעיוני־העקרוני 314
א2) מסקנות שונות על בסיס מערכת נתונים זהה 315
א3) פיצול סטאטוס 315
ב) חלקיות ההסדר ותופעותיו 316
ב1) עיוותים בשיטה 316
ב2) קוצר ידה של המעורבות החקיקתית 317
ב3) קוצר ידה של המעורבות השיפוטית: תפקוד סוגייה בתוך כלל המערכת 319
ב4) קוצר ידה של המעורבות השיפוטית: תסמונת אמצע הדרך 319
ג) סגירת פערים הפותחת פערים חדשים 324
2) גבולותיה של סגירת פערים שיפוטית 327
א) העמדות העקרוניות: בין מעורבות לריסון 327
א1) השאלה העקרונית ואמות־המידה המוצעות 327
א2) העמדה השמרנית וביקורת המעורבות השיפוטית 229
א3) העמדה הליברלית: תמיכה במעורבות השיפוטית 331
ב) דרכו של בית־המשפט ואמות המידה השיפוטיות 336
פתח דבר 336
ב1) מטרה פרטיקולרית "נחושה" 337
ב2) מאבק עקרוני וחזיתי 339
ב3) בין הכרעה עקרונית לתוצאה משפטית 340
ב4) מטרות חילוניות 343
סיכום: במבוי סתום 345

שער שלישי: סגירת פערים ואופניה — סוגיות מיוחדות 347

פתיחה 349

פרק ראשון: הפרדת סמכויות בין בית־הדין הרבני ובית־המשפט המחוזי 351

1) פתח־דבר: החיוניות בביטול הלכת ה'כריכה' 351

2) דרכי פתרון אפשריות 353

3) דרך הביניים ומגרעותיה 353

4) הפתרון המוצע: הפרדת סמכויות והענקת הסמכות ה'כרוכה' לבית־המשפט המחוזי 354

א) כללי 354

ב) הפרדת סמכויות בין תביעת הגירושין לבין העניינים הנלווים 354

ג) הסמכות בעניינים הנלווים לגירושין בבית־המשפט המחוזי 356

הקדמה 356

ג1) סיכול מטרותיה של הלכת ה'כריכה' 357

ג2) השגת התוצאה של ריכוז סמכויות ממשי 357

ג3) מניעת השגתו של יתרון בלתי הוגן 357

ג4) השוואת סמכות בעניינים הנלווים במהלך נישואין ולעת גירושין 358

ג5) מניעת אפליה בדין 358

ג6) הפורום התואם את הדין 358

ג7) העדר פגיעה בדין הדתי 359

ג8) תחרות חופשית בין הערכאות 360

ג9) העדפות הציבור 360

סיכום 361

פרק שני: הסכם ממון והסכם גירושין 362

1) כללי: בין חופש החוזים למעורבות משפטית 362

2) הסכם ממון ומגבלות החוק — פיקוח מוקדם 364

א) עקרונות יסוד 364

ב) הגבלות יתרות על חופש ההתקשרות 364

ב1) פורמליות יתרה ואמצעים לריכוכה 365

ב2) הרחבת מסגרת הסכם ממון 369

ג) הגבלות יתרות על כוחו של בית־המשפט 370

ד) איזון ראוי בין חופש ההתקשרות לבין מעורבות שיפוטית 371

3) הסכם גירושין — מגבלותיו 374

א) התחייבות למתן גט אינה אכיפה 374

ב) מגבלותיה של סנקציה על הפרת התחייבות לגירושין 374

ג) מעמדם של הסדרים ממוניים ורכושיים בהסכם גירושין 375

ג1) בבית־הדין הרבני 375

ג2) בבית־המשפט האזרחי 376

4) הסכם גירושין — התערבות מאוחרת 379

א) כללי: האינטרסים המוגנים 379

ב) הסכם בין הורים בנוגע לקטינים 380

ג) הסכמי שיפוי 382

ד) התערבות בהסכם בשל שינוי נסיבות 390

ה) התערבות בהסכם בשל פגמי רצון ותקנת הציבור 394

ו) הפרת תניות ממוניות בהסכם גירושין 402

5) סיכום 405

פרק שלישי: הסכם ממון כהסכם נישואין להקלת אפשרות הגירושין..... 406
פתח־דבר..... 406
1) התניות בהסכם ממון..... 406
2) הבעיות ההלכתיות..... 407
3) הפתרונות ההלכתיים..... 411
4) ההסדר האזרחי..... 414
פרק רביעי: זכות מזונות ללא חובה קורלטיבית..... 415
כללי..... 415
1) הכלל..... 415
2) בית־הדין הרבני..... 416
א) היקף הזכות המהותית..... 416
ב) נטל הראיות..... 417
ג) יעילות ההסדר וזמינותו..... 419
ב) בית־המשפט האזרחי..... 420
א) עיקרים..... 420
ב) היקף הזכות המהותית..... 420
ג) נטל הראיות..... 421
ד) יעילות ההסדר וזמינותו..... 422
ד1) האשה העובדת: הסדר מיוחד..... 422
הכלל..... 422
הכרעה אגבית..... 422
החשש מפני גט מעושה..... 423
סיכום..... 424
פרק חמישי: צווי הפרדה והרחקה מן הבית..... 426
פתח־דבר: התמודדות עם סכסוך במשפחה..... 426
1) בית־הדין הרבני..... 428
כללי..... 428
א) הסמכות..... 429
ב) צווי הפרדה והרחקה הלכה למעשה..... 430
ג) ההסדר בראי המציאות הישראלית..... 431
2) בית־המשפט האזרחי..... 432
פתח־דבר..... 432
א) עיקרי ההסדר, אופיו ומטרתו — הגישה השיפוטית המצמצמת..... 433
ב) הערכת ההסדר וביקורתו: לקראת גישה חדשה..... 439
סיכום..... 446
פרק שישי: פירוק שיתוף בנכס..... 448
מבוא: ייחודה של הסוגייה בצומת בין דיני הקניין לדיני המשפחה..... 448
1) סמכות שיפוט..... 448
2) גישות מונוליטיות..... 450
3) שיקולי מדיניות..... 452
א) שיקולים בדיני קניין..... 452
ב) שיקולים בדיני משפחה..... 453
ג) שיקולים מערכתיים..... 454

4) פירוק שיתוף בין דיני משפחה לדיני הקניין 454
א) הכלל: דיני הקניין כנקודת מוצא 454
ב) בין הסמכות לאופן מימושה 456
ג) בין שיקולים 'פנימיים' לאיזון 'חיצוני' בין זכויות 456
ד) הזכות לפירוק השיתוף מול זכויות בדיני משפחה 459
ד1) מבוא: המסגרת המשפטית הפורמלית 459
ד2) חוק המקרקעין 459
ד3) החוק להסדר התדיינות בין בני זוג 459
ד4) הגנות בדיני משפחה 460
ד5) הפעלת עיקרון תום הלב 465
ד6) עיכוב ביצוע החלטת הפירוק 468
5) תחולת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב־1972 470
6) היחס בין פסיקת בית־המשפט לפסיקת בית־הדין 474

פרק שביעי: עקרונות נכסי העתודה הכלכלית של המשפחה 475
פתח־דבר 475
1) עקרונות הסדר נכסי העתודה הכלכלית 476
פתיחה 476
א) רעיון השיתוף 476
ב) נקודת מבט כלכלית 477
ג) עקרונות השוויון וההגנה על הצד החלש 478
ד) הגנה על ציפיות בני הזוג 479
ה) טובת הילדים 480
ו) ברירה של ממש בחלוקת התפקידים במשפחה 480
ז) חוסר הוודאות וקשיי הערכה של נכס עתודה כלכלית 481
ח) עקרונות השיתוף מול דוקנות מושגית 482
סיכום 484
2) סוגי נכסים 485
פתיחה 485
א) מוניטין 485
ב) זכויות פנסיה ונכסי פרישה אחרים 487
ג) כושר השתכרות ו'נכסי קריירה' אחרים 496

מפתחות 501

מפתח מקורות המשפט העברי 503

מפתח החקיקה הישראלית 513

מפתח הפסיקה 516

פסיקה ישראלית 516

פסקי הדין של בתי־דין רבניים 530

פסקי דין זרים 532

מפתח עניינים 534

"כל ימיהם הכריזו בגאווה על מוצאם, על מעלותיה ההיסטוריות של העיר, על ערכם של שרידיה, על גבורתה ועל יופיה, אבל טחו עיניהם מלראות את החורבן שעושה הזמן. ח' א', לעומת זה, אהב אותה במידה מספקת בשביל לראותה בעיני האמת".

גבריאל גרסיה מארקס, 'אהבה בימי כולרה' (עם עובד, 1989) 119.

פתח־דבר

§1. דיני המשפחה בישראל מעוגנים בהסדרים היסטוריים ובבסיסם איזון עדין: חברתי ופוליטי. כחלק מן המורשת ההיסטורית, ובמסגרת ההסדר החברתי־הפוליטי המכונה בשם 'סטאטוס־קוו', נשלטות סוגיות שונות מתחום דיני המשפחה על־ידי הדין הדתי. חלק מן התחום מוסדר על־ידי המשפט האזרחי. לעיתים ההסדר הוא מקביל, לפרקים הוא משלים — ובמקרים אחרים הוא כפול.

בין הקודש לחול נעים מעגלותיו של תחום דיני המשפחה בישראל. בין מערכת דינים דתית וערכאות שיפוט דתיות לבין חקיקה אזרחית, דינים אזרחיים ומערכות שיפוט אזרחיות. בין מושגי הקדושה הדתית לבין תפיסת העולם החילונית. במרכזם של הנישואין בדיני ישראל עומד יסוד הקדושה. אין דינים אלה מתעלמים לא מן הצרכים האנושיים ולא מן ההבטים החברתיים, אולם הנישואין הם בבסיסם מוסד דתי. רק כך ניתן להבין ולהשלים עם המערכת הנורמטיבית המסדירה תחום זה בהלכה. חלק גדול מן המטלות המוסריות והחברתיות, המונחות על כתפם של דיני המשפחה בהלכה, מובנות וטבעיות בסביבה חברתית, המורכבת בעיקרה מקהילת מאמינים, שומרי מצוות, המכירים בהיררכיה הרבנית ומצייתים להנהגה הדתית.

לעומת זאת, אין למושג הקדושה שום משמעות בחייו של חלק הארי של הציבור הישראלי. ממילא גם הנישואין אינם קשורים אצלו למושג הקדושה. השבר הדתי, שעבר על העם היהודי מאז המאה התשע־עשרה ונתקבל במדינת ישראל כמציאות קיימת, השאיר 'שמות' רבים מרוקנים מכל תוכן של ממש. אף־על־פי־כן סמלים ומיתוסים רבים, מהם שמקורם דתי ומהם שמקורם לאומי, עדיין כרוכים על עקבו של הסדר תחום דיני המשפחה בישראל. דיני המשפחה עומדים במרכז זירת ההתגוששות בין הדת למדינה והם עומסים על כתפם מושגים, סמלים, רעיונות וססמאות יומרניים — מ'אחדות העם' ועד 'שמירת עצם קיומו'. אלא שבמדינת ישראל לחלק מן המיתוסים אין כיסוי של ממש ולחלק מן הסמלים חדרה משמעות חדשה, פוליטית בעיקרה, רחוקה מאד מן המקור.

למרות התועלת השולית שבמיתוסים, נזקם מרובה והמחיר המשולם עבור הסימבוליקה הוא יקר, הן במישור הדתי והן במישור החברתי־המשפטי:

מבחינה דתית — לא קשה לגלות מאחורי הקלעים, ששם קדושת הנישואין מתנוסס עליהם בכתובת חגיגית, פגיעה חמורה בעקרונות דתיים בסיסיים ומרכזיים. כך, למשל, הקושי בהתרת הנישואין (המעוגן במושגי קדושה דתית ובמציאות חברתית מסוימת) כשהוא מיושם על חברה חילונית, הוא עלול לגרור אחריו פרצות דתיות חמורות: להרבות 'ניאוף' וחשש

ממזרות. החוק יכול לכל היותר לכפות תוצאה משפטית, אין הוא מסוגל להשריש השקפת עולם. החוק אינו מסוגל להשרות את השכינה במשפחה חילונית, שאינה מכירה בקדושת הנישואין.

בנקל אתה מוצא, כי באותה מסגרת חברתית ומשפטית, שבה נישא ברמה דגל השמרנות החברתית של מוסר הנישואין הדתי, עולה במקביל לראש התורן גם דגל המתירנות של הכרה רחבה ומרחיקת לכת בזכויות הידועים בציבור. ואין זו מקריות. ההכרה המשפטית המוענקת למתירנות היא תולדת הפוריטניות הנכפית בדרך נורמטיבית על החברה. מבחינה חברתית ומשפטית — יותר מאשר בתחומים אחרים של חיינו, נוצר בתחום דיני המשפחה פער הולך וגדל בין דין הספר לבין דין החיים: בין ההלכות המחייבות לבין הלגיטימציה החברתית, המשפיעה על התנהגות היחיד והציבור; בין השקפת העולם, העומדת בבסיס הנורמות, לבין האידיאולוגיה הרווחת בחברה; ולעיתים, בין ההסדרים המשפטיים הכתובים לבין ההסדרים הנהוגים בפועל אצל חלק מבני הקהילה. פערים נמתחים, בין היתר, בתחום ההגבלות על חופש הנישואין, בקושי בהתרת הנישואין, בפגיעה במעמד האשה ובכוח המיקוח שלה, ובתחום מצוקת ההתדיינות.

יותר מאשר בתחומים משפטיים אחרים, מוסרת שיטתנו המשפטית והחברתית מסרים מוסריים וחברתיים כפולים בתחום ענייני המשפחה ומטילה נורמות כפולות, המבוססות על מערכת ערכים כפולה.

המיתוסים והסמלים, המשמשים ציר אידיאולוגי למערכת הנורמטיבית בתחום דיני המשפחה, מסתירים פתרונות תת־נורמטיביים, פער בין הרטוריקה לבין המעשה וחוסר התאמה הולך וגדל בין המטרה המקורית, המונחת ביסוד הנורמה, לבין התוצאה בפועל.

בין המציאות הפוליטית, העומס האידיאולוגי והמתחים החברתיים הולכת ותופחת המצוקה האנושית של הפרט, מה גם שההתחקות אחר פתרונות יעילים ומהירים לסכסוך במשפחה אינה מצויה גבוה בסולם העדיפויות החברתי־הפוליטי. ככל שהסימבוליקה צוברת תאוצה ולנוכח העוצמות הרגשיות, החברתיות והפוליטיות הממוקדות בתחום זה, נולדת תופעה מדאיגה: המצוקה האישית של היחיד והמשבר במשפחה נדחקים הצדה.

החזרתן של מצוקות אלה למרכזו של סדר היום החברתי והמשפטי והצעת דרכים להקלתן — הן המניע המרכזי שהוליד את כתיבת הספר, ומטרתו העיקרית.

ההסדר הקיים כתופעה חברתית, פוליטית ומשפטית מחייב אפיון דינמי ולא סטאטי, רב־פנים ולא סכמטי, של השיטה המשפטית. מתחייבת התבוננות חודרת לתהליכים הגלויים והסמויים, אשר מתרחשים במהלך הזמן בשיטתנו המשפטית ובמע:כת היחסים שבינה לבין ההסדרים החברתיים.

אנו מבקשים להתמודד עם המערכת המיוחדת בתחום דיני המשפחה בישראל על רקע הכפילות הנורמטיבית והאידיאולוגית, המציאות החברתית המיוחדת והרגישות הפוליטית. במסגרת זאת ייבחנו משמעותו של הפיצול הכפול — בשיפוט ובדין — מאפייניו והשפעתו על השיטה המשפטית. כן תבדק השפעתו של ההסדר הכפול על זכויותיו וחבויותיו של היחיד, ועל החברה הישראלית.

במיוחד בכוונתנו להציע תמונה מפורטת ושיטתית של המערכת האזרחית המקבילה בתחומים רבים ושונים של דיני המשפחה בישראל. במסגרת זאת ייבחנו היקפה של המערכת האזרחית, מידת חדירתה לתחומים שהיו מוסדרים על־ידי הדין הדתי, או שנהוג לחשוב עליהם כנתונים

לשליטתו הבלעדית, וממילא — עומק הפיקוח האזרחי על הדין הדתי באמצעות הביקורת השיפוטית על ערכאות השיפוט הדתיות. כחלק מן הבדיקה האמורה תוצג תמונה השוואתית של ההסדרים הכפולים, הדתי מזה והאזרחי מזה, בתחומים השונים של דיני המשפחה.

המערכת המשפטית המסדירה את תחום דיני המשפחה היא מפוצלת, מפורדת ומורכבת, ועם זאת היא אחת. כך יש לראות את הדברים. לפיכך תוצג תמונה משפטית שלמה ואחידה, תוך התבוננות בהסדר הדתי והאזרחי גם יחד, ומתוך שילוב מלא של ההיבט החברתי. במרכז הדיון יעמדו יחסי הגומלין — המערכתיים והענייניים — הפנימיים, בין ההסדרים המשפטיים בינם לבין עצמם, והחיצוניים, בין המערכת המשפטית מזה והמערכת החברתית מזה. על בסיס ההכרה הרעיונית באחידות המערכת ייבדק גם האופן שבו ניתן לנצל את המצב הקיים לפתרון פגעי השיטה המשפטית הנוהגת, ולהקלת המצוקות האנושיות שהיא תורמת להן ביד נדיבה.

הספר בוחן את הפער ההולך ומתרחב בין דין הספר לבין דין החיים, ואת התופעות הנלוות אליו. בחברה דמוקרטית בעלת השקפת עולם פלורליסטית, מתחייב תהליך מקביל של סגירת פערים בין הדין החל לבין השקפת העולם המקובלת על הרוב וההתנהגות הרווחת. תהליכים מרתקים של סגירת פערים מתרחשים בצד הדתי של המערכת ובעיקר, בפן האזרחי שלה. נעמוד בהרחבה על התוצאות, שאליהן מובילות פתיחת הפערים מזה וסגירתם מזה: שני כיוונים נוגדים ומשלימים כאחד — את השיטה המשפטית בתחום דיני המשפחה בישראל. בצד הסיכויים הצפונים לשיטה המשפטית, כמו גם לציבור, מאימוץ מדיניות רחבה של סגירת פערים והמלצות על האמצעים להשגתה — לא ניתן להתעלם ממגבלותיה, מקשייה ומן הסיכונים הטמונים בה.

בשל מורכבותו המיוחדת של הנושא מבחינה משפטית והשלכותיו החברתיות, הפוליטיות והמשפטיות, לא ניתן תמיד לראות את התמונה במלואה ולקרוא במהלך בירור משפטי את המפה העקרונית בשלמותה. לעיתים, גדירתה של פרצה אחת עלולה לפרוץ פרצה חדשה, חמורה ממנה. במקרים רבים נמנע בית־המשפט מלהפעיל כלים משפטיים מסוימים, העומדים לרשותו בשיטה המשפטית, לשם השגת תכליות שונות במסגרת דיני המשפחה.

אחת ממטרות הספר היא ליצור את המודעות הנדרשת לקריאה נכונה של המפה המשפטית והחברתית מצד כל אחד מן הגורמים, הנוטלים חלק במערכת המשפטית. במסגרת זאת, מנסים אנו לפרוס את מרחב השיקולים הרלבנטיים בסוגיות השונות של דיני המשפחה במציאות הישראלית, את טווח האינטרסים הטעונים התחשבות מצד אחד והגנה מצד שני, ולהציג את תוצאותיה של המעורבות השיפוטית כמו גם את תוצאות ההימנעות ממעורבות כזו.

בעטים של הרגישות הפוליטית, המציאות החברתית המורכבת והסבך המשפטי הנוצר על־ידי פיצול הדיין והדין, הולכת ומתייצבת בשנים האחרונות מגמה של מבוי סתום בתחום דיני המשפחה בישראל. השיטה המשפטית נופלת בין הכיסא הדתי לכיסא האזרחי. חלק הארי מן הפתרונות הדתיים, אם הם מוצעים, אינם מקובלים על רוב הציבור. הם נקנים במחיר של פגיעה קשה בערכי היסוד של החברה הישראלית. חלק מן הפתרונות האזרחיים, לעומת זאת, מוציא לרחובות את הממסד הדתי, כמו גם את העומדים בראש מערכת השיפוט הדתית.

במצב כזה של דברים עלולה המערכת להגיע לנטרול הדדי, לאמץ לעצמה אידיאולוגיה של 'שב ואל תעשה', להנציח את הקיים ולהשאיר את הציבור בדרך ללא מוצא באחד הצמתים המשפטיים הרגישים ביותר, מבחינה אנושית ומבחינה חברתית.

אין בכוונתנו להעמיד חלופה אזרחית כוללת, מהפכנית, למצב הקיים. עם זאת, איננו מסתפקים בתיאור המצב המשפטי, בניתוחו ובאפיונו. מבקשים אנו להציג גם קריאת כיוון. השינוי המיוחל ייבנה בתוך המסגרת המשפטית הקיימת. כאשר המנוף החקיקתי מושבת, למעשה, חייבת התנופה להיות פנימית. התשובה נמצאת במערכת השיפוטית. בלי לפגוע בלבו של ההסדר הנוהג בענייני נישואין וגירושין מציע הספר למערכת המשפטית הישראלית, על כל הגורמים המשתתפים בה, נטילת אחריות אזרחית כוללת על דיני המשפחה. על־ידי אימוץ מדיניות של סגירת פערים, נקיטת גישה אינטגרטיבית והפעלת כלים משפטיים שונים, ולעיתים אף מרחיקי לכת, בדרך ישירה ובאמצעי עקיפין, ניתן להשיג תכליות רצויות ולפתוח אופקים חדשים.

במישור ההסדרים העקרוניים חייב הדין האזרחי בשלמותו להירתם לשם השגת פתרונות רצויים ונדרשים. בהעדר מערכת אזרחית שלמה של דיני המשפחה, יש להשיג את חומרי הבניין מן התחומים השונים של המשפט האזרחי, תוך התאמה מתחייבת ועל דרך סיגול הכללים לדיני המשפחה.

במישור ההסדרים הפרטניים נדרש דווקא בשיטה משפטית כשלנו היבט משולב, החותר לפתרון סכסוכים בענייני משפחה בגישה אינטגרטיבית. ההתמודדות חייבת להיות אחידה ושיטתית, לא רק בהתבוננות העיונית, אלא בהסדרים המשפטיים העקרוניים כמו גם בפתרון הסכסוכים הפרטניים.

מן המערכת השיפוטית נדרשת גישה משפטית, המחויבת לאיזון עדין בין איפוק שיפוטי למעורבות. חלק מן ה'תפריט' המוצע לשיטה המשפטית בספר זה הולך בעקבות סימני דרך, ששיטות משפטיות אחרות בעולם מתוות לנו. חלק אחר מן ה'תפריט' מורכב ממתכונים ישראליים מקוריים. אדמת הטרשים החברתית ונוף הסלעים המשפטי מחייבים את המשפטן הישראלי, כמו גם את החוקר החברתי, לעבוד בכלים מיוחדים לשם פריצת דרכים חדשות; אלו יוכלו לשמש את החברה הישראלית בעתיד הנראה לעין. אסור להמתין לפתרון כולל. המצוקה הקיימת מחייבת מיצוי כל הפתרונות האפשריים במקום שניתן למוצאם. אין מנוס מתיקוני ביניים של ליקויי השיטה, פגמיה ופגיעה להקלת מצוקות היחיד והמשפחה.

הספר עניינו בהיבט הכולל של השיטה המשפטית בתחום דיני המשפחה מתוך תפיסה רחבה, עיונית ומעשית כאחד. אולם, הואיל ועיקר הבעייתיות מתרכזת בציבור היהודי, שהוא הרוב, מכוון חלק מן הדברים, ובעיקר הדיונים היישומיים, לציבור זה. למרות ההיבט הכולל אין אנו מתיימרים למצות את כל הסוגיות בתחום דיני המשפחה לאורכן ולרוחבן. בחלק מן הסוגיות הארכנו, ובחלק אחר קיצרנו. הבחירה אינה שרירותית; היא נעוצה בזיקה לרעיונות המרכזיים המועלים על־ידינו. כך, למשל, מוקדש השער השלישי של הספר להתמודדות יישומית עם מספר סוגיות מרכזיות ואקטואליות. בכל סוגייה נעשה נסיון להראות כיצד עשויה היא לשמש מנוף להסדרו של פגם בשיטה ולהקלתה של אחת מן המצוקות האנושיות הרווחות, ובצד זה — להצביע כיצד היא משתבצת בתוך מבנה עקבי, שיטתי ורצוף של סגירת פערים בלי שבירת כלים.

הדיון בהיבט הכולל של דיני המשפחה גורר אחריו גם עניינים אחרים ואופן הבירור של סוגיות שונות מעלה תוצאות מקיפות יותר. כך, למשל, בגיזרות שונות של הדיון משמשים דיני המשפחה משל ליחס שבין הזהות הלאומית לבין ההסדר הנורמטיבי ולקשרים — שילוב מזה ומאבק מזה — שבין הדת לבין החברה והמשפט בישראל. לא ייפלא איפוא, שפרקים שונים של הספר נקראים גם כחלק מדיון עקרוני בסוגיות של דת ומדינה.

מקווים אנו כי המשפטן או חוקר החברה, הנדרשים לשלד הרעיוני המרכזי של דיני המשפחה, ימצאו בספר את מבוקשם, וכי גם הפרקליט — המתרוצץ בין ערכאות השיפוט השונות בין משפט אחד למשנהו — יקבל באמצעותו תשובות לשאלותיו הקשות. אולם המבחן האמיתי הוא, אם השכלנו להטמיע בגרעין של התשובה המשפטית המיידית את ה׳צופן הגנטי׳ של המסרים, הגלומים בספר לשיטה המשפטית על כל מרכיביה. כמו בכל תחום משפטי, וביתר שאת בדיני המשפחה, הערכים הגלומים בשיטה המשפטית והתכלית החברתית המבוקשת הם הקובעים את כיוון התפתחותם.

משפטן העוסק בדיני המשפחה בישראל חייב להיות חדור אחריות לאיזון החברתי העדין, מהצד האחד; אך קשוב היטב למצוקות הקשות של היחיד ושל המשפחה הנלוות לשיטה הקיימת, ונכון להיענות להקלתן — מצד שני. ספר זה נכתב מתוך ניסיון להשיג משימה קשה זו. אחריות זו מבקשים אנו להטיל לפתחם של כל השותפים למערכת המשפטית: נבחרים וממונים, מוסדיים כיחידים, עובדי ציבור ומשרתיו כמו גם פרקליטים, אנשי מקצוע ומתדיינים גם יחד.

****

לכל ספר שותפים רבים. פעמים רבות ניטעים רעיונות ממקורות שונים; וכה עמוק הם נטמעים בך, עד שאינך מזהה את המקור. שופטים ואנשי מעשה, עמיתים ותלמידים — בשיחות ובשאלות, בהערות ביקורת ובעידוד — שותפים בדרך זו או אחרת בספר זה. לשלב הכתיבה חוברת עבודה מרובה מהתקנה לשונית ועד הבאה לבית־הדפוס, מעיבוד ועד הדפסה. בכל אלה עסקו במסירות ובכשרון רבים וטובים. כולם יעמדו על הברכה. במיוחד זכורים לטוב יהודה זידנשטט, מנהל הייצור של הוצאת ׳פפירוס׳, ואיריס משיח, תלמידה בפקולטה למשפטים, אשר עברה על כתב־היד וערכה חלק מן המפתחות.

תודה מיוחדת לידידי עו״ד יוסי מנדלסון, אסיסטנט בדיני משפחה באוניברסיטת תל־אביב, אשר קרא חלקים מן הספר והביא אל תוכו את מצוקות השדה של המתדיינים ואנשי המקצוע.

בקדושת המשפחה, שאני מאמין בה, מרים רעייתי וחמשת בני הם לי שותפות נאמנה, בסיס איתן ומקור עידוד והשראה בלתי־פוסק.

אריאל רוזן־צבי

תל־אביב, סיון התש״ן

שער ראשון

דיני המשפחה בישראל — מערכת כפולה ומקבילה

הקדמה

§2. דיני המשפחה בישראל בנויים רבדים שונים — רובד של דינים דתיים, עדתיים, עליו מורכב רובד אזרחי. בשער זה בכוונתנו לבחון את תופעת הפיצול של הדין ושל הדיין בדיני המשפחה בישראל ואת טביעת האצבע שמשאירה תופעה זו. הסיטואציה המיוחדת במשפט הישראלי מעלה שאלות, שדיני המשפחה במדינות רבות אינם נדרשים להם כלל ועיקר. מערכת נורמטיבית דתית, המועברת בשלמותה לתוך מערכת של אידיאולוגיה מודרנית והתנהגות מתירנית, יוצרת קֶצר של אידיאולוגיה ושל דין. תהליכים שונים מתרחשים הן בשיטה המשפטית והן בחברה, והדבר משאיר את עקבותיו על המשפחה, על התפתחות הדין ועל תפיסת הצדק.

כך, למשל, מתעוררות השאלות הבאות:

מה מתרחש בשיטה מפוצלת 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?

במהלך הדיון בסוגיות השונות יועלו השאלות הנזכרות וייעשה ניסיון להשיב על שלל הבעיות. בחלק הראשון יידון הפיצול על שני מרכיביו, פיצול הדיין ופיצול הדין. בחלק השני, יידונו מאפייני השיטה. במסגרת זאת נתייחס לתוצאות הנובעות מן הפיצול במישור הדין, במישור הסמכות ובמישור העקרוני, ולתופעות המתלוות אליו.

חלק ראשון

פיצול השיפוט

הקדמה

השיפוט בעניינים שונים הנוגעים לדיני המשפחה מפוצל בכמה מובנים. בשיטתנו המשפטית מתקיימים מירוץ סמכויות בין בעלי הדין על הערכאה השיפוטית המועדפת, ומאבק סמכויות בין הערכאות. את אלה נושאת השיטה על גבה כמורשת היסטורית מאז התקופה העותמאנית. נסתפק כאן בתיאור סכמטי וקצר של תבנית הפיצול של השיפוט בהקשרים השונים. לאחר מכן תנותח ביתר פירוט הלכת ה'כריכה', הנושאת באחריות המרכזית למירוץ הסמכויות ולחלק מתופעות הפיצול בשיפוט, וממילא גם בדין, בענייני המשפחה שבשיטתנו המשפטית.

פרק ראשון

המאבק בין ערכאות השיפוט

1) כללי — תבנית הפיצול

§3. נפתח בתיאור תבנית הפיצול של השיפוט במישורים השונים ובהקשרים השונים:

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 מכוח הוראות סימן 51(2)

1. רשימת העדות הדתיות המוכרות מופיעה בתוספת השנייה לדבר המלך במועצתו.

לדבר המלך במועצתו או — מכוח חקיקה ישראלית. סמכותם העקרונית של בתי־הדין הדתיים לדון בענייני המעמד האישי נקבעה בסימן 51(1) לדבר המלך במועצתו ומאוחר יותר גם בדברי חקיקה ישראליים[2]. הכרה בעדה דתית, לפי סימן 2 לדבר המלך במועצתו, או ארגון עדה דתית, בהתאם לפקודת העדות הדתיות (ארגונן), אינם גוררים באופן אוטומטי הענקת סמכות שיפוט אוטונומית לאותה עדה דתית. הקמת בתי־דין דתיים ומסירת סמכות שיפוט לבתי־דין אלה מחייבות חקיקת חוק מפורש[3].

2. פיצול בין ערכאות דתיות ואזרחיות.

עניינים שונים מתחום דיני המשפחה נידונים בערכאות שונות, אם דתיות ואם חילוניות. הם נידונים באופנים הבאים:

א) סמכות ייחודית — למשל, ענייני נישואין וגירושין נמצאים בסמכותן הייחודית של הערכאות הדתיות השונות. ענייני אבהות, לעומת זאת, נמצאים בסמכותו הייחודית של בית־המשפט המחוזי[4] (וזו רק דוגמא אחת מני רבות).

סמכות ייחודית באה לידי ביטוי, בדרך כלל, בפנייה עיקרית. אולם סמכות ייחודית עשויה לנבוע מפנייה משנית, דהיינו מכריכה של עניינים שונים בתביעת גירושין של בני זוג יהודים[5]. סעיף 3 לחוק בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, קובע כי כל עניין הכרוך בתביעת גירושין יהיה בסמכותו הייחודית של בית־הדין. על ההלכה ומשמעותה נרחיב בהמשך.

ב) סמכות מקבילה בין ערכאות דתיות לאזרחיות — זה הדין, למשל, בעניינים הנוגעים למזונות ילדים קטינים שאינם מוסלמים, בתביעה להחזקת קטין שאינו מוסלמי ובתביעות רכושיות בין בני זוג בנסיבות שונות[6]. סמכות מקבילה פירושה, שיש לערכאה הדתית סמכות, בתנאי שכל המתדיינים הסכימו לכך. בהעדר הסכמה כזו תהא הסמכות לבית־המשפט האזרחי.

2. כגון חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, וחוק הדיינים, תשט"ז־1955; חוק בתי־הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג־1962.

3. ראה בג"צ 866/78 **מורד נ. ממשלת ישראל**, פ"ד לד (2) 657, 662. כן ראה מ' שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה שנייה, תשמ"ד) 161 ואילך.
בישראל עדות דתיות מוכרות, המופיעות בתוספת לדבר המלך, שאין להן בתי־דין המוסמכים לדון בענייני המעמד האישי של בני עדתם. הכוונה לכנסייה האוונגלית האפיסקופלית ולעדה הבהאית. חוק ישראלי שהעניק סמכות לבתי־דין של עדה דתית מוכרת הוא חוק בתי־הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג־1962.

4. ע"א 283/72 **בוארון נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד כו(2) 727. כשהצדדים מוסלמים, רוב ענייני המעמד האישי נידונים בבית־הדין השרעי בסמכות ייחודית (בידמ 1/62 **אבו־אנג'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 ייחודית בין שהעניין כרוך מעצם טיבו וטבעו בעניין הגירושין (תביעה להחזקת קטין) ובין שהעניין נכרך בפועל בתביעה העיקרית ונתקיימו מבחני הכריכה המוקדמים והמאוחרים. על הלכת הכריכה במפורט, ראה להלן.

6. כאשר הסמכות מקבילה, מופקדת הסמכות הראשונית והשיורית בידי בית־המשפט המחוזי. אולם, בעניינים שונים מוסמך גם בית־משפט השלום. ראה, למשל, להלן הערה 9.

ג) סמכות על־פי ברירה — בתביעת מזונות יש לאשה יהודייה, התובעת מזונות מבעלה היהודי ברירה להגיש תביעה בבית־הדין הדתי או בבית־המשפט האזרחי[7]. ברירה זו אינה קיימת כאשר תביעת המזונות כרוכה בתביעת גירושין. במקרה כזה הסמכות הייחודית היא לבית־הדין הרבני.

3) פיצול בין ערכאות אזרחיות לבין עצמן. כך, למשל, נידונים ענייני ילדים בבית־המשפט המחוזי ובבית־המשפט לנוער. בהקשרים מסוימים, יידון עניין משמורת קטינים במסגרת סמכות בית־המשפט הגבוה לצדק לפי סעיף 15(ד)(1) לחוק יסוד: השפיטה[8]. גם ענייני הנוגעים לחלוקת נכסים בין בני הזוג עשויים להידון במקרים מסוימים בבית־המשפט המחוזי, ובמקרים אחרים — בבית־המשפט השלום[9].

§4. מבחן השיפוט כורך בצוותא חדא את שאלת ההשתייכות הדתית[10] בסוגי העניינים הנידונים או במבחן העילה (למשל ענייני נישואין וגירושין, מזונות, אפוטרופסות וכיו"ב)[11], בתוספת זיקות שיפוט נוספות, בין אישיות ובין טריטוריאליות (למשל אזרחות, תושבות, בישראל, וכיו"ב)[12]. הקושי בקביעת קיומן של זיקות כאלה ובהכרעה בגינן מתעורר, כאשר זיקות שונות גוררות את המתדיין לערכאות שיפוטיות אחדות. כאשר ההשתייכות הדתית נתבעת על ידי מספר עדות דתיות נכנס למערכת גורם נוסף הגורר אחריו, מטבע הדברים, קשיי הכרעה נוספים[13].

7. ראה סעיף 4 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953. דוגמאות לפיצול הסמכות בעקבות זאת, ראה א' רוזן־צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: 'דיני המשפחה בישראל', דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" **משפטים** טו (1986) 476, 477.

8. לאחרונה ראה, למשל, בג"צ 405/83 **קבלי נ. קבלי**, פ"ד לז (4) 705; בג"צ 836/86 **בכר נ. גייל**, פ"ד מא (3) 701. כן ראה בג"צ 36/77 **בולשטיין נ. בולשטיין**, פ"ד לא (2) 536.

9. תביעה למתן פסק־דין הצהרתי על זכויות בן הזוג ברכוש בן זוגו תידון בבית־המשפט המחוזי ואילו תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין תיכלל במסגרת סמכותו של בית־משפט השלום לפי חוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984. ראה 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 לז (4) 253.

10. בעניין זה ראה פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 49—90; פ' שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" **משפטים** טז (1986) 212; פ' שיפמן "התחמקות משיפוט למען טובת הילד" **הפרקליט** לח (1989) 567; מ' שאוה "השפעת המרת דת על סמכויות השיפוט בענייני המעמד האישי" **עיוני משפט** י (1984) 177; מ' שאוה "השפעת המרת דת על השיפוט בענייני התרת נישואין" **עיוני משפט** י (1984) 619; מ' שאוה "על סמכות השיפוט בענייני המעמד האישי של כפול־דת ועל היקף תחולת פקודת המרת דת על יהודים ומוסלמים" **הפרקליט** לח (1989) 307; א' מעוז "מעמדו של מומר" **משפטים** ז (1977) 442.

11. ראה א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 84—95.

12. ראה א' רוזן־צבי "הסמכות הבינלאומית של בתי־המשפט ובתי־הדין הרבניים" **עיוני משפט** ב (1972) 759; מ' שאוה "תנאי הסמכות של בית־הדין הרבני בעניני נישואין וגירושין" **הפרקליט** לב (1978) 39; מ' שאוה "על משמעות 'בישראל' שבחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953" **הפרקליט** לד (1982) 251; א' מעוז "סמכותם האקסטרא־טריטוריאלית של בתי־הדין הדתיים" **הפרקליט** לח (1988) 81.

13. ראה, למשל, ע"א 86/63 **אל צפדי נ. בנימין**, פ"ד יז 1419; בג"צ 238/75 **מזרחי נ. בית־הדין השרעי, נצרת**, פ"ד ל (1) 377; בג"צ 148/84 **שמואל נ. בית הדין הרבני האיזורי בתל־אביב**,

ניתן, איפוא, להיווכח כי בשיטתנו מתקיימים מירוץ סמכויות בין בעלי הדין על הערכאה השיפוטית המועדפת, ומאבק סמכויות בין הערכאות[14].

2) המתקת פיצול השיפוט

כללי

§5. פיצול השיפוט אחראי לתופעות חמורות וגורר אחריו תוצאות קשות. החקיקה יצרה מספר כלים להמתקת הפיצול. בין אלה ניתן למנות:

א. קיומה של ערכאה להפניית סמכות. הכוונה לסמכותו של נשיא בית־המשפט העליון לצורך ברירת שיפוט בין הערכאות הדתיות[15] או לברירת שיפוט בין ערכאות דתיות לערכאה האזרחית[16].

ב. קיומן של ערכאות מיוחדות לבירור סכסוכי סמכות, בין לקביעת ענייני המעמד האישי ובין לקביעת פורום באשר לצדדים המעורבים[17].

ג. ערכאת פיקוח על בתי־הדין להכרעה במקרים של חריגה מסמכות[18].

אולם אין הקומץ משביע את הארי. לא ייפלא, איפוא, כי במשך השנים ניסה בית־המשפט ליצור כלים משלו להמתקת פיצול השיפוט במידת האפשר. למטרה זו נזקק בית־המשפט ליצירתיות שיפוטית. בית־המשפט התאים אמצעים משפטיים קיימים וכן עיצב דרכים ייחודיות לשם השגת המטרה האמורה. עם האמצעים המשפטיים האמורים ניתן למנות, בין היתר, את האיזון בין הסמכויות המקבילות, את עיקרון הכיבוד ההדדי שבין הערכאות, הכולל בחובו גם את עיקרון התליית הסמכות, ואת עיקרון מעשה בית־דין.

אמצעים אלה לא הופעלו באופן טכני ומתוך גישה פרוצדורלית או סכמטית. הם נוצלו להשגת תכליות ענייניות. לעיתים השימוש שבית־המשפט עשה בהם היה סלקטיבי. לעתים נוצרו חריגים בשימוש באמצעים משפטיים אלה כדי למנוע תוצאות בלתי רצויות בעיניו של בית־המשפט. לעיתים, הניסיון להמתיק את פיצול השיפוט גרר אחריו תופעות לוואי חמורות לא פחות. בדרך הטבע תרמו אמצעים אלה להרחבת סמכות בית־הדין או — להצרתה. משום כך, הונעה הפעלתם גם מן התוצאות אליהם עשוי בית־הדין להגיע, דהיינו, גם מן הדין המהותי המוחל על ידי בית־הדין. לא נוכל, במסגרת זאת לדון בהרחבה

פ"ד לט (4) 393; בג"צ 304/86 ברק נ. בית הדין השרעי, יפו, פ"ד מא (2) 745. כן ראה לעיל המקורות בהערה 12.

14. על מאבק הסמכויות בין הערכאות עצמן, ראה, בין היתר, י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז (תשל"ו) רה; י' שילה "חפיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית — המצוי והרצוי" עיוני משפט ב (1972) 646; הרב ש' דיכובסקי "סמכות בתי־הדין הרבניים בראי פסיקת בתי־הדין" דיני ישראל י־יא (תשמ"א—תשמ"ג) ט; הרב ש' דיכובסקי "בתי־דין רבניים־ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" דיני ישראל יג—יד (תשמ"ו—תשמ"ח) ז.

15. סימן 55 לדבר המלך במועצתו.

16. חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט־1969.

17. בית־הדין המיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך במועצתו.

18. בית־המשפט הגבוה לצדק במסגרת הסמכות המוקנית לו בסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה.

בכל אחד מאמצעים אלה. אולם פטור בלא כלום אי אפשר. לפיכך נצביע על הדרך שבה מנוצלים הכלים האמורים להמתקת הפיצול ועל הבעייתיות הנלווית לה.

א) איזון בין סמכויות מקבילות

§6. חוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, מנסה ליישב את עניין הכפילות בשיפוט, כאשר סמכותן של הערכאות היא מקבילה או סמכות בדרך של ברירה. סעיף 40 (2), שעניינו סמכותו של בית־המשפט המחוזי, קובע:

> "בעניין הנתון לסמכותו המקבילה של בית־דין אחר, יהיה בית־המשפט המחוזי מוסמך לדון כל עוד אין אותו בית־דין דן בו".

משהוסמכה ערכאה דתית בין בדרך של הסכמה ובין בדרך של ברירה, לפי העניין, מופקעת הסמכות מן הערכאה האזרחית. המחוקק הלביש טענת lis alibi pendes באיצטלא של חוסר סמכות[19].

> "המגמה המונחת ביסודם של דברים אלה היא פשוטה וגלויה על פניה, ומטרתה אחת, והיא מניעת דיוני כפל מיותרים וניצול לרעה של קיום הסמכות המקבילה כדי לפנות בו זמנית לשני מוסדות שיפוטיים שונים על מנת שידונו באותה סוגייה ממש"[20].

§7. עד היכן מגיע כוח סמכותו של בית־הדין? האם משנקנתה הסמכות פעם אחת אין היא יוצאת עוד מתחת ידיו של בית־הדין? פעמים שההליך בבית־הדין מבוטל על ידי בעל הדין. לעיתים התיק נסגר על ידי בית־הדין. במקרים רבים ההליך מושהה בחוסר מעש; הוא תלוי ועומד בבית־הדין ללא הכרעה מצד בית־הדין ותוך הפניית הצדדים לדרך המשא־ומתן. מצבים אלה מחייבים קביעת כללים להחזרת הסמכות לבית־המשפט במקרים מסוימים. החזרת הסמכות נועדה בראש ובראשונה למנוע הוצאת סמכות מבית־המשפט שלא כדין או בהעדר תום לב. באותם מקרים שסמכותו הייחודית של בית־הדין אינה מסורה מלכתחילה אלא נקנית רק לאחר בחירה — מתבקשת גם הגנה על חופש הבחירה של בעל דין.

ביטול תביעה, דחייתה או מחיקתה מחזירים את הסמכות המקורית על עומדה. לעומת זאת, תוצאת בקשה לביטול תהליך בבית־הדין תלויה בדרך כלל בסדרי הדין הנהוגים בו[21].

19. ע"א 15/64 **מוזס נ. מוזס**, פ"ד יח (3) 141, 150־151; ע"א 501/64 **וינשטוק נ. וינשטוק**, פ"ד יט (1) 533, 536; כן ראה ע"א 425/63 **מזרחי נ. מזרחי**, פ"ד יח (1) 325, 329; ע"א 159/82 **ויז'נסקי נ. רידר**, פ"ד לו (4) 757, 762; ע"א 84/81 **גולדפרב נ. גולדפרב**, פ"ד לו (3) 253, 259; בג"צ 669/82 **בן צבי נ. בית־הדין האיזורי, חיפה**, פ"ד פ"ד לח (2) 716.

20. ע"א 438/78 **פטריץ נ. פטריץ**, פ"ד לג (1) 145, 149ד־ה.

21. לביטול תביעה, ראה הלכת **מוזס**, לעיל הערה 19, בע' 150 — 151. לתוצאות בקשה לביטול הליך, ראה הלכת **מוזס**, שם בע' 151ב; הלכת **מזרחי**, לעיל הערה 19, בע' 329; ע"א 184/75 **דויטש נ. דויטש**, פ"ד כט (2) 525. ראה גם מ' חיגר "האם הודעת ביטול התביעה למזונות בבית־הדין הרבני דייה להקנות סמכות לבית־המשפט המחוזי לדון בתביעת מזונות שאותה התובעת הגישה לפניו?" **הפרקליט** כא (1965) 299.

אולם התוצאה מושפעת גם מסוג ההליך ומן הדרך שבה הוענקה הסמכות לבית־הדין. לעיתים קרובות לא ייעתר בית־הדין לבקשת הביטול וישמור בדרך זו את סמכותו. בית־הדין יסרב לביטול, כדי לתת לנתבע הזדמנות לנקות עצמו נוכח הטענות שהושמעו כלפיו על ידי התובע[22]. אולם המניעים ברוב המקרים הם מאבק הסמכויות בין הערכאות והסירוב לתת יד לפעולת בעל דין, שכן זו מוציאה את הסמכות מידיו של בית־הדין. במקרה כזה עלול התובע לצאת וידיו על ראשו. התביעה שהגיש בבית־הדין בוטלה על ידיו, אולם שעריו של בית־המשפט המחוזי עדיין נעולים בפניו.

משום כך אין להניח לבית־הדין לומר את המלה האחרונה בנושא זה. כאשר הסירוב של בית־הדין לבקשת הביטול של התביעה אינו מוצדק והוא מונֵע למעשה מן הרצון לשמר את הסמכות בידיו ולחסום את שיפוטו של בית־המשפט יש לראות את התביעה בבית־הדין כבטלה. הוצאת סמכות כללית מידיו של בית־המשפט חייבת להעשות מטעמים ענייניים ובתום לב.

סמכות שהוענקה באמצעות שימוש בברירת האשה יוצאת תחת ידיו של בית־הדין רק על־פי החלטתו בבקשת הביטול שהגישה האשה[23]. כל עוד לא נמחקה התביעה או בוטלה — אין בקשת הביטול כלשעצמה מחזירה את ברירת הסמכות. אף סגירת התיק על ידי בית־הדין אינה מחזירה את ברירת הסמכות[24].

אולם בית־המשפט אינו כפוף למבחנים טכניים או פורמליים בלבד. המדיניות המשפטית שעליו לחתור לקראתה היא האיזון בין הסמכויות המקבילות. עליו לבחון, איפוא, על־פי נסיבותיו המיוחדות של המקרה, אם ההליך המשפטי תלוי ועומד עדיין לפני בית הדין — אם לאו.

במקרה אחד הגישה אשה תביעת מזונות, שאותה כרכה בתביעת גירושין. עוד לפני תחילת הדיון ולפני שמי מן הצדדים התייצב לדיון, הגישה התובעת בקשה לביטול ההליכים. בית־הדין החליט לסגור את התיק. בית־המשפט לא הסתפק ביישום טכני של ההלכה, שהיה מביא אותו לקביעה כי סמכותו של בית־הדין בעינה עומדת. בית־המשפט בדק את המשמעות המשפטית שיש לייחס להחלטה לסגור את התיק בנסיבות המקרה. על בסיס זה קבע, כי ההחלטה לסגירת התיק כמוה כהחלטת ביטול התביעה. במרכז הדיון עמדה השאלה האם דיון כלשהו תלוי ועומד לפני בית־הדין הרבני. התשובה לשאלה היתה כרוכה גם בפרשנות החלטת בית־הדין. בבחנו את מכלול הנסיבות, השיב בית המשפט בשלילה על השאלה, למרות ניסוח החלטת בית־הדין כ׳סגירת התיק׳ ולא כמחיקתו[25].

דין זהה בשאלת נַפקות ביטול התביעה בבית־הדין יחול, גם כאשר כרכה האשה תביעת מזונות בתביעת הגירושין שהגישה[26]. הצד המשותף לעניין אחרון זה ולזה שקדם לו הוא, שבשניהם ניתנה הסכמה אקטיבית לשיפוטו של בית־הדין. בשניהם כפף עצמו בעל הדין, מיוזמתו לשיפוטו של בית־הדין.

22. ערעור תשמ״ב/218, פד״ר יב 194, 196. ראה גם ערעור תש״מ/43, פד״ר יא 377.
23. הלכת מזרחי, לעיל הערה 19; הלכת דויטש, לעיל הערה 21.
24. ע״א 275/72 **בן נעים נ. בן נעים**, פ״ד כו (2) 818; ע״א 756/85 **יעקב נ. יעקב**, פ״ד מ (2) 637.
25. הלכת פטריץ, לעיל הערה 20.
26. כך נובע, כנראה, מהלכת מזרחי, לעיל הערה 19, בע׳ 328־329, 335ד.

§8. לעומת זאת, ישנם מקרים, שבהם הודעת ביטול התביעה מצד האשה תספיק כדי להשיב לה את ברירת השיפוט. כך, כאשר סמכותו של בית־המשפט בתביעת מזונות האשה מעוכבת בשל תביעת גירושין שהוגשה לפני כן על ידי האשה. סמכותו של בית המשפט המחוזי במקרה זה אינה מופקעת, אלא מעוכבת מטעמים של הסֵדר הטוב והנימוסין הטובים שבין בתי־המשפט ובתי־הדין הרבניים[27].

בעניין שרגאי נקבע, כי הודעת ביטול תביעת הגירושין מצד האשה מחזירה את תביעת המזונות שלה בבית־המשפט המחוזי ללוח הדיונים[28]. בפסק־דין מאוחר יותר, בעניין הרמן, שבו דחה בית־הדין במפורש את בקשת הביטול של האשה, הטיל עליה בית־המשפט העליון להוכיח גם בסיטואציה כזו, כי הודעתה שמה קץ לתביעתה[29].

ספק אם מסקנה זו עולה בקנה אחד עם עניין שרגאי. יתכן, שההבחנה בין שני המקרים נעוצה בכך, שבענין הרמן, בהבדל מעניין שרגאי, דחה בית־הדין במפורש את בקשת הביטול של האשה. אולם אין טעם להתעכב על כך, הואיל והתוצאה המעשית בשני המקרים דומה. בית־המשפט העליון החליט, כי עצם הגשת בקשת ביטול מצד האשה מאפשרת לבית־המשפט המחוזי את הדיון בתביעת המזונות הזמניים. עיכוב הסמכות עד לביטול התביעה, או עד למחיקתה על ידי בית־הדין, מצטמצם לתביעת המזונות הקבועים בלבד. בית־המשפט העליון הוציא את העוקץ מהחלטת הדחייה של בית־הדין. כך הוא יצר הלכה למעשה את האיזון הראוי בסמכותן של הערכאות השונות, שהלכת שרגאי הגיעה אליה בדרך אחרת[30].

בן זוג ש׳נלכד׳ בסמכותו של בית־הדין עקב הלכת ה׳כריכה׳ אינו שולט על ההליך. פעמים שבית־הדין סוגר את התיק ללא הכרעה ומַפנה את הצדדים למשא־ומתן ביניהם. בית־המשפט העליון קבע כי במצבים כאלה נשמרת סמכותו של בית־הדין הרבני[31]. בכך מופר האיזון בין כוח הברירה, המוענק לאשה, לבין הכוח לכפות את סמכותו של בית־הדין באמצעות הלכת ה׳כריכה׳. הנצחת סמכות והעמדת הליכים במעין ׳לימבו משפטי׳ היא שימוש בלתי נאות בסמכות. מן הדין הוא, שבית־המשפט העליון לא ייתן גושפנקא לתופעות כאלה[32].

בהקשר אחר, הקפיד בית־המשפט העליון על האיזון בין סמכויותיהן של הערכאות השונות: דחיית תביעת הגירושין מחזירה למפרע את הסמכות בכל העניינים ה׳כרוכים׳, בין שהם נוגעים לאחזקת ילדים[33] ולמזונות[34] ובין לעניינים רכושיים[35].

27. ע״א 9/65 אלג׳ם נ. אלג׳ם, פ״ד יט (2) 257.
28. בר״ע 120/69 שרגאי נ. שרגאי, פ״ד כג (2) 171.
29. ע״א 68/83 הרמן נ. הרמן, פ״ד לז (4) 414.
30. ביקורת על החלטה זו, ראה א׳ שינבוים, ב׳ דון־יחייא, דיני מזונות, כרך שני (1985) 435 — 437.
31. ר״ע 68/85 וועקנין נ. וועקנין (לא פורסם).
32. ביקורת נרחבת על כך, ראה להלן פסקה 35.
33. הלכת מזרחי, לעיל הערה 19, בע׳ 335 — 336.
34. ע״א 246/81 גוטהלף נ. גוטהלף, פ״ד לו (4) 673.
35. בג״צ 23/76 נאווי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ״ד ל (2) 514; ע״א 359/75 יהלומי נ.

ב) כיבוד הדדי בין הערכאות

§9. ריצה מערכאה לערכאה והתערבות של ערכאה אחת ברעותה גוררים אחריהם זילותא דבי דינא בצד הרחבת מלחמת ההתשה בין בני הזוג — על הנזק הכרוך בכך — וריבוּיָן של הוצאות מיותרות. בית־המשפט העליון חיפש דרכים להקל את המצוקה שבשיטה תוך איזון עם אינטרס חופש הבחירה הראוי בין הערכאות. העיקרון שפותח על ידי בית המשפט הוא חובת הכיבוד ההדדי בין ערכאות השיפוט.

עיקרון זה יושם לראשונה בסוגיית הסמכות הנמשכת. ביטולו, שינויו או תיקונו של פסק־דין ההולך ומתמשך לביצוע עתידי, בהיותו מיוסד על יחסים נמשכים, ייעשו בערכאה שנתנה את פסק־הדין המקורי. עֶקרון הסמכות הנמשכת הוא חריג. הערכאה המקורית סיימה את תפקידה והחזירה לכאורה את הסמכות הראשונית, כולל מידת ההסכמה או חופש הבחירה הכרוכים בה. בית־המשפט ביסס את הרחבת הסמכות המקורית לא על העדר סמכות אלא על עיקרון של כיבוד הדדי בין הערכאות[36]. הכלל מבוסס על שיקול של מדיניות משפטית[37]. המדיניות השיפוטית המובילה את הכלל היא מניעת ריצה מערכאה לערכאה, מניעת השגת גבולה של מערכת אחת על ידי האחרת, וקיום מערכת שיפוט תקינה. על קולָהּ של מדיניות משפטית זו תלה בית־המשפט את התוצאה המשפטית. בית־המשפט רואה בכלל המשפטי האמור חלק מן הסמכות הטבעית הגלומה בערכאה השיפוטית[38] והוא עושה בו שימוש לשם תיקונו של עולם[39].

בית־המשפט, בהתבססו על עיקרון זה ומתוך שאיפה לאיזון ראוי, יצר גם את החריגים לעֶקרון הסמכות הנמשכת.

כך, למשל, נקבע כי אם נדחתה התביעה המקורית, אם ניתן להשתית את התביעה המחודשת על עילה חדשה ואם התביעה החדשה מבוססת על סכסוך חדש או מחלוקת חדשה, אין כלל הסמכות הנמשכת משמש מכשול לפני חידוש חופש הברירה בין הערכאות[40]. הריחוק בזמן

יהלומי, פ"ד לא (2) 25; בג"צ 661/77 הבר נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324; ע"א 617/78 בן יחזקאל נ. בן יחזקאל, פ"ד לג (1) 693; בג"צ 644/79 גוטמן נ. בית־הדין הרבני, פ"ד לד (1) 443.

36. ע"א 59/53 הויזמן נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ז 1142, 1147; ע"א 167/63 ג'ראח נ. ג'ראח, פ"ד יז 2617, 2626, 2627; הלכת מוזס, לעיל הערה 19, בע' 153 — 154; הלכת גולדפרב, לעיל הערה 19, בע' 259 — 260; הלכת ויז'נסקי, לעיל הערה 19, בע' 762 — 763; בד"מ 1/81 נגר נ. נגר, פ"ד לח (1) 365, 397 — 398; הלכת בן צבי, לעיל הערה 19, בע' 719.

37. הלכת גולדפרב, לעיל הערה 19, בע' 260.

38. הלכת הויזמן, לעיל הערה 36, בע' 1147; בית"מ 1/60 וינטר נ. בארי, פ"ד טו 1457, 1468; ע"א 322/64 לוי נ. לוי, פ"ד יח (4) 577, 580.

39. הלכת ג'ראח, לעיל הערה 36, בע' 2626, הלכת ויז'נסקי, לעיל הערה 19, בע' 762 — 763.

40. הלכת ג'ראח, לעיל הערה 36, בע' 2626־2627; הלכת מוזס, לעיל הערה 19, בע' 153 — 155. החריג יחול גם כאשר דחיית התביעה בדיון המקורי נובעת מטענה בעלת אופי זמני ומשתנה ואינה שוללת את הזכות עצמה, ראה ע"א 203/72 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד כז (1) 29. ברם, ראה שם דעתו החולקת של השופט י' כהן, המפרש את ההחלטה המקורית, כהפסקה זמנית של החיוב — ולא כדחייתו. החריג יחול גם כאשר נסגר התיק בבית־הדין ללא דיון בגופו של עניין, ראה ע"א 135/80 בכור נ. בכור, פ"ד לו (2) 358.

בין התביעות עשוי הוא עצמו לשמש אמת מידה לבחינת אופי הסכסוך החדש ומידת קרבתו לסכסוך הקודם[41].

העיקר הוא, כי החריגים, כמו הכלל, הם מהותיים ואופן יישומם הוא גמיש ולא טכני־דַווקני. הם שואפים לקיים מהותית את העיקרון של כיבוד הדדי בין הערכאות:

> "כל עניין ועניין חייב להימדד לפי המבחן שניסיתי לבאר, היינו, אם חובת הכיבוד ההדדי שבית־המשפט ובית־הדין חבים זה לזה מצרה את תחום השיפוט של בית־המשפט, או לא"[42].

באותה רוח צומצם כלל הסמכות הנמשכת תוך קביעת המרחב הלגיטימי לכלל זה. אין הכלל משתרע על פרשנות פסק־הדין המקורי[43] ועל תביעה לאכיפתו או לביצועו[44]. הצדדים גם רשאים בהסכמה ביניהם להתנות עליו[45].

אין הצדקה להרחבת הכלל מעבר למדיניות השיפוטית התומכת בו ולהיקלע לשימוש לרעה בסמכות זו. על בסיס זה, אין כלל הסמכות הנמשכת חל כאשר התביעה המקורית 'נכפתה' על בעל הדין או כאשר התביעה המקורית היתה צמודה לתביעת בסיס — וזו נדחתה. כזה גורלו של פסק־דין בתביעת מזונות, שהוגשה לבית־הדין על ידי אשה, 'אנוסה' על־פי הלכת ה'כריכה', כאשר תביעת הגירושין נדחתה[46]. החלת כלל הסמכות הנמשכת במקרה זה היתה פותחת פתח לסיכול רחב של ברירת השיפוט של האשה. אין כלל הסמכות הנמשכת חל על עניין שלא נידון במפורש בדיון המקורי, אף שנכלל במסגרת הסמכות בהיותו כרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין[47]. גם אם היה פסק־הדין המקורי מוגבל לתקופה מסוימת, אין הוא בא בגדרו של כלל זה[48].

§10. עיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות הצמיח כנפיים ויושם גם בהקשרים אחרים. מטעמים של סדר טוב ונימוסין טובים בין הערכאות, עוכבה סמכות הדיון של בית־המשפט המחוזי בתביעת מזונות שהוגשה לו על ידי אשה, בעוד תביעת גירושין שהוגשה על ידיה נידונה או עומדת להידון בבית־הדין הרבני[49].

העיקרון יושם גם לשם קביעת סדר עדיפויות בין הכרעות סותרות של שתי הערכאות באותו עניין. בית־המשפט פסק כי בין החלטות מקבילות של שתי הערכאות, הסותרות אחת את השנייה ואינן יכולות להתקיים זו לצד זו, עדיפה ההחלטה הראשונה בזמן[50].

41. הלכת ג'ראח, לעיל הערה 36, בע' 2626־2627.
42. הלכת ג'ראח, לעיל הערה 36, בע' 2627. יישום המבחן באותו נוסח ראה גם הלכת מוזס, לעיל הערה 19, בע' 154.
43. ע"א 164/71 צפניה נ. צפניה, פ"ד כו (1) 515.
44. ע"א 336/68 לוין נ. לוין, פ"ד כב (2) 944; ע"א 556/75 צביק נ. צביק, פ"ד לא (1) 7; ע"א 287/78 לרר נ. קורבר, פ"ד לד (1) 294.
45. ע"א 534/73 טננהולץ נ. כהן, פ"ד כח(2) 490; הלכת ויז'נסקי, לעיל הערה 19.
46. הלכת גוטהלף, לעיל הערה 34.
47. ע"א 811/80 בלום נ. שטרן, פ"ד לה (3) 757. הסוגייה היתה אחזקת קטין.
48. ע"א 174/74 בנין נ. בנין, פ"ד כט (2) 46.
49. הלכת אלג'ם, לעיל הערה 27; הלכת הרמן, לעיל הערה 29.
50. בג"צ 706/80 סופר נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד לה (3) 13, 17.

שתי ההחלטות היו נתונות כל אחת בסמכותה של הערכאה שהוציאה אותה. כל אחת מן ההחלטות היתה מבוססת על עילה שונה. אולם שתיהן נסובו על אותה דירת מגורים והגיעו לתוצאות סותרות בשאלה, מי חייב לפנות את הדירה למי. משלא ניתן היה לסמוך על מעשה בית־דין כדי לפסוק במקרה זה, השתמש בית־המשפט בעיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות — לשם הכרעה בין שני הכתובים המכחישים זה את זה. השימוש בעיקרון זה לתחימת קווי הגבול בין החלטות שונות של ערכאות השיפוט השונות טומן בחובו פוטנציאל להתפתחות מרחיקת לכת. עיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות הוא כלי להמתקת הפיצול הכפול ותוצאותיו — שניתן לעשות בו שימוש נרחב לשם איזון בין האינטרסים השונים.

ג) מעשה בית־דין

ג1) מבוא: האינטרסים המוגנים, המדיניות המשפטית ותכלית השימוש בכלל

§11. כמו עיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, כך גם יישום הדוקטרינה של מעשה בית־דין מערכאה דתית לאזרחית נועד למנוע דיונים כפולים ולצמצם את ההתרוצצות של בעלי הדין בערכאות השונות. הסבך המשפטי המלווה את סוגיות הפיצול הכפול לא פסח גם על עניין זה. חוסר בהירות בצד החלטות סותרות מצד בית־המשפט הם מנת חלקו של ציבור המשפטנים גם בהקשר זה. ניסיון ליישוב אנליטי של הפסיקה איננו בגדר האפשר. גם ההיצמדות לכללי הדוקטרינה של מעשה בית־דין לא תוכל להוביל את הדיון לחוף מבטחים. במסגרת דוקטרינה זו קיימים מושגים פתוחים, כגון עילה או מימצא, המספקים מרחב מחיה רב להתאמת הדוקטרינה לנסיבות המיוחדות של השיפוט בענייני המעמד האישי. השימוש במעשה בית־דין במסגרת סוגיית פיצול השיפוט ב'תפר' בין החלטות שיפוטיות בשתי ערכאות שונות הוא פרי מדיניות משפטית. בית־המשפט בוחר אמצעים משפטיים שישיגו איזון בין הערכאות לשם הקלת ההתדיינות ולשם מניעת תופעות של זילות הערכאות ושל ניצול הסמכות לרעה, מצד בעלי הדין ומצד ערכאות בעלות סמכות מוגבלת.

עמדת מיעוט בבית־המשפט העליון, שיוצגה על ידי השופט ח' כהן, תמכה בהפרדה גמורה בין הדיון בבית־הדין הרבני ובין זה המתנהל בבית־המשפט המחוזי. לשיטתו, זכאי בעל דין המתדיין בבית־המשפט המחוזי בעניין שבסמכותו לברר שם באופן עצמאי את כל השאלות הנלוות. אין בעל דין רשאי לגרוע מזכויותיו של האחר על סמך מימצא שנקבע בערכאה אחרת[51].

ניתן לבסס את העמדה הדוגלת בהפרדה גם על כך, שבית־המשפט קובע את מימצאיו במסגרת סדרי דין ודיני ראיות השונים מאלה המחייבים את בית־הדין. שוני בסיסי זה מוליד גם תוצאות שונות. יתר על כן, מעשה בית־דין המיוחס למימצא שנולד בחיקו של בית־הדין במסגרת דיון אחר מזה המתנהל בבית־המשפט, עלול לחתור תחת המטרה שלשמה נועד האמצעי של מעשה בית־דין, דהיינו: צמצום מרחב ההתדיינויות ומניעת כפילות בדיונים. הרחבת מעשה בית־דין עשויה לתמרץ צדדים המתדיינים בבית־המשפט

51. ע"א 159/68 גבאי נ. גבאי, פ"ד כב (2) 451, 454.

לפתוח דיון מקביל בהליך שונה בבית־הדין, כדי להשיג מעשה בית־דין אשר יקל עליהם את ההתדיינות בבית־המשפט. ואמנם, מעשה בית־דין שנועד לשמש תרופה למירוץ סמכויות גרר אחריו תופעות לוואי הגורמות חולי חדש מאותו מין. השאיפה להקל את מירוץ הסמכויות פתחה מסלול מירוצים חדש של מעשה בית־דין. בית־המשפט, שהיה ער לפִּרצה החדשה שנפרצה בניסיון לסתום את הקודמת, תלה את הקולר בצוואר המחוקק[52], אשר יצר את השיפוט המקביל[53].

על רקע אינטרסים נוגדים אלה ועל בסיס מדיניות שמטרתה להגיע לאיזון המקסימלי האפשרי ביניהם, יש להתוות את הקווים המנחים סוגייה זו. לאורם של אלה יש לפרש את פסקי־הדין שניתנו בסוגייה, לנסות ליישב ביניהם, ולהגיע לבחינת אופן יישום האמצעי בדרך אשר תשרת את התכלית ותוך שמירה על המסגרת המשפטית.

ג2) תחולת הכלל

עקרונות כלליים

§12. הדוקטרינה של מעשה בית־דין אינה חלה על בתי־הדין הדתיים. משום כך, אין מעשה בית־דין מערכאה אזרחית לערכאה דתית — גם באותם עניינים שבית־המשפט מוסמך בהם[54]. חסר זה עלול לגרור אחריו ניצול לרעה מצד בעלי הדין. החלטות סותרות מאוחרות יותר מצד בית־הדין עלולות להפוך עיר מקלט מפני החלטות שיפוטיות קודמות. פתרון עקיף לבעיות העלולות להתעורר כתוצאה מחסר כזה נמצא באמצעות הפעלת עיקרון הכיבוד ההדדי בין הערכאות, כפי שראינו לעיל.

לעומת זאת, הדוקטרינה של מעשה בית־דין מחייבת את בתי־המשפט. מעשה בית־דין חל מערכאה דתית לערכאה אזרחית בעניינים המסורים לסמכותו של בית־הדין. מימצאים, שבית־הדין קובע במסגרת הליכים בעניינים המסורים לסמכותו הייחודית, עשויים ליצור מעשה בית־דין, המחייב את בית־המשפט בדיונים המתנהלים לפניו במסגרת סמכותו[55]. הואיל וסוגיית הסמכות אינה זהה עם עיקרון מעשה בית־דין אלא נפרדת ממנו עשוי מעשה בית־דין שיצא מלפני בית־הדין הדתי לחרוץ את גורל התביעה גם כשהיא מסורה לסמכות בית־המשפט ומתברר לפניו[56]. בכוחו של בית־הדין להשפיע, איפוא, בעקיפין גם על תוצאות הדיונים, המתנהלים בבית־המשפט המחוזי בעניינים הנתונים לסמכותו.

52. בג"צ 206/70 **שרגאי נ. בית־הדין הרבני הגדול, ירושלים**, פ"ד כד (2) 487, 491-492.

53. צודק פ' שיפמן בהערתו כי מירוץ מעשה בית־הדין אינו נובע מפיצול השיפוט בענייני מזונות, אלא מן הפיצול בין השיפוט בענייני נישואין וגירושין לבין השיפוט בענייני מזונות, ראה פ' שיפמן "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות־האשה לבין ענייני נישואין וגירושין" **משפטים** ד (1972) 374, 380.

54. בג"צ 111/63 **אבו חורש נ. בית־הדין השרעי**, פ"ד יח (1) 589, 592; בג"צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח (1) 598, 621; ע"א 54/65 **מקיטן נ. מקיטן**, פ"ד יט (2) 651, 657.

55. הלכת **ג'ראח, לעיל** הערה 36; הלכת **גבאי, לעיל** הערה 51; ע"א 353/65 **חכם נ. חכם**, פ"ד כ (2) 199; ע"א 470/68 **בלטשטיין נ. בלטשטיין**, פ"ד כב (2) 976.

56. הלכת **ג'ראח, לעיל** הערה 36, בע' 2624, 2627, 2630; הלכת **מוזס, לעיל** הערה 19, בע' 153 — 154; הלכת **מזרחי, לעיל** הערה 19; הלכת **לוי, לעיל** הערה 38; ע"א 564/67 **רובינוב נ. רובינוב**, פ"ד כב (1) 203.

הפסיקה תלתה חלק מן הנפקות של עיקרון מעשה בית־דין במועד ההחלטה. החלטת בית־דין בעניין שבסמכותו הייחודית, הקודמת בזמן להחלטת בית־המשפט והכוללת מימצא שיש בכוחו להשפיע על תוצאת הדיון בבית־המשפט, תהווה מעשה בית־דין[57]. גם אם יצאה החלטת בית־הדין לאחר פסיקת ביניים, כגון מזונות זמניים, שניתנה בבית־המשפט, ישמשו מימצאיה מעשה בית־דין[58].

לעומת זאת, מימצא, שנקבע בבית־דין לאחר שבית־משפט נתן את החלטתו, לא יחייב את בית־המשפט כמעשה בית דין. זה הכלל, אולם נקבעו חריגים לכלל. במקרים מסוימים גם החלטת בית־דין שניתנה לאחר ההכרעה בבית־המשפט עשויה להוות מעשה בית־דין. על עניין זה נרחיב בהמשך.

מימצאיו של בית־הדין, העשויים להוות מושא למעשה בית־דין, הם מגוונים. כך, בין היתר, החלטה בדבר מעמדו האישי של בעל הדין, החלטות המחייבות אשה לחזור לבעלה או — המוצאות כי אין סיבה המצדיקה את עזיבת הבית[59], הכרזת מרדות או החלטות בדבר מרדות האשה[60], מימצא בדבר התנהגות בעל דין, כגון זינוי מצד האשה או היותה עוברת על דת[61], פסק גירושין והחלטה בדבר חיוב לקבל גט[62].

מעשה בית־דין: שני מישורים של דיון

§13. במסגרת סוגיית מעשה בית־דין מתעוררות שאלות בשני מישורים עיקריים, המסמנים שני שלבים של התדיינות. שני המישורים יחד קובעים את היקף תחולת הדוקטרינה של מעשה בית־דין, הלכה למעשה, וממילא גם את מידת יכולתה להמתיק את הגלולה המרה של הפיצול הכפול: של הסמכויות ושל הדין. המישור הראשון הוא בסיסי, ראשוני. הוא חורץ את גורל הטענה מלכתחילה: האם מימצא מסוים של בית־הדין הרבני מהווה מעשה בית־דין. המישור השני הוא מישני. עניינו הוא בקביעת דרך ההגנה מפני מעשה בית־הדין, או סתירתו. התשובה לשתי השאלות תלויה באופן המיון של החלטות בית־הדין. נבחן את שני המישורים אחד לאחד.

מימצאו של בית־הדין כמעשה בית־דין — אימתי?

§14. נפתח בשאלה הראשונה, המוקדמת, הקובעת את היקף תחולתה של הדוקטרינה של מעשה בית־דין. התשובה לשאלה מותנית במיון המימצא שקבע בית־הדין הרבני. בעיית

57. בר"ע 100/68 אל־על נ. אל־על, פ"ד כב (2) 925, 929.
58. הלכת גבאי, לעיל הערה 51, בע' 453; הלכת בלטשטיין, לעיל הערה 55, בע' 980; ע"א 64/70 הינדי נ. הינדי, פ"ד כד (2) 451.
59. הלכת חכם, לעיל הערה 55, בע' 207; הלכת אל־על, לעיל הערה 57, בע' 928.
60. הלכת גבאי, לעיל הערה 51, בע' 453; ע"א 634/61 מקיטן נ. מקיטן, פ"ד טז 945, 948.
61. הלכת בלטשטיין, לעיל הערה 55, בע' 979; ע"א 277/81 גרינהאוז נ. גרינהאוז, פ"ד לו (3) 197, 204.
62. הלכת בלטשטיין, לעיל הערה 55, בע' 979; ע"א 571/69 כהנא נ. כהנא, פ"ד כד (2) 549; ע"א 592/83 פורר נ. פורר, פ"ד לח (3) 561, 565א־ג, 566ו, 568ה; ע"א 566/81 שמואל נ. שמואל, פ"ד לט (4) 399, 404־405.

מיון כזו עמדה במרכזה של פרשת שרגאי[63]. פרשת שרגאי דנה בשאלה, האם מימצא מסוים בהחלטת בית־הדין, לפיו "לעניין מזונות דינה כמורדת", מהווה מעשה בית־דין המחייב את בית־המשפט. בעקבות פסיקה של בית־הדין הרבני הגדול[64] גרס בית־המשפט העליון, כי שאלת מעשה בית־דין תלויה בסיווגה של ההחלטה. הוא סבור היה שהחלטת בית־הדין עוסקת ב'מעין מורדת', שהיא טענת הגנה במסגרת דיון בתביעת מזונות, ומיין אותה כעניין של מזונות. הואיל ובית־הדין לא הוסמך לעסוק בתביעת מזונות אין בית־המשפט כפוף למימצא האמור. אילו היתה ההחלטה עוסקת במורדת לכל דיניה, היינו בדיני המורדת הכלליים, היה המימצא של בית־הדין מחייב את בית־המשפט כמעשה בית־דין[65].

החלטת בית־המשפט הלכה שבי אחר מיון בפסק־דין רבני שאינו ממין העניין, והיא מערבת מין בשאינו מינו. כך אין בית־המשפט דק פורתא בין דיני המרדות לבין אשה שאין היא עמו, לעומת מורדת בפועל ומורדת מוכרזת[66]. הניסיון ליישוב ההחלטה[67] עם אלה שקדמו לה אינו עולה יפה[68]. ההחלטה סותרת את הפסיקה הקודמת, ולוקה בחוסר בהירות בדבר קווי התיחום שלה ואופן יישומה בעתיד, באשר מרכז הכובד של ההבחנה שהיא עורכת אינו נהיר[69].

§15. לשם מציאת הקווים המנחים יש לערוך מספר הבחנות מושגיות, שלא ניתנה עליהם הדעת על ידי בית־המשפט.

1. ראשית, יש להבחין בין מימצא של בית־הדין לבין התוצאה האופרטיבית שהגיע אליה בעניין שאינו בסמכותו[70]. המימצא לבדו הוא המהווה את מעשה בית־הדין. ההפנייה למעשה בית־הדין היא בגדר הפניית עובדה[71]. התוצאה האופרטיבית נקבעת על ידי בית־המשפט המוסמך. בית־המשפט עשוי להגיע לתוצאה בסמכו, בין היתר, על המימצא המהווה מעשה בית־דין[72]. משום כך רשאי, ולעיתים חייב, בית־המשפט במקרים כאלה להתעלם מן התוצאה האופרטיבית של פסק־הדין הרבני. בית־המשפט ישתית את פסק־דינו על המימצא שבהחלטת בית־הדין בלבד. אם מימצא זה די בו כדי להפיל את התביעה השנייה או לקבלה, אין מנוס מן התוצאה.

63. לעיל הערה 52.

64. ערעור תשכ"ה/112, פד"ר ו 33.

65. הלכת שרגאי, לעיל הערה 52, בע' 492ה, 494ו־ז. כן ראה בר"ע 63/71 בן גיגי נ. בן גיגי, פ"ד כה (1) 729.

66. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 53, בע' 381 ה"ש 38 ו־40; ראה גם א' בארי, **חיוב הבעל במזונות אשתו בדיני ישראל** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", הוגש לסנאט של אוניברסיטת בר־אילן, תשמ"ב) 388־390.

67. הלכת שרגאי, לעיל הערה 52, בע' 495.

68. ראה א' בארי, לעיל הערה 66, בע' 388 — 390.

69. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 53, בע' 381 וכן ה"ש 40.

70. פ' שיפמן, לעיל הערה 53, בע' 381 ה"ש 39, רומז על כך.

71. על ההבחנה בין הפניית עובדה להפניית משפט, ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ב (1970) 268, 300 — 304.

72. על טכניקה כזו לעניין המונח בן זוג לצורך ירושה במסגרת חוק הירושה, ראה ע"א 603/65 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד כ (2) 465.

אולם המימצא האמור נבחן על רקע מימצאים נוספים שקבע בית־המשפט. בהשתבצו במכלול המימצאים עשוי המימצא המהווה מעשה בית־דין שלא לחרוץ את גורל התביעה השנייה. כך, למשל, נקבע כי מימצא של בית־דין רבני, לפיו אשה התובעת מזונות מבעלה היא עוברת על דת, אינו גורר אחריו אוטומטית את דחיית התביעה ואת שלילת המזונות מן האשה. בית־המשפט דחה את טענת ההגנה של הבעל, שנסמכה על מימצאו של בית־הדין הרבני, אף שראה במימצא זה מעשה בית־דין מחייב. לאחר שצירף למעשה בית־דין זה מימצא נוסף, שקבע על בסיס העובדות שהוכחו לפניו, בדבר התנהגות הבעל ועמדתו, החליט בית־המשפט לחייב את הבעל במזונות האשה אף שהיה אסור בכבלי המימצא שהאשה, התובעת, עוברת על דת[73].

2) שנית, האם המימצא מהווה מעשה בית־דין לפי הדינים החלים על דוקטרינה זו. במסגרת זאת נדרשים התנאים הבאים: שהעניין נשוא ההכרעה, יועמד במחלוקת בין הצדדים, שהמימצא יקבע באופן פוזיטיבי (בין מימצא חיובי ובין מימצא שלילי) ולא מחוסר הוכחה, במסגרת דיון שהיה בסמכותו הישירה של בית־הדין (בין בסמכותו הייחודית ובין בסמכותו המקבילה), ושהמימצא יהיה חיוני לתוצאה הסופית של הדיון[74].

3) שלישית, המימצא חייב לנבוע באופן ענייני מן ההליך שהיה לפני בית־הדין. השאלה היא, האם המימצא היה רלבנטי לדיון ונקבע במסגרת הלגיטימית שלו. שכן, חייב להתקיים קשר סיבתי הדוק בין המימצא שנקבע בבית־הדין הרבני לבין ההליך שהתנהל לפניו. אם קבע בית־הדין מימצא שלא היתה לו זיקה הכרחית לעניין שנידון לפניו, אין המימצא מהווה מעשה בית־דין; בעל דין אינו רשאי לאגור לעצמו מראש מימצאים לקראת דיון הנמצא בסמכותה של ערכאה אחרת.

קיים קשר הדוק בין התנאי השני לשלישי. אולם בעוד התנאי השני מקורו בדינים המיוחדים לסוגיית מעשה בית־דין, מתרכז התנאי השלישי בדיני המשפחה. עניינו הוא בהשלכות המיוחדות של הפיצול בסמכות ומירוץ הסמכויות הבא בעקבותיו, על הסוגייה של מעשה בית־דין. בהחלט יתכן מימצא שאינו בשולי ההכרעה מבחינת כללי מעשה בית־דין, אולם, מבחינה מהותית זיקתו של המימצא לשאלה שנידונה היא מלאכותית, מאולצת או כפויה.

המבחן הקובע הוא, האם המימצא נקבע באופן עצמאי ועניני בהליך שבו הוסמך בית־הדין לפסוק. במקרה זה עשוי המימצא לשמש כתוצאת לוואי גם את בית־המשפט, בדונו בעניין שבסמכותו. אם, לעומת זאת, השאלה כוונה ישירות לעניין אחר שבית־הדין לא הוסמך לדון בו, לא יכול המימצא שקבע בית־הדין לחייב את בית־המשפט. כך, למשל, אם מימצאו של בית־הדין נוגע להליך הניתון לפניו בסמכותו הייחודית, כגון תביעת שלום בית או תביעת גירושין, והוא מתחייב ממנו, כי אז המימצא עשוי לשמש

73. הלכת גרינהאוז, לעיל הערה 61.

74. ראה, בין היתר, ע"א 140/65 **מוגרבי נ. ורדימון**, פ"ד יא 1242, 1250; ע"א 246/66 **קלוז'נר נ. שמעוני**, פ"ד כב (2) 561; ע"א 275/73 **הראובני נ. טלבר**, פ"ד כט (1) 533; ע"א 529/74 **שטומר נ. שטומר**, פ"ד כט (1) 572; ע"א 202/70 **אליהו נ. יחזקאלי**, פ"ד כה (2) 425, 432—437; ע"א 158/83 **פינקל נ. נוימן**, פ"ד לח (1) 17, 24. ראה גם א' הרנון "הפלוגתא הפסוקה (Collateral Estoppel) כמעשה בית־דין" **הפרקליט** כג (1967) 344, 346.

טענה תקפה במסגרת תביעת מזונות הנידונה בבית־המשפט. אם, לעומת זאת, המימצא חורג מן המתחייב עניינית ממסגרת התביעה הנידונה לפני בית־הדין לא יוכל המימצא לשמש מעשה בית־דין.

מפרשת שרגאי ובמיוחד מעניין בן גיגי[75] עשוי להשתמע כאילו ההבחנה הרלבנטית בין מימצא מחייב, המהווה מעשה בית־דין, לזה שאינו מחייב נעשית על בסיס מיון הגנתו של בעל הדין בהתדיינות הנערכת בבית־המשפט. אם מיקד את הגנתו על טענת 'מעין מורדת' לא תשמש הכרעת בית־הדין בעניין זה מימצא המחייב את בית־המשפט בדונו בתביעת מזונות. הבחנה זו אינה במקומה. צודק פ' שיפמן[76] כי ההבחנה הרלבנטית בהקשר זה היא מיון פסיקתו של בית־הדין דווקא, ולא מיון ההגנה בבית־המשפט. המבחן האמור משלב מסגרת משפטית במדיניות המשפטית הראויה. נראה לנו, כי ניתן ליישב את הלכת שרגאי עם הגישה המוצעת. עלינו לפרש הלכה זו על רקע המטרה שעמדה לפני בית־המשפט, והיא מניעת השימוש לרעה בסמכותו של בית הדין. החלטת בית־המשפט נועדה להבטיח שבית־הדין לא ישתלט שלא כדין, באמצעות מימצאיו, על הסמכות המופקדת למעשה בידי בית־המשפט המחוזי:

> "עדיין עומדת השאלה העיקרית... אם בית־הדין הרבני היה מוסמך לפסוק בעניין המזונות מתוך מגמה ברורה לחייב בפסיקתו גם את בית־המשפט המחוזי בתביעת המזונות שהוגשה לפניו על ידי העותרת... אם פסק בעניין של מזונות, אין פסיקתו מחייבת את בית־המשפט המחוזי, כי אין בכוחו של בית־הדין להפסיק בדרך זו תביעת מזונות שהוגשה כדין על ידי העותרת"[77].

אם ניתנת הדעת למטרה זו, יש להעמיד את מרכז הכובד של ההבחנה על אופי ההליך שהתנהל בבית־הדין ועל תכליתו, ולא על אופן ניסוח ההחלטה. פרשנות דבריו של השופט מ' לנדוי בהלכת שרגאי היא, כי מימצאו של בית הדין בעניין מרדות האשה לא היה צריך לתביעה הישירה שנידונה לפני בית־הדין. מימצאו של בית־הדין לא נדרש עניינית לצורך ההכרעה בעניין הישיר שעמד לפני בית־הדין. המימצא נקבע רק בזיקה לעניין המזונות והוגבל למטרה זו. לזאת לא היה בית־הדין מוסמך[78]. זו ההבחנה הנכונה. כשאין מימצאו של בית־הדין צריך לגוף ההחלטה בתביעה הנידונה לפניו כדין, כגון תביעת שלום בית, בקשה להכרזת מרדות כללית או תביעת גירושין, אין ההכרעה יכולה להוות מימצא המחייב כתוצאת לוואי גם במסגרת תביעת המזונות. כשההחלטה אינה צריכה למעשה אלא לעניין המזונות, אין המימצא יכול להוות מעשה בית־דין.

לאור כל האמור לעיל ניתן לומר, כי בפרשת שרגאי לא עמד מימצאו של בית־הדין במבחנים השני והשלישי, שהובאו לעיל. משום כך, לא מן הדין הוא שיחייב כמעשה בית־דין את בית־המשפט המחוזי במסגרת תביעת מזונות[79].

75. הלכת בן גיגי, לעיל הערה 65, בע' 731ה.
76. פ' שיפמן, לעיל הערה 53, בע' 381 ה"ש 40.
77. הלכת שרגאי, לעיל הערה 52, בע' 492ה.
78. הלכת שרגאי, לעיל הערה 52, בע' 494ז.
79. ספק אם הלכת בן גיגי, לעיל הערה 65, מתיישבת עם מסקנתנו. בפסק־דין זה דחה בית־הדין

4) רביעית, לעיתים החלטת בית־הדין מהווה היא עצמה ומכוחה עובדה משפטית. כאלה הן, למשל, הכרזת מרדות וחיוב לקבל גט. במקרים אלה מהווה החלטתו של בית־הדין כשלעצמה מימצא המחייב את בית־המשפט בעניין הנידון לפניו במסגרת סמכותו. החלטתו של בית־הדין יוצרת מציאות משפטית חדשה המחייבת את כל ערכאות השיפוט כמו גם רשויות אחרות. בשל כך אין אפשרות להתעלם מהחלטת בית־הדין. החובה להתחשב בהחלטה נובעת ממעמדה העצמאי במסגרת סמכותו הייחודית של בית־הדין ואחריותו להסדר המשפטי בתחום הנידון.

הגנה מפני מעשה בית־דין או סתירתו — אימתי?

§16. לאחר דיון זה בשלים אנו לעסוק בשאלה הנוגעת לשלב אחד רחוק יותר: קביעת דרך ההגנה מפני מעשה בית הדין או סתירתו. למטרה זו אנו נדרשים בראש ובראשונה לבחון את המימצאים השונים היוצאים מלפני בית־הדין ולמיינם. אופיָם של המימצאים הוא שונה ונַפקותם אינה אחידה. ניתן למיין את המימצאים הכלולים בהחלטת בית־דין דתי לקטיגוריות שונות.

1) **ראשית**, יש החלטות שגלום בהן מעשה בית־דין, הנועל כליל את הדלת בפני התביעה המתבררת בבית־המשפט. גם החלטות כאלה אינן עשויות מעור אחד.

א) יש מהן העשויות להיות סופיות. הסופיות המאפיינת אותן שוללת כל אפשרות של טענה בדבר שינוי נסיבות. זה גורלה של ההחלטה שאשה התובעת מזונות אינה נשואה לנתבע. דומה הוא המצב המשפטי לגבי מימצא עובדתי 'בלתי חוזר', כגון זינוי האשה.

ב) החלטות אחרות עשויות להיות 'מוחלטות', אך לא 'סופיות'. העדר הסופיות מאפשר את שינוין. המוחלטות, לעומת זאת, קובעת את מסגרת הכוח של בית־הדין שנתן את ההחלטה המקורית, לעומת כוחו של בית המשפט הדן בתביעה החדשה.

כך, למשל, החלטות של בית־הדין, שעניינן הכרזת מרדות של האשה או חיובה בגט, נועלות את הדלת בפני תביעת מזונות של האשה[80] עד להמצאת החלטה אחרת מבית־הדין. בית־המשפט יראה בהחלטת בית־הדין מימצא מחייב שלא ניתן לסותרו לפני בית־המשפט על דרך של הבאת ראיות. שינוי המימצא על דרך של הבאת ראיות יהיה אפשרי רק לפני בית־הדין שנתן את ההחלטה המקורית.

בית־המשפט עצמו ישעה לטענת שינוי נסיבות עובדתי, המכוונת נגד החלטת בית־הדין היוצרת הֶשתק פלוגתא, רק אם החלטתו של בית־הדין איבדה את תוקפה כמעשה בית־דין מטעמים שונים, כגון ויתור. טענה מצד האשה בדבר שינוי נסיבות, המצדיק לדעתה התעלמות מהחלטתו המקורית של בית־הדין היוצרת השתק פלוגתא,

את טענת מרדותה של האשה במסגרת תביעת גירושין. מימצא זה לא הוכר כמעשה בית־דין המחייב את בית־המשפט. לשיטתנו ניתן היה, לכאורה, לסמוך על מימצא זה כמעשה בית־דין. אולם, ניתן גם ליישב את ההלכה עם המבחנים שהצבנו. בעוד במרכז התביעה שהוגשה בבית־הדין עמדה שאלת המרדות, נסבה ההחלטה של בית־הדין על הצדקת הֶעדרה של האשה מן הבית. מימצא זה נוגע לעניין המזונות בלבד (ראה שם בע' 731ה).

80. הלכת מוזס, לעיל הערה 19, בע' 153 — 155; הלכת לוי, לעיל הערה 38, בע' 581.

לא תישמע בבית־המשפט, אלא אם כן המציאה האשה החלטה אחרת, מאוחרת יותר, מבית־הדין.

2) **שנית**, יש מעשה בית־דין שאינו נועל כליל את הדלת בפני התביעה החדשה המתבררת בבית־המשפט. כאלה הן ההחלטות, הכפופות לפי טיבן וטבען לטענת שינוי נסיבות עובדתי שניתן להוכיחו בראיות. כך כאשר המימצא המשמש הֶשתק פלוגתא נוגע למצבם הכלכלי של בני הזוג, לכושר ההשתכרות שלהם או למניעה עובדתית זמנית הנעוצה בהתנהגות הצדדים והניתנת לשינוי עקב ההתנהגות ובגינה[81]. במקרים אלה אם התביעה החדשה תהיה בסמכותו של בית־המשפט יהיה הוא בעצמו רשאי לבחון את המערכת העובדתית החדשה כדי להסיק ממנה על מידת התקפות והרלבנטיות של המימצא הקודם שיצא מלפני בית הדין. העדר הזהות בתשתית העובדתית, אם יימצא, מוציא את העניין מתחום השליטה של השתק פלוגתא במסגרת הכללים של מעשה בית־דין.

לא תמיד ברורה ההבחנה בין סוגי ההחלטות השונות של בית־הדין. לאיזו מן הקטיגוריות תמוין, למשל, החלטת בית־דין המחייבת אשה לחזור לשלום בית עם בעלה?

אם ההחלטה מנוסחת לא באופן אימפרטיבי המטיל חובה, אלא כדחיית טענת הגנה של האשה בהליך מסוים שהתנהל לפני בית־הדין, קל יהיה למיין אותה כמניעה עובדתית התלויה בהתנהגות בלבד.

אם, לעומת זאת, ההחלטה ניתנה במסגרת הליך מתאים, כגון תביעה לשלום בית, והיא מטילה חובה אישית — מתעורר ספק באשר למיונה. מחד גיסא, אין זה מימצא רגיל. זו החלטה המטילה חיוב משפטי על האשה. פסק־הדין יוצר, לכאורה, עובדה משפטית ששינויה מחייב החלטה אחרת מצד בית־הדין. מאידך גיסא, אין זו החלטה קונסטיטוטיבית. ההחלטה משקפת התנהגות תלוית נסיבות. האשה יכולה להוכיח כי מאז מתן ההחלטה השתנו הנסיבות. לפיכך, ביום הדיון כבר לא מוטל עליה שום חיוב משפטי. על דרך מחשבה זו, אין להזקיק אותה להחלטה אחרת של בית־הדין כדי להתגבר על מעשה בית־הדין, שיצרה ההחלטה המקורית.

קרובים אנו לחשוב כי מרכז הכובד של המיון בשלב זה הוא מעמדה של החלטת בית־הדין. רק כאשר החלטת בית הדין מהווה היא עצמה ומכוחה עובדה משפטית היא תשמש השתק פלוגתא מן הסוג שבדרך כלל רק החלטה אחרת של בית־הדין יהא בכוחה להתגבר עליו. כאלה הם, למשל, הכרזת מרדות וחיוב לקבל גט. חיוב אשה לחזור לשלום בית מצלם מצב עובדתי נתון, הוא תלוי נסיבות ו'נזיל'. אין בהחלטה אחרונה זו אותה מידה של קביעות, מצד אחד, ושל קונסטיטוטיביות, מצד שני. הקונסטיטוטיביות היא המתירה לנו להגביל את כוחו של בית־המשפט הדן בעניין שבסמכותו להכריע בדבר נפקותו של מעשה בית־דין ביום הדיון לאור טענה בדבר שינוי נסיבות. החלת מעשה בית־דין — שנוצר בחיקה של ערכאה אחרת על בית־המשפט הרגיל הדן בעניין שבסמכותו — היא חריג. אין להרחיב חריג זה מעבר לנדרש גם לשלב השני ואין להגביל את כוחו של בית־המשפט בדיון במסגרת תביעה הסומכת על שינוי נסיבות.

81. הלכת ג'ראח, לעיל הערה 36, בע' 2667־2668; הלכת מוזס, לעיל הערה 19, בע' 153 — 155; הלכת לוי, לעיל הערה 38, בע' 581.

ולעניין נוסף: השאלות, אם החלטת בית־הדין, מושאו של מעשה בית־הדין, קוימה על ידי הנתבע ובוצעה על ידיו — או סוכלה — ומי אחראי לסיכול, עלולות לפתוח מחלוקות חדשות בשאלת מעמדה של ההחלטה כמעשה בית־דין וליצור קשיים נוספים. עניינים אלה עשויים להשפיע על שאלת עצם ההתחשבות במעשה בית־הדין שיצא מלפני בית־הדין, ועל היקפה. החלטה שבוצעה, או להבדיל שסוכלה, יוצרות מצב משפטי חדש, המחייב הערכה מחודשת באשר למעשה בית־הדין הטמון בהחלטה המקורית. לדעתנו אלה הן שאלות עובדתיות, שניתן להוכיחן לפני בית־המשפט שהתביעה מתבררת לפניו באותם מקרים שיש בהוכחתם כדי להתגבר על מעשה בית־הדין הגלום בהחלטת בית־הדין. אין חובה לפנות אל בית־הדין שנתן את ההחלטה המקורית די לקבוע מימצאים בשאלות המפורטות לעיל, אשר יהא בכוחם להתגבר על מעשה בית־הדין הגלום בהחלטה זו.

ג3) גבולות מעשה בית־דין וחריגיו

החלטה מאוחרת של בית־הדין

§17. ההלכה הפסוקה הגבילה את מעשה בית־הדין הנוצר על ידי בית־הדין — להחלטה שהקדימה את פסק־דינו של בית־המשפט. החלטה מאוחרת, הנסמכת על אותן עובדות שהיו לנגד עיניו של בית־המשפט עובר למתן פסק־הדין, לא תהווה מימצא שבכוחו לשנות את התוצאה המשפטית. זה הדין אפילו המימצא המשוקע בהחלטת בית־הדין נקבע במסגרת סמכותו הייחודית, בעוד שבית־המשפט הכריע בו רק בסמכות האגב הנתונה בידו מכוח סעיף 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984[82]. פסיקתו של בית־המשפט הופכת להיות מעשה בית־דין לצורך העניין שנידון לפניו, ואין בכוחה של החלטה מאוחרת של בית־הדין לשנות מסקנה זו.

אולם, כבר אמרנו כי במקרים מסוימים גם החלטת בית־דין, שניתנה לאחר ההכרעה בבית־המשפט, עשויה להוות מעשה בית־דין המחייב את בית־המשפט והמאפשר, במקרה מתאים, הגשת תביעה חדשה בטענת שינוי נסיבות. זאת, בשני אופנים:

1) כאשר ניתנה החלטת בית־הדין על סמך נסיבות חדשות, שצמחו לאחר ההכרעה בבית־המשפט המחוזי[83].

2) גם כאשר החלטת בית־הדין אינה מבוססת על שינוי נסיבות. זאת, אם ההכרעה בבית־הדין הרבני יוצרת היא עצמה מצב משפטי חדש. דהיינו, כאשר פסיקת בית־הדין יוצרת בעצם ההכרעה השיפוטית עובדה חדשה, שלא היתה קיימת עובר לה[84]. בנסיבות כאלה החלטת בית־הדין עשויה להוות היא עצמה עילה לטענת שינוי נסיבות כלפי פסק־הדין הקודם של בית־המשפט המחוזי.

כבר ראינו בהקשר קודם את הקושי במיון החלטות בית־הדין לקטיגוריה זו. כך, למשל, לא נחשבה הכרזת מרדות מצד בית־הדין למצב חדש, היוצר נסיבה חדשה, שבכוחה להוות

82. הלכת מקיטן, לעיל הערה 54.

83. הלכת גבאי, לעיל הערה 51, בע' 453; הלכת אל־על, לעיל הערה 57, בע' 929; הלכת בלטשטיין, לעיל הערה 55; הלכת מקיטן, לעיל הערה 54, בע' 667.

84. הלכת מקיטן, לעיל הערה 54, בע' 669.

מעשה בית־דין[85]. אולם בעקבות הלכת שרגאי ולאור הערותיו של השופט י׳ כהן שם[86] גורסים מלומדים, כי הכרזת מרדות אכן יוצרת היא כשלעצמה מצב חדש בשל היותה קונסטיטוטיבית[87].

מחלוקת התעוררה בבית־המשפט העליון בשאלה אם החלטת בית־הדין שאשה עוברת על דת היא החלטה קונסטיטוטיבית המהווה עובדה חדשה — אם לאו[88].

אין כנראה ספק, כי פסק גירושין או חיוב לגט מהווה עובדה חדשה. אמנם, אין הפסָק עצמו קונסטיטוטיבי לעניין הגירושין, אולם פסיקה בעניין גירושין מסורה לסמכותו הייחודית של בית־הדין. לצורך תביעת מזונות פסק כזה הוא קונסטיטוטיבי, באשר הוא מפקיע משעה שניתן את חובת המזונות[89]. לעומת זאת, מסופקים אנו בשאלת מיון החלטה המחייבת בעל דין בשלום בית[90].

תחולת דינים שונים באותו עניין בכל אחת מערכאות השיפוט

§18. שאלת מעשה בית־דין נעשית בעייתית, ככל שההבדל בין הדין המוחל בכל אחת מן הערכאות גדול יותר. הֶשתק עילה, או הֶשתק פלוגתא, על בסיס ההכרעה הדתית, עשויים במקרים מסוימים לסכל תוצאות שהמשפט האזרחי חותר להשיגן. אולם, גם בהקשר זה יש לתת את הדעת לתופעות הלוואי, העשויות לנבוע מהפרדה במעשה בית־הדין בכל אחת מן הערכאות, ולסכנה של פיצול סטאטוס.

כך, למשל, נשלל יישום עיקרון מעשה בית־דין כדי למנוע את השפעתו של הדין הדתי על הכרה אזרחית בסטאטוס של נישואין. המערכת העובדתית שעמדה לפני שתי הערכאות היתה זהה. ממילא גם הפלוגתאות, שעמדו להכרעת כל אחת מן הערכאות, היו זהות. בית־המשפט העליון לא ראה בדחיית תביעת מזונות בבית־הדין הרבני, על בסיס נישואין אזרחיים, השתק עילה לגבי תביעת מזונות בבית־המשפט המחוזי[91]. בית־המשפט פסק, כי עילת התביעה בבית המשפט המחוזי היא שונה. בית־הדין הכריע בעילה של נישואין דתיים. בית־המשפט, לעומת זאת, דן בעילה של נישואין אזרחיים — אלה שני מסלולים מקבילים ונפרדים.

בית המשפט הגיע למסקנה זו למרות ההגדרה הרחבה של המונח ׳עילת תביעה׳ לצורך מעשה בית־דין[92]. זהות העילות אינה נקבעת לפי צורת התביעה, אלא לפי מהותה. אין צורך שתהא חפיפה מוחלטת בין כל העניינים העשויים להידון בשתי התובענות, אלא העיקר הוא

85. הלכת מקיטן, לעיל הערה 54, בע׳ 669.
86. הלכת שרגאי, לעיל הערה 52, בע׳ 497ז־498א.
87. ראה י׳ זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה חמישית, בעריכת ש׳ לוין, 1988) 156; א׳ בארי, לעיל הערה 66, בע׳ 391־392.
88. הלכת גרינהאוז, לעיל הערה 61, בע׳ 206ד־ה.
89. ראה לעיל הפסיקה בהערה 62.
90. ראה לעיל פסקה 16.
91. ע״א 173/69 בכר נ. בכר־גולדברג, פ״ד כג (1) 665.
92. ראה הלכת ג׳ראח, לעיל הערה 36, בע׳ 2625ג־ד; ע״א 9/75 אל עוקבי נ. מינהל מקרקעי ישראל, פ״ד כט (2) 477, 480, 481.

שבשתיהן עומדת לדיון אותה סוגייה מהותית[93]. חופש התמרון של בית־המשפט, במסגרת הקביעה מהו ההיקף הלגיטימי של אותה סוגייה מהותית, מאפשר לו הסקת מסקנות על בסיס מדיניות משפטית רצויה, תוך הימנעות מיישום טכני בלבד.

למרות האמור לעיל, פסיקת בית־הדין, המחייבת צדדים לנישואין אזרחיים בגט, מהווה מעשה בית־דין האוצל על פסיקת המזונות בבית־המשפט האזרחי[94]. כאשר החלטת בית־הדין מעוגנת אך ורק בעילת הנישואין האזרחיים, מתלבטת הפסיקה בשאלת נַפקוּתו של מעשה בית־הדין הרבני על הפסיקה האזרחית[95]. גדר הלבטים נעוצה באותו ניגוד שבין האינטרסים השונים[96].

ג4) סיכום

§19. המדיניות, המנחה את בית־המשפט בקביעת היקף תחולתה של הדוקטרינה של מעשה בית־דין מערכאה דתית לאזרחית, היא מניעת מניפולציות על ידי בעלי דין והגנה על הדין המוחל בערכאה האזרחית. בן זוג, אשר הפסיד בדינו בבית־המשפט, עשוי לנסות ולהפוך את הקערה על פיה באמצעות בית־הדין הרבני. במיוחד יש להקפיד בשני מקרים:

הראשון, הגנה על דינים אזרחיים שנועדו למנוע תוצאות שבדין הדתי.

השני, הגנה על הדיון בערכאה האזרחית מפני התערבות בית־הדין, כאשר תוצאת ההתדיינות בבית־הדין אינה מכוונת כלפי עצמה, אלא פוזלת אל הדיון בערכאה האזרחית.

מאידך גיסא, צריך לתת את הדעת למניעת כפילות שבדין ולסילוק תופעות של מעין פיצול סטאטוס. השאלה העומדת לפני המערכת המשפטית היא, באילו סוגיות מוצדק להפריד בין מערכות ההכרעה השיפוטית ולראות אותו עניין עצמו בשתי אספקלריות שונות, בלי לכפות את מרותה של המערכת הדתית על האזרחית. עד היכן מוצדקת ההפרדה לשם מניעת התבטלות ושלילת ניסיונות לשימוש לרעה בסמכויות ובתפר שביניהן.

לגישתנו, כפי שעוד נבססה ונרחיבה בהמשך הדברים (ובעיקר בשער השני), הפיצול בשיפוט, ובעיקר בדין, מחייב אחריות אזרחית לדיני המשפחה. הערכאה האזרחית אינה מתבטלת בפני מימצאי הערכאה הדתית. אחריותה האזרחית של הערכאה מתחייבת מהיותה בעלת סמכות רחבה בדיני משפחה, ומן הצורך בסגירת פערים בין הדין הנוהג למציאות החברתית ולהשקפת העולם. הבעייתיות המשפטית בניתוח מימצאי ההחלטות של בית־הדין, ובמיוחד במיונן, מקשה עוד יותר על איזון האינטרסים. בסופו של דבר, השאלה, אם מימצא מסוים ייחשב כמעשה בית־דין, תלויה בבחינה של הסוגייה הנדונה, באופי ההליך ובמטרתו, לאור המדיניות המשפטית והמסגרת המשפטית המוצעת. לא ייפלא כי סוגייה זו עדיין מגששת את דרכה בסבך האינטרסים הנוגדים ובתוך פסיקה סותרת וחסרת בהירות. כל פתרון מביא בעקבותיו בעיות חדשות לא פחות קשות מאלה שעמדו להכרעה.

93. אל עוקבי, שם שם.
94. לעיל האסמכתאות בהערה 62.
95. הלכת שמואל, לעיל הערה 62, בע' 404־405.
96. ראה להלן פסקאות 80, 340.

3) ברירת השיפוט והשימוש בה הלכה למעשה

§20. ככל שחולף הזמן מחריפה הבעיה של הפיצול בשיפוט, ואמצעי ההמתקה מעטים מדי ורפים מדי מכדי להשתלט על התופעה והשלכותיה. 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 ההתדיינויות בענייני משפחה עולה בהדרגה משנה לשנה, ומספרם של האנשים המעורבים בהם גדל והולך. על־פי נתונים סטטיסטיים, אחד מתוך חמישה עד שישה 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, במספרים אבסולוטיים ולא רק יחסיים, מאז תחילת שנות השבעים. לעומת זאת, מספר הגירושין עולה משנה לשנה. לדוגמא, בעוד בשנת 1975 היה היחס בין גירושין לנישואין זוג גרוש אחד לכל 10.43 זוגות שנישאו, הרי בשנת 1986 היה היחס זוג גרוש אחד לכל 5.92 זוגות שנישאו[97].

המחוקק היה, כמובן, ער למאבק הסמכויות בין הערכאות בעת חקיקת חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953. במועד הצגת הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי־דין רבניים), תשי״ג־1953, לקריאה ראשונה בכנסת נאמר מפי סגן שר הדתות דאז, הד״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 יימצאו רוב עניניי... — בבתי־הדין או בבתי־המשפט״[98].

אכן הגיע הזמן לראות כיצד התפתחו העניינים במשך למעלה מ־35 שנה, ולהסיק את המסקנות המתבקשות מן המימצאים[99].

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 מִפִּי 20 בתביעות מזונות בבתי־המשפט המחוזיים ורק גידול של פי 3.3 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 ה׳כריכה׳.

97. ראה שנתון סטטיסטי לישראל 1987 (מספר 36), לוח ג/1, בע׳ 90.

98. ד״כ 14 (תשי״ג) בעמ׳ 1411.

99. דבריו של ד״ר ז׳ ורהפטיג נאמרו אמנם ביחס לברירת האשה בעניין מזונותיה, בסעיף 4 לחוק השיפוט, אך העיקרון המבוטא בהם יפה גם בקשר לסמכויותיהן של ערכאות השיפוט בעניינים אחרים.

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־997% לטובת בית־הדין, קטן עד שנת 1986 ועמד על כ־60% בלבד לטובת בית־הדין. היחס הולך ויורד באופן הדרגתי במשך השנים[100].

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.

100. הנתונים לקוחים מתוך **סטטיסטיקה משפטית 1960, 1961** (סדרת פרסומים מיוחדים מס׳ 146, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשכ״ג) לוח 19, ע׳ 32; לוח 35, ע׳ 64; **סטטיסטיקה משפטית 1986** (סדרת פרסומים מיוחדים מס׳ 812, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, ירושלים, תשמ״ח) לוח 12, עמ׳ 22; לוח 18, ע׳ 31.
על מגמה זו ראה גם מ׳ דרורי ״סדרי דין חדשים בתביעות למזונות״ **הפרקליט** לא (1977) 317, 337־338.

פרק שני

הלכת ה'כריכה': מירוץ הסמכויות

1) כללי

§21. סעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, קובע כי כל עניין הכרוך בתביעת גירושין יהיה בסמכותו הייחודית של בית־הדין. במשך השנים נוצרו בפסיקה כללים טכניים, מפורטים ומדוקדקים, הקובעים את חלוקת הסמכות ותנאיה לפרטי פרטים ועל־פי דקויות עובדתיות וניסוחיות שונות[1].

הפסיקה קבעה, כי יש שני סוגים מרכזיים של עניינים אשר כרוכים בתביעת גירושין. האחד, עניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת גירושין. בעניין זה, קמה אוטומטית סמכותו של בית־הדין עם הגשת תביעת הגירושין. זה דינה של החזקת ילדים. השני, עניינים אשר נכרכו בפועל ממש בתביעת הגירושין על ידי התובע ונתקיימו לגביהם מבחני ה'כריכה' אשר יפורטו בהמשך. העניינים הניתנים ל'כריכה' בפועל כוללים הן את ענייני המעמד האישי והן עניינים אחרים, שהכרעתם דרושה לשם חיסול יעיל ומהיר של המחלוקות בין בני הזוג.

השיטה הישראלית מעניקה, בעניינים מסוימים ובתנאים שונים, חופש בחירה בין ערכאות השיפוט לבני הזוג המתדיינים. כפי שעוד ניווכח בפירוט בפרקים הבאים פיצול השיפוט גורר אחריו גם פיצול שבדין. כך מוענק לכל אחד מן המתדיינים מרחב של תמרון לשם בחירת הדין המועדף במטרה להשיג את התוצאה הרצויה לו. כל אחד מבני הזוג עשוי לנצל את הברירה על־פי הערכת הסיכויים שלו בכל אחת מערכאות השיפוט בנסיבות הנתונות.

כתוצאה מהלכת ה'כריכה' נוצרת תחרות כפולה בין ערכאות השיפוט השונות:

1. על הלכת ה'כריכה' באופן כללי, ראה א' שינבוים, ב' דון־יחייא, **דיני מזונות** (מזונות אשה, סמכויות), חלק ב (תשמ"ו) 423־531; מ' שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' — הייפסק מירוץ הסמכויות בענייני מזונות בין בית־המשפט המחוזי לבין בית־הדין הרבני?" **עיוני משפט** ב (1972) 719; א' מעוז "'כרוך' זה הכרוך על עקבנו' — על הכריכה בתביעת הגירושין" **עיוני משפט** יד (1989) 101; א' רוזן־צבי "הלכת ה'כריכה' ו'מירוץ הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" **עיוני משפט** יד (1989) 67.

הראשונה, תחרות בין ערכאות השיפוט בעניינים שונים של המעמד האישי המסורים לסמכות מקבילה. הסמכות הכללית בעניינים אלה מסורה כרגיל לבית־המשפט המחוזי. סמכותו של בית־הדין הדתי נקנית רק בהסכמת כל הצדדים המתדיינים. בהעדר הסכמה כזו, הסמכות מסורה לבית־המשפט האזרחי. אולם על ידי כריכת העניינים בתביעת גירושין, תוקנה סמכות השיפוט לבית־הדין הרבני.

השנייה, תחרות בין ערכאות השיפוט לגבי תביעת מזונות של האשה. הכלל הוא, כי ברירת השיפוט בענייני מזונות ניתנה לאשה, כקבוע בסעיף 4 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג־1953. חופש הבחירה מאפשר לאשה לתבוע בבית־המשפט המחוזי, אולם כריכת המזונות בתביעת גירושין מקנה את הסמכות הייחודית בעניין המזונות לבית־הדין. כתוצאה מכך מופקע כוח ברירת ערכאת השיפוט מן האשה. לבעל, מוקנה הכוח לסכל את זכות הברירה של האשה.

חשיבותם של הלכת ה'כריכה' ומירוץ הסמכויות הנובע ממנה הינה בהשפעה המכרעת הנודעת להם על זכויותיהם של המתדיינים. יתר על כן, השוני בדין בין ערכאות השיפוט השונות משפיע בעיקר על זכויותיהן של נשים. בחירת הפורום יש לה, איפוא, השלכות משמעותיות על מעמדה של האשה ועל כוח המיקוח שלה במסגרת הליך הגירושין.

כתוצאה מהלכת ה'כריכה' ודרך התפתחותה בפסיקה, נוצר מצב, לפיו בן זוג המבקש להתדיין בעניין כלשהו בערכאה שיפוטית מסוימת דווקא חייב לנקוט יוזמה, להזדרז ולהגיש תביעה. אם לא יעשה כן ובן הזוג האחר יקדימו יאבד את אפשרות הבחירה של הדין המועדף. בכך יפסיד את היתרון שהתדיינות בערכאה מסוימת עשויה להעניק לו. הלכת ה'כריכה', מובילה, איפוא, למירוץ סמכויות בשיטה המשפטית. היא יצרה תופעות קשות בהתדיינות בין בני זוג בענייני אישות במציאות הישראלית. היא היתה לנטל מכביד על המשפחה ועל רווחתה.

2) מדיניות משפטית

א) מטרת הלכת ה'כריכה' וסיכולה

§22. מטרת הלכת ה'כריכה' היתה הפוכה לחלוטין מן התוצאה שהביאה אליה למעשה. בהלכת ה'כריכה' חתר המחוקק למנוע פיצול דיונים ולגרום להסדר שלם ומשולב, אחיד ויעיל של כל העניינים הטעונים הסדר עם פקיעת קשר הנישואין[2]. בהביאו את הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי־דין רבניים), תשי"ג־1953, לדיון בקריאה הראשונה לכנסת הטעים סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, את טעמי הלכת ה'כריכה':

> "ראשית... פעמים אין הגט יכול להינתן בלי להסדיר את עניין המזונות... שנית... הסדר עניין המזונות הוא לעיתים אחד התנאים והאמצעים למתן גט, כשצד אחד אינו רוצה בכך...

2. למטרת ה'כריכה' ראה בידי"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 666/70 **שלום נ. שלום**, פ"ד כה (2) 701, 706.

> הנימוק השני,... יש לתת לבתי־הדין סמכות בעניין שלם...
> נימוק שלישי,... חלוקת סמכויות.. עלולה לגרום לעיתים 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 הפסק־דין ובינתיים לפשר בין הצדדים ולהשתדל לחפש דרך לדחות את הכרעתם לתקופה מסוימת"[3].

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

ראשית, הואיל ואת ה'כריכה' מבצעים בדרך כלל הבעלים, התובעים גירושין, לא בא מוסד המזונות לידי ביטוי כאמצעי לחץ על הבעל למתן גט. לעיתים פועלת מניעת המזונות כלחץ על האשה, שהיא בדרך כלל, הצד החלש בין השניים. אולם לחץ כזה לא מועיל הרבה לבעל. אשה העורכת את חשבון הרווח וההפסד יודעת, כי לאחר הגירושין היא לא תקבל מזונות וממילא מצבה הכלכלי לא ישתפר. בחשבון הכולל שהיא עורכת, המשקל של מניעת מזונות כלחץ לגירושין הוא קטן.

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

שלישית (ובזה העיקר), הלכה למעשה סוכלה מטרת ה'כריכה' מראשיתה, מעצם בריאתה. הטעם העיקרי לכך הוא המשך הפיצול בסמכות על כל הפגמים שפיצול כזה מביא בעקבותיו[4]. תביעה, שהוגשה בבית־המשפט האזרחי עובר לכריכת עניין מסוים בתביעת גירושין, נשארת בסמכותו של בית־המשפט גם לאחר ה'כריכה'[5]. כתוצאה מכך, כל אחד מן הצדדים מבקש לאחוז בידו ראשונה בערכאה הנראית נוחה לצרכיו והעשויה להגן ביתר שאת על האינטרסים שלו.

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

יתר על כן, ברבות הימים ידעה הלכת ה'כריכה' 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 ה'כריכה' נמצאו, איפוא, מסוכלות כליל.

3. ד"כ 14 (תשי"ג) 1408, 1411.
4. ראה להלן בהמשך.
5. ראה ע"א 104/54 הרניק נ. הרניק, פ"ד ח 995, 996; ע"א 191/57 פנחס נ. פנחס, פ"ד יא 1349.

ב) האסכולות השונות, התגבשות האסכולה המצמצמת וטעמיה

§23. מלכתחילה רווחו אסכולות שונות בבית־המשפט העליון באשר להיקפה של הלכת ה'כריכה'[6]. האסכולה האחת היתה מרחיבה[7], האחרת דגלה בגישה מצמצמת[8]. בסופו של התהליך גברה ידה של האסכולה המצמצמת[9]. בית המשפט העמיד את הלכת ה'כריכה' על מסלול צר ומוגבל.

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 משניה? כיצד לאזן בין שתי ההוראות העשויות להביא לתוצאות נוגדות? המרחיבים מעניקים משקל עודף לסעיף ה'כריכה' 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[10].

זכות הברירה, שהוענקה לאשה בלבד במסגרת סעיף 4 לחוק השיפוט, הוסברה 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 החזק. החוק צריך לדאוג לכך שאנשים יימצאו תמיד במצב של שוויון, ואם הוא רואה שצד אחד מקופח במציאות — הוא צריך לבוא להגנתו יותר מאשר להגנת הצד שאינו מקופח כל כך. לכן, בגלל אי־השוויון הקיים במציאות, נותן החוק זכות זו של בחירה רק לאשה."[11]

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 ה'כריכה'. מגמת

6. על האסכולות השונות בפרשנות הסעיף, ראה י' שילה "חפיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית — המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ב (1972) 646, 656־7, 663.

7. על גישה זו ראה במיוחד אצל י' קיסטר **בהלכת שלום**, לעיל הערה 2, בע' 706. השופט קיסטר מוסיף שם (בע' 707ג): "לפי דעתי אין על בית־המשפט לעודד ריבוי משפטים בין בני־הזוג ולחפש פירושים **דחוקים לסעיף 3** כדי לאפשר לבן־זוג הרוצה בכך להרבות הליכים משפטיים ואף להטריד את בן־זוגו ללא צורך וללא תכלית" (ההדגשה שלי — א'ר'צ'.); כן ראה הלכת **אלכסנדר**, לעיל הערה 2, בע' 740.

8. גישה זו באופן בולט ראה אצל ח' כהן **בהלכת שלום**, לעיל הערה 2, בע' 709.

9. בית־המשפט עצמו מתייחס לכללי ה'כריכה' שקבע כצמצום אפשרויות ה'כריכה', ראה ע"א 246/81 **גוטהלף נ. גוטהלף**, פ"ד לו (4) 673, 679. על מגמת הצמצום, ראה פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 44־45; פ' שיפמן "על פיצול השיפוט בין חביעת מזונות־האשה לבין ענייני נישואין וגירושין" **משפטים** ד (1973) 374, 377; י' שילה, לעיל הערה 6, בע' 659.

10. על הצורך באיזון האינטרסים השונים המשתקפים בסעיף 4 לחוק לעומת סעיף 3 לחוק כדי שלא לרוקן זכות הברירה של האשה, הלכת **וינשטוק**, לעיל הערה 2, בע' 538; בג"צ 552/83 **שליו נ. בית־הדין הרבני האיזורי בירושלים**, פ"ד לח (2) 67, 73.

11. ראה דברי סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, **ד"כ** 14 (תשי"ג) בע' 1412.

הצמצום שנקטה בה ההלכה הפסוקה, בפירושו של סעיף 3 לחוק, לאור האיזון הנדרש עם סעיף 4 לחוק, מתיישבת יפה עם המטרה החקיקתית של סעיף 4.
במבט היסטורי על צמצומה של הלכת ה'כריכה' ניתן לגלות ביטוי של מדיניות משפטית מובהקת, בחלקה גם מוצהרת. התהליך היה הדרגתי. בראשית הדרך רווחה מגמה להעניק להלכת ה'כריכה' את מלוא משמעותה ולהרחיב את סמכות בית־הדין. במשך הזמן הלכה מגמה זו והשתנתה מן הקצה אל הקצה. שכן, בית־המשפט מפעיל טכניקות שונות ודרכי פירוש, לעיתים סבוכות או דחוקות[12], כדי לממש את מדיניותו השיפוטית.

§24. גישתו של בית־המשפט נבעה ממספר טעמים שונים והושפעה, בין היתר, מתהליכים שונים. על אלה מבקשים אנו לעמוד בשורות הבאות:

א) ככל שהתברר כי השגת המטרה שהציב לעצמו המחוקק בהלכת ה'כריכה' היא בגדר מקסם שווא, דעכה ההתלהבות וממילא נעצרה מגמת הפירוש המרחיב והתחיל תהליך הפוך.

ב) בית־המשפט מבקש למנוע שימוש לרעה באמצעי זה של ה'כריכה'. חלק מן המבחנים המצמצמים נועד לוודא, כי ה'כריכה' משרתת את התכלית שנועדה לה, להגן על האשה ועל סמכותו של בית־המשפט האזרחי[13].
בית־המשפט נוכח לדעת כי הלכת ה'כריכה' טומנת בחובה סיכונים לא מעטים למשפחה וליחידיה. היא עשויה להעניק אמצעי להשגת יתרונות בלתי הוגנים דווקא ל'זריז' ול'חוטא'[14]. הרחבתה היא בגדר של שימת מכשול ולא בגדר של התרת סבך.

ג) ככל שנוצרה תבנית של שימוש ב'כריכה' כאמצעי טקטי, נפגע החלש בין בני הזוג. צמצום ה'כריכה' היה בגדר של הגנה על הצד החלש.

ד) בצד כל אלה, לא ניתן להתעלם ממאבק הסמכויות העקרוני בין בית־המשפט לבית־הדין[15]. מאבק זה משפיע על הימנעות מהרחבת סמכות בית־הדין הרבניים על חשבון סמכותן של ערכאות השיפוט האזרחיות.
הוראת סעיף ה'כריכה' הוגדרה על ידי בית־המשפט במקרה אחד כ"מרחיקת לכת"[16]. לפי הלך מחשבה זה יש ליתן 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 המקיים בידו את חזקת הסמכות הכללית[17]. המגמה היא, איפוא, להעמיד את החריג בגבולותיו ולשמר את סמכותו של בית־המשפט עד כמה שאפשר.

12. ראה השופט י' קיסטר בהלכת שלום, לעיל הערה 2, בע' 707.
13. ראה להלן פסקה 25.
14. ראה מ' שאוה, לעיל הערה 1, בע' 725־726.
15. ראה לעיל פסקה 3.
16. ע"א 423/79 צברי נ. צברי, פ"ד לה (4) 242, 246.
17. הלכת שליו, לעיל הערה 10, בע' 73. על מגמה עקרונית כזו בנוגע לסמכות השיפוט של בית־הדין הרבני בכללותה, ראה השופט ברנזון בבג"צ 3/73 כהנוף 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".

ה) יחס בתי־הדין אל ציבור היעד שלו, אל הליך ההתדיינות ואל הרשויות החילוניות, משפיע גם הוא על שופטי בית־המשפט ועל גישת הפסיקה. כך, למשל, נמנעים בתי־הדין מלאזכר את חוקי המדינה. בעקבות זאת הם מביאים על עצמם שובל של טרוניה וביקורת[18]. אין לבטל את השפעתה של הימנעות זו על המגמה המצמצמת של הפרשנות.

ו) בית־המשפט אינו אדיש ואינו יכול להיות שווה נפש לעמדת הציבור כלפי בית־הדין. העובדה, כי ככל שניתנה ברירת שיפוט לציבור הוא הרבה להתדפק על דלתותיו של בית־המשפט ונמנע ככל האפשר מפנייה לבית־הדין[19], עושה את שלה. ההתדיינות בבית־הדין, כאשר סמכותו אינה ייחודית, נתפשת כמי שבאה לשרת את האינטרס הצר של המתדיין, בלי לבחון ביסודיות ותוך רוחב ראייה מספיק את טובת המשפחה או הילדים. בית־המשפט נענה, איפוא, באופן הדרגתי למשאלות הציבור.

ז) משאלות הציבור יחד עם הליכי ההתדיינות בבית־המשפט, הקרובים יותר להשקפותיו של רוב הציבור, והשוני בתוצאות ההתדיינות גרמו אחריהם מגמה מצרה, המאפיינת הליך של סגירת פערים בין הדין הדתי לבין המציאות הישראלית[20]. 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 שמפעיל בית־המשפט הוא, כאמור, יצירת איזון בין סעיף 3 לסעיף 4 לחוק ושמירת ברירת השיפוט של האשה[21].

3) ניתוח הלכת ה'כריכה' ואפיוניה

א) התנאים ל'כריכה', מבחניה וגבולותיה

הגבלת הלכת ה'כריכה' וצמצומה מוצאים ביטויים בתחומים רבים ומגוונים:

§25. **ראשית**, הצבת מבחן ה'כריכה' המשולש: תביעת גירושין כנה, כריכה כדין וכריכה כנה[22]. מטרת מבחן ה'כריכה' על שלוש זרועותיו היא כפולה:

18. ד"נ 23/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כד (1) 792, 809־810.

19. ראה **לעיל** פסקה 20.

20. על סגירת פערים בתחום דיני המשפחה, ראה א' רוזן־צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: 'דיני המשפחה בישראל', דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" **משפטים** טו (1986) 476, 485 ואילך.

21. ראה גם י' שילה, **לעיל** הערה 6, בע' 6־655.

22. על המבחן המשולש, ראה ע"א 118/80 **גבעולי נ. גבעולי**, פ"ד לד (4) 155, 157; ע"א 863/80 **ברורמן נ. ברורמן**, פ"ד לה (3) 729; הלכת **שליו**, **לעיל** הערה 10, בע' 73; הלכת **גוטהלף**, **לעיל** הערה 9, בע' 679, 681. כן ראה מ' שאוה, **לעיל** הערה 1.
על כנות תביעת הגירושין, ראה ע"א 120/62 **מאירוביץ נ. מאירוביץ**, פ"ד טז 2514, 2517; ע"א 279/68 **זילברפניג נ. זילברפניג**, פ"ד כב (2) 953, 954. ע"א 866/75 **שביט נ. שביט** (לא

א) יצירת איזון בשני מישורים: ראשית, איזון בין שמירת זכות הברירה של האשה בענייני מזונות (מכוח סעיף 4 לחוק השיפוט) לבין הכפפתה לשיפוט בית־הדין מכוח כריכת המזונות על ידי הבעל. שנית, איזון בין שמירת סמכותו המקורית והשיורית של בית־המשפט המחוזי לדון בעניינים שונים של דיני המשפחה לבין סמכותו הכרוכה של בית־הדין, המפקיעה את הסמכות מבית־המשפט.

ב) מניעת שימוש לרעה בכלי המשפטי של ה'כריכה'. 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 ה'כריכה' 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 האזרחי. בית־המשפט נותן ביטוי לכוונתו זו כל אימת שעניין של 'כריכה' מתברר לפניו[23]. לאחרונה מצאה כוונה זו ביטוי נוסף, באמצעות החלת עיקרון תום הלב על טענת 'כריכה' המוציאה סמכות מידי בית־המשפט המחוזי[24].

§26. **שנית**, במשך השנים הערים בית־המשפט על מבחן משולש זה, על מרכיביו השונים, כללים טכניים ודרישות, אשר צמצמו עוד יותר את אפשרות ה'כריכה'.

כך, למשל, לא נחשבה בעבר תביעת גירושין לכנה, אם הגירושין נדרשו כחלופיים לתביעת שלום בית[25].

כדי למלא דרישות מבחן כנות ה'כריכה' 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[26].

בתחום זה, של הוצאת המבחן המשולש של הכריכה מן הכוח אל הפועל וקביעת אמות

פורסם, נדפס במלואו אצל א' שינבוים, ב' דון־יחייא, **לעיל הערה 1**, בע' 689); ע"א 181/71 **לריאה נ. לריאה**, פ"ד כה (2) 757, 759.

על כנות ה'כריכה' ראה, 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.

23. ראה, בין היתר, בפסקי־הדין המפורטים **לעיל** בהערה 22 (תחת הכותרת: על כנות תביעת הגירושין).

24. טענת כריכה, המוציאה סמכות מבית־המשפט המחוזי, צריך שתהא בתום לב, ראה ע"א 700/81 **פז נ. פז**, פ"ד לח (2) 736; ע"א 579/83 **זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין**, פ"ד מב (2) 278, 290.

25. הלכת **זילברפניג, לעיל** הערה 22, בע' 954; הלכת **שרגאי, לעיל** הערה 22; בפסיקה קודמת לא נשללה כנות הכריכה בשל טעם זה, ראה הלכת **מאירוביץ, לעיל** הערה 22. ראה א' שינבוים, ב' דון־יחייא, **לעיל** הערה 1, מע' 472 ואילך.

26. לצורך בנקיבת סכום המזונות, ראה הלכת **שרגאי, לעיל** הערה 22; הלכת **זעירא, לעיל** הערה 22. על גובה הסכום הננקב, ראה הלכת **לריאה, לעיל** הערה 22, בע' 759. ברם ראה הלכת **שרפסקי, לעיל** הערה 22, בע' 280, וכן ע"א 384/85 **בן יאיר נ. בן יאיר**, פ"ד לט (4) 775.

המידה שלפיהן יבחן בית־המשפט אם התמלאו התנאים שקבע, בא לביטוי אפיון נוסף של הלכת ה'כריכה': תנועת מטוטלת של פסיקה סותרת.

בשנים האחרונות נסוגו הדרישות הפורמליות, שסממנים של מלאכותיות דבקו בהן, ופינו מקומן לגישה גמישה ונוחה יותר לאפשרות ה'כריכה'. כנות תביעת הגירושין וכנות ה'כריכה' נבחנות על־פי מבחנים מהותיים בנסיבות האינדיבידואליות של כל מקרה.

בראש ובראשונה נתחזקה הקביעה, כי גם אם יוכח במקרה אינדיבידואלי כי ה'כריכה' נועדה לשלול את ברירת הסמכות מן האשה, לא תופקע מבית־הדין הסמכות הכרוכה כאשר תביעת הגירושין היתה כנה[27]. כן נפסק, כי לא כל תביעת גירושין חלופית לשלום בית היא לא־כנה בהכרח. כנות תביעת הגירושין תיבדק באופן מהותי. הבדיקה תיעשה לאור הנסיבות הספציפיות ותבחן את התנהגות בני הזוג[28].

כנות ה'כריכה' תלויה ברצון הכן להתדיין ולא ברצון, ה'מלאכותי' ברוב המקרים, לשלם מזונות[29]. יותר הצורך בנקיבת סכום המזונות המוצע[30]. בקשה לפטור את הבעל הכורך מחיוב המזונות במסגרת ה'כריכה' אינה שוללת את כנות ה'כריכה' אם העמיד הבעל הכורך עילת פטור סבירה מתשלום המזונות[31]. גם בהקשר זה הועדף מבחן מהותי על פני דרישות טכניות ומלאכותיות[32].

יתר על כן, מפסיקה חדשה שיצאה מלפני המשנה לנשיא, השופטת מ' בן־פורת, נובעת מסקנה מרחיקת לכת, שיש בה כדי להרחיב את הלכת ה'כריכה'. לדעתנו, לפי אותה גישה כנות תביעת הגירושין עשויה ברוב המקרים להוות ראיה כמעט מכרעת לכנות ה'כריכה'. שכן, כדברי השופטת:

27. הלכת **שרפסקי**, לעיל הערה 22, בע' 280; הלכת **בן יאיר**, שם בע' 780. ואולם ראה רע"א 347/87 **קפלן נ. קפלן**, פ"ד מא (4) 587 והערה 32 להלן.

28. הלכת **שביט**, לעיל הערה 22.

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

30. הלכת **שלום**, לעיל הערה 2; הלכת **דותן**, שם בע' 4; הלכת **שליו**, לעיל הערה 10, בע' 74. ראה גם הלכת **בן יאיר**, לעיל הערה 26, בע' 781: "אי־ציון סכום מסוים, המוצע כתשלום מזונות בבקשת ה'כריכה', אין בו משום הוכחה על הערך כנות מצד הבעל. אולם הצעת סכום סביר עשויה לעתים לשמש הוכחה פוזיטיבית בדבר קיום הכנות מצד הבעל המציע, ואילו הצעת סכום, אשר בעליל איננו סביר, עלולה להוליך אל מסקנה הפוכה".

31. 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 10, בע' 74.

32. הלכת **בן יאיר**, לעיל הערה 26, בע' 779ז: "ובלבד שמשתכנע בית־המשפט, שהבעל שואף בכנות וברצינות לפתרון קונסטרוקטיבי של שאלת הבטחת מזונות לאשתו".
כן ראה, למשל, הלכת **פיינברג**, שם בע' 836, את עמדת השופט י' כהן לפיה, כאשר מתברר כי האשה מוכנה לקבל גט ללא כל תנאי, עשויה ה'כריכה' של תביעת המזונות שלא להחשב כנה, אם קיים מניע אחר לקיום הדיונים.
ואולם ראה הלכת **קפלן**, לעיל הערה 27, שבה קבעה השופטת מ' בן־פורת, כי הקדמת תביעת גירושין במטרה להקדים ולרכוש סמכות שוללת את כנות כריכת תביעת המזונות (בעוד אין היא שוללת את כנות תביעת הגירושין). לא ברור לנו כיצד ניתן ליישב החלטה זו עם הלכת **שרפסקי**, לעיל הערה 22, בע' 280 (זו קיבלה גושפנקא בהלכת **בן יאיר**, לעיל הערה 26, בע' 781ז), שבה אושרה כנות ה'כריכה' של תביעת מזונות, הגם שנקבע כי נועדה לשלול את ברירת הסמכות מן האשה.

"לאור כנותה של תביעת הגירושין יש, לדעתי, להיזהר בהסקת מסקנה של חוסר כנות בכריכת נושאים הנוגעים והחשובים לתביעה זו, כדי שיתברר יחדיו"[33].

התנאים, אשר נקבעו על ידי הפסיקה כנדרשים כדי להקנות לבית־הדין סמכות כרוכה בענייני רכוש, זהים לאלה אשר נקבעו לצורך כריכת מזונות האשה. אולם דרכי ההוכחה של תנאים אלה שונות זו מזו עקב הנסיבות המיוחדות של כל סוג מקרים[34].

§27. **שלישית**, צמצום נוסף נובע מן הפסיקה המחייבת כריכה מפורשת של חלק הארי של העניינים כתנאי לקניית הסמכות על ידי בית־הדין הרבני[35].

ראוי לציין כי בדיון בכנסת, בעת הבאת החוק לקריאה ראשונה, הטעים סגן שר הדתות, ד"ר ז' ורהפטיג, את חשיבותה העקרונית והמרכזית של כריכת המזונות בתביעת גירושין. מדבריו עולה, כי כריכה כזו מן הדין שתהיה אוטומטית על מנת שתשרת את המטרות שהוצבו לה[36]. אולם מכל רשימת העניינים נותר רק עניין אחד הכרוך אוטומטית בתביעת הגירושין. הפסיקה קבעה שהחזקת ילדים דווקא, היא שתהיה כרוכה אוטומטית בתביעת הגירושין[37]. תביעת מזונות[38], כמו גם תביעות בעניינים רכושיים[39], טעונים כריכה מפורשת[40].

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

34. על הזהות בתנאי ה'כריכה' ובחינת האופן שבו נתמלאו התנאים, ראה הלכת **שביט**, לעיל הערה 22 (טענה בתום לב, כי לאשה אין זכות ברכוש הנכרך, אינה פוגמת בכנות ה'כריכה'); ע"א 617/78 **בן יחזקאל נ. בן יחזקאל**, פ"ד לג (1) 693, 695 (הכחשת זכותה של האשה ברכוש ה'נכרך' אינה שוללת את כנות ה'כריכה'); הלכת **צברי**, לעיל הערה 16, בע' 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 מציין כי באותו מקרה שמדובר בשני פריטי רכוש, ושיש בכל אחד מהם משהו לא שגרתי, נדרשת התייחסות מיוחדת).
הגישה המהותית אמורה בכריכת ענייני מזונות כמו גם בכריכת ענייני הרכוש, ראה הלכת **שביט**, לעיל הערה 22; הלכת **צברי**, לעיל הערה 16. ראה גם א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 106.

35. הלכת **גולדמן**, לעיל הערה 1.

36. ראה **ד"כ** 14 (תשי"ג) 1411.

37. הלכת **וינטר**, לעיל הערה 2, בע' 1467, 1470; וראה עוד, בין היתר, ע"א 184/75 **דויטש נ. דויטש**, פ"ד כט (2) 525; הלכת **שליו**, לעיל הערה 10, בע' 75. בפרשות **דויטש** ו**שליו** נקבע גם, כי בעניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעות גירושין אין להחיל את מבחני ה'כריכה'.

38. על הצורך ב'כריכה' מפורשת של מזונות האשה בתביעת הגירושין, ראה ע"א 246/59 **צור נ. צור**, פ"ד יג 1741; הלכת **וינשטוק**, לעיל הערה 2; ע"א 9/65 **אלג'ם נ. אלג'ם**, פ"ד יט (2) 257; הלכת **שרגאי**, לעיל הערה 22.

39. לגבי הצורך בכריכה מפורשת של עניינים רכושיים, כולל דירת מגורים, ראה ע"א 359/75 **יהלומי נ. יהלומי**, פ"ד לא (2) 25; הלכת **בן יחזקאל**, לעיל הערה 34; ע"א 139/75 **פלדמן נ. פלדמן**, פ"ד ל (1) 263; הלכת **צברי**, לעיל הערה 16; בג"צ 566/81 **עמרני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד לז (2) 1, 6. השאלה, אם עתיד מגורי הצדדים בדירה המשמשת להם בעת הדיון למגוריהם היא עניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו לתביעת גירושין, נשארה בצריך עיון, ראה 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.

40. פירוט מלא של הפסיקה שהתמידה בקו זה בעקביות ראה אצל א' שינבוים, ב' דון־יחייא, לעיל הערה 1, בע' 426 — 427 וה"ש שם.

§28. **רביעית**, הלכת ה'כריכה' צומצמה בדרך נוספת, דהיינו, הוצאת ענייני חינוך הקטינים מכלל החזקת הילדים לצורך הלכת ה'כריכה'. לא זו בלבד שהכריכה האוטומטית הוצרה עד למאד בהיותה מוגבלת להחזקת ילדים, אלא אפילו צמרה של כבשת הרש הזו גוזז. התובע בבית־הדין חייב לפרט במיוחד במסגרת תביעת הגירושין, את עניין חינוך הילדים כתנאי ל'כריכה'[41].

הלכה זו, היוצרת הבחנה בין החזקת קטין לחינוכו, זכתה לביקורת נוקבת בשל המלאכותיות שבה, בשל הקשיים שהיא גורמת ובשל הסיבוכים שהיא מעוררת[42].

לדעתנו, הלכה זו, המחייבת פירוט מיוחד של עניין החינוך במסגרת התביעה כתנאי להקניית סמכות לבית־הדין הרבני, מיוחדת לסוגיית ה'כריכה' 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 הקדימו ותבע את החזקת הילדים בבית־המשפט המחוזי, גם אם לא צוין במפורש בתביעה זו עניין חינוך הילדים.

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

כשם שאין ללמוד משאר הכללים, שנתייחדו להלכת ה'כריכה' (כגון כנות התביעה וכנות ה'כריכה' וכיו"ב), על התנאים הנדרשים לסמכותו המקורית של בית־המשפט המחוזי בענייני המעמד האישי, כך הדבר לגבי הלכה מגבילה זו, שבמרכזה ההבחנה בין סוגיית החזקת ילדים לבין ענייני 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 ה'כריכה', וההבחנה האמורה אף היא בכלל זה, באות למנוע 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.

על מגמת הצמצום הבאה לביטוי באפסקט זה, ראה י' שילה, **לעיל** הערה 6, בע' 659, וכן א' מעוז, **לעיל** הערה 1, בע' 115־116.

41. בג"צ 181/68 **פלורסהיים נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד כב (2) 723; הלכת **שליו**, **לעיל** הערה 10, בע' 75. על החיוב לפרט את עניין החינוך כדי להקנות סמכות כרוכה לבית־הדין, ראה בג"צ 181/81 **מור נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה**, פ"ד לז (3) 94, 100; בד"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.

42. ביקורת על ההבחנה, ראה פ' שיפמן "'טובת הילד' בבית־הדין הרבני" **משפטים** ה (1974) 421, 423. ראה גם השופטת בן־פורת בהלכת **מור**, **שם** בע' 106־107. הרהור מחודש על הלכה זו בלי להכריע בעניין, ראה בדברי השופט מ' אלון בהלכת **נגר**, **שם** בע' 385. על הקשיים ראה גם הלכת **שליו**, **לעיל** הערה 10, בע' 76.

הביקורת המלווה הבחנה 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 בפירוט 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 ועל־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, טומנת בחובה, בדרך כלל, גם את ענייני החינוך. המבחן הוא ענייני: כל שנדרש להכרעה לצורך החזקת הקטין כלול במסגרת התביעה, ואף חינוך ילדים במשמע.

§29. **חמישית**, קיימים עניינים שהוצאו כליל מגדר אפשרות ה'כריכה' וזאת, אפילו תהא ה'כריכה' מפורשת. עם אלה נמנית תביעת הילדים למזונותיהם[43]. הלכה מצמצמת זו נקבעה למרות לשונו המפורשת של סעיף 3 לחוק, שממנה נובע לכאורה, כי ניתן לכרוך גם תביעת ילדים למזונותיהם[44]. יצויין כי בעבר פורש הסעיף כמאפשר כריכה גם בסוג זה של עניינים[45].

§30. **שישית**, 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 שכאשר תביעת הגירושין נדחית, נופלת עמה גם כל תביעה כרוכה[46]. אולם בעוד היד האחת של הפסיקה עוסקת בצמצום, מפרשת היד האחרת של הפסיקה, באותה ערכאה, את המונח 'פסק גירושין' בהרחבה ניכרת. בכך היא מצמצמת את הצמצום[47].

43. הלכת שרגאי, לעיל הערה 22; הלכת זעירא, לעיל הערה 22; ר"ע 627/85 סינה נ. סינה, פ"ד מ (1) 101.

44. ראה דברי הנשיא שמגר בהלכת גבעולי, לעיל הערה 22, בע' 157.

45. ראה, בין היתר, בג"צ 170/56 רחמני נ. רחמני, פ"ד יא 247, 250; הלכת וינטר, לעיל הערה 2, בע' 1465. ראה גם י' שילה, לעיל הערה 6, בע' 661.

46. הלכה זו נקבעה עוד בעבר לגבי החזקת קטינים. בע"א 425/63 מזרחי נ. מזרחי, 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, ראה בג"צ 23/76 נאווי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד ל (2) 514; הלכת יהלומי, לעיל הערה 39; בג"צ 661/77 הבר נ. בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324; הלכת בן יחזקאל, לעיל הערה 34; בג"צ 644/79 גוטמן נ. בית־הדין הרבני, פ"ד לד (1) 443.

השלב הבא של ההתפתחות הוא יישום ההלכה האמורה על תביעת מזונות, ראה הלכת גוטהלף, לעיל הערה 9. על שאלת הרחבת תחולתה של ההלכה על סוגיית מזונות שנכרכו, ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 34, בע' 106 — 107.

47. כדי לעמוד בתנאי שקבע בית־המשפט העליון, לא חייב פסק הגירושין להיות מנוסח קטיגורית בדרך של חיוב גט או כפייתו — די בו שיקבע כי הצדדים צריכים להתגרש, או כי מצווה עליהם

חוסר עקביות זה ומגמות סותרות, בצד החלטות משתנות וסותרות, הינו עוד אחד ממאפייני הסוגייה.

§31. **שביעית**, כפועל יוצא מן הדרישה לכריכת העניינים הנלווים בפסק גירושין נגררה תוצאה מרחיקת לכת יותר. בית־המשפט פסק, כי במקרים שנדחתה תביעת הגירושין על ידי בית־הדין הרבני, יתבטלו פסקי־דין, כולל פסקי־דין למזונות, אשר ניתנו בבית־הדין הרבני במהלך הדיון בעניינים הכרוכים ובמסגרתו. בית־המשפט ער לכך, שיש בהחלטתו משום הוספת נדבך לצמצום הלכת ה'כריכה'. דעת הרוב מתכוונת במפורש להשגת תוצאה זו[48]. מטרת צמצום הלכת ה'כריכה' בהוספת הנדבך האמור היא ברורה. בית־המשפט מבקש לשמור על ברירת השיפוט של האשה. לשם כך הוא סוגר פְּרצה אפשרית שדרכה יסתננו כריכות טקטיות, אשר ישאו פרי בנעילת דלת הסמכות של בית־המשפט המחוזי בפני האשה[49].

להתגרש (הלכת **הבר**, לעיל הערה 46, בע' 329־330) או כל משמעות אחרת של פסק גירושין המקובלת בדין הדתי, כגון כי רצוי לתת או לקבל גט (הלכת **גוטמן**, לעיל הערה 46, בע' 447־448; בג"צ 635/82 **וינברג נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו**, פ"ד לז (4) 253, 258, 260; ע"א 798/82 **נוני נ. נוני**, פ"ד מ (3) 744, 749). הלכות אלה נקבעו אמנם בסוגיית 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, ראה בג"צ 379/80 **פריד נ. פריד (לא פורסם)**.

48. הלכת **גוטהלף**, לעיל הערה 9, בע' 681־682. בניגוד לעמדתו החולקת של הנשיא מ' שמגר. הנשיא, בדעת המיעוט שלו, מסתפק במבחן המשולש של הכריכה ודוחה את הצמצום הנוסף של הלכת ה'כריכה', 'המבחן החדש' כלשונו. לטענתו מבחן זה הוא פתח להתדיינויות נוספות "והשלכתו... על ריבוי ההתדיינות — גלויה לעין" (שם בע' 679). בפסק־דין מאוחר יותר, ר"ע 261/86 **מרידור נ. מרידור**, פ"ד מ (2) 307, מצדדת המשנה לנשיא, השופטת מ' בן־פורת, בדעת המיעוט של הנשיא, אך היא משאירה את השאלה בצריך עיון.

49. היקפה המדויק של הלכת **גוטהלף**, לעיל הערה 9, לא ברור. מה משמעות הקביעה כי פסק המזונות 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 האשה במסגרת זכותה לפי סעיף 4 לחוק השיפוט. עם זאת, אין היא קשורה עוד לבית־הדין שנתן את פסק המזונות, לא בכלל ההמשכיות וגם לא במעשה בית־דין, וממילא תוכל לתבוע את שינוי הפסק בבית־המשפט המחוזי גם בלי ששונו הנסיבות. ג) פסק־הדין מחייב כל עוד לא שונה על ידי הערכאה שתבחר האשה 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 הקטיגורית של בית־המשפט, לפיה "פג מכאן ואילך (ודוק, לא רטרואקטיבית — א'ר'צ') כוחו של החיוב במזונות" (שם בע' 681). לשון זו מחייבת נקיטת הליך חדש מצד האשה כדי שתמשיך להיות זכאית לתשלום מזונות מצד הבעל.

על הלכת **גוטהלף** ראה א' שינבוים, ב' דון־יחייא, **לעיל** הערה 1, בע' 521 — 524.

§32. **שמינית**, נטל השכנוע לקיום מבחני ה'כריכה' ולהוצאת הסמכות מידי בית־המשפט המחוזי הוטל על הטוען לכריכה[50]. גם הלכה מצמצמת זו היא פרי ההתפתחות של העשור האחרון. בעבר רווחה גישה אחרת[51].

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

הסבר חלקי לתופעה זו יימצא בחוסר העקביות של הפסיקה בסוגייה זו ובריבוי הסתירות המאפיין אותה. כפי שכבר הראנו, וכפי שעוד ניווכח בהמשך, הרי בצד המגמה של צמצום הלכת ה'כריכה' קיימת גם פסיקה המרחיבה אותה. הסבר אפשרי אחר לתופעה זו הוא אופין של ההגבלות. חלק מן האפקט של ההגבלות על ה'כריכה', 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 מדוקדק של כתבי טענות והעֲמדה מתואמת של עניינים.

ב) שינויי פסיקה והלכות סותרות

§33. לנוכח שינוי המגמות והצורך בהפעלת טכניקות משפטיות ואמצעי פרשנות לא ייפלא, כי ההלכה עמדה וממשיכה לעמוד, כפי שכבר הראנו במפורט במהלך הדיון בכללי הלכת ה'כריכה' וניתוחם, בסימן של שינויי פסיקה תדירים, חוסר עקביות והלכות סותרות[52]. אי אפשר להתכחש לכך, כי אפילו מגמת הצמצום של סמכות בתי־הדין בסוגיית ה'כריכה' 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 הן. על חלק מן ההלכות עמדנו כבר במהלך ניתוחנו. על חלק אחר ברצוננו להתעכב כאן.

§34. במקרה אחד 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 המשפט העליון העדיף את המשמעות הדתית של המונח ואת הפרשנות הניתנת לו בבית־הדין הרבני[53].

50. הלכת **גבעולי**, לעיל הערה 22, בע' 157; הלכת **ברורמן**, לעיל הערה 22; הלכת **שליו**, לעיל הערה 10, בע' 73; הלכת **בן־יאיר**, לעיל הערה 26, בע' 779.

51. הלכת **ברטל**, לעיל הערה 31; הלכת **פיינברג**, לעיל הערה 31, בע' 833.

52. הלכת **לריאה**, לעיל הערה 22, בע' 759: "לא תמיד קל ליישב בין פסקי־הדין שניתנו בבעיה הנ"ל".

53. ראה הלכת **עמרני**, לעיל הערה 39, בע' 7; הלכת **וינברג**, לעיל הערה 47, בע' 258, 260; ע"א

"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"[54].

§35. במקרה אחר, ההרחבה אינה מוצדקת והיא פוגעת באינטרסים ראויים ומעודדת תופעות בלתי רצויות מצד בית־הדין הרבני.

הכוונה היא לשאלת הנסיבות והתנאים שחוזרת בהם ברירת הסמכות לאשה על תביעה שנכרכה בבית־הדין. כבר ראינו כי דחיית תביעת גירושין מחזירה את הברירה לאשה. אולם מעשה שביום־יום הוא מצד בתי־הדין הרבניים שלא להכריע בשאלת הגירושין, להשאיר את התיק תלוי ועומד, ולהפנות את הצדדים לניהול משא־ומתן 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 אורך 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 ייתן יד לתופעה זו. אולם בית־המשפט העליון נקט עמדה אחרת. במקרה אחד, שבו הופנו בני הזוג למשא ומתן ביניהם, קבע בית־המשפט כי עניין המזונות ממשיך להיות תלוי ועומד לפני בית־הדין[55]. במקרה אחר, בפרשת וועקנין, שבו דחה בית־הדין הרבני את הדיון בתביעות הצדדים ואת ההכרעה בהן "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 להידחות מחמת העדר סמכות (המוקנית לבית־הדין הרבני מכוח כריכת ענייני הרכוש בתביעת הגירושין, כל עוד תיק הגירושין לא נסגר)"[56].

לא זה היה פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו, שעל החלטתו הוגשה בקשת

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.
כן ראה לעיל הערה 47.

54. הלכת עמרני, לעיל הערה 39, בע' 37ג.

55. הלכת שרפסקי, לעיל הערה 22, בע' 280.

56. ר"ע 184/85 וועקנין נ. וועקנין (לא פורסם). לכאורה צעד בית־המשפט במסלול פסיקה שנקבע עוד בעבר. בפסק־דין אחר, ע"א 756/85 יעקב נ. יעקב, פ"ד מ (2) 637, קבע בית־המשפט, כי סגירת תיק בבית־הדין הרבני אינה מחזירה את ברירת השיפוט של האשה. תביעה שלא נדחתה, נמחקה או נתבטלה — נשארת בסמכותו של בית־הדין, אפילו נסגר התיק. אולם מן הראוי לערוך הבחנה בין המקרים. בעניין יעקב, בהבדל מעניין וועקנין, הוגשה תביעת המזונות על ידי האשה במסגרת הפעלת ברירת השיפוט מכוח סעיף 4 לחוק השיפוט, ולא היתה זו סמכות שהוקנתה באמצעות כריכה.

רשות הערעור במקרה אחרון זה. בית־המשפט המחוזי החליט לקבל את בקשתה של האשה ולדון בתביעותיה. וכך נימק בית־המשפט המחוזי את פסק־דינו:

> "יש לראות את החלטת בית־הדין הרבני כוויתור על סמכותו לדון בעניינים שנכרכו בתביעת הגירושין... אין לי עניין בהגדרה פורמלית של מצב התיק כיום בבית־הדין הרבני. ענייני — התיק אינו קיים. כך יש לפרש עמדה מוזרה של בית־הדין המכריז על עצמו שאינו מוכן להכריע בסכסוך בין בני זוג"[57].

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

ההנמקה הפורמלית של בית־המשפט המחוזי נוקטת מבחן ענייני־מהותי בשאלת קיומה, הלכה למעשה, של "תביעת גירושין" לפני בית־הדין הרבני.

המסגרת המשפטית הפורמלית האפשרית שניתן לשבץ לתוכה את פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, היא כפולה. אפשרות אחת היא, לראות את פסק־הדין המחוזי כמבוסס על פרשנות החלטת בית־הדין הרבני כדחייתן של התביעות שהוגשו לבית־הדין. הלכה למעשה, על־פי עמדתו של בית־הדין עצמו, אין שום הליך תלוי ועומד לפניו, שהוא עתיד להכריע בו. האפשרות האחרת היא, לראות את החלטת בית־הדין לאור אופיה ומהותה ובעקבות התוצאות שהיא גוררת בעקבותיה, כביטול משפטי קונסטרוקטיבי של ההליכים הכרוכים שהיו תלויים ועומדים לפני בית־הדין.

והעיקר, המסגרת המשפטית הפורמלית היא רק אמצעי לקיומה של המדיניות המשפטית הראויה. החלטתו של בית הדין הרבני מְפרה את האיזון בין השימוש בברירת האשה לבין הכוח להעניק סמכות כרוכה.

בפסק־דינו בעניין וועקנין אין בית־המשפט העליון פועל להשבת האיזון על מכונו. פסק־הדין מפקיד בידי בית־הדין מפתח קל לשלילת ברירת האשה ללא הצדקה עניינית. מתן גושפנקא שיפוטית על ידי בית־המשפט העליון להחלטות בית־דין רבני, התולות את הדיון המשפטי על בלימה, משאירה את הצדדים בתוך ואקום משפטי.

פסק־דינו של בית־המשפט המחוזי, לעומת זאת, משקף את המדיניות המשפטית הראויה. פסק־דין זה מונע פגיעה בלתי מוצדקת בצד החלש ושולל העמדתו של נשק טקטי בידי הבעל להשגת יתרונות בלתי הוגנים. יוצא, איפוא, כי דווקא הכרעתו של בית־המשפט המחוזי משרתת את המדיניות המשפטית הנקוטה בפועל על ידי בית־המשפט העליון בסוגיית ה'כריכה'.

בית המשפט העליון פותח, אמנם, בפסק־דינו צוהר אפשרי לתקיפת החלטת בית־הדין:

> "יתכן שהמשיבה יכולה לתקוף את החלטתו של בית־הדין... בפני בג"צ בטענה שחרג מסמכותו"[58].

תקיפה ישירה של החלטת בית־הדין בבג"צ עשויה לסמוך על כך, שהנצחת סמכות והעמדת הליכים בתוך 'לימבו משפטי' היא שימוש בלתי נאות בסמכות מצד בית־הדין[59]. אולם

57. ה"פ 324/84 וועקנין נ. וועקנין (לא פורסם).
58. הלכת וועקנין, לעיל הערה 56.
59. על בדיקת בג"צ את אופן השימוש בסמכות מצד בית־הדין הרבני, ראה בג"צ 852/86 אלוני נ. שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 60-61.
על התערבות בג"צ בהחלטות בית־דין רבני, מכוח סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, מטעמי

הפנייה לדרך זו אינה תרופה יעילה ומספקת. היא מחייבת השקעה מיותרת של מאמץ וזמן ומטילה מעמסה כספית נוספת על המתדיין.
המסר המעשי אותו עשוי בית־הדין הרבני לקלוט מהחלטת בית־המשפט העליון הוא עידוד עקיף להתחמקות מהכרעות, להנצחת סמכות ולסחבת בדיונים. כתוצאה מכך, עלול להיראות כאילו תופעות שליליות, בעלות השלכה מרכזית על היחסים במשפחה ועל ההתדיינות בה, מקבלות לגיטימציה מן המוסד המשפטי העליון בשיטתנו המשפטית. במקום לשרש תופעות פסולות, עשויה ההחלטה של בית־המשפט העליון להביא, מבחינת התוצאה המעשית שבה, דווקא להשרשתן.

§36. אנו נוכחים, איפוא, ביתר שאת, כי פסקי־הדין בסוגיית ה'כריכה' מאופיינים בתנועת מטוטלת של החלטות סותרות.
חלק מתנועת המטוטלת ניתן להסביר במעבר ההדרגתי ממדיניות שיפוטית אחת, מרחיבה, למדיניות שיפוטית אחרת, מצמצמת.
הסבר אחר הוא הפרגמטיזם של הסוגייה והקושי הכפול: הן בקביעת מבחנים לגילוי כוונת הכורך והן ביישום האינדיבידואלי.
יתר על כן, כדי להשיג את אחת המטרות המרכזיות של הכללים הפסוקים המגבילים, דהיינו מניעת השימוש לרעה, מוטלת על בית־המשפט חובה להיות עירני וקשוב, הן לדרכי העקיפה המקובלות של הכללים והן לנסיבות האינדיבידואליות. בסוגייה זו מנהל בית־המשפט מרדף בלתי פוסק אחר אכיפת מטרות מדיניותו המשפטית, לנוכח אמצעי ההתחמקות מן הכללים המגבילים שעורכי־הדין מבקשים ולאור דרכי העקיפין שהם מוצאים לעצמם. הדברים חריפים במיוחד בסוגייה זו, הואיל וחלק מן הכללים נושא אופי מלאכותי, ולעיתים גם פיקטיבי, וחלקם גם מאפשר עקיפה פורמלית קלה יחסית. אופי כזה של כללים, מחייב התמודדות מתמשכת והתייחסות רלבנטית מצד בית המשפט חדשות לבקרים.
לעיתים, מה שנדמה כתנועת מטוטלת הוא בגדר של ניסיון 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 מפורמליזם למהות, שנעסוק בה בהמשך.

ג) חוסר הכרעה בשאלות מרכזיות

§37. הליך הפרשנות ההדרגתי, ואולי גם הרצון להשאיר רקמה פרשנית פתוחה, המאפשרת חופש תמרון מסוים לשם השגת מדיניות משפטית רצויה, הותירו עדיין שאלות מרכזיות בחוסר הכרעה. השאלה הבסיסית והראשונית בדבר היקפם של העניינים בני הכריכה נשארה פתוחה בחלקה. המבחן הוא ענייני, נזיל ופתוח: מה נדרש לחיסול יעיל של יחסי בני

צדק ומשום תיקונו של עולם, ראה, בין היתר, בג"צ 202/57 **סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528, 1539; בג"צ 10/59 **לוי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ"ד יג 1182, 1191; בג"צ 637/72 **פריזנד נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד לב (2) 485; הלכת עמרני, לעיל הערה 39, בע' 10; בג"צ 7/83 **ביארס נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד לח (1) 673, 686־687.

הזוג המתגרשים[60]. לא הוכרעה זהותה של הערכאה המוסמכת לקבוע אם התקיימו תנאי ה'כריכה'. משום כך לא ברור לאיזו משתי הערכאות: בית־המשפט או בית־הדין, המִלה האחרונה במקרה של דיונים מקבילים והחלטות סותרות בעקבותיהם[61]. חוסר בהירות שורר גם בשאלת ההשלכה של הלכת ה'כריכה' על תחולת הלכת העיקר והטפל בענייני נישואין[62].

60. הכוונה לאותם עניינים הצריכים הכרעה עקב התרת הנישואין והחייבים להתלוות לאקט הגירושין, ראה הלכת וינשטוק, לעיל הערה 2, בע' 537; בג"צ 207/88 פ'חראלדין נ. בית־הדין הדתי הדרוזי לערעורים, פ"ד מג (2) 760. מצד אחד, נקבע כי אפילו עניינים שאינם ענייני המעמד האישי ניתנים לכריכה, ראה הלכת גולדמן, לעיל הערה 1, בע' 1091. מאידך גיסא, הוכרע כי לא כל סכסוך בענייני רכוש בין בני הזוג ניתן לכריכה, ראה בג"צ 127/64 רייצ'יק נ. בית הדין הרבני, פ"ד יח (3) 337; הלכת פ'חראלדין, שם.
על היקף ה'כריכה', הדעות השונות, הפסיקה ומבחנים מוצעים, ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 34, בע' 101—107. על סוגייה זו בהרחבה, ראה גם א' מעוז, לעיל הערה 1, בע' 107—114.

61. בהקשר אחד אתה מוצא קביעה כי בית־המשפט המחוזי קובע לעצמו את גדר סמכותו, ואין קביעת בית־הדין הרבני יכולה למנוע מן המחוזי סמכות הנתונה לו, ראה 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 הדנות 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 הייחודית 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 שתינתן הוראה לבית־המשפט המחוזי, הפועל על־פי ההלכה הפסוקה, להימנע מלדון באותו נושא עצמו (לאור הקביעה של חוסר כנות)". ראה גם הלכת קפלן, לעיל הערה 27, בע' 588.
בהלכת שביט, לעיל הערה 22, השאיר השופט ח' כהן בצריך עיון את השאלה, האם מימצא של בית־הדין הרבני ישפיע על סמכותו של בית־המשפט המחוזי. דהיינו, האם מימצא של בית־הדין הרבני בדבר כנות הכריכה מהווה מעשה בית־דין (בבחינת השתק פלוגתא) בין אותם צדדים בעת הדיון בסוגייה דומה בבית־המשפט המחוזי. אין ספק כי בג"צ רשאי להתיר את הקשר הגורדי ולהתערב בדיון או בפסיקה של בית־הדין הרבני, כאשר הוא מוצא כי לא התקיימו תנאי ה'כריכה', ולא מולאו מבחני ה'כריכה' שנקבעו בפסיקתו של בית־המשפט העליון.

62. הלכת הטפל והעיקר קובעת כי הטפל הולך אחר העיקר, דהיינו, כי הערכאה המוסמכת לדון בעניין העיקרי מוסמכת להכריע גם בעניינים הנילווים, גם במסגרת דיון בתביעת גירושין כמו במסגרת דיון בתביעה בעניין של נישואין. על הלכת הטפל והעיקר בכלל, ראה בג"צ 642/82 ספדי נ. בית־הדין הדרוזי, פ"ד לז (3) 381; הלכת פ'חראלדין, לעיל הערה 60. כן ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 9, בע' 42—44; 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, 1985) 244—246 והאסמכתאות שם.
שאלת תחולת הלכה זו על בית־הדין הרבני נשארה בצריך עיון בהלכת ברמן, לעיל הערה 53, בע' 235. השופטת מ' בן־פורת נוטה אמנם לתשובה חיובית, לפיה הולך הטפל אחר העיקר בענייני נישואין, כאשר הם נידונים בבית הדין הרבני, אך מעדיפה לא להכריע. על המגמה להכריע בחיוב על שאלה זו בפסיקה, ראה גם בג"צ 49/57 כהן נ. כהן, פ"ד יא 1195, 1197; תשובה חיובית לשאלה נותן מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (תשכ"ה) 371־372. לעומת זאת מסתברת תשובה שלילית לשאלה מדבריו של מ' שאוה, לעיל הערה 1, בע' 722. מכל מקום הוכרע כי, בדרך כלל,

ד) התנועה מפורמליזם למהות

§38. 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 ה'כריכה' 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 לַבחינה המהותית. לאחר שהפורמליזם עשה את שלו, פרץ את הדרך ושירת את התכלית המהותית, ניתן לרכך את המבחנים, להגמיש אותם ולהעמידם בצל התכלית המהותית[63].

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 ה'כריכה'[64]. יישום כזה מטבעו יהיה גמיש יותר ופתוח יותר.

תהליך זה של מעבר למבחנים מהותיים, תחת אלה הפורמליים, אינו מייחד סוגייה זו בלבד. בתקופה האחרונה אנו נוכחים לדעת כי תהליך זה מאפיין גם תחומים אחרים, במיוחד בהקשר של סוגיית הסמכות במסגרת דיני המשפחה[65].

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 להכרזת האשה כמורדת (**הלכת ברמן** הנ"ל).

63. ע"א 693/83 **שמש נ. רשם המקרקעין ת"א — יפו**, פ"ד מ (2) 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".

64. השופט מ' אלון, אגב אורחא, בהלכת **פז**, לעיל הערה 24, בע' 742. על אפשרות השימוש בסעיף 39 לחוק החוזים כמנע נגד טענת חוסר סמכות, ראה הלכת **עמרני**, לעיל הערה 39, בע' 9—10, מפי השופט מ' אלון. כן ראה הלכת **זוננשטיין**, לעיל הערה 24, בע' 290, מפי השופט א' ברק.

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

חלק שני

פיצול הדין: הדיין והדין

כללי

§39. בענייני המעמד האישי בישראל "הדין הולך אחר הדיין"[1]:

> "אין חוק מטריאלי קבוע כמו בשאר ענפי המשפט, אלא הדין מהווה כאן, כביכול, 'פונקציה' של הדיין... זה הוא הקוץ, בהא הידיעה, שבאליית ענייני המעמד האישי ומכאן רוב רובם של הקשיים והסיבוכים אשר המחוקק לא הצליח להתגבר עליהם עד היום הזה"[2].

שיטתנו מורכבת רבדים־רבדים, הן בריבוי דינים דתיים המחלים כל דין על בני עדתו והן בהתנגשות בין דין דתי לאזרחי. במישור האחד, דיני המשפחה בחלקם מתפצלים לפי העדה הדתית או העדר העדה הדתית של בני זוג שונים. במישור השני, על עניין מסוים עשויים לחול בעת ובעונה אחת דינים שונים: א) דין דתי. ב) דין אזרחי טריטוריאלי, המוטל על כל אחת מערכאות השיפוט העוסקות בענייני המעמד האישי. ג) דין אזרחי כללי המחייב את בתי־המשפט גם בהכריעם במחלוקות בין בני זוג, או בדונם בענייני המעמד האישי.

פיצול הדינים מתקיים לא רק בין סוג אחד של ערכאות למשנהו אלא, במובן האמור, גם בתוך הערכאות עצמן, אולם עיקר המשמעות של פיצול הדין הוא תחולת מערכות שונות של דינים בערכאות השונות. גם באותם מקרים שנדמה כי הדין הבסיסי זהה, אין התוצאות אחידות.

בהקשר זה קיימים מספר מסלולים אפשריים:

1. 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".
2. מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (תשכ"ה) 6; ראה גם פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 25־26.

מסלול אפשרי אחד: כל ערכאה עשויה להגיע להחלטה אחרת על־פי דרכה, למרות הזהות בדין הבסיסי. התוצאה מותנית בבחירת הערכאה. בעל הדין אשר עלה בידו להקדים ולבחור את ערכאת השיפוט שבה יתברר עניינו, השעה את סמכותה של הערכאה האחרת. עם זאת, לעיתים עשויה החלטה מסוימת, בעניין שנידון כדין בערכאה הדתית, להוות מעשה בית־דין גם בערכאה האזרחית. בדרך זו תיווצר זהות בדין, הלכה למעשה. על נושאים אלה הרחבנו את הדיבור בחלק הראשון.

מסלול אפשרי שני: החלטות שונות על ידי ערכאות שונות. כל אחת מן הערכאות דנה בעניין ומחליטה בו על־פי דרכה. אולם החלטת בית־המשפט האזרחי, הצועדת במסלול מקביל, הִנהּ בת תוקף למרות החלטה אחרת של בית־הדין הדתי. זה המצב המשפטי במקרים של הכרה אזרחית בנישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל. כך גם ניתן לאפיין מקרים של קידושין פרטיים שנעשו בישראל. על עניינים אלה נרחיב את הדיבור בפרקים הבאים.

מסלול אפשרי שלישי: החלטתו של בית־הדין אינה עומדת במבחנים האזרחיים. כתוצאה מכך, להחלטת בית־הדין אין תוקף. פעמים, שההחלטה בטלה וניתן לתוקפהּ בתקיפת עקיפין[3]. פעמים, שרק עתירה לבג"צ עשויה לגרור אחריה את התוצאות המתחייבות מבטלות ההחלטה[4]. למרות מעמדם המקביל של בתי־הדין הדתיים ושל בתי־המשפט האזרחיים בערכאה הראשונה והשנייה[5], נקבעו עילות הגוררות אחריהן את בטלות ההחלטה של בית־הדין הדתי והמאפשרות תקיפת עקיפין של ההחלטה בבתי־המשפט האזרחיים.

היקף העילות המאפשרות תקיפת עקיפין שנוי עדיין במחלוקת בין השופטים[6]. עם זאת, הלכה פסוקה היא כי חריגה פונקציונלית מן הסמכות[7], התעלמות מהחלטת בית־הדין הרבני הגדול לערעורים[8], הרכב חסר[9] וכן צו שניתן מחוסר סמכות, הבטל מעיקרו[10] — מהווים עילות תקיפת עקיפין.

עדיין שאלה היא, אם מקרים של פגיעה בכללי הצדק הטבעי או התעלמות מהוראת חוק

3. בד"מ 1/81 **נגר נ. נגר**, פ"ד לח (1) 365, 382 — 384, 397 — 400 (השופט מ' אלון), 410־411 (הנשיא מ' שמגר); ע"א 682/81 **פריד נ. פריד**, פ"ד לו (2) 695, 699ה; ע"א 410/85 **חמד נ. חמד**, פ"ד מ (1) 110, 112ז; ע"א 680/84 **שני נ. שני**, פ"ד לט (2) 444, 447ה.
לעניין תקיפת עקיפין כאשר הפגיעה היא בכללי צדק טבעי, ראה גם מ' זילברג, **שם** בע' 178; בג"צ 10/59 **לוי נ. בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו**, פ"ד יג 1182, 1192־1193; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ד (1972) 31, 52 — 56.

4. ע"א 807/77 **סובול נ. גולדמן**, פ"ד לג (1) 789, 793, 796ז; הלכת **נגר**, **שם** בע' 382.

5. פרשת **סובול**, לעיל הערה 4.

6. ראה הלכת **נגר**, לעיל הערה 3, בע' 382 — 384, 397 — 400 (השופט מ' אלון), 410־411 (הנשיא מ' שמגר).

7. עניין זה מוסכם גם על דעתו של השופט מ' אלון, המגביל עד למינימום את אפשרות תקיפת העקיפין, ראה הלכת **נגר**, לעיל הערה 3, בע' 400ב־ג.

8. הלכת **פריד**, לעיל הערה 3, בע' 699ה.

9. הלכת **חמד**, לעיל הערה 3.

10. הלכת **שני**, לעיל הערה 3, בע' 447ה.

טריטוריאלית, המופנית ישירות לבית־הדין, מהווים עילה מספקת לתקיפת עקיפין[11]. בהלכת שני נוסחה עילת תקיפת העקיפין של החלטת בית־דין דתי בדרך רחבה:

> "צו, שניתן מחוסר סמכות, הוא בטל מעיקרו. לא היתה מניעה, לכן, שבית־המשפט המחוזי יתקוף אותו בעקיפין. צו כזה אין צורך לתקפו בהתקפה ישירה בבג"צ"[12].

הלכה זו מאפשרת לכל אחת מן העילות הגוררות אחריהן בטלות מעיקרא של ההחלטה, להסתופף תחת כנפי תקיפת העקיפין של החלטת בית־דין דתי. לדעת הנשיא מ' שמגר, בשני המקרים המפורטים לעיל ניתן לתקוף בעקיפין החלטת בית־דין דתי, באשר פגיעה מסוג זה הופכת את פסק־הדין לבטל מעיקרא[13]. אם נצרף לכך את דברי בית־המשפט בהלכת שני[14], תהיה התשובה לשאלה זו חיובית. כל אחת מעילות אלה נחשבת, כידוע, גם כחריגה מסמכותו של בית הדין, והיא מאפשרת את תקיפתו הישירה של פסק־דין רבני לפני בית־המשפט הגבוה לצדק[15].

מכל מקום, בסוגייה זו של תקיפת עקיפין של החלטות בתי־דין דתיים, לא נאמרה עדיין המִלה האחרונה. סוגייה זו מערבת שיקולים של מדיניות משפטית באשר למערכת יחסי הגומלין שבין ערכאות השיפוט הרגילות לבין בתי־הדין הדתיים, ובאשר לעומק המעורבות השיפוטית האזרחית בהחלטות של ערכאות השיפוט הדתיות.

בפרקים הבאים נמחיש את ריבוי הדינים על היבטיו השונים, וממילא נברר את תופעת פיצול הדין והסתעפויותיו. נייחד לכל אחת ממערכות הדינים שפירטנו כאן פרק נפרד. במהלך הדיון במערכות הדינים השונות יבואו גם לידי ביטוי חלק ממסלולי האפשרויות שפורטו לעיל, או כולם.

11. השאלה, האם פסק־דין של ערכאת שיפוט רגילה ניתן לתקיפה בבג"צ (בתקיפת עקיפין לעומת הערעור שהוא התקיפה הישירה) בעילה של פגיעה בכללי הצדק הטבעי, לא הוכרעה עדיין בפסיקה, ראה בר"ע 19/66 המועצה המקומית אשדוד נ. קבוצת בוני ערים בע"מ, פ"ד כ (2) 666; בג"צ 193/66 המועצה המקומית אשדוד נ. יושב־ראש ועדת השומה שליד מועצת אשדוד, פ"ד כ (2) 670; בג"צ 63/74 סעוד נ. בית־המשפט המחוזי, תל־אביב־יפו, פ"ד כח (2) 37, 41; בג"צ 91/74 גבארה נ. בית־המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו, פ"ד כח (2) 518. כן ראה לעיל הסיפא להערה 3.

12. הלכת שני, לעיל הערה 3, בע' 447ה.

13. ראה הלכת נגר, לעיל הערה 3, בע' 411.

14. הלכת שני, לעיל הערה 3, בע' 447ה.

15. לעניין התעלמות מהוראות חקיקה מחייבת, ראה, בין היתר, בג"צ 187/54 ברייה נ. קאדי בית־הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט 1193; בג"צ 202/57 סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528; ד"נ 10/69 בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7, 15; בג"צ 128/72 נאצר נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד כו (2) 403, 407; בג"צ 181/81 מור נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה, פ"ד לז (3) 94, 107.
לעניין פגיעה בכללי הצדק הטבעי, ראה, בין היתר, הלכת ברייה, שם בע' 1198; הלכת לוי, לעיל הערה 3; בג"צ 32/62 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. בית־הדין השרעי לאיזור עכו, פ"ד טז 1942; בג"צ 295/72 בכר נ. בית־הדין הרבני האיזורי ברחובות, פ"ד כז (1) 568; בג"צ 816/80 גוטהלף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד לה (3) 561, 566־569; בג"צ 7/83 ביארס נ. בית־הדין הרבני, פ"ד לח (1) 673, 682.

פרק ראשון

דינים דתיים — זהות בדין הבסיסי, שוני אפשרי בתוצאות

כללי

§40. מערכת הדינים הראשונה מבין מערכות הדינים השונות[1] החלות על ענייני המעמד האישי, כוללת דינים אישיים־עדתיים או דתיים החלים בכל ערכאה, דתית וחילונית גם יחד[2]. אולם, מן המפורסמות הוא, כי גם במקרים אלה שונה התוצאה בכל אחת מערכאות השיפוט[3]. 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 הדתי המהווה חלק מן המשפט הישראלי הנוהג. תוצאת לוואי מוכרחת מאמצעים אלה היא הפיצול שבדין. נצביע על האמצעים למיניהם ונברר את השפעתם על הדין המוחל בערכאות השיפוט השונות.

1) דיני ראיות וסדרי דין

§41. הטעם הראשון לשוני בתוצאה בין ערכאות השיפוט השונות, למרות הדין הדתי הזהה המוחל בסוגיות שונות — עניינו בשוני בדיני הראיות, בסדר הדין, במדיניות ובגישה השיפוטית המוחלים על ידי בתי־הדין ומיושמים על ידיהם, להבדיל מבתי־המשפט. בית־המשפט פירש באופן צר את המונח 'הדין האישי' בסימן 47 לדבר המלך במועצתו. כתוצאה מכך, הוצאו דיני הראיות של הדין הדתי ממסגרת הוראות הדין המחייב את בתי־המשפט האזרחיים כחלק מן הדין האישי[4].

1. על מערכות הדינים השונות, ראה לעיל פסקה 39.
2. מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (תשכ"ה) 3 ואילך.
3. ע"א 238/53 **כהן ובוסליק נ. היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח 4, 19.
4. ע"א 26/51 **קוטיק נ. וולפסון**, פ"ד ה 1341, 1344; **הלכת כהן ובוסליק, שם.** בסוגייה זו ראה, בין היתר, א' **לבונטין, נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (תשי"ז) 72־76; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ו (1975) 5; I. Englard, **Religious Law**

2) היקף הדין הדתי בערכאה האזרחית ופרשנותו

§42. את הטעם השני לתוצאה השונה בערכאות השיפוט השונות, למרות החלת דין דתי זהה, יש לתלות בהיקפו של הדין הדתי החָל בערכאה האזרחית.
בסוגיות סמוכות (דיני חוזים ודיני קניין, למשל), שאינן כשלעצמן בגדר ענייני המעמד האישי, אך הכרעה בהן נדרשת לשם פסיקת הדין, מוחלות מערכות אחרות ובלתי זהות של דינים על כל ערכאה. בית־הדין כפוף לדין הדתי גם בסוגיות אלה. בית־המשפט האזרחי מחיל, בדרך כלל, את הדין האזרחי בעניינים אלה[5]. תחולה סימולטנית של דינים בסוגיות סמוכות, בצד הדין הדתי בענייני המעמד האישי, משפיעה על התוצאה הסופית.
יתר על כן, שאלה היא, האם בית־המשפט כפוף לפרשנות הדין הדתי על ידי הערכאה הדתית ולפסקים שיצאו מלפני בתי־הדין בעניינים שנידונו לפניהם. באיזו מידה פסקיו של בית־הדין מהווים ביטוי אוטוריטטיבי 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 את הפרשנות שבית־הדין נתן לדין.
מחד גיסא, אין עיקרון התקדים המחייב חל על חלק מבתי־הדין הדתיים, למשל בתי־הדין הרבניים. 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. אם כן, 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 ידיה. בית־המשפט רואה עצמו חופשי לאמץ לעצמו פרשנות עצמאית של נורמה דתית, גם אם היא שונה מזו שניתנה על ידי בית־הדין הדתי, אם הדבר מתחייב מן הנורמות הדתיות המופשטות[6].

3) הרכבת עקרונות וכללים משפטיים אזרחיים על הדין הדתי

הטעם השלישי להבדלים בתוצאה בין הערכאה הדתית לאזרחית מורכב יותר. הוא מתמקד בהרכבת עקרונות וכללים משפטיים חילוניים על הדין הדתי, המוחל בבתי־המשפט.

א' שאקי "צמצום היקף חלותו של הדין הדתי בבתי־משפט אזרחיים" גויליון כא־כב (תשכ"ה) 38; מ' שאוה, **הדין האישי בישראל (מהדורה שניה, תשמ"ד)** 138 — 144. אך ראה ע"א 15/82 **אלמוני נ. פלונית**, פ"ד לז (2) 18; ע"א 761/88 **פרידמן נ. פרידמן**, פ"ד מג (4) 505 (בטענת זינוי כהגנה מפני תביעת מזונות הוחלו דיני הראיות של הדין הדתי). **in the Israeli Legal System** (Jerusalem, 1975) 177-208

5. ראה להלן פסקה 70.

6. ראה בג"צ 359/66 **גיתייה נ. הרבנות הראשית**, פ"ד כב (1) 290, 297; ד"נ 23/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כד (1) 792, 810. כן ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ב (1970) 510, 531 ואילך, ובמיוחד בע' 535.

א) כללי המשפט הבינלאומי הפרטי

§43. 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 באשר למעמדם של הצדדים ולזכויותיהם הממוניות, שעשויה לנבוע מן הדין הדתי החל על הצדדים בעת הדיון. עד היום לא הוכרעה סופית השאלה, מהן זיקות השיפוט (לבד מדינם הלאומי של הצדדים במקום עריכת הנישואין) הנדרשות כדי להכיר בתוקפם של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל[7].

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[8].

כתוצאה ממעורבות רבה זו של בתי־המשפט נוצרה מערכת של הכרה אזרחית בסטאטוס. הגושפנקא הניתנת כאן היא חילונית. נוצרת הכרה אזרחית בסטאטוס, המתקיימת במקביל לסטאטוס המוכר מכוח הדין הדתי, בשיטת משפט שבה דרך המלך של יצירת סטאטוס והכרה בו היא הדין האישי, בדרך כלל הדתי. סטאטוס זה מוכר — למורת רוחו של הדין הדתי, 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 בסטאטוס אזרחי מקנה בד בבד גם אותן זכויות המוסדרות על ידי הדין האזרחי. כפי שנראה עוד בהמשך[9] זכויות מסוימות שמקורן בדין הדתי, למשל זכות המזונות, מוקנות בטכניקה של קליטה מוגבלת מן הדין הדתי. קליטת הדין הדתי היא חלקית ומוגבלת ואף פרדוכסלית. התוצאה הספציפית מוכרעת על ידי המשפט האזרחי באמצעות "הפעלה

7. ראה ע"א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ"ד ח 141; ע"א 173/69 **בכר נ. בכר־גולדברג**, פ"ד כג (1) 665; 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—ם) 495/75 **פרקש נ. פרקש** (לא פורסם); א' לבונטין, **לעיל הערה 4**, בע' 27—43; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ד (1972) 31; י' אנגלרד, **לעיל הערה 4**, מע' 24 ואילך; פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 249—265; מ' שאוה, **לעיל הערה 4**, מע' 144 ואילך; מ' שאוה "על 'נישואי מקסיקו' בישראל" **הפרקליט** לב (1979) 329; מ' שאוה "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' רוזן־צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: 'דיני המשפחה בישראל', דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" **משפטים** טו (1986), 476, 485־486.

8. הלכת **שמואל**, **לעיל הערה 7**, בע' 403; בסוגיית הכרה בנישואי תערובת, ראה עוד בג"צ 143/62 **פונק שלזינגר נ. שר הפנים**, פ"ד יז 225; הלכת **פרקש**, **לעיל הערה 7**, בע' 475־476. ראה גם א' לבונטין, **לעיל הערה 4**, בע' 19—27; פ' שיפמן, **לעיל הערה 7**, בע' 188—197; מ' שאוה "תוקפם של נישואי תערובת בישראל" **עיוני משפט** ה (1977) 526, **עיוני משפט** ו (1978) 14.

9. ראה **להלן** פסקה 80.

פיקטיבית" של הדין הדתי[10], ובניגוד לתוצאה שהיה דין זה מגיע אליה, אילו נמסרה לידיו ההכרעה במלואה.
במקביל לדין הדתי מתקיימת, איפוא, מערכת שלמה של סטאטוס וגילויו, המוסדרים באמצעות דין חילוני בבית־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 הדתי.

ב) פרשנות הוראות חוק לפי ערכי היסוד של החברה הישראלית

§44. תחום שני הוא פרשנות הוראות חוק לפי ערכי היסוד של החברה הישראלית. פרשנות זו, גם אם אינה מטילה בכל מקרה חובה ישירה על בית־הדין הדתי, גוררת אחריה את דחיקת רגליהם של הדין הדתי ושל החלטה אשר ניתנה על בסיסו של הדין הדתי, ומביאה להעדפתה של ההכרעה האזרחית על פני זו הדתית.

§45. דוגמא אחת לכך היא החלת ערכי היסוד על פרשנות סעיף 179 לחוק העונשין, תשל"ז־1977. במסגרת סמכותם של הרבנים הראשיים לאשר היתר נישואין, הניתן לפי הדין הדתי החל על הצדדים, הטיל עליהם בית־המשפט חובה לסטות מן הדין הדתי כדי להגשים עקרונות יסוד חילוניים, דהיינו: תקפות קשר נישואין אזרחי, שנערך בין יהודים מחוץ לישראל, לפי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי[11]. כתוצאה מכך הפך אורגן דתי, הפועל בתחום ענייני נישואין וגירושין הנשלטים על ידי הדין הדתי, לזרוע מבצעת של ערכי יסוד חילוניים. יתר על כן, הרבנים הראשיים חויבו להתחשב בעקיפין בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי החלים על בתי־המשפט, אולם אינם מחייבים את בתי־הדין הדתיים.

§46. לשם מניעת פגיעה חמורה בזכויות הפרט פורשה בצמצום סמכות בית־הדין הדתי, בשמשו כרשות רושמת לצורך פקודת הנישואין והגירושין (רישום). בג"צ הורה להשמיט פסקה מגבילה מתעודת גירושין, האוסרת אשה על "בעלה ובועלה"[12]. בג"צ פירש בצמצום את סמכות בית־הדין הרבני לא רק בתפקידו כרשות רושמת במסגרת הפקודה, אלא גם בסמכויותיו כבית־דין. על בסיס זה הורה להשמיט פסקה מגבילה דומה מ"מעשה בית־דין", היוצא מתחת ידי בית־הדין סמוך לגירושין[13]. בג"צ סבור היה, כי הפסקה המגבילה פוגעת בזכויות הפרט בשני מובנים. ראשית, היא גורעת מכושר החיתון של האשה ושל הצד השלישי, בלי שהצד השלישי היה צד להליך[14]. שנית, היא מפרסמת את דבר הניאוף ברבים כל אימת שיש צורך להציג את תעודת הגירושין וכלפי כל מי שהתעודה מוצגת לו[15]. בשני

10. י' אנגלרד, לעיל הערה 4, בע' 25.
11. בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598; ד"נ 10/69 בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7; ראה גם י' אנגלרד, לעיל הערה 7, בע' 48.
12. בג"צ 212/74 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, באר שבע, פ"ד כט (2) 433.
13. בג"צ 295/72 בכר נ. בית־הדין הרבני האיזורי ברחובות, פ"ד כז (1) 568.
14. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע' 437ז — 438א; הלכת בכר, לעיל הערה 13, בע' 573 — 575.
15. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע' 441ה.

המקרים צומצמה סמכות בית־הדין והוגבלו כוחותיו — לעומת הסמכויות שטען להן כחלק מדין תורה החל עליו והמוחל על ידיו[16].

§47. עניין נוסף הוא פרשנות חוק הדיינים, תשט"ו־1955, במסגרת עקרונות היסוד. בית־המשפט קבע, כי עקרונות היסוד המסדירים התנהגות שופטים, מסדירים גם התנהגותם של דיינים[17].

§48. מקרה קיצוני עוד יותר, הוא פרשנות חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, במסגרת עקרונות היסוד. התחשבות בעקרונות יסוד כאלה בפרשת הקידושין הפרטיים של כוהן וגרושה הביאה להכרה אזרחית, הלכה למעשה, בנישואין אסורים לפי הדין הדתי, בתנאי שהם תופסים בדיעבד על־פי דין זה. בית־המשפט פירש את החוק כך, שעליו להתיישב עד כמה שאפשר עם עקרונות יסוד, דהיינו, במקרה זה, חופש המצפון:

> "הזכרתי דברים אלה על מנת להראות מתוך החוק מתשי"ג עצמו שהשלטת דין התורה על **עריכת** נישואין וגירושין לפי הסעיף 2 אינה זהה עם הפעלה מלאה של כל דיני ההלכה הנוגעים לנישואין ולגירושין... כמו שנרמז בבג"צ 54/55 הנ"ל היה החוק משנת תשי"ג על הסעיף 2 שבו תולדת פשרה. הוא לא בא לפגוע בחופש המצפון המובטח לכל אזרח במדינתנו ולכפות קיום מצוות דתיות על הציבור הבלתי־דתי... עדיין יש להבחין בין כללים הקובעים התנהגות אדם כלפי חברו ואלה הנוגעים בין אדם למקום... שומה עלינו לנקוט פירוש של החוק מתשי"ג שיש בו כדי למנוע סתירה כזאת לעקרונות יסוד של חוק המדינה"[18].

עמדה זו גררה אחריה גם את ההכרעה הבאה, לפיה אין לקרוא את סעיף 2 לחוק האמור כמטיל איסורים שהם דתיים גרידא:

> "בזה אני חוזר אל עיקר הדעה שהבעתי בעניין **גורפינקל־חקלאי**, שאין לקרוא את הסעיף 2 כמטיל איסור, שהינו דתי גרידא במקורו ובמהותו, על כלל היהודים בישראל, כולל גם אלה שבשבילם שמירת איסור דתי אינה עניין של אמונה דתית"[19].

16. בג"צ לא אסר על רושם הנישואין לנהוג על־פי ההלכה בבירור כשרותם של צדדים להינשא. ראה הלכת **פלונית**, **לעיל** הערה 12, בע' 438ד. ממילא יהיה זכאי גם בית־הדין לברר עניין זה בהליך מתאים במסגרת סמכויותיו לבירור שאלת הכשרות לנישואין. ראה הלכת **גיתייה**, **לעיל** הערה 6, בע' 294ה.

17. ראה בג"צ 732/84 **צבן נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מ (4) 141, 151 — 153.

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

19. הלכת **רודניצקי**, **שם** בע' 712, כן ראה **שם** בע' 713, 715, 718; בג"צ 80/63 **גורפינקל וחקלאי נ. שר הפנים**, פ"ד יז 2048, 2068־2069. ביקורת על עמדת בית־המשפט, ראה בע' 727־728 של פרשת **רודניצקי**, בחוות דעת המיעוט של השופט קיסטר; כן ראה בג"צ 29/71 **קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו**, פ"ד כו (1) 608, 611, 612, 613.
על הלכות אלה וניתוח התערבות בג"צ בסוגייה זו, תוך ביקורת משפטית על עמדתו, ראה מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 1493, 1495־1496; י' אנגלרד, **לעיל** הערה 4, בע' 13; ש' אטינגר "בית־הדין הגבוה לצדק — תל־פיות לאסורים בנישואין?" **משפטים** ד (1973) 428; פ' שיפמן, **לעיל** הערה 7, בע' 231.

בית־המשפט לא הסתיר בדבריו, כי הוא נותן הכשר ל'תחבולה' כדי לרכך את חומרתו של הדין הדתי המוחל על ציבור של בלתי מאמינים[20]. 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 הדתי.

בג"צ לא הטיל על בית־הדין הדתי את החובה להכיר בנישואי איסור. אולם הוא נקט אמצעים עקיפים, אשר הביאו להכרה בנישואין אלה, והורה על רישום בני הזוג כנשואים במרשם האוכלוסין. בעשותו כן, נקט אחת משתי הדרכים הבאות[20א]:

א) הסיק את סטאטוס הנישואין מתוכנה של החלטת בית־הדין, שקבע כי על הצדדים להיזקק לגט — אם יבקשו להינשא לבני־זוג אחרים. כל תוספת של בית־הדין בדבר משמעותה של ההחלטה האמורה לא נלקחה בחשבון לצורך הרישום. את פירוש המשמעות של ההחלטה, לצורך ההכרה בסטאטוס של הצדדים לעניין הרישום, השאיר בג"צ לעצמו בלבד.

ב) הסיק מהחלטות שונות של בית־הדין על התחמקותו מן ההכרעה בעניין מעמדם של בני הזוג. התחמקות כזו מאפשרת לבג"צ להפעיל את כוח הפיקוח השיפוטי שלו על בתי־דין דתיים במסגרת סעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה. התחמקות כזו ראה בג"צ בהחלטות שעניינם פסלות עדים בניגוד לתקנת הציבור האזרחית, דחיית הדיון בבית־הדין או הימנעותו של בית־הדין מהכרעה מטעמים של תקנת הציבור הדתית.

בג"צ מילא איפוא את החסר על בסיס כלל יסוד של הדין הדתי בתוספת שיקולי אינטרסים חילוניים, והורה על רישום בני הזוג כנשואים במרשם האוכלוסין, על בסיס הצו המוחלט שיצא מלפניו.

בית־המשפט מפרש אמנם את סעיף 2 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, שבמרכזו עריכת הנישואין. אולם עיקרון־העל הפרשני שבית־המשפט קולט לתחום המעמד האישי, ובמיוחד לענייני נישואין וגירושין, וההבחנה הנופקת ממנו — בין אי־תחולת האיסור הדתי לעומת ההתחשבות בתוצאה המשפטית הנובעת מן האיסור הדתי — משתרעים על הסדר ענייני המעמד האישי בכללותם, ובין היתר, למשל, הוראות סעיף 1 לחוק האמור. אין שום דבר בלשון הכתוב — שום הגיון משפטי ושום הצדקה של מדיניות משפטית, המחייבים את הגבלתם וצמצומם של העקרונות האמורים לתחום המסגרת הפרשנית של סעיף 2 בלבד.

§49. עם זאת יש לזכור, כי הטלת עקרונות היסוד על החקיקה הדתית בענייני המעמד האישי היא עדיין החריג ולא הכלל. גם בפסיקה האחרונה, המרחיבה את הטלת עקרונות היסוד על חקיקה דתית, צוין במפורש, כי זה עניין של פרשנות המושפע ממדיניות משפטית. בית־המשפט מניח הנחה פרשנית, כי המחוקק התכוון להגשים את ערכי היסוד ולא לסטות מהם. למחוקק מטרות כלליות, הם עקרונות היסוד, שבהגשמתן הוא חפץ במסגרת

20. הלכת גורפינקל וחקלאי, לעיל הערה 19, בע' 2069; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 18, בע' 712.

20א. הלכת רודניצקי, לעיל הערה 18; הלכת קידר, לעיל הערה 19; בג"צ 275/71 כהן נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב, פ"ד כו (1) 227.

כל חוק. אולם ההנחה ניתנת לסתירה. עקרונות היסוד הם יחסיים. כאשר מוכחת מטרה־למעשה נחושה הגלומה בחוק זה או אחר, והסותרת עיקרון מסוים או אינה מתיישבת עמו, תיסתר ההנחה הפרשנית. עיקרון היסוד נדחה מפני התכלית החקיקתית המיוחדת לחוק. המטרה הספציפית שלהגשמתה חוקק החוק, ושאותה ביקש המחוקק להשיג, עדיפה על פני עיקרון יסוד שאינו יכול להתיישב עמה[21].

ניתן אמנם להניח, כי הרחבת המעורבות השיפוטית, המטילה את ערכי היסוד על חקיקה דתית, תחלחל גם לענייני המעמד האישי, אולם החדירה תעשה בהדרגה ובזהירות ותימנע מלחצות גבולות מסוימים. לעיתים הדין הדתי יוצא מנקודת מוצא שונה בתכלית. חלק מן החקיקה הדתית בענייני המעמד האישי אינו ניתן להגשמה, אם אוסרים אותו בכבלי עקרונות יסוד מסוימים.

במיוחד ייעשה ניסיון למצוא הסדר מעשי, אשר ישיג איזון אופטימלי בין האינטרסים השונים (עקרונות היסוד מזה והמטרה הספציפית מזה). על הרשות להגיע, ככל שניתן הדבר, להסדר מאוזן, שיש בו פגיעה מינימלית בעקרון יסוד מסוים, מחד גיסא, עם הגשמת המטרה החקיקתית הפרטיקולרית, מאידך גיסא[21א].

ואכן, במקרים רבים סירב בית־המשפט לפרוץ את גבולות הדין הדתי ונמנע מאכיפת ערכי היסוד על הסדרים משפטיים הנידונים על־פי הדין הדתי.

כך נשלל חופש הבחירה של השתייכות דתית, לעניין השיפוט בענייני המעמד האישי, שלא בדרך של המרת עדה[22].

בית־המשפט נתן ביטוי לגבולות המעורבות השיפוטית לסגור את הפער בין הדין הדתי לערכי היסוד של החברה הישראלית ה'חילונית', כאשר "ברור מעל לכל ספק רצונו של המחוקק"[23].

כך נמנעה ההכרה בנישואי קומון־לאו של זוגות בני עדות דתיות שונות (נישואי תערובת) בישראל[24].

כך גם השלים בית־המשפט האזרחי עם שלילת תוצאות ממוניות של נישואין אזרחיים במקרה של חיוב האשה בגט כשהעניין נידון כדין בבית־הדין הרבני[25].

21. בג"צ 153/87 **שקדיאל נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221; בג"צ 953/87 פורז נ. **ראש עירית תל־אביב**, פ"ד מב (2) 309. פסקי־דין אלה עניינם מעורבות שיפוטית־חילונית בבחירת מוסדות דתיים־ממלכתיים וזו כורכת את זכות הבחירה והחיבחרות של נשים למוסדות אלה. וראה השופט מ' זילברג בהלכת **פונק שלזינגר**, לעיל הערה 8, בע' 238.
על מעמדם של עקרונות היסוד, ראה עוד א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) 361—363 והאסמכתאות שם; א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם" **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 129, 134—137 והאסמכתאות שם. על סגירת הפערים בין הדין הדתי למציאות החברתית ויחסה לעקרונות היסוד, מצד אחד ולגבולות העשייה השיפוטית, מצד שני, ראה להלן פסקאות 350—379.

21א. הלכת **פורז**, שם בע' 336־337.

22. ע"א 450/70 **רוגוזינסקי נ. מדינת ישראל**, פ"ד כו (1) 129, 134.

23. הלכת **רוגוזינסקי**, שם בע' 134־135, 136־137.

24. ע"א 373/72 **טפר נ. מדינת ישראל**, פ"ד כח (2) 7, 13, 15־16.

25. ע"א 571/69 **כהנא נ. כהנא**, פ"ד כד (2) 549, 557: "כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל אך אין בידי להושיע".

בפסק־דין עקרוני הכשיר בית־המשפט הגבוה לצדק את מדיניות שר הדתות להימנע מהכרה ברבנים רפורמים כרושמי נישואין לצורך פקודת הנישואין והגירושין (רישום). בית־המשפט נתן גושפנקא, מי כחובה ומי כרשות, למדיניות הנקוטה על ידי שר הדתות, לקבל את חוות דעת הרבנות הראשית לישראל על כשרותו של רב לשמש כרושם נישואין. על ידי כך נשללה אפשרות עריכת נישואין בישראל, על־פי הגישה הרווחת בזרמים השונים ביהדות שאינם אורתודוכסים[25א]. הכרה ברושמי נישואין מן הזרם שאינו אורתודוכסי היתה עשויה לפתוח פתח לעקיפת איסורי חיתון, ואף לקלוט בדרך עקיפה סוג מסוים של נישואין אזרחיים.
במסגרת דעת הרוב בפסק־דין זה קיבל המונח 'דין תורה' את המשמעות המקובלת בקרב הציבורי האורתודוכסי, ובעיקר כמקובל אצל הרבנות הראשית לישראל, המוסד המוסמך למטרה זו.

ג) החלת כללי המשפט המנהלי

§50. תחום אחר הוא פרשנות חוקים הנוגעים למרשם אוכלוסין, בהקשר של רישום המעמד האישי[26], וחובותיהן 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.
החלת חובות מן המשפט המנהלי על בית־הדין הדתי צמצמה את גבולות סמכותו. בית־המשפט הטיל את כללי הצדק הטבעי כחובה על בתי־דין דתיים. הפרת החובה גוררת אחריה, בדרך כלל, את בטלותה של הפסיקה הדתית[27]. במסגרת זאת קבע גם בית־המשפט, כי אין בית־הדין רשאי להוציא צווים המכוונים כלפי צדדים שלישיים, הפוגעים בזכויותיהם או המגבילים זכות מזכויותיהם, או הגורעים מהן בלי

"שהיו צד... הוזמנו והורשו להביא ראיותיהם ולהשמיע טענותיהם"[28].

הגבלת סמכותן של הרשויות הדתיות וצמצום נפקותן של קביעות בעניינים דתיים עוברים, לעיתים קרובות, דרך המשפט המנהלי. במקום להתייצב ישירות מול הפסיקה הדתית והתוצאות הדתיות של פעולות שונות — מעדיפה שיטת המשפט הישראלית, מטעמים מובנים, להגיע למסקנה המשפטית בעקיפין באמצעות בתי־המשפט ובדרך של החלת כללי המשפט המנהלי.
על גבו של פקיד המרשם במשרד הפנים חרשה הפסיקה, העמיקה מַעניתה. פרשנות מצמצמת של חקיקה אזרחית, כגון חוקי המרשם, אוצלת על סמכותן של רשויות דתיות.

25א. בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ. שר הדתות, פ"ד מג (2) 661.

26. חוק מרשם אוכלוסין, תשכ"ה־1965.

27. ראה בעניין זה, בין היתר, בג"צ 187/54 ברייה נ. קאדי בית־הדין השרעי המושלמי, עכו, פ"ד ט 1193, 1198; בג"צ 10/59 לוי נ' בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב, פ"ד יג 1182; בג"צ 32/62 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. בית הדין השרעי לאיזור עכו, פ"ד טז 1942; הלכת בכר, לעיל הערה 13, בע' 573 — 575; בג"צ 816/80 גוטהלף נ. בית הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד לה (3) 561, 566 — 569; בג"צ 7/83 ביארס נ. בית־הדין הרבני, פ"ד לח (1) 673, 682.

28. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע' 437־438.

תוך שימוש באמצעים אלה, בין היתר, הגיע בית־המשפט למסקנות מרחיקות לכת. כך הוכר בבית־המשפט האזרחי סטאטוס שהדין הדתי אינו חפץ ביקרו.

במקרים מסוימים פירש בית־המשפט חקיקה המופנית אל רשויות דתיות או המסמיכה אותן לעשות פעולות מסוימות, כמשרתת תכלית חילונית וכמטילה חובות חילוניות הלקוחות מן המשפט הציבורי. כתוצאה מכך, פורשו בצמצום כוחותיהן של רשויות דתיות. במקרים אלה נדחה הניסיון לפרש את סמכותן של רשויות דתיות בכפיפות להלכה ובהתאם לדין הדתי המעניק להן כוחות רחבים.

כפיפותן של רשויות דתיות לכללים המגבילים של המשפט הציבורי, כגון, עיקרון החוקיות ועיקרון דלי״ת האמות של המטרה, מצמצמת את היקף סמכותן ומגבילה את כוחותיהן בתחומים המשפיעים על תוצאות שונות בעניינים דתיים. כך, למשל, הורה בג״צ להשמיט פסקה מגבילה מתעודת גירושין, האוסרת אשה על ״בעלה ובועלה״[29]. בג״צ לא התחשב בטענת בית־הדין, כי ההלכה מחייבת לציין את האיסור בתעודת הנישואין. בעשותו כן, קבע בג״צ כי על בית־דין רבני, המשמש רשות רושמת לפי פקודת הנישואין והגירושין (רישום), מוטלת חובה חילונית במסגרת מטרה חילונית שהפקודה מסדירה אותה:

> ״העובדה שהחובה הוטלה על רשות דתית... אינה הופכת את העניין לעניין שבהלכה״[30].

במסגרת פרשנות הפקודה החיל בג״צ על בית־הדין הרבני את העקרונות המגבילים של המשפט המנהלי: עיקרון החוקיות ועיקרון דלי״ת האמות של המטרה[31]. בג״צ גם פירש במקרה זה את הסמכות המוענקת לבית־הדין, בשמשו כרשות רושמת לפי הוראות הפקודה, בצמצום ובאופן דַווקני. נאסר רישומה של תוספת כלשהי בתעודת גירושין[32]. מדיניות משפטית, של הגנת ערכי היסוד וצמצום נפקותם של עניינים דתיים, מכתיבה לעיתים דווקא פרשנות דַווקנית, מילולית או טכנית, לשם השגת המטרה הראויה. כך נעשה במקרה זה לגבי פקודת הנישואין והגירושין (רישום). וכך נעשה במקרה זה, כמו במקרים אחרים הנוגעים לעניינים דתיים[33], שחלקם יידונו להלן, גם לגבי חוקי המרשם.

בעניין אחר, קבע בית־המשפט כי תעודה ציבורית של רשות, מקומית או זרה, המעידה על עריכת הנישואין, מחייבת את פקיד המרשם. בדיקת תוקפם של הנישואין והקביעה אם נתקיימה זיקה מספקת של הצדדים למקום עריכת הנישואין, אינן עניינו של פקיד המרשם במסגרת סמכויותיו על־פי חוקי המרשם. כך לגבי נישואין אזרחיים, כולל נישואי תערובת, שנערכו מחוץ לישראל[34]. לגבי רישום קידושין פרטיים נקבע, כי החלטת בג״צ מהווה תעודה מספקת למטרה זו[35].

29. הלכת פלונית, לעיל הערה 12.
30. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע׳ 438.
31. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע׳ 440.
32. הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע׳ 439 — 441.
33. ראה בג״צ 230/86 מילר נ. שר הפנים, פ״ד מ (4) 436, שעניינו הגבלות על רישום פרטים (תוספת לרישום הלאום) במסגרת חוק מרשם אוכלוסין, תשכ״ה־1965.
34. ראה הלכת פונק שלזינגר, לעיל הערה 8.
35. ראה הלכת רודניצקי, לעיל הערה 18, בע׳ 718; הלכת קידר, לעיל הערה 19.

בדרכים אלה הוכר, לצרכים מסוימים ובעקיפין, סטאטוס חילוני. פקיד המרשם חויב לרשום כנשואים בני זוג, שדינם האישי אינו מכיר בהם ככאלה, או שהוא נמנע מלהעניק להם סעד העשוי לגרור אחריו רישום סטאטוס זה.

יתר על כן, החלטה מפורשת של בית־הדין הרבני שלא לרשום את מעמדם האישי של פסולי חיתון (כוהן וגרושה), שערכו קידושין פרטיים, אינה מחייבת את פקיד המרשם. בג״צ קבע, כי המבחנים לרישום מעמדם האישי של צדדים הם אזרחיים. 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 זו[36]. לבית־המשפט האזרחי הגדרה משלו לעניין הסטאטוס של נישואין לא רק לעניין הרישום, אלא גם לצרכים שונים אחרים של הדין האזרחי[37]. בית־המשפט קובע את קווי המתאר האזרחיים של ההגדרה. בית־הדין הרבני או הדין הדתי יוצק תוכן על בסיס קווי מתאר מוגדרים מראש.

§51. בפרשת הקידושין הפרטיים הוחלו כללי המשפט המנהלי באשר להפעלת שיקול דעת של בג״צ. ביסודה של הסוגייה מונח ׳עניין של נישואין׳ הנידון בשיטתנו המשפטית לפי דין תורה. דין תורה סיפק לבית־המשפט האזרחי את הבסיס המשפטי הנדרש להכרה בנישואין אלה למטרות שונות. לעומת זאת, המניעה של בית־הדין הרבני להכרה בקידושין אלה, שבמרכזה הפסול הדתי שבמעשה והחשש מפני הענקה של לגיטימציה משתמעת, נעקפה על ידי בית־המשפט האזרחי, בין היתר באמצעות כללי המשפט המנהלי. חלק הארי של האינטרסים המוגנים, אשר הוצגו בבית־המשפט, נשקלו על ידיו, שוקללו ואוזנו, הם אזרחיים ולא דתיים. במרכז הדיון עמדו אינטרסים, כגון: התחום הלגיטימי של הפגיעה בחופש הדת והמצפון של הפרט, היענות למצוקות הפרט והגנה על חופש הנישואין, הסדר הציבורי התקין, ודאות הסטאטוס וארגון המִנהל. בג״צ ערך הבחנה בין האינטרסים השונים בהקשרים שונים, ובסופו של תהליך השקלול והאיזון הפעיל את שיקול דעתו כבית־משפט מנהלי[38].

על רקע זה ניתן להבין את נכונותו של בג״צ להתערב ולהעניק סעד במקרה של קידושין פרטיים לפסולי חיתון — לעומת חוסר נכונותו לעשות כן במקרה של קידושין פרטיים לפנויי חיתון. מבחינת הדין הדתי, הבחנה כזו היא לא רק מחוסרת שחר, אלא אף פרדוכסלית. ההבחנה האמורה יוצרת מציאות, לפיה מקל המשפט הישראלי דווקא עם מי שמבחינה דתית הוא בבחינת חוטא (קידושין פרטיים של פסולי חיתון), ומחמיר עם מי שמבחינה דתית

36. הלכת כהן, לעיל הערה 20א.

37. המונח ׳בן זוג׳ בחוק הירושה, תשכ״ה־1965, מתפרש על־פי עקרונות חילוניים. הפניה לדין הדתי היא הפניית עובדה בלבד. הדין הדתי ממלא את החללים הריקים שהמשפט האזרחי קצב לו, דהיינו: האם בן הזוג זקוק לגט כדי להינשא מחדש, אם לאו. המסקנה בדין הדתי לגבי הזכות או החובה אינה נקלטת במשפט האזרחי בהקשר זה. ראה ע״א 603/65 **פלדמן נ. פלדמן**, כ (2) 465; ד״נ 14/16 **פלדמן נ. פלדמן**, כ (4) 693; ראה גם פ׳ שיפמן, **ספק קידושין במשפט הישראלי** (תשל״ה) 118, 122; י׳ אנגלרד, **לעיל הערה 4**, בע׳ 19. תוכן זהה של המבחן לשאלה מהם נישואין אומץ גם לצורך רישום הקידושין הפרטיים של פסולי חיתון, כאמור לעיל.

38. הלכת **גורפינקל וחקלאי**, לעיל הערה 19; הלכת **רודניצקי**, לעיל הערה 18; בג״צ 130/66 **שגב נ. בית־הדין הרבני האיזורי, צפת**, פ״ד כא (2) 505. ראה גם פ׳ שיפמן, **לעיל הערה 7**, בע׳ 238־239; א׳ רוזן־צבי, **לעיל הערה 7**, מע׳ 488 ואילך.

חטאו קל יותר (קידושין פרטיים של פנויי חיתון). אולם, בין חומרת העבירה שבדין הדתי והפסול הדתי שבקידושין הפרטיים לבין האינטרסים החילוניים שהכריעו את הכף, אין יחס ישיר.

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 הדתית. האינטרסים החילוניים הם שהכריעו את הכף, לאחר שהונחה התשתית המשפטית; לפיה, אין התנגשות חזיתית עם מה שנראה בעיני בג"צ הדין הדתי המהותי. באשר לפסולי חיתון, הנעדרים אלטרנטיבה של ממש להגשמת חופש הנישואין שלהם בישראל, הכריעו את כף שיקול הדעת של בג"צ לכיוון הענקת הסעד — האינטרסים של היענות למצוקות הפרט, הגנה על חופש הנישואין וודאות הסטאטוס. באשר לפנויי חיתון הזכאים לחופש נישואין עקרוני בלתי מופרע במשפט הישראלי, הכריעו את כף שיקול הדעת של בג"צ לכיוון שלילת הסעד, סיווג העניין בנסיבות המשפט הישראלי בתחום הלגיטימי של הפגיעה בחופש הדת והמצפון של הפרט, הסדר הציבורי התקין וארגון המִנהל. דלתות הבג"צ לא נפתחו לרווחה לפני המאבק האידיאולוגי העקרוני שהניחו פנויי החיתון לפתחו. באמצעות המשפט המנהלי ניתן היה לעקוף לא רק את הדין הדתי המגביל והמחמיר, אלא גם את ההתמודדות החזיתית והישירה של בית־המשפט עם הבעיה האידיאולוגית העקרונית של הנהגת נישואין אזרחיים בישראל.

§52. כללי המשפט המנהלי הוחלו גם על הרבנים הראשיים במסגרת אישור, לפי סעיף 179 לחוק העונשין, תשל"ז־1977, של היתר נישואין הניתן לפי הדין הדתי החל על הצדדים[39]. סמכות האישור היא "פרי יצירת המחוקק החילוני"[40]. העובדה שהרשות המוסמכת היא רשות דתית אינה הופכת את העניין לעניין שבהלכה, המתיר לרבנים הראשיים לפעול במסגרת ההלכה בלבד. הרבנים הראשיים כפופים לדין החילוני, והם פועלים במסגרת המטרה החקיקתית של דין זה. ועד כדי כך הגיעו הדברים בעניין זה, שבית־המשפט הטיל, הלכה למעשה, באמצעות המשפט המנהלי חובה עקיפה על הרשויות הדתיות להתחשב בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, שבתי־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. המניעה נעוצה בהכרה המוענקת לנישואין אלה על ידי המשפט האזרחי מכוח כללי המשפט הבינלאומי הפרטי[41].

§53. פרשנות סעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, הטילה מגבלות על בית־הדין הרבני בנקיטת אמצעים לכפיית גט. בית־המשפט קבע כי מנגנון הפיקוח הכפול, המנהלי והשיפוטי, שיצר המחוקק על אמצעי כפיית הגט — מצמצם את שליטת בתי־הדין הדתיים על אמצעי הכפייה, המסורים לידיהם מכוח הדין הדתי השולט

39. הלכת שטרייט, לעיל הערה 11; הלכת בורונובסקי, לעיל הערה 11.
40. הלכת בורונובסקי, לעיל הערה 11, בע' 27; הלכת פלונית, לעיל הערה 12, בע' 439א.
41. הלכת שטרייט, לעיל הערה 11; הלכת בורונובסקי, לעיל הערה 11.

על ענייני הגירושין במשפט הישראלי הנוהג[42]. 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 נישואין האסורים מטעמי פולחן דתי (נישואי כוהן וגרושה). על משמעות ההלכה בהקשר הרחב, נרחיב את הדיבור בהמשך.

ד) תקנת הציבור

§54. תחום נוסף הוא שימוש בתקנת הציבור החילונית בהקשרים שונים של ענייני המעמד האישי, והעדפתה על פני תקנת הציבור הדתית. טכניקה משפטית כזו, גוררת אחריה העדפה של ערכים חברתיים חילוניים על פני אלה הדתיים המשוקעים למעשה בדין הדתי. בעניינים שונים מפרק בית־המשפט את הדין הדתי לגורמיו ומְנפה, הלכה למעשה, חלק מהערכים הבסיסיים של הדין הדתי מהמשפט הנוהג בישראל בבתי־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.

§55. מטעם זה, בין היתר, ניפה בית־המשפט את החלק האיסורי (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, והנמנעת ממתן תוקף לאיסור דתי־פולחני של קידושי כוהן וגרושה[43].

> "הוא (בית־הדין) נהג כך על מנת להגשים את האיסור הדתי על נישואי כוהן 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"[44].

42. בג"צ 54/55 **רוזנצוייג 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.

43. **הלכת רודניצקי, לעיל הערה 18**, בע' 713—716; **הלכת קידר, לעיל הערה 19**, בע' 613־614. ראה פ' שיפמן, **לעיל הערה 7**, בע' 240; י' אנגלרד, **לעיל הערה 7**, מע' 34 ואילך; I. Englard, **supra note 4**, at 168—177; א' מעוז, **מדיניות ההתערבות של בתי־המשפט האזרחיים בשיפוט הרבני והשפעתה על דיני המשפחה בישראל** (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", הוגש לסנאט של אוניברסיטת תל־אביב, 1985) 451 ואילך.

44. **הלכת רודניצקי, לעיל הערה 18**, בע' 715־716.

בפסיקה הישראלית השתרשה ההבחנה בין כוחו של בית־הדין להסיק מסקנות מהפרתם של איסורים דתיים על ידי הצדדים לבין חוסר סמכותו של בית־הדין לאכוף איסורים אלה על הצדדים ולכפותם עליהם[45]. עניין אחד הוא הכרעה בתוצאות הפרת איסורים כלפי בני הזוג, ועניין אחר בתכלית הוא אכיפתם של אלה מכוח צווי בית־הדין.

בפרשת גולן[46] ביטל בג״צ לבקשת האשה צו מניעה, שהוצא על ידי בית־הדין הרבני. את צו המניעה הוציא בית־הדין נגד האשה לבקשת הבעל. בית־הדין חייב את האשה, העותרת, להוציא את מאהבה מן הדירה שהיתה רשומה במשותף על שם האשה ובעלה. הבעל התגורר עם אשה אחרת מחוץ לדירה. הצו הוצא במסגרת תביעת גירושין. בית־המשפט נימק את ביטול הצו של בית־הדין הרבני, בין היתר, גם מן הטעם הבא:

> ״ברור שבית־הדין רשאי להוציא את כל המסקנות הנובעות על־פי הדין מהעובדה שהעותרת, שהיא אשת איש, מקיימת יחסי אישות עם גבר אחר. אולם לא מצאנו בסיס מבחינה משפטית עליו ניתן להשתית צו מניעה כפי שניתן במקרה דנא״.

בפרשה זו התבסס הצו של בית־הדין הרבני על תביעת גירושין, אולם ניתן ללמוד מפסק־הדין התייחסות כללית הן לעניין חוסר הכוח של בית־הדין לאכוף איסורים דתיים, הן לעניין בחינתה המדוקדקת של הזיקה בין העילה לבין הסעדים הניתנים, והן לעניין הסתייגות בג״צ מצווים של בית־הדין הגוררים אכיפת אורח־חיים מסוים על נתבע.

אכן, לא יעלה על הדעת, כי חובתו הדתית של בית־הדין להפריש את האדם מן העבירה תהיה חלק מן המשפט הישראלי הנוהג. בין שמדובר, למשל, בייחוד פנויה[47], בין שמדובר, בדוגמא אחרת, בעניין שבו ״איכא למיחש לאיסורא צריך להפרישן״[48], ובין שמדובר בשורה ארוכה של מקרים אחרים בעלי גרעין משפטי זהה. אכיפת צווים המכוונים לאכוף התנהגות אישית, מוסרית או חברתית — וזו נובעת מדרישות דתיות — נוגדת את תקנת הציבור בישראל. עניינים אלה נתונים לשליטת הדין הדתי במסגרת הסמכות הפנימית־הדתית בלבד ולא במסגרת הנורמטיבית של המשפט הישראלי. אין הם מצויים במסגרת כוחותיו וסמכויותיו של בית־הדין כאורגן של מערכת המשפט הישראלי. באיצטלא זו אסור לבית־הדין להוציא צווים כאלה. אם הוצאו צווים המתייחסים להרחקה מאיסורים, הם מסורים לאמונתו של האדם, כפופים לרצונו ואינם ניתנים לאכיפה או להוצאה לפועל בשום דרך.

§56. כפי שראינו לעיל[49], ההגנה על הדין הדתי, על תקנת הציבור שלו ועל האינטרסים המוגנים על ידיו, לא שימשו נימוק מכריע לתוצאה האופרטיבית בסוגיית הקידושין הפרטיים במסגרת איזון האינטרסים שערך בג״צ. דבר זה יפה אפילו באותו מקרה, שבו הלמה התוצאה בבג״צ את תקנת הציבור הדתית, דהיינו, במקרה שבו נשלל הסעד מפנויי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים.

45. בסוגייה זו ראה גם לעיל פסקה 48.
46. בג״צ 428/81 גולן נ. בית־הדין הרבני האזורי, תל־אביב־יפו (לא פורסם).
47. ראה, למשל, שו״ע, אבה״ע, כב ב.
48. הגהת הרמ״א לשו״ע, אבה״ע, כב ב. לעניין אפרושי מאיסורא, ראה גם רמב״ם, הלכות יו״ט, ו כא.
49. ראה לעיל פסקה 51.

§57. בית־המשפט הרחיק לכת עוד יותר. מטעמים של תקנת ציבור חילונית הוא נמנע מהענקת סעד של מזונות במסגרת קידושין פרטיים של פנויי חיתון[50]. ייתכן אפילו שחיוב כזה הוא בר תוקף על־פי הדין הדתי. על החלטה זו נמתחה ביקורת קשה[51]. אולם, דווקא הקשיים המשפטיים האנליטיים של התוצאה מבליטים ביתר שאת את שלטונם של האינטרסים החילוניים בסוגייה זו. בית־המשפט מיישם באופן עקבי את תקנת הציבור החילונית. על אחת כמה וכמה, כאשר תקנת הציבור החילונית עולה בקנה אחד עם תקנת הציבור הדתית. שיקולי תקנת הציבור נועדו לגדור את הפִּרצה של קידושין פרטיים לפנויי חיתון, ולשלול את הפירות מן הפרי האסור. הכרה בגלויי הסטאטוס, כגון מזונות, משמשת תמריץ שלילי לפורצי גדר. רק שלילת גילויי הסטאטוס מזוג 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 במובן 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 הדתי, תוחם את גבולות ההכרה בקידושין פרטיים ואת מגבלותיה. אותה נחישות דעת, שבה הפעיל בית־המשפט את תקנת הציבור כדי ליצור מסלול אזרחי מקביל במקרה של פסולי חיתון, אפיינה אותו בחסימת כל ברירה של יצירת מסלול מקביל כזה לגבי פנויי חיתון. הן לגבי הכרה בתוקף הקידושין לצורך מרשם אוכלוסין והן לגבי הזכות למזונות הנובעת מקידושין כאלה.

בית־המשפט נמנע כליל מבדיקת התוכן המהותי של סוגיית המזונות בדין הדתי, הואיל והאינטרס המובהק בסוגיית 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 הדתי בהקשר זה.

§58. היחס הסלקטיבי אל תוכן הדין הדתי באמצעות תקנת הציבור נותן את ביטויו בהקשר הרחב של דיני איסור שבדין הדתי בענייני נישואין וגירושין. האיסורים הדתיים הנוגעים ליחסי מין לפני הנישואין, או מחוץ לנישואין, הם בעלי תוקף בדין הדתי בלבד. אין הם מהווים חלק מן המשפט האזרחי הישראלי, לא באופן ישיר ולא כהשתקפות של תקנת הציבור המקומית[52]. מקביעה זו נובעות מסקנות מרחיקות לכת:

ראשית, אין איסורים אלה ניתנים לאכיפה ישירה. כבר ראינו כי החלק האיסורי של הדין הדתי שולט על תוצאות הפרת האיסורים ולא אַפריורי על נורמות ההתנהגות. אולם, תוצאות הפרתם של איסורים דתיים אלה נכללות במסגרת ענייני נישואין וגירושין. לפיכך, הפרתם משליכה על דיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, על דיני הגירושין ועל זכויות וחבויות בני הזוג במסגרת הנישואין ולעת גירושין.

50. ע״א 32/81 **צונן נ. שטל**, פ״ד לז (2) 761.

51. פ׳ שיפמן, **לעיל הערה 7**, מע׳ 236 ואילך.

52. ראה פ׳ שיפמן, **לעיל הערה 7**, בע׳ 105, 107־108; ע״א 384/61 **מדינת ישראל נ. פסלר**, פ״ד טז 102, 109ה, 111ב.

שנית, 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 האזרחיים[53]. מערכת יחסים כזו בין גבר לאשה נחשבת כחיים ב"חטא" מבחינת השקפת העולם הדתית. אף־על־פי־כן, מערכת יחסים כזו מתוגמלת משפטית על ידי המשפט האזרחי באמצעות מוסד הידועים בציבור[54].

שלישית, בית־המשפט הרחיק לכת עוד יותר בהחליטו כי הסכם מזונות בין אשה נשואה לגבר אינו בלתי חוקי או בלתי מוסרי[55]. 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, כאמור, הם עשויים להשפיע לא רק על דיני הגירושין, אלא לעיתים 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 ישראלית, מסר דתי אחד ומסר אזרחי אחר, בא לידי ביטוי מובהק בסוגייה זו.

§59. תקנת הציבור החילונית, "מאזן כל הדעות הרווחות בציבור", שימשה לבית־המשפט קנה מידה לבחינת חוקיותו של מעשה, שהוא פסול ואף נחשב כקיצוני בחומרתו בעיני הדין הדתי הנוהג. בית־המשפט קבע, כי עריכת נישואי תערובת מחוץ לישראל אינה נוגדת את תקנת הציבור הישראלי[56]. תקנת הציבור אינה יכולה להעמיד עילה לדחיית הכרה בתוקפם של נישואים כאלה, שנערכו מחוץ לגבולות המדינה. גם במקרה זה הועדפו שיקולים המבוססים על השקפת עולם ליברלית על פני שיקולים דתיים.

53. ע"א 563/65 **יגר נ. פלבין**, פ"ד כ (3) 244; ע"א 805/82 **ורסנו נ. כהן**, פ"ד לז (1) 529. ראה גם פ' שיפמן, **לעיל** הערה 7, בע' 107.

54. לעניין הידועים בציבור וזיקתם לדיני הגירושין ראה פ' שיפמן, **לעיל** הערה 7, בע' 109־110; כן ראה מ' שאוה "הידועה בציבור כאשתו — הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" **עיוני משפט** ג (1973) 484; ד' פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" **עיוני משפט** ג (1973) 459; ח' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" **משפטים** ו (1978) 119.
על ההסדרים החצויים בענין זה בישראל, ראה עוד א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 7, בע' 484־485.

55. ע"א 337/62 **ריזנפלד נ. יעקובסון**, פ"ד יז 1009.

56. הלכת **פונק שלזינגר**, **לעיל** הערה 8, בע' 257. ראה גם הלכת **פרקש**, **לעיל** הערה 7, בע' 475־476.

פרק שני

חקיקה טריטוריאלית — היקפה, פרשנותה ויישומה

כללי

§60. חוקים טריטוריאליים המורכבים על הדינים הדתיים, דוחקים את רגלי הדין הדתי שאינו מתיישב עמם וחלים בכל ערכאה, דתית וחילונית גם יחד[1].
גם בהקשר זה, הזהות לכאורה בדין אינה מבטיחה תמיד תוצאה דומה בכל אחת מערכאות השיפוט. ראשית, למרות מה שנדמה ממבט ראשון אין תשובה חד־משמעית לשאלה, מהו היקף החקיקה הטריטוריאלית המחייבת את בתי הדין הדתיים. שנית, תיתכן במקרים כאלה פרשנות שונה של החוק בכל אחת מערכאות השיפוט בהקשרים השונים. לדעתנו, כפי שנצביע עליה בהמשך, חייבת התוצאה המשפטית במקרים כאלה להיות זהה, למעט מקרים שיישום הכלל המשפטי על פרשנותו במערכת העובדתית עשוי לגרור אחריו הבדלים בתוצאה הסופית.
נרחיב את הדיבור על עניינים אלה.

1) היקף החקיקה הטריטוריאלית

א) הוראות חוק המופנות מפורשות לבית־הדין

§61. אין כל ספק כי דין אזרחי, המעוגן בחוק והמופנה ישירות לבתי־הדין הדתיים, מחייב את בתי־הדין. בפסיקה הישראלית נפלה כאילו ההכרעה, כי בכל מקרה אחר רשאי בית־הדין להחיל את הדין הדתי בלבד[2]. אולם קשה לקבל פסיקה זו כפשוטה. השאלה אינה נקייה מספק, ובכמה מישורים.

1. 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־1981. בהקשרים מיוחדים, במיוחד לגבי מזונות ילדים, גם החוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט־1959.
2. בג"צ 187/54 בריה נ. קאדי בית־הדין השרעי המוסלמי בעכו, פ"ד ט 1193, 1198; בג"צ

כבר בפרק הקודם הצבענו על דינים, אשר מוטלים על בית־הדין הדתי או אשר משליכים על התוצאה שבית הדין הגיע אליה. כך הדבר בנוגע להחלת חלק מכללי המשפט המנהלי על הדין הדתי וכך — גם בנוגע להעדפת תקנת הציבור החילוני במקרים מסוימים. אמצעים אלה משפיעים על התוצאה המשפטית, בין בדרך של העדפת הפתרון של הערכאה האזרחית ובין בדרך של ביטול התוצאה שבית הדין הדתי הגיע אליה. בשתי הפסקאות הבאות ננסה להצביע על סוגי הוראות חוק נוספים, שלדעתנו עשויים לחייב את בתי־הדין אף כי לא הופנו ישירות אליהם.

ב) הוראות חוק המתפרשות כקוגנטיות

§62. 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 הדתיים. אחד משופטי בית־המשפט העליון אמר על כך דברים מפורשים[3]. אם לא ראיה ממש, הרי זכר לדבר ניתן למצוא באמצעים השונים שנקט בית־המשפט כדי להשליט את 'מרות' הדין האזרחי על בתי־הדין. כך, למשל, הוטלו חובות הנובעות מעקרונות יסוד, כמו עיקרי הצדק הטבעי, על בתי־הדין הדתיים באמצעות פרשנות מרחיבה של עילת ההתערבות של בג"צ בבתי־הדין, המפורשת בסעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה[4]. כמו כן פורשו חוקים דתיים, כולל חוק הדיינים, תשט"ו־1955, וחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, עצמו, תוך היזקקות לעקרונות היסוד ולערכי היסוד[5].

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 (באמצעות דיני העונשין ודיני הנזיקין) בתחומים שאינם מיוחדים לענייני המעמד האישי. ההוראות של דיני הראיות, בדבר אי קבילותן של ראיות שהושגו שלא כדין, הן אמצעי סטאטוטורי לאכיפה עקיפה של הנורמות הכלליות האמורות. בהקשר זה, לא סביר הוא שהמחוקק התכוון להוציא את הנורמות הכלליות כשהעניין מגיע לפתחם של בתי־הדין הדתיים. בעניינים אלה יש לתת עדיפות לאחידות הנורמטיבית, הן בכל הקשור להתנהגות הציבור והן בכל הנוגע למערכת השיפוטית. הסייגים לכלליות הנורמות, הקבועים בחוקים אלה, חייבים להימצא בתוכם.

כלליותו של ההסדר ואחידות המסגרת שימשו נימוק להטלת חובות זהות — בכל הנוגע

202/57 **סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528, 1539; ראה בג"צ 323/81 **וילוזני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד לו (2) 733, 739. על תחולתו הכללית של הדין הדתי בבתי־הדין הדתיים, ראה גם **לעיל** פסקה 39, האסמכתאות בהערה 1.

3. על קיומה של אפשרות כזו ראה הערתו של ש' לוין בהלכת **וילוזני**, **שם** בע' 747.

4. ראה, בין היתר, בג"צ 32/62 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. בית־הדין השרעי**, פ"ד טז 1942, 1945; בג"צ 10/59 **לוי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ"ד יג 1182.

5. ראה **לעיל** פסקאות 44 — 49.

לניגוד עניינים ולכללי אתיקה — על דיינים, הפועלים במסגרת חוק הדיינים, תשט"ו־1955, כעל שופטים[6]. אין מניעה עקרונית להשתמש בדרך פרשנית אנלוגית בטיעון זהה, במקרים המתאימים, גם להחלת חוקים אחרים הנוגעים לדרכי ראיות ואף לדין המהותי.

ג) חוקי המדינה כמסגרת לפעולת בתי־הדין

§63. בית־הדין אינו רשאי להתעלם מחוקי המדינה, גם כאשר אלה אינם מחייבים אותו לדון על־פיהם בתחום ענייני המעמד האישי שהוא מוסמך בהם. בית־הדין מוסמך אמנם, לעיתים ייחודית, 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 עיקרון זה ויישומו הם בעייתיים, ואינם נקיים מספק, הבדיקה היא עניינית ותלויה בנסיבות.
נבדוק את הנסיבות שניתן ליישם בהן את המסגרת האמורה במספר מישורים.

§64. **ראשית**, הוראה אזרחית בסוגייה מסוימת עשויה להסדיר עניין מסוים הסדר ממצה. במקרה זה לא ייוותר לדין הדתי מרחב שליטה כלשהו באותו הקשר. בית־הדין לא יוכל לאכוף דין הסותר את ההסדר המשפטי הטריטוריאלי, ואחת היא אם הופנתה ההוראה ישירות לבית־הדין או — אם לא הופנתה אליו.
במקרים קיצוניים ניתן אף לומר, כי ההוראה האזרחית הממצה 'הִשירה' סוגייה מסוימת מגדר המונח 'ענייני הנישואין' באופן שאין היא מסורה עוד לסמכותן של ערכאות השיפוט הדתיות. בעבר פירש בית־המשפט הוראות חוק מסוימות כמביאות בעקבותיהן 'נשירה' של עניינים מסוימים מגדר 'ענייני נישואין'[7]. באותם מקרים שנעשתה בהם הפרשנות האמורה היו החוקים קשורים ישירות לסמכות בית־הדין או הופנו ישירות לבית־הדין, אך אין הדבר מחויב המציאות המשפטית.
למסגרת זאת ניתן לשייך את סוגיית ההפלה המלאכותית, דהיינו, את סוגיית הפסקת ההריון. זכות הבעל כלפי אשתו, הנושאת ברחמה את ילדו, עשויה היתה להיות עניין מ'ענייני נישואין'[8]. יתר על כן, עילת שלום בית עשויה היתה גם היא לשמש בסיס לזכות תביעה מצדו של הבעל בנוגע לשאלת הפסקת ההריון מצד אשתו[9]. סימן ב' בפרק י' של חוק העונשין, תשל"ז־1977, קובע את האיסור להפסיק הריונה של אשה, את ההגנות נגד האיסור, ואת דרך קבלת האישור להפסקת הריון מאת ועדה מיוחדת. 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.

6. ראה בג"צ 732/84 **צבן** נ. השר **לענייני דתות**, פ"ד מ (4) 141, 151 — 153.
7. ע"א 8/59 גולדמן נ. גולדמן, פ"ד יג 1085, 1090; בג"צ 185/72 גור נ. **בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד כו (2) 765, 769.
8. על הכלול במונח 'ענייני נישואין', ראה א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 84 — 95.
9. דיון רחב בסוגיית שלום בית, ראה להלן פסקאות 87 — 100.

ניתן היה לטעון, כי אין קשר בין דיני העונשין לבין דיני המשפחה, ולמתוח קו בין אשמה פלילית וההגנה מפניה, שהם עניין אחד, לבין זכויות וחבויות במסגרת היחסים בין בני הזוג, שהם עניין אחר. אולם לא כך הם פני הדברים. דיני העונשין הם הכלי, שהמחוקק הישראלי בחר להסדיר באמצעותו את הסוגייה האמורה הֶסדר כללי, כולל וממצה. מטעמים מובנים לא התערב המחוקק ישירות בתחום דיני המשפחה או בסמכויות בתי־הדין הדתיים. ההסדר בחוק העונשין הוא הקובע את גבולות ההסדר של הסוגייה במשפט הישראלי, ואת תכניו של ההסדר.

בהגיע שאלת זכויותיו של בעל בעובר שנוצר מזרעו, הנישא ברחמה של אשתו, החליט בית־המשפט העליון, כי אין לבעל זכויות בעובר, וכי אין לו מעמד לפני הוועדה המיוחדת המוסמכת לאשר הפסקת הריון. מסקנה מרחיקת לכת כזו, חייבה את התייחסותו של בית־המשפט לשאלות העקרוניות בדבר מעמדו של ההסדר בחוק העונשין במסגרת המשפט הישראלי, ובדבר יחסי הגומלין שבין ההסדר האמור לבין זכויות וחבויות בני הזוג[10]. וכך אמר בית־המשפט:

> "החוק החרות הישראלי הכריע בבעיה שלפנינו... לאור ייחודה של ההוראה אשר בחוק העונשין ולאור אופיה הממצה יש לתור רק במסגרתה אחרי כללי המותר והאסור בתחום זה... עם קביעתה של הוראה מיוחדת בעניין הפסקת הריון, הכוללת את כל שהמחוקק ראה לקבוע לעניין זה, לרבות הוראות בדבר קבלת הסכמתה של האשה ושמיעת דבריה, יש לראות בחוק האמור הוראה מיוחדת וממצה, בה מובא כל שהמחוקק ביקש לומר בעניין זה. משמע, מן העת בה אמר המחוקק דברו בחוק לתיקון דיני העונשין (הפסקת הריון), יש לפרש כל הוראת חוק אחרת בדרך, המתיישבת עם החקיקה האמורה, ויש לקרוא כל הוראת חוק כללית בכפיפות לאמור בהוראה המיוחדת"[11].

§65. שנית, הוראות דין עשויות להסדיר סוגייה מסוימת הסדר טריטוריאלי אזרחי, גם אם אין הוא הסדר ממצה באותו מובן שבו עסקנו במישור הראשון. הוראות אלה קובעות את גבולות המותר והאסור בסוגייה מסוימת באשר להסדר החוקתי ולמשפט האזרחי. אם הוראות החוק לא הופנו ישירות לבית־הדין והן גם אינן קוגנטיות, אין הן מחייבות ישירות את בית־הדין. אולם, הוראות אלה קובעות את גבולות ההתנהגות הנורמטיבית במשפט הישראלי. לאיסורים הדתיים, הסותרים את ההסדר האזרחי, תינתן בבתי־הדין הדתיים נַפקוּת מוגבלת. ההגבלה תתייחס לתוצאות הפרת האיסורים בדין הדתי. בית־הדין לא יהיה רשאי לאסור את המותר. התערבות כזו מצד בית־הדין תהיה פגיעה במֶרקם החוקתי של שיטתנו. התערבות כזו תהווה השגת גבולם של המשפט החוקתי והאזרחי, מעבר לנדרש להסדר ההתדיינות בתחום סמכותו של בית־הדין, במסגרת ענייני הנישואין הגירושין. משום כך לא יהיה בית־הדין רשאי להוציא צווי מניעה ולא יהיה מוסמך לנקוט אמצעי כפייה אחרים לאכיפת איסורים דתיים, המהווים התנהגות מותרת על־פי המשפט החוקתי או הדין האזרחי.

10. ע"א 413/80 פלונית נ. פלוני, פ"ד לה (3) 57.
11. הלכת פלונית, שם בע' 71.

נדגים אפשרות זו בשאלת האיסור או ההיתר לקיים יחסי מין ללא נישואין, או מחוץ לנישואין. האיסורים הדתיים הנוגעים ליחסי מין לפני הנישואין, או מחוץ לנישואין, הם בעלי תוקף בדין הדתי בלבד. אין הם מהווים חלק מן המשפט האזרחי הישראלי — לא באופן ישיר ולא כהשתקפות של תקנת הציבור המקומית. גבולות המותר והאסור בהקשר זה נקבעים על ידי המשפט האזרחי[12]. מקביעה זו נובעת המסקנה, שאיסורים אלה אינם ניתנים לאכיפה ישירה. אין בית־הדין רשאי להוציא צווי מניעה האוכפים את האיסורים הדתיים על בני הזוג, לא בעילת שלום בית ולא בעילות אחרות או מטעמים אחרים. בית־הדין אינו רשאי לנקוט אמצעי כפייה לשם אכיפת איסורים דתיים, המהווים התנהגות מותרת במשפט הישראלי.
בהקשר אחר כבר ראינו, כי החלק האיסורי של הדין הדתי שולט על תוצאות הפרת האיסורים ולא אַפריורי על נורמות ההתנהגות[13]; רק תוצאות הפרתם של איסורים דתיים אלה נכללות במסגרת ענייני נישואין וגירושין. לפיכך, בית־הדין מחוסר סמכות לכפות את האיסורים על המתדיינים, אולם בעל סמכות להסיק מסקנות משפטיות מהפרתם בנוגע לדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, לדיני הגירושין ולזכויות וחבויות בני הזוג במסגרת הנישואין ולעת גירושין.

§66. **שלישית**, בית־הדין מחויב לפעול במסגרת החקיקה הישראלית. אין הוא פטור מעול העיקרון הרחב של שלטון החוק[14]. בית־הדין פועל בתוך מסגרת המותר והאסור של שיטת המשפט הישראלית וכפוף להוראות חוק מיוחדות החלות עליו, או לנסיבות המיוחדות המצדיקות את הסטייה מן הדין הכללי. כך, למשל, מחייבים חוקי העונשין את בית־הדין בפסיקתו.
כך גם לגבי חקיקה אחרת. 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 יציאה מן הארץ כנגד מי שנחתם צו להסגרתו, הוא יחרוג מסמכותו[15]. 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 פְּסָקים החורגים מסמכות. מבחינה עיונית אף אם אין בית־הדין כפוף להוראות חוק מסוימות, הרָשות כפופה לחוק ומחויבת לפעול על־פי הוראותיו. צוויו של בית־הדין בעניינים כאלה לא יוכלו לחייב את הרשות. כלפי הרשות, כמו גם צדדים שלישיים אחרים, תהיה החלטתו של בית־הדין בבחינת res inter alios acta.

12. ראה פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 105, 107־108. ראה גם **לעיל** פסקאות 57־58.
13. ראה **לעיל** פסקאות 48, 54, 58.
14. ראה אנלוגיה מהלכת **צבן**, **לעיל** הערה 6.
15. על עמדת בית־הדין בפרשה כזו, ראה תיק 8384/תשמ"ז היועץ המשפטי נ. נקש (פסק־דין של בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, מיום 5/10/87) (לא פורסם).

רשויות המדינה מוציאות לפועל את החלטות בית־הדין, המוצאות כלפי הצדדים הנתונים למרותו והנמצאות בסמכותו. אין רשויות המדינה כפופות ישירות לצווים המכוונים אליהם והיוצאים מלפני בתי־הדין הדתיים. באחד המקרים, שנתבררו לפני בית־הדין הרבני, הורה בית־הדין הרבני, כי אין לרשום בני זוג כנשואים. בג"צ, אשר נדרש לעניין, קבע, כי אם כוונת בית־הדין היא להורות למשרד הפנים לבצע רישום או להימנע ממנו, הרי זו חריגה מסמכות. משרד הפנים פועל משנתמלאו התנאים הקבועים החוק:

> "אם אמנם היתה כוונת בית־הדין הרבני להורות לרשות מרשויות המדינה להימנע מלבצע פעולה המוטלת עליהן כדין, ברור שחרגו מגדר סמכותם, כי הסמכות לכך מסורה לבית־משפט זה"[16].

2) פרשנות חקיקה אזרחית טריטוריאלית וייחומה

הבעיה השנייה הקשורה בהיקף חלותה של החקיקה הטריטוריאלית קשורה בשוני בפרשנותם, ובעיקר בדרך יישומם בנסיבות כל מקרה, של החוקים המוטלים על כל ערכאות השיפוט המוסמכות לדון בענייני המעמד האישי.

א) בענייני סמכות

§67. פרשנות שונה עשויה להיות מנת חלקם של החיקוקים הקשורים לסמכות השיפוט. כך, 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[17]. 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 בדעתה להישאר שם[18]. גם פרשנות המונח 'כרוך' בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, על ידי בית־הדין הרבני הגדול, אינו הולם את הפסיקה האזרחית[19].

לעיתים עשויה פרשנות שונה, גם בהקשר זה, להיות נגזרת מערכי יסוד שונים ומכללי הדין הדתי המהותי בענייני המעמד האישי.

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, איפוא, בג"צ ופרשנותו מחייבת ממילא את בתי־הדין.

16. בג"צ 275/71 כהן נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פ"ד כו (1) 227, 229.
17. ראה בג"צ 228/64 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד יח (4) 141, 147־148.
18. ראה ער/תשמ"א/18, פד"ר יב 129.
19. ראה ערעורים לה/218, לו/290, פד"ר י 310.

ב) בדין המהותי

§68. 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, ושאין בית־הדין כפוף לפרשנותו של בג"צ[20]. בשנים שחלפו מאז שיניתי את דעתי.

החלת דין טריטוריאלי על כלל המערכת השיפוטית נובעת מן הרצון להשליט תוצאה אחידה עד כמה שאפשר. מטרה חקיקתית זו יש לקיים, ואותה יש להשליט. בידי בית־המשפט העליון, ובעיקר בשבתו כבית־משפט גבוה לצדק, הופקדה האחריות העליונה והסופית לפיתוח הלכתי במערכת המשפט[21]. פרשנותו מחייבת את כל רשויות המדינה. ממילא מחייבת פרשנותו גם את בתי־הדין שהמחוקק הפנה אליהם במפורש את הוראות החוק. העובדה שעיקרון התקדים המחייב לא חל על בתי־הדין[22], וכי טעות בדבר הלכה מצד בתי־הדין אינה נחשבת כחריגה מסמכות[23], אין בהן כדי לפגוע במסקנה זו. השאלה אם עיקרון התקדים המחייב חל על בתי־הדין אם לאו אינה רלבנטית לעניין הפרשנות המחייבת. פרשנות בית־המשפט העליון מחייבת את בית־הדין בהיותה חלק אינטגרלי של החוק עצמו[24] המוטל עליהם. גם המנעותו של בג"צ מהתערבות בפסיקת בתי־הדין בשל טעות בדבר הלכה אינה מכריעה את הכף. אם הפרשנות האזרחית מחייבת את בתי־הדין כי אז התערבות בג"צ בהחלטות המתעלמות מפרשנות זו מושתתת על עילה אחרת. הואיל והתעלמות מחוק טריטוריאלי המחייב את בתי־הדין נחשבת כחריגה מסמכות[25], ממילא התעלמות מן הפרשנות המחייבת כמוה כהתעלמות מן החוק, והיא יוצאת מגדר של טעות גרידא.

20. א' רוזן־צבי "האם כפוף בית־הדין הדתי לפירוש שניתן על ידי בג"צ להוראות חוק חילוני, שהופנו ישירות לבית־הדין" **עיוני משפט** ב (1972) 524. לדעה דומה, ראה י' שילה "עוד לבעיית ההתנגשות בין הערכאה האזרחית לערכאה הדתית" **עיוני משפט** ג (1974) 946. דעה אחרת, ראה מ' דרורי "מי מוסמך לפרש הוראות חוק חילוני המופנות לבית־דין דתי?" **עיוני משפט** ג (1974) 941.

21. בג"צ 221/83 **מילפלדר נ. בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא (2) 210, 219־220; בג"צ 73/85 **סיעת "כך" נ. יו"ר הכנסת**, פ"ד לט (3) 141, 152; בג"צ 306/81 **פלאטו שרון נ. ועדת הכנסת**, פ"ד לה (4) 118, 141; כן ראה בג"צ 52/86 **פרידמן נ. משטרת ישראל**, פ"ד מ (2) 449, 453.

22. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 20 והאסמכתאות שם.

23. ראה המקורות **לעיל** הערה 2.

24. הלכת **סיעת "כך"**, **לעיל** הערה 21, בע' 155: "הפירוש השיפוטי אינו חיצוני לנורמה החקוקה, אלא הוא הופך להיות חלק ממנה". כן ראה בג"צ 221/86 **כנפי נ. בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא (1) 469, 480.

25. הלכת **ברייה**, **לעיל** הערה 2, בע' 1198; הלכת **סידיס**, **לעיל** הערה 2, בע' 1539; לאחרונה נשמעו דעות אחרות של מספר שופטים בסוגייה זו, ראה השופטת מ' בן־פורת והשופט מ' אלון ב־המ' 427/78, ע"א 807/77 **סובול נ. גולדמן**, פ"ד לג (1) 789, 793־794, 799, ודברי השופט מ' אלון בהלכת **וילוזני**, **לעיל** הערה 2, בע' 739. כן ראה מ' שאוה "האם סטייה או התעלמות של בית־דין דתי מהוראת חוק חילונית המופנית אליו במיוחד, כמוה כ'חריגה מסמכות'" **הפרקליט** כח (1973) 299.

זו אכן גישתו של בית־המשפט העליון הלכה למעשה:

> "בית־דין־רבני לא יהרהר אחר בית־המשפט העליון לעניין פרשנותם של חוקי הכנסת: לפי השיטה המשפטית הנהוגה בישראל, הכול חייבים בביצוע החוקים כפי שפורשו מפי בית־משפט מוסמך — חיוב זה חל לא רק על הממשלה ועל האזרח, כי אם גם על כל בתי־הדין למיניהם"[26].

§69. 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 הילד'[27]. האפשרות להגיע לתוצאה שונה בכל ערכאה הוכרה כלגיטימית על ידי מלומדים[28] וכן באה לביטוי בפסיקה[29]. במקרים מסוימים הניח בית־המשפט את בית־הדין בחזקתו, ששיקולים לגיטימיים של טובת הילד הנחו את פסק דינו. בית־המשפט אישר את התוצאה המשפטית כנסמכת על ממצא עובדתי על יסוד שקילת ראיות, ולא התערב בפסיקתו של בית־הדין[30].

אולם חלק לא מבוטל של פסקי־דין נוטים למלא את המושג בתוכן חילוני. התערבות בג"צ בפסיקה של בית־הדין הרבני בכל הקשור להחזקת ילדים על בסיס פגיעה בעיקרון טובת הילד, הפכה חיזיון נפרץ. בית־המשפט מתערב, כאשר בית־הדין הרבני מעדיף שיקולים שבהשקפות עולם והעדפות דתיות, ומשליט אותם על עיקרון טובת הילד. בית־המשפט מתערב גם כאשר הוא מפרש את החלטת בית־הדין באופן שנימוק אחד השתלט

26. השופט ח' כהן בד"נ 10/69 **בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה (1) 7, 15.

27. סעיף 25 לחוק הפשרות המשפטית והאפוטרופוסות, תשכ"ב־1962.
על שאלת טובת הילד בכללותה כשאלה הכוללת הכרעות ערכיות, ראה גם ע"א 577/83 **היועץ המשפטי לממשלה נ. פלונית**, פ"ד לח (1) 461, 472; בד"מ 1/81 **נגר נ. נגר**, פ"ד לח (1) 365, 408־409. כן ראה R.H. Mnookin, **In the Interest of Children** (New-York, 1985) 18, 34-35, 37.

28. על יישום שונה של טובת הילד בכל אחת מערכאות השיפוט, ראה י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ד (1972) 31, 49; פ' שיפמן "'טובת הילד' בבית־הדין הרבני" **משפטים** ה (1974) 421; פ' שיפמן, **דיני משפחה בישראל, כרך ב** (תשמ"ט) 241 — 253; א' מעוז "השיפוט בענייני המעמד האישי של ספק יהודי" **דיני ישראל** ח (תשל"ז) קפט, ראה־רב; א' שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית־הדין הרבני — עילה להתערבות בג"צ?" **משפטים** טו (1985) 287, 312 ואילך.

29. ראה הלכת **נגר**, לעיל הערה 27, בע' 408־409, מפי השופט מ' אלון, המצדד במניעת התערבות בג"צ במקרה של שיפוט ערכי, הנובע מהשקפות עולם שונות ודבקות באורחות־חיים אחרים מצד בית־הדין. ראה גם מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 1481 — 1484.

30. בג"צ 128/72 **נאצר נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורין**, פ"ד כו (2) 403, 410. למרות 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.

על בחינת טובת הילד כשיקול בלעדי — תוך עצימת עיניים כלפי השיקולים הרלבנטיים האחרים, או תוך הימנעות מחקירתם ומבדיקתם[31]. העדר הנמקה או הנמקה חסרה עשויים להחשב כזניחה של עיקרון טובת הילד. במקרים אלה רואה בית־המשפט את בית־הדין כמי שהתעלם מן ההוראה החקוקה, המחייבת אותו להכריע על בסיס השיקול של טובת הילד. עם זאת, נותר עדיין לבית־הדין מרחב תמרון לא קטן, המשתרע הן על יישום העקרונות לנסיבות כל מקרה והן על דרך ההנמקה.

31. ראה, בין היתר, בג"צ 181/81 מור נ. **בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה**, פ"ד לז (3) 94; בג"צ 7/83 **ביארס נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה**, פ"ד לח (1) 673 (בו ביטל בג"צ החלטת בית־דין רבני להעביר ילד לחזקת אביו בשל היות האם מתגוררת עם גוי); ע"א 680/84 **שני נ. שני**, פ"ד לט (2) 444 (בו נחשבה כבטלה מעיקרא החלטה של בית־הדין הרבני המתירה לאם לרשום ילדים במוסד חינוך דתי בניגוד לדעתו של האב שהעדיף מוסד חינוך חילוני).

פרק שלישי

דינים טריטוריאליים — היקפם ויישומם

1) דחיקת רגלי הדין הדתי בבתי־המשפט והחלת המערכת האזרחית

§70. הצבענו על דינים טריטוריאליים המחייבים את כל ערכאות השיפוט בישראל דתיות כאזרחיות. ראינו כי הזהות בדין הטריטוריאלי אינה תמיד ערובה לתוצאות אחידות או אף דומות. הבענו את הדעה כי מציאות משפטית זו, אם היא קיימת, אינה עולה בקנה אחד עם הוראות הדין.

נבחן עתה דינים טריטוריאליים החלים רק בערכאה החילונית. דינים אלה מוסיפים נדבך נוסף לפיצול הדינים הקיים בתחום ענייני המעמד האישי, הן בתוך הערכאות עצמן והן בין סוג אחד של ערכאות למשנהו.

גם הטעם לתופעה זו הוא דחיקת רגליו של דין דתי, שעניינו הסדרת מערכת היחסים בין בני זוג בסוגייה מסוימת, או בתחום מסוים, בעקבות חקיקה אזרחית. כך דחקה פרשנות חוק שיווי זכויות האשה, תשי״א־1951, את ההוראות שבדין הדתי, המסדירות חלק ניכר מן העניינים הרכושיים בין בני הזוג.

בעבר פינה ההסדר הכללי האזרחי את מקומו להוראות הדין הדתי המיוחד. עם דחיקת רגליו של הדין הדתי בסוגייה מסוימת, תופסים עקרונות הדין הכללי מחדש את מקומם כמסדירים גם את מערכת היחסים בין בני זוג. זאת ועוד, כאשר הדין הדתי, המתייחד לענייני המעמד האישי, נושר ניתן למיין את מערכת יחסי הממון והקניין בין בני זוג כחלק מענייני החוזים ולא במסגרת ענייני הנישואין. בעקבות זאת השליטה הפסיקה בערכאות האזרחיות את עקרונות המשפט החילוני על יחסי הממון בין בני הזוג, דהיינו על ענייני החוזים של בני זוג ועל יחסיהם הרכושיים[1]. הכוונה היא בראש ובראשונה לדיני החוזים והקניין

1. ע״א 253/65 **בריקר נ. בריקר**, פ״ד כ(1) 589, 596; בג״צ 185/72 **גור נ. בית־הדין הרבני**, פ״ד כו (2) 765; ע״א 384/88 **זיסרמן נ. זיסרמן**, פ״ד מג (3) 205. על סוגייה זו בהרחבה, ראה א׳ רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ״ב) 134 — 141.

הרגילים. חלק מדינים אלה הותאם על ידי הפסיקה למערכת המיוחדת של דיני המשפחה. בחלק אחר של הדינים, לא נעשתה התאמה כזו ומיושמים הכללים הרגילים.

כך יחולו, בדרך כלל, דיני החוזים גם על חוזים בין בעל ואשה[2]. כך, למשל, על הסכם שיפוי למזונות יחולו דיני החוזים[3]. 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 תהיה העילה כולה בתחום המעמד האישי, והפרת התנאי בהסכם תתייחס לעילה כזו — תהיה סמכות מקבילה גם לבית־הדין המוסמך[4]. על הסכם גירושין הנידון בבית־המשפט האזרחי יחולו בדרך כלל דיני החוזים. הדברים אמורים הן באשר לטענת אילוץ, הן באשר לפרשנות ההסכם, הן באשר לשאלת מיון תוצאות ההפרה (בטלות או בטילות) והן בכל הנוגע להגשת תביעות שעניינן הפרת ההסכם או הנובעות מן ההפרה[5].

לעומת זאת, כאשר מתקיימת זיקה הכרחית בין דיני הגירושין (הדין הדתי) לבין היסוד ההסכמי, כגון, בתביעת פיצויים בגין הפרת הסכם גירושין, יסווג הענין בגדר עניין של גירושין. בסוג מקרים אחרון זה, הסמכות הייחודית מוקנית לבית־הדין הרבני, והיא יוצאת מידיו של בית־המשפט האזרחי[6].

בחלק מן המקרים מתבצעת התאמה, וההסדרים הכלליים מקבלים גוון מיוחד ההולם את דיני המשפחה. כך מתפתחת מערכת כללים מיוחדת המסדירה את מערכת היחסים בין בני זוג בתוך המערכת האזרחית הכללית. התאמת הדין הכללי למסגרת היחסים בין בני זוג ויישומו יוצרים, הלכה למעשה, דין אזרחי מיוחד.

זה הוא המצב המשפטי בסוגיית הלכת השיתוף בנכסים בין בני זוג[7]. סוגייה זו התפתחה בדרך של חקיקה שיפוטית, אשר יצרה ענף משפטי שלם של יחסים רכושיים בין בני זוג. הורתה ולידתה של הסוגייה היא בחיקם של דיני המשפחה. דיני המשפחה ספקו לא רק את המניע לקביעת ההלכה, אלא גם את המדיניות המשפטית המכוונת את יצירת ההלכה וכיווני התפתחותה. המשפט האזרחי שימש מקור משפטי פורמלי ליצירה השיפוטית ומסגרת משפטית להתפתחותה בדרך של התאמה ויישום.

2. הלכת גור, שם בע' 770.

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

4. ר"ע 359/85 קוך נ. קוך, פ"ד לט (3) 421.

5. הלכת קוט, לעיל הערה 3, בע' 204 (הסדר מוסכם במסגרת הסכם גירושין ימוין כעניין של חוזים); ע"א 164/71 צפניה נ. צפניה, פ"ד כו (1) 515 (פרשנות הסכם גירושין עניין של פרשנות חוזים); ע"א 457/61 גרין נ. גרין, פ"ד טז 318 (טענת אילוץ 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 קם נ. קם, פ"ד לח (1) 767; ע"א 105/83 מנשה נ. מנשה, פ"ד לח (4) 635 (תביעות בגין הפרת הסכם גירושין).

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

7. ע"א 514/76 חשש נ. דמארי, פ"ד לא (2) 505, 512־513; ע"א 2/77 אזוגי נ. אזוגי, פ"ד לג (3) 1; ע"א 77/77 ראבי נ. ראבי, פ"ד לג (1) 729.

§71. אשר לבית־הדין הדתי. בית־הדין מצִדו מנוע אמנם מהחלת הדין הדתי המיוחד, שבוטל על ידי החקיקה האזרחית[8], אולם אין הוא כפוף להסדרים האזרחיים החלופיים שפותחו על ידי המשפט האזרחי. הוא מחיל את הדין הדתי ועליו למלא את החסר בדיניו שלו[9]. בית־הדין נוהג כך, כל אימת שאין הסדר חקוק המטיל עליו פוזיטיבית את הוראות החוק, או שפרשנות החוק אינה מחייבת את השתרעות הוראותיו גם על בית־הדין. במקרים אלה ממלא בית הדין את החלל, שנוצר בעקבות דחיקת רגלי הדין הדתי המיוחד, בדין הדתי הכללי.

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

2) עניינים שהוצאו מענייני המעמד האישי באמצעות פרשנות

§72. עניינים שונים אחרים הוצאו מגדר ענייני המעמד האישי בדרך של פרשנות. עניינים אלה נידונים על־פי הדין החילוני ואינם נידונים כלל בבתי־הדין הדתיים. כך הם נושא האבהות[10] ועניין הפרת הבטחת נישואין[11]. שני תחומים אלה נכבשו כליל על ידי הדין האזרחי בעקבות פרשנות צרה של מונחים בחקיקה, 'ענייני נישואין וגירושין', המקנים סמכות לבתי־הדין הדתיים.

להוציא את הגרעין הקשה של המונחים האמורים, עשויה פרשנותם להיות צרה או רחבה בהתאם למדיניות השיפוטית. הצרת המונח עשויה לנבוע לא רק מפרשנות 'פנימית' של המונחים, כפי שנעשה בסוגיות האבהות והפרת הבטחת נישואין, אלא גם כתוצאה מפרשנות 'חיצונית' של המונחים. הכוונה היא לקביעת יחסי הגומלין בין מונחים אלה לבין הוראות חקוקות אחרות, המשיקות לתחום המשפחה, או הנמצאות בטווח השפעה על דיני המשפחה.

לעיתים, עשויה פרשנות שיפוטית 'חיצונית' להוציא עניין מסוים מטווח השליטה של ענייני נישואין וגירושין. בעבר פירש בית־המשפט הוראות חוק מסוימות כמביאות בעקבותיהן 'נשירה' של עניינים מסוימים מגדרם של 'ענייני נישואין'. כך, למשל, פורש חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951, בדרך מרחיבה ביותר כגורר בעקבותיו את נשירתם של כלל העניינים, הנוגעים ליחסי הממון בין בני זוג, מגדר המונח 'ענייני נישואין'. עניינים אלה, כשהם נידונים בבית־המשפט האזרחי, נמסרו בשלמותם לשליטתו של המשפט האזרחי[12].

באותם מקרים, שנעשתה הפרשנות האמורה, היו החוקים קשורים ישירות לסמכות בית־הדין

8. ראה בידּ"מ 1/50 **סידיס נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ח 1020, 1023; בג"צ 202/57 **סידיס נ. הנשיא וחברי בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528; הלכת **גור**, לעיל הערה 1.

9. ראה בג"צ 323/81 **וילוזני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד לו (2) 733, 738 — 740. ראה גם מ' **שאוה, הדין האישי בישראל** (מהדורה שניה, תשמ"ד) 197 — 203.

10. בג"צ 283/72 **בוארון נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ"ד כו (2) 727; ע"א 718/75 **עמרם נ. סקובניק**, פ"ד לא (1) 29, 34; ע"א 201/81 **פרץ נ. אסולין**, פ"ד לז (2) 838, 840. ראה גם פ' **שיפמן "שיפוט ומשפט בענייני אבהות" משפטים** ד (1972) 664.

11. על הדין והאסמכתאות לו, ראה פ' **שיפמן, דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 121.

12. ע"א 8/59 **גולדמן נ. גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1090; הלכת **גור**, לעיל הערה 1, בע' 769; הלכת **זיסרמן**, לעיל הערה 1. ראה גם לעיל הערה 1 והטכסט הסמוך לה.

או הופנו ישירות לבית הדין — כגון חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 — אך אין הדבר מחויב המציאות המשפטית.
הוראה אזרחית בסוגייה מסוימת עשויה להסדיר עניין מסוים הסדר ממצה. במקרה זה לא יוותר לדין הדתי מרחב שליטה כלשהו באותו הקשר.
בפרק הקודם ראינו כיצד ניתן לשייך למסגרת זאת את סוגיית ההפלה המלאכותית, דהיינו את סוגיית הפסקת הריון[13]. במקרה זה בחר המחוקק בדיני העונשין ככלי, שהוא מסדיר באמצעותו סוגייה, שבמקורה עשויה היתה להשתייך על 'ענייני הנישואין'. במקרים אחרים הכלים שייבחרו עשויים להיות אחרים.

§73. עם זאת, אין המשפט האזרחי פנוי כליל מן הדין הדתי. גם בסוגיות, המוסדרות בבתי-המשפט האזרחיים באמצעות המשפט האזרחי, עשוי הדין הדתי להשפיע על תוצאות ההכרעה בדין האזרחי. כך, למשל, לא הותר לבעל לתבוע בדיקת רקמות לילד שנולד מאשתו, במטרה להתנער מאבהותו בטענה, כי האשה הרתה לזנונים[14]. גם צד שלישי לקשר הנישואין לא יוכל לתבוע זכות הורות על קטין שנולד לאשה נשואה בטענה כי האשה הרתה לו בעת שקיימה עמו יחסים[15]. כאן מניח הדין האזרחי לדין הדתי, הפוסל את נאמנות האשה ואת נאמנות הבועל[16], בקעה להתגדר בה, בשל החשש מפני התוצאות האפשריות של פגם יוחסין של הקטין מחמת ממזרות.

3) דיני משפחה אזרחיים במובן רחב

§74. יתר על כן, נושאים, שבכל שיטת משפט הם לב לבם של דיני המשפחה, נידונים על ידי המשפט הכללי, ובמיוחד המשפט האזרחי. נפרט מספר נושאים כאלה בלי להתייחס אליהם בהרחבה.
סוגיית ההפלה המלאכותית, דהיינו סוגיית הפסקת הריון, מוסדרת בכללותה על ידי המשפט הכללי באמצעות דיני העונשין[17].
איסורים או היתרים בכל הנוגע לקיום יחסי מין ללא נישואין, או מחוץ לנישואין, מוסדרים על ידי הוראות המשפט האזרחי[18].
השימוש באמצעי מניעה או מניעת השימוש בהם, אינם נתונים לשליטת הדין הדתי. הוא הדין לסוגיית ההזרעה המלאכותית של האשה מזרעו של הבעל או מזרעו של תורם[19], ולסוגיית ההפרייה המלאכותית לגווניה השונים[20].

13. ראה לעיל פסקה 64.
14. ע"א 548/78 שרון נ. לוי, פ"ד לה (1) 736, 748.
15. ע"א 447/58 פלוני נ. אלמוני, פ"ד יג 903, 908, 915.
16. תיק 226/תשי"ד, פד"ר א 145.
17. ראה לעיל פסקה 64.
18. ראה לעיל פסקאות 58, 65.
19. בעניין ההזרעה המלאכותית, ראה תקנות בריאות העם (בנק הזרע) תשל"ט-1979. וראה גם פ' שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" **משפטים** י (1980) 63; P. Shifman, "First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination" 16 **Israel L.R.** (1981) 250.
20. לגבי הפריה מלאכותית, ראה תקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987.

המשפט הישראלי אינו כפוף בסוגיות אלה לאיסורים או להיתרים של הדין הדתי ואינו חי מפיו. אולם במקביל למשפט האזרחי יש לדינים הדתיים עמדה משלהם, שאינה עולה תמיד בקנה אחד עם המשפט האזרחי. בכל אחד מן המקרים האלה רשאי בית־הדין להסיק מסקנות משפטיות מהפרת האיסורים הדתיים לדיני איסור והיתר לנישואין וגירושין, לדיני הגירושין ולזכויות וחבויות בני הזוג במסגרת הנישואין ולעת גירושין. אולם בית־הדין מחוסר סמכות לכפות את האיסורים על המתדיינים[21].

הדין הדתי לבדו מכריע את שאלת מעמדו האישי של ילד, הנולד מאמצעים של הפרייה מלאכותית וכן — את שאלת כשרותו להינשא. כך, למשל, הורה בית־הדין הרבני האיזורי בחיפה לרשום ילד, שנולד מהזרעה מלאכותית, ברשימת מעוכבי החיתון, המתנהלת במשרד לענייני דתות[22]. הדין הדתי מסדיר גם את התוצאות האישיות ביחסים בין בני זוג ועשוי להשפיע על התוצאות בדיני גירושין[23]. הדין הדתי עשוי לעיתים להשפיע גם על זכויות בדיני מזונות, הן לאשה המופרית והן לבר בטנה. תוצאות אלה אינן מושפעות מכך, שהמשפט הישראלי מתיר את הפעולות האלה ומכיר בחוקיותן. כך, למשל, קבע בית־המשפט, כי גבר שהסכים להזרעת אשתו בזרעו של תורם זר — חייב במזונות הילד[24]. לעומת זאת, ניתנה החלטה סותרת על ידי בית־הדין הרבני[25].

כאן מתקיימת מערכת אזרחית בצדה של מערכת דתית, ובמקביל לה. יתר על כן, המסר הכפול של השיטה הישראלית, מסר דתי אחד ומסר אזרחי אחר, בא לידי ביטוי מובהק בסוגייה זו.

4) בין פרשנות רחבה לצרה

§75. התמונה, שפותחה בשלושת הפרקים של חלק זה, מציגה מערכת אזרחית מקבילה בתחומים רבים של דיני המשפחה בישראל.

לסיכום חלק זה, ברצוננו להפנות את תשומת הלב לעניין מרכזי אחד, החוזר ונשנה בכל אחד מן הפרקים, ומשרת את המטרה של יצירת המערכת האזרחית המקבילה. עניין זה הוא השימוש השונה בדרכי הפרשנות כדי להשיג את התכלית המבוקשת. נעמוד על התופעה בלי להתיימר למצות את כל היבטיה ולסקור את כל גילויה[26].

21. ראה לעיל פסקאות 48, 55, 65.

22. 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 גיורות".

23. פסק־דין של בית־הדין הרבני האיזורי בירושלים הורה, כי על אשה אשר הרתה מהזרעה מלאכותית לקבל גט מבעלה כאילו בגדה בו. ההחלטה והערות עליה, ראה אצל פ' שיפמן, לעיל הערה 19, בע' 66 ה"ש 16.

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

25. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים (תיק ערעור תשמ"ה/49, לא פורסם), בדעת 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.

26. על שימוש בדרך עקיפין זו, דהיינו, בטכניקה של פרשנות מרחיבה או מצמצמת, לפי העניין, לשם

§76. בית־המשפט עושה שימוש בפרשנות רחבה בדונו בהסדרים האזרחיים הישירים או העקיפים. ראינו, למשל, כיצד פרשנותו של חוק שיווי זכויות האשה, תשי״א־1951, צימחה לו כנפיים, דחקה את רגליהם של הדינים הדתיים והשליטה את דיני החוזים והקניין על בני זוג בבתי־המשפט האזרחיים. פרשנות זו לא היתה מחויבת המציאות. ניתן היה לנקוט עמדה פרשנית צרה הרבה יותר, אשר היתה משאירה חלק גדול מן הדין הדתי על מכונו[27]. דוגמא נוספת היא עיקרון טובת הילד. עיקרון זה זכה לפרשנות מרחיבה, אשר הולידה מעורבות רבה של בג״צ בהחלטות בתי־הדין הרבניים.

גם הסדרים עקיפים זכו לפרשנות רחבה. כך, למשל, פורשו הוראות חוק העונשין, המסדירות את הפסקת ההריון כמתייחסות להסדר כולל וממצה של הסוגייה במשפט הישראלי. הסדרי הפיקוח האזרחיים על רשויות דתיות קיבלו תנופה בעקבות פרשנות מרחיבה של בית־המשפט העליון. כך לגבי סעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953, באשר לפיקוח על ביצוע כפיית גט. כך גם בהקשר של סמכות הרבנים הראשיים בהתאם לסעיף 179 לחוק העונשין, תשל״ז־1977, באשר למתן היתר נישואין כהגנה נגד אישום בעבירת ריבוי נישואין.

לתחום זה ניתן לשבץ גם את פרשנות החקיקה הדתית בתוך המסגרת הקונסטיטוציונית, במידת האפשר, דהיינו תוך ההתאמה המכסימלית האפשרית — בנסיבות המיוחדות לעקרונות היסוד של החברה הישראלית.

גם הדינים, המסדירים את הפיקוח האזרחי על הרשויות הדתיות, זכו לפרשנות מרחיבה. סעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה, המסמיך את בג״צ להתערב בהחלטות בתי־דין דתיים, שימש בסיס להרחבת המעורבות השיפוטית האזרחית בבתי־הדין הדתיים[28]. כפי שראינו, באמצעות פרשנות סעיף זה, למשל, הוטלו כללי הצדק הטבעי על בתי־הדין הדתיים. סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, המסמיך את בג״צ להתערבות רחבה, שגבולותיה היחידים הם גבולות שיקול הדעת של בג״צ, הורכב על סעיף 15 (ד) (4) לחוק, והרחיב באופן משמעותי ועקרוני את כוח ההתערבות של בג״צ בהחלטותיהם של בתי־הדין הרבניים[29].

§77. מאידך גיסא, נקט בית־המשפט פרשנות מצמצמת, בדרך כלל, בדונו בסמכותן של ערכאות השיפוט הדתיות ובהיקף תחולתם של ההסדרים הדתיים, הישירים או העקיפים.

השגת תכלית אזרחית, הנובעת מהשקפת העולם של בית־המשפט על עקרונות היסוד הראויים לחול בחברה הישראלית, ראה י׳ אנגלרד ״מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי״ **משפטים** ד (1972) 31, 47 — 50.

27. ראה, למשל, את פרשנותו של ב״צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ״ד) 279 — 292; כן ראה הרב י׳ קפאח בבד״מ 1/81 **נגר נ. נגר**, פ״ד לח (1) 365, 411־412.

28. על עניין זה בהרחבה ובפירוט, תוך אזכור הסוגיות השונות וריבוי אסמכתאות, ראה 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, 1985) 389 — 422.

29. ראה, בין היתר, הלכת **סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול**, לעיל הערה 8, בע׳ 1539; בג״צ 10/59 **לוי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ״ד יג 1182, 1191; בג״צ 637/77 **פריזנד נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ״ד לב (2) 485; בג״צ 566/81 **עמרני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ״ד לז (2) 1, 10; בג״צ 7/83 **ביארס נ. בית־הדין הרבני האיזורי חיפה**, פ״ד לח (1) 673, 682. ראה גם א׳ מעוז, **שם** בע׳ 383 — 388.

כך נקט בית־המשפט פרשנות מצמצמת בחיקוקים הנוגעים לתחומיה של סמכות השיפוט של בתי־הדין הרבניים[30], ובחיקוקים בדבר תחולתם של הסדרים דתיים והיקפם[31].
ראינו כיצד צומצם המונח 'ענייני נישואין'. במסגרת זאת, למשל, הוצאו ענייני האבהות והפרת הבטחת נישואין ממסגרת המונח 'ענייני נישואין' והועברו לשליטתו המלאה כמעט של הדין האזרחי.
הרחבנו את הדיבור גם על הפרשנות המצמצמת של סעיף 2 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, אשר הולידה את ההבחנה בין קליטת תוצאות הדין הדתי לדחיית קליטתם של האיסורים הדתיים גרידא.
פרשנות מצמצמת של המונח 'דין אישי' בסעיף 47 לדבר המלך במועצתו, הביאה להוצאת דיני הראיות של הדין הדתי מכלל הדין הדתי, המחייב את בתי־המשפט האזרחיים כחלק מן המשפט הישראלי הנוהג.
אמצעי פרשנות אלה השפיעו לא רק על ההסדר בבתי־המשפט האזרחיים. בחלק מן המקרים נודעת לפרשנות השפעה על היקף תחולתו של הדין הדתי בבתי־הדין הדתיים כמו גם על תכניו. פרשנות חקיקה טריטוריאלית, אשר הופנתה לבתי־הדין הדתיים, משפיעה ישירות גם על ההסדר בערכאות אלה. פרשנות רחבה של סעיפי החוק, המסמיכים את בג"צ להתערב בהחלטותיהם של בתי־הדין הדתיים, משפיעה גם היא על צמצום היקף תחולתו של הדין הדתי בבתי־הדין הדתיים.

30. על עניין זה בהרחבה ובפירוט, תוך אזכור הסוגיות השונות וריבוי אסמכתאות, ראה א' מעוז, לעיל הערה 28, בע' 117 — 289.

31. על שימוש בפרשנות רחבה וצרה בכל הנוגע לחקיקה דתית בישראל בתחומים שונים, ראה A. Rosen-Zvi, "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 **Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht** (1986) 213, 239, 244.

חלק שלישי

מאפייני השיטה ומחירם — תוצאות הפיצול הכפול והתופעות הנלוות

פרק ראשון

במישור הדין

1) ברירת פורום לפי התוצאות

§78. כבר ראינו כי פיצול השיפוט, הגורר אחריו גם פיצול שבדין, מעניק, לעיתים, לציבור המתדיינים, מרחב של תמרון לשם השגת התוצאה הרצויה. בעניינים מסוימים ובתנאים שונים מעמידה השיטה הישראלית את חופש הבחירה של ערכאת השיפוט לבני הזוג. בני הזוג מנצלים את האפשרות על־פי הערכת הסיכויים שלהם בכל אחת מערכאות השיפוט, בנסיבות הנתונות. נבחן את הבסיס להערכת סיכויים אלה הן בכל הנוגע לסטאטוס עצמו, והן בכל הקשור לגילויו השונים.

א) ענייני סטאטוס

א1) קידושין פרטיים, נישואי תערובת ונישואין אזרחיים

§79. בדרך כלל עניינים הנוגעים לסטאטוס, כגון, ענייני נישואין וגירושין, מסורים לסמכותם הייחודית של בתי־הדין הדתיים. לכאורה, נשללת ברירת השיפוט מן הצדדים, אולם מסקנה זו היא גורפת מדי; קיימים מקרים, שבהם נשאר לצדדים נתיב של ברירה בין הערכאות השונות.

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

בית־הדין הרבני לא יכיר לעולם בנישואי תערובת כשאחד מבני הזוג הוא יהודי. בעיני בית־הדין אין שום נַפקוּת למקום עריכת הנישואין או לזיקותיהן הזרות של הצדדים. בית־המשפט האזרחי, לעומת זאת, יחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי[1].

גם יחסו של בית־הדין הרבני לנישואין אזרחיים של יהודים שנערכו בחו״ל — אינו מושפע מכללי המשפט הבינלאומי הפרטי. כאשר עומד בית־הדין הרבני לפני השאלות, אם להכיר בתקפות הנישואין או להצהיר על בטלותם, או לחייב או לכפות גט על צדדים לקשר נישואין כזה — הכרעתו תיפול במסגרת יישומו של הדין הדתי, והוא לבדו, בנסיבות כל מקרה[1א]. לא כך בית־המשפט האזרחי, אשר יחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי[1ב].

השאלה אם בית־הדין הרבני מוסמך לדון בשאלת תוקפם של נישואין אזרחיים, שנערכו מחוץ לישראל, לא הוכרעה עדיין. אולם, כאשר הצדדים מקיימים את זיקות השיפוט הנדרשות בעת הדיון, מוסמך בית־הדין לדון בתביעת הגירושין[2]. כאשר העילה הרלבנטית בכל ההקשרים של הדיון בבית־הדין היא פסילת הנישואין האזרחיים, צודקת הטענה כי, הלכה למעשה, ההבחנה בין הצהרה על תוקף הנישואין לבין הדיון בתביעת הגירושין היא קלושה[3].

א2) זכויות ממוניות ורכושיות בנישואין אזרחיים

§80. זכויותיהם הממוניות והרכושיות של צדדים לנישואין אזרחיים והכרה אינצידנטלית במעמדם האישי יהיו תלויים במובהק בערכאה שבה תתברר התביעה. בית־הדין הרבני יימנע, בדרך כלל, מהענקת זכויות מכוחם של נישואין אזרחיים. בית־המשפט המחוזי, המכיר בתוקף הנישואין מכוחם של כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ירכיב את הדין האישי החל על הצדדים על ההכרה האזרחית בתוקף הנישואין ויורה על תשלום המזונות[4].

1. ראה לעיל פסקה 43.

1א. ערעור תשל״ג/217, תשל״ד/61, פד״ר ט 352, 355, בית־הדין יבדוק כל מקרה ״לגופו של עניין ומצב בני הזוג המקום והזמן, ואין פסק־דין אחד על מקרה מסוים יכול להשפיע על מקרה אחר אפילו בדומה לו, כי הכול לפי ראות עיני הדיין בנידון״; ראה גם אצל א׳ ג׳ אלינסון, **נישואין שלא כדת משה וישראל** (תשל״ז) 180־181.
בית־הדין פטור מן החובה להיזקק לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ראה ע״א 238/53 **כהן ובוסליק נ. היועץ המשפטי**, פ״ד ח 4, 19; בג״צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ״ד יח (1) 598, 620־621, 628־629; בג״צ 73/66 **זמולון נ. שר הפנים**, פ״ד כ (4) 645, 667: ״בית־המשפט מדריך עצמו על־פי כללי המשפט הבינלאומי הפרטי המקובלים במשפחת העמים ובית־הדין הרבני תובע תוקף אוניברסלי לדין תורה״.

1ב. ראה לעיל פסקה 43.

2. בג״צ 3/73 **כהנוף נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ״ד כט (1) 449; 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; ע״א 592/83 **פורר נ. פורר**, פ״ד לח (3) 561, 567־568.

3. פ׳ שיפמן ״על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה״ **משפטים** טז (1986) 212, 222.

4. ע״א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ״ד ח 141; ע״א 173/69 **בכר נ. בכר־גולדברג**, פ״ד כג (1) 665; **הלכת פורר, לעיל הערה 2**; ע״א 566/81 **שמואל נ. שמואל**, פ״ד לט (4) 399, 403־404. ראה גם לעיל פסקה 43.

יתר על כן, הזכות הנובעת מן המשפט האזרחי תעמוד לבן הזוג לא רק על אפו ועל חמתו של הדין הדתי, אלא למרות פסיקה נוגדת של בית־הדין הרבני. דחיית תביעה למזונות בבית־הדין הרבני בעטיָם של נישואין אזרחיים, לא תשמש מעשה בית־דין בתביעה אזרחית, שתוגש לבית־המשפט המחוזי. בית־המשפט קבע, כי למרות הזהות בסעדים הנדרשים, שונות הן העילות בכל אחת מן הערכאות[5].

אולם, כאשר הסמכות הייחודית בעת הדיון מוקנית לבית־הדין הרבני, עשויה החלטתו לחרוץ את גורל התביעה גם בבית־המשפט האזרחי. בית־המשפט מחיל על קטע זה של מערכת הזכויות והחבויות את הדין הדתי. חיוב בגט או כפייתו, ואולי אף הצהרה על בטלות הנישואין, תהווה עילה מספקת לפקיעת החובה למזונות גם בבית־המשפט האזרחי. בית־המשפט האזרחי יתייחס לפסק־הדין הרבני כלעובדה חדשה, העשויה לשנות את התוצאה המשפטית. וזאת אפילו יצא פסק־דין קודם למזונות מלפני בית־המשפט. אולם פסק־הדין הרבני ייראה כצופה פני עתיד בלבד, ותחולתו כמעשה בית־דין תהיה מכאן ואילך בלבד. המשמעות ההצהרתית הכלולה בו לא תחייב את בית־המשפט. רק המשמעות הקונסטיטוטיבית תהיה מחייבת מכאן ואילך בלבד[6].

השאלה, מהו היקף הפסיקה המחייבת של בית־הדין הרבני, דהיינו: האם פסיקתו של בית־הדין תחייב את בית־המשפט האזרחי בכל מקרה ועל בסיס כל עילה, ואפילו העילה היחידה להכרעה היא אזרחיותם של הנישואין, לא הוכרעה ונשארה פתוחה עד היום[7]. אולם צריך לזכור, כי בית־הדין הרבני הוא הערכאה המוסמכת ייחודית להתיר את קשר הנישואין. שלילת התוקף מפסיקתו, תהפוך את הנישואין האזרחיים ל׳נישואין קתוליים׳[8]. בינתיים תופר בית־הדין כיסי הנמקות רחבים ל׳פסילת׳ הנישואין האזרחיים כדי שלא להיוותר עם הנימוק של הנישואין האזרחיים לבדו[9]. תגובתו של בית המשפט האזרחי לטקטיקה זו אינה אחידה. לעיתים הוא נתפס לנקודת התורפה וחושף את המניעים האמיתיים של בית־הדין[10]. במקרים אחרים הוא מניח את בית־הדין בחזקתו או נותן הכשר לפסיקתו[11].

5. הלכת בכר, לעיל הערה 4.

6. ע״א 571/69 כהנא נ. כהנא, פ״ד כד (2) 549; הלכת פורר, לעיל הערה 4; הלכת שמואל, לעיל הערה 4, בע׳ 404־405. ראה גם פ׳ שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ״ד) 254 — 265; פ׳ שיפמן, לעיל הערה 3, בע׳ 223 — 227; א׳ מעוז ״נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל״ עיוני משפט ה (1976) 186, 200 — 206.

7. ראה האסמכתאות לעיל בהערה 6. דיון בשאלה זו ראה להלן בפסקה 340.

8. א׳ לבונטין, נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (תשי״ז) 32; ראה גם פ׳ שיפמן, לעיל הערה 3, בע׳ 223.

9. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1א; הלכת שמואל, לעיל הערה 4. בבג״צ כהנוף, לעיל הערה 2, סמַך בית־המשפט על הצהרת בעל הדין, כי לא יסמוך על הנישואין האזרחיים כעילה בלעדית להתרת הקשר.

10. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1א, בע׳ 616.

11. הלכת שמואל, לעיל הערה 4, בע׳ 404־405. וראה פ׳ שיפמן, לעיל הערה 3, בע׳ 223 ואילך. לדעתו מה שנראה כאימוץ מיתמם של הפסיקה הדתית על ידי בית־המשפט, מהווה למעשה אימוץ גישה ליברלית ומתקדמת כלפי גירושין (גירושין ללא אשם) (שם בעמ׳ 225).

א3) התרת נישואין

§81. גם בסוגיית התרת נישואין יש לערכאה המוסמכת השפעה מכרעת על התוצאה המשפטית. ברוב המקרים הסמכות הייחודית מוקנית לבית־הדין. אולם באותם עניינים שהסמכות תלויה 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 לחסד[12]. כך, למשל, בנישואי תערובת, שאחד מבני הזוג השותפים להם הוא יהודי תהיה ההפנייה לבית־הדין הרבני בבחינת חריצת דין חד־משמעית לבטלות הנישואין.

ב) עניינים נלווים

במהלך הדיון בסוגיית פיצול הדין נָתַנו את הדעת לעניינים רבים במישור הכללי, שבהם יוכרעו תוצאות ההתדיינות על ידי בחירת הפורום. לא נחזור על אלה. נבחן כאן בעיקר סוגיות פרטניות, שבהן יכריע הפורום את התוצאה המשפטית.

ב1) החזקת ילדים וחינוך ילדים

§82. מערכת שונה של ערכים והשקפות עולם מנחה את בית־הדין לעומת בית־המשפט בסוגייה זו. בית־הדין מעניק משקל רב לשאלות מוסריות, כפי שהן נתפשות בעיני הדין הדתי, ולהשקפת העולם הדתית. משום כך, תינתן במקרים רבים העדפה לחינוך דתי ולבן הזוג המבטיח אורח חיים דתי[13].

ב2) ענייני מזונות

§83. אחד מן העניינים הנידונים בתדירות רבה בערכאות השיפוט, והמשפיעים על אורח החיים של כל אחד מבני הזוג ועל כוח המיקוח שלהם, הוא סוגיית המזונות. למרות הזהות בדין המהותי קיימים הבדלים לא מבוטלים בין בית־הדין הרבני לבין בית־המשפט המחוזי בסוגייה זו. הסיבות להבדלים ולשוני האפשרי בתוצאה הסופית של ההתדיינות נובעות, בין היתר, מן הטעמים הבאים:

1) שיעור המזונות הנפסק בבתי־הדין הרבניים נמוך יותר, בדרך כלל, מן המקובל בפסיקת בתי־המשפט המחוזיים[14].

12. פ' שיפמן, לעיל הערה 6, בע' 188 — 191. על תופעה דומה במצב המשפטי, שקדם לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט־1969, ראה בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ. שר־הפנים, פ"ד יז 225, 250־251.

13. ראה לעיל פסקה 69.

14. "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 1984** (המוסד לביטוח לאומי האגף למחקר ולתכנון, ירושלים, יוני 1985) 5.
במחקר נבדקו כ־7000 תיקי מזונות. העובדה שהכנסת הנתבע לא הובאה בחשבון במסגרת המחקר אינה פוגמת במהימנות ממצאיו, הואיל והמדובר בשכבה חברתית הומוגנית יחסית. גם העובדה

2) הצמדת דמי המזונות בבית־הדין, כאשר הבעל שכיר, היא לתוספת היוקר, בעוד שבבית־המשפט ההצמדה כיום היא תמיד למדד יוקר המחיה[15].
תביעה בבית הדין פועלת, איפוא, לרעת האשה מבחינה זו ומיטיבה עם הבעל. במיוחד נודעת חשיבות לדבר בשיעורי אינפלציה בינוניים וגבוהים. אולם גם בשיעורים מתונים של אינפלציה נודע משקל להפרש המצטבר במשך תקופות ארוכות.

3) משך דיון ארוך יותר בבית־הדין הרבני, הפועל לטובת החייב במזונות ופוגע בזכאית, האשה, שהיא הצד החלש יותר[16].

4) 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.

5) 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. הדבר 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.

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

7) 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 לפני אפשרות של הפחתת מזונות בערכאה האזרחית[17].

שהמדובר באוכלוסייה בעלת חתך חברתי מסוים, דהיינו העשירונים התחתונים בחברה הישראלית, אינה פוגמת במסקנות שניתן להסיק מן הממצאים. להיפך, הדבר עשוי ללמד כי בתי־המשפט נענים יותר גם לאותן נשים מן השכבות הנזקקות של האוכלוסייה, 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 בבתי־המשפט המחוזיים: שני שלישים לעומת שליש. ראה לוח 7, ע׳ 10 למחקר הנ״ל).

15. ראה דו״ח המוסד לביטוח לאומי, לעיל הערה 14, בלוח 7, ע׳ 10, המלמד כי 91.6% מפסקי־הדין למזונות של בתי־המשפט המחוזיים, שנבדקו במחקר, כללו הוראת הצמדה למדד 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. כן ראה, הרב ש׳ דיכובסקי ״בעיות בהצמדת דמי מזונות במציאות הכלכלית של ימינו״ הרצאות בכינוס העשרים ושבע לתורה שבעל־פה (תשמ״ו) צג.

16. ראה בעניין זה, א׳ רוזן־צבי ״מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי״ זכויות האדם בישראל קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח ז״ל (1988) 109, 131־132.

17. ראה ע״א 259/75 שטראוס נ. שטראוס, פ״ד ל (2) 358, וראה להלן פסקה 483. לשם הדגמה: עליית מדד, גם אם היא מסחררת, אינה מצדיקה את הפחתת המזונות בבית־המשפט, ראה ע״א 177/81 גלעדי נ. גלעדי, פ״ד לו (3) 179. בבית־הדין הרבני נפסק, לעומת זאת, כי תנודות מחירים

8) דיני הראיות מכבידים יותר על התובעת, האשה, בבתי־הדין הרבניים[18]. 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 מכוח המיקוח שלה במסגרת המשא־ומתן לגירושין. ממילא עולה כוח המיקוח של הבעל. נוצר, איפוא, לחץ בלתי הוגן על האשה, שהיא, בדרך כלל, הצד החלש מבחינה כלכלית, לקבל את התנאים המוצעים על ידי הבעל.

ב3) עניינים רכושיים

§84. אם בענייני מזונות, למרות הזהות בדין המהותי, עשוי הדיון בכל אחת מערכאות השיפוט השונות להניב תוצאות שונות, על אחת כמה וכמה — בעניינים רכושיים. הסיבות לכך נובעות, בין היתר, מן הטעמים הבאים:

1) בעניינים הנוגעים ליחסי ממון בין בני זוג אין בית המשפט האזרחי נזקק לדין הדתי. הוא מחיל את הוראות דיני החוזים והקניין גם על מערכת יחסי הממון והרכוש בין בני זוג. לעומתו, דן בית־הדין הרבני בעניינים אלה על־פי הדין הדתי.

אמנם ראינו, כי יחסי הממון בין בני זוג בהידונם בבית־המשפט האזרחי אינם נכללים בגדר המושג 'ענייני נישואין'. אף־על־פי־כן, רשאי בית־הדין, בדונו בעניין שבסמכותו, להחיל את הדין הדתי גם בעניינים הנוגעים ליחסי ממון בין בני זוג, כחלק מן הדין הדתי הכולל המחייב אותו. כך הוא רשאי לנהוג כל עוד אין הוראת חוק אזרחית כלשהי מופנית גם אליו ומחייבת אותו. בעניינים הנוגעים ליחסי ממון בין בני זוג, כפוף בית־הדין למשפט האזרחי רק באותה מידה המתחייבת מחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951[19].

עקב פיחותים עשויות להיחשב כיוקר בלתי שכיח המצדיק את הפחתת המזונות, אלא אם כן ניתן לראות את המתחייב כמי שהסכים מראש או שסבר וקיבל, ראה תיק 10663/לו, פד"ר י 363, 382.

18. הרב ע' יוסף "חובת ההוכחה בדיני מזונות — על הבעל או על האשה" **הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה** (תש"ל) יד. ראה עוד א' רוזן־צבי "הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות — הצורך בגישה חדשה" **הפרקליט** לח (1989) 338, 353־354, 357־358. בע' 357: "בתחום 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, ראה גם השופט ש' לוין בע"א 246/81 **גוטהלף נ. גוטהלף**, פ"ד לו (4) 673, 681.

בית־המשפט האזרחי אינו כפוף לדיני הראיות של הדין הדתי, ראה ע"א 26/51 **קוטיק נ. וולפסון**, פ"ד ה 1341, 1344.

19. על הסוגייה הנידונה בפסקה זו, ראה **לעיל** פסקאות 70־71.

2) כן ראינו, כי בית־המשפט פיתח דינים מיוחדים הנוגעים להסדרת היחסים הרכושיים בין בני הזוג, כגון הלכת השיתוף[20]. לא כן, בית־הדין הרבני. בבית־הדין לא נוהגת הלכת השיתוף בנכסים, הפועלת בדרך כלל לטובת האשה[21]. בית־הדין נוהג לפסוק בדרך כלל על בסיס הבעלות הרשומה בנכסים[22].

3) בעקבות מסירת יחסי הממון בין בני זוג, הנידונים בבתי־המשפט, לשליטתו של המשפט האזרחי, מחילים בתי־המשפט גם את הוראות חוק המתנה, תשכ"ה־1965, על מערכת היחסים בין בני זוג:

> "יחסי הממון בין בני זוג, ותוקף המתנות בכלל זה, אינם נכללים במסגרת 'ענייני הנישואין' כאמור בחוק שיפוט בתי־דין רבניים ואין תחולתו של הדין האישי משתרעת עליהם"[22א].

בבית־הדין הרבני, לעומת זאת, מקובל להחיל דיני מתנה מיוחדים הנוהגים בין בני זוג. הכוונה היא לדין המסדיר החזרת מתנות, שניתנו על ידי אחד מבני הזוג למשנהו בנסיבות מסוימות, על בסיס עילות שונות ובקרות אירועים מסוימים[23].

פועלו של יישום דין החזרת המתנות הִנו בדרך כלל לטובת בן הזוג בעל האמצעים, הנותן, ולרעת המקבל. ממילא בנסיבות ימינו נפגעת בדרך כלל האשה מיישום הדין האמור בבתי־הדין הרבניים.

4) בית־הדין הרבני ממשיך לפסוק בפועל בעניינים מסויימים על־פי מוסדות משפטיים שבדין העברי, שלדעת בית המשפט הגבוה לצדק אינם מהווים עוד חלק מן המשפט הנוהג בישראל[24].

ב4) הסכמים בין בני זוג

§85. כבר ראינו, כי הדין החל על הסכמים בין בני זוג משתנה מערכאה לערכאה. בית־המשפט המחוזי מחיל בעיקר את הוראות המשפט האזרחי, דהיינו את דיני החוזים, ואילו בית־הדין הרבני מחיל בעיקר את הדין הדתי[25].

יתר על כן, כוחה של טענת שלום בית עשוי לעמוד בבית־הדין הרבני כנגד חובת הביצוע של הסדרים ממוניים ורכושיים הכלולים בהסכם גירושין חתום ומאושר כדין. אם תתברר שאלת

20. ראה לעיל פסקה 70 סמוך להערה 7.

21. ראה בג"צ 323/81 וילוז'ני נ. בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 733, 738 — 740, ראה גם מ' שאוה, הדין האישי בישראל (מהדורה שנייה, תשמ"ד) 197 — 203.

22. א' רוזן־צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 125־126. ראה תיק 3519/תשי"ב, פד"ר א 113; ערעור תשכ"א/116, פד"ר ד 193; ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד 289.

22א. ע"א 384/88 זיסרמן נ. זיסרמן, פ"ד מג (3) 205.

23. על דין החזרת מתנות, כולל אסמכתאות מן הפסיקה הרבנית בישראל, ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 22, בע' 146 — 148.

24. כך, למשל, בנוגע לפירות נכסי מילוג וההשלכות הנודעות לכך על הקטנת היקף המזונות המגיעים לאשה, ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 22, בע' 134 ואילך. בע' 136 ה"ש 47 שם, מפורטת פסיקה רבנית המפטירה כדאשתקד, כאילו הלכת פירות נכסי מילוג היא עדיין חלק מן המשפט הנוהג בישראל.

25. ראה לעיל פסקאות 70־71.

ביצוע ההסכם לפני בית־הדין, עשוי הצד המפר את ההסכם לצאת וידו על העליונה[26]. בתי־המשפט, לעומת זאת, פסקו בעבר כי הסדרי גירושין, אם לא הותנו בביצוע מעשה הגירושין עצמו, עומדים לעצמם ומחייבים את הצדדים להסכם למרות אי קיום ההתחייבות לגירושין[27].

ב5) פירוק שיתוף במקרקעין ובמיטלטלין

§86. בית־הדין הרבני ידון בתביעה לפירוק שיתוף במקרקעין ובמיטלטלין בין בני זוג במסגרת הדין הדתי החל עליו, ואילו בית־המשפט האזרחי[28] יחיל את הוראות הדין האזרחי[29]. לא הרי הוראות חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, או הוראות חוק המיטלטלין, תשל"א־1971, המסדירים את אופן פירוק השיתוף, כהרי הוראות הדין הדתי בסוגייה 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, במסגרת תביעה לשלום בית, להוציא 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 הצו[30].

26. התחייבויות הנובעות ישירות מביצוע הגירושין, אין להן תוקף במקרה של חזרה מן ההסכמה לגירושין וכל עוד לא בוצעו הגירושין, ראה ערעור תשל"ה/26, פד"ר י 115, 139—141; כן ראה תיק 13627/לו, פד"ר יא 89, 93, הפוסק כי הסכם גירושין ותנאיו לא יעמדו בפני טענת שלום בית. בתיק 447/מב (בית־הדין הרבני האיזורי באשדוד) פסק דין מיום 23/6/82 (לא פורסם), הובהרו התנאים לביטול תוקף ההסכם. נקבע שם, כי אם צד חוזר בו מהסכם הגירושין בהיותו מעוניין בשלום בית, הרי לגבי אותם תנאים כספיים שטרם בוצעו — ואם אין הגירושין באים מתוך כפיה או חיוב — בטל תוקפו של ההסכם ואין לבצעו.
ראה גם המקורות להלן בהערה 27. מהעדר החיוב בגירושין ומחוסר האפשרות להתחייב לגירושין עצמם נובע גם שבמקרה של חרטה אין לחייב את קיום התנאים הממוניים.

27. ע"א 757/70 **אורבוך נ. אורבוך**, 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 ראה 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 לגירושין במקרה של טענת שלום בית, ראה תיק 9328/מז (בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק־דין מיום 11/11/87.
על סוגייה זו ראה גם להלן פסקאות 438—447.

28. בדרך כלל בית־משפט השלום. כאשר תביעת הפירוק הִנהּ חלק מתביעת פירוק כלל הנכסים בין בני הזוג, יהיה בית־המשפט המחוזי מוסמך לדון גם בתביעת פירוק השיתוף במקרקעין במסגרת סמכותו הכוללת, ראה ע"א 472/83 **אריאלי נ. אריאלי**, פ"ד מא (3) 200.

29. ראה בר"ע (ת"א) 1809/82 **פפרמן נ. פפרמן**, פסקים תשמ"ג ב 338, 342; ע"א (חי') 222/84 **אילון נ. אילון**, פסקים תשמ"ה ג 406; ע"א (חי') 150/85 **דרעי נ. דרעי**, פסקים תשמ"ד ג 449.

30. ראה, בין היתר, תיק 9328/מז (בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק־דין מיום 11/11/87; החלטות דומות שיצאו מלפני אותו הרכב ראה תיקים 6348, 9724/מה, פסק־דין מיום 21/2/86; תיקים 1514, 1515, 2272/מו, פסק־דין מיום 16/4/86; תיק 5667/מו, פסקי־דין מיום 4/6/86 ו־19/6/86. כן ראה, הרב ש' דיכובסקי "בתי־דין

ב6) צווי מניעה בעילת שלום בית

פתח דבר

§87. טענת שלום בית היא אחד משורשי השוני בתוצאות ההתדיינות בין בתי־הדין לבתי־המשפט בעניינים רבים, כולל בשני העניינים שעסקנו בהם בשתי הפסקאות הקודמות: סוגיית ההסכמים בין בני זוג וסוגיית פירוק השיתוף בנכס המשותף לשני בני זוג, בעיקר דירת מגורים.
תביעה לשלום בית היא בגדר 'ענייני נישואין' ומסורה לסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני[31].

עמדת בית־הדין הרבני והפרקטיקה הנהוגה בו

§88. בית־הדין הרבני נוקט גישה מרחיבה באשר לכוחו ולסמכותו במסגרת תביעה לשלום בית. בית־הדין רואה עצמו מוסמך להסדיר מכלול רחב של עניינים שונים, כולל יחסי ממון, במסגרת תביעה לשלום בית:

> "הדרך לשלום בית עוברת במסדרון היחסים הממוניים של בני הזוג, ומשום כך מוסמך בית־הדין, בתביעה לשלום בית, להסדיר את יחסי הממון שבין הצדדים"[32].

כך ניתן להסביר צווים המוצאים על ידי בתי־הדין והאוסרים החלפת מנעול בדירה, או הכנסת קרובי משפחה לדירה, על ידי אחד מבני הזוג. במקרה אחד, למשל, הוציא בית־המשפט המחוזי צו האוסר את כניסתו של הבעל לדירה. מאוחר יותר החליט בית־הדין הרבני לקבל את תביעת הבעל לשלום בית. בעקבות פסיקה זו, חויבה האשה על ידי בית־הדין להכניס את הבעל לדירה ולהימנע מהחלפת מַפתח הדירה. בית־המשפט המחוזי, שנתבקש על ידי הבעל לדון מחדש בעניין לאור החלטת בית־הדין הרבני, ראה בפסיקת בית־הדין שינוי נסיבות, אשר שולל מן האשה את זכותה למזונות (כולל מָדוֹר). בשל כך ביטל את הצו האוסר כניסת הבעל לדירה, שמקורו בחובת המזונות המוטלת על הבעל[33].

רבניים־ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג־יד (תשמ"ו־תשמ"ח) ז, יד־טו; הרב ש' דיכובסקי "סמכות בתי־הדין הרבניים בראי פסיקת בתי־הדין" **דיני ישראל** י־יא (תשמ"א־תשמ"ג) ט, יד־יט; הרב ש' דיכובסקי "תחומי החיכוך בין בתי־הדין הרבניים לבתי־המשפט האזרחיים" **הרצאות בכינוס הארצי השלשים לתורה שבעל־פה** (תשמ"ט) כז.

31. ביד"מ 1/50 **סידיס נ.** יו"ר **ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ח 1020, 1031־1032; בג"צ 49/57 **כהן נ. כהן**, פ"ד יא 1195; ע"א 185/66 **כברה נ. כברה**, פ"ד כ (4) 864, 867; בג"צ 254/81 **נעים נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד לו (2) 205, 207; ע"א 174/83 **סוחר נ. סוחר**, פ"ד לח (2) 77, 82.

32. הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (**דיני ישראל** י־יא), בע' יז; הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (**תורה שבעל־פה**).

33. בבית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, תיק 1264/לט (לא פורסם). בבית־המשפט המחוזי בת"א־יפו, מ"א (ת"א) 1300/78 **אברהם נ. אברהם** (לא פורסם). על פרשה זו ראה הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (**דיני ישראל** י־יא), בע' טו־טז. אפשרות אחרת, שעמדה לפני בית־המשפט המחוזי, היתה להתעלם מן הצו של בית־הדין הרבני בשל הסתירה בינו לבין פסק־דינו של בית־המשפט

מידת חוקיותם של צווי עיקול, שהוצאו על ידי בית־הדין במסגרת עילת שלום בית, ושעניינם מניעתה, ביטולה, עיכובה או דחייתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין שהוגשה בבית־משפט השלום, לא נידונה עדיין במפורש, בכל היקפה, בבית־המשפט העליון. השאלה גם לא הועמדה להכרעתו המפורשת של בית־המשפט המחוזי. שופטים שונים של בית־משפט השלום, בדונם בתביעה לפירוק שיתוף בנכס משותף לבני הזוג, התעלמו מצווים כאלה, שיצאו מלפני בית־הדין לבקשת הנתבע בתביעת הפירוק. בתי־המשפט ראו את הצווים כבטלים מעיקרא בשל חוסר סמכות[34].

ידוע לנו כי בתי־המשפט, במסגרת סמכויותיהם בחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז־1967, נוהגים לעיתים להורות לראש ההוצאה לפועל או למוציא לפועל להימנע מביצוע עיקול, שהוטל על ידי בית־הדין במסגרת תביעה לשלום בית במטרה לסכל תביעה לפירוק שיתוף, הנידונה כדין בבית־משפט השלום.

בהקשר חלקי, קיימת כבר הלכה פסוקה. כאשר תביעת העיקול לבית־הדין מוגשת על ידי הבעל והיא מתייחסת, כמובן, לחלקה של האשה בנכס, פסק בג"צ, כי אין בית־הדין מוסמך להטיל עיקול על נכסי האשה לשם הבטחת שלום בית; הדבר עומד בסתירה להוראות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951[35].

§89. בעת האחרונה נוצרה פרקטיקה בבתי־הדין הרבניים של שימוש במוסד שלום הבית לשם השגת צו המַצֵר את חירות היחיד. הכוונה לצווים המוצאים על ידי בתי־הדין הרבניים בעילת שלום בית ומעכבים את צאתו של בן הזוג הנתבע מן הארץ, או אוסרים על הנתבע, הבעל או האשה, להיפגש עם צדדים שלישיים, מאהב או מאהבת. כך, למשל, קבע בית־הדין הרבני הגדול:

> "בית־הדין מוצא כי מכיוון שאין טענה מוכחת נגד האשה, והיא אכן צודקת כשתובעת שלום בית, הרי ממילא אסור לבעל להיפגש עם פילגש, ולפי

המחוזי. במקרה כזה לא היה בית־המשפט המחוזי מקיים את החלטת בית־הדין הרבני בשל פגיעתה בעיקרון הכיבוד ההדדי שבין הערכאות. לעניין אחרון זה, ראה בג"צ 706/80 **סופר נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד לה (3) 13.

34. ת"א 35161/85 **מילדנברג נ. מילדנברג** (בית־משפט השלום בתל־אביב־יפו, השופט י' גלין), פסק־דין מיום 28/9/86, הדוחה נפקותו של צו עיקול על דירה, שיצא מלפני בית־הדין הרבני בעילת שלום בית (בתיק 5667/מו, לעיל הערה 30), כלפי תביעת פירוק הנדונה בבית־משפט השלום. כן ראה החלטתו של אותו בית־המשפט בת"א 3738/87 **שנדור נ. שנדור**, מיום 4/2/88. מכל מקום, אם החלטת בית־הדין ניתנת לאחר הדיון בבית־משפט השלום והיא סותרת את החלטת בית־משפט השלום, אין לקיימה בשל פגיעתה בעיקרון הכיבוד ההדדי שבין הערכאות. לעניין אחרון זה, ראה הלכת **סופר**, לעיל הערה 33.

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. ראה פרשת **אילון**, לעיל הערה 29, בע' 411־412. במקרה זה לא צוין אם בית־הדין הרבני הוציא צו עיקול על הדירה, מושא תביעת פירוק השיתוף, למימוש פסק־הדין בעניין שלום בית; השאלה, אם סיכוי לשלום בית בין בני זוג מהווה שיקול לגיטימי במסגרת תביעה לפירוק שיתוף של דירת בני הזוג, הושארה בצריך עיון על ידי השופט טירקל בע"א 753/82 **פלונית נ. פלוני**, פ"ד לו (4) 626, 629.

35. בג"צ 185/72 **גור נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד כו (2) 765.

כל הדעות המשך יחסים אלו... מערערים את שלום בית, או על כל פנים פועלים שהפרת שלום הבית תימשך, וזה גורם מכריע להפרת שלום הבית. וכל גורם שמפריע לשלום בית בין איש לאשתו מסור לשיפוטו של בית־הדין, כי כל זה הוא חלק מחיובי הבעל לאשתו, והיא חלק מחיובי הכתובה, ובסמכות בית־הדין לתת צווים כראות עיניו"[36].

צווים מסוג זה הפכו חיזיון נפרץ עם תיקונו של חוק בתי־דין דתיים (כפיית ציות), תשט"ז־1956, המקנה לבית־דין רבני, הדן בעניין שבשיפוטו, את כל הסמכויות הקבועות בסעיפים 6 ו־7 לפקודת ביזיון בית־המשפט בשינויים המחויבים[37]. תיקון החוק איפשר אכיפת צווים כאלה באמצעות זרועות האכיפה המשפטיות — הוצאה לפועל — והמשטרתיות. הזוכים בצווים כאלה עושים שימוש מרתיע במשטרה. דרך זו מאפשרת הפעלת לחץ מצד המבקש על הנתבע — לשם השגת תנאי הסדר נוחים יותר.

עתירות, התוקפות את סמכותו של בית־הדין להוצאת צווים כאמור ומערערות על מידת תוקפם של צווים כאלה, לא הגיעו לכלל הכרעה בבג"צ[38].

ההנמקה לגישה המרחיבה של בית־הדין מתבססת הן על תפיסת המושג שלום בית והן על היקף סמכותו של בית־הדין והתוכן שמן הראוי ליצוק בסמכות זו.

תפיסת המושג שלום הבית ותכליתו

§90. **אשר לתפיסת המושג, שלום הבית משרת שלוש תכליות עיקריות:**

1) הראשונה היא כללית ונוגעת לתכלית המעשה השיפוטי, לתפקידו של הדיין ולחובות המוטלות עליו.

2) השנייה, מתמקדת בתפקידה המיוחד של המשפחה בקהילה היהודית ובחובה לשמור על שלמות המשפחה.

3) השלישית, הטיעון של שלום בית משמש אמצעי להגנת האשה מפני בעלה במסגרת הנישואין.

תכלית המעשה השיפוטי היא הפשרה. עשיית שלום בית בין בעלי הדין היא חובתו העיקרית והראשונה במעלה של הדיין:

36. ערעור תשמ"ב/235, פסק־דין מיום ו שבט תשמ"ג, ניתן על־ידי הרבנים ע' יוסף, ש' מזרחי וא' שפירא (לא פורסם).

37. סעיף 7א לחוק.

38. ראה, 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 בירור. ראה הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (**דיני ישראל** יג־יד), בע' יד־טו.
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. ראה 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 מכוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953.

"כל בית־דין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח ועליו נאמר: 'משפט שלום שפטו בשעריכם'; איזהו משפט שיש עמו שלום? הווי אומר: זה ביצוע"[38א].

הדין העברי רואה עצמו מחויב בראש ובראשונה לשלום הבית[39]. שלום הבית הוא אינטרס ראשון במעלה של המשפחה[40] והוא בעל מעמד מיוחד בדיני המשפחה. לשלום הבית חשיבות מרכזית בעיצוב כללי ההלכה. הבטחת שלום הבית, מניעת "אֵיבה" בין הבעל לאשה, גררה אחריה קביעת עקרונות של הדדיות ואיזון במערכת הזכויות והחבויות הממוניות והרכושיות בין בני הזוג[41].

דינים רבים נקשרו בשמו של עיקרון זה ועוצבו כדי להגשימו. כך, למשל, מועדף אינטרס שלום הבית על פני ההיררכיה של הבעל[42]. על בסיס הגנת שלום הבית פטרו את האשה מאחריות כלפי בעלה במקרים מסוימים, והוגבל כוח הבעל כלפי אשתו[42א]. ניתן להיווכח כיצד התכלית של שלמות המשפחה משולבת בהגנת האשה במשפחה לשם השגת שלום בית.

בהיות שלום הבית עיקרון יסודי, הוא משליך על־פי תפיסה זו על עניינים שונים מתחום דיני המשפחה (כגון מזונות, זכות דיור, יחסי ממון) וגם על עניינים מעבר לתחום המיידי של דיני המשפחה. לשלום הבית ניתנת נפקות משפטית גם בהקשרים הלכתיים שמעבר

38א. רמב"ם, סנהדרין, כב ד. ראה גם טור, חו"מ, יב; שו"ע, חו"מ, יב ב. על הפשרה במשפט העברי ומקורות נוספים לעניין זה, ראה פסק־דינו של השופט אלון בע"א 807/77 **סובול נ. גולדמן**, פ"ד לג (1) 987, 1799ז — 802.

39. ערעורים לה/218, לו/290, פד"ר י 310, 313: "גלוי וידוע הוא כי דרכה של תביעת גירושין לעולם כך היא, שטרם היציאה למערכות המלחמה לגירושין, מקדימים בפתיחה לשלום". ראה גם דברי השופט מ' זילברג, ע"א 120/62 **מאירוביץ נ. מאירוביץ**, פ"ד טז 2514, 2517. כן ראה ע"א 328/67 **שרפסקי נ. שרפסקי**, פ"ד כב (1) 277; בר"ע 120/69 **שרגאי נ. שרגאי**, פ"ד כג (2) 171, 180־181; ע"א 14/75 **ברטל נ. ברטל**, פ"ד כט (1) 810.

40. "גדול שלום שבין איש לאשתו..." ראה חולין קמא א, שבת קטז א, סוכה נג ב, נדרים סו ב, מכות יא א; במדבר רבה, פרשה ט כ; ירושלמי, סוטה פ"א ה"ד; בהקשר אחר, ראה סנהדרין כב א וגיטין צ ב: "כל המגרש אשתו ראשונה אפילו מזבח מוריד עליו דמעות"; כן ראה, סוטה יז א: "איש ואשה זכו שכינה ביניהם לא זכו אש אוכלתן".

41. את הזכות למעשה ידי האשה תיקנו לבעל כנגד חובתו למזונותיה (ראה כתובות מז ב; רמב"ם, **אישות**, יב ד) **משום איבה** (ראה כתובות נח ב ורש"י שם ד"ה "מזוני עיקר"), דהיינו, כדי להסיר מכשול העלול לפגוע בשלום הבית אם האשה לא תקל על הבעל; גם מציאת האשה הועֻנקה לבעל משום איבה (ראה בבא מציעא יב ב, כתובות מז א וכן התוספות שם ד"ה "משום איבה", כתובות סו א בתוספות ד"ה "מציאתה") או, כלשון הירושלמי, משום קטטה (כתובות פ"ו ה"א); וראה ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 224 — 238.

42. ראה שו"ע, אבן העזר, עד י; רמב"ם, אישות, יג יד; רשאית אשה למנוע מבעל, למרות היותו בעל זכות הקניין הבלעדי, להזמין את קרוביו לדירת המגורים, אם בידה טענה, שהדבר עלול להפר את שלום הבית. להבחנה בין היקף זכותה של האשה לעומת זכותו של הבעל, ראה הגהת הרמ"א לשו"ע שם, המגיד משנה לרמב"ם שם. כן ראה לעניין זה הרב ש' אליעזרי "זכויות הבעל והאשה בדיור" **סיני** ספר היובל (תשי"ח) שלח; הרב י' קולין "בעניין החלפת מקום מגורים" **הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושבעה לתורה שבעל־פה** (תשמ"ו) נב.

42א. משום שלום בית תיקנו, שאשה ששברה כלים (קניין הבעל) בתוך הבית פטורה, רמב"ם, אישות, כא ט. משום שלום בית אין בעל יכול לנקוט צעדים משפטיים לבדוק אם האשה נטלה משלו, ירושלמי, כתובות פ"ט ה"ד.

לדיני המשפחה במובן הצר. לדעת מפרשים שונים, מאציל שלום הבית גם על חובותיה הדתיות של האשה הנשואה ועל מעמדה בקהילת עדת ישראל[43]. עיקרון זה משמש גם שיקול במסגרת השיקולים ההלכתיים הקשורים בקיום מצוות מסוימות[44].

מסגרת הסמכות בעיני בית־הדין הרבני

§91. אשר לעניין הסמכות, יוצא בית־הדין מנקודת המוצא, שלפיה "אין טעם לסמכות שהעניק המחוקק לביה"ד לפסוק שלום בית, כאשר אין בידי ביה"ד כל אמצעי מעשי לכך, וכאשר הצד שאינו מעונין בשלום יוכל ל'טרפד' את פסק־הדין באמצעים פשוטים: החלפת מנעול או הכנסת קרובי משפחה עוינים"[45].

עיקרון שלום הבית הוא חלק בלתי נפרד מן הדין הדתי. הואיל ושלום הבית הוכר כעניין של נישואין, ניתן לטעון כי על גבולותיו להיתחם על ידי הדין הדתי שבמסגרתו הוא כלול. כך נקבע, למשל, לגבי המונח 'תביעת גירושין' המפורט בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953[46].

גבולות סמכות בית־הדין בעילת שלום הבית

§92. גישה מרחיבה זו אינה מקובלת על בתי־המשפט. תחת מטריית הסמכות של עילת שלום הבית עשויים להסתופף צווים בלתי מוגבלים בעניינים שונים, החודרים לרשות הפרט ומתערבים בכל הליכותיו ובכל ענייניו ללא יוצא מן הכלל. את תחומו הלגיטימי של המושג 'ענייני נישואין' קובע בית־המשפט הגבוה לצדק כחלק מקביעת גדרי הסמכות של בית־הדין, המופקדת בידיו במסגרת סעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה. משום כך, דיו לעניין שלום בית הבא מן הדין של 'ענייני נישואין' להיות כנידון.

"התחומים של תביעה לשלום בית לא הוגדרו במדויק" בפסיקה הישראלית עד היום[47]. אולם, אי אפשר לומר שהפסיקה לא עשתה דבר. בית־המשפט דחה את הגישה המרחיבה והגורפת.

43. לדעת מפרשים שונים טעמים של שלום בית עשויים גם לעמוד ביסוד פטורה של האשה ממצוות עשה שהזמן גרמן, ראה אבודרהם, פירוש הברכות והתפילות, סדר תפילות של חול, השער השלישי (ברכת המצוות ומשפטיהם): "והטעם שנפטרו הנשים מהמצוות עשה שהזמן גרמא לפי שהאשה משועבדת לבעלה לעשות צרכיו. ואם היתה מחויבת במצוות עשה שהזמן גרמא אפשר שבשעת עשיית המצווה יצווה אותה הבעל לעשות מצוותו ואם תעשה מצוות הבורא ותניח מצוותו אוי לה מבעלה ואם תעשה מצוותו ותניח מצוות הבורא אוי לה מיוצרה. לפיכך פטרה הבורא ממצוותיו כדי להיות לה שלום עם בעלה. וגדולה מזו מצאנו שהשם הגדול הנכתב בקדושה ובטהרה נמחה על המים כדי להטיל שלום בין איש לאשתו".

44. ראה, בין היתר, רמב"ם, הלכות חנוכה, ד יד: "היה לפניו נר ביתו ונר חנוכה או נר ביתו וקידוש היום נר ביתו קודם משום שלום ביתו שהרי ה' נמחק כדי לעשות שלום בין איש לאשתו".

45. הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (דיני ישראל י־יא), בע' יח, בעקבות תיק 1264/ל"ט (לעיל הערה 33); הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 30 (תורה שבעל פה); על הסמכות בעיני בתי־הדין ראה גם לעיל הטכסט סמוך להערות 32, 36.

46. ע"א 155/83 ברמן נ. ברמן, פ"ד לח (2) 231, 233.

47. הלכת ברמן שם, בע' 207ה; הלכת סוחר, לעיל הערה 31, בע' 82.

במשך השנים הוציא בית־המשפט עניינים שונים מן המסגרת הלגיטימית של שלום הבית. צווים בענייני של מזונות והחזקת קטינים אינם מושא לתביעת שלום בית וגם אינם יכולים להיחשב, בדרך כלל, כטפלים לתביעה כזו. ענייני מזונות והחזקת קטינים נמנים במפורש ובנפרד בגדר ענייני המעמד האישי, ואין הם יכולים להיאסר חזרה על קרנות המונח הכללי 'ענייני נישואין' באמצעות עילת שלום בית[48].

בית המשפט המחוזי בתל־אביב הגיע להחלטה מרחיקת לכת עוד יותר, ולפיה:

> "אין בית־הדין מוסמך להוציא צווים בעניין רכוש הצדדים לא לפי החוק ואף לא אחרי הרחבת המונח 'נישואין'. בעניין של שלום בית מוציא בית־הדין הוראות לבעלי הדין אך אינו מתערב ברכושם"[49].

עמדה זו מצרה את הסמכות, מחד גיסא, אך בעת ובעונה אחת גם מרחיבה אותה באופן גורף, במסגרת של צווים אישיים, מאידך גיסא. היא צרה מדי ורחבה מדי, בעת ובעונה אחת. עם זאת, נראה לנו כי גרעינה של ההחלטה הוא נכון. ההחלטה ממשיכה את הקו של ההלכה הפסוקה, שהובאה לעיל, ותואמת את גישתה. כל אימת שבית־הדין מבקש באמצעות עילה אחת לפלוש לתחום ענייני מעמד אישי אחרים, המנויים באופן עצמאי ונפרד, הוא חורג מסמכותו. ראינו כי כך הוא לגבי עניינים, כגון מזונות, המוסדרים על ידי הדין הדתי. צו שלום בית אינו מעניק מרחב תמרון בלתי מוגבל או יד חופשית לבית־הדין להסדיר את כלל ענייני המעמד האישי, בין שהם ענייני מזונות ובין שעניינם החזקת ילדים.

§93. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים כלפי עניינים חוזיים ורכושיים בין בני זוג, שבעיקרם אינם מוסדרים על ידי הדין הדתי. עניינים חוזיים ורכושיים הוצאו ישירות על ידי הפסיקה מגדר המונח 'ענייני נישואין'. הם מצויים בסמכות המקורית של בית־המשפט האזרחי ומוסדרים, בדרך כלל, על ידי הדין האזרחי[50]. עניין שלום בית לא נמנה כשלעצמו, בנפרד ובמפורש, במסגרת ענייני המעמד האישי, המפורטים בסימן 51 לדבר המלך במועצתו; הוא נגזר, בדרך של פרשנות משפטית, מן המונח 'ענייני נישואין' ונספח אליו. לא ניתן, איפוא, להחדיר עניינים חוזיים ורכושיים בעקיפין לגדר המונח 'ענייני נישואין', באמצעות עילת המסגרת של שלום בית, לאחר שהוצאו ממנו ישירות.

במונח 'ענייני נישואין', לא התכוון המחוקק להניח לבית־הדין ל'תפוס' סמכות על עניינים אחרים ולהטיל עליהם את מרות הדין, המוחל על ידיו באמצעות עילת מסגרת של שלום בית, אשר מתרחבת או מתכווצת לפי הצורך. עניינים שאינם בסמכותו של בית־הדין — בין משום שאינם כלולים בסמכותו, בין משום שנתפסו קודם לכן ברשת הסמכות של בית המשפט, ובין משום שהצדדים לא העלו את התביעה בבית־הדין — לא מן הדין הוא שיהפכו להיות בני־ערובה של עילת שלום בית.

48. הלכת כהן, לעיל הערה 31. כן ראה הלכת ברמן, לעיל הערה 46. על הלכת העיקר והטפל, ועל שאלת עצם תחולתה של הלכה זו על בית־הדין הרבני בדונו ב'ענייני נישואין', ראה לעיל פסקה 37 הערה 62.

49. פסק־דין הרוב (מפי השופט מ' קנת) בע"א (ת"א) 159/69 גרינברג נ. גרינברג, פסקים עב 46, 54.

50. ראה לעיל פסקה 70.

ככלל, כל אימת שניתן יהיה להצביע על כך, שסוגיות מסוימות 'נשרו' מגדר 'ענייני נישואין'[51] או שהן מוסדרות על ידי הדין האזרחי ואינן נתונות לשליטתו הישירה של הדין הדתי ובתי־הדין הדתיים[52], לא ניתן יהיה לכפות את תחולת הדין הדתי או לאכוף את איסוריו בדרך עקיפין, באמצעות השימוש בעילת שלום הבית.

§94. יתר על כן, מה שהמשפט הישראלי מתיר — לא מן הדין שבתי־הדין הרבניים יאסרו על מי מבני הזוג באמצעות עילה זו או אחרת, כולל עילת שלום הבית. במקום אחד ראינו, כי לבית־הדין אין מוקנית סמכות לאכוף איסורים דתיים, אלא להסיק מסקנות משפטיות מהפרתם. בפסיקה הישראלית השתרשה ההבחנה בין כוחו של בית־הדין להסיק מסקנות מהפרתם של איסורים דתיים על ידי הצדדים, לבין חוסר סמכותו של בית־הדין לאכוף איסורים אלה על הצדדים ולכפותם עליהם[53]. בפרשת גולן הנזכרת[54] עומד בג"צ גם על עניין זה:

> "ברור שבית־הדין רשאי להוציא את כל המסקנות הנובעות על־פי הדין מהעובדה שהעותרת, שהיא אשת איש, מקיימת יחסי אישות עם גבר אחר. אולם לא מצאנו בסיס מבחינה משפטית עליו ניתן להשתית צו מניעה כפי שניתן במקרה דנא".

גם בהקשר זה, אין בכוחה של עילת שלום הבית לפתוח לבתי־הדין את הדלת שננעלה בפניהם. שלום בית אינה מילת קסם, הפותחת את דלתות כל הסְעדים ביחסים בין בני זוג.

§95. אכן בעניין אחד שנידון לפני בית־המשפט הגבוה לצדק הוא דחה ניסיונות של בית־הדין להחזיר לעצמו בעקיפין, באמצעות שימוש בעילת שלום בית וקביעת סעדים רחבים בגדרה של עילה זו, את הסמכות שהוצאה ממנו בדלת הראשית. במסגרת זאת בוטל צו עיקול על נכסי אשה, שהוציא בית־הדין להבטחת שלום בית[55].

בג"צ גם ביטל צו עיכוב יציאה מן הארץ שניתן לשם הבטחת שלום בית[56]. על פסק־דין זה נמתחה ביקורת קשה[57]. הביקורת תוקפת את התערבות בג"צ בַּהקשר הפרוצדורלי של סמכות בית־הדין למתן צו עיכוב יציאה מן הארץ. אך זה רק ההיבט החיצוני והשולי של הדברים. לדעתנו, אין זו האספקלריה הנכונה שבאמצעותה יש לבחון את העניין. מרכז הכובד של העניין הוא גבולותיה הלגיטימיים של תביעת שלום בית והסעדים והצווים, הניתנים במסגרתה. מתן צו עיכוב היציאה מן הארץ יכול להיחשב כחריגה מסמכות בית־הדין בהרחיבו את השימוש בתביעת שלום הבית מעבר לגבולותיה הלגיטימיים.

51. ראה לעיל פסקאות 64, 72.
52. ראה, למשל, לעיל פסקאות 58, 65, 72, 74.
53. ראה לעיל פסקאות 48, 55, 58, 65, 74.
54. לעיל הערה 38. בפרשה זו התבסס הצו על תביעת גירושין ולא על תביעת שלום בית, אולם ניתן ללמוד מפסק־הדין התייחסות כללית, הן לעניין חוסר הכוח של בית־הדין לאכוף איסורים דתיים והן לעניין הסתייגות בג"צ מצווים של בית־הדין הגוררים אכיפת אורח־חיים מסוים על נתבע.
55. לעיל הערה 35.
56. בג"צ 578/82 **נעים נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד לז (2) 701.
57. א' שוחטמן "על צו עיכוב יציאה מן הארץ נגד החייב בדין ועל סמכות הביקורת של בג"צ כלפי בית־הדין הרבני בענייני סדר דין" **משפטים** יד (1984) 83.

נכון אמנם, כי כאשר תביעה מסוימת נמצאת בסמכותו של בית־הדין רשאי הוא להעניק סעדים נלווים ובהם הטלת עיקול על נכסי כל אחד מבני הזוג[58]. אולם, בחלק ניכר מן התביעות לשלום בית הסעד הנלווה הופך להיות המרכז, והוא מאפיל על העילה המקורית, עד שהיא הופכת למעשה טפלה לו. במקרים רבים משמשת התביעה העיקרית רק קולב לתלות עליו את הסעדים הנלווים. סעדים אלה מהווים למעשה תביעה עצמאית ושלמה. התשובה לשאלה באיזו מידה סעד מסוים תורם לאכיפת העילה, ובאיזו מידה הוא מתגדל על העילה ומשתלט עליה לשם השגת תכלית אחרת נובעת, כמובן, גם מהשקפת עולם שונה לגבי תפקידו של עיקרון שלום הבית בחברה. לדידנו, כפי שכבר אמרנו לעיל, את תיחום הגבולות האלה עורך בית־המשפט הגבוה לצדק.

לדעתנו, ניתן להסיק מן הפסיקה מסקנה עקרונית וכללית יותר. בית־המשפט מוסמך לבחון כל צו הניתן בעילת שלום בית, לגופו. בית־המשפט רואה עצמו בן־חורין להכריע אם עניין מסוים או סעד מסוים נכללים בתחומי תביעה לשלום בית, או שהם נמצאים במסגרתה — בכל מקרה על פי נסיבותיו. בפרשת **נעים נ' בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**[59], בוחן השופט י' כהן את הצווים השונים, שהוצאו על ידי בית־הדין הרבני בעילת שלום בית, לגופם ובמסגרת הנסיבות של המקרה. בעקבות בדיקה פרטנית זו ולאור העובדות של המקרה, הוא משאיר חלק מן הצווים בתוקפם[60] ולעומת זאת — מבטל חלק אחר מהם בשל חריגה מסמכות[61]. אנו נוכחים לדעת, כי בית־המשפט דוחה ללא סייג את הגישה המרחיבה באשר לכוחו ולסמכותו של בית־הדין במסגרת תביעה לשלום בית.

שלום בית: מיתוס ומציאות והשפעתם על השימוש בעילה

§96. במקום אחר עמדנו על המלאכותיות שבתביעת שלום בית ועל הצביעות שבשימוש בה. הפנייה לערכאות היא סממן השבר בנישואין. תביעות שלום בית, ברוב הגדול של המקרים, משמשות כסות עיניים לצעדים טקטיים של בן זוג המבקש להשיג יתרונות על חשבון האחר ולהגדיל את כוח המיקוח שלו.

המטרה האמיתית של השימוש במוסד זה אצל רוב המתדיינים בזמננו, השגת תנאי גירושין נוחים יותר, היא, כמובן, היפוכה של המטרה המקורית[62]. טענת שלום בית עשויה להיות אמצעי בידי בן זוג להימלט מן ההתחייבויות, שנטל על עצמו. כך טענת שלום בית, הנטענת כנגד חובת הביצוע של הסכם גירושין חתום ומאושר כדין, כפי שראינו לעיל. במקרים

58. ע"א 38/47 **דיין נ. בית הדין הרבני**, (1947) 2 אל"ר 588, 591; ע"א 108/45 **רפאלי נ. עוזר יו"ר ההוצל"פ**, (1946) 1 אל"ר 44; בג"צ 127/64 **רייצ'יק נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פתח־תקוה**, פ"ד יח (3) 337.

59. לעיל הערה 31.

60. צו איסור לבעל להפריע לאשה בבית המגורים אשר נועד למגורי המשפחה. בית־המשפט מדגיש, כי הצו אינו קובע כל הסדר קבוע בדבר מדור האשה. הצו הושאר בתוקפו, רק בשל היותו מוגבל בטיבו למניעת הפרעה במצב הנוכחי ובנסיבות המקרה בלבד.

61. הכרעה בשאלה "אצל מי תימצא התמונה... אינו עניין של שלום בית הנכלל בענייני נישואין". הצו להחזרת תמונה במסגרת עילת שלום בית בוטל. זה גם היה גורלם של הצווים שהוציא בית־הדין במסגרת עילת שלום הבית ואשר נגעו להחזקת הבן, ביקורי האב ואופן עריכת הפגישות ותנאיהם.

62. א' רוזן־צבי, לעיל הערה 22, בע' 50, 141.

מסוימים תביעת שלום בית היא דרך לעקוף, או לתקוף באופן עקיף, החלטה שיפוטית שיצאה כבר מלפני בית־המשפט האזרחי. כך צו, המתיימר למנוע את פירוק השיתוף או את המשך ההליכים בבית־המשפט בעילת שלום בית, כפי שראינו בפסקה הקודמת. טענת שלום בית עשויה, איפוא, להיות מקלטו של ה׳נבל׳.

רק לעתים רחוקות מאותת בן הזוג באמצעות פתיחה בהליכים משפטיים על רצונו בעזרה לשיקום קשר הנישואין. אולם, במקרים אלה אין כל התאמה בין התרופה למכה. צו לשלום בית, ובמיוחד הסעדים הנלווים, הם הכלי הפחות מתאים לשיקום חיי הנישואין. להיפך, הם עלולים לדרדר את מערכת היחסים עוד יותר, ולהפוך רצון טוב ונכונות מהוססת של השלמה לאיבה גלויה ולקרע עמוק ונחרץ.

קיים פער עמוק בין התפישה הבסיסית, המונחת ביסוד עיקרון שלום הבית בדין הדתי, לבין יישומו לחברה מודרנית, שהיא גם חילונית ברובה בהשקפת עולמה ובהתנהגותה. המרות הדתית, החברתית והמוסרית נעדרת כליל, לגבי רוב ציבור המתדיינים, מפסיקתו של בית־הדין הדתי. ממילא תש כוחו של צו לשלום בית היוצא מלפני בית־הדין. מידת היעילות של צו לשלום בית קטנה ביותר, אם לא אפסית. חשיבותו המעשית היא בהשפעה העקיפה הנודעת לו על תביעת מזונות ועל תביעת הגירושין — או על דחייתה. לעומת זאת, נזקו גדול וחמתו מרובה מִצִּלתו. בן זוג המואס בקשר הנישואין הופך להיות שבוי של בן הזוג האחר ללא כל תועלת למשפחה.

העברת צו לשלום בית מחברה בעלת מסורת דתית, המכירה במרות המוסרית והחברתית של הדיינים, לחברה חילונית עלולה לפגוע הן ברובד החילוני והן ברובד הדתי. ברובד החילוני — פגיעה בערכים החברתיים המקובלים בחברה, כגון חופש הבחירה ותיקונו והגשמת האושר האישי. ברובד הדתי — בגרימת תקלות חמורות בעיני הדין הדתי, כגון תמריץ עקיף לניאוף וריבוי ממזרים. בעלי דין עושים, איפוא, שימוש מחושב וציני בעילה זו. הם מנצלים את הדין הדתי לרעה, שלא בטובתו ושלא בטובת בני הזוג והמשפחה.

§97. בית־המשפט רשאי, אם לא חייב, לבדוק באיזו מידה נעשה שימוש לרעה בתביעת שלום בית, ועד כמה היא בבחינת כסות עיניים לשם השגת תוצאות ישירות אחרות. בית־המשפט מוסמך להתערב, כל אימת שנעשה שימוש לרעה בסמכות בית־הדין. סמכות זו של בית־המשפט מכוונת הן כלפי הצדדים העושים שימוש בסמכות שלא בתום לב[63], והן כלפי בית־הדין על אופן השימוש בסמכות שהופקדה בידיו[64]. יתר על כן, בית־המשפט רשאי למנוע מבעל הדין, מטעמים של יושר, אכיפתו של צו אשר ניתן לו על ידי ערכאה שיפוטית אחרת[65].

63. בג״צ 566/81 **עמרני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ״ד לז (2) 1, 9־10; ע״א 700/81 **פז נ. פז**, פ״ד לח (2) 736; ע״א 579/83 **זוננשטיין נ. אחים גבסו בע״מ, קבלני בניין**, פ״ד מב (2) 278, 290.

64. בג״צ 852/86 **אלוני נ. שר המשפטים**, פ״ד מא (2) 1, 60־61. על התערבות בג״צ במקרה של שימוש לרעה בסמכות גם כאשר התערבות בג״צ היא מצומצמת למדי, ראה בג״צ 371/67 **פוגל נ. הרב לוינגר**, פ״ד כב (1) 344.

65. **הלכת שטרייט, לעיל** הערה 1א, בע׳ 629 — 632; ד״נ 10/69 **בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים**, פ״ד כה (1) 7, 27.

גישתו העקרונית של בית־המשפט בפרשת נעים[66] מלמדת, כי בג"צ רשאי לבחון את נסיבותיו של כל מקרה גם כדי לעמוד על מידת האותנטיות של תביעת שלום הבית והסעדים הנדרשים. נוסף לכך רשאי בית־המשפט לבחון את יחסי הגומלין בין המטרה המיועדת של ההליך והעילה שהוא נסמך עליה — לבין אפשרות השגת המטרה בנסיבות המקרה. חייב להתקיים קשר סיבתי בין העילה, המשמשת בסיס לתביעה, לבין הסעד הניתן. סבורים אנו, כי העדר קשר סיבתי מסַפק בין עילת שלום בית לבין הסַעד כמוהו כשימוש לרעה בסמכות.

סיוע לדעה זו ימצא בפסק־הדין בעניין גולן[67]. באותו מקרה נמצא, כי בג"צ בודק בקפדנות את מידת ההתאמה של הסעד, אשר ניתן על ידי בית־הדין הרבני, להליך שניתן במסגרתו. לבקשת אשה ביטל בג"צ צו מניעה, שהוצא על ידי בית־הדין הרבני. את צו המניעה הוציא בית־הדין נגד האשה, לבקשת הבעל. בית־הדין חייב את האשה, העותרת, להוציא את מאהבהּ מן הדירה, שהיתה רשומה במשותף על שם האשה ובעלה. הבעל התגורר עם אשה אחרת מחוץ לדירה. הצו הוצא במסגרת תביעת גירושין. בית־המשפט נימק את ביטול הצו של בית הדין הרבני כך:

> "הטענה שהעותרת מקיימת חיי אישות עם גבר זר יש לה אמנם חשיבות לגבי תביעת הגירושין, אך בעניין זה אין כל נפקא מינה אם אותו גבר גר אִתה בדירה הנ"ל או שיחסי האישות מתקיימים במקום אחר. מתן צו מניעה נגד העותרת האוסר עליה קיום יחסי מין עם גבר אחר, פרט לבעלה, אינו עניין הכרוך בתביעת הגירושין... לצורך תביעת הגירושין אין כל חשיבות לכך באיזה מקום ובאיזה נסיבות מקיימת העותרת חיי אישות עם גבר שאינה נשואה לו. על כן אין לראות בצו המניעה עניין שהוא טפל לתביעת הגירושין ולא היה כל צורך לתת צו זה לשם בירור תביעת הגירושין. לפיכך הצו הוא חריגה מסמכות בית־הדין".

צווים להגבלת חירותו של היחיד בעילת שלום בית

§98. בתחילת פסקה זו הצבענו על צווים, היוצאים מבית־הדין הרבני ומכילים סעדים נלווים לשלום בית, הפוגעים בחירותו של בן הזוג. חלק מצווים אלה מתייחס גם לאיסורים המשפיעים ישירות על צדדים שלישיים. למשל, צו האוסר על בן זוג להיפגש עם אלמוני או עם פלונית, הנקובים בשמם בגוף הצו. סוג כזה של צווים יש בו פגיעה חמורה בזכות הפרט, ואין הוא עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של החברה הישראלית[68].

הטעמים שעמדנו עליהם לעיל, המגבילים את כוחו של בית־הדין להוציא צווים ולתת סעדים בעילת שלום בית, כוחם יפה גם כלפי סוג זה של מקרים. במיוחד מן הראוי להדגיש את

66. **לעיל** הערה 31.

67. **לעיל** הערה 38.

68. מקרה קרוב של פסקה מגבילה, במסגרת תעודת גירושין, שיצאה מלפני בית־הדין הרבני כלפי צד שלישי, נחשבה כפגיעה בזכות הפרט, ראה בג"צ 212/74 **פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, באר־שבע**, פ"ד כט (2) 433, 441ה. במקרה זה היה הצד השלישי, פלוני, שנטען להיות בועלה של אשה נשואה, שהתדיינה בהליכי גירושין עם בעלה. הפסקה המגבילה אסרה את הנישואין בין האשה לפלוני.

הטעם שעמדנו עליו במהלך הדיון[69], ולפיו עילת שלום הבית אינה אמצעי עקיף להסדיר סוגיות או לאכוף איסורים, אשר נמנע מבית־הדין להסדירם או לאוכפם באמצעות עילות ישירות שונות.

יתר על כן, בסוג זה של מקרים אלה מתווספים לטעמים בדבר צמצום סמכותו של בית־הדין להעניק סעדים כאלה, נימוקים נוספים.

1) על בית־המשפט להחיל את ערכי היסוד גם בהקשר של עניינים המסורים לסמכותו של בית־הדין הרבני, ככל שהדבר מתיישב עם מטרת החקיקה הספציפית ואינו סותר את מסגרת הסמכות הייחודית המוענקת לבית־הדין[70].

2) שנית, את ההתערבות בהקשר זה ובסוג כזה של צווים ניתן לבסס גם על התערבות בג"צ בהחלטות בית־דין רבני, מכוח סעיף 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, מטעמי צדק ומשום תיקונו של עולם[71].

3) שלישית, אין בית־הדין רשאי להוציא צווים המכוונים כלפי צדדים שלישיים והפוגעים בזכויותיהם, או המגבילים זכות מזכויותיהם, או הגורעים מהן בלי "שהיו צד... הוזמנו והורשו להביא ראיותיהם ולהשמיע טענותיהם"[72]. צווים כאלה בטלים בשל הפגיעה בכללי הצדק הטבעי[73]. בית־הדין הדתי כפוף לכללי הצדק הטבעי. אם לא נהג על־פיהם, יראו אותו כמי שחרג מסמכותו[74]. הואיל וצדדים שלישיים אלה אינם כפופים לסמכותו של בית־הדין ואין הם נתונים למרותו, אין הוא רשאי להזמינם כצדדים לדיון. ממילא אין בית־הדין זכאי לפסוק בעניינם באופן שיש בו כדי לפגוע בהם, במישרין או בעקיפין.

בפרשת **בורוקובסקי**[75] קיבל בג"צ טענה של res inter alios acta, ודחה בשל כך עתירה של צד שלישי נגד בית־דין רבני. הצד השלישי לא היה צד לדיון. בית־

69. **לעיל** פסקאות 93 — 94.

70. בסוגייה זו ראה **לעיל** פסקאות 44 — 49.

71. ראה בג"צ 202/57 **סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד יב 1528, 1539; בג"צ 10/59 **לוי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב**, פ"ד יג 1182, 1191; בג"צ 637/77 **פריזנד נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד לב (2) 485; הלכת **עמרני**, **לעיל** הערה 63, בע' 10; בג"צ 7/83 **ביארס נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד לח (1) 673, 682, 686־687.

72. הלכת **פלונית**, **לעיל** הערה 68, בע' 437־438.

73. הלכת **פלונית**, **לעיל** הערה 68, בע' 437־438. ראה גם בג"צ 295/72 **בכר נ. בית־הדין הרבני האיזורי ברחובות**, פ"ד כז (1) 568, 573 — 575.

74. ראה בעניין זה, בין היתר, בג"צ 187/54 **ברייה נ. קאדי בית־הדין השרעי המושלמי, עכו**, פ"ד ט 1193, 11198; הלכת **לוי**, **לעיל** הערה 71; בג"צ 32/62 **האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. בית־הדין השרעי לאיזור עכו**, פ"ד טז 1942; הלכת **בכר**, **שם** בע' 573; בג"צ 816/80 **גוטהלף נ. בית־הדין הרבני האזורי בתל־אביב־יפו**, פ"ד לה (3) 561, 566 — 569; הלכת **ביארס**, **לעיל** הערה 71, בע' 682א.

75. בג"צ 494/72 **בורוקובסקי נ. הרב הראשי לישראל שלמה גורן**, פ"ד כז (1) 697. אין ספק כי המדיניות השיפוטית, שתמכה באישור פסק־הדין הרבני, אשר הסיר מעל בעלי הדין את חרב הממזרות, גרמה לכך שתידחה טענת הפגיעה בכללי הצדק הטבעי של העותר תוך שימוש בטענת res inter alios acta.

הדין הגיע להחלטה בין בעלי הדין על סמך מימצא הנוגע למעמדו (טיב הגיור) של הצד השלישי. למרות זאת, לא בוטל פסק־הדין הרבני. בג"צ הכריע, כי פסק־הדין של בית־הדין הרבני מכוון כלפי בעלי הדין עצמם, הכפופים לסמכות בית־הדין:

"פסק־הדין... אינו נוגע לעותר, אינו מחייב אותו וכלפיו כמו לא היה"[76].

אין הנידון דומה לראיה. טענה של res inter alios acta יפה במקום שבו אין היא מחייבת שום מעשה או מחדל מן הצד השלישי ועניינה הוא התוצאה המשפטית כלפי הצדדים המתדיינים בלבד. דהיינו, טענה זו יפה במקום שבו פסיקת בית־הדין מתייחסת למימצא שמושאו הוא הצד השלישי, אך אינה מחייבת אותו לדבר. לעומת זאת, כאשר צד שלישי מחויב על ידי פסיקת בית־הדין, בין במישרין ובין בעקיפין, ואינו יכול להימלט מהשפעתו הישירה של הצו על מעשיו או מחדליו, אין בית־הדין מוסמך לכך. צו, האוסר על בן זוג פלוני להינשא לצד שלישי מסוים, פוגע ישירות בכושר החיתון של הצד השלישי. משום כך, דינו להיבטל כל עוד הצד השלישי לא היה צד להליך[77]. דין זהה, לדעתנו, הוא מנת חלקו של צו האוסר על בן זוג להיפגש עם צד שלישי מסוים. גם כאן לפנינו צו, המשפיע על מעשיו ומחדליו של הצד השלישי ופוגע בזכויותיו. משלא היה הצד השלישי צד להליך, לא ניתן לחייבו בעקיפין והצו בטל.

לסיכום — בית־הדין לגישתו רואה את עילת שלום הבית בכל היקפה והדרה. יתכן גם, כי לשיטתו הצדק עמו. אולם המשפט הישראלי אינו מאפשר לבית־הדין יד חופשית, גם אם זו מתחייבת מהשקפת העולם של הדין הדתי ומן התוכן המקורי של עילת שלום הבית. בית־הדין פועל במסגרת הגבולות שהמשפט הישראלי תחם לו. אילוצים אלה מחייבים אותו, ואין הוא יכול לסטות מהם או לחרוג מעבר לגבולותיו.

שלום בית כתכלית וכאמצעי לסגירת פערים

§99. עם זאת, מן הראוי להעלות כבר בשלב זה היבט נוסף וחשוב של העניין. גם בית־הדין עשוי להיות ער למציאות הישראלית דהאידנא. צו, המונע מן הבעל או מן האשה פגישה עם צדדים שלישיים בעילת שלום בית, עשוי לשמש בידי בית־הדין אמצעי לסגירת פערים פנימית בדין הדתי. באמצעות צו כזה עשוי בית־הדין לחייב בן זוג, המנצל לרעה את המצב המשפטי להגיע להכרעה זו או אחרת. הלחץ המופעל באמצעות הצו עשוי להמריץ בן זוג סרבן להגיע להסדר עם בן הזוג האחר, ולהקל על התרת קשר נישואין חסר כל תוכן של ממש.

שאלה היא, אם גם בנסיבות כאלה יהיו תקפים כל הנימוקים הרבים, שהעלנו נגד מתן הצו. אפשר לומר, כי איזון האינטרסים עשוי להצדיק במקרים כאלה מסקנה אחרת. למרות פגיעתו הרעה של הצו בערכי יסוד של החברה הישראלית כלפי בן זוג אחד — מטרתו בנסיבות כאלה היא להגן על ערכי יסוד אחרים של כבוד בן הזוג האחר ושל חירותו. במקרה

76. הלכת בורוקובסקי, שם בע' 698ד.

77. הלכת פלונית, לעיל הערה 68, בע' 437־438. השופט י' כהן, בדעת מיעוט בפרשת פלונית (שם בע' 442ז־443א־ד), ביקש ליישם את הלכת בורוקובסקי הנ"ל גם בנסיבות אלה.

זה, דווקא בעל הדין העותר לביטול הצו של בית־הדין הרבני הוא אשר עשוי להיחשב כמי שעושה שימוש לרעה בסמכות, דהיינו בסמכותו של בג״צ.
לדעתנו, אם הנסיבות האינדיבידואליות יצדיקו זאת, עשוי איזון ראוי של אינטרסים להניב את אישור הצו, שיצא מלפני בית־הדין הרבני בעילת שלום בית. על בית־המשפט להשתכנע, כי אכן כל הנימוקים המהותיים, שהועלו נגד צו המֵצֵר את חירות היחיד בעילת שלום בית, מתקזזים מול השיקולים המרכזיים המצדיקים את אישור הצו.
אחת הדרכים המשפטיות הראויות להגיע לתוצאה המשפטית הרצויה במקרים כאלה, בלי לקלקל את שורת הדין ואת המסגרת העקרונית של חלוקת הסמכויות, תהיה הפעלת שיקול דעתו של בג״צ. בג״צ יסרב במקרים המתאימים להעניק סעד לעותר מִטעמי צדק.
על היבט זה של הסוגייה נרחיב את הדיבור בשער השני, בדיוננו בסגירת פערים פנימית בדין הדתי[78].

סוף דבר

§100. תביעת שלום בית אינה נמחקת מן המשפט הישראלי הנוהג. בית־הדין רשאי לדון בה ולהכריע בה לפי שיקול דעתו, במסגרת הדין החל עליו. אולם, יש להבחין בין הנַפקות המשפטית, בהקשר של זכויותיהם וחבויותיהם של בני הזוג, הנובעת מעצם קיומו של צו שלום הבית לבין הסעדים הישירים, בענייני ממון, רכוש והחזקת קטינים, הנלווים לו. צו שלום בית עשוי להשפיע באופן משמעותי על זכות האשה למזונות ועל עילת גירושין או העדרה. לעומת זאת, לא יתכן כי באמצעות סעדים נלווים לשלום בית יוכל בן זוג לשלוט על חירותו, נכסיו, ממונו ומקצועו של האחר, ולהשתלט על חייו.

ג) סיכום: שיקולי בני הזוג בבחירת ערכאת ההתדיינות

§101. לנוכח האמור לעיל, לא ייפלא כי כל אחד מבני הזוג עורך לעצמו את שיקוליו איזו ערכאה עליו להעדיף בעניין מסוים, וכיצד להוביל תביעה מסוימת לערכאה הנראית לו משרתת את עניינו. 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 לנשים[79].
מאליו מובן כי גישה זו היא כוללנית. בהחלט ייתכנו מקרים, שבהם האינטרס של האשה הוא להתדיין דווקא 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. הדברים אמורים הן בענייני מזונות, הן בענייני רכוש והן בענייני ילדים.
בענייני מזונות תעדיף האשה את בית־הדין הרבני, למשל, כאשר הבעל ׳מורד׳ והאשה משׂתכרת, אך בשל מרדותו אין מגיעים לו מעשה ידיה של האשה.

78. ראה להלן פסקאות 277, 297–298.
79. ראה גם י׳ שילה ״חפיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית — המצוי והרצוי״ עיוני משפט ב (1972) 646, 653.

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 ידיה. מקרה אחר, שבו בית־הדין הרבני יהא עדיף לאשה, הוא בבקשה למתן צו לסילוק ידו של בעל מן הבית, כאשר הוא מקיים קשרים קבועים עם אשה אחרת. בבית־המשפט המחוזי אין עילה זו כשלעצמה מספקת לסילוק ידו של הבעל מן הבית[80]. 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 דווקא.

אי אפשר להתעלם מנקודה נוספת. העדר דרישות פורמליות בבית־הדין מקל על מתדיינים חסרי אמצעים. אשה יכולה לנקוט הליכים בעצמה ובמהירות יחסית. אלא שאַליה וקוץ בה. העדר ההליכים הפרוצדורליים, המקובלים בערכאה האזרחית, פועלים, כפי שראינו לעיל, לטובת החייב ולחובת הזכאי. משום כך, בדרך כלל, עלול שכרה של האשה חסרת האמצעים לצאת בהפסדה.

2) פיצול סטאטוס ופיצול דינים בעניין אחד ובין בני זוג אחד

§102. הפיצול בין הסמכויות וריבוי הדינים, החל בעת ובעונה אחת בעניין אחד ובין 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.

א) פיצול סטאטוס בין הערכאות

§103. בפרקים הקודמים הרחבנו את הדיבור בשאלות הנוגעות לתוקפם של נישואין אזרחיים ושל נישואי תערובת. עסקנו בשאלות אלה, הן בהקשר של הכרה בסטאטוס והן בהקשר של הכרה בגילויי הסטאטוס למיניהם. ראינו כי הדין תלוי בדיין, וכי הסטאטוס של אדם עשוי להתפצל לפי ערכאת השיפוט הנידונה[81]. אין טעם להרחיב כאן את הדיבור על סוגיות אלה פעם נוספת. מן הפרקים השונים ניתן היה ללמוד, כיצד חלק מתופעות הפיצול רוכזו במשך השנים, למשל באמצעות הרחבת עיקרון מעשה בית־הדין או הצרתו[82]. חלק אחר מחייב עדיין הכרעה בדבר אופן התיאום, בדבר קביעת ההיררכיה בין המערכות

80. ראה ע"א 680/82 **נחום נ. נחום**, פ"ד לז (4) 667; ע"א 53/83 **רונקין נ. רונקין**, פ"ד לח (1) 151.

81. על תופעת פיצול הסטאטוס ראה א' לבונטין, **לעיל הערה 8**, בע' 7, 30־32, 51־52, 67־68. הלכת פונק שלזינגר, **לעיל הערה 12**, בע' 250־251; הלכת שטרייט, **לעיל הערה 1א**, בע' 619 ואילך, 627־628.

82. ראה, למשל, הלכת שטרייט, **לעיל הערה 1א**, בע' 629; הלכת בכר, **לעיל הערה 2**; הלכת פורר, **לעיל הערה 2**; הלכת שמואל, **לעיל הערה 4**, בע' 403־404.

השיפוטיות השונות לצרכים השונים, ובדבר המשך פיתוחו ויישומו של עיקרון מעשה בית־דין על הסוגייה האמורה[83].

הבעיה העקרונית של תופעת פיצול הסטאטוס טמונה במבנה של מערכת דיני המשפחה בישראל ובאילוצים החברתיים־הפוליטיים הנעוצים בליבה של המערכת. על עניינים אלה ומשמעותם, נרחיב את הדיבור בפרק שיעסוק בסוגיית סגירת הפערים בשיטה המשפטית בתחום דיני המשפחה.

ב) פיצול סטאטוס באותה ערכאה

§104. פיצול סטאטוס בערכאות שיפוט שונות נובע מהצורך בהכרה בסטאטוס, שנוצר בחיקו של משפט זר והוא בגדר הכרח בל יגונה. לא כך הוא, כאשר הפיצול בסטאטוס של אותו בן זוג מתקיים באותה ערכאה עצמה, המחילה בכל אחד מן המקרים כללים שונים של המשפט הבינלאומי הפרטי. על שאלת הסטאטוס של בן זוג שנישא בנישואי תערובת, 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 לצורכי ההתדיינות בסוגיות שונות של ענייני המעמד האישי. לעומת זאת, על שאלת הסטאטוס של אותו בן זוג, לצורך התרת קשר הנישואין, יחולו בבית־המשפט האזרחי כלָלי 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 — אלה מסדירים לעת זו גם את שאלת ההכרה בסטאטוס לשם התרתו — לא תואם את כללי ברירת הדין הקבועים בדבר המלך במועצתו.

בן זוג אחד עשוי, איפוא, להיות פנוי או נשוי בעת ובעונה אחת לצרכים שונים בערכאה האזרחית עצמה[84].

ג) פיצול סטאטוס בין בני זוג במערכת נישואין אחת

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

על־פי גישה אחת, על בני הזוג עשויים לחול דינים שונים על־פי ההשתייכות הדתית של כל

83. הלכת שמואל, לעיל הערה 4, בע' 404־405. ראה גם פ' שיפמן, לעיל הערה 6, בע' 254 — 265; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ו (1975) 5, 24 — 26; פ' שיפמן, לעיל הערה 3, בע' 212, 221 — 233, ראה במיוחד עמ' 226־227; א' מעוז, לעיל הערה 6, בע' 200 — 206.

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

אחד מהם. הנפקות המשפטית תחרץ לגבי כל אחד מבני הזוג, לפי הדין האישי שלו[85]. יתכן איפוא 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 בין 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 של כל הדינים האישיים המעורבים, בהיות כולם חלק מן המשפט הנוהג[86]. עם זאת, וכדי להגן על הציפיות המוצדקות של הצדדים שנישאו בנישואי תערובת, יש להכיר בסטאטוס לצורך גילויו השונים — בהתאם לעניין[87].

אם את פיצול הסטאטוס בתוך מערכת נישואין אחת פתרתָ, הרי את הפיצול העניני של ההכרה בסטאטוס ואת ההימנעות מהכרה בו, לחלופין, לצרכים שונים — לא פתרת. המשפט הישראלי ייתן תשובות שונות בדבר ההכרה בסטאטוס לפי העניין הנידון. פיצול כזה אינו רחוק, מבחינת החסרונות הטבועים בו, מהפתרון המציע את פיצול הסטאטוס. בסופו של דבר, גם פיצול ענייני הוא פיצול סטאטוס, וזה — אינו מתחלק לפי הצדדים אלא לפי העניינים. באין מוצא אחר, ייתכן אפילו שעדיפה הגישה הגורסת פיצול סטאטוס על פני זו הגורסת את הפיצול העניני. שכן, זו האחרונה מביאה לסוגיות שונות (כגון שאלת החבות במזונות) את פתרונה מדיני החיובים ומחוץ לדיני המשפחה, והפתרון עשוי להיות חלקי בלבד[88]. מכל מקום, גם עזרה של הגישה הגורסת פיצול סטאטוס עשוי לבוא מדיני החיובים, מקום שבו תוצאת הפיצול תסכל ציפיות מוצדקות של הצדדים. המסקנה היא, איפוא, כי הקרבה בין שתי הגישות רבה יותר משנדמה במבט ראשון, וההבדל המעשי בין שתיהן עשוי להיות מדומה בלבד.

ד) ריבוי דינים בעניין אחד, ערכאות רבות ותוצאות סותרות

§106. 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 להיקרע בין ערכאות שיפוט שונות כדי להשיג את מירב היתרונות לבעל דין אחד. גורלו של עניין אחד עשוי להיות נתון בידי מספר ערכאות, הכול על בסיס של עילות שונות. בעלי הדין יבחרו את הערכאה המתאימה לדון בכל אחת מן הסוגיות הרלבנטיות לפי הדין המשרת את צרכיהם באותה סוגייה, וככל שכללי הסמכות מאפשרים זאת.

§107. 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,

85. א׳ לבונטין, **לעיל** הערה 8, בע׳ 24.

86. פ׳ שיפמן, **לעיל** הערה 6, מע׳ 194 ואילך.

87. פ׳ שיפמן, **לעיל** הערה 6, מע׳ 191 ואילך ובמיוחד בע׳ 194.

88. א׳ רוזן־צבי ״על ספרו של פנחס שיפמן: ׳דיני המשפחה בישראל׳, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה״ **משפטים** טו (1985) 476, 482.

עשויות להיות מוסמכות לדון בעניינו של אותו קטין לצרכים שונים ובהקשרים שונים. לעיתים ניתן לפתוח במקביל הליכים בערכאות השונות, בעילות שונות ולמטרות שונות[89]. כך נקבע כי, במקרים חריגים, עדיפה החלטתו של בית־המשפט לנוער, גם אם זו נוגדת החלטה קודמת של הערכאה המוסמכת להכריע בעניין משמורת קטינים, הלוא היא בית־המשפט המחוזי[90]. על גבם של הילדים במשפחה עשויים הצדדים לערוך את המניפולציות בהקשר של שאלות הסמכות. הליכים אלה הם עתירי זמן וממון, הם פרצה הקוראת לטכסיסים ותמרונים, והם מולידים כפילויות דיון והחלטות סותרות, שלא בטובת הילדים ושלא בטובת המשפחה כולה.

§108. 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 המדור. בית־המשפט המחוזי עשוי גם להידרש, במסגרת סמכותו לדון בענייני הרכוש שבין בני זוג, להכרעה בשאלת הזכויות של כל אחד מן הצדדים בדירה. במקרה זה לא מן הנמנע כי ייקבע, 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, שהִנהּ חלק מענייני נישואין[91]. 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.

§109. ההתדיינות הפרלימינרית בעניין שנכרך בתביעת גירושין — וזו מתקיימת בכפילות בשתי המערכות השיפוטיות, הדתית והאזרחית — גוררת אחריה לעיתים קרובות החלטות סותרות ואי־התאמות. תוצאה זו לא רק מעמידה את הצדדים המתדיינים לפני קושי ענייני ומטילה אותם להתדיינויות נוספות, אלא גם פוגעת באמון הציבור במערכת המשפטית. תופעה זו מעוררת בכל חריפותה את שאלת מעשה בית־הדין במערכת היחסים שבין בית־הדין לבית־המשפט, ובה עסקנו בהרחבה באחד הפרקים הקודמים[92]. במסגרת הדיון כאן, מן הראוי להתעכב על אחד מפירותיו המרים של הקונפליקט בין בית־הדין לבית־המשפט.

89. א' מלמד "בית־משפט לענייני המשפחה בישראל" הפרקליט לז (1986) 62. כן ראה דו"ח הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (בראשות השופט א' שינבוים) (1986) 13 — 18.

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

91. ראה **לעיל** פסקאות 86, 88. כן ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 88, בע' 477 ה"ש 9. על פתרון אפשרי של החלטות סותרות בין בית־המשפט לבית־הדין, ראה הלכת **סופר**, **לעיל** הערה 33.

92. ראה **לעיל** פסקאות 11 — 19. על סוגייה זו ראה פ' שיפמן "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות־

לא זו בלבד שתוצאות משפטיות שונות עשויות ליפול בחלקו של בעל דין אחד באותו עניין, אלא שהוא עלול למצוא עצמו לוקה בערכאה אחת בשל השגיו בערכאה אחרת.

נדגים תופעה זו בשני מקרים. הראשון עניינו במזונות והשני — בענייני רכוש.

במקרה הראשון פסק בית־המשפט המחוזי מזונות לאשה, ולאחר מכן נפסק בבית־הדין הרבני כי האשה מורדת. על־פי ההלכה הפסוקה לא היה בהחלטת בית־הדין כדי לפגוע בפסק־דינו של בית־המשפט באשר למזונות, שקדם לה[93]. לדידו של בית־הדין, על בסיס ההחלטה בעניין מרדותה של האשה, אין האשה זכאית למזונות. לפיכך, ניצל בית־הדין במקרה זה את הסמכות שהוקנתה לו לדון במזונות ילדי בני הזוג וקיזז את המזונות שנפסקו לאשה בבית־המשפט — ממזונות הילדים שנפסקו לה בבית־הדין. בפסק־דינו החליט בית־הדין, כי עליו להתחשב לצורך פסיקת מזונות הילדים בכספי הבעל; לשיטת בית־הדין היו אלה בידי האשה שלא כדין[94].

לדעתנו חרג בית־הדין מסמכותו. בית־הדין היה מוסמך לדון בתביעת מזונות הילדים, אך הוא דן למעשה בתביעת מזונות האשה, ובה לא הוקנתה לו סמכות. בית־הדין אינו רשאי לנצל את הסמכות שהוקנתה לו בעניין אחד ולהתחשבן עם בית־המשפט בעניין אחר על גבם של בעלי הדין. על בית־הדין מוטלת החובה לכבד פסק־דין של בית־משפט שניתן כדין[95]. מבחינתו של בית־הדין, מה שהוכרע סופית בבית־המשפט המוסמך אינו ניתן לערעור; עליו לקבל את הדין. אין בית־הדין משמש כערכאת ערעור על בית־המשפט, ואין הוא רשאי להתעלם ממציאות משפטית מחייבת. לפיכך, חייב היה בית־הדין לצאת מן ההנחה כי הכספים שהשתלמו לאשה על־פי פסק הדין, שולמו כדין — תהא אשר תהא עמדתו לגופו של עניין. יש בה בהחלטת בית־הדין חריגה מסמכות ושימוש לרעה בסמכות.

במקרה השני, פסק בית־משפט השלום בתביעת פירוק שיתוף בדירת מגורים לבקשת הבעל. פסק־הדין ניתן חרף עיקול, שהוטל על הדירה על ידי בית־הדין לבקשת האשה, במסגרת תביעתה לשלום בית. בפסק־דינו הטיל בית־המשפט תשלום הוצאות משפט על האשה. במסגרת תביעת המזונות של האשה, שהיתה בסמכותו, גלגל בית־הדין הרבני על הבעל את הוצאות המשפט שחויבה בהן האשה בבית־המשפט. בית־הדין עשה כן, בסוברו כי האשה הגנה כדין על זכות המדור המגיעה לה מן הבעל במסגרת המזונות. הוצאות המשפט שחויבה בהן כלולות לדעת בית־הדין בזכות המדור[96].

האשה לבין ענייני נישואין וגירושין" משפטים ד (1973) 374; 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, 1985) 290 — 301.

93. ע"א 54/65 מקיטן נ. מקיטן, פ"ד יט (2) 651; בג"צ 206/70 שרגאי נ. שרגאי, פ"ד כד (2) 487. ראה גם המקורות לעיל הערה 92.

94. תיק 6997/ש"מ, בבית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב (לא פורסם). על פסק־הדין ועל עמדת בית־הדין, ראה אצל הרב ש' דיכובסקי, **לעיל** הערה 30 (**דיני ישראל** י־יא), בע' יד־טו.

95. על חובת הכיבוד של פסקי־דין אזרחיים המוטלת על בתי־הדין, ראה הלכת סופר, **לעיל** הערה 33.

96. פסק־הדין הרבני נדפס אצל הרב ש' דיכובסקי, **לעיל** הערה 30 (**תורה שבעל־פה**), בע' לד־לה; על פסק־הדין, ראה הרב ש' דיכובסקי, **לעיל** הערה 30 (**דיני ישראל** יג־יד), בע' יד־טו.

גם החלטה זו של בית־הדין לקויה בחריגה מסמכות ומטעמים דומים לאלה, שהובאו בנוגע למקרה הראשון. בית הדין אינו רשאי להתחשבן עם בית־המשפט באמצעות בעלי הדין. אין בעל דין יכול לצאת "נפסד עקב מורת רוחו של בית־הדין מפסק־דין של בית־משפט, שניתן כדין ובמסגרת הסמכות. המשפט הישראלי לא העניק לבית־הדין את הכוח שהוא שואף אליו. על בית־הדין להשלים עם גבולותיו, גם אם התוצאות הנגרמות עקב קוצר ידו אינן נראות לו מוצדקות.

3) אפליה בין בעלי הדין

§110. ראינו כיצד כל אחת מן הערכאות, בית־המשפט המחוזי מזה ובית־הדין הרבני מזה, מחילה הוראות מטריאליות, שונות בחלקן, בתחומים זהים של התדיינות.

אין שום הצדקה ענינית מבחינת הסמכות, ואין כל הצדקה מבחינת הדין הדתי, להפלות בין מתדיינים ולהחיל עליהם דין שונה בעניין זהה על בסיס מועד הגשת התביעה. זה שיקול לא רלבנטי, ומחירו בצדק, בעיוותים חברתיים ובעוול אישי אינו מצדיק את מה שנחזה להיות התועלת שבצדו, דהיינו, דיון מרוכז ואחיד בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין בבית־הדין הרבני.

החלת דין זה או אחר לפי מועד פתיחת ההליך, ושלילת זכויות מבן זוג אחד על ידי בן הזוג האחר בשל בחירת פורום ההתדיינות — יש בהן משום הפליה. מבחינת האינטרס של הצדק לצדדים המתדיינים, והוא מטרת ההליך השיפוטי, הדתי והאזרחי גם יחד, תוצאה זו פגומה.

לא כל אדם גם מודע לזכויותיו. קביעת תוצאות לפי ברירה חד צדדית של פורום היא בבחינת שימת מכשול לפני עיוור. פורום שונה, המחיל דין שונה בחלקו, באותם עניינים, בתקופות שונות, מוליד סתירות וגורר אחריו פסיקה סותרת. מציאות משפטית קלוקלת כזו מרבה מבוכה וחוסר ודאות במשפחה ובשיטה המשפטית.

בחלק מן המקרים מוגשת תביעת הגירושין כחלק מן המאבק הטקטי בין בני הזוג. הגשת התביעה נועדה רק כדי לקנות סמכות בבית־הדין הרבני, כדי להביא לתחולת הדין שמחיל בית־הדין ו'לברוח', על ידי שלילת סמכות בית־המשפט, מעולו של הדין המוחל בבית־המשפט. אין הצדקה לקדש מציאות זו. מן הראוי לפנות בעניין מסוים לערכאה אחת וליצור אחידות בתוצאות לגבי כלל הזכאים.

לבֵּנו נעשה גס באפליה כזו, הואיל ואנו רואים אותה כחלק בלתי־נפרד מן השיטה המשפטית שלנו. אך זו מציאות פגומה, שאין מקום לקבל אותה ואין הצדקה להשלים עמה. אם ניתן לתקן פגם זה — מן הראוי לעשות כן.

יש איפוא מקום לצעד של השוואת דין ודיון באותם עניינים (כגון: החזקת ילדים, מזונות והסדר רכושי) במהלך הנישואין ולעת גירושין. צעד כזה נדרש לא רק מטעמי צדק לצדדים ולא רק כדי למנוע תקלות הפוגעות בצדדים, אלא גם כדי להימנע מפגיעה בשיטה המשפטית ובתדמית הצדק שהיא יוצרת בעיני הציבור.

פרק שני

במישור המערכתי

1) השפעה שלילית על השיטה ומחירה

א) ריבוי התדיינויות, שחיקה אנושית ובזבוז משאבים

§111. כללי הסמכות, ובמיוחד הלכת ה'כריכה', והסתירות שבדין גוררים אחריהם מבנה משפטי מורכב ומסובך. כך, למשל, הפכה הלכת ה'כריכה' עצמה לסלע מחלוקת עיקרי, וממנה יצאה התדיינות מסועפת ועתירת זמן, ממון ושחיקה פסיכולוגית. יותר משהקלה הלכה זו על ההתדיינות בין בני הזוג — היא הוסיפה משקולת כבדה למשקל הבלתי מבוטל של ההתדיינויות הקיימות. אירונית היא העובדה, שהלכה שהורתה ולידתה בניסיון לרכז ולפשט דיונים הפכה היא עצמה למוקד של סכסוכים.

מה שנועד להגן על המשפחה, הפך להיות שדה־קרב אכזרי ממש בין בני הזוג. הסחבת הנוספת, הנגרמת כתוצאה מכך, פוגעת בהשגת פתרון מכובד ויעיל לטובת בני הזוג, בשיקומם העתידי ובטובת המשפחה בכללותה. בתוך המסגרת השבירה של מערכת יחסים מתמוטטת נוצר סדק נוסף, ואליו חודרת התדיינות מתישה ומסועפת. הלכת ה'כריכה' מטפחת את השנאה ומזינה אותה[1].

מירוץ הסמכויות מייקר את ההתדיינות באופן ניכר. הוא מטיל על הצדדים נטל כספי נוסף המכביד על המשפחה.

מירוץ הסמכויות גורם לבזבוז זמן שיפוטי יקר. הבזבוז הוא כפול: במערכת השיפוט האזרחית ובמערכת השיפוט הדתית. בהעדר תקנים לשיפוט ובעידן של קיצוצים תקציביים, נפגע האינטרס הציבורי. הפגיעה היא כפולה: הן באבדן כספי ניכר והן בהארכת משך ההתדיינות של הציבור. במקום לעסוק בהתדיינויות מהותיות מתרוצצים בני הזוג במערכות השיפוטיות, מבזבזים משאבים כספיים, את זמנן של ערכאות השיפוט ואת זמנם שלהם[2].

1. השופט אשר בע"א 411/76 שר נ. שר, פ"ד לב (1) 449, 457.
2. ראה גם בג"צ 3/73 כהנוף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, פ"ד כט (1) 449, 454: "ריבוי

בתהליך האמור יוצאים נפסדים לא רק בני הזוג עצמם, אלא גם ילדי בני הזוג. תקופת הביניים, שבין גילוי הקרע ועד למועד הגירושין, היא תקופה של חוסר ביטחון יחסי ושל מאבק קשה בין בני הזוג. הארכת תקופת הביניים, כתוצאה מריבוי ההתדיינויות, הרסנית לתפקודם של הילדים הנגררים לתוך המערבולת; סבלם של הילדים גדֵל ותקופת ייסוריהם מתארכת. את הנזק שבתקופה זו קשה להסיג אחור.

ב) שימוש לרעה בהליך השיפוטי ותופעות של עשיית דין עצמית

§112. מירוץ הסמכויות חושף נקודות תורפה של המערכת השיפוטית. כפרצה הקוראת לגנב 'מזמינה' הלכת ה'כריכה' שימוש לרעה בהליכים שיפוטיים. הלכת ה'כריכה' על פגעֵיה אחראית, בין השאר, לתופעות של עשיית דין עצמי.

הקושי בהשגת גירושין ללא הסכמה בין בני זוג והלחץ ליצירת עמדת פתיחה נוחה יותר לשם הגנה על האינטרסים — גוררים אחריהם לחץ להשיג הישגים מחוץ למערכת המשפטית ולנצל את הפרצות, שנועדו להקל על מציאת פתרונות בשיטה. בשל הפער הקיים בין הדין למציאות נוצרות בשיטתנו תת־נורמות ה'מתירות' לשקר, לתחבל תחבולות, להשיג ראיות כוזבות ולנצל כל פרצה כדי להגיע לגט או כדי להגן על האינטרסים של הצדדים.

כך, למשל, צמחו פרא תופעות כמו הסתת הילדים; מניעת הסדרי ראיה באורח תקין וראוי; חטיפת ילדים; ויצירת התגרויות מכוונות ומודרכות, המיועדות להוציא את בן הזוג מן הכלים ולגרום לו להגיב בדרך אשר תאפשר לבן הזוג המתגרה להפיק יתרונות מתגובה זו; פגיעה בפרטיות על ידי האזנות סתר, עיקוב ממושך וצילומים אינטימיים; הדחה מכוונת של האשה לניאוף על ידי שלוחי הבעל; העלמת תיקי בית־הדין ולעיתים גם תיקי בית־המשפט ועיכוב המצאת כתבי בֵּי־דין לפי צרכי הצד התובע; ניסוח סנסציוני של כתבי טענות ושימוש בפרסום בעתונות כאמצעי לחץ; הוצאת כל המיטלטלין מן הבית ללא הודעה מוקדמת; המצאת כתבי בֵּי־דין בדרך שיש בה הפצה מכוונת של התוכן המביך של כתבי הטענות, בקרב החברים לעבודה או בקרב מקורבים וידידים; איומים בהלשנות לשלטונות מס ההכנסה ולמעביד.

המערכת הכפולה — כמו גם הצורך בהוכחת אשמה לשם התרת הנישואין, בהעדר הסכמה בין בני הזוג — מהווים קרקע גידול נוחה לשגשוגן של תופעות אלה. שכן, הם יוצרים תפר נוח ה'מזמין' ניצול לרעה.

המערכות אינו סגולה להחזרת שלום הבית על כנו ואף מרחיק את הפתרון של הגירושין, כאשר פתרון זה הוא לטובת שני בני הזוג ולטובת הילדים. מלבד זה הריבוי בהליכים המשפטיים גורם לקשיים לבני־הזוג ולתוצאות שליליות לילדים וכן לבזבוז זמן של בתי־המשפט השונים החייבים לשמוע בכל משפט עדויות וטענות שהובאו כבר במערכה אחרת".

2) השפעה שלילית על יחסי הצדדים ועל אפשרות ההסדר בדרכי שלום

§113. מירוץ הסמכויות בין הערכאות והדין השונה המוחל על עניינים שונים — מעודדים תופעה של חוסר השלמה בין בני הזוג ומהווים תמריץ שלילי לפיוס ביניהם. בני הזוג המעוניינים בהשגת יתרונות, הנובעים מבחירת שיפוט זה או אחר, חוששים כי הם מסכנים את יתרונם, אם ייתנו הזדמנות לצד השני או ימתינו להסדר בדרכי שלום. הם 'נתבעים' על ידי השיטה לפעול מיידית לבחירת הפורום, שמא יקדימם האחר ויסכל את אפשרות הבחירה שלהם.

כתוצאה מכך שוררת חשדנות בין בני הזוג, והם נתפשים מלכתחילה ובאורח מיידי להלך־רוח של התדיינות ולחיפושים אחר הכרעה שיפוטית.

הנחיצות להחליט בשלב מוקדם על נקיטת צעדים משפטיים ועל בחירת הליך שיפוטי מטילה על הצדדים נטל פסיכולוגי כבד. נחיצות זו מעבירה מבחינת הצדדים את המוקד מהכרעה אישית חופשית להכרעה משפטית של עורכי הדין, כתוצאה מלחץ הנסיבות.

הדחיפה להתדיינות היא הרסנית. הצדדים משחררים את כל מלאי התחמושת של הטענות. בעצת עורכי־דינם טוענים הצדדים את מכסימום הטענות האפשריות, ועל ידי כך מרחיבים את הקרע בין בני הזוג בשעה של רגישות מיוחדת. במקום ליצור כלים להרפיית המתח ולתור אחר אמצעים להסדרת מערכת היחסים, דוחפת השיטה המשפטית את הצדדים בשלב מוקדם לתוך מערבולת של התדיינות, ושולחת אותם לדרך ללא חזרה.

3) דיון מקוטע והעדר גישה אינטגרטיבית לסכסוך המשפחתי

§114. עקב האכילס של השיטה הישראלית הוא החלקיות של ההתבוננות בשבר המשפחתי בעיני כל אחת מערכאות השיפוט, המוסמכות לעסוק בעניין כלשהו מעניני המעמד האישי. דיון מפוצל בערכאות שונות בהיבטים שונים של יחסי בני הזוג — ממקד את הדיון בהיבט חלקי וצר של התסמונת ביחסי המשפחה של הצדדים. כל ערכאה בוחנת רק קטע ממערכת היחסים בתוך המשפחה, ככל שהדבר נוגע לתחום הצר של הסוגייה שלפניה. בית־המשפט אינו רואה עצמו אחראי למשפחה בשלמותה, אלא להכרעה המשפטית הצרה בעניין המסוים שהובא לפניו. עניינה של המשפחה בכללותה ובעיותיה אינם עולים בשלמותם על שולחן הדיונים, וכל עניין מתברר כתביעה אזרחית נפרדת. התמונה המלאה והשלמה אינה נפרשת על ידי הצדדים ואינה נחשפת על ידי בית־המשפט. וכך, ההקשר הכולל של מערכת היחסים במשפחה, שהוא המפתח להכרעה שלמה וצודקת, נופל בין הערכאות.

בית־המשפט חושש לחדור עמוק לשורש הבעיה או להיבטים אחרים או נוספים שלה. לא רק מכיוון שהסמכות בחלק מן העניינים מסורה לערכאות אחרות, אלא גם הואיל ואין הוא רואה עצמו אחראי לשלמות ההתבוננות במשפחה על שורשי המשבר שפקע ועל דרכי הטיפול הנדרשות לשם שיקום, טיפול והכרעה. בית־המשפט מתייחס לתביעה המוגשת ב'ערכה הנומינלי', כפי שנוסחה והובאה לפניו. לאחר כל ההתדיינויות בשברי העניינים במשפחה

ספק אם ניתן יהיה, במקרים רבים, לאסוף ולרכז את שברי המשפחה, שנפוצו בין הערכאות וההכרעות המשפחתיות.

במקרים רבים מטפחים הצדדים את הגישה המבודדת ונמנעים בכוונה תחילה מפרישת היריעה בשלמותה לפני בית־המשפט. לצדדים ולפרקליטיהם נדמה, כי הם יכולים לנצל את הפרצות שבשיטה לטובתם. הם מדמים בנפשם להפיק תועלת אישית מן הפיצול ולצאת נשכרים מחלקיות התמונה. הצדדים ובתי־המשפט, כל אחד ממניעיו הוא, משתפים איפוא פעולה בהצגה חלקית של תמונת המשבר במשפחה, שלא בטובת המשפחה ובניגוד לאינטרסים החברתיים.

דוגמאות לדיונים מקוטעים כאלה ולנזקים שהם גוררים אחריהם, למשפחה ולרווחת כל יחידיה, ניתן למצוא הן בסוגייה שעניינה הרחקת הבעל מן הבית והן בסוגיית פירוק השיתוף בדירת המגורים, ובהן נעסוק בהרחבה בפרקים שונים בשער השלישי. על משמעותו של הדיון האינטגרטיבי, על חשיבותו במשפט הישראלי ועל הגישה שבית־המשפט האזרחי ראוי לו שינקוט בהליכים המתבררים לפניו בענייני משפחה — נרחיב את הדיבור בשער השני.

פרק שלישי

כפילות רעיונית ומסרים כפולים

1) השיטה מדברת בשני קולות ומוסרת מסרים כפולים

§115. השניות המשפטית הקיימת בדיין ובדין, המשקפת שניות חברתית, מוסרת מסר סותר לציבור היעד. הנורמות הדתיות מוטלות על הציבור בכללותו, מאמין כבלתי מאמין. הנורמות המשפטיות האזרחיות מנסות לצעוד בהתאם לתפיסות החברתיות. התנהגותו של הפרט, ככל שהיא מכוונת על ידי הנורמות המשפטיות, עשויה להיות מושפעת ממסר כפול. מסר זה מתייחס מצדו למערכת ערכים כפולה ומבטא מוסר כפול. אלה משמשים יחד, קודש וחול, בעת ובעונה אחת. נדגים כיצד מדברת שיטתנו המשפטית בשני קולות ומוסרת מסרים כפולים במספר עניינים בולטים.

אנומליה קיימת בדינים החולשים על היכולת להינשא. בצד החמרות בנישואין כדמו"י נוצרת על ידי הפסיקה הישראלית הכרה רחבה בסטאטוס חילוני, וזו נעשית תוך עקיפה מפורשת ומכוונת של דיני הנישואין הנוקשים[1]. הפרדוכס הרובץ לפתחו של ההסדר הישראלי בסוגייה זו הוא הפיכת הדין הדתי למסייע לדבר עבירה דתית. פעמים, שההכרה בדיעבד של הדין הדתי בנישואין אסורים מאפשרת למשפט הישראלי להכיר בסטאטוס הנישואין מלכתחילה[2]. ופעמים — שהדין הדתי מורכב על נישואין שנוצרו בחיקו של דין זר ומסייע לגיבושן של תוצאות ממוניות הנובעות מסטאטוס נישואין, וזה אינו מופר כלל על ידי הדין הדתי[3].

בשיטתנו המשפטית נוהג בעת ובעונה אחת משטר משפטי של אלמנט אשמה בנוגע לענייני גירושין — והשלכותיו של זה על זכויות רכושיות וממוניות בין בני הזוג[4] — עם העדר אשם בעניינים רכושיים, כאשר הם נידונים בבית־המשפט האזרחי[5].

1. ראה לעיל פסקה 43.
2. ראה לעיל בסוגיית הקידושין הפרטיים פסקאות 48, 55.
3. ראה לעיל בסוגיית הנישואין האזרחיים פסקאות 43, 80.
4. ראה א' רוזן־צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 123.
5. ע"א 595/69 **אפטה נ. אפטה**, פ"ד כה (1) 561, 569; ע"א 264/77 **דרור נ. דרור**, פ"ד לב

שיקולי טובת הילד בשאלות של החזקת ילדים נעשית, לעיתים קרובות, לפי העדפות הנובעות משיפוט ערכי דתי או חילוני, בהתאם לערכאה שבה נידון העניין[6].
קיומם של יחסי מין בין גבר לאשה לפני הנישואין או מחוץ לנישואין, נחשב כחיים ב׳חטא׳ מבחינת השקפת העולם הדתית. אשה נשואה המקיימת יחסי מין עם גבר שאינו בעלה, היא אשה נואפת האסורה לבעל ולבועל גם יחד. התוצאות המשפטיות, העלולות לנבוע מהפרת איסורים אלה בדין הדתי, הן מרחיקות לכת. אולם, במשפט האזרחי עשויה מערכת יחסים כזו להיות מתוגמלת באמצעות מוסד הידועים בציבור[7]. **האיסורים** הדתיים, הנוגעים ליחסי מין לפני הנישואין או מחוץ לנישואין, אינם מהווים חלק מן המשפט הישראלי הנוהג[8]. יתר על כן, הסכם לקימומה של מערכת יחסים בין גבר לאשה, לרבות נשואה, הכוללת בתוכה גם יחסי מין מחוץ למסגרת הנישואין, אינו נחשב בלתי חוקי או בלתי מוסרי בבתי־המשפט האזרחיים[9].
בסוגיות שונות מצבם המשפטי של הידועים בציבור אף עדיף על זה של זוגות נשואים. נראה, כאילו ידועים בציבור נשכרים במקום שזוגות נשואים יוצאים נפסדים. כך, למשל, תחול חזקת השיתוף על ידועים בציבור[10] בעוד בני זוג, שנישאו לאחר התאריך 1/1/74, כפופים להסדר איזון המשאבים הקבוע בפרק השני של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל״ג־1973.

> ״מצבה ׳של הידועה בציבור לעניין שיתוף נכסים טוב יותר מאשר מצבה של האשה הנשואה על־פי חוק יחסי ממון׳. ההסדרים בתחומו של כל אחד משני הסוגים של ׳בני זוג׳ הם, כאמור, שונים, ולא תמיד לרעתם של הידועים בציבור״[11].

(1) 829, 832; ע״א 384/88 **זיסרמן נ. זיסרמן**, פ״ד מג (3) 205; כן ראה א׳ רוזן־צבי, **שם** בע׳ 286, 356־357.

6. ראה **לעיל** פסקאות 69, 82.

7. אשה נשואה עשויה להיחשב כידועה בציבור של אחר, ראה ע״א 384/61 **מדינת ישראל נ. פסלר**, פ״ד טז 102. כדי להימנע ממצב כזה נדרשת חקיקה מפורשת, כמו זו שבסעיף 55 לחוק הירושה, תשכ״ה־1965.
על סוגיית הידועים בציבור, ראה פ׳ שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ״ד) 104 ואילך; מ׳ שאוה ״הידועה בציבור כאשתו — הגדרתה, מעמדה וזכויותיה״ **עיוני משפט** ג (1973) 484; ד׳ פרידמן ״הידועה בציבור בדין הישראלי״ **עיוני משפט** ג (1973) 459; ח׳ שלח ״בן הזוג הידוע בציבור״ **משפטים** ו (1978) 119.
על ההסדרים החצויים בעניין זה בישראל, ראה עוד א׳ רוזן־צבי ״על ספרו של פנחס שיפמן: ׳דיני המשפחה בישראל׳, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה״ **משפטים** טו (1986) 476, 484־485.

8. ראה פ׳ שיפמן, **שם** בע׳ 105. ראה **לעיל** פסקאות 58, 65.

9. ע״א 563/65 **יגר נ. פלביץ**, פ״ד כ(3) 244; ע״א 805/82 **ורסנו נ. כהן**, פ״ד לז (1) 529; ע״א 337/62 **ריזנפלד נ. יעקובסון**, פ״ד יז 1009; א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 7, בע׳ 484־485.

10. ע״א 52/80 **שחר נ. פרידמן**, פ״ד לח (1) 443; ע״א 749/82 **מוטסון נ. וידרמן**, פ״ד מג (1) 278. על סוגיית הידועים בציבור, ראה עוד **לעיל** פסקה 58 וכן **להלן** פסקאות 311—313, 345, 375, 378.

11. ע״א 640/82 **כהן נ. היועה״מ**, פ״ד לט (1) 673, 686. ראה גם מ׳ שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה שנייה, תשמ״ד) 221.

יתר על כן, במקום שנישואין הם עילה להפסקת זכויות גמלה או זכויות אחרות, אין יחסי ידועים בציבור במשמע[12].

העולה מן המקובץ הוא, כי בעוד ידה האחת של שיטתנו המשפטית אוחזת בקדושת הנישואין, שהדין הדתי החל על ענייני נישואין וגירושין מבוסס עליה, מעודדת ידה האחרת יחסים מחוץ לנישואין באמצעות תמריצים, פרי החקיקה והפסיקה, לידועים בציבור. המסר הכפול, פרי המוסר הכפול, טבוע בלִבה של השיטה המשפטית.

גם תחום הטכנולוגיה והמשפחה אינו נמלט מן הבעיות שבין הדין הדתי לחילוני. משום כך התשובות נחלקות לפי סוג הבעיות הנדונות.

שאלת המותר והאסור בתחומים אלה אינה נקבעת על ידי הדין הדתי, אלא על ידי המשפט האזרחי. עוד בחודש יוני 1979 הוצאו על ידי שר הבריאות תקנות בדבר ניהול בנק זרע[13]. המנהל הכללי של משרד הבריאות הוציא כללים מפורטים על ניהול בנק זרע ועל הזרעה מלאכותית (artificial insemination)[14]. באמצע שנת 1987 הוצאו תקנות בעניין הפריה חוץ־גופית (in vitro fertilization)[15]. תקנות אלה מסדירות את אופן עריכת הפעולות ואת המגבלות המוטלות על בתי־החולים ועל הרופאים בביצוע הפעולות[16].

לעומת זאת, השאלות, שעניינן מעמדו האישי של ילד או כשרותו להינשא יוסדרו על ידי הדין הדתי[17]. יתר על כן, גם שאלת התוצאות האישיות ביחסים בין בני הזוג יוסדרו על ידי הדין הדתי. רוצה לומר, אם הדין הדתי אוסר פעולה מסוימת בגוף האשה, עלולות לנבוע מכאן תוצאות בהקשר של יחסי בני הזוג. באשר להזרעה מלאכותית נקבע כבר על ידי בית־המשפט העליון, כי גבר שהסכים להזרעת אשתו בזרעו של תורם זר (AID) חייב במזונות הילד[18]. אולם החלטה אחרת ניתנה על ידי בית־הדין הרבני[19]. פסקי־הדין של

12. ראה **Israel** 21 (1986) 501 **L.R.** לדעת פרופ׳ שיפמן שם, ההכרה האוטומטית של המדינה בנישואין דתיים פוגעת בציבור הדתי דווקא. מי שמחמת אמונתו אינו יכול לחיות ב׳חטא׳ ולקיים מסגרת יחסים של ידועים בציבור, יוצא נפסד. שיטתנו המשפטית אינה מעניקה לו דרך משפטית המאפשרת לו לקיים קשר דתי ׳פרטי׳, שאינו מוכר כסטאטוס של נישואין על ידי המדינה. לעומת זאת, ציבור חילוני עשוי למצוא מקלט ביחסי הידועים בציבור.

13. תקנות בריאות העם (בנק זרע), תשל״ט־1979. וראה גם פ׳ שיפמן ״קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית״ **משפטים** י (1980) 63; P. Shifman, "First Encounter of Israeli Law with Artificial Insemination" 16 **Israel L.R.** (1981) 250.

14. כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית.

15. תקנות בריאות העם (הפריה חוץ־גופית), התשמ״ד־1987, ק״ת 5035 (תשמ״ד) 978.

16. דיון על נוסח מוצע של התקנות ראה A. Shapira, "In Israel, Law, Religious Orthodoxy, and Reproductive Technologies" **The Hastings Center Report** (June 1987) 12.

17. בתיק שמה/2037, בבית־הדין הרבני האיזורי בחיפה (לא פורסם) בהחלטה מיום 15/5/85, נקבע כי ילד יהודי שנולד מהזרעה מלאכותית, לא יוכל להינשא אלא לגיורת מחשש של ספק קרבת משפחה כלפי כל האחרים. מן הראוי לציין כי משרד הבריאות אינו מודיע על הזרעות מלאכותיות.

18. ע״א 449/79 **סלמה נ. סלמה**, פ״ד לד (2) 779.

19. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים (תיק ערעור תשמ״ה/49 (לא פורסם)), בדעת רוב, קבע, כי למרות הסכמת הבעל להזרעה מלאכותית של אשתו בזרע של תורם, פטור הבעל ממזונות הילד שנולד.

בתי־הדין הרבניים אינם מושפעים מכך שהמשפט הישראלי מתיר את הפעולות האלה ומכיר בחוקיותן. זו משמעותו של הפיצול בדיני המשפחה. המסר הכפול של השיטה הישראלית בא לידי ביטוי גם בסוגייה זו.

לדין הדתי העברי נורמות המבוססות על חשיבות שלום הבית[20]. אך פיצול השיפוט, ומירוץ הסמכויות הבא בעקבותיו, מתגמלים דווקא את בן הזוג המסלים את מערכת היחסים על ידי הקדמת ההתדיינות השיפוטית וסגירתה של כל אופציה להשלמה. זו אחת מתוצאותיה של הלכת ה'כריכה'[21].

הלכת ה'כריכה' מביאה לידי ביטוי שניות נוספת הרווחת בשיטה. מצד אחד, קיימים הסדרים הגוררים אחריהם תמריץ להסדרת הסכסוכים בתוך המשפחה בדרך הסכמית. כך, חופש ההתנאה של בני הזוג הרווח בשיטתנו המשפטית וכך הקושי להשיג גירושין שלא בדרך הסכמית. מצד שני, ובמקביל, מתקיימים הסדרים משפטיים המעודדים דווקא את תופעת ההתדיינות, כמו הלכת ה'כריכה'.

באשר למעמדה של האשה במשפחה יש לתת את הדעת לנדבך נוסף, הנובע ממעמדה הבעייתי של האשה הנשואה בחברה. בחברה הישראלית נמסרים לאשה מסרים חברתיים כפולים: על שוויונה ותפקודה העצמאי, מצד אחד, ועל תלותה בבעל ועדיפות חובותיה למשפחה, מצד שני. החברה המסורתית אופיינה על ידי אחידות וחוסר גמישות, אך, לעומת זאת, הוקנו בה וודאות ותגמולים חברתיים של סיוע. במצב החברתי החדש שולט הגיוון, אך הוא נקנה במחיר של קונפליקט, חוסר ודאות ובדידות, וכיו"ב[22].

2) השיטה מבטאת פוריטניות יתר בצד ליברליות יתר

§116. המערכת הכפולה, המולידה מסרים כפולים, מתאפיינת בפרדוכס הנובע מן המציאות האמורה. המערכת הנורמטיבית של המשפחה, כפי שהיא מוסדרת בשיטתנו המשפטית, שואבת משני מקורות מרכזיים במקביל. לעיתים קרובות שני המקורות יוצאים מנקודת מוצא אידאולוגית שונה, אולי אפילו הפוכה. התוצאה היא כללים משפטיים הנותנים, בעת ובעונה אחת, ביטוי לפוריטניות יתר ולהסדרים המבוססים על תפיסה ליברלית.

כך, למשל, קשה לבני זוג יהודים, להתיר את נישואיהם ללא הסכמה. מופעלים כללים נוקשים, המבוססים על עקרונות דתיים של אשמה וקדושת קשר הנישואין[23]. מאידך גיסא, ראינו לעיל, כי קל יחסית לחיות ב'חטא'[24] ולמרות זאת לזכות בתוצאות משפטיות המגוננות על ה'חוטא' כחלק ממערכת היחסים של ידועים בציבור.

20. על סוגיית שלום בית, ראה לעיל פסקאות 87 — 100.
21. ראה לעיל פסקה 113.
22. ראה ר' שריפט "נישואים — אופציות או מלכוד" **נשים במלכוד, על מצב האשה בישראל** (תשמ"ב) 108.
23. ראה ז' פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל"ג).
24. מבחינת תפיסת העולם של הדין הדתי, החולש על חלק מתוצאות קשר הנישואין ועל עילות הגירושין.

הפוריטניות המונחת ביסוד ההסדר הדתי בענייני נישואין וגירושין, נתפסת כמוגזמת בעיני רוב בני החברה. הואיל ופוריטניות זו אינה נובטת על קרקע אידיאולוגית ואינה מושרשת במסורת החברתית אצל חלק הארי של ציבור היעד שהדינים מכוונים אליו, נוצר תהליך של סגירת פערים, הגורר אחריו ליברליות רבה יותר יחסית לשיטות משפטיות אחרות[25]. ועניין ההכרה המשפטית בזכויות שונות של הידועים בציבור יוכיח[26].

מעמדה של האשה במשפחה, בכל הנוגע לדיני איסור והיתר, מוסדר בעיקרו על ידי הדין הדתי. במישור זה, על־פי תפיסה משפטית וחברתית בת הזמן, מופלית האשה לרעה לעומת הגבר. לעומת זאת, כל הנוגע ליחסי הממון והרכוש של המשפחה מוסדר באמצעות דין חקוק או דין פסוק, המבוססים על עקרון שוויון הזכויות בין המינים. ההסדר פועל בשלושה מישורים. ראשית, נשמרות זכויותיה הממוניות של האשה המעוגנות בדין הדתי. שנית, המגבלות המוטלות על קנייניה של האשה בוטלו, לאחר שהוכרזו כבלתי תקפות במשפט הישראלי הנוהג[27]. שלישית, נקבע הסדר ישראלי מקורי בין באמצעות הפסיקה[28] ובין באמצעות החקיקה[29].

גם בסוגיית הטכנולוגיה והמשפחה ראינו כיצד נע המשפט הישראלי בין השמרנות לחידוש. זרוע אחת, בעלת סמכות נורמטיבית, מנסה ללכת עם הזמן והזרוע האחרת, בעלת סמכות נורמטיבית גם היא, מנסה לעצור. תהליך סגירת הפערים בסוגייה זו הִנו רק בראשיתו.

25. ראה ג׳ טדסקי ״משבר המשפחה וחסידי המסורת״ **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** (תשכ״ד) 282, 314; א׳ רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה שלישית, 1980) 153.

26. ראה **לעיל** הערות 7 — 12 והטכסט הסמוך להן.

27. הפסיקה בעקבות חוק שיווי זכויות האשה, תשי״א־1951. ראה בי״מ 1/50 **סידיס נ. יו״ר ההוצל״פ ירושלים**, פ״ד ח 1020; ע״א 313/59 **בלבן נ. בלבן**, פ״ד יד 285; ע״א 426/65 **רינת נ. רינת**, פ״ד כ (2) 21; ע״א 61/71 **כהן נ. כהן**, פ״ד כה (2) 327; בג״צ 185/72 **גור נ. בית־הדין הרבני**, פ״ד כו (2) 765. ראה על כך א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 4, מע׳ 134 ואילך.

28. למשל, חזקת השיתוף בנכסים בין בני הזוג. על החזקה ראה א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 4, מע׳ 212 ואילך.

29. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל״ג־1973.

פרק רביעי

השפעה שלילית על כוח המיקוח של הצדדים

1) חשיבות כוח המיקוח בשיטה והתופעות הנלוות למירוץ לשפרו

§117. את הצעדים הראשונים של הליך הפירוד הקשה עושה בן הזוג בישראל בלשכתו של עורך־הדין ובאולמו של השופט או הדיין, ולא בחדרו של יועץ או של מתווך — איש ביניים מקצועי. שיטתנו אינה מניחה לצדדים מסגרת מינימלית של נינוחות, המאפשרת התחשבות הדדית ומשא־ומתן מכובד בדרכי שלום. בשיטתנו המשפטית נדחפים הצדדים על ידי מירוץ הסמכויות להתדיינות שיפוטית. אולם, בד בבד, לנוכח העובדה שאת הגירושין ניתן להשיג — בחלק הארי של המקרים — בדרך של הסכמה בלבד מוסט, בהמשך הדברים, מרכז הכובד למשא־ומתן ולהסדר מחוץ לכתלי בית־המשפט. אלא שמשא־ומתן זה כבר מתנהל בצל המאבק המשפטי והחוץ־משפטי הכואב והקשה, בהיות הצדדים מותשים ופגועים האחד מן השני.

בכל שיטה משפטית מבקשים הצדדים לשפר את עמדות המיקוח שלהם. בכל שיטה משפטית מתנהל המשא־והמתן בצֵלו של הדין[1]. אולם בשיטות משפטיות אחרות, שבהן הגירושין אינם תלויים באשמה, אינם זוקקים עילה ואינם מותנים ברצונם של שני הצדדים, יצאו הגירושין מכלל אמצעי המיקוח[2]. זכות הווטו של כל אחד מבני הזוג על הגירושין בוטלה ועִמה נעלמו גם היתרונות הכלכליים שצמחו לצד החף מאשמה והפחות להוט לגירושין.

1. על אספקט זה ראה: R.H. Mnookin & L. Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 **Yale L.J.** (1979) 950; R.H. Mnookin, "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz, ed., 1984) 364.

2. על ביטול האשמה בגירושין והשפעתו על כוח המיקוח, ראה L.J. Weitzman, **The Divorce Revolution** (New-York, 1985) 9 et seq., 383; M.A. Glendon, **The New Family and the New Property** (Toronto, 1981) 61 et seq ראה גם להלן פסקה 127 ובמיוחד הערה 47. על ביטול האשמה ראה גם פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 299 — 301; א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) מע' 27 ואילך. על גורם האשמה והשפעתו על חלוקת הרכוש, ראה K.J. Gray, **Reallocation of Property on Divorce** (Abingdon, 1977) 203-277.

בכך בוטל כוח המיקוח של בן הזוג החף מאשמה. כל אחד מבני הזוג יכול לנהל את המשא־ומתן בלי שחרב השבי של קשר נישואין בעל־כורחו מתהפכת עליו.
בישראל, שיפור עמדות המיקוח הוא בעל השפעה מכרעת לא רק על טיב ההסדר, אלא בעיקר על האפשרות להתיר את קשר הנישואין באמצעות הגט. לא זו אף זו, הדיין קובע את הדין. כוח המיקוח תלוי גם בערכאה שבן הזוג הוביל אליה את ההתדיינות. מירוץ הסמכויות הקבוע בשיטה תולה ברוב המקרים את קניית הסמכות במועד הגשת התביעה. כל הקודם לפתוח במלחמה ולהתיר את קשר הנישואין — זוכה.
הצירוף של מירוץ הסמכויות והחתירה הבלתי פוסקת לשיפור עמדות המיקוח דוחף את הצדדים לחשדנות הדדית, להקצנת עמדות ולנקיטת צעדים דרסטיים. הליך הגירושין עומד בצֵלם של התדרדרות מתמדת, הפתעות, חרדות ואיומים בלתי פוסקים. לא פלא, כי הרסן נשמט מהר מאד מידם של הצדדים. השליטה במצב יוצאת מידם, והם נלכדים בתוך מערבולת מהירה, הסוחפת אותם לפעולות יזומות ולפעולות תגמול בלתי פוסקות. לעיתים קרובות ימצא עצמו בן הזוג נוקט צעדים למורת רוחו. הוא יפעל כך הן מתוך חשש שפאסיביות תחשוף אותו לתקיפה נגדית ולאבדן יתרונות, והן מתוך כורח להשיג, בכוח או בדרכי עקיפין, את מה ששיטתנו המשפטית אינה מאפשרת לו להשיג בדרך המלך. הליך הגירושין משנה את הצדדים והתנהגותם. לעיתים, כהרף עין.
הדֶה־הומניזציה של הליך הגירושין בישראל הוא מצב קיים, אך אינו מצב טֶרמינלי. הוא ניתן לתיקון. בישראל, יותר מכל שיטה משפטית אחרת, חייב ההסדר המשפטי לקחת בחשבון את ניהול המשא־ומתן בצל הדין. עלינו להיות מודעים למסר שמעביר ההסדר המשפטי לצדדים לקראת הסכם הגירושין.

2) חוסר איזון בכוח המיקוח של בני הזוג

פתיחה

§118. על השיטה המשפטית לחתור לאיזון בכוח המיקוח של הצדדים, במיוחד של בני זוג. בישראל האיזון הוא צורך 'קיומי'. בחברה הישראלית שוויון הזכויות בין המינים הוא אבן פינה של מערכת הערכים החברתית הבסיסית. שוויון הזכויות בין המינים הוא מן הבודדים בערכי היסוד של שיטתנו, שאף זכו להגנה בדברי חקיקה שונים של הכנסת[3]. הבכורה שייכת לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951. בשל כל אלה נחשב עיקרון שוויון הזכויות בין המינים חלק מתקנת הציבור המקומית[4].

3. על השוויון בין המינים כערך יסוד של השיטה ועל חוק שיווי זכויות האשה כמבטא עיקרון זה, ראה בג"צ 153/87 **שקדיאל נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221, 275; בג"צ 953/87 **סיעת העבודה בעיריית תל־אביב נ. מועצת עיריית תל־אביב**, פ"ד מב (2) 309, 333.

4. ראה ע"א 209/54 **שטיינר נ. היועץ המשפטי**, פ"ד ט 241; ע"א 2/77 **אזוגי נ. אזוגי**, פ"ד לג (3) 1, 28: "הוראת הסעיפים 1 ו־2 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951, משקפת את תקנת הציבור הישראלית ולכן לא יינתן תוקף לדין זר העומד בסתירה לכללים אלה". ראה גם בג"צ 202/57

אולם, הלכה למעשה, אין העיקרון יוצא תמיד מן הכוח אל הפועל בתחום ענייני המעמד האישי. סעיף 5 לחוק שיווי זכויות האשה מסייג את תחולת הוראות החוק: "אין חוק זה בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין". עקב המורכבות והמיוחדות של השיטה הישראלית אין כושר מיקוח שווה לבני הזוג בישראל. מצד אחד, נפגע כוח המיקוח של בן הזוג התובע את הגירושין והלהוט להשיגם. ככל שלהיטותו גוברת, כוח המיקוח שלו הולך ונגרע. 'מחיר' הגט עולה ויכולת הסחיטה של הצד הפחות להוט לגירושין מתעצמת. הדבר נובע מתכניו ומאופיו של דין הגירושין היהודי. מצד שני, כוח המיקוח היחסי של האשה קטן יותר מזה של הבעל. האחריות לכך מתחלקת בין הדין הדתי למשפט האזרחי.

האפליה בין הגבר לאשה מגדילה את כוח המיקוח של הבעל ומעבירה מסר שלילי בשיטה, ולפיו — כוח הלחץ המופעל על ידי הבעל הוא אפקטיבי יותר. הפער הקיים בין בני הזוג והשפעתו על כוח המיקוח של הצדדים גורר אחריו נקיטת אמצעי התקפה והגנה, המובילים את מערכת היחסים בין בני הזוג ואת השיטה המשפטית לכיוונים לא רצויים.

האחריות הראשונית לכוח המיקוח הקטן יותר של האשה נופלת על הדין הדתי. מקורה ביחס השונה לשני המינים, פרי התייחסות הדין הדתי הנוהג בענייני נישואין וגירושין[5].

אולם, גם המשפט האזרחי אינו מיטיב תמיד עם כוח המיקוח של האשה. נעשו אמנם צעדים משמעותיים על ידי המחוקק ובתי־המשפט, אך עדיין נשארו כיסי אפליה, גלויים או סמויים, ישירים או עקיפים, מדעת ובהסח הדעת, המשאירים את האשה נחותה בכוח המיקוח שלה. לעיתים, המחוקק או בית־המשפט מרימים ידיים נוכח פני הדין הדתי. לעיתים, אין הם ערים מספיק לאילוצי השיטה ואין הם מתחשבים בעמדת הפתיחה הנחותה של האשה, שמקורה בדין הדתי. לעיתים לא נלקחת בחשבון השפעתם של דבר חקיקה או של הלכה פסוקה — על כוחם של הצדדים ועל מאזן הכוחות במסגרת הליך הגירושין.

א) עילות גירושין והכוח להתיר נישואין

§119. שליטת הדין הדתי על ענייני הגירושין מנציחה את האפליה לרעת האשה בתחום מרכזי זה.

כבר ראינו לעיל, כי העיקרון המרכזי, המנחה את תפיסת הגירושין והרווח במדינות מערביות רבות, הוא כישלון הנישואין תוך התעלמות מגורם האשמה מטעמים אידיאולוגיים ופרגמטיים גם יחד. בדין העברי שולט עיקרון האשמה על תביעת הגירושין של כל אחד מבני הזוג, לכאורה ללא כל אפליה. אולם, הלכה למעשה, עולה כוח המיקוח של האיש על זה של האשה מטעמים רבים.

1) האשה אינה יכולה לגרש. רצונו של הבעל ושיתוף הפעולה שלו מכריעים.

סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528, 1537: חוק שיווי זכויות האשה הוא: "חוק אידיאולוגי, מהפכני, משנה סדרי החברה".

5. על כוח המיקוח של בני הזוג, ראה א' רוזן־צבי "הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות — הצורך בגישה חדשה" **הפרקליט** לח (1989) 338, 376 — 379.

כתוצאה מכך רווח חוסר סימטריה בעילות החיוב והכפייה למתן גט בין בעל לאשה, וזה פועל לרעת האשה. במקרים רבים מה שמספיק לחייב אשה לקבל גט, לא די בו בתביעת אשה לחייב את בעלה בגט.

נדגים טענה זו במספר החלטות שיצאו מלפני בתי־הדין הרבניים.

תביעות אשה לגירושין על בסיס טענת חוסר כוח־גברא של הבעל והיותו מאוס עליה. התביעות הוגשו לאחר חמש שנות נישואין ומתנהלות כבר במשך חמש שנים. הצדדים חיים בנפרד. בית־הדין, בדחותו את תביעת האשה, אומר מפיו של הרב עובדיה יוסף:

> "שלא תמהר לסתור בניינה כי רחמי שמים מרובים ויש לדבר על לב האשה אולי יש תקווה על ידי רפואות תעלה. וכיוצא בזה כתב בשו"ת מהרשד"ם, שאפילו כנים דבריה וברור לנו שאין לו כוח גברא אין למהר ולהפריד בינה לבין אלוף נעוריה וטוב לה להמתין 2 — 3 שנים אולי תזכה להיבנות מבעלה ורחמי שמים מרובים"[6].

לעומת זאת, גילה בית־הדין יחס שונה כלפי תביעה הפוכה, דומה אם כי לא זהה, שהוגשה על ידי בעל. במקרה זה נטען, כי האשה אינה מסוגלת להרות. עם הגשת התביעה לא עברו עשר שנות נישואין. בית־הדין חייב את האשה לקבל גט[7].

במקרה אחר, דחה בית־הדין תביעת אשה לכפיית גט על בעלה בטענה של חוסר סיכוי לשלום בין בני זוג. קבלת התביעה, על בסיס הצעתו של הגרח"י פלאג'י[8], היתה עשויה לשמש מנוף להתאמת הדין למציאות החילונית מתוך שיקולים דתיים, להביא שינוי מהותי בדיני הגירושין ולקרב את הגירושין בין יהודים לשיטת הגירושין על בסיס כישלון הנישואין. בית־הדין תקף הצעה זו בק"ן טעמים ופסל אותה כליל[9].

לעומת זאת בתביעה הפוכה, דומה אם כי לא זהה, מצד בעל, בטענה של חוסר סיכוי לשלום, חויבה האשה לקבל גט ובית־הדין היה אף נכון לתת לבעל היתר נישואין.

> "אין מנוס ומפלט מהפרדת בני הזוג בגט. אין כל צידוק לדעת בית־הדין להשאיר את הבעל בעיגונא דגברא והרהורי עבירה כל ימיו לאחר שכל המאמצים להשכין שלום בינו לבין אשתו עלו בתוהו"[10].

כמו כן, קיימת הבחנה בעילות חיוב וכפייה של גט על הבעל, לעומת האשה, במקרים של 'בגידה' של הבעל באשה לעומת 'בגידה' מצד האשה בבעלה — זו האחרונה מהווה ניאוף מצד האשה, במשמעות ההלכתית[11].

אפליה בין בעל לאשה לצורך כפיית גט, מטעמים דתיים מובהקים:

6. ראה תיק ער/תשמ"ב/10, פד"ר יב 103, 122.
7. ראה ער/תשל"ט/150, פד"ר יב 123.
8. ראה להלן פסקה 247.
9. ראה ער/תשל"ב/122, פד"ר ט 200; ער/תשל"ד/67, פד"ר י 168.
10. ראה תיק תשל"ב/404, פד"ר ט 149. פסק־הדין אושר בבית־הדין הרבני הגדול, ראה ער/תשל"ג/12, פד"ר ט 152.
11. ראה תיק 1315/תשי"ג, פד"ר א 139, וכן י' לוינגר, **בין שגרה לחידוש** (תשל"ג) 101־102. ביטוי לפער הלכה למעשה ראה גם ז' פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל"ג) 40 — 48, במיוחד בע' 45, 46.

"מובנת וצודקת בחברה דתית... אולם... אינה נסבלת... בחברה ובמדינה חילוניות. שהרי גם מבחינה דתית אין שום יסוד להעניק לאדם המחלל שבת והעובר על כל העבירות שבתורה כוח לתת גט לאשתו בעל־כורחה, רק בגלל האיסור הדתי הרובץ עליו להמשיך ביחסי אישות עם אשתו"[12].

תוך ניצול ציני של הלכות, המבקשות להגן על ערכים דתיים, זוכה הבעל ביתרון בלתי הוגן, שלא בטובתה של הלכה, למטרות חילוניות ובהקשרים חילוניים.

החשש מפני גט מעושה מרתיע את בתי־הדין הרבניים מכפיית גט על הבעל אפילו במקרים שיש לכאורה בהם הצדקה הלכתית, על בסיס העילות הקיימות, להפעיל מכשיר הלכתי זה.

"בכמה מפסקי־דין (רבניים) הנימוקים לפסיקה על כפיית גט הם כה ברורים, שרק יראת ההוראה למתן גט מעושה הכריעה..."[13].

בית־הדין נוקט מדיניות דווקנית ומחמירה באשר לכפיית גט על הבעל, ונמנע מאכיפת ההלכה. בביטוי "אנו מחמירים על עצמנו מלכופו בשוטים משום חששא דגט מעושה" השתמש בית־הדין, בדחותו תביעה מצד האשה לכפות גט על הבעל במקרה שבית הדין עצמו העיד כי, "הבעל... הפך בהתנהגותו המוזרת את חיי האשה לגהינום"[14]. אם לא די בסיבות האחרות, שרק חלקן נידונות על ידינו, מוסיפה מגמה זו של בתי־הדין הרבניים לתוצאה של נחיתות האשה, הלכה למעשה, ולפגיעה בכוח המיקוח שלה לעומת הבעל.

יתר על כן, בית־הדין נוקט, מתוך עולם המושגים האמון עליו, שגרת לשון דתית, השאובה מעולם האמונה, שכוחה יפה בחברה שומרת תורה ומצוות, ומנסה באמצעותה לסגור את הפער. דבריו של הרב עובדיה יוסף, בפסק־הדין הרבני שצוטט לעיל, מבוססים על אמונה דתית עמוקה[15]. אלא שאמונה זו מוטלת על שאינם מאמינים. ניסיון כזה נועד, כמובן, מראש לכישלון. הוא מרחיב ומעמיק את הפער תחת לצמצמו.

12. ראה י' לוינגר, שם שם.

13. ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו—תשל"ז) 153, 209־210, 212. על מיעוט הוצאת פסקי־דין של כפיית גט, ראה גם בספרו של מי שהיה מנהל בתי־הדין הרבניים הרב ד' כץ, פסיקת בתי־הדין הרבניים והחוקים (תשל"ו) 94־95; דוגמאות נוספות לפסיקה מהוססת ראה ז' פלק, לעיל הערה 11, בע' 45 ואילך. על מיעוט כפיות גיטין, ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק ה, פתיחה לפרק ז, בע' 23—25 וכן בע' 100 שם; הרב ש' ישראלי "על כפייה ורצון בגט" הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה (תש"ל) לב, לז־לח. ראה גם, ד' י' מישלוב "האשה היהודית בהלכה" דיני ישראל יג־יד (תשמ"ו—תשמ"ח) רסג, שד־שה. המחבר מצביע על כך שתפקיד בית־הדין בהליך נתינת הגט הוא שולי, וכי נסיבות חיצוניות שונות הן המכריעות בסופו של דבר את הכף בעניין מתן הגט; ר' הלפרין "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" מחקרי משפט ז (1989) 297, 298—300. על מגבלות התרת הנישואין בדין העברי ובמשפט הישראלי בעקבותיו, ראה להלן פסקאות 148, 220—223, 243—247.

14. תיק תשי"ג/194, פד"ר א 77, 78, 80. באותו מקרה התנהג הבעל באלימות ובהתאכזרות כלפי האשה, נעדר תכופות מן הבית ונמנע גם מלספק לה את צרכיה. בממצאיו כותב בית־הדין, בין היתר: "הגדיש הבעל את הסאה כלפי אשתו, וסבלותיה ממנו הן למעלה מנשוא" (שם בע' 78).

15. תיק ער/תשמ"ב/10. הדברים מצוטטים לעיל בטכסט להערה 6.

הניגוד שבין המציאות, המשמשת רקע לפסיקתו של המהרשד"ם, והמובאת כאסמכתא באותו פסק־דין רבני, לבין ימינו הוא כה עמוק, שההסתמכות עליה לצורך זה יוצרת פער ומעמיקה את התהום בין הציבור בימינו, והמציאות שהוא חי בה, לבין הדין. סיגול עולם מושגים דתי, המושתת על אמונה דתית (מעבר לתוצאות המשפטיות), במסגרת נורמות, המכוונות לציבור חילוני, חותר תחת המטרה, שאיש ההלכה שואף לה בסומכו על המערכת הדתית.

2) האשה, בניגוד לבעל, גם אינה יכולה לקבל היתר נישואין. אשה אשר ניטשה על ידי הבעל ואין אפשרות לאתרו, או שבעלה לקה במחלת־נפש, השוללת ממנו את האפשרות להבין או לפתח רצון עצמאי, תישאר עגונה. בעל במצב מקביל עשוי לזכות בהיתר נישואין[16].

3) יתר על כן, בתי־הדין הרבניים נוטים להקל בכפייה על האשה על ידי מתן היתר נישואין לבעל לעומת העילות, שבהן כופים את הגט על הבעל[17].

הדבר ניתן להסבר משפטי פשוט על רקע החומרה של גט מעושה לעומת הקולה היחסית של עקיפת החרם[18]. אולם גישה זו נוגדת את העיקרון שבבסיס החדר"ג, שהוא השוואת כוח האשה לכוח האיש. בחברה הישראלית, ששולט בה עיקרון דווקני של אשמה, לפחות כלפי יכולת האשה להתיר את נישואיה, מעמיקה גישה כזו — אף שהיא עולה בקנה אחד עם המדיניות הרווחת במדינות המערביות בעניין גירושין — את ההבדל בין המינים. המסר העולה מפסיקה כזו מגדיל עוד יותר את כוח המיקוח של הגבר, ומקטין את כוח המיקוח של האשה.

ב) נגישות לאלטרנטיבות בהעדר גט

§120. נשוי המוליד ילד מפנויה חי, מבחינה דתית, בחטא, אך לא פָּגם ביוחסין של הצאצא. נשואה היולדת ילד למי שאינו בעלה — עושה את הצאצא ממזר. גם בחברה חילונית, שרובּה אינו רואה בנורמות הדתיות ערך מחייב, מקנות התוצאות המשפטיות הקשות, העלולות לנבוע ממעשה כזה, יתרון לגבר. לאשה המבקשת לשקם את חייה, להינשא מחדש וללדת ילדים הגט הוא חיוני. אשה נשואה הנדחפת לפתרון של ידועה בציבור, בשל הקושי לקבל את הגט מבעלה, מסכנת, לעיתים, את זכויותיה הממוניות מבעלה, ומטילה פגם של יוחסין בצאצא שיוולד מן היחסים האסורים. לעומת זאת, גבר נשוי, שאינו שומר תורה ומצוות, עשוי לבחור לעצמו בשעת הדחק את הפתרון של ידוע בציבור בלי ליטול על עצמו סיכונים משמעותיים. רמת הנגישות הגבוהה יותר של הגבר לאלטרנטיבות שבהעדר גט מעניקה לו מקדמה פסיכולוגית וממשית על האשה במאבקי הגירושין ומשפרת עוד יותר את כוח המיקוח שלו.

16. ראה ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 71, 85־86, 420, 425.
17. ראה מחקרו של ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 13, בע' 199. כן ראה תיק תשל"ב/404, **לעיל** הערה 10.
18. על הבחנה זו, ראה ער/תשל"ב/122, **לעיל** הערה 9, בע' 211־212.

ג) הליכי הגירושין וההתדיינויות בין בני הזוג — יתרון לחזק באופן נפשי וכלכלי

§121. בישראל, הקושי להשיג גירושין שלא בדרך של הסכמה הופך את הליך הגירושין למבחן של כוח עמידה בלחצים ולמאבק כוחות בין בני הזוג. ריבוי ההתדיינויות מטיל מעמסה כספית ניכרת על בני זוג. מלחמת התשה באמצעות ערכאות השיפוט השונות מחייבת כושר עמידה כלכלי, ולא רק כוח סבל נפשי. מירוץ הסמכויות תורם איפוא את חלקו לפגיעה בכוח המיקוח של הצדדים. מירוץ הסמכויות מאפשר לצדדים להאריך מלאכותית את משך ההתדיינות ולהתיש האחד את כוחו של האחר. הוא פועל להגדלת כוח המיקוח של הפחות להוט לגירושין או — של בעל העורף הכלכלי הבטוח יותר, שהוא בדרך כלל, הבעל. בכך הוא מהווה גורם נוסף, לא ענייני, המחליש את מעמדו של אחד הצדדים ללא הצדקה מהותית בנסיבות העניין, ומבלי שיהווה גורם רלוונטי למטרה זו.

פגמים בדיון השיפוטי ותופעות של סחבת בערכאות השיפוט, העוסקות בענייני גירושין, פוגעות בצד החלש יותר, הפגיע יותר, הבלתי עמיד יותר, דהיינו, בדרך כלל, באשה. גם הימנעות מהכרעה והפניית הצדדים להסדר ענייניהם בעצמם, ולמעשה להמשך ההתחככות וההתנגשות ביניהם (תופעות מקובלות בבתי־הדין הרבניים) פוגעות, בדרך כלל, באשה. תופעות כאלה מאריכות את ההליך, משאירות את הצד החלש חשוף יותר ללחצים ולסחטנות, מעניקות יתרון כלכלי ופסיכולוגי לצד החזק ופוגעות עוד יותר בצד, שכוח המיקוח שלו נחות יותר כבר בעמדת הפתיחה[19].

ניתן היה לצפות כי בתי־המשפט לא יעניקו לגיטימציה לתופעות כאלה ויסכלו אותם באותה מידה שיד סמכותם מגיעה. כך, למשל, החלטת בית־דין רבני להניח תיק גירושין פתוח ללא הכרעה וללא דיון עד שבני הזוג יגיעו לידי הסכם, כמוה כהחזרת ברירת האשה לפי סעיף 4 לחוק שיפוט בית־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953. אך, לא כך החליט בית־המשפט העליון. הוא דחה תביעת מזונות של אשה, שהוגשה לבית־המשפט המחוזי, מחמת חוסר סמכות כל עוד תיק גירושין, שנכרכה בו תביעת המזונות על ידי הבעל, לא נסגר פורמלית[20]. בכך צייד בית־המשפט בעקיפין את הבעל בנשק טקטי לשם השגת יתרונות בלתי הוגנים והגדיל את כוח המיקוח שלו.

סחבת בהוצאה לפועל של פסקי מזונות, שלא לדבר על אי ביצועם, פוגעת גם היא בחוסנו הכלכלי של בן הזוג הנזקק, מערערת את כושר העמידה שלו וחושפת אותו ביתר שאת ללחצים.

מכל הטעמים הללו הליכים פגומים, למרות פגיעתם הרעה בכל המתדיינים, פוגעים יותר בצד החלש, דהיינו, בדרך כלל באשה[21].

19. על פגמים בהליכי ההתדיינות בבתי־הדין הרבניים, ראה א' רוזן־צבי, **פתרונות לבעיות אישות** (בהוצאת 'נעמת', 1986) 19 ואילך; מ' אפשטיין, ר' מרדר, **שלום־בית** (1986) 69 — 71.

20. ר"ע 184/85 וועקנין נ. וועקנין, (לא פורסם). על השלכות ההחלטה וביקורת עליה, ראה לעיל פסקה 35.

21. על השלכות ההתדיינות השיפוטית ותופעותיה על כוח המיקוח, ראה L.J. Weitzman, **supra** note

בשיטת הגירושין החלה על יהודים בישראל מוטל על בן הזוג המבקש להשיג את חירותו, בין כדי להפטר מקשר מעיק ובין כדי להינשא מחדש ולתקן את כישלון הבחירה הקודמת, לקנותה בוויתורים רכושיים וכספיים. בשיטה מובנית תופעה של עידוד סחטנות[22]. המסר העולה מן השיטה הוא של כל דאלים גבר. כוח הכפייה של הערכאה המשפטית הוא שולי יחסית, וכוחה של המרות הדתית אינו שוקל עוד אצל חלק הארי של הנזקקים לערכאות הדתיות.

במחקר על תביעות גירושין שהוגשו על ידי נשים, מוכח, הלכה למעשה, כי האשה חשופה יותר לסחיטה מאשר הגבר[23]. המחקר רק מאמת אמפירית את המתחייב ממאזן הכוחות בין המינים בחברה הישראלית — לנוכח המצב המשפטי המחייב.

יתר על כן, אין לבדוק את היקף התופעה רק בתיקים שהגיעו לכלל ההתדיינות. המסר של השיטה ואמצעי ההגנה המוענקים לכל צד, כמו גם מידת הפגיעות שלו, משפיעים מראש על עמדות הפתיחה של הצדדים, על כוח המיקוח שלהם וממילא — על הנכונות להסכים לתנאים ולשלם מחיר תמורת הגט.

ד) מעמד האשה בדרך כלל

§122. משפט המדינה נקט צעדים רבים לשם תיקון מעמד האשה ולהשוואת זכויותיה במשפחה, הן בדרך ההתערבות החקיקתית, ישירות או בעקיפין, והן באמצעות ההלכה הפסוקה.

באמצעות דיני העונשין הגן המחוקק על האשה במסגרת המשפחה בהקשרים שונים. חוק גיל הנישואין, תש"י־1950, קבע גיל מינימום לנישואי נערה. נישואי בוסר גוררים אחריהם סנקציה פלילית לנושא הנערה ולעורך הנישואין. חוק העונשין הפך גירושי אשה בעל־כורחה[24], כמו גם את הביגמיה[25], לעבירות פליליות. מטרתו העיקרית של איסור

2, at 48; E. J. Goodman, "With Equitable Distribution, Divorce Lawyers' Fees Soar" **New York Times,** Jan. 13, 1983, p. 17, cols. 1-2.

22. על עידוד תופעת הסחטנות בשיטה הישראלית, ראה עוד Z.W. Falk, "Religious Law and the Modern Family in Israel" in **Family Law in Asia and Africa** 235, 248-249.

23. ראה ז' פלק, לעיל הערה 11, במיוחד ראה הסיכום בע' 61: "בית־הדין אינו מסוגל לעזור לאשה התובעת גט מבעלה, אפילו הצדק אתה, אלא הוא מכוון אותה לקנות את זכותה על ידי ויתורים או תשלומים... ההלכה (נותנת לבעל) יותר אפשרויות לעזור לו בפני סחיטת אשתו מאשר לה במקרה ההפוך".
אמנם, המחקר חשוף לביקורת על שלא השווה את מידת ההצלחה של תביעות גירושין שהוגשו על ידי גברים, ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 2, בע' 298־299. אין בביקורת זו כדי לפגוע, לדעתי, בממצאי המחקר הואיל והוא מאמת את המצב הנורמטיבי הקיים בהקשרים שונים שעמדנו עליהם. ראה גם ד' י' מישלוב, לעיל הערה 13, בע' שא־שג, המנתח את הטעם לכך, ש"במציאות יותר נשים תקועות בנישואין שאינן רוצות בהם, כאשר בעליהן מסרבים לגרש אותן, מאשר נמצאים אנשים במצב הפוך".

24. סעיף 181 לחוק העונשין, תשל"ז־1977.

25. סעיף 176 לחוק העונשין, תשל"ז־1977.

הביגמיה היתה להגן על האשה ולחולל שינוי חברתי על ידי העלאת מעמדה החברתי[26]. משבחר המחוקק שלא להתערב ישירות בדין האישי הוא חתר להשיג את התוצאה בדרך של התערבות עקיפה, באמצעות דיני העונשין. כבר ראינו לעיל[27], כי היתר הנישואין בדין הדתי, המשמש הגנה נגד עבירת הביגמיה, שולל חלק מן התכליות שהחקיקה הפלילית נועדה להבטיח. היתר הנישואין מנציח מידה מסוימת של חוסר שוויוניות בין הבעל לאשה ומותיר את כוח המיקוח העדיף של הבעל.

זכות האשה על גופה ביחסים בינה לבין בעלה בא לביטוי במספר מישורים:

ראשית, עבירת האינוס, בהתאם לסעיף 345 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, כוללת בעילת אשה נשואה על ידי בעלה נגד רצונה. הבועל את אשתו שלא בהסכמתה החופשית, מצוי בגדרה של עבירת האינוס הקבועה בסעיף 345 לחוק העונשין[28].

שנית, זכותה של אשה לקבל החלטה על הפסקת הריון ולהביא את עניינה לפני הוועדה לשם קבלת האישור הנדרש למטרה זו[29]. בית-המשפט העליון פסק, כי אין לבעל זכויות בעובר שנוצר מזרעו והנישא ברחמה של אשתו, וכי אין לו מעמד לפני הוועדה המיוחדת, המוקמת מכוח חוק העונשין והמוסמכת לאשר הפסקת הריון[30]. בית-המשפט ראה בדיני העונשין את הכלי, שהמחוקק הישראלי בחר להסדיר באמצעותו את הסוגייה האמורה הסדר כללי, כולל וממצה[31]. פסיקתו של בית-המשפט בישראל, השוללת את זכויותיו של הבעל על עובר, שוללת ממנו את זכות ההתערבות בהחלטה על הפסקת ההריון, אינה מזקיקה את האשה להסכמתו ומונעת ממנו כל מעמד בדיון לפני הוועדה הנ"ל, עולה בקנה אחד עם ההלכה הפסוקה, בין היתר, בבריטניה[32] ובארצות-הברית[33].

ה) מעמד האשה: עניינים ממוניים ורכושיים

כללי

§123. הימנעותו של המחוקק מהסדר חלק מעניני הנישואין והגירושין הסדר טריטוריאלי פסחה על ההסדר הרכושי. בסוגייה זו פעל המחוקק בשני שלבים. בשלב הראשון, באמצעות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, התערב המחוקק ישירות בדין האישי, בבקשו להשוות את זכויותיה הרכושיות של האשה הנשואה לאלה של הבעל. על בסיס חוק זה

26. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 2, בע' 160, וראה גם ע' 155.
27. ראה לעיל פסקה 119 סמוך להערות 16 — 18.
28. ע"פ 91/80 כהן נ. **מדינת ישראל**, פ"ד לה (3) 281; ד"נ 37/80 כהן נ. **מדינת ישראל**, פ"ד לה (1) 371. ראה גם י' שחר "אנוסה על-פי דין" **עיוני משפט** ח (1981) 649.
29. סעיף 316 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.
30. ע"א 413/80 **פלונית** נ. **פלוני**, פ"ד לה (3) 57.
31. **שם** בע' 71. על יחסי הגומלין שבין הדין הדתי למשפט הכללי בסוגייה זו, ראה לעיל פסקה 64.
32. **Paton v. Trustees of B.P.A. S. & another** [1978] 2 All E.R. 987; **C. v. S.** [1987] 1 All E.R. 1230.
33. **Roe v. Wade** 410 U.S. 113 (1973); **Doe v. Bolton** 410 U.S. 179 (1973); **Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth** 428 U.S. 52 (1976). See also W.O. Weyrauch & S.N. Katz, **American Family Law in Transition** (Washington, 1983) 238-253.

נשמטו מן המשפט הישראלי הנוהג, באמצעות פרשנות מרחיבה של בית־המשפט העליון, חלק מן ההסדרים המפלים[34]. בשלב השני, באמצעות חקיקה שיפוטית, או באמצעות דברי חקיקה, נקבעו הסדרים רכושיים פוזיטיביים המבוססים על עיקרון השוויון בין המינים. החקיקה השיפוטית הביאה ליצירת חזקת השיתוף[35]. הכנסת חוקקה את חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973.

עם זאת, למרות ההסדר האזרחי בסוגייה זו, אשר נחזה להיות שוויוני, המטרה הרצויה איננה מושגת אלא באופן חלקי ומקוטע בלבד. למעשה, אם מודדים את הצלחת החקיקה והפסיקה בהשוואת כוח המיקוח של בני הזוג, כתוצאה מהמעורבות החקוקה והפסוקה, ההצלחה היא מסויגת בלבד.

§124. מצבה הנחות של האשה מוצא ביטוי קודם כל בכך, שלמעט הזכות למזונות אין היא זכאית לסכומי כסף, אשר עומדים לרשותה במהלך הנישואין להוצאות לפי בחירתה, ואשר אינם משועבדים למטרות מוגבלות. משטרים רכושיים של שיתוף נכסים או הסדר איזון משאבים, בין בדרך של שיקול דעת שיפוטי ובין בדרך של חלוקה דחויה לעת גירושין או פטירה בלבד, משאירים את האשה הנשואה, בין שזו עקרת־בית ובין שזו עובדת בשכר נמוך יחסית לזה של הבעל, בתלות מוחלטת או יחסית בבעל. האשה תלויה בהעדפותיו הכספיות והכלכליות של הבעל. האשה תלויה בבעל הן באמצעי התשלום והן לשם קבלת אשראי. תלות זו משאירה את כל ההחלטות החשובות בידי הבעל. התלות מחייבת את האשה, הן מבחינה ממשית והן מבחינה פסיכולוגית, לקבל את העדפות הבעל. יתר על כן, תלות זו מהווה אמצעי ליצירת לחץ על האשה, כל אימת שהיחסים אינם לשביעות רצונו של הבעל. גם תקופת הביניים שעד לקבלת מזונות עלולה ליצור לחץ בלתי הוגן על האשה, ולדחוק אותה להחלטות קשות עקב קשיי הנזילות שלה. זאת לעומת אורך הרוח שיכול להפגין הבעל המחזיק את הארנק קרוב לכיסו[36].

§125. פגיעותה הכלכלית של האשה במקרה של גירושין גדולה יותר מזו של הגבר. למרות העלייה המרשימה במספרן של הנשים העובדות עדיין גדול יותר מספרם של הגברים בכוח העבודה[37]. זאת ועוד, חלק ניכר מעבודת הנשים היא חלקית, לעומת חלק יחסי קטן יותר

34. **הלכת סידיס, לעיל הערה 4**; ע"א 313/59 **בלבן נ. בלבן**, פ"ד יד 285; ע"א 426/65 **רינת נ. רינת**, פ"ד כ (2) 21; ע"א 61/71 **כהן נ. כהן**, פ"ד כה (2) 327; בג"צ 185/72 **גור נ. בית־הדין הרבני**, פ"ד כו (2) 765. על התוצאות העקרוניות הנובעות מחוק שיווי זכויות האשה והשפעתו על ביטול זכויות הבעל בנכסי אשתו מכוחו של הדין העברי, ראה א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 2**, מע' 134 — 148.

35. בין היתר, ראה ע"א 300/64 **ברגר נ. מנהל מס עיזבון**, פ"ד יט (2) 240; ע"א 253/65 **בריקר נ. בריקר**, פ"ד כ (1) 589; ע"א 135/68 **בראלי נ. מנהל מס עיזבון**, פ"ד כג (1) 393.

36. C.S. Bruch, "Of Work, Family Wealth, and Equality" 17 **Fam. L.Q.** (1983) 99, 103; H. C. Havighurst, "Services in the home — A Study of Contract Concepts in Domestic Relations" 41 **Yale L.J.** (1932) 386; L.J. Weitzman, "Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change" 62 **Cal. L.R.** (1974) 1169.

37. בשנת 1987 היו במעגל העבודה 44% מכלל הנשים הנשואות בישראל, לעומת 21.7% בלבד בשנת 1955. ראה **שנתון סטטיסטי לישראל 1988**, לוח יב/6, בע' 337, בסך־הכול עלה חלקן של

של עבודה חלקית אצל הגברים. כאשר האשה עובדת, היא מבקשת לעצמה סוג כזה של עבודה, אשר יאפשר לה גמישות לעת לידה ולצורך הטיפול בילדים. האשה מעדיפה עבודה חלקית, במוסדות ציבור או בעבודות מסוג זה. אולם, לגמישות בעבודה יש מחיר בגובה ההשתכרות ובסוג העבודה הזמין[38].

התלות הכלכלית בבעל מפחיתה עוד יותר את כוח המיקוח של האשה. על אחת כמה וכמה מורע מצבה של אשה שאינה עובדת. אשה שאינה עובדת חוששת לגורלה בעוד עתידו של הבעל העובד מובטח, בדרך כלל, על ידי קרנות פנסיה, כספי פיצויים, ביטוח או תגמולים.

אשה המוותרת על יציאה לעבודה וממלאת את תפקיד עקרת־הבית מפסידה את עצמאותה הכלכלית, את שכר העבודה ואת עמדת הכוח שעצמאות זו היתה מעניקה לה. מחקרים הוכיחו, כי יציאת האשה לעבודה ושליטתה על משאבים ממוניים ורכושיים מגדילות באופן מכריע את כוחה בתוך המשפחה ובמסגרת היחסים בין בני הזוג. פגיעותן של נשים עובדות בהליך הגירושין קטנה הרבה יותר מזו של נשים לא עובדות, שתלותן הכלכלית בבעל היא מוחלטת[39].

יתר על כן, פגיעותה של אשה לא עובדת הולכת וגדלה עם השנים, ככל שהסיכוי להשתקמותה הולך וקטן ואפשרות כניסתה למעגל העבודה נעשית קשה. היא מפסידה את אפשרות שובה למעגל העבודה בסטאטוס נאות ובשכר ראוי, שהיה מנת חלקה אילו השקיעה את זמנה בטיפוח הקריירה. אשה המוותרת על עצמאות כלכלית מפחיתה באורח משמעותי את כושר השתפרותה לימים יבואו. אשה כזו מצמצמת את השקעתה בהונה האנושי, דהיינו, בפיתוח כשרונותיה ובטיפוח כישוריה, והיא מנציחה את תלותה בבעל[40].

הנשים העובדות בכוח העבודה בישראל מ־26.5% מכלל הנשים בשנת 1955 ל־43.7% מכלל הנשים בשנת 1987, שם לוח יב/3, בע' 334. במקביל חלה ירידה אצל הגברים מ־80.1% בשנת 1955 ל־61.7% בשנת 1987, שם לוח יב/3.

38. 41.5% מן הנשים עובדות בעבודה חלקית, לעומת 16.7% בלבד מן הגברים. ראה **שנתון סטטיסטי לממשלה 1988**, לוח יב/1, בע' 330־331.
שורה של נתונים סטטיסטיים ומחקרי שדה מצביעים באופן חד־משמעי על כך שהשתפרות האשה, בין שכירה ובין עצמאית, נמוכה יותר מזו של הגבר. הטעמים לכך אינם נעוצים רק בסוגי העבודות האופייניות לנשים, אלה מעניקות בטיבן ובאופין תגמול כספי נמוך יותר, או בחלקיות עבודת הנשים. ניתן להצביע על כך שאשה מקבלת תגמול נמוך יותר לעומת הגבר על אותה עבודה עצמה. אשה משתכרת על אותה עבודה עצמה כ־70%—75% בממוצע בלבד משכרו של הגבר. השכר הממוצע של הנשים במשק הוא כ־72% מהשכר הממוצע של גברים. ראה בעניין זה עיבוד נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה וסקירת מחקרי שדה שונים, שנערכו בנושא זה בסקטורים השונים (בסקטור הפרטי, בסקטור הציבורי ובתפקידי ניהול), **האקדמאי** (בטאון הסתדרות האקדמאים במדעי הרוח והחברה) 1 (יוני 1989) 19—22.

39. ר' שריפט "נישואים — אופציות או מלכוד" **נשים במלכוד, על מצב האשה בישראל** (תשמ"ב) 92. כן ראה R.O. Blood & D. M. Wolfe, **Husbands and Wives: The Dynamics of Married Living** (N.Y., 1960) 40-41; C. Saphilios-Rothschild, "The Study of Family Power Structure: A Review 1960—1969" 32 **Journal of Marriage and the Family** 539—552; R. Rodam, "Marital Power in France, Greece, Yugoslavia and the U.S.A.: A Cross-National Discussion" 29 **Journal of Marriage and the Family** 320—324; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 130.

40. J.M. Krauskopf, "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the

מחקרים מצביעים על כך, שאשה מפסידה בכל שנה שהיא נמצאת מחוץ למעגל העבודה 1.5% מכושר ההשתכרות הפוטנציאלי[41].

§126. אולם, החברה המודרנית מניחה את האשה במלכוד מסוים. הסתירות בין הציפיות החברתיות סביב התפקיד המשפחתי של האשה לבין הרטוריקה החברתית, על תפקידיה ההישגיים של האשה בתחום העבודה, משדרים מסרים כפולים ומוסרים שִׁדרים סותרים[42]. מצד אחד, מעלה החברה על נס את ההתמסרות של האשה למשפחה ואת הטיפול בילדים; הזנחה של תפקידים אלה על ידי האשה גוררת אחריה מידה רבה של ביקורתיות מצד החברה. מצד שני, נדחפות נשים רבות על ידי רעיון ההגשמה העצמית החברתית והמקצועית הרווח בזמננו. אשה הבוחרת באופציה המשפחתית בלבד תקבל מסרים סביבתיים של החמצה. בשלב מסוים יציפו אותה מסרים אלה בתחושות של תסכול וחוסר שביעות רצון, על התפקיד שבחרה בו ועל המשימה שלקחה על עצמה. תפקודה המשפחתי עלול ללקות והיחסים בין בני הזוג עלולים להתערער.

הבחירה מכבידה על האשה. אוי לה מיוצרה ואוי לה מייצרה. כל אחת מן האופציות הפתוחות לפני האשה עלולה לגרור אחריה רגשות אשם על בחירתה.

"רעיון השוויון בין המינים נתקל במחסומים ממשיים הקשורים במבנה החברתי, בהיערכות המשפחתית ובערכים אודות תפקידיה של האשה"[43].

המסר החברתי הכפול המשודר לאשה הוא פרָי של סדר חברתי מסוים ושל חינוך ממושך. הסֵדר החברתי הקיים נעדר הערכות מתאימה, המאפשרת הקטנת הקונפליקט בין תפקידי האשה. למטרה זו של הקטנת הקונפליקט בין תפקידי האשה חסֵרה החברה הישראלית כלים חקיקתיים, היערכות מוסדית והתחשבות חברתית. בין היתר מדובר בהסדרת שעות העבודה ושעות המסחר, בקביעה מתחשבת של שעות הלימוד בגן ובבתי־הספר, בהקמת רשתות טיפול ציבוריות לילדים, ועוד[44].

חינוך רב־שנים מַפנים ערכים בדבר חלוקת התפקידים במשפחה ובחברה, ולעיתים גם מצביע על עדיפות הבעל ומעניק לגיטימציה לכוחו. אין בחברה התייחסות שווה לברירות הפתוחות לפני שני בני הזוג. עבודת האשה נחשבת, בדרך כלל, כאילו היא בעייתה הפרטית של האשה ולא בעיית המשפחה[45]. עול פתרון הקונפליקט בשלמותו מוטל על כתפי האשה בלבד, ועמו מונחים לפתחה רגשות־האשמה ומצוקת התסכולים.

המסר הכפול מכניס את האשה למלכודת. בחברה מסורתית חלוקת התפקידים במשפחה, המטילה על האשה את עול משק הבית וגידול הילדים, אמורה ליצור השלמה בין בני

Marital Investor in Human Capital" 28 **Uni. of Kan. L.R.** (1980) 379, 386; Mincer & Polachek, "Family Investmens in Human Capital: Earnings of Women" **Economics of the Family** (T. Schultz, ed., 1974) 397; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 192 et seq.

41. Mincer & Polachek, **ibid.**

42. ר' שריפט, **לעיל** הערה 39, בע' 87־88.

43. ר' שריפט, **לעיל** הערה 39, בע' 99.

44. ר' שריפט, **לעיל** הערה 39, בע' 100־101.

45. ר' שריפט, **לעיל** הערה 39, בע' 93, 103.

הזוג. חלוקה כזו של תפקידים קיבלה תמיכה וסיוע מצד החברה ומצד המשפחה גם יחד. האחידות החברתית נקנתה על חשבון חסרונם של הגיוון והגמישות. בחברה המודרנית נשארת האשה בודדת במערכה. חוסר האחידות נקנה במחיר של חוסר היציבות, של קשיי ההכרעה בחיפושי הדרך, של קונפליקטים מתמידים, ועוד[46].

§127. בשנים האחרונות הוכח, כי בשיטת גירושין ללא אשם יורד כוח המיקוח של אשה, שבסגנון העולם הישן נאמר עליה שהיתה חפה מכל אשמה. הבעל אינו חייב לוותר ויתורים כלכליים תמורת השבת חופש הבחירה בנישואין[47]. מגמה זו, אין בה פגם והיא נותנת ביטוי לערכים הרווחים בחברה בת זמננו. אולם עם התמוטטות מערכת ההגנה המסורתית על כל חולשותיה, אך גם יתרונותיה, לא ננקטו אמצעי הגנה מתאימים, הסוגרים את הפער בין התכלית הנכספת לבין יישומה בפועל. המערכת החברתית והמשפטית לא המציאה כלים מספיקים ומספקים לשם הגנת הצדדים החלשים, דהיינו האשה והילדים[48]. הדברים אמורים הן באשר לאופן הסדרי התשלום בין בני הזוג לעת גירושין, הן באשר לדרך חלוקת הרכוש לעת הזאת, והן בנוגע לסוג הנכסים הכלולים במסגרת החלוקה האמורה.

בעקבות המחדלים האמורים, מצביעה סדרה של מחקרים במדינות ארצות־הברית על כיוון חד משמעי, ולפיו הגירושין מעשירים את הגברים. הולך ונוצר מעמד חדש של נשים גרושות מן המעמד הבינוני, הנקלעות למצוקה כלכלית קשה בעקבות הגירושין[49]:

במדינת קליפורניה נמצא, כי רמת החיים של הגבר הגרוש עולה בממוצע ב־42% בשנה הראשונה לאחר הגירושין. לעומת זאת, רמת החיים הממוצעת של נשים גרושות עם ילדים יורדת באותה תקופה ב־73% בממוצע[50]. ממצא זה הוא קשה במיוחד, הואיל ומדינת קליפורניה היא אחת ממדינות השיתוף בארצות־הברית ושולט בה עיקרון החלוקה השווה של הרכוש, שנצבר על ידי בני הזוג במהלך הנישואין.

במדינת ורמונט נמצא, כי רמת החיים של הגבר הגרוש עולה בממוצע ב־120% בשנה

46. ר׳ שריפט, לעיל הערה 39, בע׳ 108־109.

47. J.M. Krauskopf, **supra** note 40, at 396; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 9, 12, 383; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 61; H.J. Sepler, "Measuring the Effects of No-Fault Divorce Laws Across Fifty States: Quantifying a Zeitgeist" 15 **Fam. L.Q.** (1981) 65 ראה גם **לעיל** הערה 2.

48. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 323 et seq, 383; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 52, 53, 61 et seq, 91, 192—194; M.L. Inker "The Divorce Revolution (Book Review)" 20 **Fam. L.Q.** (1986) 129.

49. המחקרים נעשו על בסיס חישוב ההכנסה הפנויה per capita, לפני הגירושין ואחריהם. על בסיס זה, הושוו האמצעים העומדים לרשות כל אחד מיחידי המשפחה מכל מקורות ההכנסה לפני הנישואין ואחריהן. על בעיית העוני החדש של הנשים הגרושות, ראה עוד M.A. Glendon, **supra** note 2, at 61, 192—194; C. Smart, "Marriage, Divorce, and Women's Economic Dependency: A Discussion of the Politics of Private Maintenance" in **The State, the Law and the Family** (M.D.A. Freeman, ed., London, 1984) 9; J. Eekelaar & M. Maclean, "Financial Provision on Divorce: A Re-appraisal" in **The State, the Law and the Family** (M.D.A. Freeman, ed., London, 1984) 208.

50. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 323 et seq, 337—339.

הראשונה לאחר הגירושין. לעומת זאת, רמת החיים הממוצעת של נשים גרושות עם ילדים יורדת באותה תקופה ב־33% בממוצע[51].

במדינת קונטיקט נמצאו ממצאים דומים. הגברים יוצאים מן הגירושין במצב כלכלי טוב הרבה יותר מאשר הנשים. במקרים רבים מצבם של הגברים אף משתפר לעומת זה שלפני הגירושין. רמת החיים של הגבר הגרוש בתקופה שלאחר הגירושין עלתה בממוצע בין 160% — 190%, בהתאם לסוג קבוצת ההשתכרות. לעומת זאת, רמת החיים הממוצעת של נשים גרושות עם ילדים ירדה באותה תקופה בשיעור של קרוב ל־70% בממוצע[52].

דרך הפתרון המוצעת שנויה במחלוקת בין מלומדים. על סוגייה זו נרחיב את הדיבור בשער השלישי, במסגרת הדיון בהיקף הנכסים הכלולים בשיתוף. עם זאת, ראוי לציין כבר עתה, כי אין שום הצעה לסגת בחזרה אל גירושי האשם. הפתרונות המוצעים הם תיקונים נדרשים במסגרת ההסדר הקיים. פתרונות העבר אינם באים עוד בחשבון[53].

על כל אלה נוספת פגיעותה של האשה מבחינה פרוצדורלית וראייתית. הואיל והבעל מרכז, בדרך כלל, חלק ניכר ממשאבי המשפחה ברשותו, מוטלת על האשה משימה לא קלה של איתור נכסי המשפחה והוכחת היקף הנכסים וגובהם.

בישראל מוקנה להסדרים הרכושיים מֵמד נוסף בעקבות הקושי להשיג גירושין. ההסדר הרכושי עשוי להקטין או להגדיל את כוח המיקוח של הבעל או האשה, ולהוסיף או לגרוע מן האפשרות להשיג גירושין. חשיבות ההסדר הרכושי בשיטת המשפט הישראלית הִנהּ מעֵבר למה שנראה במבט ראשון.

§128. המצב המתואר מראשית פרק זה הופך את האשה, מבחינה ממשית ומבחינה פסיכולוגית, מטרה נוחה יותר לעומת הבעל לסחיטה במקרה של גירושין. הואיל והמצוקה הכלכלית מצטרפת לנחיתותה היחסית של האשה לעומת הגבר בתחום האישי, בנוגע לאפשרות השגת הגירושין, נוצרת מציאות משפטית המקנה עדיפות לבעל.

לעיתים, ייאלץ אחד מבני הזוג, בעיקר האשה, להחזיק בקרנות המזבח של נישואין כושלים כדי להימנע מלהיחשף לתנאי מחסור ומצוקה. סוג כזה של מניע לחיים משותפים פוגע לא רק בבן הזוג, באושרו ובאפשרות הגשמתו האישית, אלא גם בילדים. אילוצים חיצוניים, המחזיקים את התא המשפחתי יחד, אינם תורמים לשלמות המשפחה ולרווחתה. הם מוסיפים למרירותם של בני הזוג ומחזקים את תסכוליהם. ילדים החיים בחיקה הקר של משפחה כזו שרויים במסגרת נכה מבחינה רגשית ואומללה מבחינה מערכתית. מלבד הסבל, שהוא מנת חלקם של כל הצדדים המעורבים, משפיעה מסגרת כזו על תפקודם, על אישיותם ועל המסוגלות הרגשית שלהם בעתיד. הילדים נחשפים למסר שלילי על חיי משפחה, וזה עלול להשפיע גם על הדורות שיבואו.

המציאות המשפטית המתוארת עלולה לדחוף את בן הזוג גם לכיוון הנגדי. בן הזוג השרוי במצוקה רגשית והוא בעל כוח מיקוח נחות עלול לוותר על הכול, ובלבד לחלץ עצמו

51. H.R. Wishik, "Economics of Divorce: An Exploratory Study" 20 **Fam. L.Q.** (1986) 79, 97-98.

52. J.B. McLindon, "Separate But Unequal: The Economic Disaster of Divorce for Women and Children" 21 **Fam. L.Q.** (1987) 351, 390—395.

53. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at x i v, 378, 383.

מצפורני נישואין כושלים. גם מציאות זו אופיינית יותר לנשים שמצבם הנחות מכתיב גם את התנאים. בן זוג כזה יישא את תחושת התסכול ואף יעביר אותה לילדים. אף שהסיטואציות המתוארות פוגעות תיאורטית בשני בני הזוג, הרי פגיעותה הממשית של המערכת הכוללת באשה גדולה הרבה יותר.

§129. לסיכום פסקה זו נדרשת הערת אזהרה עקרונית אחת בכל הנוגע לגישה פטרנליסטית באשר למעמד האשה. גישה פטרנליסטית כלפי האשה משרתת את הגנת האשה בתקופה, שבה התבנית החברתית הבסיסית היא של חברה גברית וכאשר עיקרון השוויון אינו רווח בחברה.

גם בזמננו יש הסבורים, כי האשה הנשואה זוכה להגנה רבה יחסית בתוך המשפחה, אולם משלמת מחיר יקר תמורתה בוויתור ממשי על עצמאות ועל שוויון[54]. בעלי מחקרים שונים מצביעים על כך, שהבחנות על רקע של מין, גם אם מטרתן הגנת האשה ותוצאתן במקרים מסוימים העדפת האשה, משמרות את ההגמוניה הגברית ומנציחות את הסטאטוס־קוו שביסודו, בסופו של דבר, מבנה היררכי בתוך המשפחה ונקיטת אמצעים עקיפים של שליטה במסווה של הגנה[55]. כתוצאה מכך, נשמר כוח המיקוח העדיף של הגבר.

נדגים תפיסה זו בתחום דיני העבודה. חקיקה פטרנליסטית, אשר חתרה להגנת יתר של האשה השיגה, לעיתים, בסופו של דבר, את התוצאה ההפוכה[56]. זו, למשל, היתה תוצאתו של חוק עבודת נשים, תשי"ד־1954, אשר אסר העסקתה של אשה בשעות הלילה, למעט על־פי היתר מיוחד. כתוצאה מן ההגבלות היו תחומי עיסוק שונים סגורים בפני נשים. מעבידים נמנעו, עקב המגבלות, מהעסקת נשים. לאחרונה תוקן החוק[57] והפך את הקערה על פיה. מעתה נוצר שוויון עקרוני בין המינים. לשר העבודה והרווחה הוענקה סמכות, באישור ועדת העבודה והרווחה של הכנסת, להתקין תקנות המאפשרות סטייה

.54 M.D.A. Freeman & C. Lyon, **Cohabitation Without Marriage** (1983) 177; K. O'Donoven, "Protection and Paternalism" in **The State, the Law, and the Family** (M.D.A. Freeman, ed., London, 1984) 79.

.55 B.A. Babcock & A.E. Freedman & E.H. Norton & S.C. Ross, **Sex Discrimination and the Law** (Boston, 1975) 247; A.E. Freedman, "Sex Equality, Sex Differences, and the Supreme Court" 92 **Yale L.J.** (1983) 913, 920-921, 950-951; K. O'Donoven, **supra** note 54, at 85-86. על דחייתה של גישה פטרנליסטית, המבקשת לקבוע אפריורית מה טוב וראוי לאשה ולפעול על בסיס קביעה זו, ראה בפסק־הדין האמריקני **Frontiero v. Richardson** 411 U.S. 677, 684 (1973); לעומת זאת ראה פסק־דין אנגלי, ובו נקבע, כי הבחנה בקבלת אשה לעבודה במגמה להגן עליה בשל סיכון מקצועי, העלול לפגוע בעוּבּר, מוצדקת, **E. A. White v. British Sugar Corporation Ltd.** [1977] IRLR 121.
בישראל קבע בית־הדין לעבודה, כי שוני בקביעת גיל פרישה מן העבודה אינו הפליה, אלא מהווה העדפה מוצדקת, ראה דיון מו/73־3 **נבו נ. הסוכנות היהודית**, פד"ע יח 197. פסק־דין זה אינו משפיע עוד על ההסדר הנורמטיבי בישראל לאור חקיקת חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח־1988.

.56 ראה פ' רדאי "נשים במשפט הישראלי" **נשים במלכוד, על מצב האשה בישראל** (תשמ"ב) 172, 186־187; עוד בעניין זה R. Ben-Israel, "Equal Employment Opportunities for Women" 4 **Tel-Aviv University Studies in Law** (1978-1979) 142, 157 et seq.

.57 חוק עבודת נשים (תיקון מספר 7), התשמ"ו־1986.

מן ההסדר השוויוני. בתקנות רשאי השר לקבוע תנאים להעסקת אשה בשעות הלילה לשם הגנה על בריאותה או בטיחותה, בין בדרך כלל ובין לגבי סוגים של עבודות ותפקידים. גם הסכמים הקובעים גיל פרישה מוקדם לאשה נובעים מהגנת יתר, אך במקרים רבים הם פוגעים באשה. המחוקק נרתם לתיקון המצב, ובשנת 1987 נתקבל בכנסת חוק גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987. על-פי סעיף 2 של החוק יהיה מעתה גיל פרישה שווה לאיש ולאשה, על אף האמור בהסכם קיבוצי הקובע לעובדת גיל פרישה נמוך מזה שנקבע לעובד[58].

ההדגמה בתחום דיני העבודה אינה מקרית. הצבענו כבר על קיומה של זיקה הדוקה בין דיני העבודה והיחס החברתי אל התעסוקה של בני שני המינים לבין דיני המשפחה והיחסים בין בני הזוג במסגרת המשפחה.

לאחרונה חוקק חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, באופן המשקף את הזיקה ההדוקה בין דיני העבודה ויחסי העבודה לבין דיני המשפחה והיחסים בתוך המשפחה, ונותן לה ביטוי. החוק החדש מביא יתר שוויוניות בין המינים הן בשלב המוקדם של דרישת העבודה והן במהלך העבודה, בכל הנוגע לקידום העובדת בעבודה ובנוגע לפיטוריה[59]. בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר, כי הוא נועד להרחיב את התפיסה השוויונית במטרה

> "לסלק עיוותים בדרך לשוויוניות ובחתירה למימוש עיקרון ליברלי רחב יותר והוא צמצום התערבותו של המחוקק והשארת חופש הבחירה לבני הזוג בניהול חייהם המשפחתיים"[60].

לשם מימוש מטרה זו תוקנו סעיף 7 לחוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963[61], וסעיף 7 לחוק עבודת נשים, תשי"ד-1954[62]. התיקונים מאפשרים היום גם לאב, ולא רק לאם כבעבר, להתפטר מעבודתו תוך קבלת פיצויי פיטורין או לקבל חופשה ללא תשלום סמוך לאחר לידת הילד על מנת לטפל בו, אם הילד נמצא בהחזקתו הבלעדית או בטיפולו הבלעדי.

לפני המשפחה המודרנית עומדים שורה של אפשרויות ומגוון של שיקולים, כולל ברירה של צורות חיים, חלוקת תפקידים רצויה בין בני הזוג, וכיו"ב[63]. מגמת החקיקה והפסיקה בתחום דיני המשפחה בשיטות המשפט השונות — להשיג שוויוניות מהותית, הלוקחת בחשבון את השוני במקום שהוא מחויב המציאות, ואיננה מעניקה עדיפות אפריורית לבעל[64].

58. עם זאת, אם ההסכם הקיבוצי יוצר הבחנה בין המינים לעניין זה — מוענקת לעובדת אופציה בין גיל הפרישה המוקדם, שנקבע בהסכם הקיבוצי, לבין גיל הפרישה שנקבע לעובד.
59. החוק המוחלף, חוק הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"א-1981, דן בשלב המוקדם בלבד.
60. הצעת חוק הזדמנות שווה בתעסוקה (תיקון), התשמ"ז-1986, ה"ח 1804, תשמ"ז, בע' 63, 66.
61. סעיף 22 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
62. סעיף 23 לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988.
63. L.J. Weitzman, **The Marriage Contract** (New-York, 1981) 168—189; K. O'Donoven, **supra** note 54, at 86-87.
64. על שוויוניות פורמלית ומהותית ראה א' רוזן-צבי, לעיל הערה 2, בע' 18. על מגמת השוויון בתחום ניהול הרכוש והשליטה עליו, ראה שם בע' 19 ובמקורות הנזכרים בו.

הגנת האשה, החותרת למעשה להשגת שוויון בין המינים, כאשר התערבות הדין נועדת לתקן חוסר שוויוניות קיים, מן הדין שתשאיר לאשה את חופש הברירה בלי לכוף עליה הגנת יתר, העלולה לעמוד בעוכריה ולגרור אחריה תוצאה הפוכה מזו שהתבקשה.

§130. דעתנו היא, כי במסגרת קביעת ההסדרים החקוקים בענייני רכוש וממון לא התחשבה החקיקה הישראלית באופן מספק בפגיעותה של האשה בשני המובנים, הכלכלי והאישי. גם בתי־המשפט, אשר פעלו רבות לסגירת הפערים ולהגנת הצד החלש, לא תמיד היו ערים מספיק להשלכות של חולשת מצבה של האשה על תוצאות ההסדר המשפטי. כתוצאה מכך נחשפת האשה למצוקות חריפות.
נבחן את הטענות שהועלו כאן על יסוד מספר מאפיינים של ההסדר הרכושי.

ה1) שיתוף נכסים

נפתח בחזקת השיתוף. בתחומים שונים היטיבה הפסיקה של השנים האחרונות עם חזקת השיתוף. שכן, זכויות בני הזוג מכוח החזקה הורחבו והתבססו במספר מישורים.

מאמץ משותף מול יחסים הרמוניים

§131. התחזק והתבסס מעמדו של הרכיב של המאמץ המשותף לעומת המרכיב של ההרמוניה המשפחתית במסגרת התנאים המוקדמים, הנדרשים להוכחתה של חזקת השיתוף. די במינימום של חיים משותפים לא הרמוניים, מלווים בסכסוכים ומריבות, אך ללא קרע או פירוד של ממש, כדי להקים את חזקת השיתוף. התנאי הוא שבין בני הזוג היה מאמץ משותף בפועל, דהיינו מערכת של חלוקת תפקידים ואיחוד משאבים[65]. צמצומם של התנאים המוקדמים, הנדרשים לקימומה של חזקת השיתוף, מרחיב את היקף תחולתה.

דרכי הוכחת חזקת השיתוף מול הוכחת סתירתה

§131א. התחזק מעמדה של חזקת השיתוף בשל הערמת מכשולים לפני סתירת השיתוף; הצירוף של הקלת הנטל על הטוען לחזקת השיתוף והחמרת הדרישות כלפי הטוען לסתירתה, מחזק עוד יותר את מעמדה של ההלכה.
בראש ובראשונה אמורים הדברים בכוחה של חזקת השיתוף לעמוד מול מנהגים עדתיים וקהילתיים. והראָיה — בית־המשפט לא הסתפק בהוכחת מנהגי עדה ואורחות־החיים הנהוגים בה לשם סתירת חזקת השיתוף, ואף עמד על סתירת החזקה באמצעות הוכחה, המתייחסת לבני הזוג הספציפיים שעניינם נידון לפניו[66].
תקופות אשפוז ארוכות של בן זוג במהלך חיי הנישואין אין בהן כדי לפגוע בעקרון המאמץ המשותף ולסתור את חזקת השיתוף:

65. ע"א 324/80 **גדסי נ. גדסי**, פ"ד לו (2) 645; ע"א 782/80 **גולדברג נ. גולדברג**, פ"ד לז (2) 757; ע"א 741/82 **פיכטנבאום נ. פיכטנבאום**, פ"ד לח (3) 22; ע"א 122/83 **בסיליאן נ. בסיליאן**, פ"ד מ (1) 287.

66. ע"א 87/85 **מנחם נ. מנחם**, פ"ד מא (2) 785.

"מאמץ משותף מבוסס על מסכת חיים אנושית, שבהם שני בני הזוג תורמים את חלקם, כל אחד נותן כיכולתו, ומקבל כצרכיו על פי יכולתה של המשפחה... לא שותפות 'שלילית' לפנינו, אלא שותפות 'חיובית', מתבקשת בין בני זוג החיים יחדיו. כאשר שני בני הזוג בריאים, תורמים שניהם למאמץ המשותף. כאשר האחד חולה חלק ממשך חיי הנישואין, תרומתו פוחתת ואילו בן הזוג האחר מגביר את חלקו שלו. כל אלה הם ביטוי אנושי למאמץ המשותף ולא פגיעה בו. שותפות לחיים היא שותפות לאושר ולסבל, לשמחה ולצער, בכל אלה פעלו בני הזוג כאחד"[66א].

סירוב לרשום מחצית בית על שם האשה לא נחשב כהוכחה מספקת לסתירת החזקה[67]. גם כאשר נרשמים נכסים מסוימים על שם אחד מבני הזוג בעוד נכסים אחרים רשומים על שם שני בני הזוג במשותף, אין ברישום הנפרד של הנכסים המסוימים משום סתירה של חזקת השיתוף לגבי נכסים אלה[68].

רישום פורמלי של חלק קטן מנכס (מניות) על שם אשה בעוד היתרה, המהווה את חלק הארי, נרשמת על שם הבעל, לא עמד בפני חזקת השיתוף[69]. עובדה זו לא היוותה משקולת כבדה דיה להכרעת חזקת השיתוף, ולא שימשה ראיה לסתור אותה. בעבר הספיק רישום שונה, מכוון, לשם סתירת החזקה[70]. נקודת הכובד שהציע בית־המשפט כדי להבדיל בין שני המקרים היתה אופי הרישום. רישום מהותי של חלקים שונים בנכס על שם כל אחד מבני הזוג, הנובע מהסדר בין הצדדים, בכוחו לסתור את החזקה. לעומת זאת, רישום פורמלי בלבד של החלקים השונים, אינו אוצר כוח לסתור[71].

יתר על כן, בעל שהוכיח כוונה להרחיק את אשתו מרכושו, תוך העלמת רכוש וסירוב נמשך ומפורש לשתף אותה בעסקיו ובענייניו הרכושיים, לא הצליח לסתור על ידי כך את חזקת השיתוף ברכוש[72].

חזקת השיתוף על דירת מגורים

§131ב. התחזק מעמדם של שני בני הזוג בנוגע לדירת המגורים במסגרת חזקת השיתוף. התנאים הנדרשים לקימומה של חזקת השיתוף על דירת מגורים הם מינימליים. למעשה, די בחיים המשותפים כדי להקים את החזקה. יתר על כן, בית־המשפט העליון עוד הרחיק לכת. נטל השכנוע, הנדרש לשם העמדת התנאים הנדרשים, הומר. הנושא בנטל השכנוע אינו התובע, המבקש להוציא את דירת המגורים מבן זוגו באמצעות חזקת השיתוף, אלא

66א. ע"א 370/87 מדג'ר נ. מדג'ר (טרם פורסם).
67. הלכת גדסי, לעיל הערה 65.
68. הלכת בסיליאן, לעיל הערה 65.
69. ע"א 724/83 בר נתן נ. בר נתן, פ"ד לט (3) 551.
70. הלכת גולדברג, לעיל הערה 65.
71. הלכת בר־נתן, לעיל הערה 69, בע' 557ה.
72. הלכת בסיליאן, לעיל הערה 65.

הנתבע, הטוען לסתירת החזקה. על המבקש להוציא מחזקת השיתוף הראיה, כי לא התקיימו אפילו התנאים המוקדמים להחלת החזקה[73].

חזקת השיתוף עצמה בתוספת ראיה קלושה, די בהם כדי לכלול גם דירה המשמשת למגורי המשפחה, שנרכשה לפני הנישואין, במסגרת השיתוף. העובדה שמשך הנישואין היה משמעותי, הספיקה לשמש כתוספת הראיה שנדרשה לשם כך[74].

בעבר נקבע, כי כלפי צדדים שלישיים הרישום הפורמלי קובע, ולא זכויותיו של בן הזוג הבלתי רשום לפי חזקת השיתוף[75]. בשנים האחרונות הובעה הדעה, מפי השופטת מ' בן־פורת, כי לגבי דירת מגורים המצב שונה. על הרוכש לצאת מתוך הנחה, כי בני הזוג שותפים בדירת המגורים מכוח הלכת השיתוף. לפיכך, על הצד השלישי, הרוכש, מוטל הנטל לשכנע את בית־המשפט בתום לבו. עליו להוכיח, כי בדק בדרך סבירה את זכויות בן הזוג הבלתי רשום, בטרם יהיה זכאי להתגבר על זכויותיו של האחרון[76].

היקף הנכסים הכלולים בשיתוף

§131ג. הורחב היקף חזקת השיתוף מבחינה נכסית. חזקת השיתוף לא הצטמצמה בגבולות הנכסים המשפחתיים בלבד. נכסים עסקיים נכללו גם הם בחזקת השיתוף[77]. במקרה של מיזוג נכסים ועירוב בין נכסים, שחלקם כלולים בחזקת השיתוף וחלקם אינם כלולים בה — כגון תמורת נכסים שהיו בבעלות בן זוג לפני הנישואין או שהגיעו אליו במהלך הנישואין בדרך של ירושה — לא נשמרה תורת התחלוף החפצי[78] בטהרתה. בית־המשפט נכון היה לקבוע, כי עם התמזגות תמורות נכסים, הנובעים ממקורות משותפים ונפרדים, בנכס אחד יהיה מבחן 'הקופה המשותפת' יָשִׁים כראָיה לכוונת השיתוף בנכס החדש[79].

ראוי לציין כי בכל פסקי־הדין, המתייחסים לתורת המיזוג והעירוב, היה הנכס נשוא המחלוקת דירת מגורים. בפסיקה קודמת נקבע כי דין התוספת לנכס המקורי, הנחשב כרכוש נפרד, הוא כדין המקור הרכושי הנפרד[80]. בפסיקה החדשה אבחן בית־המשפט את הפסיקה הקודמת בשניים: ראשית, הנסיבות הטילו באותם מקרים נטל כבד יותר להוכחת כוונת השיתוף והנטל לא הורם. שנית, באותם מקרים נידונה תוספת בלבד לנכס נפרד קיים.

73. הלכת **פיכטנבאום**, לעיל הערה 65, בע' 26; הלכת **גדסי**, לעיל הערה 65; ע"א 686/85 **מערבי נ. מערבי**, פ"ד מ (2) 631, 635; ע"א 44/84 **גלבוע נ. גלבוע**, פ"ד מא (1) 174; הלכת **מנחם**, לעיל הערה 66, בע' 792.

74. הלכת **גדסי**, לעיל הערה 65; ע"א 52/80 **שחר נ. פרידמן**, פ"ד לח (1) 443.

75. ראה, בין היתר, ע"א 595/69 **אפטה נ. אפטה**, פ"ד כה (1) 561.

76. ע"א 592/79 **שצקי נ. סייד**, פ"ד לה (4) 402.

77. הלכת **בסיליאן**, לעיל הערה 65; הלכת **בר נתן**, לעיל הערה 69.

78. על תורת התחלוף החפצי, ראה ע"א 221/75 **שוורץ נ. שוורץ**, פ"ד לא (2) 33; ע"א 37/80 **באומן נ. נתן**, פ"ד לח (4) 320; הלכת **מערבי**, לעיל הערה 73, בע' 634־635; הלכת **מנחם**, לעיל הערה 66, בע' 794־795.

79. הלכת **גדסי**, לעיל הערה 65; הלכת **מערבי**, לעיל הערה 73, בע' 634־635; הלכת **מנחם**, לעיל הערה 66, בע' 794 — 796.

80. הלכת **אפטה**, לעיל הערה 75; ע"א 713/74 **רווה נ. מסעוד**, פ"ד כט (2) 831.

לעומת זאת, בפסיקה החדשה נסוב הדיון על רכישת נכס חדש שבו התמזגו מקורות כספיים מסוגים שונים[81].

פסיקה זו על שלוחותיה מחזקת את בן הזוג החלש יותר ובעל כוח המיקוח הנחות יותר. היא מעניקה לו אמצעי מיקוח ומידה מסוימת של מרחב תמרון.

§132. אולם הלכת השיתוף מאופיינת על ידי תנועת מטוטלת. בצדה של פסיקה זו, המחזקת את כוח המיקוח של החלש יותר, קיימת פסיקה המגמדת אותו. פסיקה זו עניינה בהיקפה של הלכת השיתוף, בהיותה נוגעת להיקף הרכוש הנכלל בשיתוף ולסוגי הנכסים הנמנים עמו. עניין זה הוא עתה השאלה המרכזית בסוגיית המשטר הרכושי בין בני זוג באשר הוא הקובע את מעמדה של הלכת השיתוף, את מידת האפקטיביות שלה וממילא — את מידת השפעתה הממשית על ההסדר בין בני הזוג. משום כך, שקול עניין זה כנגד העניינים האחרים שנעשו בהם צעדים לחיזוק מעמדה של הלכת השיתוף ולחיזוק מעמדו של הצד החלש בין בני הזוג.

בית־המשפט העליון פסק, תוך מתן הנמקה קצרה ובלתי משכנעת, כי פוליסות מנהלים, המבטיחות את פיצויי הפיטורין של העובד ואת דמי הפנסיה שלו, אינן כלולות במסגרת הלכת השיתוף. בית־המשפט ראה בתשלומים אלה זכות סוציאלית, המהווה חלק מנכסי המעביד, ולא נכס שיתוף הנובע מן המאמץ המשותף בין בני זוג[82]. מאמץ משותף זה כולל, כידוע, את עבודת העובד. אם ניתן היה לחשוב כי ההלכה מוגבלת לפוליסת מנהלים בלבד, באה הלכה מאוחרת יותר וקבעה כי זכויות פנסיה מצה"ל, כולל פיצויי פרישה והיוון גמלה תקציבית מטעם המעביד, אינן כלולות במסגרת נכסי השיתוף[83]. עדיין ניתן להימנע ממסקנה חד־משמעית בעניין זה. ניתן להעמיד את מרכז הכובד של ההחלטה לא על זהותו של הרכוש אלא על נסיבותיו המיוחדות של המקרה, שהיה בהן כדי לסתור את חזקת השיתוף[84].

אין עדיין פסיקה ישראלית ישירה בשאלת מעמדם של נכסים, כגון כושר השתכרות, מוניטין, תארים אקדמיים, רשיונות מקצועיים וכיוצא באלה. אלה יכונו על ידינו 'נכסי עתודה כלכלית'[85].

לסוגייה זו, שעניינה מעמדם של נכסי עתודה כלכלית, נייחד פרק מיוחד בשער השלישי[86]. ננסה לבחון בהרחבה את עקרונות ההסדר של נכסי העתודה הכלכלית בדפוס המשפטי הקיים בישראל, לנוכח אילוצי השיטה המשפטית וצרכיה המיוחדים. ננסה להתחקות על משמעותם

81. הלכת **מערבי, לעיל** הערה 73, בע' 635ה־ז.

82. הלכת **בר נתן, לעיל** הערה 69, בע' 559; ע"א 195/87 **פרצ'יק נ. פרצ'יק** (לא פורסם). לעומת זאת, נכללת בשיתוף פוליסת בטוח חיים כשדמי הפרמיה שולמו מכספים הנחשבים כנכס משותף, ראה הלכת **בר נתן, שם שם**, והלכת **פרצ'יק, שם**.

83. הלכת **גלבוע, לעיל** הערה 73, בע' 181.

84. הלכת **גלבוע, לעיל** הערה 73, בע' 181.

85. במסגרת מונח זה כלולים גם סוגי הפנסיה למיניהם, תקציביים והסכמיים, בין שהם מוסדרים במסגרת הסכמים קיבוציים ובין באמצעות הסדרים אינדיבידואליים.

86. ראה **להלן** מפסקה 617 ואילך.

של מחדלי החקיקה ועל השלכותיה של פסיקת בית־המשפט העליון על כוח המיקוח של הצד החלש. כמו כן תיבחן הדרך המשפטית, שיש בה כדי לענות על צרכי שיטתנו המשפטית.

ה2) הסדר איזון המשאבים

§133. על בני זוג, אשר נישאו לאחר ה־1/1/74 ולא ערכו הסכם ממון הקובע אחרת, יחול הסדר איזון המשאבים הקבוע בפרק השני של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973. למרות ההוראות החקוקות נראה לנו, כי השאלות בהן עסקנו לעיל, הנוגעות להיקף הרכוש, משותפות להלכת השיתוף ולהסדר איזון המשאבים.

נקודת התורפה העיקרית של הסדר איזון המשאבים הוא המועד הקבוע למימושה של הזכות הנובעת מן ההסדר. מועד האיזון על־פי החוק הוא עם פקיעת הנישואין, עקב גירושין או מחמת מותו של בן הזוג, ובמקרים אלה בלבד[87]. בית־המשפט העליון הצביע על נקודת תורפה זו[88]. אולם כאשר נזדמן לבית־המשפט לפסוק בעניין, החריף את הבעיה. נפסַק, כי לא זו בלבד שלא ניתן לממש בפועל את הזכות לאיזון משאבים, אלא שמן הנמנע אף לעתוֹר לסעד הצהרתי בדבר הזכויות על־פי הסדר איזון המשאבים, אלא במועד פקיעת הנישואין[89].

המחוקק לא לקח בחשבון את דיני הגירושין שבדין האישי החל על יהודים. בן הזוג בעל הרכוש, המעכב את הגירושין, יוצא נשכר גם מבחינה כלכלית. איזון המשאבים נדחה למועד התלוי ברצונו הטוב של בן הזוג. מציאות משפטית זו ממלכדת את בן הזוג התובע גירושין, במיוחד אם הוא גם הדחוק יותר מבחינה כלכלית. התוצאה היא, כי בן זוג זה ייאלץ לקנות את הגט במחיר פשרה נוחה עם בן הזוג האחר בשאלת יחסי הרכוש שביניהם. שיטה רכושית כזו, המשולבת בשיטת גירושין נוקשה, פותחת פתח לסחטנות מצד בן הזוג הלהוט פחות להתרת הקשר.

תוצאותיו של המצב המשפטי שנוצר הן קשות ביותר[90]. ראשית, הוא מתַגמל את החוטא היוצא נשכר. שנית, הוא מוסיף לכוח המיקוח העדיף ממילא של הגבר, שמעמדו חזק יותר הן מבחינת דיני הגירושין והן מבחינה כלכלית. שלישית, הוא פוגע בבן הזוג החלש יותר מבחינה כלכלית, בדרך כלל האשה, ופוגע עוד יותר בכוח המיקוח הנחות שלה. לא זו בלבד שהמחוקק לא יצר שוויון בכוח המיקוח בין המינים, אלא שהפער בכוח המיקוח התרחב. רביעית, הוא משפיע באופן שלילי על המשפחה ועל אפשרויות השיקום החברתי, הכלכלי והפסיכולוגי של בני זוג שנישואיהם לא עלו יפה. המחוקק העמיד

87. סעיף 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973.

88. הלכת אזוגי, לעיל הערה 4, בע' 31.

89. ר"ע 421/85 חדד נ. חדד (לא פורסם), תקציר כה (1984/85) 414.

90. מ' שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה שנייה, תשמ"ד) 217 — 221; א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 2**, בע' 346 — 348; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני זוג" **קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה** (ש' שטרית, עורך, תשל"ו) 130־131; ג' טדסקי "איזון המשאבים בין בני־הזוג" **הפרקליט** ל (1975) 76, 97־98; ז' פלק "יחסי ממון בין בני־זוג בישראל" **עיוני משפט** ג (1974) 829, 848; M. Shava, "The Spouses (Property Relations) Law, 5733—1973, in Light of Religious Divorce in Israel" 2 **Tel-Aviv University Studies in Law** (1976) 113, 127-128.

לרשות בני הזוג אמצעים טקטיים שליליים במסגרת המאבק להתרת הקשר ביניהם. יתר על כן, שיקולים טקטיים זרים ישפיעו על מהלך החיים המשותפים של בני הזוג. חמישית, הוא מעודד דינמיקה שלילית של לחץ וסחטנות בהסדרים בין בני הזוג. שישית, הוא הופך את החוק לאות מתה. מועד האיזון שומט מן החוק את כל היתרונות שהוא מבקש להעניק.

בעבר הוצעו דרכי פרשנות שונות כדי להמתיק את התוצאות הקשות[91]. בשנת 1987 פורסמה הצעת חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשמ"ז־1987, ולפיה יהיו בית־המשפט, או בית הדין, רשאים להקדים את מועד איזון המשאבים ב"נסיבות המצדיקות זאת"[92]. הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה המליצה גם היא, בדין וחשבון שהגישה לשר המשפטים, לתקן את החוק ולאפשר את הקדמת מועד האיזון בהתקיים עילות מסוימות[93].

ה3) דירת מגורים

§134. דירת המגורים היא, לעיתים קרובות, הנכס היחיד בעל הערך המצוי ברשות בני הזוג. משום כך, הסדרת היחסים הרכושיים של בני הזוג בנוגע לנכס זה, עשויה להשפיע באופן משמעותי על מערך הזכויות שלהם ועל הסדר מערכת היחסים ביניהם לעת גירושין. יתר על כן, יצירת הסדרים שונים תוך שימוש בדירת המגורים עשויה לשמש אמצעי להקל על מצוקת הגירושין בשיטה, בין בדרך של הפרדה למעשה בין בני הזוג באמצעים שונים ובין בדרך של תיקון מסוים של כוח המיקוח הבלתי־שווה.

על הדרכים ליצירת הפרדה למעשה בין בני הזוג בדרך של צווי הרחקה מן הבית או בדרך של פירוק שיתוף, נרחיב את הדיבור בשני פרקים נפרדים. נצביע על החמצתה של ההזדמנות לעקוף בדרך אזרחית את מצוקת הגירושין ולתרום במידת־מה להקלתה. לאור נקודת התורפה, הנוגעת למועד מימוש איזון המשאבים, עשוי השימוש בפירוק שיתוף בדירה, ללא קשר לגירושין, להוות מכשיר יעיל לעקיפת הבעיה. מאידך גיסא, פירוק שיתוף, הנסמך על דיני הקניין לבדם ואינו לוקח בחשבון את דיני המשפחה, עלול לפגוע בבן הזוג החלש כלכלית. בן זוג כזה עלול למצוא עצמו מחוץ לדירת המגורים, ללא אמצעים מספיקים לרכישת דירה חלופית ומעמסה כלכלית קשה מוטלת על כתפיו. כן נבחן את הדרכים, שהסדרים משפטיים בנוגע לדירת המגורים עשויים לסגור באמצעותם את הפערים בכוח המיקוח של האשה לעומת הבעל[94].

ליקויים נוספים של המצב המשפטי הפוגעים בכוח המיקוח של הצד החלש יותר מבחינה כלכלית, במיוחד הצד המטופל בילדים, נוגעים לשני תחומים המשלימים זה את זה.

91. א' רוזן־צבי, לעיל הערה 2, מע' 348 — 351.

92. ה"ח 1821, התשמ"ז, בע' 196. על הדיונים בכנסת בהצעת חוק זו, ראה ד"כ התשמ"ו, חוברת לט, בע' 4103 — 4105; ד"כ התשמ"ז, חוברת יט, בע' 2022 — 2024; ד"כ התשמ"ז, חוברת כ, בע' 2119 — 2126.

93. דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה (בראשות השופט א' שינבוים) (1986) 34 — 38 (להלן: 'ועדת שינבוים'). שר המשפטים סמך את ידו על המלצות הוועדה, ראה דברי השר בכנסת, ד"כ התשמ"ז, חוברת לד, בע' 3786.

94. ראה להלן פסקאות 575 — 616.

הראשון, העדר הוראות חקוקות המגבילת את העסקאות בדירת המגורים במהלך הנישואין או — המסדירות סוג של שיתוף בדירת המגורים במהלך הנישואין[95]. השני, העדר הוראות חקוקות המסדירות הן את הגבלת מועד פירוק השיתוף לתקופה מסוימת והן את זכות השימוש בדירת המגורים לאחר הגירושין, עד למועד מוגבל. הוראות כאלה, שביסודן שיקול דעת רחב לבית־המשפט, מיועדות להגנתו של בן הזוג המטופל בילדים והזקוק לשימוש בדירה, לתקופת ביניים, הן מטעמים כלכליים והן מטעמים הקשורים לטובת הקטינים. המלצות ברוח זו, הנוגעות לשני התחומים כאחד, הוגשו על ידי וועדת שינבוים[96].

ו) הסכמי גירושין

§135. ההסדר המשפטי הקיים בתחום הסכמי הגירושין הוא תולדה של האילוצים הקיימים בשיטתנו המשפטית. אולם, גם אם אילוצים אלה ייטענו להגנת ההסדר הקיים — אין בהם כדי להצדיקו. ההסדר הקיים אינו עונה על צורכי השיטה המשפטית. לא זו בלבד שלא נמצא האיזון הראוי בין חופש החוזים לפיקוח השיפוטי, אלא שהכללים המשפטיים הנוגעים להסכמי גירושין משפיעים באופן שלילי על כוח המיקוח.

הצירוף של מספר כללים משפטיים ויישומם של אחרים גורם לכך, שגם הדין השולט על הסכמי הגירושין מוסיף לכוח המיקוח של בן הזוג הפחות להוט לגירושין. גם הסכם גירושין אינו מסמן תמיד את קצהּ של דרך הייסורים, שבה עוברים בני הזוג בדרכם אל פתרון מצוקות קשר הנישואין שלהם. על מערכות הדינים ועל תוצאותיהן נעמוד בפירוט ובהרחבה בפרק מיוחד שיוקדש להסכמי גירושין[97]. במסגרת הדיון בפרק זה נסתפק בסקירה קצרה, בראשי פרקים, של המציאות המשפטית הגוררת אחריה פגיעה בכוח המיקוח.

ראשית, מוטלות מגבלות על אכיפת הסכם גירושין, בכמה מישורים. האחד, התחייבות למתן גט או לקבלתו אינה מועילה. ביצועה תלוי ברצונם הטוב של הצדדים. השני, לא ניתן להטיל סנקציה על הפרת התחייבות לגירושין. סנקציה כזו, הופכת את הגט למעושה. השלישי, הפרת התחייבות לגירושין מאפשרת גם את סיכול ההסדרים הממוניים והרכושיים שבהסכם הגירושין. במישור השלישי נקט בית־המשפט האזרחי מדיניות משפטית ראויה. ברם, למרות האפשרות להקטנת הנזק באמצעות בחירה בסמכות בית־המשפט — מגבילים שלושת ההסדרים המשפטיים שנידונו כאן באופן משמעותי את האפשרות להתיר את קשר הנישואין. חוסר השוויון בכוח המיקוח מקבל תאוצה נוספת באמצעות הכללים המשפטיים הנדונים.

95. על בעיות אלה וההצעות לפתרונן, ראה א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 2, מע׳ 188 — 194.

96. **לעיל** הערה 93, בע׳ 40 — 46. על שיקול דעת שיפוטי להסדרת זכות השימוש בדירת המגורים לבן הזוג הנזקק, בדרך כלל ההורֶה־המשמוֹרָן, בתקופה שלאחר הגירושין בלי לפגוע בזכויות הקניין ובזכות למימוש הדירה ולחלוקת דמי המֶכר במועד מאוחר יותר, ראה, בין היתר M. Hayes & G. Bathersby, "Property Adjustment: Order or Disorder in the Former Matrimonial Home?" 15 **Family Law** (1985) 213; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 385-386; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 64, 81.

97. ראה להלן מפסקה 404 ואילך.

שנית, הפיקוח המוקדם על הסכמי ממון, מכוח חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, המסדיר הלכה למעשה גם הסכמי גירושין, לקוי. זאת, משום שהוא מעניק הרבה מדי ומעט מדי כוח לבית־המשפט, בעת ובעונה אחת. התנאים הצורניים מחדירים ממד של פורמליזם מיותר למסגרת חיי המשפחה. תועלתם לשמירת ההגינות ולהשוואת כוח המיקוח דלה באשר היקף המעורבות השיפוטית מוגבל, והיא משתרעת רק על היבטים צורניים או על תופעות קיצוניות ממש. נזקם, לעומת זאת, מרובה. הדרישות הצורניות מציידות את בני הזוג בכושר תמרון רחב מדי. הן מניחות לצדדים דרך קלה לנסיגה מהתחייבויות משפטיות, ללא סנקציה. פסיקת בתי־המשפט עוד הבליטה והעמיקה את פגיעתו של החוק בהקשרים אלה. מאידך גיסא, כוחו של בית־המשפט מוגבל מכדי לאפשר לו להתערב במקום שהדבר נחוץ. שלישית, האיזון בין האוטונומיה של הצדדים להגנת האינטרס של החלש אינו מסתיים עם כריתת הסכם הגירושין או עם ביצוע הגירושין. בשיטתנו המשפטית עשויה התערבות מאוחרת מצד בית־המשפט להיות חשובה, יעילה ומועילה יותר מאשר פיקוח מוקדם. התערבות יתר עובר לגירושין עלולה לפגוע באפשרות להגיע להסדר בין בני הזוג. בכך ייפגע אינטרס ראשון במעלה בשיטתנו המשפטית. לעומת זאת, התערבות מאוחרת, המעוגנת בשיקול דעת רחב של בית־המשפט ואינה ניתנת להתנאה בין הצדדים, עשויה להגן על החלש ולתקן את כוח המיקוח הנחות בלי לפגוע באפשרות להגיע להסכם נישואין. במצב המשפטי הקיים בישראל הביקורת המאוחרת על הסכם גירושין מוגבלת באופן משמעותי. הדברים אמורים במספר תחומים. האחד, באשר להתערבות להגנת החלש, האשה והילדים, במסגרת הסכמי שיפוי או במסגרת שינוי נסיבות. השני, באשר להתערבות אפשרית מכוח התאמת דיני החוזים לדיני המשפחה במסגרת סוגיות העושק, וכן תקנת הציבור.

ז) מזונות אשה וילדים

§136. את כוח המיקוח העדיף של הבעל מאזנת במידה מסוימת חובתו של הבעל למזונות האשה ולסיפוק המזונות לילדים.

באשר למזונות האשה:

את יעילותם של מזונות האשה כאמצעי לתיקון כוח המיקוח ולהקלת מצוקת הגירושין — יש לבחון לא במהלך חיי נישואין הרמוניים, אלא לעת פירוד. אמצעי זה של מזונות האשה יש לבחון לא מנקודת מבט כללית בלבד, אלא בנקודות התורפה של הסדר המזונות לעת קרע בין בני הזוג. השאלה היא, כיצד משתקפת המציאות הישראלית בראי הדין העברי ואופן יישומו בבתי־המשפט האזרחיים. למטרה זו, עלינו לבחון את דיני המזונות בהקשרים הבאים: זכות המזונות של אשה החיה בנפרד מבעלה; זכות המזונות של האשה העובדת; זכויות האשה ה'מעוכבת מֵחמתו' של בעלה; תוכנו של המושג 'מעוכבת מחמתו'. רק התמודדות משפטית בעניינים אלה תוכל לשקף תמונה מציאותית של מידת זמינותו ויעילותו של הסדר מזונות האשה במשפט הישראלי, כאמצעי לתיקון כוח המיקוח וכדרך עקיפה לאכיפת הסדרי גירושין הוגנים, ההולמים את החברה הישראלית. לסוגייה זו — על נושאיה השונים ועל ריבוי פניה — נקדיש פרק מיוחד[98].

98. ראה להלן פסקאות 522 — 535.

§137. באשר למזונות הילדים:

סעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, קובע את עיקרון החבות למזונות הילדים בהתאם לדין האישי. רק מי שלא חל עליו דין אישי, או שאינו חייב[99] במזונות הילדים לפי הוראות הדין האישי החל עליו, תחול עליו חובת המזונות הקבועה בחוק עצמו. בין יהודים, החובה העקרונית למזונות הילד חלה על האב. האֵם פטורה מחובת המזונות מן הדין, והיא חייבת מדין צדקה בלבד[100]. חובה, שמקורה הוא בדין צדקה שבדין העברי, הופרה בפסיקה כחובה משפטית הנובעת מן הדין האישי. ממילא היא מוציאה את הוראות החוק ואת חבות המזונות הקבועה בו[101]. השאלה, אם חיוב עקרוני של מזונות בדין האישי — הגם שקיים פטור מן החובה בנסיבות מקרה קונקרטי — מוציא את הוראות החוק מכוח סעיף 3(א) לחוק, שנויה במחלוקת פוסקים[102]. אולם, נראה כי נטייתה של הפסיקה החדישה היא לענות בחיוב על השאלה האמורה[103].

למרות פסיקה סותרת ובלתי עקיבה במשך השנים[104] ניתן לומר, כי בסופו של דבר גוברת בפסיקה החדישה העמדה שאין להטיל על האם היהודייה חובת מזונות מכוח הוראותיו הסובסטנטיביות של החוק האזרחי. ההלכה הפסוקה קובעת היום, כי על האב לבדו מוטלת החובה לשאת בצרכיו ההכרחיים של הילד. מדין צדקה נושאת האם, יחד עם האב, במזונות הילד, שהם מעבר לצרכיו ההכרחיים בלבד[105]. היקף המזונות מסוג זה תלוי במידת יכולתו של כל אחד מן ההורים, בהתאם לדיני הצדקה שבדין העברי[106].

תוכנו של המושג 'צרכים הכרחיים' קובע את היקף חבותו של האב לעומת האם. על ידי כך הופך המושג לביטוי המעשי של כוח המיקוח, הקיים בידי כל אחד מן הצדדים

99. על משמעות הביטוי 'שאינו חייב' בסעיף 3 (ב) שבחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959, ראה מ' שאוה, **לעיל** הערה 90, בע' 312 — 343 והאסמכתאות שם.

100. רמב"ם, אישות, כא יח; שו"ע, אבה"ע, פב ח; י' בזק "חובת האם להשתתף במזונות ילדיה על-פי המשפט העברי" **הפרקליט** לב (1979) 357; מ' שאוה, **לעיל** הערה 90, בע' 288-289.

101. ע"א 507/61 **בן חיים נ. רזניק**, פ"ד טז 925; ע"א 321/78 **פלונית נ. פלוני**, פ"ד לג (2) 624, 629; ע"א 386/78 **רבני נ. רבני**, פ"ד לג (3) 591, 594; ע"א 210/82 **גלבר נ. גלבר**, פ"ד לח (2) 14, 20-21ז. כן ראה י' אנגלרד "מזונותיו של קטין מעל גיל חמש-עשרה" **הפרקליט** יח (1961) 3. לדעה אחרת, ראה ע"א 132/62 **ירחמילוב נ. מרמור**, פ"ד טז 1520; ע"א 72/62 **צוקרמן נ. צוקרמן**, פ"ד טז 1781.

102. על המחלוקת, ראה מ' שאוה, **לעיל** הערה 90, בע' 321 — 343.

103. הלכת **בן חיים**, **לעיל** הערה 101; ע"א 199/77 **חריר נ. חריר**, פ"ד לב (1) 458, 461-462ז; ע"א 756/77 **חטב נ. חטב**, פ"ד לב (2) 470, 475. כן ראה י' אנגלרד, **לעיל** הערה 101. לדעה אחרת ראה ע"א 247/64 **רושטש נ. רושטש**, פ"ד יח (4) 264. השאלה הושארה פתוחה בהלכת **גלבר**, **לעיל** הערה 101, בע' 21.

104. על הדעות השונות בפסיקה במשך השנים, ראה מ' שאוה, **לעיל** הערה 90, בע' 314.

105. ע"א 591/81 **פורטוגז נ. פורטוגז**, פ"ד לו (3) 449; ע"א 466/82 **גרובשטיין נ. גרובשטיין**, פ"ד לו (4) 157; הלכת **גלבר**, **לעיל** הערה 101; ע"א 687/83 **מזור נ. מזור**, פ"ד לח (3) 29, 34; ע"א 393/83 **דלי נ. דלי**, פ"ד לח (3) 613, 616ז; ע"א 222/83 **פלונית נ. אלמוני**, פ"ד לח (4) 418; ע"א 469/84 **הדרי נ. שני**, פ"ד לט (3) 197; ע"א 93/85 **שגב נ. שגב**, פ"ד לט (3) 822, 828; ע"א 239/85 **עמיצור נ. עמיצור**, פ"ד מ (1) 147, 151.

106. ראה מ' שאוה, **לעיל** הערה 90, בע' 300 — 311; הלכת **דלי**, **שם**.

בסוגייה זו. 'צרכים הכרחיים' כולל צרכים חיוניים או צרכים בסיסיים ממש של קיום[107]. אולם המושג הוא גמיש ואינו ניתן למדידה או לכימות. לא ניתן לקבוע נוסחת חישוב אחת כוללת למציאת הצרכים ההכרחיים. הקביעה היא במסגרת הסדר אינדיבידואלי ובהתאם לנסיבות המיוחדות של כל מקרה[108]. ממילא מצוי בידי בית־המשפט כלי גמיש לתיאום בין ההורים, לפי הנסיבות האינדיבידואליות.

§138. כלי גמיש נוסף בידי בית־המשפט, המיושם הלכה למעשה נגד החייב במזונות הילדים, דהיינו בדרך כלל האב, הוא שיעור הפחתת המזונות, עם הַגיע אחד הילדים לגיל בגירות. בית־המשפט אינו מפחית את המזונות בחלק היחסי של החיוב, כשהוא מחולק באופן שווה במספר הילדים הזכאים; בית־המשפט עורך חשבון כלכלי ענייני, ולא התחשבנות סכמטית. באופן זה, נלקחות בחשבון ההוצאות הממשיות לאור הנתונים הספציפיים והצרכים הממשיים. כך, למשל, הופחת רק בשמינית (ולא ברבע) חיוב מזונות למשפחה שאחד מארבעת ילדיה בּגַר[109]. מזונות שנקבעו לאשה ולבתה הופחתו בשליש בלבד (ולא במחצית) בהגיע הבת לגיל הבגירות[110].

§139. בשנת 1981 הוסף לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט־1959, סעיף 3א הקובע: "אביו ואמו של קטין חייבים במזונותיו"[111]. לכאורה, עשוי היה תיקון זה להסדיר שוויון מוחלט באחריות שני ההורים למזונות הקטין. שאלת מעמדו של הסעיף לא הוכרעה עדיין בפסיקה[112]. מקום שהוראות החוק בכללותן נדחות מפני הוראות הדין האישי, נטענת הטענה, כי גם הוראת סעיף זה של החוק נדחית מפני הדין האישי[113].

אולם, הלכה למעשה השפעת סעיף זה מועטה בכל מקרה, וזאת משני טעמים עיקריים: האחד, הואיל ונפסק, כי חיוב האֵם מדין צדקה הוא חיוב בדין האישי, אין התיקון משנה דבר[114]. עם חיובה העקרוני של האם במסגרת הדין האישי, ניתן להסיק אחת משתי המסקנות הבאות: האחת, אין תחולה לשום הוראה של החוק המטילה חובת מזונות

107. הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105, בע' 461ז־462א־ב.

108. ראה הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105, בע' 461ז־462א־ב; הלכת גלבר, לעיל הערה 101, בע' 22א־ב; הלכת הדרי, לעיל הערה 105.

109. ע"א 552/87 ורד נ. ורד, פ"ד מב (3) 599.

110. ע"א 539/88 הלל נ. הלל, פ"ד מג (1) 371.

111. חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), תשמ"א־1981.

112. הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105; הלכת פלונית, לעיל הערה 105; הלכת גלבר, לעיל הערה 101; ע"א 130/84 קרונברג נ. קרונברג, פ"ד לט (3) 358, 359־360.

113. מ' שאוה "תחולת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון מס' 2), התשמ"א־1981" מחקרי משפט ב (תשמ"ב) 219; מ' שאוה "היחול סעיף 3א לחוק המזונות על הורים יהודים?" הפרקליט לה (1983) 58.

114. לעומת דעה זו, ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל, חלק שני (1989) 256, הסבור כי ניתן לתרגם את הביטוי המשפטי, שהתיקון בא לחולל בתוך מסגרת הוראות התחולה של החוק במסגרת סעיף 3 (ב). לדעתו, בא התיקון להשמיענו כי חיוב עקרוני בלבד, אין די בו כדי לדחות את תחולת החוק.

מהותית כלשהי על האם. האחרת, ההבדל בין החיוב לפי החוק לחיוב מן הדין האישי אינו משמעותי[115].

השני, חלוקת נטל המזונות בין חייבים משותפים, כולל החובה הקמה בין ההורים מכוח סעיף 3א לחוק, נקבעת במסגרת סעיף 7 לחוק, והדבר מסור לשיקול דעתו של בית־המשפט[116]. פסיקתו של בית־המשפט העליון בדבר אופן חלוקת הנטל בין ההורים על־פי סעיף 3א(ב) המתוקן לחוק "בשיעור יחסי להכנסותיהם מכל מקור שהוא", המעיטה עוד יותר את השפעתו של התיקון. בית־המשפט פסק, כי החלוקה בין ההורים על־פי השיעור היחסי של ההכנסה מתייחסת להכנסות הפנויות של כל אחד מהם בלבד[117].

שיקול הדעת של בית־המשפט בדבר אופן חלוקת הנטל בין ההורים במקרה אינדיבידואלי עשוי לקבוע את היקפה של החבות, הלכה למעשה. חלוקת הנטל בין ההורים ביחס לתשלום מזונות, שהם מעבר לצרכים ההכרחיים, עשויה, בחלק מן המקרים, לקזז את עדיפותה של האם על ידי הַשָׁתַת נטל מוגבר מן האחריות העודפת עליה. כך, למשל, אִם תילקח בחשבון, לצורך חלוקת הנטל היחסי בין ההורים, אחריותו הבלעדית של האב לצרכים ההכרחיים. לעומת זאת, עשוי בית־המשפט לקזז את חיובה של האם במזונות כנגד הטיפול המוענק על ידיה לילדים שבהחזקתה. במקרה הראשון, תנוטרל כמעט לגמרי חבותו העודפת של האב. במקרה השני — תנוטרל כמעט כליל איזושהי חבות של האם[118].

בסופו של דבר, נשארת איפוא המלאכה בפועל בידי בית־המשפט באמצעות שיקול דעתו הגמיש, בהתאם לנסיבות כל מקרה.

§140. ויסות החבות באמצעות בית־המשפט נראה לנו פתרון עדיף מהסדר של השוואה סכמטית בין ההורים. המציאות המשפטית הישראלית מהווה מכלול אֶחָד, שאינו מאפשר הוצאת נדבך אחד מן הבניין כולו בלי לתת את הדעת למשמעות הכוללת של השינוי. תיקון של פריט אחד, המנותק מן ההסדר בכללותו, יש בו יותר נזק מאשר תועלת.

כך, למשל, קביעת שוויון בין ההורים בחלוקת הנטל הוא תיקון חיובי, בתנאי שהוא יוצר איזון ראוי בין המינים, תורם להשוואת כוח המיקוח של בני הזוג ויוצר תהליך, המעודד הסדרים מחוץ לכותלי הערכאות השיפוטיות. מאידך גיסא, השוואת נטל בין ההורים, הפועלת לרעתה של האשה, בתוך מערכת קיימת של אפליית האשה, מוסיפה נדבך לאפלייה ומעמיקה את הפער בין כוח המיקוח העדיף של הבעל ובין זה של האשה. מה שנראה תיקון במבט נקודתי, הוא למעשה קלקול מנקודת המבט הכוללת — והיא הפרספקטיבה הנכונה. כל תיקון חייב לבחון את השפעתו של ההסדר הספציפי על המערכת בכללותה, לאור המדיניות המשפטית הראויה. בתקופת הביניים — העשויה להיות ארוכה למדי — עד לבחינת המערכת כולה, מוטל על שיקול הדעת השיפוטי התפקיד של תיקון האיזון בין בני הזוג בנסיבות כל מקרה, על רקע התמונה בכללותה.

115. ראה דברי הנשיא מ' שמגר, הלכת קרונברג, לעיל הערה 112, בע' 359ז: "אין צורך להיזקק כאן להבחנות בין האמור בסעיף 3א לבין מה שמתחייב ממילא לפי הדין האישי".

116. הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105, בע' 460־461.

117. ראה הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105, בע' 461ב; הלכת גלבר, לעיל הערה 101, בע' 121.

118. ראה י' בזק, לעיל הערה 100, בע' 364.

§141. אין להתעלם גם ממעמסה נוספת, המוטלת למעשה על שכמה של האם כהורֶה־המשמורן בחלק הארי של המקרים. חובת המזונות של האב לילדיו הקטינים מסתיימת בגיל 18. לאחר מועד זה, נקבעת האחריות המשפטית למזונות הילד הבגיר במסגרת סעיפים 4 ו־5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט־1959. חבות במזונות ילד בגיר מוטלת בנסיבות יוצאות דופן בלבד.

ילד שבגר ועושה את שירותו הצבאי אינו יוצא מביתו של ההורה־המשמורן בהגיעו לגיל הבגירות. גם בעת שירותו הצבאי נושא ההורה־המשמורן בהוצאות הילד, המטילות עליו מעמסה כספית לא־מבוטלת. ניתן היה לצַפות, כי המציאות הישראלית המיוחדת תילקח בחשבון בעת פרשנות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות). אולם, לא כך הם פני הדברים. הוראות החוק פורשו באופן צר ביותר[119]. אחריות של הורה למזונות ילדו הבגיר המשרת בצבא הוטלה רק במקרים חריגים בלבד. שירות צבאי הוא המצב הרגיל אצל ילדים בגירים ומשום כך אינו מהווה, לדעת בית המשפט, עילה מספקת לתשלום מזונות לילד כזה[120].

פרשנות זו אינה מתחייבת מן החוק. עובדה היא, כי באחד המקרים מצא בית־המשפט דרך עקיפה להתחשב במעמסה הכלכלית המוטלת על שכמו של ההורה־המשמורן. מזונות שנקבעו לאשה ולבתה הופחתו בשליש בלבד — ולא במחצית כפי שהיה מתבקש — עם הגיע הבת לגיל הבגירות. בית־המשפט נימק זאת "לאור הוצאותיה של האם והמשך זיקתה של הבת לשירותי הבית עקב שירותה הצבאי"[121]. שום הגיון משפטי אינו מאשש הבחנה כזו. אין שום הצדקה להתחשב במעמסה, כאשר נוסף למזונות הילדים זכאית גם האשה למזונות ולהתעלם ממנה — כאשר הזכות למזונות מתייחדת לילדים בלבד.

לאור פרשנותו הצרה של חיוב המזונות לילדים בגירים תלוי, בדרך כלל, שיפוי ההורה־המשמורן על הוצאות אלה, או על חלק מהן, ברצונו הטוב של ההורה־הלא־משמורן. הלכה למעשה, נושא איפוא ההורה־המשמורן בהוצאותיו של הילד הבגיר, אלא אם כן נקבע אחרת בהסכם הגירושין.

§142. לסיכום — בדיקת המצב המשפטי הנתון מעלה, כי חלוקת נטל החיוב במזונות הילדים בין ההורים מטילה נטל כבד יותר, ומשמעותי יותר, על האב במקרים מסוימים[122]. לעומת זאת, התבוננות בתמונה המלאה והשלמה של הֶסדר המזונות מלמדת, כי העדפתה של האם היא חלקית בלבד.

119. ע"א 113/77 **בוימגולד נ. בוימגולד**, פ"ד לא (3) 164.

120. ע"א 776/87 **בן נון נ. בן נון**, פ"ד מב (3) 86; ע"א 296/85 (לא פורסם) (קטע רלבנטי ממנו צוטט בהלכת בן נון).

121. הלכת הלל, לעיל הערה 110.

122. ראה הלכת פורטוגז, לעיל הערה 105, בע' 462ב; הלכת גלבר, לעיל הערה 101, בע' 22ב.

ח) אפוטרופסות והחזקת ילדים

§143. סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, ובעקבותיו סעיף 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, קבעו את מעמדה השווה של האשה באפוטרופסות על ילדי בני הזוג. אפוטרופסות שווה לאם כמו לאב — מקנה לה גם "זכות דעה שווה... בעניין דרך חינוכם של ילדיהם"[123]. כל קביעה נוגדת בנידון אינה מתיישבת עם חוק שיווי זכויות האשה[124]. לפיכך, החלטת בית-דין רבני, שלאב הזכות הבלעדית לקבוע את דרך החינוך של בניו ואת מקום חינוכם — בטֵלה.

הזכויות באשר להחזקת ילדי בני הזוג מזכות את האשה-האם בעדיפות על הבעל-האב. עדיפות זו נובעת הן מחזקת הגיל הרך הקבועה בחוק[125] והן ממדיניות שיפוטית המונעת על ידי תפיסה חברתית עמוקה, ולפיה טובת הילדים להיות אצל אמם.

אין להתעלם מכך שהחזקת ילדים הוא אחד מאמצעי המיקוח בין ההורים[126]. המצב המשפטי, הקובע זכויות החזקה של ילדים, משפיע באופן משמעותי על כוח המיקוח של בני הזוג ועל המשא-ומתן ביניהם לקראת הסכם גירושין. גם כאשר השיקול של טובת הילד הוא הגורם הדומיננטי, אין להתעלם ממשקלו של כושר התמרון של ההורים. בתהליך של משא-ומתן בין בני הזוג יש משקל לכל אחד ממרכיביו השונים של ההסדר. כל מרכיב כזה הוא גם שווה-ערך כלכלי במונחים כספיים.

מצד אחד, לחץ שמפעיל בן זוג — שהעדפותיו לגבי החזקת הילד הן נייטרליות — באמצעות תביעה להחזקת ילד, על הורה, שעניין ההחזקה מהווה לגביו גורם בעל משקל, עשוי להתבטא בסופו של דבר בוויתורים כספיים מצד האחרון. מצד שני, החזקת הילד גוררת אחריה הטבות במונחים כספיים. ההורה-המשמורן זכאי לדמי מזונות או לדמי טיפול עבור הילד. להורה-המשמורן גם כוח שליטה על אפשרויות הביצוע של זכויות הביקור של ההורה-הלא-משמורן. שליטה זו גם היא אמצעי מיקוח הניתן, לעיתים קרובות, לתרגום במונחים כספיים. ההורה-הלא-משמורן עשוי לקנות בכסף מן ההורה-המשמורן נוחות ושלווה, כמו גם זכויות ביקור בלתי מופרעות.

כך או כך, תהליך המשא-ומתן מספק אפשרויות רבות לקשור עניינים כספיים לענייני החזקת קטין, על בסיס העדפותיהם השונות של ההורים.

> "עניינים כספיים ועניינים של החזקת קטין קשורים קשר בל יינתק[127]... מתקיים סחר חליפין בין החזקת ילדים לבין הסדרים כספיים"[128].

123. בד"מ 1/81 נגר נ. נגר, פ"ד לח (1) 365, 402.

124. שם בע' 401-402.

125. סעיף 25 סיפא לחוק הכשרות והמשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

126. על נושא זה, ראה R.H. Mnookin & L. Kornhauser, **supra** note 1, at 955—970; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 49, 216—217, 394.

127. R.H. Mnookin & L. Kornhauser, **supra** note 1, at 960.

128. R.H. Mnookin & L. Kornhauser, **supra** note 1, at 967.

ככל שזכות ההחזקה של אחד ההורים קבועה וברורה יותר, בין מכוח חוק ובין מכוח מדיניות שיפוטית נמשכת ומוגדרת, מעניק לו הדבר כוח מיקוח עדיף[129]. כך, למשל, נטען כי קיומו של שיקול דעת שיפוטי לקביעת החזקה משותפת בילד לשני ההורים במדינות ארצות־הברית — שינה את כוח המיקוח בין בני הזוג. מצב משפטי זה העניק יתרון לבעל־האב בכוח המיקוח בלי להטיל עליו במקביל אחריות של ממש[130].

ההסדר המשפטי בעניין החזקת הקטין, שבצִלו נערך המשא־ומתן, יש לו, איפוא, השפעה לא מעטה על כוח המיקוח הכללי של הצדדים.

בשיטה משפטית כמו שלנו, שבה החובה העיקרית למזונות ילד מוטלת על האב ולעומת זאת ההורה־המשמורן הוא, בדרך כלל, האם — לכוח המיקוח העדיף של האשה יש משקל כפול. יתר על כן, מידת הוודאות שבדין הישראלי בסוגיית החזקת הילד — הן באמצעות החזקה המשפטית שבחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות הפועלת לטובת האשה, והן באמצעות ההסדר שהשתרש בשיטה, המעדיף גם הוא את האשה — מחזקת את כוח המיקוח שלה.

הסדרי מזונות הילדים, כמו גם הדין הרווח באשר להחזקתם, מעניקים מידה מסוימת של כוח מיקוח לצד החלש, דהיינו לאשה. יש בכך איזון־מה לכוח המיקוח הנחות שלה בהקשרים אחרים.

129. R.H. Mnookin & L. Kornhauser, **supra** note 1, at 979-980.

130. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 49, 216-217, 394.

פרק חמישי
הפער בין נורמה דתית למציאות

כללי

§144. חברה חילונית יהודית, המהווה את רוב מניינו של עם ישראל, והקמתה של מדינת ישראל הריבונית העמידו את ההלכה לפני מציאות חדשה. בעייתה של ההלכה יכולה היתה להיות עניינה של קהילת שומרי התורה ותופשיה. אולם כפייתן של נורמות דתיות בתחום הנישואין והגירושין, על הציבור הישראלי היהודי בכללותו, הפכה את ההתמודדות עם המציאות החילונית לבעיה חברתית ומשפטית כללית.
הדין הישראלי כופה, בחלק מענייני הנישואין והגירושין, נורמות שמקורן דתי על אוכלוסייה, שחלקה אינו מאמין או מבקש להיות חופשי מנורמות דתיות כאלה. ההתנגשות האמורה יוצרת פערים בין הנורמות הדתיות, השקפת העולם העומדת מאחריהן והתפיסה של בית־הדין על מוסד הנישואין (על חובות בני הזוג ועל דרך ההתנהגות הראויה) לבין אורחות־החיים של רוב הציבור, באשר לנורמות ההתנהגות המקובלות עליו ולהשקפת העולם המלווה אותו. בתוך חברה בעלת אידיאולוגיה חברתית המוצהרת כפלורליסטית, חופשית ופתוחה משתמר תחום המעמד האישי כהסדר שמרני, המטיל על החברה נורמות דתיות, המפנימות ערכים דתית והמושתתות על תמונת עולם אחרת מזו המקובלת על רוב הציבור.
תמונת המצב באורח סכמטי היא של קֶצר אידיאולוגי או של מלכוד בלתי ניתן להתרה[1].

1) ההלכה מול עולם חילוני

§145. התמודדותם של מורי ההוראה עם ממד הזמן והמקום, שהולידה ניסיונות בלתי פוסקים לסגור את הפער שבין הדין למציאות[2], נעשתה במישור של חברה יהודית מסורתית.

1. ראה תמונת מצב דומה באשר למעמדה ותפקידיה של הרבנות הראשית לישראל אצל מ׳ פרידמן ״רבנות ראשית — דילמה ללא פתרון״ **מדינה וממשל** א (1971) 118.
2. ראה באופן כללי אצל א׳ ברקוביץ, **ההלכה כוחה ותפקידה** (תשמ״א). כן ראה בספרו של מ׳ אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית, תשמ״ח) 214 ואילך.

חברה כזו רווחה, בשינויים המתחייבים מנסיבות המקום והתקופה, מימי המשנה והתלמוד ועד למחצית המאה ה־18 או תחילת המאה ה־19[3]. חברה זו מקבלת את המשפט התלמודי כְּ־

> "קובע את הדמות הנורמטיבית של החברה היהודית בכל תחומי החיים הניתנים להסדר חוקי"[4].

בחברה המקבלת עליה את מרות התורה, פועלים מורי ההוראה במגע מתמיד עם המציאות. הם עושים כן תוך הזדהות עם השקפת העולם הרווחת בחברה ומתוך אהדה לצרכיו ולבעיותיו של ציבור היעד, שהם רואים את עצמם חלק בלתי נפרד ממנו[5]. בנסיבות כאלה רואה עצמו איש ההלכה אחראי לקהילה, לשלמותה, לאחדותה ולפתרון בעיות חבריה. הוא מרגיש מחויבות אישית, מוסדית ודתית לציבור ולפתרון בעיות יחידיו. לפתרונם של מקרים חריגים ואף לעריכתם של הסדרים מרחיקי לכת, מתייחס איש ההלכה כמחזקים את הדת ואת שלטון התורה[6]. במסגרת כזו, גם שינויים מרחיקי לכת באורחות חיים דתיים ובנורמות דתיות אינם פוגעים בשמירת הרציפות. בחברה סמכותית המכוונת לשמירת מצוות, נשמרת

> "עקביות תודעת הרציפות למרות ממדיו של השינוי... כל זמן שהסמכות של מקורות ראשוניים לא נעקרה, יכלו המקורות המאוחרים להפנים שינויים בלי לשבור את תודעת הרציפות"[7].

זאת ועוד, בחברה היררכית, הנסמכת על אוטוריטה דתית והמקבלת על עצמה עול מלכות שמים, היה באמצעים שנקטו הפוסקים משום סגירה משמעותית של הפער בין הדין לחיים. את מה שלא עשתה הנורמה, אם קצרה ידם של פוסקי ההלכה, עשו המרות הדתית והאיזון החברתי. אפילו ההשלמה של הצד החלש עם מציאות מסוימת קיבלה חיזוקים חברתיים ודתיים גם יחד. הסכנה של פריצת המסגרת היתה שולית.

§146. התרבות החילונית יצרה חזית של התמודדות מעולם אחר. לא עוד שינוי של אורחות־חיים או תפיסה חברתית, המחייבים כוח הסתגלות ויכולת התאמה.

הערעור של התרבות החילונית הוא על עצם עיקרון הציות לסמכות. התרבות החילונית מתנגשת עם עיקרון המרות הדתית. האיום מופנה כלפי כלל מערכת הערכים הדתית. התביעה החילונית מופנית נגד ההלכה ודבריה. חזית ההתמודדות היא רחבה, ולא צרה. אין היא מתמקדת בביטוי כזה או אחר של המרות. אין היא מתמצית בגילוי בלתי־נאות כלשהו של

3. י' כץ, **מסורת ומשבר** (תשל"ח) 11; כן ראה י' כץ, **היציאה מן הגטו** (1985) 140 — 157.
4. י' כץ, **מסורת ומשבר**, שם בע' 95.
5. י' כץ "האם חידוש הסנהדרין הוא בגדר פתרון?" בקובץ **לאומיות יהודית, מסות ומחקרים** (תשמ"ג) 189.
6. ראה דבריו של הרב מ' צ' נריה, במסגרת יום עיון של חברי־כנסת באוניברסיטת בר־אילן, **השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות** (הוצאת אוניברסיטת בר אילן) בע' 49. על הפוסקים בעבר כמנהיגי ציבור וכרואים עצמם אחראים לגורל הציבור בכללותו לעומת הסתכלות מצומצמת יותר של הפוסק בדורנו, ראה א' גולדמן "ההלכה והמדינה" (הוצאת הקיבוץ הדתי) בע' 18 (נדפס בקובץ **המקורות דת ומדינה בישראל** (מ' סמט, עורך, תשל"ח) בע' 44.
7. א' שבייד, **היהדות והתרבות החילונית** (תשמ"א) 21.

השלטת נורמה. ואין היא באה על סיפוקה בביקורת על יישום בלתי־נאות או בלתי־מספק של ההלכה בתקופה כזו או אחרת, או על ידי מורה הוראה מסוים.
אין החילוני מכיר במרותו של כוח עליון כלשהו ובמרותה של מערכת נורמות דתיות. מערכת הנורמות החילוניות נובעת מרצון הציבור, מתייחסת אל צרכיו, מבטאת ערכים אנושיים־חברתיים וניתנת לשינוי על ידי הרוב שחקק אותה. המרות היא אנושית ורצונית. היא נובעת מן האדם ומכוונת אליו. משום כך, למשל, הענקת הֶכשר לסיפוק הדחפים האנושיים אינה נחשבת, בעולמו של היהודי החילוני, כסותרת את ערכי היסוד.
ההשתתפות בפעילות התרבותית היצירתית דורשת התמסרות מלאה המסיטה את הדגש, ובעיקר את האידיאל, מלמדנות תורנית להשכלה חילונית, תרבותית ומקצועית. ההשתלבות בחברה ובתרבות נקנית לא רק בהשָׂלת הקליפה החיצונית היהודית, אלא גם במחיר של ביקוע הגרעין הפנימי של החיים היהודיים המסורתיים, כולל התפרקות מקיום מצוות, תוך התמסרות אידיאולוגית, מדעת ומרצון, ולא מכוחן של תועלתיות ונוחיות של חיים בלבד. היצירה התרבותית, ההישגים המדעיים והטכנולוגיים עשויים, איפוא, להוות תחליף לאמונה ולאורח־החיים הדתי. הישגים אלה גם מפעילים כוח פיתוי על כלל הציבור, ומסכנים את השלמות של העולם היהודי ואת הסמכות של תופשי התורה, המסמלים את העולם ה"ישן"[8].

§147. במסגרת משטר דמוקרטי וחברה בעלת גישה שוויונית, אידיאולוגיה חילונית והתנהגות מתירנית מקבלים הפתרונות המתבקשים בעולמה של תורה ממד אחר, והבעיות התובעות התייחסות רדיקלית מצד ההלכה מוחרפות יותר. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים, כאשר הציות להלכה אינו נובע מכוח השכנוע הפנימי שבה או מרצון אמיתי של ציבור שומרי מצוות, המקבל עליו עול מלכות שמים. בישראל מסתייעת ההלכה במרות חילונית, חיצונית לה, והיא נכפית על ציבור שאינו מאמין בה.

2) בין הדין לציבור

§148. בין הדין הדתי לחלק מן הציבור החילוני מפרידות תפיסות יסוד באשר לעיקרון השוויון בין המינים במסגרת המשפחה, לחלוקת התפקידים במשפחה, למעמד הנישואין, לאופים של הנישואין ולמטרתם, לדפוסי היחסים במשפחה ולהסדרתם, וממילא — גם לשאלות הנוגעות להתרת הנישואין, לעילותיה (על בסיס אשמה, אם לאו?) ולאופניה[9].

8. ראה א' שבייד, שם בע' 17 — 23. על חדירת תופעת החילוניות, משמעותה והמאבק שֶל החוגים הדתיים ואנשי ההלכה, ראה גם א' לוז, **מקבילים נפגשים, דת ולאומיות בתנועה הציונית במזרח אירופה בראשיתה (1882 — 1904)** (תשמ"ה); י' כץ, **היציאה מן הגטו, לעיל הערה 3**, מע' 34 ואילך, 123 — 157 ואילך; י' כץ "הדת ככוח מאחד ומפריד" בקובץ **לאומיות יהודית, מסות ומחקרים** (תשמ"ג) 134-135; י' כץ "יהדות ונצרות על רקע החילוניות המודרנית" שם, בע' 111.

9. על ההבדל בין תפיסות היסוד של מערכת דינים מסורתית לבין מערכות דינים של החברה המערבית בשני העשורים האחרונים בסוגיות האמורות, ראה, בין היתר:
M. Rheinstein & R. Konig, Persons and Family, **International Encyclopedia of Comparative**

במשפט הישראלי קיים לעתים קושי להינשא, מטעמים דתיים, לבן הזוג הנבחר, שכן בדין הדתי קיים פיקוח רחב על הכניסה לנישואין. מוטלות מגבלות על אפשרות הנישואין בין אנשים — פסולי חיתון, איסורי חיתון או קידושין אסורים[10] — שחלקן נובע מטעמים דתיים־פולחניים. כתוצאה מכך נמצאה דרך העקיפין של הָבָה נתחכמה לו, בצורת הקידושין הפרטיים. נמצאו גם דרכים אחרות, העוקפות את הקושי להינשא במקרים מסוימים. הדבר נעשה, בין היתר, באמצעות הכרה חלקית בנישואין מחוץ לישראל ובמתן נפקויות משפטיות נרחבות לחיים משותפים ללא נישואין, באמצעות מוסד ה'ידועים בציבור'.

עיקר הקושי נעוץ בחוסר האפשרות המעשית של התרת הנישואין בין בני זוג יהודים, בהעדר הסכמה בין בני הזוג. בצד גישה ליברלית, שמקורה בדין הדתי, והמאפשרת התרת נישואין במקרים של הסכמה, נתונים הגירושין לשרירות לבם של הצדדים — ובעיקר של הבעל. בית־הדין מוגבל בכוחו ובאפשרויותיו לכפות על הצדדים את הגירושין. עילות כפיית הגט הן מעטות. חלקן אינו רלבנטי לצרכים של רוב הציבור הישראלי ואינו מתייחס למצוקותיו. עילות רלבנטיות אינן עולות בקנה אחד עם תפיסת העולם הדתית, כפי שהיא משתקפת בעיני הפוסק. במקרים רבים כאשר ניתן לדלות, לעיתים בדוחק, עילה רלבנטית, היא שנויה במחלוקת פוסקים. במקרה כזה רווח הכלל, שבמקום מחלוקת — אם עילה מסוימת מהווה עילת כפייה — מן הראוי להחמיר ולהימנע מכפיה[11]. ועל הכול, גם במקרים שקיימת הצדקה הלכתית לכפיית הגט, בית־הדין נוקט מדיניות דווקנית ומחמירה ונמנע מכך.

נוכח כל אלה, לא ייפלא, איפוא, כי מספר פסקי־הדין לכפיית גט בישראל הוא מעט מזעיר[11א]. כפיית גט עשויה היתה להיות אמצעי הלכתי שהיה מאפשר לבית־הדין נקיטת יוזמה בהליך הגירושין, ושהיה מהווה גורם מרתיע כלפי בעלים סרבני גט. בישראל דהיום כפיית הגט חדלה להיות כלי הלכתי מוביל או משפיע; כפיית הגט איננה מהווה עוד גורם בעל השפעה כלשהי, ולו מועטת, על הגירושין ועל דיני הגירושין בישראל.

Law, Vol. 4; J.M. Eekelaar, **Family Law and Social Policy** (London, 1978); M. Rheinstein, **Marriage Stability, Divorce and the Law** (Chicago, 1972); M.A. Glendon, **State, Law and Family** (Amsterdam, 1977); W.O. Weyrauch & S.N. Katz, **American Family Law in Transition** (Washington, 1983); B.M. Hogget & D.S. Pearl, **The Family, Law and Society** (London, 1983); **Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz, ed., Toronto, 1980); L.J. Weitzman , **The Divorce Revolution** (New-York, 1985); L.C. Halem, **Divorce Reform** (New-York, 1980).

10. כללית על נושא זה בדין העברי, ראה ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 61 — 66.

11. ראה טור, אבה"ע, קנד: "וכיוון דאיתא פלוגתא דרבוותא ראוי להחמיר שלא לכוף בשוטים כדי שלא יהא גט מעושה". כן ראה תיק 252/תשי"ד, פד"ר א 65, 74.

11א. על בעיית מגבלות התרת הנישואין בכלל וכפיית הגט בפרט בדין העברי, וממילא במשפט הישראלי, ראה גם לעיל פסקאות 119־120 ולהלן פסקאות 220 — 222, 243 — 247, 513 — 520. כן ראה, בין היתר, ש' רפאל "בעיות הכפייה במתן גט" **הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושנים לתורה שבעל־פה** (תשמ"א) נח; ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 153; פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 295 ואילך; א' רוזן־צבי, **פתרונות לבעיות אישות** (1986); ז' פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל"ג); ע"א 164/67 **היועה"מ נ. אברהם**, פ"ד כב (1) 29.

גם כתוצאה ממגבלות חמורות אלה, מתרבות תופעות של נישואין מחוץ לישראל ושל חיים מחוץ לנישואין, מן העֵבר מזה, ושל לחצים ואף 'סחטנות' לשם השגת ההסכמה המיוחלת להתרת הקשר ומתן הגט או קבלתו, מן העֵבר מזה.

מעמדה של האשה בדין הדתי, הן באשר למעמדה בהליך השיפוטי והן באשר לענייני הסטאטוס ובנוגע לגילויו הרכושיים, אינה משקפת את התפיסה הרווחת בנושא זה בחברה הישראלית. ראינו בפרקים הקודמים, כיצד שליטת הדין הדתי על ענייני הגירושין ומעורבות אזרחית מוגבלת מנציחים את האפליה לרעת האשה. נוכחנו גם לדעת, כי כוח המיקוח היחסי של האשה קטן יותר מזה של הבעל.

איסורי הנישואין, ובראש ובראשונה פסולי החיתון, דיני הגירושין ומעמדה של האשה הם שלושת ראשי החץ של הפער בין הדין הדתי לחלק ניכר מן הציבור הישראלי.

§149. בסופו של דבר, מוקף חלק לא מבוטל מן הציבור הישראלי דינים, המיועדים להגן על מטרות אישיות וחברתיות, שהן בלתי רלבנטיות מבחינתו למציאות שבה הוא חי ולצרכיו במסגרת חברה מודרנית. מצד אחד, כפוף הציבור למערכת הדינים הזאת ומחויב על בסיס מערכת הערכים המונחת ביסודה. מצד שני, אין הציבור החילוני, ברובו הגדול, נהנה מן ההטבות שמעניקה המערכת הדתית למאמיניה, הן בחלקה הנורמטיבי והן בחלקה הערכי. היהודי המאמין, המקבל את הסמכות הדתית ומוכן להיעתר להוראותיה, גם אם אין הן עולות בקנה אחד עם שאיפותיו האישיות, זוכה לתגמולים חברתיים ודתיים: חברתיים — אהדת החברה שבה הוא חי וסיוע חברתי ממשי בסעד נפשי ואף חומרי. דתיים — סיפוק דתי, הבא לרכך את המצוקה האישית שבה הוא שרוי.

תגמולים אלה אינם רלבנטיים לצרכיו של היהודי החילוני בחברה מודרנית; הם מיועדים לחברה אחרת ולמציאות אחרת. על ציבור זה נכפות נורמות, שעולם הערכים התומך אותן זר לו ואף מנוכר ממנו. הוא נתון למרותם של דינים הפוגעים בו בלי שיכיר באינטרסים שהם באים להגן עליהם, ובלגיטימיות של הפגיעה האמורה. הוא ניצב חשוף הן אישית, הן קהילתית והן משפטית. אישית — אבדן אינטימיות הקשר המשפחתי ואבדן האושר האישי בלי שיתאפשר לו, במקרים רבים, להשיג את תיקון המצב בדרך משפטית מספקת. קהילתית — החברה המודרנית אינה רואה במצב של השלמה דתית וקבלת מרות תורנית אידיאל. ממילא, אין היא מסוגלת לתגמל חברתית את מי שנקלע למצב כזה או לתמוך בו אידיאולוגית. משפטית — עקב המגבלות הקבועות בדין הדתי, אין האדם החילוני בישראל יכול ליהנות מהגנת השיטה המשפטית על צרכיו לבחירה חופשית של בן זוג, וכן — לתיקון הבחירה, לשוויוניות, וכיו"ב.

הקושי קיים הן במישור הדין והן במישור החברתי.

§150. מבחינת הדין: חלק גדול מעולם המושגים ומן המוסדות, המיושמים על ידי הדיינים והפוסקים, אינו מכוון לציבור בעל השקפת עולם ודרך התנהגות המקובלות בקרב ציבור היעד.

הטענה כי דור פָּרוץ מצדיק ריבוי חומרות, ובמיוחד כלפי חברה חילונית, הרווחת בין פוסקים רבים, מוסיפה על הקושי הקיים בלאו הכי. הדבר משתקף בקביעת גדרים וסייגים מחמירים, שמטרתם להרחיק ציבור שאינו שומר מצוות מן העבירה. קביעה כזו עשויה להיחשב בעיני הפוסקים לא להתעלמות מן המציאות, אלא כסיגולה דווקא של ההלכה למציאות

החילונית. אולם, הלכה למעשה, מרחיקות גישה זו והתוצאות הבאות בעקבותיה עוד יותר את הציבור מן הנורמות הדתיות, והן מרחיבות את הפער בין הדין למציאות. מדיניות כזו, בין השאר מן הטעמים שצוינו, משתקפת גם בפסקי־דין היוצאים מלפני הרכבים שונים של בתי־הדין הרבניים[12].

§151. מבחינה חברתית: בציבור לא רווחת עוד אותה נכונות להשלמה, נחלת העבר. נכונות זו נבעה הן מן הנכונות לקבלת עול תורה, הן מן ההשלמה עם המרות הדתית, הן מהסכמה רחבה לסדרי העדיפויות האישיים והחברתיים שבראשם ההרמוניה הקהילתית והאיזון החברתי, והן מן התגמול החברתי והדתי שבא בעקבות ההשלמה וקבלת המרות. סגירת פערים בין דין למציאות בחברה דתית הרמונית נעשתה בתוך המסגרת החברתית. על הכפייה החברתית של הדין ושל החלטות בית־הדין במתכונת המסורתית הוטל תפקיד מרכזי בהקשר זה. מכוחה ינק הדיין בעבר את עיקר כוחו וסמכותו. במסגרת חברתית שונה לחלוטין, כמו זו הישראלית, פתרון זה הוא ארכאי ולא יעיל.

3) בין הציבור לבית־הדין ולדיינים

§152. הציבור היהודי בישראל מתדיין לפני דיינים ופוסקים חסרי תודעה היסטורית ודמוקרטית; אלה נאמנים לציבור התייחסות קטן יחסית בהיקפו.

הדיינים אינם מעורים בחלק הארי מחיי הקהילה של רוב ציבור המתדיינים לפניהם. למען האמת, הדיינים זרים ומנוכרים לעולמו החברתי והתרבותי של רוב ציבור היעד שלהם. חינוכם, התנהגותם, השקפת עולמם ועולמם החוויתי שונים בעיקרם מאלה של הציבור הרחב, הכפוף לסמכותו של בית־הדין הרבני. אפילו אוצר המילים שלהם, שפתם התרבותית־רוחנית ועולם הדימויים שלהם שונים מאלה של רוב הציבור הנזקק להם והמתדיין לפניהם — חסרים ההתערות של הדיין בקהל היעד, וההיזון החוזר בין הדיין לקהילה הנתונה למרותו והמסורה לשיפוטו[13].

יתר על כן, כאשר מתעוררת בעיה הנובעת ממסגרת החיים החברתית והאידיאולוגית של ציבור היעד, וזה אפיונן של רוב הבעיות, אין הדיינים מכירים כלל בקיומה של בעיה או של מצוקה הטעונים התייחסות במישור העקרוני. באחוז לא מבוטל של המקרים, הם גם כופרים במחויבותם לפתרון במישור הפַּרטני. לעיתים, אפילו מודים הדיינים בקיומה של בעיה רלבנטית בקרב ציבור היעד — אין הם מגלים לה הבנה ואין הם אוהדים אותה. בחלק מן המקרים, והם רבים מאד, הדיינים מרחיקים לכת וגם כופרים בלגיטימיות של הבעיה.

12. ראה תיק 791/תשל"ו, פד"ר י 209, 214, כשהדור פרוץ יש לאסור לדור בחצר אחת, בכל האופנים, ואף על פנויות, משום שאינן טובלות והחשש הוא לאיסור תורה ולא רק לאיסור דרבנן. על בסיס זה אין להקל על בני זוג גרושים ויש לאסור עליהם לנהל חנות משותפת לאחר גירושיהם. ראה גם תיק 5488/לב, פד"ר ט 110, 113, ישנן דעות כי בדור פרוץ אין להתיר לישא אשה שנייה גם במורדת כדי לא לתת מקום לרמאים להיאחז בו.

13. על פרופיל חברתי, תרבותי והשכלתי של הדיינים בישראל, ראה ז' פלק, לעיל הערה 11א, בע' 77 — 83.

על בסיס כל אחת משלוש ההתייחסויות השונות, ועל אחת כמה וכמה על בסיס שלושתן גם יחד, אין נכונות מצד הדיינים להיכנס לעובי הקורה. אין הם מוכנים להתמודד עם המצוקה ולהיענות לתביעה, הנשמעת מפי קהל היעד, לפתור את הבעיות הנובעות מן המציאות החדשה, שבתוכה חי חלק ניכר מן הציבור הישראלי.

בעיות ומצוקות הציבור החילוני עולות מתוך מערכת ערכים שונה בתכלית מזו המקובלת על הדיינים. הן פרי אורחות חיים מודרניות ואידיאולוגיות בנות־הזמן. השקפת העולם של הדיינים לוחמת בעולמו הרוחני של החילוני; הדיינים מתנגדים לאופן התנהגותו של ציבור זה, ורובם ככולם בזים לחלק ניכר מאורחות־חייו של ציבור היעד החילוני[14]. את בעיותיו ומצוקותיו של ציבור היעד תולים הדיינים באורח־החיים החופשי ובהשקפת העולם הפתוחה והפלורליסטית. את חובתם העקרונית, במסגרת התפקיד השיפוטי המוטל עליהם, הם מגבילים לעולמה של תורה במובן הצר ולציבור שומרי אמוני ישראל. אחריות אחרת, נראית בעיניהם כמתן לגיטימציה לחילוניות.

§153. בית־הדין מתייחס אל המציאות מתוך עולמו שלו. הוא שופט את קהל היעד על־פי מערכת הערכים הדתית. במצב כזה, אין הדיינים רואים עצמם אחראים מבחינה מוסדית וחברתית למצוקות הציבור. במקרים רבים הם מתנערים, איפוא, מן החובה להקל מצוקות אלה: הם מעבירים את הכדור למגרש החילוני ולציבור החילוני. מנקודת המוצא של בית־הדין, על הציבור החילוני ועל מערכת הערכים שהוא מחויב לה מוטלת האחריות למצוקה, שבה שרוי ציבור זה, ואין לו להלין אלא על עצמו.

> "לא אשמת ההלכה היא ואין הקולר תלוי אלא בציבוריות שלנו שבמקום לראות את מקום התורפה במקומו הנכון מצביעה על ההלכה שכאילו היא הגורמת לעיוותים הנובעים מחיי החברה שסטו מדרך התורה"[15].

אפילו במישור הנורמטיבי, הבסיסי ביותר, נוצר פער בין הדיין לציבור. הפער הוא כפול: פער שאינו ניתן לגישור, בין המרות של ציבור הדיינים כלפי הדין, מצד אחד, ובין מרותו של הדיין כלפי הציבור, מצד שני. הדיין רואה את מרותו כמתחייבת מדין תורה ונובעת ממנו, וממנו בלבד. אולם הדיינים המשמשים בבתי־הדין הרבניים בישראל הם בעלי אוטוריטה מכוח המשפט החילוני, שאין הם מכירים בו. בעיני ציבור היעד החילוני שלהם האוטוריטה הדתית, שרק היא נחשבת אצל הדיינים, אינה מוכרת כלל. מרותו של הדיין נובעת בעיני רוב הציבור מחוקיה של הכנסת.

פער כפול זה יוצר מבוי סתום במערכת היחסים הנורמטיבית שבין הדיין לקהל היעד. כפיית שיפוט רבני ודין דתי על ציבור שהתנהגותו, מערכת ערכיו ותפיסת עולמו, ברובם הגדול, אינם נחשבים לגיטימיים מצד הדין המחייב אותו הציבור — כפי שהוא מיושם

14. ביטוי קיצוני של עמדה זו נתן הרב ח' פרדס, אב"ד בבית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, במסגרת ראיון לבטאון **כותרת ראשית** מיום 23/10/85. הרב פרדס מתייחס לציבור היעד שהוא דן אותו כך: "אין כל מכנה משותף בינך לביני. הגשרים שרופים. אני ואת עומדים על שתי פלנטות אחרות, ואין צורך לטייח". יחס כזה אינו מניח שום אפשרות של התייחסות למציאות או התחשבות כלשהי במי שאינו נאמן לתורה.

15. הרב ש' ישראלי "על כפייה ורצון בגט" **הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל־פה** (תשל"א) לב, לח. על תופעה זו ראה גם בספרו של ז' פלק, **לעיל** הערה 11א, בע' 80.

על ידי הדיין — היא פרדוכס שקשה להשלים עמו. הציבור חש, כי בתי־הדין מבקשים לאחוז את החבל בשני קצותיו: תֶּבֶן (דינים רלבנטיים) אין נותנים לקהל היעד ולְבֵנים (חובת ציות) אומרים לו, עשֵׂה. במצב כזה נדחף רוב הציבור לשוליים שמקננים בהם ציניות, ייאוש ותפיסה מסולפת הן של הדת היהודית והן של המשפט הישראלי.

"הדבר החשוב ביותר שיש לשופט הוא אמון הציבור בו, כלומר, תחושת הציבור שהשופט עושה צדק על־פי משפט. באין לציבור אמון בו, לא יכול השופט לשפוט"[16].

"כמו השופט גם הדיין צריך להבטיח בפעולתו את אמון הציבור בשיפוטו. ציבור זה אינו רק הציבור הדתי. הדיין דן את העם כולו"[17].

בקרב הציבור רווחת הכרה, שהדיין מרוחק מעולמו ומבעיותיו, ותחושה כי לא נעשה די כדי לפתור בעיות אנושיות ראשוניות באופין ובסוגן וראשונות במעלה בחשיבותן ואלה — טורדות את מנוחתו[18]. ניתן לשער כי הכרה כזו ותחושות כאלה יחד עם הפער הנורמטיבי, החברתי, התרבותי והאידיאלוגי בין רוב הציבור המתדיין לפני בית־הדין לבין הדיינים אינם תורמים לאמון הציבור בדיין.

התוצאה היא מעגל קסמים. מחד גיסא, אין הדיין יכול להטיל לא את מרותו הדתית ואף לא את כוח השפעתו האוטוריטטיבית על ציבור המתדיינים. מאידך גיסא, אין הדיין מגלה הבנה למצוקותיו ולבעיותיו של ציבור היעד — ולעיתים אף לא השלמה עם המציאות הרווחת — ואלה, קוראות להיענות ומחייבות פתרון.

4) בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות

§154. נוצר נתק בין ציבור היעד, שעליו נאכפת ההלכה, ושהוא חילוני ברובו, לבין ציבור ההתייחסות, שהוא הציבור הדתי, הקטן יותר. במסגרת הציבור הדתי מקבל הפוסק את חינוכו, את עולם המושגים שלו ובעיקר — את הלגיטימציה לפסיקותיו. לעיתים, במיוחד לצורך הלגיטימציה, ציבור ההתייחסות מצומצם עוד יותר והוא הפלג החרדי. הרבנים והדיינים אינם צומחים מתוך החברה שהם עתידים לשרתה:

"הם פרי קבוצות המשנה, השרויות באווירת התת־תרבות המסויגת כלפי החברה הישראלית בכללה... אם אין הם מובלעים בעולם זה לפחות הופך הוא להם לקבוצת התייחסות בייחוד אם השירות הדתי הופך להיות מקצועם והם ממלאים תפקיד של רבנים, דיינים וכדומה..."[19].

הנתק הסוציולוגי בין רוב תופסי התורה לחלק הארי של הציבור מתבטא במישורים שונים: בחינוך, במנטליות, במערכת המושגים, בקביעת סדרי עדיפויות, בתפיסת המציאות, בהערכת

16. א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) 291־292.
17. בג"צ 732/84 **צבן נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מ (4) 141, 152ב.
18. י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" **דיני ישראל** ז (תשל"ו) רה, רי.
19. ראה י' כץ "אופיה היהודי של מדינת ישראל" בקובץ **לאומיות יהודית, מסות ומחקרים** (תשמ"ג) 93.

המצב ההיסטורי, בתפיסת המדינה, בהבנת הסיטואציה של היהודי במסגרת המדינה והעולם של ימינו, וכיו"ב. כתוצאה מכך, מתקבל חוסר "מגע מספיק של בעל (ההלכה) עם אלה אשר נשענים או מבקשים להישען על הוראתו"[20], ונוצר פער שכמעט בלתי אפשרי לגשר עליו[21].

חלק ממורי ההלכה יוצאים מתוך הנחה, המשמשת להם עיקרון של פסיקה, כי היהדות הדתית, הנאמנה לתורה, היא לא רק ציבור ההתייחסות אלא, כביכול, ציבור היעד הבלעדי הלגיטימי, שאליו צריכה להיות מכוונת הפסיקה התורנית. זו, למשל, העמדה המובעת באחת מתשובותיו של הרב משה פיינשטיין[22].

בתשובה אחרת מתייחס הרב לשלטונות הישראלים כהנהגה,

> "שהיא בעו"ה (בעוונותינו הרבים) אצל כופרים ומומרים ואין מתחשבים עם דעותינו כלום... ואין אנו אחראין עליהם..."[23].

משום כך, הטענה, כאילו התייחסות הלכתית מסוימת תביא ציבור חילוני לידי מכשול הלכתי, אין לה בעיניו שום משקל הלכתי ואין היא חלק מן האינטרסים, שעל הפוסק להביא בחשבון במסגרת פסיקתו. ראוי לציין, כי אין קשר מוכרח בין עמדה זו לחומרות הלכתיות במישורים אחרים. אין עמדה זו נובעת מגישה הלכתית המחמירה בכול. אדרבא, באותה תשובה עצמה מתייחס הרב פיינשטיין בדרך מקילה דווקא לאפשרות מינויה של אשה שומרת תורה ומצוות למשגיחה על כשרות[24]. מרכז הכובד של ההבחנה בין חומרה לקולה בהקשרים אלה הוא, איפוא, במידת המחויבות והאחריות של הפוסק כלפי שומרי התורה, לעומת הכופרים.

§155. עם זאת, המציאות הישראלית מלמדת כי הנתק, הנוצר בין הציבור לאנשי ההלכה, אינו גורר אחריו מסקנות מרחיקות לכת:

> "סובלנותה של החברה הישראלית החילונית, כביכול, כלפי שרידי החברה המסורתית מתגלית כמרחיקת לכת יותר משהיתה נראית במבט ראשון... היא נכונה לקבל מידיהם את סיפוק צרכיהם הדתיים מבלי לעמוד על הדרישה לסגל את אופן סיפוק הצרכים לתפיסתם של בעלי הצרכים"[25].

גישה זו, שניתן לה כאן ביטוי, עשויה להשתנות באופן הדרגתי. רמזים לכך נמצא לאחרונה בפסיקתו של בית־המשפט העליון. הדברים אמורים, למשל, בפסקי־הדין באשר למינוי נשים

20. י' כץ, "הדת ככוח מאחד או מפריד", לעיל הערה 8, בע' 134־135.
21. על נתק זה לא רק בין תופסי התורה לציבור החילוני, אלא אפילו בין לומדי התורה לחלק ניכר של הציבור הדתי ומשמעותו, ראה א' גולדמן, לעיל הערה 6, בע' 27־28, בקובץ המקורות בע' 48־49. המחבר סבור, כי אצל רוב אנשי ההלכה של הדור המציאות נתפסת בכלים, שהתאימו לתחום המושב הרוסי לפני 70 שנה.
22. ראה שו"ת אגרות משה, אבה"ע, חלק ראשון, סימן עה, בע' קעז: "וגם כל דבר שמתירין בשביל תקנת עגונות מסתבר שהוא בשומרי תורה".
23. ראה שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק שני, סימן מה.
24. לעיל הערה 23.
25. ראה י' כץ "אופיה היהודי של מדינת ישראל", לעיל הערה 19, בע' 93.

במועצות דתיות[26] ולמינוי נשים בגוף הבוחר רבנים[27]. בהקשר מרחיק לכת עוד יותר, התערב לאחרונה בית־המשפט הגבוה לצדק אפילו בשאלות הנוגעות לענייני כשרות[28].

5) שניות בין החוקי ללגיטימי

§156. מתח בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות הופך לניכור כאשר מקבילה לו, אצל חלק הארי של ציבור היעד, שניות בין החוקי (נורמות דתיות) לבין הלגיטימי (נורמות חברתיות, מתירניות יחסית).

> "המשפט מניח שהחברה אוהדת את הערכים שהוא מציב לפניו ובוטח בכוחן של הסנקציות שלו"[29].

על רקע הפערים האידיאולוגיים, החברתיים והמוסדיים בין הציבור החילוני למערכת המוסדית הדתית ולנורמות ההלכתיות — קשה לצפות להרמוניזציה בין דין הספר לדין החיים. אותה מידה של השלמה עם המציאות המשפטית, הקיימת בחלקים נרחבים של הציבור, אינה הופכת את הזר והמנוכר לקרוב יותר.

כאשר הנורמות המחייבות את הציבור הישראלי החילוני הנן חלק בלתי נפרד מן הדין הדתי, אין להניח קיומה של זהות בין הנורמות החברתיות לבין הנורמות המשפטיות[30]. מאליו מובן, כי ככל שההתנהגות החברתית בפועל ומידת הלגיטימציה של התנהגות זו מושפעות פחות ופחות מן הנורמות הקבועות בשיטה המשפטית, וככל שההתנהגות והלגיטימציה לָהּ מתרחקות מן ההיתרים ומן האיסורים שבדין הקיים, השפעתו של דין זה על ענייני המשפחה הולכת ונחלשת, הולכת ומתמעטת[31] עד שהיא עשויה להיעלם כמעט כליל. במקרים אלה, עלול להיתפס מקומן של הנורמות הקבועות עלי ספר על ידי תת־נורמות, אשר חלק ניכר מבני הציבור ינהג על־פיהן[32].

בישראל, חלק ניכר מן האיסורים בדין הדתי נדחה חברתית ומותר מוסרית בעיני ציבור היעד החילוני. האושר האישי, אשר הוקרב בקהילה המסורתית למען השלמות החברתית

26. ראה בג"צ 153/87 **שקדיאל נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221.

27. בג"צ 953/87 **פורז נ. ראש עיריית תל־אביב**, פ"ד מב (2) 309.

28. ראה בג"צ 465/89 **רסקין נ. המועצה הדתית ירושלים** (טרם פורסם). במקרה זה נאסר על המועצה הדתית בירושלים להתנות תעודת הכשר בדרישות החורגות מהקפדה על כשרות המזון עצמו. ראה עוד בג"צ 44/86 **ענף האיטליזים של מחוז ירושלים נ. מועצת הרבנות הראשית**, פ"ד מ (4) 1 (במקרה זה הנכונות העקרונית של ההתערבות בענייני כשרות לא יצאה מן הכוח אל הפועל). ראה גם בג"צ 195/64 **החברה הדרומית בע"מ ו'מרבק' בע"מ נ. מועצת הרבנות הראשית**, פ"ד יח (2) 324. על התערבות בדבר הלכה ראה גם בג"צ 359/66 **גיתיה נ. הרבנות הראשית והמועצה הדתית, ירושלים** פ"ד כב (1) 290.

29. ראה ג' טדסקי "משבר המשפחה וחסידי המסורת" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** (תשכ"ד) 282, 314.

30. על משמעות הפיצול בין החוקי ללגיטימי, ראה M. Rheinstein, **supra** note 9, at 247 et seq. על התפיסה שהחוק משקף נורמות וסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם, כבסיס לתורה הדמוקרטית, ראה השופט ש' אגרנט בבג"צ 58/68 **שליט נ. שר הפנים**, פ"ד כג (2) 477, 602.

31. M.A. Glendon, **supra** note 9, at 328-329.

32. M. Rheinstein, **supra** note 9, at 29, 31, 45-46, 49, 247 et seq, 311, 313, 406.

ונחשב שני או שלישי במעלה, עומד כיום בראש סולם העדיפויות של האדם המודרני[33]. לא ייפלא, כי בעקבות כל אלה גדל הפער בין היקף תחולת ההלכה לעומת הציות לה בפועל בציבור[34].

6) תפקוד מערכת בתי־הדין

§157. בציבור עולות מדי פעם בפעם תלונות קשות על תפקודו של בית־הדין הרבני באיזורים השונים, ובהרכבים השונים[35]. התלונות נוגעות למישורים שונים של התייחסות, החל במישור המנהלי וכלה באופן יישום הדין המהותי. בין היתר מתייחסות התלונות לנושאים הבאים[36]:

א) **מבנה השירות** הניתן לציבור ואופן השירות ברובד המנהלי.

ב) גישה המקלה ראש **בסדרי־הדין הרבניים** עד כדי זלזול מוחלט והתנערות כוללת מסדרי־דין.

בחלק מן העניין נעוצה האשמה בדיינים, המתעלמים מסדרי־הדין הקיימים. אצל בעלי הדין ופרקליטיהם מתקבל הרושם, כי בהעדר סדרי־דין מתוקנים השיטה הרווחת בהרכבים שונים של בתי־דין היא זו של 'תפוס כפי יכולתך'. הגבולות של המותר והאסור מבחינה פרוצדורלית מטושטשים. התוצאה העלולה לנבוע מכך היא עיוות הדין.

חלק אחר מן האשמה תלוי בקולר המערכת בכללותה. המערכת משלימה עם קיומם של חללים ריקים רבים בסדרי־הדין, בלי שנעשים צעדים של ממש לתיקונם.

בעיות בסדרי־הדין עשויות לבוא לידי ביטוי בעניינים פעוטים, כביכול, כגון סדרי פתיחת תיקים ואופן דחיית מועדי דיון. הן עשויות להתגלגל לבעיות של העדר כתבי בי־דין מסודרים, הימנעות מקביעת חובה למילוי טפסים מסוימים (כגון בתביעות מזונות) והעדר חובה עקרונית וכללית לגילוי מסמכים. הימצאותן של חובות אלה היתה עשויה לתרום לגיבוש הפלוגתאות, למהירות הדיון וליעילותו. בעיקר היו אמצעים אלה מקלים על אפשרות גילוי האמת. ליקויים בסדרי־הדין עלולים להתבטא גם בנושאים כבדי משקל במיוחד, כגון הוצאה סיטונית של צווים כבדי משקל במעמד צד אחד, לעיתים ללא ביסוס מספיק, ולעומת זאת — קושי עצום בביטולם של צווים כאלה, משהוצאו[37].

ג) **דרך הנהלת הדיונים** על ידי בית־הדין, אופן המצאת ראיות וסדרי קבלתן.

33. M. Rheinstein, **Supra** note 9, at 467; W. Friedmann, **Law in a Changing Society** (1964) 174; M.A. Glendon, "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies" 23 **Am. J. of Com. L.** (1975) 1, 24.

34. י' אנגלרד "היחס בין ההלכה למדינה" **מולד** (תשכ"ה) 702, 711.

35. על תדמית מערכת השיפוט הרבנית בעיני הציבור, ראה י' כהן, לעיל הערה 18, בע' רי.

36. בעניין זה ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 11א, בע' 19 — 36. ראה גם בספרו של ז' פלק, לעיל הערה 11א.

37. ביקורת קשה מפי בית־המשפט הגבוה לצדק על תופעה כזו באחד מבתי־הדין הרבניים, ראה בג"צ 473/85 **פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי בפתח־תקווה**, פ"ד לט (4) 558.

ד) **חוסר יעילות הדיונים**, סחבת בדיונים ובעיות באכיפת התוצאות.

ה) **גישת הדיינים לתפקידם השיפוטי ותפיסתם את החובה השיפוטית** המוטלת עליהם. עניין זה מתבטא בין היתר ביחסם של הדיינים להופעה לעבודה ולשעות העבודה של הדיינים. כתוצאה מיחס זה נוצר מצב לא בלתי שכיח, שחלק מן ההרכבים חסר ולא ניתן לקיים דיונים תקפים.
תופעה מקובלת שנתקלים בה הצדדים היא הימנעות בית־הדין מהכרעות והפניית הצדדים למשא־ומתן תוך החזרת התיק למזכירות בית־הדין. באופן זה נשאר התיק כשהוא תלוי ועומד ללא הכרעה, מצד אחד, אולם תוך שלילת האפשרות להיזקק לערכאה אחרת, מצד שני. תופעה אחרת — חלק הארי של פסקי־הדין נעדר הנמקה. לא נעדרות גם תופעות של סירוב לדון בתיקים מסוימים או בסוג מסוים של עניינים, או לתת סוג מסוים של החלטות והרצת הצדדים או מי מהם, לשם מציאת הרכב של בית־דין שיהא מוכן לדון בעניינם.

ו) **מאבק סמכויות** עם בתי־המשפט על גבם של המתדיינים. המאבק מתבטא, בין השאר, בסוג הצווים המוצאים על ידי בתי־הדין, ובסירוב להמשיך בהליכים מסוימים כל עוד החלטה של בית־המשפט נשארת על פנה.

ז) **עיסוקם של חלק מן הדיינים בעניינים הנחשבים כפוליטיים** והזיקה שבין מערכות פוליטיות לבין ערכאת השיפוט הדתית יוצרות עירוב תחומין, הפוגע בתדמית בית־הדין ובאמון שהציבור רוחש למערכת השיפוט ולדייניה[38].

ח) **יחסם של הדיינים אל מערכת השיפוט האזרחית** בישראל אינו עולה בקנה אחד עם המקובל. רוב הדיינים בבתי־הדין הרבניים רואים בבתי־המשפט 'ערכאות' — על כל המשתמע מכך — מבחינת הפניית הצדדים לבתי־המשפט, היחס לפסקי־הדין האזרחיים וכיוצא באלה[39].

ט) **יחסם של הדיינים אל החקיקה הישראלית** אינו עולה בקנה אחד עם המקובל. רוב דייני בתי־הדין הרבניים ככולם מתעלמים כליל מהוראות חוק המחייבות את בית־הדין[40].

י) **יחסם של חלק מן הדיינים אל ערכאת הערעור הרבנית** הקבועה בחקיקה הישראלית אינו עולה בקנה אחד עם המקובל. לעיתים, קיים סירוב מצד בית־הדין הרבני האיזורי לבצע את החלטת בית־הדין הגדול לערעורים בתיק המוחזר לבית־הדין האיזורי לשם ביצוע הוראות בית־הדין הרבני הגדול לערעורים[41].

38. ראה הלכת צבן, לעיל הערה 17.

39. על עניין זה, ראה להלן פסקה 162 סמוך להערות 4 — 6.

40. בסוגייה זו, ראה ד"נ 10/69 **בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל**, פ"ד כה (1) 7, 15: "המציאות היא שחוקי הכנסת וההלכות שנפסקו בבתי־המשפט לפירושם ולביצועם, הרי הם בבל ייראה ובבל יימצא בפסקיהם של בתי־הדין הרבניים"; ד"נ 23/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כד (1) 792, 809-810. כן ראה י' כהן, לעיל הערה 18, בע' רי; א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 136 ה"ש 47.

41. בסוגייה זו ראה להלן פסקה 272. היה זה בג"צ, אשר כפה על בית־דין איזורי לציית לפסק־דין של בית־הדין הרבני הגדול, ראה בג"צ 35/72 **קליר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד כו (1) 757; ע"א 682/81 **פריד נ. פריד**, פ"ד לו (2) 695 (החלטת בית־דין איזורי הסותרת את קביעת בית־הדין הרבני הגדול לערעורים בטלה על פניה).

יא) **העדפת טיעונים דתיים ועניינים דתיים** גם במקום שחובה על בית־הדין לשקול מערכות כוללות של עובדות, ממצאים ושיקולים, כגון בעניינים הקשורים לטובת הילד, ובהם תביעות למשמורת קטינים ולחינוכם[42].

סוף דבר

§158. השילוב בין אמונה דתית, לבין קבלת מרות דתית, הרמוניה חברתית וסנקציות משפטיות מניב פרי בתוצאות משפטיות כאלה, שרוב הציבור יכול להשלים עמן ולבוא על סיפוקו. כל הגורמים האלה יחד פועלים ככלים שלובים המזינים האחד את השני. במערכת משולבת כזו, גם סנקציות משפטיות רכות יותר עשויות לענות לצרכים החברתיים ולמצוקות האישיים. רכותן של הסנקציות מקבלת גיבוי ומתחזקת באמצעים חברתיים ודתיים, אשר נועדו להשגת התוצאה הרצויה.

במערכת חברתית ונורמטיבית שחסרים בה שלושת המרכיבים הראשונים, נותרת הסנקציה המשפטית לבדה להתמודד עם התוצאה המשפטית. סנקציה משפטית, שלא היה די בה אף בדורות קודמים להשיג את המטרה החברתית הרצויה, לא תצלח למשימות דורנו על אחת כמה וכמה. אולם, תופסי התורה אינם מוכנים בדרך כלל להעז ולחרוג מעבר למסגרות ההלכתיות שנסללו כליל כבר בעבר.

המציאות המשפטית הקיימת היא קשה ביותר. קשה לראות מתי היתה קשה ממנה. בדורות של הרמוניה חברתית והשלמה דתית — פועלים מורי ההוראה לסגירת הפערים מתוך הבנה למצוקות הציבור ומתוך תחושה של שותפות אידיאולוגית. ואז, כשהכוונה לא יוצאת לפועל, מתקבל הדבר בהבנה על ידי בני הקהילה. ואילו בדור פרוץ, רואה הדיין את מצוקת הציבור החילוני כמצויה מחוץ לטווח אחריותו; מורי ההוראה נמנעים מלסגור את הפער בין הדין למציאות מחשש שיבולע להם ולדין המחייב אותם; הציבור, מצִדו, אינו מוכן להשלים עם המחדלים וגם לא לקבל את המעט שנעשה.

חלק הארי של הציבור יוצא, איפוא, קירח מכאן ומכאן. השכינה אינה שׂורה על נישואיו, מצד אחד, ואין הדין מגן על ערכיו, מצד שני. החברה החילונית נשארת ללא פתרונות משביעי־רצון. גם הדין הדתי אינו יוצא נשכר. שכן, הכסות החיצונית של הדין, כפיית תוצאות משפטיות בלבד, היא קומץ שאין בו כדי להשביע את הדין הדתי. לא זו בלבד שאין 'תועלת' דתית, אלא בד בבד נגרמות תקלות דתיות חמורות וגם נפגע דימויה של הדת. תמונת מצב כזו מאפיינת אכיפת נורמות דתיות בחברה חילונית, במיוחד בתחום דיני המשפחה.

42. בסוגייה זו, ראה לעיל פסקאות 69, 82.

פרק שישי

הפער בין נורמה דתית למציאות: בעיות של תפקוד נורמטיבי

כללי

§159. הפער בין הדין לחברה, ובין נושאי ההלכה לציבור, גורר אחריו בהכרח בעיות של תפקוד נורמטיבי. מכאן בעיות התפקוד של דין דתי במציאות חילונית. גם הפער בין עולם המושגים, הלקוח מתוך הדין העברי ותורת המשפט שלו, לבין עולם המושגים החילוני ותורת המשפט הכללי עלול, לעיתים קרובות, לגרור אי הבנה בסיסית. כאשר מבקשים להקיש משיטה אחת לאחרת, שרויים במלכוד שכמעט איננו ניתן להתרה. זהו אחד משורשי הקונפליקט בהיתקלותה של ההלכה במציאות החילונית. כאשר המערכת האזרחית היא המעניקה את הכוח הנורמטיבי הכפוי לדין הדתי — נוצר קֶצר קשה מאד לגישור, שלא לדבר על התאמה. לא מדובר רק בדימוי בעייתי, אלא על אפשרות תפקוד הדין הדתי במציאות החילונית.

הבעיות במישור זה הן עקרוניות. הן נוגעות, בין היתר, לכמה עניינים. האחד, התנגשות בין הדין הדתי והחלטותיהן של ערכאות דתיות לבין עקרונות יסוד של השיטה המשפטית הישראלית. השני, מידת המעורבות הלגיטימית של המחוקק ושל בית־המשפט בדינים דתיים ובהחלטות של ערכאות דתיות מוסמכות.

יתר על כן, בפער, שבין הנורמטיבי מבחינה חברתית לבין המוסדר והחוקי מבחינה משפטית, מנצלים צדדים את הוראות הדין הדתי — שמטרתן הסדרת ענייניה של חברה שומרת מצוות — להשגת יתרונות לעצמם, תוך ניצול ציני של כלים דתיים למטרות שהן שונות, ובמקרים מסוימים אפילו הפוכות, מאלה שנועדו להן במקורם.

1) ניצול לרעה של הדין הדתי

§160. התעלמות ממציאות נתונה על ידי מתן גושפנקא לציבור לשימוש בטענות דתיות בחברה חילונית ובמדינה דמוקרטית, כמפטירין כדאשתקד, יש בה השגת תוצאות הפוכות

מן הבחינה הדתית העניינית. מצב כזה, יש בו משום מתן הכשר להתחמקות מאחריות. הוא בבחינת פִּרצה הקוראת לאחד מבני הזוג להשיג יתרונות שאינם מגיעים לו תוך שימוש ציני בכללי ההלכה ותוך ניצול הדת לדעה, שלא מטעמה ושלא למטרותיה. יש בו גם משום מתן פרס לחוטא. החטא של עשיית שימוש לרעה בכללי הדין לפתח רובץ.

כך, למשל, השימוש במוסדות הלכתיים, כגון גזל ושלום בית וכיו"ב, הופכים את הציבור החילוני, העושה שימוש לגיטימי, כביכול, בכלים שההלכה מעמידה לרשותו לנָבל ברשות התורה[1]. המסגרת שבה נעשה שימוש כזה שונה לגמרי מזו שההלכה התכוונה אליה. עניינים שבקדושה הופכים להיות כלי שרת בידיו של צד, לתועלתו. יישום ההלכה פוגע בערכיה היא, ומאפשר את ניצולה לרעה שלא בטובתה. הפרדוכס מוטמע בסיטואציה המיוחדת.

הדגמה ופירוט של הדברים ימחישו את המלכוד שבמציאות החברתית והמשפטית.

§161. ראינו כיצד בתוֹאנת שלום בית עשוי בן זוג אחד לבקש סעדים שונים מבית־הדין. כך ניתן לתבוע את ביטולה, עיכובה או דחייתה של תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין, שהוגשה על ידי האחר[2]. כוחה של טענת שלום בית, הנטענת לפני בית־הדין הרבני, עשוי לעמוד כנגד חובת הביצוע של הסדרים ממוניים ורכושיים, הכלולים בהסכם גירושין חתום ומאושר כדין[3]. בעת האחרונה נוצרה פרקטיקה של שימוש במוסד שלום הבית גם לשם השגת צו, המֵצר את חירות היחיד[4].

תביעות שלום בית, רובן ככולן, משמשות כסות עיניים לצעדים טקטיים של בן הזוג התובע. המטרה האמיתית של השימוש במוסד זה אצל רוב המתדיינים בזמננו, השגת תנאי גירושין נוחים יותר. בחלק מן המקרים משמשת הטענה אמצעי להימנע מן ההתחייבויות שנטל על עצמו הטוען. רוב פסקי־הדין לשלום בית, המוצאים בישראל של ימינו הם אנכרוניסטיים ומזיקים. מצד אחד, בהעדר מרות דתית ולגיטימציה חברתית אין בכוח צו שיפוטי להחזיר את השלום האבוד למשפחה. לא ניתן להשרות בכפייה את השכינה בתוך משפחה, שבה לא היתה היא אורחת מופרת ורצויה מלכתחילה. מצד שני, השימוש במוסד זה פוגע בבן הזוג הנתבע. אולם התובע אינו משיג את התוצאה המקורית, שלשמה נעשה השימוש במוסד זה. בכך תורם השימוש במוסד שלום בית להגברת תחושת הסחטנות וליצירת מתח מיותר. טענת שלום בית, הנטענת בבית־הדין, עשויה להיות מקלטו של ה'נבל'[5].

§162. דוגמא טובה אחרת היא מושג הגזל. הטענה מיועדת לשלול מן הצד שכנגד הישגים ממשים, כגון מזונות, ממון או רכוש, שזכה בהם כדין בבית־המשפט המחוזי.

1. ראה הרמב"ן, ספר ויקרא (פרשת קדושים), יט ב.
2. ראה לעיל פסקה 86.
3. ראה לעיל פסקה 85.
4. ראה לעיל פסקה 89.
5. על סוגייה זו בהרחבה ובפירוט, ראה לעיל פסקאות 96-97.

הטענה מתבססת על אחד משני הראשים השלובים זה בזה. האחד, הקיצוני יותר, יסודו באיסור הפנייה לערכאות השיפוט האזרחיות מדין 'ערכאות'[6]. פוסקים רבים רואים את ההתדיינות לפני בתי־המשפט האזרחיים במדינת ישראל כהתדיינות לפני 'ערכאות'[7]. על־פי פסיקה זו, אכיפת פסק־דין אזרחי, המזכה את אחד הצדדים בממון או ברכוש היא בבחינת גזל[8]. דייני בתי־הדין הרבניים, רובם ככולם, מאמצים פסיקה זו[9]. אין הם שועים לגישות הלכתיות אפשריות אחרות[10]. האחר, המתון יותר, מושתת על אי ההכרה בזכויות שצמחו בחיקו של דין אזרחי, שלא בהתאם לדין תורה. מה שהוא זכות בבית־המשפט האזרחי, עלול להיחשב בעיני בית־דין רבני כגזל בידיו של הזוכה בתביעה בבית־המשפט. לעיתים זוכה טענת 'גזל' לאוזן קשבת אצל הדיינים. בית־הדין עשוי לכפות בן זוג לוותר על הישגיו כתנאי להמשך הדיון בתביעת הגירושין, הנמצאת בסמכותו הייחודית.

בדרך כלל נשמעת טענת הגזל מפי מתדיין, המכיר בלגיטימציה של התדיינות בערכאות אזרחיות. טענה כזו בפי סוג זה של מתדיינים היא ניצול ציני של טענה דתית, לתועלתו של הטוען. המתדיין עושה שימוש לרעה בהלכה בניגוד למטרה שהיא חותרת אליה. היענות בית־הדין לטענה זו מסייעת בידו של ה'נבל' ברשות התורה. היא עושה את הדין הדתי פלסתר בעיני המתדיינים.

קבלת טענה כזו במציאות הישראלית גוררת אחריה תוצאות קשות. זכויותיו של המתדיין האחר נפגעות שלא כדין. הליכים ארוכים ומייגעים היו כלא היו. אנרגיה של זמן ומשאבים אנושיים וכספיים מתבזבזים לשווא — והפתרון המיוחל של הסדר בין בני הזוג מתרחק. נכונות בית־הדין לקבל טענה כזו משדרת מסר שלילי לגבי כוחה של השיטה להביא להסכמה בין בני הזוג. מסר כזה מעודד סחטנות, והוא פועל להחלשת כוח המיקוח של הצד החלש

6. על האיסור המקורי בהלכה, ראה רמב"ם, סנהדרין, כו ז; טור, חו"מ, א; שו"ע, חו"מ, כו א; כן ראה מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 13 — 18 והמקורות המובאים שם.

7. ראה פסיקתו של ה'חזון איש', סנהדרין, סימן טו אות ד: "ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על־פי חוקים בדויים. ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה, אין בהסכמתם ממש, ואם יכופו על זה, משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה". ראה עוד הרב י' א' הלוי הרצוג "גדרים בדין המלכות" התורה והמדינה ז־ח (תשט"ו — תשי"ז) ט, י'. לדעתו של מ' אלון, שם בע' 1607, אין הרב הרצוג מתכוון לפסוק כאילו דינו של בית־משפט אזרחי במדינת ישראל כדין 'ערכאות', אלא להצביע על החומרה והסכנה שבתופעה. כן ראה הרב י' סגל "על המשפט החילוני בארץ" התורה והמדינה ז־ח (תשט"ו — תשי"ז) עד, צא.

8. 'חזון איש', שם: "ואם יכופו על זה, משפטם גזלנותא ועושק".

9. תיק 2824/לח, פד"ר יא 259, 264־265. ש' מירון "מעמדם של בתי־הדין הרבניים בישראל על־פי ההלכה" הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושנים לתורה שבעל־פה (תשמ"א) צד, צז־צח. על עמדת הדיינים של בתי־הדין הרבניים בישראל, מעיד דיין בית־הדין הגדול לערעורים (לפנים, אב בית־הדין בבית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו), הרב ש' דיכובסקי, בהרצאה שנשא לפני עורכי־דין: "רוב הדיינים בבתי־הדין הרבניים בארץ מתייחסים לבתי־המשפט האזרחיים של המדינה כאל ערכאות". ראה ידיעות אחרונות, מיום 20/2/89, בע' 16.

10. ראה אצל מ' אלון, לעיל הערה 6, בע' 1605 — 1608; י' בלידשטיין "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" דיני ישראל יג־יד (תשמ"ח) כא, לד — מב.

יותר. הואיל ובדרך כלל בוחרת האשה את בית־המשפט האזרחי כמקום הדיון, מתוך אמונה כי בחירה כזו מיטיבה עמה, פוגעת עמדת בית־הדין, הנכון לקבל טענה כזו, בעיקר באשה. במקרים אלה משתלטת המטרה הזרה על הדין הדתי; אין משיגים לא את המטרה החילונית (הגשמה אישית ותיקון חופש הבחירה) ולא את המטרה הדתית (הרמוניה קהילתית ושלמות דתית). המתדיינים מנצלים לרעה את הנורמות המועמדות לרשותם תוך פגיעה במכלול האינטרסים המוגנים, הדתיים והחילוניים גם יחד.

§163. צד נפגע עשוי למצוא את תרופתו הפורמלית בבית־המשפט הגבוה לצדק. אין בית־הדין רשאי לבטל, הלכה או למעשה, ישירות או בעקיפין, זכות שצמחה כדין בחיקו של המשפט האזרחי. פסק־דינו של בית־המשפט המוסמך הוא נתון משפטי שבית־הדין חייב להתחשב בו.

אולם, למעשה, גם צו מוחלט של בג״צ לא יועיל לבעל הדין. בענייני סמכות, הכרוכים בעניינים ממוניים או רכושיים, יבוא עזרו של בעל הדין מחיוב ישיר כלפי הצד שכנגד, או מאכיפת החיובים באמצעות רשויות ההוצאה לפועל. גם בעניין הקשור לפעולה או מחדל מצד רשויות המדינה, או למניעת פעולות מצד בית־הדין, יהיה צו מוחלט שהוצא על ידי בג״צ ניתן לאכיפה. לעומת זאת, בעניין הקשור לפעולת בית־הדין בכל הנוגע לגט עצמו, והמופנה ישירות אליו, שונה המצב. ללא שיתוף פעולה מצד בית־הדין לא יועיל צו מוחלט של בג״צ. אמור מעתה, כי באמצעות השהיית פסק־הדין בנוגע לגט, או עיכוב ביצוע הגט, יכול בית־הדין לסכל בפועל את מימוש הזכויות או להפוך אותן לחסרות ערך.

יש הטוענים, כי קשה למנוע מְצדדים לעשות שימוש במושגים דתיים, המהווים חלק מן הדין החל, כדי להשיג יתרונות משפטיים. יש מי שיאמר כי ההכרח לא יגונה. רשאי כל צד לנצל את הדין לטובתו. במציאות משפטית של פיצול בדיין ובדין, אין מנוס מהשלמה עם תופעות מסוג זה. אם לא יועמדו לצדדים כלים משפטיים אלה, לא תהיה כל אפשרות לחיות עם שיטה, שהפער טבוע ביסוד החלתה על מציאות לא־הולמת. אין אנו שותפים לעמדות אלה.

2) אמצעים שאינם מכוונים לשעתם: פגיעה בתכלית הדין הדתי

§164. בישראל שלטת מציאות של חוסר שלמות חברתית בד בבד עם החלתן של הלכות, שהורתן ולידתן בעולם של שלמות חברתית יהודית, על חברה בעלת השקפת עולם שונה ואף סותרת. עקב כך נוצרות תקלות הלכתיות, שאין הפוסקים יכולים או רשאים להעלים מהן עין. העברת מושגים ומוסדות הלכתיים ממציאות אחת והשתלתם, במשמעותם הראשונית, על מציאות אחרת עלולה להוות חרב פיפיות, וזאת במספר מובנים.

בחברה משתנית מאבד חלק מן המוסדות הדתיים את המשמעות המסורתית. חלק מן הנורמות הדתיות כשהן מוחלות, במתכונתן המקורית וללא כל התאמה, על מסגרת חברתית שונה, עלולות לגרור אחריהן סטייה מן המטרות אשר עמדו בבסיס הנורמות. שימוש באמצעים מסורתיים, שאינם מכוונים לשעתם, עלול להביא דווקא לתוצאה הפוכה מזו שההלכה חותרת אליה למעשה.

הענקת משמעות מדומה לשמות שנתרוקנו מתוכנם יוצרת פער עמוק בין הנֶחזה לקיים. כתוצאה מכך נתפסת הדת כמעודדת צביעות, ניהליזם וציניזם, ואף כמתגמלת אותם. פסיקה, הבאה מתוך מציאות ותפיסת מציאות שונה, נראית אבסורדית באספקלריה אחרת. היא מעוררת לא רק תרעומת אלא גוררת אחריה, בעיני הציבור הרחב, גם תגובות של גיחוך ולעיתים אף של נלעגות[11]. זאת ועוד, דרישה נעלה, הממשיכה למשול אף כי אין שומרים על קיומה הלכה למעשה, נהפכת לפיקציה הגוררת אחריה ציניות[12].

§165. כך פסק בית־הדין הרבני, כי יהודי שאינו שומר את מצוות הדת, למשל, שמירת השבת — פסול לעדות[13]. בזמננו ובמקומותינו משתמעת מפסיקה כזו הכרזה, שלפיה רוב הציבור הישראלי, ציבור היעד, נמנה עם פסולי עדות. פסיקה שזו תוצאתה — יוצרת מציאות בלתי אפשרית. היא מקשה, הלכה למעשה, על כפיית נורמות דתיות על הציבור ופוגעת בניהול המשפטי התקין. לא בכדי זכתה עמדה זו לתגובה קשה של הציבור, שמצאה ביטוי גם בבית־המשפט הגבוה לצדק.

בשני מקרים, שנידונו לפני בג״צ, לא טרח בית־המשפט להסתיר את מורת־רוחו. הוא אף הסיק מסקנות משפטיות מרחיקות לכת, שיש בהן כדי לצמצם את שלטונו של הדין הדתי גם באותם עניינים המסורים לסמכותו הייחודית[14]. בשני מקרים אלה התבקש בית־הדין הרבני לאשר את תוקפם של קידושין פרטיים או, לחלופין, לקבוע את מעמד הצדדים. בית־הדין סירב לבקשה כשהוא ממקד את סירובו בספקות לגבי כשרות העדים וממילא — לגבי המעשה ותוקפו[15]. בג״צ דחה את גישתו של בית־הדין, התערב למעשה בפסיקת ההלכה על ידי בית־הדין הרבני, והפך את הצו על תנאי נגד בית־הדין לצו החלטי.

במיוחד קשה הביקורת על רִקעהּ של החלופה האפשרית. בפסיקה רבנית קודמת, בנושא זה, לקח בית־הדין בחשבון את חילוניותה של החברה, שיבץ נתון זה במסגרת הלכתית לגיטימית, התאים את הדין למציאות המיוחדת ונמנע מפסילה סיטונית של הציבור החילוני כעדים[16]:

> ״יש להתחשב עם עובדה שבזמן ובמקום שרבתה ופשוטה, בעוונותינו, החופשיות לרגלי סיבות וגורמים כלליים ועולמיים, אין עבירות מסוג זה עלולות לחתור תחת נאמנותם של העדים. במצב של הסתר פנים גדול כל כך כמעט שהם בבחינת שוגגים״[17].

11. ראה א׳ גולדמן ״ההלכה והמדינה״ (הוצאת הקיבוץ הדתי) בע׳ 28, נדפס בקובץ המקורות דת ומדינה בישראל (מ׳ סמט, עורך, תשל״ח) בע׳ 49.
12. צ׳ אדמנית ״מעמד האשה בהלכה ובחברתנו״ דעות מג (תשל״ג) 197, 202.
13. ראה ערעור 42/תשכ״ח, פד״ר ז 175.
14. ראה דברי השופט מ׳ לנדוי בבג״צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הגדול לערעורים, פ״ד כד (1) 704, 718. ביקורת על עמדת השופט לנדוי ראה בע׳ 727־728 של פסק־הדין, בחוות דעת המיעוט של השופט קיסטר; כן ראה בג״צ 29/71 קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו, פ״ד כו (1) 608, 611, 612, 613.
15. אם כי ראוי לציין כי טענות אלה שמשו, קרוב לוודאי, אמתלא לבית־הדין שלא להעניק את הסעד המבוקש תוך הימנעות מכניסה לדיון לגופו של עניין.
16. תיק 1/60/706, אוסף ורהפטיג קלב, קלז.
17. שם בעמ׳ קלז.

§166. דוגמא אחרת, קשה עוד יותר מן הבחינה הדתית. בחברה חילונית משיגה נוקשות בהתרת קשר הנישואין תוצאות חמורות מבחינה דתית דווקא. הדין הדתי מבקש לשמור על קדושת הנישואין אצל מי שאינו מכיר כלל במושג הקדושה. לשם השגת תוצאה מדומה משלם הדין הדתי במטבע קשה של ניאוף וריבוי של ממזרים[18]. תוצאה זו היא הקשה מכולן, מבחינתו של הדין הדתי. לשם מניעתה, מכוון חלק הארי של ההלכות.

הגישה המחמירה לכפיית גט, הננקטת על ידי בית־הדין הרבני מטעמים דתיים מובהקים ההולמים חברה דתית[19], אינה מתיישבת עם תפיסת הנישואין והגירושין, הרווחת אצל רוב בני הציבור והמיוסדת על ההגשמה האישית ועל הזכות לתיקון חופש הבחירה. הגישה המחמירה תורמת ליצירתם של 'מעוכבי גט', שחלקם הגדול אינו משלים לא עם הנורמה הדתית, לא עם השקפת העולם התומכת אותה, ולא עם התוצאה הנובעת ממנה.

התוצאה המשפטית החמורה מרוכּכת, לעיתים, על ידי שימוש בשגרת לשון המעוגנת בעולם האמונה הדתית, ומביעה תקוות דתיות כמו גם הזדהות עם החלש והפגוע ותמיכה בו[20]. תמיכה דתית ומוסרית כזו, עשויה להמתיק את גלולת התוצאה המשפטית הקשה לבני הקהילה הדתית. אמונה דתית, המוטלת על שאינם מאמינים, אין בכוחה לשרת את צורכי הציבור החילוני. אין היא מועילה לסגירת הפער בין הדין הדתי למציאות החברתית, ואין בה תרופה למצוקתו של הציבור.

ממילא מובן, כי התנהגותם של מעוכבי הגט אינה הולמת את הציפיות המובָנות בנורמות הדתית והמיועדות למנוע תקלות הלכתיות. הפער, הנוצר בין הדין לציבור ולמציאות חייו, גורר אחריו תקלות הלכתיות כפולות. ראשית, גם במקרים אלה מנוצל הדין הדתי לרעה על ידי המתדיינים לשם השגת יתרון לאחד הצדדים, שלא בטובת הדין הדתי ושלא לשמה של המטרה שהדין נועד לה. שנית, הניסיון למנוע תקלה הלכתית אחת גורר אחריו בפועל תקלות הלכתיות קשות יותר.

המתח בין דין הסֵפר לבין מציאות החיים מביא לידי כך, שהכללים המכוונים להשיג תוצאה מסוימת בחברה אחת משיגים תכלית הפוכה בחברה אחרת. כאשר משתילים הלכות בחברה, שאינה מכירה בלגיטימיות של הנורמות הדתיות ובאוטוריטה המולידה אותן, אין אפשרות להימלט מתוצאות קשות. התוצאה הקשה מבחינה דתית נובעת, איפוא, מן הקצר האידיאולוגי הנוצר בנתונים כאלה.

נוקשות ודווקנות בהחלת ההלכה, בעת פריצת גדר, עלולות להביא תוצאות קשות עוד יותר. הדינים כשהם מוחלים, במתכונתן המקורית וללא כל התאמה, על חברה חילונית, עלולים להביא להרחבת הפרצה ולאו דווקא להצרתה. המכשלות אותן מבקש ההסדר ההלכתי המקורי למנוע, במסגרת חברה שומרת מצוות, עלולות דווקא להתעצם בהעברה

18. ראה י' ליבוביץ, יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל (תשל"ה) 161, 190–191; מעניין לציין כי הרב כ' פ' טכורש "זכויות הנשים לאור התורה" התורה והמדינה ד (תשי"ב) צ, צט, מסמיך את סכנת הזימה לקשייה של האשה להשיג גט, אך מרחיק את עדותו לעמים אחרים: "אצל עמים אחרים קשה לאשה להשיג גט מבעלה, מה שגורם לעיתים קרובות לידי זימה".

19. ראה לעיל פסקה 119. על מגבלות התרת הנישואין בדין הדתי ועל מיעוט כפיות גט בישראל, ראה עוד לעיל פסקה 148 ולהלן פסקאות 220 — 223, 243 — 247, 513 — 520.

20. ראה לעיל פסקה 119 סמוך להערות 6, 15.

בלתי מתואמת של מוסדות דתיים והשתלתם במציאות שונה, ובחברה שאינה שומרת ברובה את המצוות.

§167. זאת ועוד, גם המטרה של הגנת האשה, שחלק מן הכללים שבדין הדתי חותרים אליה, אינה מושגת. החלת הדין בתנאי מציאות שוויונית, המקובלת על בני החברה ושהם נוהגים על־פיה, מסכלת את השגת המטרה האמורה. כך, למשל, בחברה שומרת מצוות, שמוסדותיה החברתיים, מערכות שלטונה וכלכלתה נשלטים בעיקרון על ידי הגברים, הנישואין הם זכות לאשה והגירושין הם לה חובה[21]. הלכות רבות נובעות מהנחות אלה ומשקפות אותן. ציבור חילוני בחברה בת־זמננו לא יוכל לקבל הלכות המתבססות על הנחות כאלה. יחסה של אשה לנישואין ולגירושין אינו אחיד, אלא מותנה בנסיבות כל מקרה ומקרה. הנישואין, כמו גם הגירושין, עשויים להיות או זכות או חובה — הכול לפי העניין.

ההשתקפות של הדין הדתי בעיני האוכלוסייה כמעודד סחטנות, כפוגע בצד החלש וממילא — כגורם עוול וכשולל צדק הוא מטבע קשה של ניכור מוחלט בין הציבור לדין הדתי, ובו משלם הדין הדתי על יישום דווקני של כללי ההלכה בחברה הישראלית בתקופתנו. שיקול זה חייב להילקח בחשבון בעת פסיקת הלכה לחברה נתונה בזמננו. אין הפוסק רשאי להתעלם לא מן המציאות החברתית שבתוכה הוא פועל ושאליה הוא מכוון את פסיקתו, ולא מן ההשפעה של הכרעתו ההלכתית על החברה. הפוסק חייב גם לקחת בחשבון את ההשלכה של פסיקתו על דימויה של הדת בכלל, ושל ההלכה, בפרט.

ניטול, כהמחשה, את סוגיית עיגון האשה. ציבור חילוני מתייחס לעיגון אשה לא רק כפגם חברתי, שאין לו, בעיניו, תמורה ערכית או תגמול חברתי מספקים, אלא גם כפגם מוסרי חמור. ההלכה מועמדת כיריבה למוסר. הציבור החילוני תולה באיסורים הדתיים מנה גדושה של הסבל הנגרם לו באותם תחומים, שבהם ההלכה היא דין נוהג בישראל[22].

§168. לסיכום, הקושי בהשגת גירושין כדי להגן על האשה, שהגט חובה הוא לה ואינו זכות; השימוש בשלום בית ואמצעי כפייה עקיפים להשגת תכלית זו; איסור הפנייה לערכאות בטענת גזל, ועוד — כל אלה הם אמצעים שהיו מכוונים למקום ולזמן מסוימים. אמצעים אלה מחייבים הרמוניה קהילתית, רמה גבוהה של אוטוריטטיביות, חלוקה היררכית של תפקידים בתוך המשפחה, תפקוד אחר של חברה ומשפחה, ושוני אידיאולוגי בתפיסת הנישואין ובמיקומם במערכת הערכים החברתית והדתית. האמצעים המשפטיים אינם מכוונים לזמננו ולצורכי ציבור היעד. נוצר קצר בין האמצעים לבין התכלית. לא ייפלא, איפוא, כי

21. ראה יבמות קיח ב. הגט אינו זכות לאשה אפילו במקום קטטה עם בעלה. על עניין זה בהרחבה, ראה להלן פסקה 202 הערות 27 — 29 והטכסט הסמוך להן.

22. ראה א׳ גולדמן ״דתיים וחילוניים בחברה הישראלית״ **ספר הציונות הדתית** (תשל״ח) 305, 314־315; ראה מנקודת מבט חילונית לוחמת ש׳ אלוני, **נשים כבני אדם** (1976); ביטוי לכך ניתן למצוא גם בדברי נשיא בית־המשפט העליון לשעבר, י׳ כהן ״שיפוט רבני ושיפוט חילוני״ **דיני ישראל** ז (תשל״ו) רה, רי, המעיד על תגובת הציבור החילוני לסבל הנוצר כתוצאה מאיסורים דתיים. בדבריו הוא גם נותן ביטוי לתחושה בקרב הציבור שלא נעשה די כדי לפתור בעיות במסגרת ההלכה.

במקרים רבים משיגים האמצעים המופעלים תכלית הפוכה מזו העומדת בתכלית המקורית ומזו — שלמענה הם היו מכוונים.
התכלית ההפוכה אמורה הן כלפי מה שהחברה הדתית והן כלפי מה שהחברה החילונית, כל אחת מצדה, מעונינות להשיג.

3) ניצול לרעה של התפיסה החילונית

§169. מן העבר האחר מצויה חברה חילונית, שאינה מכירה באלמנט האשמה והדוגלת בהתרת קשר הנישואין על בסיס קרע בלתי ניתן לתיקון בחיי הנישואין[23], ועם זאת היא מבקשת, לעיתים, למנוע גירושין אף שהם אפשריים במסגרת הדין הדתי. פרדוכס כזה עשוי להתרחש כאשר הטעם לגירושין, המונח ביסוד הדין הדתי, עומד בניגוד להשקפה החילונית. המשפט החילוני מעדיף לדחות את הדין הדתי אם כי במקרים אלה גישתו של דין זה — המקלה את אפשרות התרת קשר הנישואין — עולה בקנה אחד עם תפיסת העולם העקרונית של המשפט החילוני.
תופעה זו מאפיינת גם את המגמה להשוואת העילות להתרת קשר של נישואין אזרחיים — לעילות המצויות בדין הדתי[24]. התופעה האמורה חותרת תחת העקרונות החילוניים, שמכוחם נוצרה הסטייה שאפשרה את ההכרה בסטאטוס חילוני זה[25]. גם הביקורת, הבאה לעיתים לידי ביטוי אף בהתערבות שיפוטית חילונית, המלווה את הענקת היתרי הנישואין על ידי הרשויות הדתיות[26], היא בעייתית מאספקט זה. מצד אחד, הענקת היתרי נישואין ביד רחבה משרתת את התכלית של הקלה על התרת קשר הנישואין. מצד שני, מרחיבה הענקה מקלה של היתרי נישואין את ההבדל בין המינים, שכן אין אפשרות להעניק היתר נישואין לאשה. כתוצאה מהבדל זה קטן עוד יותר כוח המיקוח של האשה לעומת הבעל. בחירה בכל אחת מן החלופות יוצרת פער מסוג אחר. פערים כאלה טבועים במהותה של שיטה כפולה ומפוצלת.

23. ראה לעיל פסקה 117 סמוך להערה 2.
24. ראה על לבטי הפסיקה בעניין זה, ע"א 566/81 שמואל נ. שמואל, פ"ד לט (4) 399. דיון מפורט בסוגייה זו, ראה להלן פסקה 340.
25. ע"א 191/51 סקורניק נ. סקורניק, פ"ד ח 141.
26. בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 14.

פרק שביעי

דיני המשפחה כמערכת כפולה ומקבילה

§170. במהלך הדיון במאפייני שיטתנו המשפטית בדיני המשפחה יכולים היינו להיווכח בתופעה מרכזית אחת: מתקיימת בישראל מערכת כפולה ומקבילה של מערכות דינים, אזרחית־חילונית ודתית, וזו — מתייחסת לסוגיות שונות של דיני המשפחה במישור האזרחי־חילוני מזה, ובמישור הדתי מזה. בחלק מן העניינים המערכת מקבילה, דהיינו מתקיימת במקביל, בחלק מהם המערכת כפולה, כשהאחת דוחקת הצידה את האחרת לפי סדר קדימויות מסוים, ובחלק מן העניינים המערכת הדתית והחילונית משלימות זו את זו. האחריות האזרחית באה לידי ביטוי בחקיקה ובפסיקה גם יחד. פרקי הספר מפרטים בהרחבה את הסוגיות המוסדרות ואת אופן ההסדרים. במקום אחר ניסינו לסקור את ההיקף הרחב של המערכת האזרחית בתחום דיני המשפחה[1]. באופן בסיסי היא כוללת, בין היתר, סוגיות העוקפות את המכשולים שבדין הדתי והנותנות תשובה חלקית למצוקות שונות, המאפיינות את המציאות הישראלית; סוגיות שהוצאו מגדר ענייני המעמד האישי בשלמותן או בחלקן; סוגיות המוסדרות בשלמותן או בחלקן, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף, על ידי המערכת האזרחית; הכרה בסטאטוס אזרחי למטרות מסוימות; ועקרונות גג חילוניים, המולידים דרך פתרון מסוימת לבעיות קונפליקטואליות.

קיומה של מערכת כפולה כזו מטיל מעמסה כבדה של התאמת כללים משפטיים ממקורות שונים וסיגול המערכת האזרחית בתוך מבנה עקרוני של דינים דתיים. המערכת האזרחית מטילה גם אחריות אזרחית ישירה למשפט האזרחי ולערכאות השיפוט האזרחיות להסדרת דיני המשפחה וענייני המשפחה. בצד עול הקשיים והבעיות — הצצות חדשות לבקרים — המוטל על המערכת בעקבות מורכבות ההסדר הישראלי, מסמנת הכפילות במערכות אופק חדש של סיכויים. פתוחה האפשרות ליתר מעורבות אזרחית. וכן מסתמנים סיכויים לסגירת הפערים בשיטה המשפטית באמצעות המערכת האזרחית. הדרכים הפתוחות לפני המערכת האזרחית, ומידת הניצול של האמצעים העומדים לרשותה, נידונו בחלקם כבר בשער זה. השער השני יוקדש, בין היתר, למתן ביטוי נוסף לעמדתנו העקרונית בשאלה זו ולאופן יישומה האפשרי בסוגיות נבחרות.

1. א׳ רוזן־צבי ״על ספרו של פנחס שיפמן: ׳דיני המשפחה בישראל׳, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה״ משפטים טו (1985) 476.

פרק זה מהווה, איפוא, את הגשר בין השער הראשון הדן בפיצול הכפול, המנתח את תוצאותיו והמאפיין את תופעותיו, לבין השער השני, המעמיד במרכזו את סגירת הפערים המתחייבת בשיטתנו המשפטית. הפיצול הכפול, עם היותו אחד הגורמים המחייבים את סגירת הפערים בשיטה, הוא גם אחד האמצעים הננקטים לשם סגירתם. גם זה אחד מסימניה המיוחדים של שיטתנו המשפטית ומן הפרדוכסים הרבים המאפיינים אותה. המכה והתבלין הנברא לריפויה, לעיתים חד הם.

שער שני

דיני המשפחה בישראל בהתמודדות בין הדין למציאות



מבוא

§170א. השער הראשון בחן את תופעת הפיצול הכפול על תוצאותיו. בחלק האחרון של השער הראשון הצבענו על הפערים השונים בין הדין למציאות וכן על דפוסי הביקורת על המערכת בכללותה, על הדיינים, על בתי־הדין ועל יישום הדינים.

השער השני ייחד לבחינת דרכי ההתמודדות של המערכת המשפטית עם התופעה על גילויה השונים. הביקורת הקשה על המצב המשפטי הנתון, ועל הנתק בינו לבין המציאות החברתית וההשקפה האידיאולוגית, מחייבת את התייחסותה של המערכת המשפטית. החתירה להשלמה בין ההשקפה האידיאולוגית וההתנהגות הרווחת בציבור לבין הדין הנוהג — יוצרת תהליכים הדרגתיים של סגירת פערים ברמות שונות ובכיוונים שונים.

בחלק הראשון של שער זה נבחן תגובות מאפיינות של המערכת החברתית והשיפוטית. בחלק השני נציג את עקרונות ההתמודדות. בחלקים השלישי והרביעי — נעסוק בסגירת הפערים הפנימית (בתוך הדין הדתי פנימה) והחיצונית (במסגרת המערכת האזרחית). במסגרת זאת לא נסתפק בבחינת העקרונות, בניתוחם ובהדגמתם הלכה למעשה. נרחיב את הדיבור גם בבעיות הנלוות לסגירת הפערים ונציב את קווי הגבול.

חלק ראשון

הדרישות לסגירת הפער בין הדין למציאות

פרק ראשון

הביקורת ומטרותיה — כללי

§171. ביטויים נוקבים לתחושה קשה של נתק מצד אחד, של חוסר אונים מצד שני, ושל ציפיה לתזוזה — מצד שלישי, רווחים בציבור הישראלי הרחב.

קולות על קיומו של פער בין הדין הדתי ואופן יישומו על ידי הפוסקים ובבתי־הדין הרבניים לבין חלק ניכר של החברה הישראלית, נשמעים מפי שומרי מצוות ושאינם שומרי מצוות גם יחד. לא תמיד המניע הוא זהה. גם המטרה שאליה חותרת הביקורת אינה משותפת לכל המבקרים למיניהם.

יש מן המבקרים המבקשים לקרב את הפוסקים למציאות, להקל על מצוקות הדור, לתת ביטוי לחיותה של ההלכה ולכוחה להיענות למציאות המתחדשת ולמנוע את תחושת הקרע בין הציבור לבין ההלכה, הפוסקים ובתי־הדין הרבניים[1]. רוב המבקרים שומרי המצוות, מקצתם גם שאינם שומרי המצוות, שותפים למגמה האמורה. אלה טוענים בעיקר לצמצום פערים

1. ראה, בין היתר, א׳ ח׳ פריימן, **סדר קידושין ונישואין** (תשכ״ה) שפג־שצז; מ׳ זילברג ״הסדר עם ההלכה״ **באין כאחד** (תשמ״ב) 268 — 280, ״יש לחייב כהן לזון אשתו ה׳גרושה׳״ **שם** בע׳ 231 — 234, ״ביטול החוק למען קיומו״ **שם** בע׳ 249 — 261, ״נישואין אזרחיים או תקנה להפקעת נישואין — מה עדיף?״ **שם** בע׳ 262 — 267; מ׳ אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (מהדורה שלישית, תשמ״ח) 518 — 527, 686 — 712, 1337 — 1356, 1519 — 1536, 1605 — 1608; הרב א׳ ברקוביץ, **תנאי בנישואין ובגט** (תשכ״ז) קיט, קסב — קסד. כן ראה הקדמתו של הרב י׳ י׳ וינברג לספר: ״ויש צורך דחוף לעיין באפשרות ובצורך החיוני של תקנות להסיר מכשולים נוראים מחוגים רחבים ואף כי מחוגי שלומי אמוני ישראל״; הרב א׳ ברקוביץ, **ההלכה כוחה ותפקידה** (תשמ״א) 132 — 155; ז׳ ורהפטיג ״כפיית גט להלכה ולמעשה״ **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל״ו־תשל״ז) 153; ז׳ פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל״ג); הרב ע׳ רקמן ״בעיות האשה היהודית בזמננו והדרכים לפתרונן״ **חדשות אוניברסיטת בר־אילן** 28־29 (ספטמבר 1978) 3; י׳ צ׳ גילת ״השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות״ (הוצאת

פנימי הנתבע מן הדין הדתי. לעיתים קריאה לצמצום פערים מסוג זה משולבת בדרישה לצמצום פערים פנימי, הנעשה תוך אימוץ נורמות חילוניות למיניהן[2], או תוך הטלה כפויה של נורמות חילוניות על הדין הדתי[3].

מאידך גיסא, יש קבוצה המדגישה את הפער הבלתי ניתן לגישור. עם קבוצה מגוונת זו נמנים אלה הטוענים לצמצום פערים חילוני, חלקי או שלם, הנתבע בעיקר מן המשפט האזרחי. המסקנות לא תמיד זהות גם לגבי הנמנים עם קבוצה זו. יש הטוענים להשלמה חלקית עם המציאות האמורה כְּרע במיעוטו, עד לשינוי ערכים לכאן או לכאן. יש התובעים, אם בקול רפה ואם בקול חזק, חקיקתה של מערכת אזרחית מקבילה הכוללת הסדר חילוני שלם, מלא וממצה[4]. אחרים, שאינם מעזים להרחיק לכת עד כדי כך, מסתפקים בפתרון אזרחי חלקי המתייחס למצוקות חמורות וחריפות במיוחד, כגון נישואין אזרחיים לפסולי חיתון בלבד[5].

הטון של הביקורת, לפי המבקר. יש המבטא גישה אוהדת, אך כואבת, החותרת להסדר של פשרה[6]. יש גם ביטויים של גישה עוינת או בלתי מתפשרת. ויש — הנותנים ביטוי לאכזבה מן המצב הקיים ולייאוש מן האפשרות של סגירת פערים פנימית במסגרת הדין הדתי ועל ידי הדיינים בבתי־הדין הרבניים. בעקבות האכזבה והייאוש נתבעת מעורבות חילונית־חיצונית[7].

אוניברסיטת בר־אילן) 38; **הלכה ופתיחות, חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו** (במה ליהדות אקטואלית, תשמ"ו). ראה גם השופט מ' זילברג בע"א 164/67 **היועה"מ נ. אברהם**, פ"ד כב (1) 29, 36 — 47, ובג"צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח (1) 598, 627.

2. ראה, בין היתר, מ' זילברג "נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכית בעיית הממזרות" **באין כאחד** (תשמ"ב) 239 — 244, "פתרון הלכתי יסודי לבעיית הממזרות" **שם** בע' 245 — 248; י' כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" **דיני ישראל** ז (תשל"ו) רה.

3. ראה, למשל, הצעתו של השופט א' ויתקון לפיה יחויב גם בית־הדין הרבני להחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ע"א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ"ד ח 141, 180. הצעתו לא נתקבלה על ידי בית־המשפט, ראה הלכת **שטרייט**, **לעיל** הערה 1, בע' 620, 627.

4. הצעות חוק פרטיות של חברי־כנסת שונים במשך השנים לחקיקת חוק נישואין וגירושין אזרחי הוסרו מסדר היום של הכנסת בקריאה הטרומית: **ד"כ** 63 (1972) 1416 — 1419, 1449 — 1451; **ד"כ** 78 (1976) 587 — 591, 619-620. בעניין זה ראה גם מ' ששר, **חיים כהן שופט עליון, שיחות עם מיכאל ששר** (1989) 151; א' רובינשטיין "הזכות לנישואין" **עיוני משפט** ג (1973) 433.

5. ראה, למשל, הצעות חוק פרטיות של חברי־כנסת שונים במשך השנים להסדר נישואין אזרחיים לפסולי חיתון בלבד. כל ההצעות הוסרו מסדר היום של הכנסת בקריאה הטרומית: **ד"כ** 61 (1971) 3403 — 3409, 3469; **ד"כ** 64 (1972) 2978 — 2988, 2996; **ד"כ** 77 (1976) 3180 — 3187, 3228-3229. על עניין זה ראה מ' זילברג "נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכית בעיית הממזרות", **לעיל** הערה 2, בע' 243-244.

6. ראה, למשל, י' כהן, **לעיל** הערה 2. בע' רי הוא נותן ביטוי לדעה הרווחת כי לא נעשה די כדי לפתור במסגרת ההלכה בעיות אנושיות קשות, וכי הצעות לפתרון ולסגירת הפער בין הדין למציאות לא נידונו עד כה ברצינות ובאופן מספיק על ידי הרשויות הדתיות המוסמכות.

7. הכרה בכך שהפער לא ייסגר בתוך המסגרת הדתית ותביעה משפטית למעורבות חקיקתית לסגירת הפער, ראה ג' טדסקי "על בעיית הנישואין במדינת ישראל" **מחקרים במשפטנו הפרטי** (תשי"ט) 206 — 209. כן ראה בעניין זה עמדתו של הנשיא לשעבר של בית־המשפט העליון, השופט י' אולשן, **דין ודברים** (1978) 335 — 349.

בדיוני הכנסת במהלך חקיקת חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953, העמיד ממלא־מקום ראש הממשלה דאז, מר משה שרת, את הרשויות הדתיות במבחן־החוק במתכונת שנחקק התחייב, לדעתו, מכורח השעה. ההסדר שבחוק הונע מן השאיפה לאחדות העם ולמיזוג גלויות. אולם הוא נתן להבין, כי לאורך ימים מותנה המשך קיומו של ההסדר באופן ביצועו. יציבות החוק ואריכות ימיו תלויה בגמישות ביצועו על ידי המופקדים עליו. מבחנן של הרשויות הדתיות יהיה בסיגול נוהג ביצועו של החוק למושגים של שוויון ושל כבוד האדם וזכויותיו, השוררים בחברה המתוקנת של זמננו.

מר משה שרת הזהיר, כי ישנם מושגים בחברה של זמננו, שעליהם יתנפץ כל ניסיון להשליט ולקיים גם להבא סדרי חיים אשר אבד עליהם כלח. הוא הצהיר, כי נוכח הוויתורים מרחיקי הלכת על עקרונות ומושגי יסוד של חיים מתוקנים, שנדרשו מצד הציבור החילוני לשם קבלת החוק, מתחייבים ויתורים גם מן הרשויות הדתיות. אחדות העם מחייבת ויתורים הדדיים[7א].

במהלך הדיונים בכנסת על הסדרים דתיים שונים בענייני נישואין וגירושין הביע ראש הממשלה הראשון של מדינת ישראל, מר דוד בן־גוריון, התנגדות להסדרים חילוניים תוך מתן ביטוי מפורש לתקוותו ולציפיתו, כי פערים בין הדין הדתי למציאות ייסגרו בתוך הדין הדתי. גם הוא נתן להבין, כי מחדל מצד הרשויות הדתיות יוביל לעיון מחודש בהסדרים הדתיים שנתקבלו[8].

מספר שנים לאחר שחדל מלשמש בתפקיד ממלכתי כלשהו, נתן מר דוד בן־גוריון ביטוי לאכזבתו הקשה על כך ש״הדתיים ניצלו לרעה את חוק־הנישואים״ ותבע לחוקק מערכת נישואין וגירושין אזרחית[9].

ביטויי אכזבה עמוקים ממחדליהם של הרבנים ומגישתם המחמירה הביאו שופטים בדימוס של בית־המשפט העליון למסקנות מרחיקות לכת[10].

חלק מן המצדדים בפתרון אזרחי ובהפרדה בין המערכת הדתית לזו האזרחית מגיעים למסקנה זו לא מן הטעמים החילוניים, אלא מטעמים דתיים מובהקים דווקא[11].

7א. **ד״כ** 14 (1953) 2558־2559.

8. ראה, למשל, **ד״כ** 9 (1951) 2133; **ד״כ** 19 (1956) 834; **ד״כ** 32 (1961) 361. ראה גם דברי השופט ח׳ כהן כמובא אצל מ׳ ששר, **לעיל** הערה 4, בע׳ 70, 222.

9. מכתב למערכת **דבר** מיום 24/7/70. המכתב מובא גם אצל א׳ רובינשטיין, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** (מהדורה שלישית, 1980) 154. ראה גם דברי השופט ח׳ כהן כמובא אצל מ׳ ששר, **לעיל** הערה 4, בע׳ 70, 222.

10. ראה י׳ אולשן, **לעיל** הערה 7, בע׳ 338־339; ראה גם דברי השופט ח׳ כהן כמובא אצל מ׳ ששר, **לעיל** הערה 4, בע׳ 206־207.

11. י׳ ליבוביץ, **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל** (תשל״ה) 98 — 216. על הנהגת מערכת אזרחית גם בענייני נישואין וגירושין, ראה **שם** בע׳ 161, 171, 187, 190־191; י׳ לוינגר, **בין שגרה לחידוש** (תשל״ג) 103 — 111; י׳ אנגלרד ״שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי״ **המשפט העברי ומדינת ישראל** (י׳ בזק, עורך, תשכ״ט) 110.

פרק שני

בית־המשפט העליון

§172. קולות ביקורת נשמעים גם מפי בית־המשפט העליון. לעיתים מלווה הביקורת גם בקריאה לתיקון בתוך ההלכה ובמסגרתה כדי למנוע תופעות שליליות כאלה.
בין היתר, נטען על אופן יישום הדין הדתי המביא, למעשה, להסגרת אשה לשרירות לבו של הבעל. בתגובה על פסק־דין רבני הדוחה תביעה לכפיית גט על בעל אכזר המסרב לגרש את אשתו, לא חוסך בית־המשפט את שבטו מן ההחלטה של בית־הדין ומן התוצאה שהגיע אליה. בית־המשפט משתמש במילות ביקורת קשות וחריפות.

> "נסיבות המקרה המחריד הזה, כפי שתוארו בפסק־דינו של בית־הדין הרבני, אינם משאירים שמץ של ספק, שהאשה זכאית להתגרש מבעלה ואף־על־פי־כן, שללו ממנה — מתוך חששא דגט מעושה — את האפשרות היחידה לבנות מחדש את חייה ההרוסים. ראיתי לנכון לציין את העובדה הזאת, ולו רק כדי להדגיש שקצרה ידינו מהושיע"[12].

בעניין אחר, דווקא מן המקרים הבודדים שבהם נכפה גט על בעל סרבן, נשמעים מפי בית־המשפט דברי ביקורת קשים על אופן יישום הדין בבתי־הדין הרבניים ועל התוצאות הנובעות מכך:

> "אינני יכול להשלים עם המחשבה כי במדינתנו יתכן הדבר שאשה חייבת לשבת במשך שנים בעגינותה, מפני שגורלה מסור למעשה לבעלה הסרבן, המונע ממנה את הגט המגיע לה לכל הדעות. יש צורך רב למצוא דרך, כדי שבעל אכזר כזה לא יהיה עוד הפוסק האחרון בענייננו..."[13].

ניתן למצוא התבטאויות נוספות מפי שופטי בית־המשפט העליון, המבקשים לרשום באמצעים שיפוטיים את מורת־רוחם מן הדין המהותי, אפילו אין מורת־הרוח מוצאת תמיד את ביטויה בחלק הנורמטיבי של ההחלטה השיפוטית. לאלה ניתן לייחס התבטאויות שונות של בית־המשפט העליון בפסקי־דין שונים. בין היתר ניתן למנות גם ניסוחים חריפים.

12. בג"צ 54/55 **רוזנצוייג נ. יו"ר ההוצאה לפועל**, פ"ד ט 1542, 1559-1560 (מפי השופט ויתקון). ראה גם פ' שיפמן "חוק בלא נחת" **דעות** מא (תשל"ב) 23, 24.
13. ראה הלכת היועה"מ נ. **אברהם, לעיל** הערה 1, בע' 52. כן ראה דברי השופטים מ' זילברג, **שם** בע' 47 וש' אגרנט **שם** בע' 52.

"כאלה הם דיני המעמד האישי בישראל, אך אין בידי להושיע"[14].

"הכול מודעים לקשיים העצומים ולתוצאות העגומות הנובעים במספר לא קטן של מקרים מן העובדה שבתי־הדין הרבניים אינם מכירים בנישואין שנעשו שלא לפי דת משה וישראל. מה שאין בידינו למנוע לפי רצונו של המחוקק לא נוכל למנוע, וכבר הצבענו לא אחת על מקרים שבהם אשה הנחשבת כנשואה כחוק לפי משפט הארץ יוצאת מבית־הדין הרבני וידיה על ראשה, ואנו חסרי אונים להושיעה. מכל הבחינות מצווים אנו איפוא לצמצם את הסמכות של בית־הדין הרבני עד כמה שהדבר ניתן לפי פירוש מתאים של החוק"[15].

ומפיו של הנשיא מ' שמגר:

"ככל שהדבר מצער אין בידינו להושיע את המשיבה כי הפתרון בעניין הגט הוא אך ורק בידיו של בית־הדין הרבני"[16].

במקרה אחרון זה נמנע בית־הדין מלהחליט בתביעת הגירושין של האשה, אף כי דחה את תביעת הבעל לשלום בית. ההליכים התנהלו משך שנים ארוכות והבעל סירב לתת גט, אם כי לאשה לא היו שום תביעות כלפיו. בהימנעו מן ההחלטה הפנה בית־הדין את הצדדים לניהול משא־ומתן לגירושין. כתוצאה ממחדלו של בית־הדין לא פסק בית־המשפט המחוזי לאשה מזונות מדין מעוכבת. הבעל זכה לתמריץ שלילי מבית־הדין ובית־המשפט לא יכול היה, לטענתו, להושיע את האשה. הואיל והפניית צדדים למשא־ומתן לגירושין כתחליף להחלטה שיפוטית מקובלת היא בבתי־הדין, מתייחסים דברי הביקורת של בית־המשפט לתופעה כללית, ולא לנסיבותיו של מקרה אחד[17].

§173. אולם אין ספק שמורת־רוח זו מתגלגלת לעיתים גם לפסיקה אופרטיבית. בית־המשפט ער לביקורת, הנמתחת על צמצום חלותו של הדין הדתי בבתי־המשפט האזרחיים, על בסיס ההבחנה בין המשפט הדתי המהותי לבין המשפט הדתי הפרוציסואלי. תגובת בית־המשפט היא:

"אף־על־פי־כן אין מנוס מן 'המלאכותיות' הזאת, וההכרח לא יגונה, כל עוד מוטל על בתי־המשפט האזרחיים תפקיד שפיטה על־פי דינים דתיים... נראה לי שבמצבנו המיוחד שלנו שעטנז זה הוא הרע במיעוטו. ודי לחכימא"[18].

§174. בפרשת הקידושין הפרטיים העמיק בג"צ את מעורבותו והוציא צו נגד פקיד מרשם האוכלוסין במשרד הפנים המורה לו לרשום כנשואים פסולי חיתון שערכו קידושין פרטיים[19].

14. ע"א 571/69 **כהנא נ. כהנא**, פ"ד כד (2) 549, 557.

15. בג"צ 3/73 **כהנוף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל אביב**, פ"ד כט (1) 449, 453־454.

16. ע"א 798/82 **נוני נ. נוני**, פ"ד מ (3) 744, 1751.

17. לדעתנו, יכול היה בית־המשפט להושיע את המשיבה על ידי החלטה אינצידנטלית בתביעת הגירושין לצורך תביעת המזונות שהיתה לפניו בלבד. על עניין זה בהרחבה, ראה להלן פסקאות 532 — 534.

18. ע"א 99/63 **פלג וארז נ. היועה"מ**, פ"ד יז 1122, 1128.

19. על סוגייה זו ראה לעיל פסקאות 48, 50, 51, 55 — 57, 79, וכן להלן פסקאות 271, 323, 341, 351, 376, 378.

בהקשר זה מתעלם בית־המשפט מן האינטרס הציבורי שמשקף בית־הדין הרבני, המיוסד על השקפה דתית והמושתת על איסורים דתיים. בית־המשפט מעדיף תקנת ציבור חילונית המבוססת על חופש מצפון וחופש הנישואין[20].

מעורבות בג"צ בתחום זה הועמקה באופן הדרגתי והורחבה מעבר לצפוי. באחד המקרים הפך הצו על תנאי למוחלט למרות החלטתו של בית־הדין הרבני האיזורי בדבר הספק האפשרי בקידושין בשל פסלות העדים, עקב היותם מחללי שבת. וכך אמר בית־המשפט, בין יתר נימוקיו לקביעת הפיקוח השיפוטי הרחב:

> "כנראה הטלנו על הרבנים תפקיד קשה מנשוא שאינם יכולים ואינם מוכנים לעמוד בו. במצב זה, לא לכבודם של הרבנים הוא, ולא לכבודנו אנו, וזה גם לא לטובת הציבור, לתת לעניין זה להתגלגל הלאה ללא מעצור וללא תכלית מעשית"[21].

§175. התעלמות בית־הדין הרבני מנפקותם של נישואין אזרחיים, שנערכו בחיקו של דין זר ושמשו מסגרת משפטית לחיים משותפים במשך שנים ארוכות ורבות, היתה מושא לביקורת קשה מצד בית־המשפט העליון. ביקורתו של בית המשפט הובילה למספר מסקנות: א) היא חיזקה את ההכרה בנישואין אזרחיים במסגרת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי. ב) הוטל ספק בסמכותו הבלתי מוגבלת של בית־הדין להפקיע את תוקפם של הנישואין האזרחיים. עד היום לא ברור ההיקף הלגיטימי של עילות הגירושין, המצדיקות את התרת הנישואין האזרחיים בבית־הדין הרבני[22]. ג) בית המשפט רשאי לשלול מבעל דין, המתנכר לנפקותם האזרחית של הנישואין, את השימוש בהליכי בית־הדין הרבני לשם השגת המטרה האמורה. בית־המשפט נותן לדברים ביטוי קשה:

> "הדין הדתי שהוחל על יהודים מכוח סעיף 1 לחוק הנ"ל, אינו חל על שומרי מצוות בלבד. אבל הדופי הוא בכך, שאחרי חיי נישואין שנמשכו במשך עשרות שנים והולדת הבן, בא המשיב ומשיג ממנו (מבית־הדין הרבני) פסק־דין המפקיע נישואין על יסוד העילה שהנישואין לא נערכו בטכס הדתי בחופה וקידושין... זוהי התנהגות לא־הוגנת אשר הסדר הציבורי אינו סובלה[23]... דווקא לנו, לשופטי ישראל, נאה לשמור על רמת התנהגותם של בעלי־הדין על־פי כללי היושר (equity) למניעת עושק ושימוש לרעה בהליכי דין[24]... אם הוא חפץ לגרשה עכשיו יבוא לבית־הדין הרבני ויוכיח שהוא זכאי לפטור ולשלוח אותה בגט, אך להתנכר לנישואיו כאילו לא היו, הרי זה 'עושק ומצפון קשה'[25]... שימוש הבעל בהליכי בית־הדין נוגד את המוסר ואת ההגינות, ועלול

20. בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ. שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069; בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הרבני, פ"ד כד (1) 704, 712, 713, 715, 718.
21. בג"צ 29/71 קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו, פ"ד כו (1) 608, 613־614.
22. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1, בע' 629, 631; ע"א 566/81 שמואל נ. שמואל, פ"ד לט (4) 399, 404.
23. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1, בע' 629. ראה גם הלכת כהנוף, לעיל הערה 15, בע' 453.
24. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1, בע' 630.
25. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1, בע' 631.

לערער את הסדר הציבורי. לפיכך יתערב בית־משפט של יושר בדבר וימנע את המעשה"[26].

§176. פסילת נישואי תערובת על ידי הדין הדתי היהודי הנוהג לא חייבה, בעיני בית־המשפט העליון, את המסקנה של פסילת נישואי תערובת אשר נערכו בחיקו של דין זר. נישואי תערובת, שנערכו מחוץ לישראל, לא הוכרו כנוגדים בהכרח את תקנת הציבור הישראלית[27].

"הסדר הציבורי בישראל אין פירושו, שהשופט יכפה השקפתו של מחנה אחד על המחנה השני. החיים מחייבים יחס של סובלנות כלפי הזולת והתחשבות בהשקפתו שהיא אחרת, ולפיכך לא יהא קנה־המידה של השופט אלא מאזן כל הדעות הרווחות בציבור"[28].

§177. במסגרת התערבות אופרטיבית בהחלטות בית־הדין נמצא גם ביטויים של מורת־רוח בנוגע לגישתו של בית הדין הרבני ולאופן ניהול הדיון.

על גישתו של בית־הדין אומר השופט א' ברק במקרה אחד:

"אינני יכול שלא להביע את הזדעזעותי העמוקה מגישתו של בית־הדין הרבני האיזורי בחיפה"[29].

בתגובה על אופן ניהול ההליך במקרה אחר הטיל בג"צ את הוצאות הדיון על בית־הדין הרבני. בשל טעמים שבתכלית הטיל בג"צ את ההוצאות על המדינה, בהיות בית־הדין אורגן שלה. וכך אמר השופט ש' לוין:

"דרך ייסורים עברה העותרת בבית־הדין הרבני האיזורי... מהלך המאורעות, שהביאו להגשת עתירה זו, מעורר דאגה עמוקה... רשלנות ואי־שימוש נאות בשיקול הדעת הם שגרמו לעותרת להוציא הוצאות על הגשת העתירה"[30].

במקרה זה הוציא בית־הדין צו עיכוב יציאה מן הארץ במעמד צד אחד. למרות בקשות חוזרות ונשנות מצד המשיבה לא התקיים בבית־הדין דיון במעמד שני הצדדים במשך למעלה משנה.

§178. אופן יישומו של הדין משמש מוקד ביקורת נוסף כלפי בית־הדין מצד בג"צ, במיוחד באשר להימנעותו של בית־הדין מהחלת הוראות חוק טריטוריאליות, המוטלות ישירות גם עליו[31].

26. הלכת שטרייט, לעיל הערה 1, בע' 632.

27. בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ. שר־הפנים, פ"ד יז 225, 256־257.

28. שם בע' 257.

29. בג"צ 113/84 בנקובסקי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פ"ד לט (3) 365, 380.

30. בג"צ 473/85 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פ"ד לט (4) 558.

31. ראה, למשל, לאחרונה סדרת העתירות והערעורים נגד החלטות בתי־הדין הרבניים בסוגיית אחזקת ילדים ואופן יישום עיקרון טובת הילד על ידי בתי־הדין, בג"צ 181/81 מור נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה, פ"ד לז (3) 94; בג"צ 7/83 ביארס נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה, פ"ד לח (1) 673; בד"מ 1/81 נגר נ. נגר, פ"ד לח (1) 365; ע"א 680/84 שני נ. שני, פ"ד לט (2) 444.

מורת־הרוח באשר לאופן יישומו של הדין, לשמירת כללי הליך תקינים (כללי הצדק הטבעי) ולדרך ניהול ההליך בבית־הדין מוצאת לה אפיק נורמטיבי באמצעות התערבות בג"צ בפסיקה הרבנית[32].

עמדה המתעלמת מן המציאות — גוררת אחריה תביעה נמרצת לסגירת פערים על ידי המערכת החילונית. לעיתים, כמו בעניין פסילתם של עדים מחללי שבת על ידי בית־הדין בסוגיית הקידושין הפרטיים, שהובאה לעיל, התביעה נענית. באותו מקרה הפער נסגר חלקית על ידי בית־המשפט העליון.

הציבור מעלה תביעות לסגירת פערים חדשות לבקרים. בתקופת המנדט הבריטי נתבעה סגירת פערים בדין הדתי כתנאי להרחבת סמכות בתי־הדין הרבניים. תביעת השלטונות המנדטוריים נענתה בחלקה, אם כי בעיקר במישור הפרוצדורלי[33]. תביעה מהותית בנוגע למעמדה של האשה ולהשוואת זכויותיה כתנאי להרחבה נוספת של סמכויות בתי־הדין הועלתה סמוך לאחר קום המדינה. התביעה לא נענתה והסמכויות לא הורחבו[34].

32. ראה סעיפים 15 (ג) ו־15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה.

33. ראה א' מורגנשטרן, **הרבנות הראשית לארץ ישראל, ייסודה וארגונה** (תשל"ג) 75־76; כן ראה מ' פרידמן "רבנות ראשית — דילמה ללא פתרון" **מדינה וממשל** א (1971) 118, 120־121.

34. ראה י' אולשן, לעיל הערה 7, בע' 212־213, המעיד על שיחה משולשת בין ד' בן־גוריון, הרב הראשי לישראל, הרב י' הרצוג, השופט י' אולשן, ובה הועלתה הדרישה בנוגע למעמד האשה בהלכה כתנאי להרחבת סמכויות בתי־הדין. למרות הצהרתו של הרב הראשי כי ניתן להתקין תקנות — לא נעשה דבר. כן ראה מ' פרידמן, **חברה ודת** (תשל"ח) 113־114.

חלק שני

הצגת עקרונות ההתמודדות

פרק ראשון

אחריות אזרחית לדיני המשפחה

§179. ראינו כיצד מתקיימת בישראל בתחום דיני המשפחה מערכת כפולה ומקבילה של מערכות דינים, אזרחית־חילונית בצד דתית. הפערים, הקיימים בשיטה בין הנורמות הדתיות לבין מציאות החיים והאידיאולוגיה השלטת בקרב רוב הציבור החילוני, מוליכים תהליך בלתי נמנע של סגירת פערים באמצעות המערכת המשפטית ה׳חילונית׳. אלה מטילים אחריות אזרחית כוללת וישירה של המערכת המשפטית הישראלית, דהיינו, ערכאות השיפוט האזרחיות, להסדר דיני המשפחה ולפתרון ראוי של ענייניה המשפטיים של המשפחה.

בית־משפט, הדן בסכסוך משפחתי או בסוגיות הקשורות לדיני משפחה, הוא חלק בלתי נפרד מן המערכת השיפוטית העוסקת בתחום זה. על כל ערכאה שיפוטית להתאים את גישתה השיפוטית למסגרת התדיינות בענייני משפחה ולשעות לטענות בדיני משפחה. אין בית־משפט השלום הדן בפירוק שיתוף במקרקעין, במסגרת סמכויותיו על־פי חוק, פטור מעולן של טענות הגנה בדיני משפחה, כל אימת שטענות אלה עשויות להיות רלבנטיות לדיון שלפניו. האחריות האזרחית של בית המשפט לדיני המשפחה נכנסת מיד לתמונה, הואיל והשאלה בדבר מידת הרלבנטיות של הטענות האמורות תלויה בין היתר בפרשנות השיפוטית ובגישה השיפוטית.

עמדנו בשער הראשון ונעמוד עוד בהמשך, במהלך הדיון בפרקים השונים של השער השני, על שורה של אינטרסים המחייבים אחריות אזרחית. כאלה הם, למשל, עידוד הסכמים בין בני הזוג, הגנת החלש ובמיוחד קטינים, תיקון כוח המיקוח של הצדדים ועשיית צדק בין הצדדים. עשיית הצדק קשורה בניסיון לקרב, במסגרת המשפטית הקיימת, את תחום דיני המשפחה, עד כמה שאפשר, לערכי היסוד של החברה הישראלית. ובלשון ברורה

יותר אמורים הדברים הן כלפי מגבלות שונות על היכולת להינשא, הן כלפי הקשיים בהתרת הנישואין והן כלפי מעמדה של האשה.

חופש התמרון של בית־המשפט אינו בלתי מוגבל. המסגרת המשפטית הקיימת וגבולות החקיקה השיפוטית אינם מתירים לבית־המשפט אותה מידה של סגירת פערים, שחלק הארי מן הציבור הישראלי היה אולי שואף לה. בית־המשפט אינו יכול לשבור את הכלים, אך הוא יכול ליצוק בהם תוכן שישרת את המדיניות המשפטית הראויה שיקבע לעצמו.

אחריות אזרחית אינה מתבטאת בפריצת גבולותיו של החוק. אחריות זו אין פירושה נקיטת עמדה מצד בית־המשפט בוויכוח העקרוני בנושאים של דת ומדינה או — התערבות שיפוטית במחלוקת האידיאולוגית, המפלגת את הציבור בישראל בענייני נישואין וגירושין. אלה דברים שהם מחוץ־לתחום לערכאה השיפוטית האזרחית.

אולם, מאידך גיסא, אין בית־המשפט רשאי להטיל את האחריות הכוללת לענייני הנישואין והגירושין על הדין הדתי ועל בית־הדין הדתי בלבד. במקרים רבים אין בית־המשפט יכול להסתפק בספיקת כפיים ולהפנות את ציבור המתדיינים וכלל הציבור הישראלי לבית־המחוקקים. בחלק נכבד של ענייני המעמד האישי אין בית־המשפט יוצא ידי חובתו בקביעה שאין ביכולתו להושיע את המתדיין, או לבוא לקראתו בפתרון מצוקותיו. המסגרת הכוללת של הסדר דיני המשפחה בישראל היא אזרחית וחלק הארי של ההסדרים המשפטיים בסוגיות שונות בתחום זה הם פרי הדין ה׳חילוני׳. אין שום ערכאה פטורה מעולה של עשיית צדק, המתבטאת בניסיון לחלץ את המתדיין ממצוקה משפטית במסגרת הדין.

§180. את התהליך הנדרש מבית־המשפט בהסדרת דיני המשפחה ניתן לאפיין בדרך תלת־שלבית:

1) בראש ובראשונה חייב בית־המשפט להיות ער לאחריותו ומודע לה. כבר ראינו, כי העיקר הוא הגישה השיפוטית והאופן שבו נתפס התפקיד השיפוטי בעיני השופט, הדן בענייני המשפחה. בנוסף לכך עליו לאמץ לעצמו מדיניות שיפוטית, החותרת להסדר אופטימלי במערכת הפגומה, שבתוכה הוא פועל במסגרת שיטת המשפט הישראלית שבתחום דיני המשפחה. אין לקדש את הפגימות או להרים ידיים ולתלות את הקולר במחוקק, אלא יש לנסות להפיק את המכסימום האפשרי מן המצב הנתון. השופט יכול גם לעשות שימוש אפקטיבי בתפקידו השיפוטי, בניסיונו, באוטוריטה המופקדת בידיו. עליו ליישם מתוך גישה אינטגרטיבית את שיקול הדעת הרחב המופקד בידיו בחוקים השונים, שעוסקים בענייני משפחה.

2) בשלב הבא על בית־המשפט להבין את ההשלכות העקרוניות והפַּרטניות של בחירה בגישה משפטית זו או אחרת, או בפתרון משפטי מסוים בסוגיות בדיני משפחה או בסוגיות סמוכות. התבוננות משפטית סכמטית, או על פני השטח, לא תמיד נותנת את הרושם הנכון ואת המשמעות הרחבה של הדברים. פתרון משפטי מסוים עשוי להוות תמריץ חיובי או שלילי להתרת קשר נישואין. גישה משפטית מסוימת עשויה להתברר כתחליף נוח לגירושין. בחירה בפרשנות כלשהי עשויה להתגלות כמעודדת הסכמים או כדוחפת להתדיינות דווקא, כפוגעת בחלש או כמתַגמלת אותו, וכיו״ב.

במקרים מסוימים עלול בית־המשפט לראות עצמו אנוס על־פי הדיבור, להרים ידיים ולבחור במה שמתחייב לדעתו מן המסגרת המשפטית, גם אם אין הפתרון נראה לו

רצוי. אולם אין להמעיט בחשיבותם של ההבנה העמוקה של תוצאות הפסיקה, של ההתחקות אחר המשמעות הכוללת של הפסיקה בתחום דיני המשפחה ושל בירור השלכות הפסיקה על המובן הרחב של ענייני המשפחה.

3) השלב השלישי הוא ניצול האמצעים המשפטיים הלגיטימיים, העומדים לרשות בית־המשפט, לשם סגירה מכסימלית של הפערים. אמצעים אלה כוללים, בין היתר, את ההיקש, פרשנות נדיבה או צרה, הכל לפי העניין, וקביעת מסגרת חוקתית או יישומה בתחום דיני המשפחה וכלפי ערכאות השיפוט הדתיות. בשלב זה ניתן לנצל גם את חולשותיה של השיטה, את התפר בין המערכת הדתית לאזרחית, וכן את הפיצול הכפול וכיו״ב, להגנת האינטרסים הראויים. התפר בין המשפט הדתי למשפט האזרחי מאפשר לשופט ליישם מתוך גישה אינטגרטיבית ואחריות אזרחית למשפחה את הדין האזרחי לצרכים של דיני המשפחה.

§181. במסגרת הדיון בכוח המיקוח של בני הזוג בשער הראשון ובמהלך הפרק השני של שער זה עמדנו על כך, שהמציאות המשפטית הישראלית מהווה מכלול אחד, שאינו מאפשר הוצאת נדבך אחד מן הבניין כולו בלי לתת את הדעת למשמעות הכוללת של השינוי. התייחסות לפריט אחד, המנותק מן ההסדר בכללותו, יש בו יותר נזק מאשר תועלת. בית־המשפט חייב לבחון את השפעתו של ההסדר הספציפי על המערכת בכללותה — לאור המדיניות המשפטית הראויה. על שיקול הדעת השיפוטי מוטל, לעיתים קרובות, התפקיד של תיקון האיזון בין בני הזוג בנסיבות כל מקרה על רקע התמונה בכללותה.

עמדתנו עולה בקנה אחד עם רוחה ועם כיוונה של הדרך שהנחתה את בית־המשפט העליון מאז אמצע שנות החמישים ואילך. לא תמיד יושמה גישתו של בית־המשפט במלוא ההיקף האפשרי ועל מגוון הסוגיות. לא תמיד היו בתי־המשפט ערים לאחריותם. לעיתים לא ירדו בתי־המשפט למלוא המשמעויות העשויות לנבוע מפסיקתם. במקרים רבים לא נעשה ניצול הולם ומספק של האמצעים המשפטיים, העומדים לרשות השיטה המשפטית.

פרק שני

הגישה האינטגרטיבית הנדרשת בהסדר ענייני המשפחה

1) חלקיות ההתבוננות במשבר במשפחה

§182. כבר ראינו בשער הראשון, כי עקב אכילס של השיטה הישראלית הוא חלקיות ההתבוננות בשבר המשפחתי בעיני כל אחת מערכאות השיפוט, המוסמכות לעסוק בעניין כלשהו מענייני המעמד האישי. ראינו, כי פיצול השיפוט ופיצול הדין ממקדים את הדיון בכל אחת מן הערכאות בהיבט חלקי וצר של התסמונת ביחסי המשפחה של הצדדים. כל ערכאה בוחנת רק קטע ממערכת היחסים בתוך המשפחה, ככל שהדבר נוגע לתחום הצר של הסוגייה שלפניה. ענייניה של המשפחה בכללותה ובעיותיה אינם עולים בשלמותם על שולחן הדיונים. בית־המשפט אינו רואה עצמו אחראי למשפחה בשלמותה אלא להכרעה המשפטית הצרה בעניין המסוים שהובא לפניו.

התבוננות חלקית במשבר המשפחתי כאילו היה דיון אזרחי רגיל אינה מאפשרת לעשות צדק עם המשפחה ולהסדיר את ענייניה בדרך הראויה. הליך מקוטע גורר אחריו ריבוי התדיינויות, כפילות אפשרית בהחלטות וניצול הליכים לרעה. אך העיקר הוא, כי דיון מקוטע בהליך התלוי ועומד לפני בית־המשפט והתלוש מן ההקשר הכולל של המשפחה, יחידיה ומכלול ענייניה, אינו מוכרע על המגרש של המשפחה אלא בהקשר משפטי צר. קטעי החלטות משפטיות מערכאות שונות, הדנות כל אחת בקטע אחד של המכלול, אינם מצטרפים בסופו של דבר לתמונה אחת שלמה. בענייני משפחה, ריבוי חלקים אינו יוצר את השלם.

2) ההליכים במשפחה: כלים שלובים

§183. הסוגיות בדיני המשפחה הם כלים שלובים; סוגייה אחת מושפעת מרעותה ובעת ובעונה אחת גם משפיעה עליה. הא בהא תליא. התנהגות בני הזוג משפיעה על חבות המזונות כמו גם על החזקת הילדים. והחזקת הילדים משפיעה על חיוב המזונות כמו גם על עניין הגירושין, וכיוצא בזה.

ההבחנה בין התייחסות לצו הספציפי ולשיקולים בגינו לבין הסדרת היחסים במשפחה היא בלתי אפשרית, היא בבחינת ריבוע המעגל.

כאשר דן בית־המשפט בסכסוך אחד מני רבים מבטא הדבר, בדרך כלל, רק את קצה הקרחון של מערכת היחסים בתוך המשפחה. לעיתים, נבחר קטע זה של התדיינות דווקא — מטעמים טקטיים או מטעמי נוחיות או מטעמים אחרים. דרך ההתדיינות, שבה פורץ הסכסוך החוצה לערכאות השיפוטיות אינה משקפת תמיד את מהות הסכסוך, את היקף הקרע או את טיבם המדויק של היחסים במשפחה. במיוחד אמורים הדברים נוכח מורכבות המערכת השיפוטית בענייני משפחה בישראל.

אין כל אפשרות לחתוך את השיקולים המשפחתיים באופן מלאכותי וחסר כל היגיון משפטי ומעשי. ה'חומה' המפרידה בין הערכאות אינה יכולה לחצוץ גם בין השיקולים השונים בענייניה של אותה משפחה כאשר אלה ולבנטיים להכרעת הסכסוך.

סעדים משפטיים בהקשרים שונים של דיני משפחה, כגון: צווי הרחקה מן הבית, פירוק שיתוף בדירת מגורים, מזונות וכיו"ב, הולמים את המטרה של הסדרת מערכת היחסים בין בני הזוג במסגרת הכוללת של המשפחה. אין מטרה כזו יכולה להיחשב כזרה, וגם שיקולים רחבים ממבט כולל אינם זרים לסעד כזה או לדומיו. הסעדים בדיני המשפחה משרתים את שלמותה של המשפחה ואת טובת יחידיה. אין כל הצדקה שהסעד ומטרתו המוגבלת יהפכו לאדון תחת אשר ישרתו את תכליתם של דיני המשפחה. לכל סעד בדיני משפחה מטרה כפולה: הוא מכשיר להבטחת מטרה צרה, מיידית, ובעת ובעונה אחת, וכחלק אינטגרלי ממטרה זו, הוא גם אמצעי להבטחת מטרה רחבה — הסדר היחסים הכולל בין בני הזוג. המבחן הראוי הוא באיזון נכון בין המטרה הצרה לבין המטרה הרחבה, בכל מקרה על־פי נסיבותיו.

לצורך הכרעה בסוגיית המזונות, למשל, נפרשת לפני בית־המשפט קשת טיעונים ושיקולים המצויה במעגל עניינים כללי ורחב הרבה יותר מאשר נחוץ, כביכול, לצורך ההכרעה בתביעת גברא כספית. תנאים מוקדמים והגנות נגד התביעה טומנים בחובם את בעיות המשפחה וכורכים חלק נכבד מדיני המשפחה. אין כל אפשרות להצטמצם בדיני מזונות במובן הצר בלבד.

§184. ניטול כדוגמא נוספת את סוגיית ההרחקה מן הבית, אשר תידון בהרחבה באחד הפרקים של השער השלישי. מצד אחד קבע בית־המשפט, כי צו הרחקה מן הבית תכליתו מוגבלת ומצומצמת להבטחת מָדוֹר שקט לאשה. זאת ותו לא. בית־המשפט גזר על עצמו איסור לחרוג ממטרה מוגבלת זו. מתן הצו כחלק מן ההסדרים הקשורים בהיבט הרחב יותר של יחסי בני הזוג נחשב על ידי בית־המשפט כמטרה הזרה לצו הרחקה[1]. אולם, מאידך גיסא, מלמדת בחינת פסקי־הדין, כי אין בית־המשפט מסוגל לעמוד בדיבורו. לצורך המטרה המוגבלת, שהציב לעצמו בית־המשפט, נקבעים שיקוליו למתן הצו על־פי מערכת היחסים הכוללת של בני הזוג. בפועל, נשקלים שיקולים רבים של טובת המשפחה בכללותה:

1. ע"א 410/80 **ברזני נ. ברזני**, פ"ד לה (2) 317, 323-324; ע"א 573/81 **כסיף נ. כסיף**, פ"ד לו (2) 294, 301; ע"א 192/82 **סדן נ. סדן**, פ"ד לו (4) 169, 179; בר"ע 258/81 **ליפשיץ נ. ליפשיץ**, פ"ד לז (3) 645, 651; ע"א 680/82 **נחום נ. נחום**, פ"ד לז (4) 667, 671.

שיקולים של התפייסות, סיכוי לחיי שלום בין בני הזוג, ניסיון לאיחוי הקרע, טובת הילדים ועוד[2].

נוצר מצב פרדוכסלי, הגורר אחריו שימוש ב׳כפל לשון׳ מושגית. אותה מערכת של שיקולים, שבעטיה הוגבל מתן צו ההרחקה עד למינימום, משמשת היא עצמה אמת מידה למתן הצו באותם מקרים מועטים, שבית־המשפט חפץ ביקרם. התוצאה, הלכה למעשה, אינה המתקה בפועל של ההגבלות שבית המשפט מצהיר עליהן, אלא הוספת חומרה על ההחמרה הבסיסית. בסופו של דבר הנזק הוא כולל ומקיף. לא זו בלבד שהצו אינו משרת את המטרה הרחבה, אלא שגם המטרה הצרה אינה מושגת. האיסורים שכפתה ההלכה הפסוקה על שופטי בית־המשפט המחוזי כובלים את ידיהם. צו הרחקה מן הבית נעשה כמעט בבחינת הלכה ואין מורין כן. לא זו בלבד שאין הוא מסייע בצמצום הסבל שהוא מנת חלקו של הצד החלש בנישואין, אלא שהוא אינו משרת אפילו את המטרה המוגבלת של המאבק באלימות במשפחה והבטחת מָדוֹר שקט לאשה ולילדיה[3].

המסקנה היא, כי שכר הגישה המבודדת והצרה יוצא בהפסדם של כל הגורמים המעורבים, פרט וכלל גם יחד. הצדדים יוצאים קירחים מכאן ומכאן. המשפחה כמוסד חברתי אינה עומדת במרכז הזירה. האינטרסים החברתיים יוצאים נפסדים גם הם, שכן, המשפט מאבד את כוחו ככלי להגנה ראויה של אינטרסים חברתיים באמצעות ההכרעה בסכסוכים.

לא ניתן בסוג זה של עניינים, להשתחרר מן ההיבט הכללי והרחב של המשפחה, שלמותה, טובתה וטובת כל אחד מיחידיה. בפרשת ליפשיץ, שעניינה צו הרחקה מן הבית ובה ניתן ביטוי לגישה הצרה, בא לביטוי חוסר הריאליה הטבוע בגישה זו. בית־המשפט נלכד בסתירה בולטת. מצד אחד אומר בית־המשפט:

> ״אין להשתמש ב(צו) לשם פתרון הקשיים שבמערכת היחסים בין בני הזוג, מעבר להגנת זכות המדור של האשה״[4].

אולם, מצד שני, באותה נשימה ממש, מספר שורות למטה מן העניין נאמר:

> ״הצו... נועד, בין היתר, להביא לתקופת צינון ביחסי בני הזוג ולבניית תשתית יחסים חדשה נאותה יותר״[5].

המסקנה היא כי מבחינה עניינית אין כל הצדקה לגישה פרטנית, מבודדת, ומבחינה מעשית אין כל אפשרות לחתוך את השיקולים המשפחתיים באופן מלאכותי.

3) היחס בדין העברי

§185. בדין העברי מתקיימים יחסי גומלין הדוקים בין חיובים שונים, ממוניים ורכושיים, לבין מערכת היחסים בתוך המשפחה[6]. התדיינויות בעניינים שונים של המשפחה אינן מבטאות רק את התביעה גופא.

2. הלכת כסיף, שם בע׳ 298־299, 301; הלכת ליפשיץ, שם בע׳ 651; ע״א 352/84 איזסק נ. איזסק, פ״ד לט (1) 186, 191־192.
3. ראה להלן פסקאות 547 — 550, 567.
4. הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 1, בע׳ 651.
5. שם שם.
6. ראה א׳ רוזן־צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ״ב) 121 — 124.

"הכרעה בעניין המזונות אינה רק הכרעה בשאלה של 'שקלים ואגורות' אלא הכרעה לגופם של עניניי הנישואין של בני הזוג. ואכן, מצינו שימוש בדין המזונות לפתרון בעיה אחרת בדיני המשפחה"[7].

עקב הקושי בהתרת קשר הנישואין ללא הסכמה מתייחס הדין הדתי, במקרים המתאימים, בהבנה ובאהדה לשימוש באמצעים שונים, ובמיוחד בתשלום המזונות, כמוביל להשגת הגירושין בדרך עקיפין. לעיתים, נעשית דרך העקיפין לדרך המלך ההלכתית. כך הוא, כאשר נעשה החיוב במזונות לאמצעי של כפייה דרך ברירה[8]. קיים יחס ישיר בין החיוב במזונות ובין קיום החיוב למתן גט[9].

אמור מעתה — בשיטתנו המשפטית, שבה מושתת חלק מדיני המשפחה על הדין הדתי — שאין להירתע, עקרונית, משימוש באמצעי פלוני להשגת תכלית, השונה מן המטרה המקורית, שנועד אותו האמצעי לשרת. המטרה המקורית עשויה להיות מצומצמת, מתוחמת ומוגבלת, ואילו התכלית הסופית עשויה להיות רחבה וכוללת.

4) השפעת ההכרעה השיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג

§186. כל אמצעי המופעל על ידי הצדדים וכל סעד הניתן במסגרת המשפחה משפיעים על קשרי הנישואין ועל סיכויי התרת הקשר. אין זו רק מציאות מוכרחת בשל טבעה של המטָריה. אין זו רק מציאות חיים הלכה למעשה. כפי שראינו לעיל, זו גם מציאות נורמטיבית בעולמו של הדין הדתי, החל בהקשרים שונים על בני זוג יהודיים. בית־המשפט, אם ירצה ואם לא ירצה, משפיע בפסיקתו, בכל דרך שהיא, על אורחות חיי המשפחה ועל האפשרויות הריאליות של התרת הקשר ומחירו.

§187. נתבונן שוב בדוגמא של מתן צו הרחקה מן הבית — או דחייתו.

סירוב למתן צו הרחקה אינו משפיע פחות על מערכת היחסים ועל סיכויי התרת הקשר מאשר היענות לבקשה. קימוץ בהוצאת הצו יש לו השלכה על מערכת היחסים של כלל בני הזוג בישראל כשם שפתיחת היד, באופן חלקי או מלא, משפיעה על ההסדרים במשפחה. דרכי

7. השופט א' שינבוים, בעניין **ליפשיץ, לעיל** הערה 1, בע' 655־656. ראה גם השופט ח' כהן בע"א 425/63 מזרחי נ. מזרחי, פ"ד יח (1) 325, 331ב.

8. תיק 194/תשי"ג, פד"ר א 77, 80: "ואף שאנו מחמירים על עצמנו מלכופו בשוטים משום חששא דגט מעושה, עיין בבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד, אבל כופין אותו בדרך ברירה או לגרש או לזונה ולא תהא יושבת תחתיו". במקרה זה לא ניתן אפילו חיוב לגט אלא רק קבעו כי על הצדדים להיפרד זה מזו בגט. על כפייה בדרך ברירה בעניין זה ראה הפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד ג, אותיות ז־ח: "מיהו יכולים לכפותו בשוטים לזונה או לשמש או ליתן לה גט (בדרך ברירה) ואין זה נקרא כפייה על הגט רק כדי לקיים שארה כסותה ועונתה"; דרכי משה על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד; ראה גם תיק 116/כ"ה, פד"ר ו 221; ער/ תשל"ט/73, פד"ר יא 327; ער/ תש"מ/151/6, פד"ר יב 3; תיק 1553/תשל"ח, פד"ר יב 84, 92־93.

9. ראה ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 153, 168.

ההתנהגות של בני הזוג, הטקטיקה שיבחרו בה, האמצעים שניתן לגייס למאבק — כל אלה, פרי פסיקתו של בית־המשפט הם. ככל שינסה בית־המשפט בפסיקתו לברוח מפני התוצאה[10], אין הוא יכול להימלט ממנה.

גם קימוץ במתן צווי הרחקה מן הבית עושה את בית־המשפט כלי במאבקם של הצדדים להשגת גט. אמנם — כלי אחר, בעל אפקט שונה, אך עדיין אמצעי בר־השפעה. מתן הצו, כמו גם שלילתו וכמו אמצעים משפטיים אחרים, ובתוכם מזונות והסדרים רכושיים, משנים את מערכת יחסי הכוחות במשפחה ומשפיעים על זכויות הצדדים ועל יכולתם להגיע למטרה הרצויה להם[11].

המדיניות שקובע בית־המשפט היא מדיניות של בת־יענה. היא מתעלמת מן העובדה, שביכולתה להשפיע על אופי ההתנהגות של הבעל כלפי האשה[12]. מדיניות כזו מכניסה את מערכת היחסים בין בני הזוג ואת המערכת המשפטית למלכוד. מצד אחד, היא מציגה מציאות נחזית שלא ניתן לעמוד בה. רוצה לומר, אין הרטוריקה השיפוטית יכולה לשקף הלכה למעשה את העשייה השיפוטית. מצד שני, הניסיון של המערכת השיפוטית לצעוד בדרך המשפטית שהיא קבעה לעצמה גורר אחריו תוצאות חלקיות ובלתי מספקות. בני הזוג כמו גם המערכת המשפטית נותרים חשופים באמצע הדרך ללא פתרון משביע רצון.

§188. על רקעה של מדיניות שיפוטית זו זכור לטוב פסק־דין, הנוקט גישה אינטגרטיבית בתחום זה של צווי הרחקה מן הבית וזיקתם להסדר הגירושין בין בני הזוג. בית־המשפט העליון אישר פסק־דין מחוזי, אשר יצר הלכה למעשה תלות בין סוגיית ההרחקה מן הבית לבין התנאים והנסיבות, הקשורים לענייני הגירושין של בני זוג[13]. פסק־הדין הוא קצר ואין בו התדיינות בסוגייה העקרונית. ספק, איפוא, אם מגמה זו מודעת היא, אם היא פרי שינוי עמדה ואם היא נובעת משיקולים קונספטואליים. קרוב יותר לחשוב, כי פסק־הדין הוא פרי שיקול נסיבתי, הנסמך על עובדות המקרה. על עניין זה נרחיב את הדיבור בשער השלישי[14].

5) בית־המשפט האזרחי בישראל כ'בית־משפט למשפחה'

§189. בית־המשפט האזרחי בישראל, בערכאות שונות ובהקשרים שונים של סמכות לסוגיה השונים, עוסק במגזרים שונים של ענייני משפחה. כך מוסמך בית־המשפט להכריע, בין היתר, בשאלות של החזקת ילדים, במזונות אשה וילדים, בהסדרת ענייני רכוש שונים,

10. הלכת כסיף, לעיל הערה 1, בע' 301.

11. ראה השופט א' שינבוים בעניין ליפשיץ, לעיל הערה 1, בע' 656ג־ד, הרומז להשפעה שיש לכל סוג של מדיניות שיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג. כך, למשל, הימנעות ממתן צווים מאפשרת לבעל לכפות, ביתר קלות, גירושין על האשה בדרכי אלימות. לעומת זאת, שימוש רחב בסעד עשוי להוות נשק, אמצעי לחץ, בידי האשה להניע את הבעל למתן הגט.

12. ראה להלן פסקאות 564־565.

13. ע"א 745/87 סריוטי נ. סריוטי, פ"ד מב (4) 878, 879.

14. ראה להלן פסקה 568.

כולל הצהרה על חלקו של כל אחד מבני הזוג ברכוש המשפחה, פירוק השיתוף, במכלול או בנכס ספציפי, וחלוקת הרכוש בדרך אחרת. חלק ניכר מסכסוכיה של משפחה מוכרע היום בבתי־המשפט. במקרים רבים לא נותר לבית־הדין אלא לסתום פורמלית את הגולל על קשר הנישואין במשפחה כזו. הדין הדתי מקשה על התרת הקשר בין הצדדים. גם במקרים כאלה עוסק בית־המשפט בסבך הבעיות שמעסיקות את בני הזוג, ובחוליות השונות המרכיבות את פירוק הקשר למעשה, אם לא להלכה.

לגבי חלק הארי של הזוגות בישראל זירת ההתגוששות היא בית־המשפט. במציאות הישראלית, שבה אין בני הדת היהודית יכולים להתיר, למעשה, את נישואיהם אלא בדרך של הסכמה, מוכרע מרכזם של סכסוכי המשפחה (ילדים, ממון ורכוש) בבית־המשפט. אין בידינו סטטיסטיקה, אולם לא יהיה זה מופרך לקבוע, כי חלק ניכר מהסכמי הגירושין נחתמים דווקא בבית־המשפט המחוזי, במהלך דיון בתביעות המוגשות בו או כתוצאה מהן. בית־המשפט מאשר את ההסכמים מכוח חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973.

6) מסקנה: החיוניות שבגישה האינטגרטיבית

§190. לנוכח כל אלה, לא יעלה על הדעת שבית־המשפט, העוסק בקטע כלשהו מן הסכסוך במשפחה לא ייתן את הדעת לשיקולים שונים, רחבים וכוללים. כך, למשל, לא יעלה על הדעת להתעלם, באיזשהו דיון בענייני משפחה, משיקולים הקשורים בטובת הילדים וברווחתם. לא מן הראוי והנכון יהיה שבית־המשפט יראה עצמו צמוד באופן דווקני לַמקור הפורמלי, יעצום עין מן המציאות המשפטית המתוארת ויתעלם מאחריותו להכרעה אמיתית, נכונה וצודקת של הסכסוך האמיתי שבין בני הזוג ובמסגרת המשפחה. הדבר אינו מתיישב לא עם הדין הדתי, לא עם המציאות הישראלית ולא עם הגישה הרווחת על דרך הדיון בענייני משפחה ואופיו שבשיטות משפטיות בעולם. בשיטות רבות בעולם מקובל, כי בית המשפט בוחן את הסכסוך במשפחה לא באספקלריה המצומצמת הדיונית, שהצדדים הגישו לו, אלא מאתר באמצעות התביעה את הסכסוך, חודר אל תוכו ומטפל בלב הבעיות[15].

15. על סוגייה זו ראה, בין היתר, E.D. Dyson & R.B. Dyson, "Family Courts in the United States" 8 **J. of Fam. L.** (1968) 505, 515 et seq.; 9 **J. of Fam. L.** (1969) 1; W. Friedmann, **Law in a Changing Society** (2nd ed., London, 1972) 252 et seq.; **Report of the Committee on One-Parent Families** (Sir M. Finer, Chairman) Cmnd. 5629 (1974, London); **Law Reform Commission of Canada, The Family Court,** Working Paper 1 (1974, Ottawa); B.M. Hoggett & D.S. Pearl, **The Family, Law and Society, Cases and Materials** (London, 1983) 625 et seq.; J. Wade, "The Family Court of Australia and Informality in Court Procedure" 27 **Int. & Com. L.Q.** (1978) 820; A. Goetting, "The Guatemala Family Court" 21 **J. of Fam. L.** (1982-3) 53; J.McHugh, "A Family Court for England and Wales" 16 **Family Law** (1986) 348; J. Fogarty, "Family Court — Possible Future Directions" **UNSW L.J.** (1985) 204; M.D.A. Freeman, "Questioning the Delegalization Movement in Family Law: Do We Really Want a Family Court" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz, ed., Toronto, 1984) 7; E. Szwed, "The Family Court" in **The State, the Law and the Family**

מערכת ההתדיינות בענייני משפחה בישראל אינה יוצרת את הקרע במשפחה, אך אין היא מושיטה את הסיוע הנדרש ממערכת משפטית כדי להקל את המצוקה. בהקשרים מסוימים היא אף משמשת תמריץ שלילי לאפשרות השיקום או לאפשרות ההכרעה היעילה. לעיתים המבנה של המערכת הקיימת דוחף את הצדדים להקדמת מועד ההתדיינות, להחרפת הסכסוך ולהעמקת הקרע.

את הגישה האינטגרטיבית ניתן לאמץ ללא צורך בשינויים חקיקתיים כלשהם. למטרה זו, אין צורך להמתין לקבלת ההמלצות הכלולות בדין־וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה, באשר לריכוז הסמכויות של בתי־המשפט בענייני המשפחה בבית־המשפט המחוזי[16]. ריכוז הסמכויות יתרום באופן ממשי לרווחת המתדיינים ולרווחת הציבור בכללותו. הדינמיקה אשר תתפתח במסגרת בית־משפט אחד, המרכז את כל הסמכויות האזרחיות בענייני משפחה, תשריש עמדות ראויות על אופן ניהול סכסוכים בענייני משפחה ותוביל בְּרבות הימים גם לגישה הוגנת מצד בעלי הדין. ריכוז הסמכויות בתוספת אימוץ יתר החלטות הוועדה יהפכו את בית־המשפט המחוזי לבית־משפט, הקרוב במתכונתו לבתי־משפט למשפחה כמקובל במתוקנות שבשיטות המשפטיות בעולם.

עם זאת, גם במצב המשפטי הנתון יש לבית־המשפט כלים מינימליים, המאפשרים לו לאמץ לעצמו גישה אינטגרטיבית. העיקר הוא הגישה השיפוטית והאופן שבו נתפס התפקיד השיפוטי בעיני השופט הדן בענייני המשפחה. יתר על כן, בדיני המשפחה סדרי־הדין, דרכי ההליך ואופני ההתדיינות חשובים לא פחות מן הדין המהותי[17]. את כל אלה ניתן לרתום לטובת הגישה האינטגרטיבית.

את המערכת המוסדית הבלתי אינטגרטיבית אין בכוחו של השופט לשנות. אולם את הגישה האינטגרטיבית לענייני המשפחה — בן־חורין הוא לאמץ ובידו־הוא לעשותה. הכלים הפרוצדורליים הקיימים, שמעמידים לו חוק הסעד (סדרי־דין בענייני קטינים, חולי־נפש ונעדרים), תשט"ו־1955, ותקנות סדר־הדין האזרחי, תשמ"ד־1984, עשויים להקל עליו את אימוץ הגישה האינטגרטיבית ואת יישומה.

(M.D.A. Freeman, ed., 1984) 265). על ספרות ענֶפה בנושא בית־המשפט למשפחה, ראה שם בע' 278 — 280.

16. הוגש לשר המשפטים בדצמבר 1986. בראש הוועדה עמד שופט בית־המשפט המחוזי בתל־אביב, מר אלישע שיינבוים ז"ל.

17. J. Eekelaar, **Family Law and Social Policy** (London, 1978) 276.

פרק שלישי

עיקרון סגירת הפערים

§191. החתירה להשלמה בין ההשקפה האידיאולוגית וההתנהגות הרווחת בציבור לבין הדין הנוהג — יוצרת תהליכים הדרגתיים של סגירת פערים ברמות שונות ובכיוונים שונים. נוצר תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעי חקיקה ישירים או עקיפים, ובאמצעי פסיקה עקיפה.

יכולת השינוי הישירה בדרך החקיקה מוגבלת עקב אילוצים שונים, בין השאר גם פוליטיים. המסגרות החברתיות והפוליטיות אינן אוצרות די כוח כדי להביא תמורה ישירה במצב המשפטי. במקביל, הפער בין הנורמות לבין ההצדקה החברתית שלהן וההתנהגות בפועל של רוב הציבור ממשיך להתקיים, ואף הולך ומתרחב.

במצב כזה הולך ומתפתח בשיטה המשפטית, בעיקר באולמות בית־המשפט, הסדר משפטי הרחק מן המסדרונות הפוליטיים, מעבר להישג ידם של ההסדרים הקואליציוניים ומחוץ לטווח האור של זרקורי הכנסת. ההסדר חותר להשגת פשרה בין הנורמות הקיימות, הדין הכתוב, לבין המציאות הרווחת והזוכה גם ללגיטימציה חברתית[1].

פשרה זו מקרבת את האידיאולוגיה והמציאות היום־יומית לדין הנוהג. אולם, בד בבד עם סגירת הפערים האמורה, וכחלק בלתי נפרד מן התהליך האמור, נוצר מרחק בין דין הספר לדין החיים[2]. דין הספר אינו משתנה. הוא נשאר במתכונתו הראשונית. בכך יוצאת הגישה השמרנית ידי חובתה הפורמלית. הדין הנוהג משתנה באופן חלקי ובאופן הדרגתי. בכך מקבלת הגישה החדשה את סיפוקה החלקי. שתי הגישות יוצאות וחצי תאוותן בידן, אולם ההכרח בל יגונה.

> "פשרה המבוססת על דואליות משפטית (דין הספר ודין החיים) נמשכת וחייבת להימשך כל עוד בידי העמדה השמרנית מתרכז כוח המאפשר לה למנוע מן העמדה הליברלית למצוא ביטוי מפורש בחוק"[3].

1. M. Rheinstein, **Marriage Stability, Divorce and the Law** (Chicago, 1972) 31, 46—49, 56, 247, 251—262, 311—313, 406; W. Friedmann, **Law in a Changing Society** (2nd ed., London, 1972) 25—32.
2. M. Rheinstein, **supra** note 1, at 29-30, 51 et seq.
3. M. Rheinstein, **supra** note 1, at 258.

ההסדר הנולד בחיקם של בתי־המשפט עוקף את הדרכים המקובלות ועושה שימוש במוסדות ובכללים — שלא לתכליות שלשמם הם נועדו — כדי להשיג את המטרה הרצויה בעקבות קביעת המדיניות המשפטית הראויה.

דיני המשפחה בכל אתר היו קשורים לדת, למוסר ולמסגרות חברתיות נוקשות. ההסדר המשפטי הגלוי, הישיר והפורמלי, לא יכול היה להדביק את המציאות המשתנה במהירות. הדוגמות הנוצריות ושרידים חזקים של מוסר פוריטני, שהשרישו חזק באדמת המשפט, הקשו על עריכת רפורמות חקיקתיות. דיני המשפחה בשיטות משפטיות רבות בעולם נאלצו לנקוט אמצעים שונים לשם סגירת הפערים בין הדין למציאות, על ידי שימוש באמצעי משפטי מסוים למטרה שונה מזו שיועדה לו במקור.

בחברה דמוקרטית בלתי אפשרי הוא להטיל הסדר משפטי על חברה עוינת או מסתייגת; המתח בין הנורמה המשפטית לנורמה החברתית אינו יכול להיות גדול מדי[4]. המלומד האמריקני מ׳ ראינשטיין הוכיח במחקרו, כי בכל החברות המערביות בעלות מרקם חיים דמוקרטי ננקטו במשך עשרות שנים אמצעי עקיפין שונים לסגירת הפער, שהתקיים בדיני משפחה בין המציאות לבין הדין. דרך סגירת הפערים בחברה כזו במציאות הנתונה היא בלתי נמנעת[5]. רק החל בסוף שנות השישים נוצרו במדינות המערביות השונות הנסיבות, אשר אפשרו את המעורבות הישירה של המחוקק.

§192. במדינות רבות לא אִפשר הדין לצדדים להתיר נישואין בדרך של הסכמה, וכפף את אפשרות התרת הנישואין לעילות הקשורות באשמתו של אחד הצדדים. הפער בין המציאות למשפט ובין האידיאולוגיה ואורח־החיים למשפט, בתחום דיני הגירושין (עד סוף שנות השישים) הוליך את בתי־המשפט במדינות השונות לשימוש באמצעי עקיפין, בכלים משפטיים שונים ובטכניקות משפטיות שונות, לשם צמצום הפער בין דין הספר לדין החיים. בין השאר, יצרו הצדדים עילות אשמה מלאכותיות כדי להשיג למעשה — את אשר נאסר להלכה. הדבר נעשה, בין היתר, באמצעות תחבולות ו׳דרכי רמייה׳ של העמדת ראיות ושל השגת עדים. המערכת השיפוטית שיתפה פעולה עם הפרקליטים ועם בעלי הדין עצמם. כך התאפשרה, הלכה למעשה, התרת נישואין בהסכמה הדדית, אף שאופן זה של גירושין היה בבַל ייראה ובבַל יימצא בדיני הגירושין הכתובים עלי ספר[6].

גם על הסדרי המזונות הועמסו בעבר, מלבד סיפוק צורכי המחיה השוטפים של האשה, צרכים נוספים אחרים. תשלומי המזונות שימשו, בחלק מן השיטות המשפטיות בעולם, למטרות המעוגנות במערכת היחסים האישיים בין בני הזוג ולתכליות הקשורות בהסדר יחסי הרכוש ביניהם. תשלומי מזונות היוו אמצעי לענישת בן הזוג ה׳אשם׳ בפירוק קשר הנישואין, ולתגמול הצד ה׳חף׳. בשיטות משפטיות רבות, בעיקר בשיטות שנהג בהן עיקרון נוקשה של

4. W. Friedmann, **supra** note 1, at 25.

5. **supra** note 1.

6. M. Rheinstein, **supra** note 1, at 29, 46—49, 56 et seq., 247 et seq.; W. Friedmann, **supra** note 1, at 251-252; R. Konig, **International Encyclopedia of Comparative Law,** Vol. 4, Persons and Family, Chapter 1, Sociological Introduction (Tubingen) 66; J.T. Oldham, "Is the Concept of Marital Property Outdated?" 22 **J. of Fam. L.** (1983-4) 263, 270.

הפרדה רכושית בין בני הזוג, ראו במזונות אמצעי של חלוקת רכוש. בשיטות משפטיות אלה הוסווה הסדר של חלוקת רכוש הלכה למעשה על ידי תשלום המזונות. הדבר נעשה בדרכים שונות, ובין היתר באמצעות הסדר תשלומים עיתיים גבוהים או — בדרך של קביעת תשלום חד־פעמי[7].

בפרק הקודם נוכחנו לדעת, כי גם בדין העברי משמשים מוסדות משפטיים שונים, בעיקר דיני המזונות, מובילים להשגת מטרות אחרות בדרך עקיפה. דיני המזונות נעשים לעיתים מזומנות אמצעי משפטי לגיטימי במסגרת דיני הגירושין[8].

§193. מה שהתגלה במחקרו של האמריקני מ׳ ראינשטיין הולם גם את המציאות הישראלית.

כבר עמדנו בחלק הראשון של שער זה על האפשרויות השונות של סגירת הפערים בישראל: סגירת פערים פנימית במסגרת הדין הדתי עצמו, וסגירת פערים חיצונית במסגרת המערכת האזרחית־חילונית.

סגירת פערים בדרך של התאמה כוללת ומוחלטת בין שתי המערכות אינה אפשרית וגם אינה באה בחשבון. מסירת המכלול השלם של דיני המשפחה לסמכותם הייחודית של בתי־הדין אינה עומדת כלל על סדר היום. גם הטלת הדין הדתי בשלמותו, ללא כל מעורבות או השפעה של הדין האזרחי על דיני המשפחה בהידונם בבתי־המשפט, אינה מקובלת בשום צורה ואופן. מאידך גיסא, לא יתכן להטיל על בית־הדין הרבני את המערכת האזרחית בשלמותה[9]. אנו נידונים לחיות עם הפיצול הכפול ועם השניות המשפטית. במסגרת זו יש לבחון את הדרך של סגירת הפערים ואת אופן יישומה.

הניסיון מלמד כי קיימים קשיים לא מבוטלים במערכת הדתית, המגבילים את אפשרות סגירת הפערים הפנימית. יתר על כן, במקרים מסוימים, בהם מתגברת המערכת הדתית על קשייה הפנימיים ומנסה לסגור את הפער בדין הדתי פנימה, אין הדבר מקובל על המערכת האזרחית. גם אם הכוונה רצויה — ולעיתים, גם התוצאה קבילה — הרי התהליך שבדרך, כולל הטכניקה ההלכתית שננקטה, ההנמקה שניתנה והשלכותיהם של אלה, אינו מתיישב עם מושכלות אזרחיים בסיסיים. דרכי סגירת הפערים הפנימית ואופניה נראים

7. I.F.G. Baxter, **Marital Property** (Commulative Supplement, 1988) 139; M.A. Glendon, **The New Family and the New Property** (Toronto, 1981) 68; L.J. Weitzman, **The Divorce Revolution** (New-York, 1985) 146). א׳ לבונטין, **נישואין וגירושין שנערכו מחוץ למדינה** (תשי״ז) 91־92, מכנה שיטות עקיפין כאלה בשם ה״כזב הקדוש״. הוא נותן דוגמא של חֶבר־מושבעים אנגלי שכדי להציל נאשמת מעונש מיתה על גניבת 40 שילינג מבית מגורים נשבע כי שטר של 10 שטרלינג שווה רק 39 שילינג.

8. ראה לעיל פסקה 185.

9. הצעתו של השופט א׳ ויתקון, שלפיה יחויב גם בית־הדין הרבני להחיל את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ע״א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ״ד ח 141, 180, לא נתקבלה על ידי בית־המשפט, ראה בג״צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ״ד יח (1) 598, 620, 627. השופט מ׳ זילברג הציע במקום אחד להתקין תקנה, אשר תמנע הוצאת היתר נישואין בעילה של נישואין אזרחיים, ראה הלכת **שטרייט**, שם בע׳ 627. במקום אחר הציע כי בית־הדין יתחשב במציאות הנוצרת על ידי חקיקה חילונית (להבדיל מהיענות לחקיקה זו) ראה מ׳ זילברג ״יש לחייב כוהן לזון אשתו ה׳גרושה׳׳ **באין כאחד** (תשמ״ב) 234.

לעיתים, בעיני המערכת האזרחית, כפותחים פערים חדשים — לא פחות חמורים מאלה שאותם בקשו לסגור.

פערים בין הדין הדתי למציאות, שאינם נסגרים בדין הדתי פנימה, גוררים אחריהם את התהליך ההדרגתי של סגירת פערים באמצעות הרשויות החילוניות, כגון המחוקק או בית־המשפט העליון.

יש להניח כי תהליך זה של סגירת הפערים מונע משבר חריף בין הציבור למערכת הדתית, מרכך התנגשויות חזיתיות בתחום ענייני הנישואין והגירושין, ובולם את התביעות הרדיקליות יותר לשינוי כללי של השיטה ולהנהגת נישואין אזרחיים בישראל.

§194. דרך סגירת הפערים, תוך שימוש במכשיר משפטי למטרה שונה מזו שהוא נועד לה מלכתחילה, נראית בעינינו אמצעי הולם ולגיטימי לצמצום הפערים בין המציאות הישראלית והאידיאולוגיה הרווחת אצל חלק הארי של הציבור היהודי בישראל לבין הדין הדתי הנוהג. ואכן, המשפט הישראלי נקט ביודעין טכניקה זו של סגירת פערים בסוגיות שונות מתחום דיני המשפחה.

במסגרת הסדרת אחת הסוגיות האלה, סוגיית הקידושין הפרטיים, אמר בית־המשפט:

"בית המשפט מצדו מצווה לחפש את פתרונותיו במסגרת החוק הקיים, כדי להגיע ל־modus vivendi נסבל"[10].

"הרשות החילונית באה לעזרתו של אדם אשר מטעמים מצפוניים לא שעה אל איסור ההלכה"[11].

בית־המשפט מודה בשניים:

ראשית, כי הוא נותן ידו לתחבולה שמשתמשים בה הצדדים כדי להשיג את המטרה שביקשו לעצמם:

"אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה שהם השתמשו"[12].

"הטעמים שהמריצוני... לסמוך ידי על 'התחבולה' שבני הזוג מצאו לעצמם"[13].

שנית, כי הפתרון אשר נמצא לבעיית הקידושין הפרטיים לא היה אידיאלי, כי אם דחוק,

"אבל ההכרח לא יגונה — וההכרח היה שם לדחוק את מתן התרופה לבני־הזוג במצוקתם האישית אל תוך מסגרת החוק הקיים"[14].

בית־המשפט נותן ביטוי לשלושה אספקטים: למטרה המיועדת — השגת פשרה; לאמצעים העקיפים — פתרון לא אידיאלי ודחוק; לגבולות הדרך של סגירת פערים — "במסגרת החוק הקיים".

בסוגייה אחרת, שלל בית־המשפט את השימוש בצו הרחקה מן הבית (המתייחס לדין

10. בג"צ 130/66 — 132 שגב נ. בית־הדין הרבני האיזורי, צפת, פ"ד כא (2) 505, 558.
11. הלכת שגב, שם בע' 555.
12. בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ. שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069.
13. בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד (1) 704, 712.
14. הלכת שגב, לעיל הערה 10, בע' 556־557.

המזונות) לשם השגת תכליות אחרות בדיני משפחה וכחלק מהסדר מערכת היחסים הכוללת בין בני זוג, במסגרת סגירת פערים בשיטה המשפטית[15].

הדרך של סגירת פערים היא פתוחה ורחבה. הפעלתה על ידי המחוקק נוגעת למידת הכוח הפוליטי שהוא מסוגל לרכז. יישומה על ידי בית־המשפט מותנה במגבלות החוק, במדיניות המשפטית, במידת המצוקה ובהיקפה, דהיינו: באילוצים המיוחדים שזימנה השיטה בסוגייה הספציפית נשוא הדיון, ובמידת חופש התמרון שבית־המשפט מוכן ליטול על עצמו בתחום זה של ענייני הנישואין והגירושין.

על שיקולים אלה, כמו גם על העמדות העקרוניות הנוגעות לסגירת הפערים בשיטת המשפט הישראלית, על טענות הביקורת ועל התשובות להן, נעמוד בהרחבה ובפירוט לקראת סוף שער זה[16]. לשם איזון התמונה המצטיירת נסתפק במסגרת פרק זה בהפניה להמלצה על ריסון ואיפוק שיפוטי בתחום דיני המשפחה בישראל. המלצה לנקיטת דרך שקולה וזהירה עולה מדברי השופט א' ברק:

> "קיימים תחומי משפט הטעונים מטען אידיאולוגי חריף (כגון, מקצת דיני המשפחה), אשר בהם צריך השופט לבחון בזהירות את צעדיו לאור שיקולי הקונסנזוס"[17].

ראוי לציון, כי אין השופט א' ברק מדבר אלא על מקצת דיני משפחה. בין אלה הוא מונה במיוחד את ההתאפקות השיפוטית, הנדרשת בכל הנוגע לסוגיית הנישואין אזרחיים, וזו — טעונה מטען אידיאולוגי כבד ושנויה במחלוקת חריפה בציבור[18].

§195. דיני המשפחה בישראל גם מזמנים סימטריה מעניינת בין השימוש במכשירים משפטיים על ידי הפרט — לשימוש באמצעים משפטיים על ידי הרשות השיפוטית:

1) הבחירה במכשיר משפטי זה או אחר על ידי בעל דין עשויה להיות חסרת משקל אמיתי ולבטא רק טקטיקה של מאבק, שיעדיו הוכתבו מראש.

2) הבחירה באמצעי משפטי זה או אחר על ידי בית־המשפט עשויה לבטא צורך לפתרון, בדרכים שיפוטיות, של בעיה במשפט הישראלי בתחום דיני המשפחה.

סימטריה זו משקפת את תחושת המצוקה בשיטה המשפטית, המשותפת לבעלי הדין ולמוסדות המשפטיים. הקלת המצוקה מחייבת הערכות משפטית של המערכות הנוגעות בדבר, שבסופו של דבר זהה בתבניתה. בכל אחד משני המקרים הבחירה באמצעי משפטי זה או אחר — לא ללמד על עצמה בלבד יצאה. הבחירה באמצעי המשפטי משרתת תכלית עקרונית, רחבה יותר, מצד אחד, ובד בבד היא מבקשת להשיג את המטרה הפרטנית המסוימת, מצד שני.

דרך זו של סגירת הפערים אינה נקייה מקשיים ומביקורת. על אופן סגירת הפערים במשפט הישראלי הלכה למעשה — תחומיה, מידת דיותה, מגבלותיה וביקורתה — נרחיב את

15. ראה על כך להלן פסקה 546. ביקורת על עמדה זו, ראה להלן פסקאות 554 — 574, במיוחד פסקה 562.

16. ראה להלן פסקאות 350 — 363.

17. א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 291. ראה גם א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (1983) 25, 66.

18. שם בע' 290. במאמר, שם בע' 65.

הדיבור בשני החלקים הבאים. נברר את הניסיונות שנעשו בשיטתנו המשפטית לסגירת הפערים על מכלול היבטיהם.

על בסיס עקרונות ההתמודדות שהצענו בחלק זה, לאור הניתוח המשפטי בשער הראשון ועל רקע הגישה המשפטית, כפי שתידון בשני החלקים הבאים, נבחן בשער השלישי מספר סוגיות משפטיות ונציע את דרך ההתייחסות המשפטית הנראית לנו, וכן את הפתרון הראוי והרצוי במסגרת המשפטית הקיימת.

חלק שלישי

סגירת פערים פנימית

כללי

§196. הדין הדתי עומד לפני תביעות חריפות ונמרצות להתאים עצמו למציאות הישראלית ולהיענות למצוקות הדור. העובדה, כי לראשונה נכפה הדין על רוב שאינו מכיר באוטוריטה הדתית התומכת דין זה, מחייבת הערכות נורמטיבית כלשהי. ההיגיון מחייב, כי לא ניתן להתעלם מן המציאות החדשה. אולם, היגיון לחוד ומציאות הלכתית לחוד. קשה לומר, כי הדין הדתי השכיל להתמודד בהצלחה עם משימה זו במישור העקרוני הרחב ואף בסוגיות המרכזיות.

§197. בהתייחסנו להיקף הפער, הקיים בשיטה הישראלית יחסית לשיטות משפטיות אחרות בעולם, אין לשכוח כי במספר עניינים מרכזיים היה לתפיסה המשפטית של המשפט העברי, עד למחצית השנייה של מאה זו, יתרון על פני שיטות משפטיות אחרות:

1) הדין העברי מכיר בגירושין מתוך הסכמה.
2) דין זה מאפשר התנאה רחבה בעניינים ממוניים ורכושיים.
3) תשלום עיקר הכתובה מעניק לאשה תשלום חד־פעמי מפצה בעת הגירושין.
4) שלילת חיוב המזונות לאחר גירושין קובעת ניתוק ברור ו׳חלק׳ בין בני הזוג לאחר הגירושין. בכך, נמנע קשר שלילי נמשך בין בני הזוג שהתגרשו ומוקל תהליך השיקום של כל אחד מהם לאחר הגירושין.
5) התפקיד השיפוטי בהתדיינות בין בני הזוג אינו מעמיד במרכז את ההכרעה בסכסוך אלא את המשפחה, שלומה וטובתה. בית־הדין אינו מפעיל שיטה אדברסָרית, מה גם שבמערכת מתוקנת עליו לפעול גם כמתווך וכמפשר, במתכונת המקובלת היום של בתי־משפט למשפחה.

§198. בחלק זה נתרכז בסגירת הפערים הפנימית של הדין העברי.
בפרק הראשון נבחן את ההתייחסות לסגירת פערים פנימית במספר סוגיות. ננסה להצביע, ללא כוונה למצות את הכול, על עניינים שנעשה בהם ניסיון כלשהו לסגור את הפער בין

דין הספר לדין החיים. נרחיב במיוחד בסוגייה המרכזית של מעמד האשה. סוגייה זו תידון בהרחבה על רקעה של השתלשלות היסטורית.
בפרק השני ננתח את הקשיים הפנימיים והחיצוניים המזומנים לסגירת הפערים הפנימית, ואת הבעיות הנִקרות בדרכה.

פרק ראשון

סגירת פערים פנימית — סוגיות מרכזיות

1) מעמד האשה במשפחה

א) מעמדה העקרוני של האשה

§199. הפסוק המפורסם של קללת האל לאשה "אל האשה אמר... ואל אישך תשוקתך והוא ימשול בך"[1] עשוי לשמש נקודת מוצא לקביעת מעמדה של האשה במשפחה. ניתן היה לבסס על מקור מקראי זה עמדה עקרונית, תיאולוגית ומטפיזית, על מעמדה הנחות של האשה במעגל החברתי בכלל, ועל מעמדה במעגל המשפחתי, בפרט. הפסוק מורה, לכאורה, על היררכיה ברורה וחד־משמעית במערכת היחסים שבין המינים, הבנויה על מרותו של האיש, הבעל, כלפי האשה.
על פני הדברים נראה פירוש לכאורה זה כפשוטו של מקרא. אולם, כאשר נבחנת פרשנותו של מקרא זה בתלמוד מתגלה תופעה מאלפת. המדרש "דוחק" את פרשנותו של המקרא האמור מן המישור הערכי הכולל, מן הרמה הרעיונית העקרונית, אל הרובד הספציפי, הפרטי. בשני מקומות בתלמוד נידונים שני חלקיו של המקרא ובשניהם ההתייחסות היא אל דרכי ההנהגה האינטימית שבין בני הזוג[2]. הפרשנות מעניקה אמנם למקרא זה מעמד נורמטיבי, דהיינו מֶמד משפטי, על ידי שיבוצו במכלול של איסורים והיתרים ביחסים המיניים שבין הבעל והאשה[3], אולם את הקללה שבמקרא הופכת הפרשנות למוקד של

1. בראשית ג טז.
2. יבמות סב ב: "חייב אדם לפקוד את אשתו בשעה שהוא יוצא לדרך. מהתם נפקא: 'ואל אישך תשוקתך' מלמד שהאשה משתוקקת על בעלה בשעה שהוא יוצא לדרך". עירובין ק ב: "'והוא ימשול בך', מלמד שהאשה תובעת בלב והאיש תובע בפה, וזו היא מידה טובה בנשים". ובעל ה"תורה תמימה" מפרש ומבהיר (בראשית ג טז): "אף על פי שהיא מידה טובה, מידת צניעות, בכל זאת קללה היא, שאינה יכולה להביע חֶפצה אף לבעלה".
3. ראה תורה תמימה בראשית ג טז.

התחשבות באשה, דווקא[4]. לא ייפלא איפוא כי מפרש מדרשים מאוחר, בעל התורה תמימה, תובע את עלבון פשוטו של מקרא, את עלבון דחיקתו של העיקרון הכללי למעין "שוליים פרשניים"[5].

מקרא זה מצביע על כך, שאפילו בגוב האריות של מקור עקרוני, הנחזה להיות קשה כל כך לשוקדים על מעמדה של האשה, הופעלו במקורותינו אמצעי פרשנות מרכזיים. המסקנה האפשרית הנה כי לא גורמים מטפיזיים, עקרוניים, בונים את כללי הדין בכל הקשור למעמדה של האשה בכלל, ולמעמדה במשפחה, בפרט. הגורמים החברתיים, תרבותיים, או בלשון אחרת הגורמים הסביבתיים, תורמים תרומה מכרעת לעיצובם של כללי המשפט העברי בתחום זה. הניסיון להגיע למודיפיקציות משפטיות, בעת העברת מושגים או תוצאות משפטיות ממציאות חברתית אחת לאחרת, אינו חייב להיתקל בחומר הבצורה של אמת מטפיזית, נצחית ובלתי ניתנת לערעור. לבסוסן של הנחות אלה באשר למעמדה של האשה במשפחה על בסיס המשפט העברי יוקדש חלקו הראשון של פרק זה.

בפתח הדברים נמשיך ונבדוק מקורות המתמקדים במעמדה העקרוני של האשה לעומת האיש, בעולם ובחברה. מעמדה של האשה במשפחה הוא במידה רבה פונקציה של מעמדה בקהילה. המקורות שיידונו מתייחסים כולם לאותה מסגרת, דהיינו סדרי העדיפויות בין המינים. ניווכח לדעת כי ההלכה נוקטת אותה תבנית של פתרונות, הן בהקשר החברתי הכולל והן בהקשר המשפחתי, בין משפחת המקור ובין משפחת הגרעין.

ב) מעמדה החברתי של האשה

§200. לעניין סדרי עדיפויות בהקשר החברתי הכולל שָׁנינו במשנה:

"האיש קודם לאשה להחיות ולהשיב אבידה והאשה קודמת לאיש לכסות ולהוציאה מבית השבי. בזמן ששניהם עומדים לקלקלה האיש קודם לאשה"[6].

משנה זו עוסקת בשאלות של סדרי עדיפויות בעניינים שונים במקרה של 'תחרות' בין המינים. עיון במשנה מלמד כי ההעדפה בין איש לאשה אינה אחידה, היא משתנית בהתאם לסוגי העניינים השונים. מכאן רק כפסע מן המסקנה, שהתוצאות המשפטיות בקביעת סדרי

4. יבמות סב ב.

5. "ויש להעיר שאינו מפרש הלשון 'והוא ימשול בך' בפשיטות מלשון אדנות... נראה דודאי אין מקרא יוצא מידי פשוטו...".
הוא אינו מסתפק בביאור המקורות התלמודיים אלא מוסיף ואומר:
"ובוודאי כולל לשון פסוק זה גם כוונת הלשון כפשוטו, דבדרכי חיי איש ואשה חייבת האשה לקבל מרות בעלה". יתר על כן, הוא מסיק כי ממקור זה, בין היתר, למד הרמב"ם, הלכה למעשה, את ההלכה (אישות, טו כ) "ויהיה בעיניה (הבעל בעיני האשה) כמו מלך או שר".
בעל 'תורה תמימה' אינו המקור היחיד, המסמיך את הפסוק האמור לחובת הציות של האשה לבעלה ולכפיפותה אליו. גם ר' יצחק אבוהב בעל 'מנורת המאור', הנר השלישי, כלל ו, חלק ד, פרק ב קובע: "אף על־פי שהאשה היא בת זוגו של אדם, אל תחשוב בעיניה לבעלה כחבר אלא כאדון... האשה תאהב את בעלה והוא ימשול בה שנאמר 'ואל אישך תשוקתך וגו'".

6. משנה, הוריות ג ז.

העדיפויות המונצחים במשנה נגזרות מהנחות יסוד כלשהן, ומבוססות על ייחוס מטרות שונות לכל אחד מן המינים[7].

כאשר הברירה היא בהצלת חיים ואין אפשרות להציל אלא נפש אחת, איש או אשה, מעדיפה המשנה את הצלת האיש על פני הצלתה של האשה. הרמב"ם תולה העדפה זו בחובות הדתיות של האיש לעומת האשה[8], דהיינו במשמעות התפקיד שממלא בעולם האיש, לעומת האשה, במסגרת תפיסת העולם של ההלכה.

לכאורה, דברי הרמב"ם עומדים בסתירה למאמץ הפרשני של חכמים המכוון לפסוק מספר בראשית, שהצבענו עליו בראשית הפרק. אולם, לנו נראה כי שני המקורות מחזקים האחד את רעהו. המשנה מציגה סדר עדיפויות יחסי ולא סדר עדיפויות מוחלט. התוצאות משתנות בהתאם לצרכים, לתכליות שההלכה חותרת לקראתן ולנסיבות של סוגי עניינים שונים. ההערכה היחסית של כל אחת מן התכליות, השקלול של התפקידים השונים המוטלים על בני כל אחד מן המינים, ועצם החלוקה של התפקידים הם עניינים משתנים. השאלות מי יגשים את עצמו טוב יותר ופעולותיו של מי תשרתנה את המטרות החברתיות, כפי שנקבעו בעולמה של הלכה, הן שאלות פתוחות והן חשופות לשיני הזמן ולתהפוכות המקום. מאבק בין ערכים וסדרי העדפה חברתיים — לעולם בני שינוי הם. השינוי הוא, לעיתים קרובות, איטי והדרגתי, אולם מרגע שיצאנו מתחום המוחלט והקבוע אין נחיתותה של האשה עקרונית אלא, בלשוננו, סביבתית.

הנחות יסוד דתיות אלה, בדבר חלוקת תפקידים אפריורית כזו בין המינים, אינן מקובלות היום על רוב הציבור בישראל. יתר על כן, רוב הציבור אינו מוכן להסכים כי ההבחנה המינית כשלעצמה — או כי הממד הערכי, המוצע בפירוש הרמב"ם — הם שיקולים רלבנטיים בקביעת סדרי העדפה בהצלת נפש. אולם העיקרון, שלפיו ערכים חברתיים ויעילות הגשמתם אוצלים ישירות על ההסדרים המשפטיים, הוא מיסודותיה של כל תורת משפט[9].

המקור ההלכתי האחרון בפתח הדברים הוא כפול, סדרי ההעדפה בין האיש לאשה בנוגע לחובת האשה לכבד את הוריה ולחובת ילדים לכבד את הוריהם.

דין תורה קובע חיוב עקרוני זהה לַבַּן ולבת בכיבוד הוריהם.

> "כל מצוות האב המוטלות על הבן לעשות לאביו אחד אנשים ואחד נשים חייבין"[10].

אולם להלכה חייב רק האיש ולא האשה. הטעם לכך ניתן בהמשך הגמרא:

> "איש סיפק בידו לעשות אשה אין סיפק בידה לעשות מפני שרשות אחרים עליה"[11].

7. ראה א' ג' אלינסון, **האשה והמצוות**, ספר ראשון (תשל"ז) 11 — 21.
8. פירוש המשניות לרמב"ם, הוריות ג ז: "כל המצוות חובה על הזכרים והנקבות אינן חייבות אלא במקצתן כמו שנתבאר בקידושין, והוא מקודש ממנה, ולפיכך האיש קודם להחיות" (תרגום הרב קפאח, הוצאת מוסד הרב קוק, תשכ"ה).
9. ראה אצל א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71, וכן האסמכתאות המובאות שם.
10. קידושין ל ב.
11. שם שם. ראה להלכה שו"ע, יו"ד, רמ יז: "אלא שהאשה אין בידה לעשות שהיא משועבדת

זמנה של האשה אינו ברשותה וקביעת הזמן מסורה בידי אחר, בידי הבעל. משום כך "נתגרשה שניהם שווים"[12].

הכלל המשלים הלכה זו מקורו במשנה. דין תורה קובע חיוב עקרוני זהה לכיבודם של שני ההורים:

"מלמד ששניהם שקולים"[13].

אולם, להלכה, האב קודם לאם לעניין כיבוד:

"אבל אמרו חכמים האב קודם לאם בכל מקום מפני שהוא ואמו חייבים בכבוד אביו"[14].

ההיררכיה בין ההורים מכתיבה גם את סדרי ההעדפה בכיבודם. ומשום כך מגביל השו"ע את תחולת ההלכה המשנאית בקביעתו:

"ואם היא מגורשת מאביו שניהם שווים"[15].

בשני המקרים שהובאו כאן, שעניינם קביעת סדרי העדפה שונים, שונה דין תורה בעקבות התערבותם של חכמים. בשני המקרים מבוסס השינוי על אותם עקרונות. הלכות אלה תומכות ברעיון היסודי הנשזר מראשית פרק זה. הדינים בקשר למעמדה של האשה מושפעים מהנחות יסוד, המעוגנות בזמן ובמקום. דווקא צמצום זכויות האשה, שנעשה בדרך של שינוי דין, מעיד על הלגיטימציה של השינוי על בסיס דפוסי התנהגות חברתית ותרבותית שונים[16]. כוח השינוי אינו חד צדדי[17]. עיצוב ההלכה ופיתוחה הוא מבנה רב־שלבי.

לבעלה". השו"ך שם ס"ק יט מוסיף כי גם "אם אין בעלה מקפיד חייבת בכל דבר שאפשר כמו האיש".

12. קידושין ל ב.

13. משנה, כריתות ו ט.

14. שם שם; ראה גם קידושין לא א; וראה ההלכה בשו"ע, יו"ד, רמ יד.

15. שו"ע שם.

16. ראה הרב ח' ד' הלוי, דת ומדינה (תשכ"ט) 49־50: "לא שההלכה נשתנתה ח"ו צורות החיים נשתנו ועל־פי אותם עקרונות עצמם (שבהלכה — א' ר' צ') חלו שינויים אלה...". ראה גם הרב א' ברקוביץ, ההלכה, כוחה ותפקידה (תשמ"א); י' צ' גילת "השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות" (הוצאת אוניברסיטת בר־אילן) 38; וכן בתחום הספציפי יותר הרב א' ברקוביץ "מעמד האשה ביהדות — היבט הלכתי־חברתי" הגות, מאסף למחשבה יהודית (משרד החינוך והתרבות, תשמ"ג) 27; כן ראה, לאחרונה, הלכה ופתיחות, חכמי מרוקו כפוסקים לדורנו (במה ליהדות אקטואלית, המרכז לתרבות ולחינוך של ההסתדרות, תשמ"ו).

17. יצוין, כי אין ההלכה מניחה את קביעת סדרי ההעדפה שמעורבת בהם האשה (בין אביה לאמה, בין בעלה להוריה, בין החובה לבעלה לקיום מצוות) לשיקול דעתה. הטעם לכך עקרוני ואינו קשור למעמד האשה. קיומו של סדר עדיפויות קבוע מראש פוטר את היחיד מלבטי בחירה קשים וכמעט בלתי אפשריים, ומקל הן על החייב והן על הזכאי. ההקלה על החייב מתבטאת בכך שבעומדו בלחץ של חובות מתנגשות, מנוגדות או סותרות, מכריעה עבורו ההלכה. אין הוא נאלץ להכריע על סמך שיקולים אישיים, אמוציונליים, או על סמך לחצים המופעלים מצד הזכאי. ההקלה על הזכאי היא בכך, שבהיותו מודע לסדר עדיפויות קבוע מראש אין הוא נפגע מן הבחירה. לא ניתן להסיק מן הבחירה על היחס האישי אותו רוחש החייב. בהקשר זה, באים לידי ביטוי ההיבט הפסיכולוגי של ההכרעה ההלכתית בצד הגישה הריאליסטית, המנחה אותה.

ג) הנחות, עקרונות ודינים

§201. על מעמדה של האשה נמצא התבטאויות שונות במקורות השונים. מדרשים אחדים, ולא נסקור אותם כאן, מדברים בשבחה של האשה ותכונותיה, כמו, למשל, הבינה היתרה שניתנה בה[18]. במקורות אחרים נמצא התבטאויות סותרות רבות, שעניינן חולשת אופי הטבועה באשה[19], מגבלות האינטלקט שלה[20] ופגמים מוסריים הדבקים בה[21]. גם אם דעות אלה הובעו במפורש על ידי יחידים בלבד[22] הן פרי ההסתכלות החברתית ואין להתכחש לכך, שהן השפיעו על הדין הנוהג הלכה למעשה בתחומי חיים שונים ומגוונים בעולמה של הלכה[23]. גם העדויות במקורות על בּוּרותן של הנשים, במציאות שהיתה רווחת באותה עת, משפיעות על מעמדה היחסי של האשה וממילא — על כללי ההלכה:

18. נדה מה ב: "אמר רב חסדא... דכתיב 'ויבן ה' אלהים את הצלע' (בראשית ב כב) מלמד שנתן הקב"ה בינה יתֵרה באשה יותר מבאיש".

19. למשל, "נשים עצלניות הן", ראה ירושלמי, פסחים פ"א ה"א (וראה גם תוספות, פסחים ד ב, ד"ה: "הימנוהו") ומשום כך, אינן נאמנות בדברים של טורח מרובה, למשל ניקור בהמה. בשל הנחה זו אין נשים נאמנות, לדעות מסוימות, בביעור חמץ מן הבית, אך דעת רוב הפוסקים — שנאמנות, ראה גם אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך 'אשה', בע' רנג.
אשה "דעתה קלה להקל" ואין לסמוך על נאמנותה בדברים של ספק איסור. ראה הגהת הרמ"א, שו"ע, יו"ד, קכז ג.
"נשים דעתן קלה", לעניין איסור ייחוד של גבר עם שתי נשים לעומת היתר ייחוד של שני גברים עם אשה אחת. ראה קידושין פ ב (רש"י: "נוחות להתפתות"). כן ראה שבת לג ב.

20. ראה, למשל, המקורות הבאים, ירושלמי, סוטה פ"ג ה"ד (וכן יומא סו ב) "אין חוכמתה של אשה אלא בפֶלכה"; רמב"ם, עבודת כוכבים, יא טז "אינן אלא מן הסכלים ומחסרי הדעת ובכלל הנשים והקטנים שאין דעתם שלמה"; ראה גם אצל המאירי, בית הבחירה, סוטה כ א "ואין שכלה מספיק להבנה הראויה והיא סבורה שהשיגה ומקשקשת כפעמון להראות את חוכמתה".

21. ראה, למשל, רש"י בסוטה כא ב על דברי ר' אליעזר, הנוגעים לאיסור לימוד תורה לאשה "שמתוכה היא מבינה ערמומיות ועושה דבריה בהצנע", עד כי נאמר בירושלמי, סוטה פ"ג ה"ד: "יישרפו דברי תורה ואל יימסרו לנשים". וראה המאירי, בית הבחירה, סוטה כ א, כי הדברים נאמרו "דרך גוזמא". בהקשר זה ראה גם רמב"ם, תלמוד תורה, א יג: "שרוב הנשים אין דעתן מכוונת להתלמד אלא הן מוציאות דברי תורה לדברי הבאי לפי עניות דעתן"; בעלי הנפש לראב"ד שער הקדושה: "על כן התירוהו שתהא שמאל דוחה וימין מקרבת ('יצר, תינוק ואשה תהא שמאל דוחה וימין מקרבת', סנהדרין קז ב) פן תסיתנו לעבור על המידה ותמשכהו אחריה להבלי העולם".

22. ראה הרב ע' רקמן "בעיות האשה היהודית בזמננו והדרכים לפתרונן" **חדשות אוניברסיטת בר־אילן** 28־29 (ספטמבר 1978) 3, 4.

23. ראה במיוחד **לעיל** הערה 19. אם כי ראה בפסקי עוזיאל (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ז), סימן מד, בע' רכח־רלד, המצמצם את המשמעות ההלכתית הנודעת לאמרות אלה, מנסה לתת להן משמעות מצמצמת או אחרת ומעמידן בהקשרים חריגים. על המציאות החברתית כמקורם של הביטויים השליליים על האשה ראה הרב א' ברקוביץ, **לעיל** הערה 16, **הגות**, בע' 21—32, והרב ע' קלכהיים "על מעמד האשה" **האשה וחינוכה** (ספר אמנה, תש"מ) 77; רשימה מרוכזת של ביטויים חיוביים ושליליים על האשה ראה א' גליקסברג, **האשה ביהדות שווה יותר** (תשמ"ג) 76—78.

"בור שמבין בלשון הקודש ויודע קצת (יוצא בזימון של אחרים)... אבל נשים שאינן מבינות כלל..."[24].

"...וכמדומה דבמדינותינו לא נהגו נשי כלל לספור וכתב בספר שולחן שלמה דעל כל פנים לא יברכו דהא בוודאי יטעו ביום אחד וגם על־פי רוב אינם יודעים פירוש המילות"[25].

"נשים, אפילו עם בעליהן אין מזמנים עליהן שאין חברתן נאה"[26].

הערה אחרונה זו מלמדת על מעמדן ודימוין החברתי של הנשים והשפעתם, ועל קביעת נורמות הלכתיות.

§202. השפעה מיוחדת לבניין ההלכה נודעת להנחות שונות, הנותנות ביטוי לריאליה בת הזמן והמבוססות על הסתכלות במציאות אנושית, פסיכולוגית וחברתית.

ההנחה העיקרית, שאינה ניתנת לסתירה במקרים אינדיבידואליים בשל היותה נדבך בבנינן של הלכות קבועות, והמעידה על נחיתות חברתית של האשה, היא "טב למיתב טן דו מלמיתב ארמלו", דהיינו: אשה מעדיפה את מעמד הנישואין על פני כל אלטרנטיבה אחרת וכמעט בכל מחיר, מה שאין כן הגבר. ההנחה אינה ביטוי גרידא בעל השלכות חברתיות. תוצאות משפטיות בעלות משמעות רבה נגזרות ממנה:

ראשית, היא מסמנת אסימטריה בהסקת מסקנות משפטיות שונות בין האיש לאשה[27].

שנית, היא עשויה לחרוץ את גורל תקפות הקידושין בשל השפעתה של ההנחה על גמירת הדעת של האשה ועל כוונותיה ורצונותיה. ספק בעניין גמירת הדעת של האשה באשר לקידושין — בין בהקשר של קניין הקידושין ובין בהקשר של האיש המיועד להיות לבעל — פועל לטובת תקפות הקשר, ולא לביטולו. מן ההנחה נובעת המסקנה כי הנישואין הם, ברוב המקרים, בגדר זכות לאשה בעוד הגירושין הם, בדרך כלל, בגדר חובה[28].

שלישית, ולאור האמור לעיל, עשויה ההנחה להשפיע, במקרים מסוימים, גם על תקפותו של גט. הגט אינו זכות לאשה אפילו במקום קטטה בינה לבין בעלה; ומשום כך, כל עוד לא הגיע הגט לידה אינה מגורשת, אפילו מינה לה הבעל שליח לקבלת הגט[29].

להנחה הקיבוצית על ההעדפה האישית של כל אחד מבני הזוג ביחס למעמד הנישואין, השלכה גם על היקף אכיפת הזכויות הממוניות של האשה. אשה גובה את כתובתה מן החלק הנחות של נכסי הבעל, מן הזיבורית:

24. תוספות, ברכות מה ב, ד"ה: "שאני".

25. משנה ברורה, תפט א ס"ק ג (הלכות פסח), הקובע כי על נשים להימנע מספירת העומר.

26. פני משה, ירושלמי, ברכות פ"ז ה"ב, בהקשר לזימון.

27. כך, למשל, אסור לאיש לקדש על ידי שליח אשה שעדיין לא ראה, מחשש שמא תתגנה עליו. על האשה לא מוטל איסור כזה, ומותר לה להתקדש באמצעות שליח. החשש המביא לאיסור אינו רלבנטי לגביה, שהרי על־פי ההנחה האמורה מעדיפה האשה נישואין למרות מגרעות הבעל. ראה קידושין מא א; הבדל בין המינים, בעטיה של הנחה זו, קיים גם בקידושין על תנאי, כשהתנאי הוא העדר נדרים או מומים. לא התקיים התנאי — קידושי האיש לא תופסים ואילו קידושי האשה תופסים, שהרי, על־פי ההנחה האמורה, האשה בכלשהו ניחא לה ומשום כך אין היא מַקפדת על מומים במידה שהאיש מקפיד, ראה כתובות עה א.

28. ראה קידושין ז א; בבא קמא קיא א; כתובות עה א.

29. יבמות קיח ב.

"שיותר ממה שהאיש רוצה לישא אשה רוצה להינשא"[30].
מאותו הטעם מועדף כל בעל חוב אחר של הבעל על פני האשה הנדחית מפניו[31]. הנחות אלה, כמו גם אחרות שלא נעסוק בהן כאן, משפיעות במישרין על קביעת נורמות משפטיות בתחומים רבים ושונים, שעניינן זכויות וחבויות בין בני הזוג ובינם לבין צדדים שלישיים[32]. ההנחות פועלות, לעיתים, לטובת האשה ולהגנתה ובמקרים אחרים — הן פוגעות באשה.

§203. הנחות אלה אינן קבועות ועומדות משׁשת ימי בראשית, ואין הן מבטאות עולם ערכים אוטופי הקבוע לעולמים. שינוי בסדרי החברה, שינוי המבנה הדמוגרפי, שינוי בסולם הערכים החברתי, שינוי בדפוסי העבודה של המינים, בעושר בחברה, בחלוקת העושר, באידיאל הנישואין וכיו"ב מטלטל הנחות אלה, ואף עוקר אותן כליל.
חלק מן ההנחות לא זו בלבד שאינו מכוון לשעתנו אלא גם נחשב מעליב ופוגע אצל חלק ניכר מציבור הנשים (ואף הגברים) וגורם לניכור בין חלקים נרחבים מן הציבור לבין ההלכה. גם אם בעבר שירתו הנחות אלה מטרות צודקות ולא באו אלא להגן על האשה, הרי העברתן לסביבה חברתית שונה בתכלית חותרת תחת המטרות העקרוניות, שהעמידה ההלכה בבסיסן.
חלק ניכר ממערכת הכללים בין המינים, שההלכה נותנת להן ביטוי, נובעים מעקרונות הצניעות. החרדות מפני פיתויי היצר גוררות אחריהן כללי הפרדה והתרחקות חמורים בין המינים[33], כגון איסור ייחוד[34] ואיסור להשתמש באשה[35].

30. תוספתא, כתובות, פרק יב פסקא ד; גיטין מט ב.

31. על ההלכה ראה כתובות פו א; הטעם מובא על ידי הרמב"ם, אישות, יז ד: "שהרי בעל חוב הפסיד והוציא מעותיו והאשה לא חסרה דבר שיותר משהאיש רוצה לישא אשה רוצה להינשא". הרמב"ם אינו מרחיב הלכה זו על מיטלטלין. הוא גם מצמצם ההלכה רק למקרה שאין בו דין קדימה. הפגיעה של דין זה באשה גוררת אחריה במקורות שונים עמדות, שאינן מתיישבות עם דין התלמוד. כך בתשובה המיוחסת לרש"י: "הכתובּה קודמת על כל שטר בפרעון" (י' אלפנביין, תשובות רש"י (הוצאת יהדות, תש"מ) סימן שע, ע' 369); כן ראה ספר הלכות קצובות (מוער ע"י מ' מרגליות), פרק שימוש בית־דין, 121: "הכתובּה קודמת מכל חוב ושטר". בהערה לג שם מציין המעיר, כי הלכה זו היא נגד המקורות הבבליים כולם.

32. ראה ז' פלק "על מעמד האשה בהלכה" דעות מא (תשל"ב) 29, 31; כן ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך ב, ערך "אשה", בע' רנב־רנז. בין יתר ההנחות המשפיעות על יצירת הדינים או המתרצות אותם, בושתה של האשה מרובה משל איש ולכן האשה קודמת לאיש בכמה דינים (כתובות סז א־ב; יבמות ק א), אין אשה מעזה פניה בפני בעלה ומשום כך נאמנת במקרים מסוימים (כתובות כב ב; יבמות קטז א), טלטולי הגבר קשים מטלטולי האשה לכן היא נדחית מפניו לעניין זכויות מדור לאחר הגירושין (כתובות כח א), דרכו של איש לחזר על אשה ואין דרכה של אשה לחזר על איש (קידושין ב ב; נדה לא ב), צערו של האיש במניעת תשמיש מרובה מצערה של האשה לכן קנסו את המורדת יותר מן המורד (ראה רש"י לכתובות סד ב). ראה גם להלן הערה 37.

33. המקורות ראה אצל א' ג' אלינסון, האשה והמצוות, ספר שני (תשמ"א) 15 — 43.

34. סנהדרין כא א־ב; עבודה זרה לו ב; מקורות נוספים, ראה א' ג' אלינסון, שם בע' 196 — 244.

35. קידושין ע א, רש"י: "שלא ילמדנה להיות רגילה בין האנשים". ראה רמב"ם, איסורי ביאה, כא ה (ודומה לו טור, אבה"ע, כא) על טעם איסור השימוש באשה "שמא יבוא לידי הרהור". השימוש עליו מדובר הוא באותן מלאכות המיוחדות שאשה עושה לבעלה (רחיצת פניו, ידיו ורגליו, הצעת המיטה ומזיגת הכוס).

כללי ההפרדה וההרחקה גוררים אחריהם, הלכה למעשה, את הרחקתה של האשה ממרכז העשייה החברתית ואף הכלכלית.

על כללי ההפרדה נוסף המיקום של כל אחד מן המינים בסולם החברתי, הגורר אחריו חלוקת תפקידים מוגדרת בין גבר לאשה. מיקום זה, המשתלב, כאמור, בעיקרון הצניעות ומשלים אותו, מתבטא בכלל "כבודה בת מלך פנימה"[36]. לא בהמלצה גרידא מדובר בהקשר זה, אלא בכלל משפטי שנופקות ממנו הלכות שונות, המתבססות על תפקודה הכללי של האשה בחברה ועל מיקומה בסולם החברתי[37]. חלוקת התפקידים בחברה שלפיה:

> "דרכה של אשה להיות יושבת בתוך ביתה ודרכו של איש להיות יוצא לשוק"[38],
> "'וכבשוה'... האיש כובש את אשתו שלא תצא לשוק, שכל אשה שיוצאת לשוק סופה להיכשל"[39].

מסמנת את גבולות המערכת החברתית ביחסים בין המינים.

חלוקת התפקידים האפריורית בתוך המשפחה: "אין יופי לאשה אלא לישב בזווית ביתה

36. תהילים מה יד; יבמות עז א.

37. כך, האיסור על עמוני ומואבי לבוא בקהל ישראל (כי תצא כג ד) נתפרש כאינו כולל נשים: "מי דרכו לשכור... ליעץ... האיש ולא האשה", ירושלמי, יבמות פ"ח ה"ג; וכן יבמות עו ב, עז א: "דרכו של איש לקדם ולא דרכה של אשה"; קידושין לה א, יבמות סה ב: "'ומלאו את הארץ וכבשוה' (בראשית א כח) איש דרכו לכבוש ואין אשה דרכה לכבוש" (על ההלכה הנלמדת מפסוק זה ראה להלן הערה 39); קידושין ב ב: "דרכו של איש לעשות מלחמה ואין דרכה של אשה לעשות מלחמה";
ריכוז הדינים השונים שבוססו על כלל זה, מהם כאלה המעניקים יתרון לאשה (כגון, העדפת הנשים במזונות מעיזבון אביהם בעוד אחיהם, הגברים, מחזרים על הפתחים — בבא בתרא קלט ב — וזכותה של אלמנה למכור מנכסי עיזבון בעלה לגביית כתובתה שלא בבית־דין, כדי למנוע התבזותה — כתובות צז ב — וראה שו"ע, אבה"ע, קג א, והחלקת מחוקק שם ס"ק ז), ראה תורה תמימה לבראשית יח ט, הערה ל. ראה גם לעיל הערה 32.

38. בראשית רבה, פרשה יח א.

39. בראשית רבה, פרשה ח יב. לפסוק זה "ומלאו את הארץ וכבשוה" (בראשית א כח) נסמכה, לדעת חכמים, גם ההלכה כי האיש מצווה על פרייה ורבייה — ולא האשה. ראה יבמות סה ב. להלכה זו, המעמידה, לכאורה, את האחריות להמשך בניין העולם על הגבר ולא על האשה, ראה רמב"ם, אישות, טו ב וכן שו"ע, אבה"ע, א א ו־יג. יש לציין, לעומת זאת, כי יש שקבעו כי האשה מצווה על פרייה ורבייה מן העיקרון הכללי של בניין העולם דווקא: "לא נברא העולם אלא לפרייה ורבייה שנאמר 'לא תוהו בראה לשבת יצרה'" (גיטין מא ב). ראה, למשל, הבית שמואל לשו"ע, אבה"ע, א ס"ק ב, והמגן אברהם לשו"ע, או"ח, קנג ס"ק ט. הר"ן בקידושין ראש פרק שני (מא א), סבור כי מצוות האשה היא בסיוע שהיא מושיטה לבעלה לקיום המצווה. ראה דיון בסוגייה זו ב'תורה תמימה', בראשית א כח, ליד האות סה. עמדתו של בעל ה'תורה תמימה' לקביעת עליונות עקרונית של הגבר היא עקבית (ראה לעיל הערה 5). את המדרש שלפיו "משפחת אב קרויה משפחה, משפחת אם אינה קרויה משפחה" (בבא בתרא קט ב) הוא מבאר ש"הגברים הם בוני העולם... אשר על כן נקראו הזכרים בשם בנים על שם הבניין... הביאה בקהל יונח רק על הגברים שהם מייסדים משפחה וקהל" (במדבר א ב, ליד האות א). במקום אחר (ויקרא כב יח, ליד האות קו) הוא אומר: "הנשים ועבדים אינם יסודי האומה כי אם כטפלים לגבי הגברים ובני חורין".

שכך כתוב 'כבודה בת מלך פנימה'"[40] מיוסדת, איפוא, בראש ובראשונה על מעמדה של האשה בחברה.

האשה יושבת בית וצופייה הליכות ביתה. הבעל יוצא חוצה והוא אחראי לשלום המשפחה, למעמדה החברתי ולביסוסה הכלכלי[41]. האשה פטורה, כמעט כליל, מרוב הנטל הכלכלי וחובות המזונות לבעל ולילדי הזוג. האשה זוכה בביטחון כלכלי תמורת השירותים שהיא מעניקה[42].

הבעל שולט גם על מקורות הרכוש והממון של המשפחה. הוא מנהל לא רק את נכסיו שלו, אלא גם את רוב נכסי האשה והוא שולט בנכסים ואוכל את פירותיהם[43].

§204. בסוגיות אלה, צועדת ההלכה בדרך שהיתה מקובלת על רוב השיטות המשפטיות עד סמוך לזמננו[44]. אין היא יוצאת דופן בהסדריה לעומת שיטות משפטיות אחרות בנות־הזמן. בדיוננו בראשית פרק זה ראינו כי ההלכה מקפידה על קביעת סדרי עדיפויות, ואינה מותירה עניין זה להכרעתם האינדיבידואלית של הצדדים או לשיקול דעתם. כמו בתחומי החיים האחרים שנקבעו לגביהם סדרי העדפה בין המינים הוסדרה, גם במסגרת המשפחה, בהמשך לחלוקת התפקידים ואולי אף תוך הסתמכות עליה, מערכת יחסים היררכית.

40. רמב"ם, אישות, יג יא. לעומת זאת ראה תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק ט, על הפסוק בספר שופטים "והיא יושבת תחת תומר" הוא אומר: "לפי שאין דרכה של אשה להתייחד בתוך הבית".

41. "לעולם יאכל אדם וישתה פחות ממה שיש לו וילבש ויתכסה במה שיש לו ויכבד אשתו ובניו יותר ממה שיש לו שהן תלויים בו והוא תלוי במי שאמר והיה העולם" חולין פד ב. ובאגדות מהרש"א שם: "יותר ממה שיש לו, דהיינו אם אין לו שיהא מלווה בשבילם".

42. ראה S.W. Baron, **A Social and Religious History of the Jews,** Vol. II (2nd ed., New York, 1962) 237. ראה גם א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 121 ואילך; וראה גם להלן פסקאות 206, 218.

43. א' רוזן־צבי, **שם** מע' 128—156. "מה שקנתה אשה קנה בעלה", ראה גיטין עז א ורש"י **שם** "לפירות להשתמש בה", סנהדרין עא א, נזיר כד ב; "יד אשה כיד בעלה", ראה נדרים פח ב; "אין קניין לאשה בלא בעלה", ראה קידושין כג ב; "זכתה האשה זכה בעלה", ראה ירושלמי, כתובות פ"ו ה"א; ואשתו כגופו, ראה פירוש המשניות לרמב"ם, נגעים יד יב.

44. א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, מע' 13—19 ו־132—134; ראה גם:
Blackstone's Commentaries Vol. II (S.G. Tuker, New-York, 1969) 441—445; F. Pollock & F. Maitland, **The History of English Law,** Vol. 2 (2nd ed., Cambridge, 1968) 403—414; P.M. Bromley & N. V. Lowe, **Bromley's Family Law** (7th ed., London, 1987) 493—498; L.J. Weitzman, **The Marriage Contract** (New-York, 1981) 5 et seq, 23—59; M.A. Glendon, **State, Law and Family** (Amsterdam, 1977) 113—128, 134—143. כפי שניתן להיווכח, גם מן המקורות הנזכרים, עליונות הבעל במדינות רבות, כולל אנגליה ומדינות שונות בארה"ב, באה לידי ביטוי גם בתביעות נזיקין, שאפשרו לו לזכות בפיצויים נגד צד שלישי בגין פגיעה בזכויותיו לשירותי האשה ולהנאות החיים המשותפים.
וראה גם בסוגיות שונות, הנוגעות למעמד האשה במשפחה בהקשרים השוואתיים:
W. DeFuniak & M. Vaughn, **Principles of Community Property** (2nd ed., Arizona, 1971) 328; J.T. Younger, "Marital Regimes: A Story of Compromise and Demoralization, Together with Criticism and Suggestions for Reform" 67 **Cornell L.R.** (1981) 45, 46—52.
ראה גם המקורות **להלן** הערה 61.

המשפט המודרני אינו מחלק תפקידים מראש ואינו מטיל היררכיה כפויה על המשפחה. הוא מניח לצדדים להסדיר את חלוקת הסמכויות ביניהם. הטעמים לכך הם רבים ומגוונים, כגון: היותו מחויב לעיקרון השוויון[45], ההכרה בלגיטימציה של מגוון מערכות יחסים מדפוסים שונים[46], החופש של הצדדים להסדיר בעצמם — ולעצמם — את מערכת היחסים בתוך המשפחה[47], חוסר התכליתיות והעדר היעילות של תכתיבים חקיקתיים ושל הסדרים כפויים במשפחה מודרנית[48] ועוד.

מתן ביטוי לתחומי פעילות נפרדים בין בני זוג — בדרך של חלוקת תפקידים קבועה ומוגדרת מראש — שמתלווים אליו היררכיה וסמכותיות, מתחייב בחברה שבטית או אחרת המקיימת בתוכה, גם לצרכים אחרים, היררכיה חברתית ברורה. גם בחברה שבה מתפקדת המשפחה כחברה עצמאית, היינו כיחידה כלכלית או חברתית נפרדת המספקת בעצמה את צרכיה הבסיסיים, נוצרת חלוקה ברורה של תפקידים והגדרה של סמכויות. סמכותיות הבעל מובנת על רקע של הענקת יתרונות חברתיים, כלכליים וחינוכיים על ידיו.

בחברה שוויונית, שבה אין המשפחה מהווה יחידה כלכלית נפרדת וחלק הארי מן היתרונות שהוענקו בעבר על ידי הבעל (ביטחון חברתי, הגנה כלכלית וכיו"ב) מובטחים על ידי המדינה, כפיית סמכותיות אינה מועילה אלא רק עלולה לגרור החרָפה במערכת היחסים בין בני זוג.

ד) מרות הבעל

ד1) הכלל

§205. בדין העברי בשעה הפורמטיבית שלו, האיש משליט מרותו במשפחה, הן על הילדים והן על האשה. מרותו של האיש על אשתו מבוססת על חלוקת תפקידים אפריורית בתוך המשפחה, המיוסדת, כאמור, על מעמדה של האשה בחברה.

מרות זו מתבטאת במשפט העברי במספר אופנים:

45. א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, מע' 13 ואילך ו־132 ואילך.

46. M.A. Glendon, "Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies" 23 **Am. J. of Com. L.** (1975) 1; M.A. Glendon, "Matrimonial Property: A Comparative Study of Law and Social Change" 49 **Tul. L. R.** (1974-5) 21, 78; M. Rheinstein, The Family and the Law, **International Encyclopedia of Comparative Law,** Vol IV, Persons and Family, Chapter 1, 11—14; M. Rheinstein, **Marriage Stability, Divorce and the Law** (Chicago, 1972) 274.

ראה גם א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע' 7.

47. M. Rheinstein, "The Transformation of Marriage and the Law" 68 **Nw. U.L.R.** (1973) 463, 467; **Eisenstadt v. Baird** 405 U.S. 438, 453 (1972); B.A. Kulzer, "Law and the Housewife: Property, Divorce and Death" 28 **Uni. of Flo. L.R.** (1975) 1, 51; M.A. Glendon, **supra** note 46 (Tul.), at 78; L.J. Weitzman, **supra** note 44, at 225 et seq., 335 et seq.; M.A. Glendon, **supra** note 44, at 169.

48. M.A. Glendon, **supra** note 44, at 2 et seq., 171 et seq., 321.

בעל הוא לשון אדנות[49]. האשה — רשות בעלה עליה[50]. הוא, מצדו, יכול לחייב אותה בנדרים, בתנאים מסוימים[51], והוא גם מוסמך להתיר חלק מנדריה[52]. זמנה של האשה אינו ברשותה, הוא ברשות הבעל.

"הנשים אין הזמן מסור בידן וברשותן כי משועבדות הן לבעל"[53].

משום כך, למשל, עדיף כיבודו של הבעל מכיבודם של הורי האשה[54]. יש התולים בשעבוד זה וב"בעלות" הבעל על זמנה של האשה את הטעם לפטור את האשה ממצוות 'עשֵה' שהזמן גרמן:

> "והטעם שנפטרו הנשים מהמצוות עשה שהזמן גרמא לפי שהאשה משועבדת לבעלה לעשות צרכיו. ואם היתה מחויבת במצוות עשה שהזמן גרמא אפשר שבשעת עשיית המצווה יצווה אותה הבעל לעשות מצוותו ואם תעשה מצוות הבורא ותניח מצוותו אוי לה מבעלה ואם תעשה מצוותו ותניח מצות הבורא אוי לה מיוצרה לפיכך פטרה הבורא ממצוותיו כדי להיות לה שלום עם בעלה. וגדולה מזו מצאנו שהשם הגדול הנכתב בקדושה ובטהרה נמחה על המים כדי להטיל שלום בין איש לאשתו"[55].
>
> "והוא ימשול בה להנהיגה ולהדריכה בדרכיו ולעשות כל מעשיה על פיו, והיותה על הדרך הזה הוא סיבה ג"כ שהיא פטורה מכל מצוות עשה שהזמן גרמא, כי אילו היתה טרודה לעשות המצווה בזמנה היה הבעל בלא עזר בזמנים ההם והיתה הקטטה נופלת בהם"[56].

במסגרת רשות הבעל על אשתו מוקנית בידו הסמכות העקרונית לקבוע את מקום המגורים[57],

49. ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ד, ערך "בעל".
50. ראה גם לעיל הערה 11 והטקסט הסמוך לה.
51. ראה, בין היתר, רמב"ם, אישות, יב כג־כד; יג ח—יג; יד ה; כא ג.
52. הבעל מֵפר נדרי אשתו ראה כתובות מו ב; נדרים סז א; נזיר סב ב; רמב"ם, נדרים, יא ח; שו"ע, יו"ד, רלד ב; ההפרה מוגבלת לנדרים שיש בהם עינוי נפש, או לדברים שבינו לבינה (דברים שהוא נפסד ומצטער עליהם), ראה ספרי לפרשת מטות ל יד (פסקה קנה); נדרים עט א־ב; רמב"ם, נדרים, יב א; טור, יו"ד, רלד; ראה גם **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך י, ערך "הפרה" וכרך ז, ערך "דברים שבינו לבינה"; הטעם הניתן לגזירת הכתוב הזו הוא, שכל אשה נודרת על דעת בעלה, ראה ר"ן לנדרים עג ב, עד א, וכן ביבמות כט ב, נדה מו ב, גיטין פג ב, שבת מו ב; שו"ת הרא"ש, כלל י סימן ג; טעם נוסף הוא שלא תתגנה על בעלה, ראה רשב"א ליבמות צ ב.
53. ראה בכלבו, סימן עג בשם "בעל המלמד".
54. ראה לעיל פסקה 200 סמוך להערות 11־12.
55. ראה אבודרהם, פירוש הברכות והתפילות, סדר תפילות של חול, השער השלישי (ברכת המצוות ומשפטיהם).
56. ראה כלבו, סימן עג בשם "בעל המלמד" (לעיל הערה 53). ראה גם הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל "מעמד האשה לפי השקפת התורה" מצפה (תשי"ג) קמב, קמג־קמה; כן ראה להלן פסקה 216. טעם דומה ניתן על ידי הרשב"ם, פסחים קח א, ד"ה "אשה", להלכה שאשה אצל בעלה אינה צריכה הסבה בליל הסדר: "מפני אימת בעלה וכפופה לו".
57. על זכות הבעל לקבוע את מקום המגורים ו'כפיית' האשה לגור במקום מגורי הבעל ובמקום פרנסתו, ראה ער/תשט"ז/107, פד"ר ב 223. ברם ראה להלן הערה 81.

את סדרי הבית ואת חינוך הילדים. האשה לא זו בלבד שהיא חייבת בכבודו של אישה[58] אלא חלה עליה גם חובת ציות לבעלה:

> "ויהיה עליה מורא ממנו ותעשה כל מעשיה על פיו ויהיה בעיניה כמו שר או מלך מהלכת בתאוות לבו ומרחקת כל מה שישנא. וזה דרך בנות ישראל ובני ישראל הקדושים והטהורים בזיווגן ובדרכים אלו יהיה יישובן נאה ומשובח"[59]. "מכאן אמרו חכמים אין לך אשה כשרה בנשים אלא אשה שהיא עושה רצון בעלה"[60].

§206. חובת ציות כזו היתה מקובלת גם בשיטות משפטיות אחרות עד לפני מספר עשרות שנים[61]. שעבוד האשה לבעל נותן אותותיו בכל מישורי ההתייחסות ההלכתית, עקיפה כישירה[62].

הכיבוד שמחויבת בו האשה אינו בעל אופי טכסי בלבד, הוא נושא חותם פרגמטי ומטיל נורמות ספציפיות על האשה. כידוע, מעשה ידיה של אשה — לבעלה. חבויות האשה, במסגרת מעשה ידיה, כוללות מספר סוגים של מטלות[63]: א) לנהל משק בית ולדאוג לילדים. ב) לעסוק בעבודות משלימות הנהוגות על ידי נשים והנעשות בבית. ג) לעשות לבעל מלאכות של חיבה[64]. חובות אלה הן ביטוי למרותו של הבעל על האשה וכפיפותה לו. אין היא רשאית להאציל חובות של חיבה לאחרים[65] והפרתן של חבויות האשה

58. ראה רמב"ם, אישות, טו כ: "וכן ציוו חכמים על האשה שתהיה מכבדת את בעלה ביותר מדאי".

59. ראה רמב"ם שם שם בהמשך. וראה גם רמב"ם שם הלכה יח.

60. ראה תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק ט (עשוי להופיע גם כפרק י). מקורות נוספים לחובת הציות (בעל 'תורה תמימה' ובעל 'מנורת המאור') ראה גם לעיל הערה 5; בהמשך נפרט האם להוראות אלה תוקף משפטי הניתן לאכיפה ישירה או עקיפה, ראה להלן פסקה 213.

61. הדין הצרפתי קבע כי "הבעל חייב הגנה לאשתו, האשה ציות לבעלה" (סעיף 213 ל־C.C., אשר שונה בשנת 1938 ובשנת 1970 להסדר של שותפות ואחריות הדדית, ולא היררכית); הדין הגרמני קבע, כי חובת האשה לנהל את משק הבית לעומת חובת הבעל לספק תמיכה כלכלית למשפחה (סעיפים (1) 1356 ו־(2) 1360a, בנוסחם הקודם ל־B.G.B. סעיפים אלה תוקנו בחיקוק משנת 1977, אשר הטיל חבויות משותפות על שני בני הזוג. דינים אלה, כמו שיטות משפטיות אחרות, גם מעניקים לבעל את זכות ההחלטה וההכרעה בתחומים שונים של חיי המשפחה. ראה על כך M.A. Glendon, **supra** note 44, at 116 et seq.

62. כך, למשל, ראה הרב מ' פינשטיין, שו"ת **אגרות משה**, אבהע"ז, חלק א, סימן עא, המנמק את האיסור של הזרעה מלאכותית לאשה בלא רשות בעלה, בין היתר, מצד שעבודה לבעל, שהרי "כשהיא מעוברת א"א לבעל להיזקק לה הרבה פעמים כשרוצה וגם שאינו רוצה להיזהר בתשמיש כפי שצריך בתשמיש אשה מעוברת".

63. משנה, כתובות ד ד, ה ה; רמב"ם, אישות, כא א; טור, אבה"ע, פ. ראה גם ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 225 ואילך; אסמכתאות נוספות ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ד, ערך "בעל", בע' פג־פז.

64. מלאכות שכל אשה עושה לבעלה מפני שהן דרך קירוב ואהבה, כגון רחיצת ידיים ופנים, מזיגת הכוס, הצעת המיטה וכן עומדת ומשמשת בפניו, ראה רמב"ם, אישות, כא ג. ראה גם **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ד, ערך "בעל", ע' פז והאסמכתאות שם ה"ש 306.

65. כתובות סא א; רמב"ם, אישות, כא ד; אולם יש ראשונים החולקים וגורסים כי אין זו אלא עצה טובה שהשיאו חכמים להנהיג בישראל, ראה רש"י לכתובות סא א, ד"ה "אבל" וראה דיון על דברי רש"י

עלולה לגרור סנקציות קשות כלפיה[66]. בדין הרווח היום בבתי־הדין הרבניים בישראל פטור הבעל ממזונותיה של המורדת ממלאכה, אם סירבה לעשות את כל המלאכות. אם סירבה לעשות רק את חלקן, מקזזים מן המזונות המגיעים לה את ההוצאות הנגרמות לבעל עקב סירובה. אשה המחויבת בעבודות הבית אינה מחויבת היום בעבודות משלימות[67].

§207. למותר לציין, כי הבעל הוא המקדש את האשה והוא גם המשלחה מביתו על ידי גט פיטורין. במשנה קדומה נאמר:

"האשה יוצאת לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו"[68].

מדין תורה, בכוחו של הבעל לגרש את אשתו בעל־כורחה ומכל טעם שהוא[69]. האשה, לעומת זאת, חייבת להשיג את הסכמת הבעל כתנאי מוקדם לקבלת הגט[70]. זה, אולי, הביטוי המשפטי המשמעותי ביותר למעמדה הנחות של האשה ביחס לבעל באשר למהותו של מוסד הנישואין, דהיינו, בשלב היצירה ולעת סיום.

ד2) גדרי הכלל וחריגיו

§208. לכאורה, נתונה האשה בידיו של הבעל לטוב ולרע. אולם, לא כך הם פני הדברים. ההלכה לא העניקה לבעל כוח וסמכות בלתי מוגבלים; היא חותרת ליצירת מערכת מאזנת במסגרת עקרונות היסוד המנחים אותה. את היסודות המאזנים שבהלכה חותרת אליהם ניתן למקם בכמה מישורים:

1) מלכתחילה הוטלו מגבלות על־כוחו של הבעל. מגבלות אלה כוללות:

במשנה למלך על הרמב"ם, אישות, כא ס"ק ג; זו גם דעת הטור, אבה"ע, פ, והפרישה שם ס"ק יח; כן ראה דעת הבית שמואל לשו"ע, אבה"ע, פ טו ס"ק כא, הנסמך על הטור, בסוברו כי מלאכות אלה הן בגדר חובה מוסרית המומלצת על ידי רבנן; וראה גם **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ד, ערך "בעל", ע' פז, ה"ש 316־317.

66. לדעת הרמב"ם, אישות, כא י: "כופין אותה ועושה אפילו בשוט", אולם הראב"ד השיג שם והציע סנקציה אחרת: "מעולם לא שמעתי ייסור שוטים לנשים אלא שממעט לה צרכיה ומזונותיה עד שתיכנע" וראה גם הכסף משנה והמגיד משנה שם; ראה גם טור, אבה"ע, פ, המסתמך על הרא"ש, הסבור שאין כופים; בהסבר דברי הטור ראה את הדרישה שם והפרישה שם, ס"ק לו.

67. ראה ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208 וכן ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע' 228, 231; השאלה, האם חיוב המזונות יפקע כליל במקרה שהבעל אינו מצליח לשכור אחר לביצוע מלאכה כלשהי במקום האשה, נשארה בצ"ע בערעור תשי"ח/167 הנ"ל.

68. משנה, יבמות יד א; תוספתא, כתובות יב ד; גיטין מט ב; רמב"ם, גירושין, א א־ב

69. דברים כד א; משנה, גיטין ט י; גיטין צ א. לגבי הזכות לגרש, להבדיל מן הכוח, ראה המאירי, בית הבחירה, גיטין צ א: "אין הלכה לא כר' עקיבא ('אפילו מצא נאה הימנה') ולא כבית שמאי ('אלא אם כן מצא בה ערוות דבר') אלא כבית הלל ('אפילו הקדיחה תבשילו')... ר"ל שאינה משתדלת בצורכי ביתו להושיבם על אופניהם והעניין דרך כלל שמסרבת לו ואינה מתנהגת על פי רצונו".

70. על מעמד אקטיבי של האשה בגירושין ועל יוזמות גירושין אפשריות מצדה ראה,
M.A. Friedman, **Jewish Marriage in Palestine** (Tel-Aviv, 1980) 312; M.A. Friedman, "Termination of the Marriage upon the Wife's Request: A Palestinian Ketubba Stipulation" **PAAJR** XXXVII (1969) 29; S.W. Baron, **supra** note 42, Vol. I, at 113-114, 347-348.
ז' פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל"ג) 16 ואילך.

א) איזון בין כוח הבעל לבין אינטרסים אחרים, שהגנתם קודמת לביסוס מרותו של הבעל, כגון שלום הבית, שם טוב וכיו"ב.
ב) מטרות מוגבלות, שלשמן ניתן לו הכוח או הוענקה לו הסמכות.
ג) הצבת עקרונות הלכתיים מפורטים בתחומים שונים ששולט בהם הבעל, הכובלים מראש את הבעל ומצרים את חופש־הפעולה שלו.

2) מוטלת על הבעל החובה להתחשב באשה.
3) גם באותם מקרים, שבהם זכויותיו של הבעל אינן מוגבלות מלכתחילה, חלה עליו החובה להימנע מניצולן לרעה.
4) הבעל חייב בכיבודה של האשה כחובה דומה, אם כי לא זהה, לחובת האשה.
5) מערכת שלמה של זכויות מוענקת לאשה לעומת הבעל.

הקורא את המדרש בעניינן של בנות צלופחד,

> "'ותקרבנה בנות צלופחד': כיוון ששמעו בנות צלופחד שהארץ מתחלקת לשבטים ולא לנקבות, נתקבצו כולן ליטול עצה, אמרו, לא כרחמי בשר ודם רחמי הקב"ה, בשר ודם רחמיו על הזכרים יותר מעל הנקבות, אבל הקב"ה רחמיו על הכול שנאמר (תהילים קמ"ה) 'ורחמיו על כל מעשיו'".[71]

יבחין מיד, כי הוא מלווה בתחושה של "אי נוחות" בעטיה של ההעדפה המשפטית של הגבר. גם אם אי נוחות זו אינה מיתרגמת ישירות למישור המשפטי, היתה לה השפעה בעיצוב כללֵי ההלכה[72].

§209. ומן הכלל אל הפרט. הטלת המרות על ידי הבעל והפעלת סמכויותיו הוגבלו וצומצמו, הלכה למעשה. העקרונות נותרו, לכאורה, בלתי פגיעים, אולם לצד זכותו של הבעל הועמדה חובתו להוציא את האשה בגט ולתת כתובה כל אימת שהפעלת הכוח מצדו יש בה משום התערבות־יתר בחיי האשה, או שהיא נחשבת בעיני הדין כעשיית שימוש בלתי סביר בזכותו. תוצאתה של טכניקה משפטית זו, השומרת על הכלל העקרוני — אך פועלת בעקיפין להצרתו ולהגבלתו — היתה צמצום משמעותי ביכולת הטלת מרות, או באפשרות מעשית של הפעלת סמכות מצד הבעל לשם מניעת דברים, הנחשבים כבעלי חשיבות עבור האשה במסגרת נתונים חברתיים מוגדרים. מרכז הכובד בהקשר זה הוא נקודת המבט של האשה ולא עמדת הבעל, ולכן אין כוונותיו ותום לבו ולבנטיים בדרך כלל.
כך, למשל, אין הוא רשאי להטיל על האשה דברים המביאים לידי זלזול או הגורמים לה צער[73]. הבעל מוגבל בהדָרתהּ של האשה מקיום יחסי מין עִמו[74]. כמו כן, הוא מוגבל ביכולתו

71. ספרי, פרשת פנחס כז א.
72. מדרש דומה, נועז, המעיד על תחושה קשה לנוכח המצב ההלכתי הקיים ראה בעניין הממזרים, ויקרא רבה, פרשה לב ח; על עניין זה ראה פ' שיפמן "חוק בלא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23. כן ראה בעניין נשים עגונות, שו"ת המבי"ט, חלק ב, סימן מא (מהדורת ירושלים, תרכ"א, יג ע"ב), לאחר שהמבי"ט מגיע למסקנה, כי אין עילה מספקת לכוף יבם לחליצה ואין אמצעי אחר אלא לפייסו בממון ככל שיש בידה, הוא מוסיף: "והאל יתברך יגן על בנות ישראל העגונות ויפתח להן שערי אורה אמן".
73. כתובות עב א.
74. רמב"ם, אישות, יד ו.

להתערב התערבות מפליגה בחופש הבחירה של חיי היומיום של האשה[75], או בפרטי ניהול משק הבית המקובל בשכונתה[76]. אם עשה אחד מאלה, או מסוגם, או עשה שימוש מופרז בכוח ההדָרה הוא מחויב להוציאה בגט וליתן כתובה[77]. הגבלות אלה נוטלות, איפוא, חלק מן העוקץ שבהענקת סמכויות לבעל ובהטלת מרותו על האשה. לא רק דרך הפעלת הכוח והמרות בתוך המשפחה הוגבלו, אלא גם היקפה ומטרותיה.

§210. סוג אחר של הגבלות מעלה אינטרסים אחרים לראש סולם העדיפויות ועל ידי כך יוצר מידה מסוימת של שוויון בין בני הזוג. כך, למשל, חשיבותו של שלום הבית בעיצוב כללֵי ההלכה ועדיפותו על ההיררכיה של הבעל גוררים אחריהם זכות וטו מצד האשה בעניינים שונים, כגון בחירת מקום המגורים. זכות וטו זו פוגעת בחופש הבחירה של הבעל. על בסיס הגנת האינטרס האמור, גם פטרו את האשה מאחריות במקרים מסוימים והוגבל כוח הבעל במקרים אחרים[78]. הטעם של מניעת "איבה", וממילא הבטחת שלום הבית, גרר אחריו קביעת עקרונות של הדדיות ואיזון במערכת הזכויות והחבויות הממוניות והרכושיות בין הבעל והאשה[79].
הגבלות על האיש הוטלו לא רק במישור האישי של חיי המשפחה, אלא גם במישור הכלכלי והרכושי. גם במישור הרכושי לא היה הבעל בן־חורין. כך, למשל, הוגבל הבעל בעשיית שימוש בזכויות שהופקדו בידיו, כמו ניהול רכוש האשה ואכילת פירות, למטרת רווח הבית בלבד[80].

§211. הגבלת הכוח המסור בידי הבעל נובעת, לעיתים, מטכניקה של הנחת רשת צפופה של כללים מוגדרים ומתוחמים המניחים לו חופש פעולה צר ביותר. כך, למשל, הכוח המסור ביד הבעל לקבוע מקום מגורים הוא יותר ערטילאי מאשר ממשי. כללי ההלכה בסוגייה זו הם מפורטים למדי, מושתתים על סדרי עדיפויות בהעברה ממקום מגורים אחד למשנהו ונקבעים על־פי תנאי המגורים, ארץ המגורים ומיקומם הספציפי[81]. פְּעמים, שזכות האשה

75. כך, למשל, לגבי איסור השתתפות בשמחות, או באבל (רמב"ם, אישות, יג יג) לגבי איסור פגישה עם בני משפחתה (רמב"ם, אישות, יג יב) או לגבי עניינים שבניקיון הגוף (רמב"ם, אישות, יג ט) או בלבוש (רמב"ם, אישות, יג ח) או במאכל (רמב"ם, אישות, יב כד). אם כי רשאי הוא למנוע ממנה מעשים שיש בהן משום חריגה מגדרי צניעות או שהם בגדר אכיפתם של דרכי התנהגות נאותות, ראה רמב"ם, אישות, יג יא: "אבל גנאי הוא לאשה שתהיה יוצאת תמיד פעם בחוץ פעם ברחובות ויש לבעל למנוע אשתו מזה ולא יניחנה לצאת אלא..."; על זכות האשה הנשואה לעבוד מחוץ לבית ראה ר' יאראק "זכות האשה הנשואה לעבוד מחוץ לביתה" דיני ישראל ה (תשל"ד) 7, 23 — 28.

76. רמב"ם, אישות, יג י.

77. ראה המקורות המפורטים לעיל בהערות 73 — 76.

78. פירוט ההלכות בענין שלום בית והמקורות עליהן הן נסמכות, ראה לעיל פסקה 90.

79. ראה להלן פסקה 218.

80. ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 42, בע' 130 והאסמכתאות שם.

81. ראה פירוט הכללים רמב"ם, אישות, יג טו ואילך; ראה תשובות הריב"ש, סימן פא, נזכר ברמ"א לשו"ע, אבה"ע, עה א, כמי שנמנה עם הפוסקים החולקים על אלה הסבורים, שיכול בעל להוציא את אשתו למקום שירצה וכופין אותה: "אין ספק שאין האיש יכול לכוף את אשתו ללכת על

בקביעת המדור אף עדיפה מזו של הבעל. כך, כאשר מעורב שמה הטוב של האשה והיא מבקשת להעתיק את מקום המגורים לאיזור אחר, ניתנת העדפה לרצנה, בשל ההגנה על האינטרס של שמה הטוב, אפילו הבעל עצמו, בעל המרות והשליטה, אינו מקפיד על כך[82]. הבעל חייב להתחשב באשה ובצרכיה. כתוצאה מכך מוענקות לה זכויות נגדיות כלפיו במישור השליטה על מהלך החיים במעגל המשפחתי. מעיקרון זה נובעת זכותה של האשה להתערב במקצועו[83] ולעכבו במקום מגוריהם, כדי לחייבו למלא את חובותיו העיקריות כלפיה[84].

§212. מניעת ניצולן לרעה של הזכויות, הכוחות והסמכויות המוקנים לבעל היא מושכל ראשון במערכת היחסים שבין הצדדים. המדרש למד מן הפסוק "כי היא (חוה) היתה אם כל חי" (בראשית ג כ) כי האשה "לחיים ניתנה ולא לצער"[85].
ממדרש זה גם נלמד, להלכה, כי האשה עולה עם בעלה ואינה יורדת עמו[86].
כאן ניתן ביטוי להגנה על האשה בכך שהזכויות העודפות, אשר ניתנו לאיש, הן בבחינת שטר ושוברו בצדו ולא פריבילגיה הנעדרת פיקוח קפדני. הזכויות נועדו להבטיח שלום בית ולהגן על ידי כך על האשה, כמו גם על ההרמוניה המשפחתית, והשימוש בהן אסור שינוצל לרעה. בהקשר זה יש גם משקל לכוונותיו, לרמת אחריותו (רשלנותו) או למידת תום לבו של הבעל. כך, למשל, אם כי אשה עושה רצון בעלה, אין הוא רשאי לכפות עליה קיום יחסי מין בעל־כורחה[87]. לתחום זה ניתן לשייך גם את האיסור לקדש אשה על ידי שליח עד שיראנה, "שמא יראה בה דבר מגונה ותתגנה עליו ורחמנא אמר ואהבת לרעך כמוך"[88].

הספר ולהוליכה מעיר לעיר מדחי אל דחי ובזה לא נסתפק אדם מעולם" (ראה הציטוט אצל החלקת מחוקק, שם ס"ק ט); כן ראה כ' פ' טכורש "זכויות הנשים לאור התורה" התורה והמדינה ד (תשי"ב) צ, צח; ראה גם ער/תשט"ז/107, פד"ר ב 233, מה שמצינו שכופין את האשה לדור במקום מגורי הבעל ובמקום פרנסתו, ואם היא מסרבת דינה כמורדת, הוא רק במקום שאין לה אמתלא וטענה מבוררת.

82. ראה רמב"ם, אישות, יג טו.

83. כתובות סב ב.

84. האשה רשאית לעכב את הבעל מלצאת לעסקיו, אם יהיה ביציאתו כדי לפגוע בחובות האישות כלפיה, ראה שו"ע, אבה"ע, עו ה; רמב"ם, הלכות אישות, יד ב.

85. כתובות סא א.

86. שם. ראה גם כתובות מח א. ליישום הכלל האמור ראה רמב"ם, אישות, כא יד; שו"ע, אבה"ע, פב ג וראה גם החלקת מחוקק שם. וכך מסביר את הכלל בעל ה'תורה תמימה' בבראשית ג כ, הערה ל: "ואחרי שבכלל אשה רשות בעלה עליה, לכן הזהיר הקב"ה שתהיה רק עולה עמו ואינה יורדת עמו, כלומר שתיהנה רק מזכויותיו ויתרונותיו, אבל אינה מחויבת להיזקק לחסרונותיו ופחיתותיו...". ראה גם להלן פסקה 235 סמוך להערה 194.

87. רמב"ם, איסורי ביאה, כא יב וכן אישות, טו יז; שו"ע, אבה"ע, כה ב, וכן או"ח, רמ ג, י; על הסוגייה בכללותה ועל ההתמודדות עם מקורות סותרים ראה א' ג' אלינסון, איש ואשתו, ספר שלישי (תשמ"א) 149 ואילך; נ' רקובר "יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו" סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי (חוברת נה) (תש"מ); וראה ע"פ 91/80 כהן נ. מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281; ד"נ 37/80 כהן נ. מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 371; על שיטות משפטיות אחרות שבהן מרותו של הבעל התירה אינוס כזה, ראה י' שחר "אנוסה על־פי דין" עיוני משפט ח (1982) 649.

88. קידושין מא א. אין באיסור האמור כדי לפגוע בתקפותו המשפטית של מעשה הקידושין אם ייעשה

ההלכה עומדת כאן על משמר האשה, ומבקשת למנוע מן הגבר את ניצולן לרעה של יתרונו ביכולת לגרש ואת חופש הברירה העדיף המסור לו תוך פגיעה באשה.

§213. יתר על כן, את מרותו חייב הבעל להשליט תוך כפיפות לשמירת כבוד האשה. שמירת כבוד האשה אינה מלווה בחובת ציות שלו כלפיה, כמו במקרה ההפוך של חובת האשה לבעל, אולם האזהרות בדבר הכבוד שבעל חייב לרחוש לאשתו אינן בבחינת נימוסין גרידא.

> "לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו שאין ברכה מצויה בתוך ביתו של אדם אלא בשביל אשתו"[89].
>
> "האוהב את אשתו כגופו והמכבדה יותר מגופו... עליו הכתוב אומר 'וידעת כי שלום אוהלך'"[90].

בעולמה של הלכה יש להן משמעות בהיבטים שונים. הבעל מחויב לנהוג סובלנות כלפי אשתו, מוזהר חמורות שלא להפעיל את מרותו על דרך של הקפדה יתֵרה, וכן מצווה להימנע מנקיטת צעדים שיש בהם כדי לפגוע באשה.

> "אמר רב חסדא לעולם אל יטיל אדם אימה יתרה בתוך ביתו שהרי פילגש בגבעה הטיל עליה בעלה אימה יתרה והפילה כמה רבבות מישראל. אמר רב יהודה אמר רב כל המטיל אימה יתרה בתוך ביתו סוף הוא בא לידי שלוש עבירות גילוי עריות ושפיכות דמים וחילול שבת"[91].

אין הבעל רשאי, לגבי היחסים שבינו לבין האשה, לאכוף את מרותו ולהשליטה עליה באמצעות ענישה גופנית:

> "אין לבעל להכות ולענות אשתו דלחיים ניתנה ולא לצער... ואם הוא מכה ומצער שלא כדין והיא בורחת הדין עמה... וקרוב בעיני הדבר שאם ידוע שהוא מכה אותה שלא כדרך בנות ישראל ההגונות, רצה לומר שמתמיד להכותה, שאינו נאמן לטעון שהיא גרמה"[92].

בניגוד לו, ראה תוספות לקידושין מא א, ד"ה "אסור לאדם שיקדש אשה" וכן רמב"ם, אישות, ג יט.

89. בבא מציעא נט א.

90. יבמות סב ב.

91. ראה גיטין ו ב. עד כמה חמורה אזהרה זו ניתן להיווכח מן המשמעות המיוחסת להפרתה, שעניינה העבירות הקשות ביותר, שרובן בגדר "יהרג ואל יעבור" (ראה רמב"ם, יסודי התורה, ה ב). וראה רמב"ם, אישות, טו יט. הגמרא, בגיטין צ א, מגנה את מידת פפוס בן יהודה, שהיה נועל את אשתו כשהיה יוצא "שלא תדבר לכל אדם". רש"י שם: "ומידה שאינה הוגנת היא זו שמתוך כך איבה נכנסת ביניהם ומזנה תחתיו". כן ראה תוספתא, סוטה, ה ה; ירושלמי, סוטה פ"א ה"ז; במדבר רבה, פרשה ט יב.

92. תשובות הרמב"ן (המיוחסות), סימן קב. אם כי יצוין שחלק ממרותו של הבעל היא אחריותו כראש המשפחה לדרך ההנהגה של האשה (כמו של ילדיו) ורשאי, לדעת מספר פוסקים, ובתוכם הרדב"ז (שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תמז), לייסרה כדי להחזירה למוטב, כדרך שמותר לנהוג לצורך הפרשה מאיסור של כל הנתונים למרותו (ראה, בעניין אחרון זה, הגהת הרמ"א, חו"מ, תכא יג, וביאור הגר"א, אבה"ע, קנד ג ס"ק יג). זאת, להבדיל, כאמור, מאכיפת מרות ביחסים

בעל העובר על דברי חכמים ונוהג אלימות כלפי אשתו מוסמך בית־הדין לייסרו, לנדותו ולהחרימו[93]. יש מן הפוסקים המרחיקים אף לכת ומתירים לכפות גט על הבעל לבקשת אשתו בשל התנהגותו האלימה כלפיה:

"ואפילו לכוף אותו להוציא יש לדון מק"ו דבעל פוליפוס, והשתא מפני ריח הפה כופין מפני צער תדיר שהוא מר ממוות לא כל שכן, וכיוצא בזה הק"ו הזכירו בירושלמי"[94].

ספק אם חובת הציות של האשה ניתנת בכלל לאכיפה, ולו באמצעים פחות דרסטיים[95]. יש מי שמטיל ספק אם חובה זו היא בעלת היקף משפטי כלשהו[96]. גם בהקשרים אלה מצטמצם, איפוא, חופש התמרון של הבעל וממילא — האפקטיביות של מרותו.

§214. ההלכה, בניגוד לשיטות משפטיות כמעט עד לזמננו, מכירה בכשרותה המשפטית של האשה הנשואה:

"השווה הכתוב אשה לאיש לכל דינים שבתורה"[97].

אם כי האשה משעבדת כושר זה לזכות הבעל בנכסיה, על כל המשתמע מכפיפות זו לגבי חופש פעולתה. מבחינה זו, ההגבלות על זכויותיה ברכושה הן כה שיטתיות ומקיפות שכל אשה, ולו העשירה ביותר, נשארת חסרת אמצעים רכושיים במהלך נישואיה וחירותה הקניינית מוגבלת[98].

שבינו לבינה. למטרה אחרונה זו הדבר נאסר עליו בתכלית. לעניין מרידה ממלאכה, ראה **לעיל** פסקה 206 סמוך להערות 66־67.

93. ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג (דפוס קרימונה), רצא, מובא גם בהגהות על המרדכי לכתובות סג א. כן ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ג. מקורות נוספים על נידוי והחרמה בשל אלימות הבעל כלפי אשתו (מובאים אצל הבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן עד וסוף סימן קנד): רבינו יונה בשערי תקווה; תשובות רבינו שמחה; ספר מישרים לרבינו ירוחם, נתיב כג חלק ה; וראה גם הדרכי משה על הטור שם. ראה גם תקנת רבינו פרץ, המטילה חרם על בעל המכה את אשתו. מובא אצל מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 637־638.

94. שו"ת התשב"ץ, חלק ב, סימן ח (מצוטט גם בתיק 194/תשי"ג, פד"ר א 77, בע' 79). בעניין זה, ראה גם הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ג; שו"ת הרדב"ז, חלק ג, סימן תמז.

95. ראה **לעיל** הערה 92.

96. על השאלה אם חובת הציות של אשה לבעלה הִנהּ בעלת תוקף הלכתי ואם הפרתה מזכה אותו בגירושין, ראה א' ג' אלינסון, **לעיל** הערה 87, בע' 121; ראה גם ד' י' מישלוב "האשה היהודית בהלכה" **דיני ישראל** יג־יד (תשמ"ו — תשמ"ח) רסג, רפט־רצא, המצביע על כך שהדרישה לקבלת מרות הבעל היא בגדר עצה טובה, ולא בגדר חובה משפטית. ו"מטבען של עצות טובות שהן משתנות בהתאם לצורכי הזמן, המקום והאנשים". ראה גם ר' יראק, **לעיל** הערה 75, בע' 28.

97. קידושין לה א, בבא קמא טו א. ראה גם בבא בתרא נא א, נזיר כד ב, וכן רמב"ם, אישות, כב כז (על יכולת הקניית רכוש לאשה מבעלה ומאחרים ללא הכפפתן לזכות הבעל); כן ראה א' גולאק, **יסודי המשפט העברי** ג 41 ואילך; ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, מע' 280 ואילך. בהקשר דומה נאמר בקידושין לה א, בבא קמא טו א, פסחים מג א: "השווה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין שבתורה".

98. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, מע' 131 ואילך. כן ראה במשנה, בבא קמא ח ד על פטורהּ של

ה) הנחות משפטיות, תכליות חברתיות וכללים מתקנים

ה1) הרמוניה קהילתית והגנת האשה: התכלית והאמצעים ההלכתיים

§215. ההנחות הבונות חלק מן הדינים[99] לא תמיד עומדות במבחן המציאות. חלק מהן אף לא עמד במבחן המציאות בשעת יצירתן, או סמוך לה. בחלק מן המקרים ההנחות משמשות כחזקות משפטיות, שאינן ניתנות לסתירה במקרים אינדיבידואליים. כדי למנוע עוול אפשרי במקרים כאלה יצרה ההלכה כללים מתקנים, ובהם נעסוק בהמשך[100]. במקרים אחרים לא צעדה ההלכה בעקבות ההנחה הבסיסית, אלא יצרה כללים ספציפיים בניגוד לאותה הנחה, כאשר זו לא תאמה את המציאות. כך, למשל, למרות ההנחה, שאשה בכלשֶׁהו נוח לה ולמרות זכותו של אב לקדש את בתו הקטינה, ועל אף הכוח המשפטי המסור בידיו להביא על ידי כך שינוי במעמדה האישי[101] — הוטל איסור על אדם לקדש את בתו כשהיא קטינה[102]. לדעת חלק מן הפוסקים אין כאן איסור ממש, אלא רק מצווה על האב להימנע מהפעלת הכוח[103].

מענין זה נמצאנו למדים שני דברים:

1) יצירת כלל הסוטה, לכאורה, מן ההנחה 'שאשה בכלשהו נוח לה' נובעת מן השילוב שבין הבנת המציאות בדורם של הפוסקים לבין החתירה להשיג את המטרה העומדת בבסיס ההנחה: הגנת האשה בתנאֵי אותם זמנים. המסקנה היוּריספרודנטלית הגלומה בכלל המשפטי החדש הִנהּ, כי דווקא הסטייה מן ההנחה היא זו המקיימת אותה. הסטייה מן ההנחה היא זו המשרתת את האינטרסים המוגנים בעיני ההלכה, כפי שמצאו את ביטוים בזמנם בהנחה האמורה. יעיד על כך הגלגול הנוסף של עניין זה. מאות שנים לאחר מכן התירו בעלי התוספות את האיסור האמור, תוך עֵרנות למציאות החדשה שהתהוותה בזמנם[104].

האשה, במהלך הנישואין, מתשלום בגין נזקים שגרמה ודחיית התשלום לאחר הגירושין, "העבד והאשה פגיעתן רעה. החובל בהן חייב והם שחבלו באחרים פטורין אבל משלמים לאחר זמן. נתגרשה האשה נשתחרר העבד חייבין לשלם"; בבא קמא פז א.

99. ראה לעיל פסקה 202.

100. ראה להלן פסקאות 220-221.

101. רמב"ם, אישות, ג יא; טור, אבה"ע, לז; שו"ע, אבה"ע, לז א.

102. ראה קידושין מא א; הר"ן מנמק את הסטייה מן ההנחה האמורה בכך שלגבי בגירה פועלת ההנחה על בסיס סברה וקבלה, אבל קטינה — שלא מדעתה יש לחוש, שמא מְשֻׁתגדל לא תתרצה; ראה נימוק דומה, המתמודד גם הוא עם ההנחה, אצל התוספות במקום. את דברי הר"ן מצטט גם הבית יוסף על הטור, אבה"ע, לז.

103. ראה רמב"ם, אישות, ג יט: "ואף על פי שיש רשות לאב... אין ראוי לעשות כן אלא מצוות חכמים שלא יקדש..."; טור, אבה"ע, לז: "ומכל מקום מצווה שלא יקדשנה..."; שו"ע, אבה"ע, לז ח; ליישוב בין דברי הגמרא, הנוקטת לשון איסור, לבין הפוסקים, הנוקטים לשון מצווה, ראה החלקת מחוקק, שם ס"ק יד. הבית שמואל, שם ס"ק יא, מכריע באי ההתאמה, כי אין זה איסור אלא רק בחזקת מצווה, "דהא מצינו כמה פעמים בש"ס שהיו מקדשין בקטנות".

104. ראה להלן פסקה 233.

2) בולטת כאן הטכניקה ההלכתית של שינוי וחידוש, התאמה והסתגלות, תוך שמירתו הפורמלית של הכלל הבסיסי. עוד ניווכח, כי שמירת הכלל המקורי או המסגרת החיצונית של ההלכה והתערבות, בדרכים שונות, באפקטיביות של הכלל או בתוכנו, מהוות אמצעי מקובל של היענות לצרכים שונים ומתחדשים. טכניקה זהה ממש היא גם מנת חלקו של האיסור לקדש אשה על ידי שליח עד שיראנה[105].

§216. יצוין כי לפטור של האשה מרוב מצוות ה'עשה' שהזמן גרמן[106], שהיא אמנם גזירת הכתוב, ניתנו על ידי מפרשים שונים טעמים, המביאים לתודעה את הצורך בהגנת האשה. אין המפרשים סומכים כלל זה, באספקלריה של המסגרת השלמה של הכללים ועל־פי תפיסתם, על נחיתותה של האשה לעומת הגבר. הדבר נועד, על־פי גישתם, להקל דווקא על האשה על ידי סילוק מכשול מפני שלום הבית ומניעת הפרתו. הואיל וזמנה של האשה מסור לרשות הבעל, היתה עלולה להתעורר תחרות בין החובה הדתית לתביעת הבעל. תחרות כזו, היתה מעמידה את האשה בלחץ אישי בלתי נסבל והיתה עלולה לסכן את האיזון העדין במערכת היחסים בין בני הזוג[107].

§217. בשיטה שבה ההרמוניה הקהילתית, הניזונה משלמות התא המשפחתי, היא עיקר, וזכויות הפרט משועבדות לאינטרסים של הקהילה והמשפחה, חותרים הכללים הספציפיים להשגת תכליות חברתיות אלה[108]. שמירת עליונות הגבר נתפסת כאמצעי למטרה של חיזוק קשרי המשפחה. הדין משרת מטרה זו גם בזיקה שבין האשה למצוות. באספקלריה בת־זמננו, הכללים הפוטרים את האשה מן המצוות מעידים על נחיתותה של האשה ועל אפלייתה לרעה לעומת הבעל.

ה2) הגנה כלכלית של האשה: איזון בין בני הזוג תוך הרמוניה קהילתית

§218. ההלכה אינה מכירה, אמנם, בערך השוויון שבין בני הזוג, אך היא חותרת להשגת איזון על־פי דרכה. איזון זה נועד גם הוא לשרת את התכלית של אחדות המשפחה ושל ההרמוניה הקהילתית. אחריותו של הבעל לכלכלת האשה, להוצאותיה ולכלכלת המשפחה מעמידים את האשה תחת חסותו הכלכלית המלאה של הבעל. אחריות הבעל בנויה על עשר זכויות, שזוכה האשה מבעלה[109]; כנגדן, עומדות ארבע זכויות לבעל[110]. חובותיה הכלכליות

105. ראה לעיל הערה 88 והטכסט הסמוך לה. על הזיקה בין האיסור לקדש בת קטינה על ידי האב לבין האיסור לקדש אשה על ידי שליח עד שיראנה, ראה רמב"ם, אישות, ג יט.

106. קידושין כט א (המשנה שם); רמב"ם, עבודת כוכבים, יב ג; אך, לדעת פוסקים, רשאית האשה לקיים מצוות אלו בלא ברכה, ולדעות מסוימות אף בברכה, ראה טור, או"ח, יז, וכן עירובין צו א והרמב"ם, ציצית, ג ט, אבל ראה הגהת הרמ"א, שו"ע, או"ח, לח ג והמגן אברהם, שם ס"ק ג.

107. ראה לעיל פסקה 200 סמוך להערות 11, 12 וכן פסקה 205 סמוך להערות 53 — 55.

108. S.W. Baron, **supra** note 42, at 146; S. Berman, "The Status of Women in Halakhic Judaism" in **The Jewish Woman** (E. Kulton, ed., New-York, 1978) 114, 121-122.

109. ראה רמב"ם, אישות, יב א־ב.

110. רמב"ם, אישות, יב ג־ד; ארבעת הזכויות הן, מעשה ידיה, פירות נכסיה, מציאתה וירושתה.

הנגדיות של האשה מתחייבות משלמותו של המבנה ההלכתי, המבוסס על עיקרון האיזון, וזה מיועד להבטיח את השיתוף בחיי המשפחה ולהגן על שלום הבית בתוכה[111].

§219. ערנות ההלכה לחולשת מעמדה הכלכלי והחברתי של האשה וליתרונות המשפטיים, שהוענקו לבעל בהקשר ליצירתו ולסיומו של מוסד הנישואין, גוררת אחריה עיצובם של כללים מתקנים, כגון עיקר הכתובה, המהווה תמריץ כספי לבעל אם יימנע מלגרש. התחייבות הבעל לתשלום עיקר הכתובה לאשה עם סיום קשר הנישואין, עקב גירושין או מחמת מיתה, מבטיחה לאשה הן את יציבותו של מוסד הנישואין והן את עתידה הכלכלי לאחר הגירושין[112]. בתנאי זמן ומקום של עדיפות לנישואין עבור האשה ובמצב של נחיתות כלכלית מצדה משרתת הכתובה את המטרה הכפולה, בהבטיחה הן את קשר הנישואין[113] והן את אפשרות שיקומה של האשה לאחר יציאתה מן ה"חממה" הכלכלית של הנישואין. הזיקה בין הדין למציאות והמטרה של הגנת האשה כצד החלש בנישואין בולטים בגלגולים השונים, שעובר מוסד הכתובה במשך הדורות עד לעיצובו בימיו של שמעון בן שטח[114].

הכתובה היא מוסד בעל סממנים מודרניים, המשלב היבטים חברתיים וכלכליים — של הצורך בהגנת מוסד הנישואין ובהגנת האשה ושיקומה — בהיבטים פסיכולוגיים של בני הזוג, תוך שמירה על איכות החיים של כל אחד מהם. אלא ששינויים בדין הדתי ובדין האזרחי גם יחד הפכו חלק מיתרונות אלה לבלתי רלבנטיים[115]. עם הצרכים החדשים לא יכול מוסד הכתובה להתמודד והם מחייבים מערכת אחרת.

מבחינה כלכלית חוסה האשה תחת כנפי הכתובה, תוך ניתוק התלות הנמשכת בבעל לשעבר, תלות הקיימת בשיטות משפטיות, הדוגלות בפתרון כלכלי של תשלום מזונות לאחר הגירושין[116]. תשלום חד־פעמי, במתכונת עיקר הכתובה, מאפשר רמת שיקום גבוהה של האשה ומוסיף לה נופך של עצמאות.

111. את הזכות למעשה ידי האשה תקנו לבעל כנגד חובתו למזונותיה (ראה כתובות מז ב; רמב"ם, אישות, יב ד) **משום איבה** (ראה כתובות נח ב ורש"י שם, ד"ה "מזוני עיקר"), דהיינו כדי להסיר מכשול העלול לפגוע בשלום הבית, אם האשה לא תקל על הבעל; גם מציאת האשה הוענקה לבעל משום איבה (ראה בבא מציעא יב ב, כתובות מז א וכן התוספות שם, ד"ה "משום איבה", תוספות כתובות סו א, ד"ה "מציאתה") או, כלשון הירושלמי, משום קטטה (כתובות פ"ו ה"א); וראה ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע' 224 — 238.

112. א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, החל מע' 320; כן ראה S.W. Baron, **supra** note 42, at 236, המציין כי סכום עיקר הכתובה, שעמד על 200 זוז לבתולה, הספיק לרכישת בית משפחה, והיווה משום כך אמצעי הגנה משמעותי. מגמתה המקורית של הכתובה להגן על האשה מפני גירושין חפוזים ושרירותיים פעלה עדיין במוצאי ימי הביניים, ראה י' כץ, **מסורת ומשבר** (תשי"ח) 173.

113. טעמו של עיקר הכתובה כגורם מרתיע לבעל, "שלא תהא קלה בעיניו להוציאה" (כתובות לט ב; יא א; פב ב), גורר אחריו את העדר יכולת ההתנאה, אם כי לכאורה עניין שבממון הוא (טור, אבה"ע, סט והפרישה שם ס"ק יג).

114. משנה, כתובות ח ח; הברייתא בסוף פרק שמיני כתובות פב ב; תוספתא, כתובות יב א; ירושלמי, כתובות פ"ח ה"א.

115. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע' 322־323, 324.

116. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע' 22 — 26, 336.

מבחינה אישית תשלום כתובה יוצר ניתוק בין בני הזוג לשעבר ואינו כופה עליהם קשר שלילי נמשך. קשר נמשך של מערכת יחסים, שהוכחה כבלתי רצויה לצדדים, גורר אחריו קושי בשיקומו של כל אחד מבני הזוג, ויוצר מתיחויות הצוברות תאוצה ככל שהזמן חולף, תוך תלות נמשכת. בסופו של דבר, הוא פוגע בשיתוף הפעולה הנדרש בין שני ההורים ביחס לילדים המשותפים[117].

ה3) פקיעת קשר הנישואין

§220. אף בנוגע לפקיעת קשר הנישואין חלו תנודות בתקופה הפורמטיבית של ההלכה המסורה לנו, ועוצבו כללים מתקנים. בעוד במשנה קדומה אין הבעל מגרש אלא לרצונו[118], משנה מאוחרת קובעת עילות, המזכות את האשה בכפיית הגירושין על הבעל[119]. עילות אלה נועדו גם הן להבטיח את הגנת האשה[120].

§221. אמנם, ההנחה היא כי הנישואין זכות הן לאשה והגירושין בבחינת חובה[121], אך כבר ראינו כי הנחות אלה לא תמיד עומדות במבחן המציאות. הואיל ובדרך כלל לא

117. ראה בעניין זה M.A. Glendon, **The New Family and the New Property** (Toronto, 1981) 60; שיקולים כאלה הביאו, למשל, את הדין האנגלי לפתח את הדוקטרינה של ה־clean break. לפי גישה זו יש לנסות לחתור להשארת שולחן נקי במערכת היחסים של המתגרשים ולהעדיף, במקרים שניתן הדבר, תשלום חד־פעמי על פני מזונות שוטפים לאחר הגירושין, ראה **Dunford v. Dunford** [1980] 1 All E.R. 122; **Hanlon v. Hanlon** [1978] 2 All E.R. 889, 895; **Minton v. Minton** [1979] 1 All E.R. 79, 87-88. לניתוח הפסיקה האנגלית בתחום זה, ראה — J.G. Miller, **Family Provision and Financial Provision** (2nd ed., London, 1983) 248-252; M. Rutherford, "Financial Provision: The 'Clean Break' Principle" 130 **New L.J.** (1980) 184. הדין הצרפתי ביטל את חובת תשלום המזונות העיתיים לאחר הגירושין והנהיג תחתיה את התשלום החד־פעמי המפצה, ראה M.A. Glendon, **supra** note 44, at 249, שהרעיון העומד מאחוריו דומה, בחלקו, לכתובה. עמדה דומה באשר לתשלום שוטף של מזונות לאחר הגירושין, ראה בפסיקה במדינות שונות בארה"ב **McArdle v. McArdle,** 370 N.E. 2d 1309 (1977); **Rislove v. Rislove,** 570 P. 2d 403 (1977); **Moss v. Moss,** 531 P. 2d 635, 638 (1974); **Rothman v. Rothman,** 320 A. 2d 496, 498—501 (1974); J.M. Krauskopf, "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital" 28 **Uni. of Kan. L.R.** (1980) 379, 397, 399. הרעיון של צמצום הקשר לאחר גירושין מצא את ביטויו גם בהצעה לחקיקה אחידה בארה"ב בעניני מזונות וחלוקת רכוש, ראה UMDA (American Uniform Marriage and Divorce Act §307-308). רעיון זה מתווסף לעיקרון עידוד ה־self sufficiency (יכולת התמיכה העצמית) של בן הזוג התלוי באחר. שני עקרונות אלה גם יחד חותרים לתוצאה אחידה, שעניינה הפחתה עד כדי ביטול של המזונות לאחר הגירושין וצמצומם בעיקר למזונות משקמים לתקופה קצרה.

118. ראה לעיל פסקה 207.

119. משנה, כתובות ז ט־י. ראה ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 153, 176 ואילך.

120. ראה תשובות הרדב"ז, חלק ד, קנז: "ירדו חכמים לסוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול...". הרדב"ז מעמיד את עילות הכפייה כנובעות מכוח חכמים להפקיע את הקידושין.

121. ראה לעיל פסקה 202 סמוך להערות 27—29. על תפיסת ההלכה את מסגרת הנישואין כחיונית יותר לאשה עקב חולשתה החברתית והכלכלית, דהיינו כהגנה לה, ראה מ' ד' הר "הנישואין מבחינה סוציו־אקונומית לפי ההלכה" משפחות בית ישראל (הכינוס השנתי למחשבת היהדות,

ניתן לסתור את ההנחות במקרים אינדיבידואליים, שכן הגיונן משוקע בחלק מן הדינים המוגמרים, נמצאה דרך אחרת של תיקון, כגון זו של עילות כפייה במקרים החריגים.

§222. מטבע גדול של צדק טבעו חכמים: "משום עיגונא הקלו בה רבנן"[122]. במטרה להתגבר על חולשת האשה בגירושין ובנישואין מחדש הקלו במקום עיגון בדיני ראיות, הן בקבילות עדים וראיות[123] והן בדרכי בדיקת העדים[124], בדרכים הנראות כעקירת דבר מן התורה, ואף בדיני איסור והיתר, בדרך של קום ועשה[125]. מחשש עיגון, הפעילו גם את הכלל של הפקעת הקידושין[126]. הפוסקים אינם חוסכים ביטויים קשים מן המחמירים[127].

משרד החינוך והתרבות, האגף לתרבות תורנית, תשמ"ד) 37. ראה גם להלן הערה 126 את הסברו לכלל הפקעת הקידושין במקום שהנישואין אינם הגנה לאשה, אלא להיפך, ולכן אינם בבחינת זכות לה.

122. יבמות פח א; גיטין ג א, יט ב; וראה א' ברקוביץ, לעיל הערה 16, בע' 150; כן ראה הרב כ' פ' טכורש, לעיל הערה 81, בע' צט־ק.
על חשש העיגון כבסיס להתקנת תקנות קהילות במאה ה־13, המתירות כפיית חליצה על יבם למרות העדר "נימוק פורמלי לפי ההלכה", ראה י' כץ "ייבום וחליצה בתקופה הבתר־תלמודית" **הלכה וקבלה** (תשמ"ו) 127, 152: "החשש מפני 'עיגון בנות ישראל' (ובע' 159 — "שלא תצאנה נשים לתרבות רעה"), מחמת מי ש'יתן עיניו בממון שאינו שלו' — היינו, החתירה לתיקון העולם על־פי תחושת הצדק הטבעית גברה כאן על התחשבות בדקדוקי ההלכה הפורמליים... החשש מפני העיגון הניע את בעלי התקנה לסטות משורת הדין". ראה גם **שם** בע' 159־160, 172 — 174: "תקנת עגונות, היינו השאיפה שלא לגזור על האשה איסור חיתון שעה שהמעצורים לכך נראו פורמליים בלבד, היתה גורם חשוב בפסיקה ההלכתית".

123. משנה, עדויות א יב וכן משנה, יבמות טז ז, מקבלים עֵד מפי עֵד וכן עדות אשה ועבד, ומסתפקים בעֵד אחד בלבד. ובמקרים מסוימים, די בעדות האשה המבקשת להינשא למרות היותה נוגעת בדבר; כן ראה יבמות פז ב; תוספתא, יבמות יד; רמב"ם, עדות, ה א־ג; רמב"ם, גירושין, יב טו וכן כל פרק יג.

124. רמב"ם, גירושין, יג כח: "אין בודקין עדי אשה בדרישה וחקירה שלא אמרו חכמים בדבר להחמיר אלא להקל משום התרת עגונה".

125. ראה תוספות נזיר מג ב, ד"ה "והאי מת מצווה הוא": "ואף כי אין כוח ביד חכמים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, במקום שיש פנים וטעם בדבר ודאי לכולי עלמא יש כוח לעקור"; ראה עוד תוספות יבמות פט ב, ד"ה "כיוון דלא"; ראה גם את יישובו של הרמב"ם, גירושין, יג כט. אולם גם הרמב"ם מסיים שם: "...הקילו חכמים בדבר... כדי שלא תישארנה בנות ישראל עגונות".

126. כתובות ב ב, ג א. מקרה של גט על תנאי הנכנס לתוקפו אם הבעל לא ישוב למועד מסוים. הבעל נאנס ולא חזר במועד — מחשש עיגון, ראו חכמים את האשה כגרושה. הכלל שלפיו טענת אונס בגיטין לא קבילה, בניגוד לדין תורה, התאפשר על ידי הפעלת האמצעי של "ואפקיעינהו רבנן לקידושי מניה".
ראה מ' ד' הר, **לעיל** הערה 121, בע' 45: "במקרה חריג, שבו אין הקידושין והנישואין משמשים אמצעי אופטימלי לשם הגנה על האשה וכיוצא בזה, אלא, להיפך, יש חשש, שמתוך הסטאטוס המשפטי של נישואין אפילו תצא תקלה לאשה, או לחברה כולה, מעדיפים חכמים חיים משותפים של בני הזוג בלא נישואין (הפקעתם הרטרואקטיבית של הנישואין — א'ר'צ')". הפקעת הקידושין היא, בעיניו, אמצעי לשמור על אחת ממטרותיו של מוסד הנישואין בעיני ההלכה, דהיינו, הגנת האשה.

127. רבינו תם, ספר הישר, סימן כה (הוצאת מק"נ), בע' 43, 46, מובא אצל א' א' אורבך, **בעלי התוספות, תולדותיהם, חיבוריהם ושיטתם** (מהדורה רביעית, תש"מ) 105.

המהרש"א נתן ביטוי לעקרונות הצדק והשלום שבהלכה בהסברו לכללים המיוחדים שנקבעו בעניין העיגון:

"ואמר 'שלום רב לאוהבי תורתיך' דאין זה עקירה (מן התורה) אלא ממידת שלום שלא תעגן האשה; וכתיב 'דרכיה דרכי נועם'... לפי שהאמינו עד אחד גם האשה עצמה נאמנת לומר מת בעלי... מפני השלום שלא תתעגן; ...אם יתרבו העגונות... יאריך בניין בית אלוקינו...; 'ה' עוז לעמו יתן' שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקב"ה נתן עוז וכוח לעמו, שהם תלמידי חכמים... להיות מקלים בדבר, שהרי ה' יברך את עמו בשלום... ואין כאן שלום אם תתעגן..."[128].

ו) ההלכה והצרכים המתחדשים

כללי

§223. היענות הדין העברי לצרכים המתחדשים לא הוגבלה לדרכים, שנקטו בעלי הלכה בשעות הפורמטיביות של עיצוב הכללים. במהלך הדורות התאים עצמו הדין ביתר עוצמה ותעוזה למציאות המשתנה והמתחדשת. הגיעו הדברים לידי כך שאיסורים הותרו, והיתרים נאסרו. במקרים רבים הועמד, במפורש, שינוי המציאות כטעם לפסיקתה של הלכה.

אם נבין את היסודות לסגירת פערים פנימית במסגרת הדין הדתי נוכל גם לבחון את משמעותם של השינויים ואת גבולותיהם. ביטוי מאלף לשאלת הלגיטימציה של שינוי הדין בתחום הנוגע למעמדה של האשה נתן הרב א' ליכטנשטיין:

"השאלה היא באיזו מידה רוצים להנציח את המצב ההתחלתי הקיים בהלכה או לשנות אותו בדרכים הלכתיות לגיטימיות, בהתחשב בהתפתחויות ההיסטוריות. זו שאלה השקפתית שאינה מיוחדת לשאלה שלנו... כדי לדון בבעיה זו צריך לראות לא רק את השאלה הספציפית העומדת על הפרק אלא גם את העומק הערכי של הבעיה"[129].

העמדה כזו של השאלה מלמדת, כי השאלה הלגיטימית בעולמה של ההלכה היא כפולה:

1) האם הקביעה ההלכתית של אבותינו בעניין מסויים מתייחסת גם למציאות החברתית שלנו[130].

2) האם יש הצדקה, מבחינת הערכים שההלכה מגֵנה עליהם ומבוססת עליהם, "לעקוף את ההלכה בכלים כשרים"[131].

128. אגדות מהרש"א, יבמות קכב ב (סוף המסכת); על סוגיית העגונות נכתבה ספרות ענפה, תמצית הבעיה, ראה י' ז' כהנא "בעיית עגונות" הרצאות בכינוס הארצי השלישי לתורה שבעל־פה (תשכ"א) קד.

129. הרב א' ליכטנשטיין "בעיות יסוד בחינוכה של האשה" האשה וחינוכה (ספר אמנה, תש"מ) 157, 158.

130. י' ליבוביץ "מעמדה של האשה — הלכה ומטא־הלכה" אמונה היסטוריה וערכים (תשמ"ב) 71, 73.

131. הרב א' ליכטנשטיין, לעיל הערה 129, שם; ראה גם הרב ח"י גולדוויכט "ההלכה כמכוונת המציאות בתמורותיה — סימפוזיון" הגות והלכה — ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות (י' איזנר, עורך, תשכ"ח) רא, רט־ריא; הרב א"י ולדנברג, ספר הלכות מדינה חלק ראשון (תשי"ב)

השאלה במתכונת עיונית־עקרונית כמפורט לעיל לא נשאלה, אך במשך הזמן ניתנו תשובות פרגמטיות בתחומים רבים ושונים של סוגייה זו. באופן הדרגתי התעצבו באמצעות טכניקות שונות כללים חדשים, בהקשרים משפטיים שונים, הנוגעים למעמד האשה.

1ו) אפוטרופוסות

§224. ההגבלות על כוחה של האשה להתמנות כאפוטרופסית[132] הוקלו במשך הדורות[133], ובימינו נקבע להלכה על ידי הראשל"צ הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, כי "בזמן הזה כל סתם אשה היא מוחזקת למשכלת ונבונה להטפל בנכסי יתומים"[134]. ההלכה המקורית, המעוגנת במעמדה של האשה כמי שאינה מעורבת בין הבריות וכיושבת ב"זווית ביתה", לא עמדה בפני השינויים במציאות הנוהגת[135].

התהליכים ההלכתיים בהקשר זה הם רב־שלבים ורב־דוריים ומבוססים על מקור ראשוני אוטוריטטיבי. תחילת התהליך ביצירת חריג לכלל[136], חריג שהתפתח והשתכלל במשך הדורות[137], והמשכה, כפי שמעיד ניסוחו של הרב"צ עוזיאל, הפיכת חריג — הנוגע לאשה שדרכה לצאת ולבוא — לכלל[138]. כך נשמרת להלכה המסגרת ההלכתית המקורית, אך למעשה, נתהפכה הקערה על פיה. רשאים אנו להסיק כי גישת ההלכה בנושא זה, הן לגופה והן בטכניקה שננקטה, לא על עצמה בלבד ללמד יצאה, אלא על ההתמודדות הראויה של ההלכה בתמורות הזמן באשר למעמדה של האשה[139].

2ו) לימוד תורה

§225. האיסור ללמד נשים תורה[140] עבר
"שינוי מהותי... בעולמה של הלכה ובחיי המעשה בסוגייה הלכתית־חברתית זו בדורות אחרונים עם השינויים החברתיים־אידיאולוגיים מעמיקי התמורה"[141].

24: "הנימוקים לדרישות יתהלכו ממקור קודש על יסוד נימוקים פנימיים בכוונות רצויות להדר ולפאר את בית חיינו ביקרת כתר מלכות תורתנו הקדושה".

132. תוספתא, תרומות א יא "אין בית־דין עושין אפיטרופין נשים ועבדים כתחילה"; גיטין נב א, והטעם ברש"י שם "נשים אין דעתן לצאת ולבוא ולטרוח"; כן ראה תוספתא, בבא בתרא ח ד.

133. ראה ניתוח מקורות ודיון אצל הרב ש' אסף "מינוי נשים לאפיטרופסות" המשפט העברי, קובץ שני (תרפ"ז) 75; י' ק' ריינין "מינוי אשה לאפוטרופא" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 167.

134. שערי עוזיאל (תש"ד) חלק א, ע' קט־קיא; ראה גם הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, לעיל הערה 56, בע' קנא־קנב.

135. ראה י' ק' ריינין, לעיל הערה 133, בע' 201.

136. חידושי הרשב"א, גיטין נב א, ד"ה "הא דתניא". על חידוש זה ראה הרב ש' אסף, לעיל הערה 133; י' ק' ריינין, לעיל הערה 133.

137. הרב ש' אסף, לעיל הערה 133; י' ק' ריינין, לעיל הערה 133.

138. טכניקה זו הינה דרך מקובלת לפתרון בעיות של התאמת הלכה למציאות, ראה להלן פסקאות 232, 239. כן ראה י' ק' ריינין, לעיל הערה 133, בע' 202.

139. ראה הרב ש' אסף, לעיל הערה 133; י' ק' ריינין, לעיל הערה 133, בע' 199.

140. משנה, סוטה ג ד; סוטה כא ב; רמב"ם, תלמוד תורה, א יג.

141. מדברי השופט מ' אלון בבד"מ 1/81 נגר נ. נגר, פ"ד לח (1) 365, 403—407. ראה גם בג"צ 153/87 שקדיאל נ. השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221, 265—270.

ה'חפץ חיים' מנמק שינוי זה במציאות החדשה ומבחין בין הזמנים של עיצוב ההלכה המקורית לבין "כעת", שנשים מעורבות בתחומי חיים שלא היו מורגלות בהם בעבר. שינוי הכלל ההלכתי נועד לחזק את הדת ולא להחלישה[142]. מעורבותן של הנשים בתחומים האינטלקטואליים, והשוני בדרכי הלמידה ובאופן רכישת ההשכלה, מביאים אותו למסקנתו. המשך הגישה המסורתית, במניעת השכלה תורנית רחבה יותר מן האשה, תחשוף אותה לעולם האינטלקטואלי החילוני בלבד ותסכן את שלמות עולמה הדתי.

> "לא כימים הראשונים הימים האחרונים: בימים הראשונים התנהגו בתי ישראל על־פי השולחן ערוך ואפשר היה ללמוד בהם את כל התורה מן הניסיון... אבל עתה... לא רק שמותר ללמד תורה ויראת שמים לבנות בדורנו זה אלא חיוב גמור יש בזה..."[143].

3) זכות בחירה

§226. זכות הבחירה לנשים שימשה מוקד מחלוקת קשה ביישוב העברי המתחדש. רוב רבני ארץ ישראל, ובתוכם הראי"ה קוק, התנגדו להכללת סעיף, המעניק זכות בחירה לנשים במסגרת הבחירה למוסדות היישוב. הנימוקים שפורסמו היו עקרוניים עד כדי הטענה, כי הדבר הוא "נגד דת משה ויהודית"[144], שהפרתה מאפשרת, כידוע, לבעל לגרש את אשתו ללא כתובה[145]. הענקת זכות בחירה לנשים שיבשה, בעיני החברה החרדית, את חלוקת התפקידים החברתית המסורתית בין המינים והיתה מעבר לתחום הפעילות המותר של האשה בעיני רוב רבני ארץ ישראל באותו הדור[146].

142. **ליקוטי הלכות**, סוטה כא.

143. הרב זלמן סורוצקין, **מאזניים למשפט** (תשט"ו), סימן מב. בעניין זה ראה גם פוסקים נוספים בני דורנו, הרב מ' פיינשטיין, **שו"ת אגרות משה**, יו"ד, חלק ב, סימן קט; הרב ח' ד' הלוי, **עשה לך רב**, חלק ב, ע' קצג; הרב מ' מלכה, **שו"ת מקוה המים**, חלק ג, יו"ד, סימן כא, המעמיד את דין התלמוד על מציאות החיים של אשה יושבת בית: "לא כן בימינו אלה, שהנשים לוקחות חלק באורחות החיים... בוודאי יודה גם רבי אליעזר שאין שום איסור ללמדה גם תורה שבע"פ..." כן ראה י' כהן "האשה במשפחה ובחברה — עבר והווה" **האשה בתמורות הזמן** 22, 56 ואילך; א' שפירא "מעמד האשה בחברה המעורבת בת זמננו — תמורות על־פי ההלכה" **האשה בתמורות הזמן** 8 ואילך; מקורות נוספים ראה אצל א' ג' אלינסון, **לעיל** הערה 7, בע' 158 — 165. על תנודות וגישות שונות בדין זה בתקופה הפורמטיבית של ההלכה, המושפעת מן ההתייחסות אל המציאות, ראה S. Berman, **supra** note 108, at 119-120.

144. ראה 'דואר היום' מיום כח בניסן תר"פ. על המאבק בעניין זכות הבחירה לנשים, ראה מ' פרידמן, **חברה ודת** (תשל"ח) 146 — 169. צילום הכרוז המביא את החלטת רבני ארץ ישראל, עליו חתום הרב קוק, ראה **שם** בע' 167. הכרוז עליו חתומים רבני היישוב הישן ראה **שם** בע' 157: "ואיסור גמור הוא זה, והוא נגד תורת הקודש ונגד רוח ישראל". על עניין זה, ראה גם הלכת **שקדיאל**, **לעיל** הערה 141, בע' 246 — 262.

145. עוברת על דת משה ראה כתובות עב א; רמב"ם, אישות, כד יא; כן ראה ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע' 398-399. עוברת על דת יהודית ראה כתובות עב א-ב; רמב"ם, אישות, כד יב וכן יד; כן ראה ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע' 399 — 403.

146. ראה מ' פרידמן, **לעיל** הערה 144, בע' 147.

רוב משתתפי הוועידה השנייה של 'המזרחי', לעומת זאת, תמכו בזכות הבחירה. אחד מרבניה של תנועה זו אף כתב כי האשה העבריה לוקחת חלק בכל מאורעות העם, וכי היא זכאית ליהנות מזכות בחירה אקטיבית ופסיבית גם יחד[147]. לא חלף אלא יובל שנים בלבד, וכבר השתתקו הקולות המתנגדים. היום, עמדת המיעוט דאז היא הרווחת והמקובלת אף בחוגי היהדות החרדית. בתשובה שפרסם מי שהיה לימים הרב הראשי לישראל, הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, בעניין זה, לאחר שקבע שאין איסור בהענקת זכות בחירה לנשים, הוא מעלה גם את תחושת האשה ביחס למעמדה בחברה כנימוק לפסיקה, וכך הוא מסכם:

"... המניעה מלשתפם תהיה להם לעלבון והונאה, בוודאי שבכגון זה צריכים אנו לתת להן זכותן"[148].

ניתן להצביע על מקורות נוספים, שבהם התחשבות ברגשותיה ובתחושותיה של האשה מהווה שיקול רלבנטי לקביעת נורמות הלכתיות מסוימות, כך במערכת היחסים בין איש לאשתו[149] וכך בהקשר של מצוות בין אדם למקום[150].

4ו) עדות אשה

§227. נמצאו מספר דרכים לעקיפת האיסור לקבלת עדות אשה. כך לגבי נשים מומחיות בתחומן, כשאין עדותן נחשבת כעדות ראייה והגדה. כך לגבי נשים אחרות לעניין התרשמות או לעניין דין משיחה לפי תומה. וכך גם לעניין עדות אשה בענייני ממונות או כיוצא בזה[151]. ההתמודדות היא במישור המעשי, הפרגמטי, היומיומי, ולא במישור העקרוני. כך נוח יותר להתגבר על הבעיות בלי לעורר את המתקפה העקרונית מצד חוגים חרדיים, מחד גיסא, ובלי לסכן את השלמות ההלכתית ולהיכנס למחלוקת בלתי פתורה של כניעה למציאות, מאידך גיסא.

למרות הפסול המוחלט, לכאורה, של עדות אשה מוצאים כבר בתלמוד מקרים שבהם עדות האשה קבילה, ואילו בספרות ההלכתית המאוחרת בולטים הדברים ביתר שאת, ולא

147. הרב י' ניסנבוים, **כתבים נבחרים**: "העם העברי... אי אפשר לו לוותר בשעה זו על מחצית כוחותיו, על נשיו ובנותיו... מדוע לא ישוו החיים בתקופת תחייה זו אשה לאיש... לכל הזכויות ולכל חיי העם בעבודת הגאולה?" המאמר, הנושא את הכותרת "על דבר זכויות הנשים", נדפס מחדש **בהגות, מאסף למחשבה יהודית** (תשמ"ג) 77; כן ראה דברי הרב מימון ב'דואר היום' מיום ה' בשבט תר"פ. וראה א' שפירא, **חברה מעורבת** (הוצאת בני עקיבא, תשמ"א) 54.

148. **פסקי עוזיאל** (הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"ז) סימן מד. התשובה נותנת ביסוס הלכתי לאפשרות זכות בחירה לנשים. התשובה נכתבה סמוך לוויכוח הציבורי, אך פורסמה רק כ־20 שנה מאוחר יותר (**משפטי עוזיאל**, סימן ו), כדברי הרב: "אחרי ששאלה זאת נפתרה מאליה". גם הרב פותח תשובתו באפיון השאלה כ"סלע המחלוקת בארץ ישראל ומפניה הזדעזעה ארץ ישראל כולה... ודעת כולם היתה נשענת על אותה ההגדה 'חדש אסור מן התורה'".

149. ראה בבא מציעא נט א: "לעולם יהא אדם זהיר באונאת אשתו (רש"י: "באונאת דברים לצערה") שמתוך שדמעתה מצויה אונאתה קרובה".

150. למרות שקרבן אשה אינו טעון סמיכה היו מביאים קרבנות נשים לעזרה והיו סומכות עליהם "כדי לעשות נחת רוח לנשים", ראה חגיגה טז ב.

151. ראה ג' הולצר "עדות אשה במשפט העברי" **סיני** סז (תש"ל) צד. על עקיפת בעיית עדות האשה, ראה גם הרב א' ליכטנשטיין, **לעיל** הערה 129.

ניכנס כאן לפרטי החריגים[152]. לא חוסר נאמנות בסיסי או פגם עקרוני במהימנות, הנובעים ממינה של האשה, ולא חוסר דעת היו הביטוי המרכזי של טעמי הפְּסול[153]. עובדה היא שבעניינים הקשורים להוויות העולם שנשים רגילות בהם, או בדברים שכל אדם בקי בהם, או בעניינים המיוחדים לנשים או הקשורים למקומות המיוחדים לנשים, נקבעה נאמנותן[154]. יתר על כן, אף בדברים הנחשבים חמורים, עניינים שונים של איסור והיתר, אשה נאמנת. במקום שקובע דין נאמנות ולא דין עדות והתקיימו תנאים המאפשרים מהימנות, אשה נאמנת[155].

§228. הטעמים השונים, אשר ניתנו לפסול האשה לעדות מעוגנים במעמדה המוגבל של האשה בחברה, בחלוקת התפקידים שבין המינים, בחובותיה החברתיות והמשפחתיות של האשה[156] ובחוסר התמצאותה בהוויות העולם — כל אלה גוררים אחריהם פטור מאחריות

152. ראה ש' אלבק, **הראיות במשפט התלמוד** (תשמ"ז) 97—103; ג' הולצר, **שם** בע' צח, קט, קיב; ראה גם הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, **לעיל** הערה 56, בע' קמח—קנ. בבתי־הדין הרבניים בישראל פסילת עדותן של נשים בחלק ניכר מן המקרים אינה בעיה מעשית, ראה ד' י' מישלוב, **לעיל** הערה 96, בע' רצג־רצד, וראה הרב א' ליכטנשטיין, **לעיל** הערה 129, בע' 157. על פרטי החריגים, ראה הרב ש' ת' הלוי רובינשטיין "קבלת עדות נשים, קרובים ושאר פסולים — בהלכה" **הרצאות בכינוס העשירי לתורה שבעל־פה** (תשכ"ח) צט; ג' הולצר, **שם**; הרב כ' פ' טכורש, **לעיל** הערה 81, בע' קא ואילך.

153. הטעמים ניתנו, אף כי פסול אשה לעדות גזירת הכתוב הוא: ספרי, פרשת שופטים, יט יז (פסקה קצ); שבועות ל א; ראה רמב"ם, עדות, ט ב, הדורש את הפסוק המקראי אחרת, וראה על כך קושיית הכסף משנה **שם** וניסיון היישוב על ידי הרדב"ז **שם**.
בסוגיית הנאמנות, ראה M. Meiselman, **Jewish Woman in Jewish Law** (N.Y., 1978) 77 et seq המדגיש, כי לא חוסר נאמנות **בסיסי** באשה בשל היותה אשה עמד ביסוד הפסול (תוספות, זבחים קג א, ד"ה: "אין"). ראה גם הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, **לעיל** הערה 56, בע' קמט, הטוען גם הוא כי הפסול אינו נובע מחוסר נאמנות או מחולשת דעת. סיוע לדבריו הוא מוצא בהלכה, שעדות אשה כשרה בדיני ממונות ובעניינים אחרים, אם בעלי הדין קבלו עליהם את עדותה; ברוח זו ראה גם הרב כ' פ' טכורש, **לעיל** הערה 81, מע' קד. כן ראה ש' אלבק, **לעיל** הערה 152; ג' הולצר, **לעיל** הערה 151, בע' צז.

154. וזאת בדיני ממונות אף מדיני עדות, ראה הגהת הרמ"א, שו"ע, חו"מ, לה יד. על ההלכה, חילוקיה וסייגיה ראה ג' הולצר, **לעיל** הערה 151, בע' קב—קח; כן ראה ש' אלבק, **לעיל** הערה 152; **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ב, ערך "אשה" בע' רנג.

155. כך, למשל, אשה נאמנת לקביעת גיל ולקביעת ייחוס, ראה קידושין סג ב; עג ב — עד א. כל אימת שעֵד אחד כשר גם אשה נאמנת, ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ב, ערך "אשה" בע' רנב־רנג; כך נאמנת אשה בדיני טהרה, ראה כתובות עב א; אשה נאמנת על הכשרות ואף על השחיטה, ראה תוספות, פסחים ד ב, ד"ה: "הימנוהו"; גיטין ב ב; שו"ע, יו"ד, א א. וראה, לעניין אחרון זה, **להלן** פסקה 230 סמוך להערה 166. ראה גם ג' הולצר, **לעיל** הערה 151, בע' קא ואילך. לעומת אלה, ראה **לעיל** הערה 19 ו**להלן** הערה 158 ובטכסט הסמוך לה עניינים שבהם נשללת נאמנות מן האשה בשל טעמים, המיוחסים לתכונות האשה בעיני הפוסקים בזמן ובמקום מסוימים.

156. ראה M. Meiselman, **supra** note 153; הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, **לעיל** הערה 56, בע' קמט, הטוען, כי פסול העדות נובע משום התפקידים המוטלים על האשה, על־פי החלוקה המוגדרת בין המינים. טעם דומה משמש אצל הרב עוזיאל מניעה ממשית לפסוק למעשה על תיקון תקנה — שדינה כדין קבלת הציבור — לבחירת אשה לדיינת, אף שאינו מוצא איסור הלכתי בכך, ראה **להלן** פסקה 229. ברוח זו ראה גם הרב כ' פ' טכורש, **לעיל** הערה 81, מע' קד.

לניהול התקין של החברה[157]. גם ההנחות המוקדמות לגבי תכונותיה, כפי שנתפסו בעיני חכמי הדור, מוצגות כנימוק לפסול העדות[158].

אשה, אסור היה ללמדה תורה ומשום כך לא היתה מלומדת. כבודה פנימה, ומשום כך לא היתה מעורבת בהוויות החברה ולא רכשה ניסיון בהוויות העולם. האשה לא היתה עצמאית אלא כפופה לאחרים, אב או בעל, ונתונה למרותם ולשליטתם. משום כך קשה היה לסמוך על כושר עמידתה. ממילא, כושר השיפוט של אשה כזו ותפיסת המציאות שלה היו פגומים או, לפחות, בלתי שלמים. תלותה באחרים היתה גם עלולה לפגוע באובייקטיביות של עדותה[159]. והרי נמצאנו למדים, כי כל מי שאינו עוסק ב"יישובו של עולם"[160] ומי "שאינו מן היישוב"[161] פסולים לעדות. האם ייפלא, איפוא, כי עדותה של אשה, בדרך כלל, לא היתה קבילה? בתחום זה ניכרת, כאמור, התפתחות הדרגתית ונכונות עקרונית למצוא דרכים מעשיות להתמודד עם הבעיה[162].

כן ראה ש' אלבק, **לעיל** הערה 152; ג' הולצר, **לעיל** הערה 151, בע' צז־צח. חובת הצניעות, מקומה של האשה (בבית ולא מחוצה לו) וכבודה מונעים הופעת אשה במקומות ציבוריים ובמיוחד בבית הדין, ראה שבועות ל א והרא"ש שם וראה ג' הולצר, שם שם; וראה להלן הערה 170.

157. הרב ש' מן־ההר "הפליית האשה בדין תורה וקיפוחה" **האשה וחינוכה** (ספר אמנה, תש"מ) 67, 69. ראה גם לעניין פטור האשה ממצוות פרייה ורבייה, **לעיל** הערה 39. M. Meiselman, **supra** note 153, at 79 סבור כי עדות היא חובה חברתית, ואינה בגדר פריבילגיה, ומשום כך פטרו את האשה מנטל חברתי, הכרוך בצורך לסטות מדרך הנהגתה בבית ובחברה, והעלול לפגוע בתפקיד ה'פנימי' שנועד לה במסגרת חלוקת התפקידים בין המינים; ש' אלבק, **לעיל** הערה 152. ראה גם הטעמים לפטור האשה ממצוות 'עשה' שהזמן גרמן, **לעיל** פסקה 216.

158. ראה ג' הולצר, **לעיל** הערה 151, בע' צח; ז' פלק, **לעיל** הערה 32, בע' 30; הרב י' עמיטל "בעיות יסוד בחינוך האשה" **האשה וחינוכה** (ספר אמנה, תש"מ) 165, 166, מייחס את פסול העדות לרגישותה ולרגשנותה של האשה: "באשה הרגש פועל יותר מאשר אצל הגבר לא תמיד היא יכולה לראות את הצד העובדתי הקר בלבד"; וראה גם כ' פ' טכורש, **לעיל** הערה 81, בע' קח־קט: "כי האשה נוטה לדמיון לפי טבעה ותכונתה... שמתוך כך הרבה פעמים זה גורם לאי קביעת העניין בדיוק, לא **לגנאי** נאמר, אלא מתוך חדירה עמוקה לטבע הפסיכולוגי של האשה... האשה כוחה ברגש וברכות הלב... ולפי זה קשה לסמוך עליה לעדות, שצריכים דיוק רב... הנשים כחשניות הן, **מפני הפחד, ולכך פסלן הקב"ה מלהעיד עדות**".
תכונות המיוחסות על ידי פוסקי ההלכה לאשה כטעם למניעת בחירתה של אשה כדיינת, אף בדרך של תקנה, ראה הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, **להלן** פסקה 229.

159. נשים חשודות לעבור על 'לפני עיוור לא תיתן מכשול' מחמת קלות דעתן, שיראות מפני בעליהן, ראה דרישה על טור, יו"ד, א ס"ק ב; **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ב, ערך "אשה", בע' רנב. בראשית רבתי לר' משה הדרשן: "מכאן שהנשים כזבניות הן... מפני היראה מכזבת, ואינן מודות על האמת, לכן אין מקבלים עדות מן הנשים", וראה ש' אלבק, **לעיל** הערה 152, בע' 98.

160. משחק בקוביא והוא שאין לו אומנות פסול לעדות, הואיל ואינו עוסק ביישובו של עולם, ראה רמב"ם, עדות, י ד.

161. קידושין מ ב. האם אין זה מסביר גם את הטעם לפסולם של החירש, השוטה, הקטן והעבד לעדות (רמב"ם, עדות, ט ז, ט, יא; בבא בתרא קנה ב).
M. Meiselman, **supra** note 153, at 79, מתנגד לעריכת היקש כזה, וטוען כי דמיון בתוצאות אינו מלמד על דמיון בטעמים. דומני, כי הדמיון הוא בעקרונות היסוד של דיני עדות ובתפיסה החברתית, המתייחסת לעדים הפוטנציאליים לאור עקרונות אלה.

162. ראה הרב א' ליכטנשטיין, **לעיל** הערה 129, בע' 157; הרב י' א' הלוי הרצוג, הרב הראשי

51) בחירה ומינוי לתפקיד ציבורי

§229. טעמים דומים, חברתיים ופסיכולוגיים, עומדים, הלכה למעשה, ביסוד הגישה, שעניינה הגבלות על מינוי האשה לתפקידים ציבוריים שונים, תפקידי הנהגה ודיינות, שיש בהם פיקוח, מנהיגות ושררה.

הרב ב״צ מ׳ ח׳ עוזיאל פוסק כי, להלכה אין איסור מן התורה להתדיין לפני אשה. אשה כשרה לדון, אם הציבור קיבל אותה על עצמו. ניתן למַנות אשה כדיינת על הציבור בדרך של תקנת קהל. הלכה למעשה, מכריע הרב עוזיאל נגד התקנת תקנה כזו מטעמים חברתיים ופסיכולוגיים[163].

הטעם החברתי — חלוקת תפקידים אַפְּריורית בין המינים, בחברה ובמשפחה:

> ״לא נכון לעשות תקנה כזאת שהיא פוגעת בהנהלת משק הבית הישראלי וחינוך הבנים וטיפולם התמידי שאינו יכול להיעשות אלא על ידי אם רחמנייה שהיא צופייה הליכות ביתה״.

הטעם הפסיכולוגי — ״סיבות פסיכולוגיות״ כלשונו — תכונות שהרב מייחס לאשה ושאינן הולמות דיין:

> ״רגשי רחמים מרובים, שהאשה חוננה בהם, וגם מסיבת עדינות רגשותיה שהונאתה מרובה ודמעתה מצויה... ואחד מתנאי הדיין הוא אנשי חיל, גדולים בחוכמה, ואמיצים ברוחם שמקיימים לא תגורו מפני איש״.

§230. לדעתו של הרב עוזיאל, **בחירת אשה** לתפקיד על ידי הציבור מותרת אף שיש בו שררה. על בסיס זה הוא מתיר בחירת נשים למוסדות נבחרים[164].

לתפקידי מנהיגות, שאין עמה שררה, (להבדיל מתפקיד של סמכות, הכורך בחובו גם סמכות של כפייה), ניתן גם **למנות אשה**:

> ״אשה וגר יכולים לשמש כמנהיגים ואפי׳ כגדולי הדור שכוח הנהגתם מחייבת את הסמכות. אשה וגר יכולים לשמש מורי הוראה וללמד תורה ופוסקים. תפקידים שהסמכות בהם נקבעת לפי כישורי המועמדים והסמכות יונקת מהכישורים יכולים לשמש בהם אשה וגר. יכולים הם לדון מבלי כפייה. יש ספק אם יכולים הם לקבל סמכויות ע״י בחירות דמוקראטיות שדינם כמי שהקהל קיבלוה עליהם. ולדעת הרבה מן הפוסקים הדבר מותר. ולכן באשה יש להקל בדבר, כיוון שעצם האיסור יש בו מחלוקת ראשונים״[165].

לישראל, מעיד על עצמו כי החל ל״תור ולחתור אחרי תחבולות, עצות ודרכים״ לפתרון הקושי של קבלת עדות נשים, ראה מאמרו ״על משפט התורה בישראל״ **המשפט העברי ומדינת ישראל** (י׳ בזק, עורך, תשכ״ט) 15, 18. על נכונות כזו, ראה גם הרב מ׳ בר־אילן ״חוק ומשפט במדינתנו״ **המשפט העברי ומדינת ישראל** (י׳ בזק, עורך, תשכ״ט) 20, 23. כן ראה הרב ד׳ ליאור ״יחס ההלכה לחוקי המדינה״ **תחומין** ג (תשמ״ב) 247, 249.

163. **פסקי עוזיאל**, סימן מג. כן ראה סימן מד.

164. **שם שם**. זו גם דעתו של הרב א׳ בקשי־דורון, **שו״ת בניין אב**, סימן סה, ע׳ רפב.

165. ראה הרב א׳ בקשי־דורון, **שם** בע׳ רפז. לאחת הדעות בתוספות נדה נ א, ד״ה: ״כל הכשר״, אשה כשרה לדון אף במינוי ׳כפוי׳ ולאו דווקא בקבלת הקהל בלבד.

הרב מ׳ פיינשטיין התיר מינויה של אשה כמשגיחת כשרות. באותו מקרה היתה האשה אלמנתו של משגיח הכשרות שאת מקומו ביקשה לתפוס. הצורך במינויה נבע מן הדאגה לפרנסתה ולפרנסת בני ביתה. מצד נאמנות האשה, אומר הרב, אין שום חשש. הבעיה ההלכתית מתרכזת בסוגיית מינוי האשה ל׳משימות׳. במסגרת זאת מכריע הרב:

״לצורך גדול... יש לסמוך על החולקים על הרמב״ם ולמנותה תחת בעלה להשגחה״[166].

61) פעילות כלכלית ויחסים משפטיים עם צדדים שלישיים

§231. מבנה חברתי וכלכלי חדש, המעבר מן החברה היהודית המזרחית אל החברה האירופית[167] ושילוב בעל היקף רחב ובמישורי פעילות שונים של הנשים בעולם הכלכלה היהודי של ימי הביניים, חייב הערכות הלכתית שונה ומקיפה לגבי היחסים המשפטיים בין בני הזוג, ובינם לבין צדדים שלישיים[168].

הפעילות הכלכלית הענפה של האשה הביאה לשינוי משמעותי במעמדה החברתי, וכתוצאה מכך גם המשפטי, הן לגבי היקף התפקידים שמילאו הנשים והן לגבי סמכויותיהן כלפי הבעל וכלפי צד שלישי. במסגרת זו קובע הראב״ן, כי מחייבים אשה בשבועה וכן מחייבים בעל לפרוע חובות עסקיים שעשתה אשתו[169], זאת, שלא בהתאם לדין התלמוד[170] ואף בניגוד לדעת הגאונים[171]. בפסיקתו נסמך הראב״ן על המציאות בת הדור[172], שכן פסיקה על־פי הדין הקודם היה בה כדי לשתק את המסחר:

166. שו״ת אגרות משה, יו״ד, חלק ב, סימנים מד־מה.

167. ז׳ פלק, **נישואין וגירושין; תיקונים בדיני המשפחה ביהדות אשכנז וצרפת** (תשכ״ב) 3.

168. הרב ש׳ אסף, **לעיל** הערה 133; י׳ ק׳ ריניץ, **לעיל** הערה 133, מע׳ 198 ואילך; ז׳ פלק ״מעמד האשה בקהילות אשכנז וצרפת בימי הביניים״ **סיני** מח (תשכ״א) שסא; א׳ א׳ אורבך, **לעיל** הערה 127, בע׳ 151; י׳ כץ, **קריית ספר** לא (תשט״ז) 9, 14; א׳ ורהפטיג ״אחריות בעל לחובות אשתו במשפט העברי״ **שנתון המשפט העברי** ב (תשל״ה) 258; ראה גם א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, **בע׳ 204**; **כן ראה** "I. Epstein, "The Jewish Women in the Responsa (900 C.E. — 1500 C.E.) 18 **Response** (1973) 23; A. Rosen-Zvi, "Agency Relations Between Jewish Spouses in Israel" 5 **Tel-Aviv University Studies in Law** (1983) 180.

169. ראה הראב״ן, אבן העזר, סימן קטו; וכן בפירוש הראב״ן למסכת בבא קמא פז א; וראה גם המרדכי על בבא קמא פז א; על חיוב אשת איש בשבועה ראה שו״ע, חו״מ, צו ו והש״ך **שם**; טור, חו״מ, צו וכן ראה בבית יוסף **שם**, בב״ח **שם** ובדרכי משה **שם**.

170. לעניין פטור הבעל מחובת התשלום לחובות אשתו בדין התלמוד ראה א׳ ורהפטיג, **לעיל** הערה 168, בע׳ 264 — 268; I. Epstein, **supra** note 168, at 26; **וראה לעיל** המקורות בהערה 87. לעניין לימוד הפטור משבועה מדין התלמוד, מן הטעם שאין אדם רוצה שתתבזה אשתו בבית־דין, ראה כתובות עד ב, עה א, צז ב; גיטין מו א, וראה המרדכי על בבא קמא פז א, המביא דברי הראב״ן, המאבחן את דין התלמוד, ומעמידו על נדר בלבד, אך גם קובע: ״תתבזה ותתבזה ולא תגזול״; כן ראה במסגרת הכלל, שאין דרכה של אשה לחזר על בתי דינין, גיטין מא א; יבמות מב ב, ק א; שבועות ל א; כן ראה א׳ ורהפטיג, **שם** בע׳ 263.

171. לדעת הגאונים אין להשביע אשת איש, ראה אור זרוע, בבא קמא, שמט, שנ; דברי הגאונים מובאים אצל המרדכי, בבא קמא פז א וכן בסוף מסכת שבועות וכן אצל הטור, חו״מ, צו, וראה גם בבית יוסף **שם** ובב״ח **שם**; וראה א׳ ורהפטיג, **לעיל** הערה 168, בע׳ 264־265.

172. על שינוי המציאות כגורם המכריע בפסיקת הלכת הראב״ן ראה א׳ א׳ אורבך, **לעיל** הערה 127,

"וכל שכן בזמן הזה שהנשים אפיטרופסיות וחנווניות ונושאות ונותנות ומלוות ופורעות ונפרעות ונפקדות ומפקידות, ואי אמרינן אין נשבעין על משאן ומתנן לא שבקת חי לכל ברייה ואתי לאימנועי מלישא וליתן עמהן ויש משום תקנת השוק לעשות תקנה שלא ימנעו... הלכך אפילו היה בדין שלא להשביעה, משום תקנת השוק הווה להשביעה... ואשה בזמן הזה בת משא ומתן וחייבת למיעבד דינא אפילו אשת איש דהא נושאת ונותנת ובעיא למיעבד דינא בין פירעון ובין שבועה"[173].

הראב"ן קורא את המושג התלמודי של "האשה הנושאת ונותנת בבית"[174] על כלל הנשים ויוצר חזקה, שלפיה רואים את האשה כשליחת הבעל[175]: "כאילו מינום בעלים שלוחים"[176]. הוא יוצר, איפוא, הן חזקה עובדתית והן חזקה משפטית. כאמצעי הלכתי נוסף לחידושו, ליצירת החזקה המשפטית, סומך הראב"ן גם על תקנת השוק[177]. הוא מיישם מוסד הלכתי מקובל על מערכת נסיבות חדשה, ומרחיב את גבולות המוסד כדי להגיע לתוצאה הנראית חיונית. על ידי כך יוצר הראב"ן מקור חדש לאחריות הבעל לחובות אשתו[178].

במסגרת התמודדותם עם שינויי המציאות הכלכלית־חברתית הנידונה, עשו בעלי התוספות שימוש בטכניקה, שכבר עמדנו עליה[179], של הפיכת חריג לכלל. האיסור להשתמש באשה, הנובע מטעמי צניעות[180], אינו חל כאשר "הכול לשֵם שמים"[181]. על כך סמכו בעלי התוספות בהכירם בשילובם הכלכלי של הנשים[182], תוך סטייה מן החלוקה המקובלת של התפקידים שהיתה נוהגת ומכללי הצניעות המקובלים, המעוגנים בביטוי "כבודה בת מלך פנימה"[183].

בע' 151, וכן ז' פלק, לעיל הערה 168, בע' שסו; גם י' כץ (לעיל הערה 168), החולק על היקף החידוש בתשובתו של הראב"ן, מסכים כי המציאות תבעה הכרעה חדשה, אך לדעתו היו לראב"ן מקורות קודמים לסמוך עליהם; וראה בעניין זה א' ורהפטיג, לעיל הערה 168, בע' 264־265.

173. ראה הראב"ן, אבן העזר, סימן קטו.

174. בבא בתרא נב ב.

175. א' ורהפטיג, לעיל הערה 168, בע' 263 ואילך; I. Epstein, **supra** note 168, at 26.

176. כך לשון המרדכי על חידושו של הראב"ן, ראה מרדכי, בבא קמא פז א. ובלשון הראב"ן עצמו, אבן העזר, סימן קטו: "כל משאה ומתנה שליחות... הוא".

177. ראה לעיל המקורות בהערה 169; ראה א' ורהפטיג, לעיל הערה 168, בע' 266.

178. התפשטות דינו של הראב"ן, בין לקליטתו, ובין להרחבתו, לסיוגו או להצרתו מעידה על יישום הכלל במציאות הזמן והמקום, ראה, למשל, דרכי משה על הטור, חו"מ, צו, ובאופן מפורט אצל א' ורהפטיג, לעיל הערה 168, בע' 270 ואילך ומסקנתו שם בע' 280 — 283.

179. ראה לעיל פסקה 224 ולהלן פסקה 239.

180. קידושין ע א־ב. ראה לעיל הערה 35.

181. קידושין פב א.

182. "ועל זו אנו סומכין השתא שאנו משתמשים בנשים", תוספות, קידושין פב א, ד"ה: "הכול לשם שמים". ראה על כך גם י' כהן, לעיל הערה 143, בע' 50.

183. בעניין הצניעות נאמר בתקופה זו, כי אין הם נמנעים עוד ללכת מאחורי האשה למרות אזהרת התלמוד מלעשות כן (ברכות סא א; עירובין יח ב), ראה לקט יושר, ב לז; על עניין זה ראה גם I. Epstein, **supra** note 168, at 25 כן ראה בדברי הטור, חו"מ, סוף סימן צו: "ויש מנהג כשמזמינין אשת איש בודקין בשכניה. אם היא רגילה לשאת ולתת מזמינים אותה אלא שמצניעים

ו7) מרות וחסות

§232. הפעלת טכניקה דומה תוך שימוש בחריג קיים בהלכה והפיכתו, הלכה למעשה, לכלל נעשתה גם לגבי דין אחר, הנוגע לשינוי מעמדן של הנשים במשפחה. בדין התלמוד אין אשה נשואה מסִבּה בליל הסדר לפני בעלה[184]. הלכה וסייג בצִדה: אשה חשובה יוצאת מן הכלל, והיא מסבה גם לפני בעלה[185]. סייג זה הוחל על כלל הנשים, "דכולהו נשים דידן חשובות נינהו צריכות הסִבּה"[186], ובכך הוא שימש מנוף להפיכת החריג לכלל תוך שמירה פורמלית על הכלל הראשוני.

§233. האיסור על אב לקדש את בתו הקטינה (או המצווה שלא לעשות כן)[187], שהוא כשלעצמו נועד להגן על האשה בניגוד להנחה שאשה בכלשהו נוח לה[188]; הותר בתקופתם של בעלי התוספות בשל מציאות החיים הקשה, ששררה אז וכדי לחזור ולהשיג את מטרת ההלכה המקורית:

> "ועכשיו שאנו נוהגים לקדש את בנותינו אפילו קטנות היינו משום שבכל יום ויום הגלות מתגבר עלינו ואם יש סיפק בידי אדם עכשיו לתת לבתו נדוניא שמא לאחר זמן לא יהיה סיפק בידו ותשב בתו עגונה לעולם"[189].

גלגולו של הדין מעיד על הממד הריאליסטי בקביעת ההלכה.
דוגמא זו מהווה גם היא הוכחה לכך, שהאפשרות להגן באופן יעיל וממשי על האינטרסים והערכים שההלכה מבקשת להגן עליהם תיתכן, בתנאים ובנתונים שונים של זמן ומקום, רק באמצעות הלכות שונות מפעם לפעם. גם הלכות סותרות בתקופות שונות עשויות, איפוא, לנבוע מאותם עקרונות יסוד. החזרה אל הדין המקורי מלמדת, כי שימוש באמצעים מסורתיים, שאינם מכוונים לשעתם, עלול להביא תוצאה הפוכה מזו שההלכה חותרת אליה למעשה.

ו8) זכויות ירושה

§234. זכויות ירושה וחלוקתה הוסדרו במשך מאות השנים האחרונות באמצעות תקנות שונות המשוות, באופן חלקי או מלא, את זכות הבנות לבנים ואת זכות האשה ליטול חלק

אותה לפי כבודה שלא תתגנה; ואם אינה רגילה בכך אלא צנועה ויושבת בביתה... שוקלין הדברים...".

184. פסחים קח א; ורשב"ם שם ד"ה "אשה" מבאר: "מפני אימת בעלה וכפופה לו".

185. שם שם.

186. כל הנשים בזמננו חשובות הן, כך המרדכי בשם התוספות, פסחים קח א. ראה מקורות נוספים בהקשר זה אצל הרב מ' מ' כשר, הגדה שלמה (הוצאת מכון "תורה שלמה", ירושלים, תשכ"ז) 70 ואילך. יצוין כי הרמ"א על שו"ע, או"ח, תעב ד, גורס שלמרות הכול נהגו להקל על האשה, על־פי דברי הראבי"ה שכתב שבזמן הזה אין היא חייבת להסב.

187. ראה לעיל פסקה 215 סמוך לְהערות 101 — 103.

188. השימוש בהנחה עצמה נועד גם הוא לשם הגנת האשה, ראה לעיל פסקה 215 סמוך להערות 101 — 104.

189. ראה תוספות, קידושין מא א, ד"ה: "אסור לאדם שיקדש את בתו"; על ההלכה בתקופה מאוחרת יותר, הנוהגת בעקבות דברי התוספות, ראה הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, לז ח; על גלגולו של

בירושת הבעל[190]. אולם, עד היום לא נפתרה במלואה בעיית זכות הירושה של האשה בהלכה. הצעותיהם של הרבנים הראשיים לישראל, הרב י׳ א׳ הרצוג והרב ב״צ מ׳ ח׳ עוזיאל, להשוות, באמצעות תקנות, את מעמד האשה בזכות הירושה נדחתה על ידי מועצת הרבנות הראשית[191].

9) חובות האשה כלפי הבעל

§235. היקף חובותיה של האשה כלפי הבעל לסוגיהן[192] לא נשארו סטאטיים. מנהגי המקום ורוח הזמן עשו את שלהם. אופי שונה של החברה, השפעת הסביבה, מעמד האשה במסגרת נתונה, חברתית או משפחתית, וחלוקת תפקידים במשפחה השפיעו על היקף החובות. מלכתחילה נקבע הסדר גמיש, שבסיסו מנהג המקום[193] ועליו מורכב כלל נוסף, שנועד להגן על האשה, ולפיו היא עולה עם בעלה, ונהנית מן היתרונות שמעמדו הכלכלי מבטיח לה, אך אינה יורדת עמו, אם מעמדה הכלכלי בבית אביה היה טוב יותר[194]. באמצעות שני כללים אלה צומצמו בהדרגה חובות האשה[195]. האשה נהנתה מן הרווחה

הדין ראה I. Epstein, **supra** note 168, at 26-27; I. Abrahams, **Jewish Life in the Middle Ages** (2nd ed., London, 1932) 185.

190. ראה התקנות השונות והיקפן אצל מ׳ אלון, **לעיל** הערה 93, בע׳ 373־374, 653, 679 — 686 (תקנות טוליטולא בעניין זכות ירושה לאם, וזכות ירושה לבת יחד עם הבן). על התקנות ועל הנוהג לכתוב שטר חצי זכר, על ידי אבי הבת, המזכה את הבת בחצי חלק הבן בעיזבונו, ראה א׳ גולאק, **לעיל** הערה 97, מע׳ 91 — 101.
כן ראה את תקנות הדיון בבתי־הדין בארץ ישראל, תש״ג, סעיפים קעד, קפב־קפג, הקובעות כי על־פי בקשת אחד היורשים יחלקו את העיזבון על־פי פקודת הירושה, שהעניקה זכות ירושה שווה לאשה. סעיפים אלה לא הוכנסו מחדש לתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים בישראל, תש״ך.
בנושא זה על ירושת הבת ראה עוד הרב ב״צ מ׳ ח׳ עוזיאל ״משפט ירושת הבת״ **תלפיות** ו (תשי״ג) 51, **תלפיות** ט (תשכ״ה) 27.

191. הרב י׳ א׳ הרצוג ״הצעת תקנות בירושות״ **תלפיות** ו (תשי״ג) 36, **תלפיות** ט (תשכ״ה) 11. הרב ב״צ מ׳ ח׳ עוזיאל, **לעיל** הערה 190. ראה גם מ׳ אלון, **לעיל** הערה 93, בע׳ 1414.
על הצעה דומה, שהועמדה לפני מועצת הרבנים של קהילות מרוקו בשנת 1952, ראה מ׳ אלון, ״ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גירוש ספרד ועד ימינו״ **הלכה ופתיחות**, **לעיל** הערה 16, בע׳ 29 — 31 וכן הרב מ׳ עמאר ״התמודדות חכמי מרוקו בדור האחרון בבעיות השעה״ **שם** בע׳ 52־53.

192. ראה **לעיל** פסקה 206.

193. ״הכול כמנהג המדינה״ ראה טור, אבה״ע, פ; שו״ע, אבה״ע, פ א.

194. ראה המקורות **לעיל** הערה 86; על השפעת מעמד שני בני הזוג על החבות, כשהיתרון מוענק לאשה, ראה טור, אבה״ע, פ; שו״ע, אבה״ע, פ ג, והחלקת מחוקק **שם**, וכן שו״ע, אבה״ע, פ י׳; כן ראה ערעור תשי״ח/167, פד״ר ג 208, 219.

195. וכך מצינו בטור, אבה״ע, פ, כי בצד כל סוג של מלאכות המוטל על האשה ישנה הסתייגות, הנוגעת למנהג הכללי, לְמה שדרכן של נשים לעשותו ולמלאכות שלא נהוג לעשותן במשפחת האשה או האיש, הכול לטובת האשה, ראה הפרישה לטור **שם**, ס״ק ל; ראה גם ערעור תשי״ח/167, **לעיל** הערה 194, בע׳ 216, 217; תיק תש״ל/10740, פד״ר ח 303, 307; ב״צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, מע׳ 224 ואילך, ובמיוחד בע׳ 230־231.

הכללית בחברה. כך מוצאים אנו כבר בימי הביניים הוראה כללית להלכה, שלפיה חלק מן העבודות, שהוטלו בעבר כחובה על האשה, אינן נוהגות עוד בזמנים אלה מחמת שאין דרכן של נשים לעשותן[196].

§236. בעקבות מגמה זו הלכה הפסיקה הרבנית בישראל בקובעה כי עבודות הנשים השונות, הנעשות מחוץ לבית, הגם שהן מקובלות בזמננו, אינן נכללות בגדר מעשה ידי האשה לבעלה[197]. פסיקה זו מיטיבה עם האשה בשניים. ראשית, אין הבעל יכול לחייב את אשתו לצאת ולהשתכר[198]; שנית, השתכרותה מעבודות כאלה נחשבת 'מלאכה על ידי הדחק' או 'העדפה' והמבקש להוציא מחבירו — ידו על התחתונה[199].

§237. ההלכה, שלפיה אשה נדחית מפני הבעל לצורך קביעת הדיור, בוססה כידוע על ההנחה, שהטלטול קשה לגבר מלאשה[200]. הנחה זו אינה משקפת את המציאות הנתונה. אם העניין מסור לבית־הדין ואינו מוסדר על ידי הדין האזרחי, ניתן למצוא רמז בפסיקה הרבנית בישראל, ולפיו בית־הדין לא יקפיד עם האשה על בסיס הנחה זו — אלא ישפוט כמתחייב מכל נסיבות העניין[201]. בדורות האחרונים נעשה על ידי רבני מרוקו מעשה מפורש, אשר נועד ליישב בהקשר זה בין המציאות לנורמות ההלכתיות. רבני מרוקו תיקנו תקנה, אשר הפכה את הכלל המקובל בקובעה, כי דווקא האיש הוא הנדחה מפני האשה[202].

10) התנהגות, צניעות ואורח־חיים

פתיחה

§238. כבר הראנו בשער הראשון[203], כי בחברה משתנית מאבד חלק מן המוסדות הדתיים את המשמעות המסורתית. חלק מן הנורמות הדתיות והאמצעים המשפטיים, כשהם מורכבים על מסגרת חברתית שונה, עלולים לפגוע בתכלית, שהדין הדתי חותר אליה, לסטות מן

196. ראה מרדכי כתובות נט א (מאמר קפב): "הלכך פסק רבינו ברוך דהאידנא נשים שלנו דלאו אורחיא לטחון ולכבס דאין כופין אותם" ראה גם הב"ח לטור, אבה"ע, פ, ד"ה: "וכתב בהגהת", המפנה להגהות מיימוניות בשם ר"ת, וכן דרכי משה שם, ס"ק א.

197. ראה תיק תשי"ג/4553, פד"ר א 81, 90 — 94; תיק שי"ד/283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח/167, לעיל הערה 194, בע' 216, 217; ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275, 278־279; תיק תש"ל/10740, לעיל הערה 195, בע' 307; ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, פ"ד כד (1) 792; וראה ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 63, בע' 223 — 237.

198. ראה במיוחד תיק תשי"ג/4553 שם; תיק תש"ל/10740 שם.

199. ראה לעיל המקורות המובאים בהערה 197. על סוגיית ההעדפה ראה הן במקורות אלו והן דיון בהשלכות הרלבנטיות לענייננו אצל ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 63, בע' 233 — 237.

200. ראה לעיל הערה 32.

201. תיק 1/32/707, אוסף פסקי־דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) קנח, קסג; ראה גם ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 63, בע' 441.

202. התקנה מובאת בספר המשפט העברי בקהילות מרוקו, כרך א (מ' עמאר, א' עצור ומ' גבאי, עורכים, תש"מ) 372־373.

203. ראה לעיל פסקאות 164 — 167.

המטרות אשר עמדו בבסיס הנורמות, ולגרור אחריהן תוצאות הפוכות מאלה שההלכה חותרת אליהן.
בתקופות שונות קבעו מורי ההוראה את הגבולות החדשים של ההלכה, המתבקשים משינוי הזמן והמקום.

ייבום וחליצה

§239. עוד בתקופה קדומה בוטלה, הלכה למעשה, מצוות הייבום, והפכה להיות חריג, ואילו החריג, החליצה, הפך עיקר. ביסודו של ה׳מהפך׳ ההלכתי הדרסטי מונחים שינויים באורחות־חיים, ומעבר מתפיסה חברתית אחת לאחרת. בעקבות שינויים אלה, או בעקבות תופעות אחרות, היווה המשך אכיפתה של הלכת הייבום סטייה מן המטרה העיקרית של ההלכה:

> ״מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה בראשונה שהיו מתכוונין לשם מצווה; ועכשיו שאין מתכוונין לשם מצווה, אמרו: מצוות חליצה קודמת למצוות ייבום״[204].

בכינוס רבנים ארצי בירושלים, בשנת תש״י, התקבלו תקנות קבועות לגדרי אישות בישראל, אשר גזרו לאסור בישראל מצוות יבום[205]. הרב ע׳ יוסף דחה את תוקפן של התקנות על יהודים יוצאי ספרד וארצות המזרח. הרב פסק, כי לגבי יהודים אלה מצוות ייבום קודמת למצוות חליצה **גם בזמן הזה**. לגישתו, על בית־הדין לעודד את הצדדים לייבם, ועל אחת כמה וכמה עליו לשעות לבקשת ייבום הבאה מן הצדדים עצמם:

> ״אין כל תוקף להסכמת נשיאי וחברי הרבנות הראשית לישראל שגמרו אומר לבטל לגמרי מצוות ייבום, גם מהספרדים ועדות המזרח, ואין להם כל סמכות לכך״[206].

עבודת האשה מחוץ לבית

§240. בראשית פרק זה ראינו עד כמה משפיעים דיני הצניעות — ׳כבודה בת מלך פנימה׳ — על מעמדה של האשה בחברה ובמשפחה[207]. גם בהקשר זה מוצאים אנו גישות שונות

204. משנה, בכורות א ז; ראה גם כתובות סד א, יבמות לט ב.
על התמורות היסודיות בחברה הבתר־מקראית ובתפיסתה את הייבום, ראה מ״ע פרידמן, **ריבוי נשים בישראל** (תשמ״ו) 129; כן ראה י׳ כץ ״ייבום וחליצה בתקופה הבתר־תלמודית״ **הלכה וקבלה** (תשמ״ו) 127, המנתח את מורכבות המקורות ואת הפלוגתאות בנושא זה. ניתוחו מלמד, כי למרות המשתמע מן המשנה בבכורות המשיכו להתקיים גישות שונות בעניין הקדימות של ייבום או חליצה גם בתקופה הבתר־תלמודית. עם זאת, מוסכם גם עליו כי בעוד אשר בתקופת המקרא היה הייבום מעוגן בסדרי החברה, בתקופה הבתר־מקראית הוא היה, כנראה, נטול תפקיד נראה לעין בקיום המשפחה (**שם** בע׳ 128).
על עניין הייבום בתקופה המקראית ראה **אנציקלופדיה מקראית**, כרך ג, ע׳ 444 — 446; L.M. Epstein, **Marriage Laws in the Bible and the Talmud** (Cambridge, 1942).

205. ראה התקנות אצל ב״צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע׳ 570.

206. **יביע אומר**, חלק ו, אבה״ע, סימן יד, בע׳ שכח.

207. ראה **לעיל** פסקה 203.

פרי הזמן והמקום. שילובן של הנשים בכלכלה, בתקופת ימי הביניים[208], לא עלה בקנה אחד עם כללים נוקשים של צניעות ועם צמצום האשה ל'זווית ביתה'.
מושגי הצניעות פושטים צורה ולובשים צורה עם הזמן, וכתוצאה מהם משתנים כללי ההתנהגות:

"אין לדיין אלא לפי מה שעיניו רואות לפי העת והזמן והמקום. הרי אפילו באיסורים חמורים עניין הצניעות, עניין עדות... וכדו' דנו בזה כפי העת והזמן"[209].

"גבולות ה'כול כבודה בת מלך פנימה' תלויים במנהגי המקומות ורק במקום שדרכן של נשים שלא לצאת לגמרי מבתיהן יש בזה משום פריצת גדר... ואף בדורותינו עובדות בנות ישראל כשרות במשרדים שונים, בבתי־חולים, בגני־ילדים ובתי־ספר — ואין פוצה פה ומצפצף"[210].

גדרי 'כבודה בת מלך פנימה' נשתנו, איפוא, בהקשרים רבים. מה שנחשב בעבר כפריצת גדר עשוי להימצא בהווה בגדר הנורמטיבי והמותר[211]. ניסיוננו מלמד, כי הרגלי העבודה של נשים השתנו כליל ומקומן במעגל העבודה הולך וגדל[212]. גם נשים דתיות, ואף חרדיות, נוהגות לצאת לעבודה, וחלק לא־מועט עוסק בעבודות המחייבות יציאה מחוץ לבית. מה שנחשב כגנאי לרמב"ם, בימיו ובמקומו, יציאת האשה חוץ לביתה יותר מפעם או פעמיים לחודש[213], הוא הנורמה בזמננו. מרותו של הבעל־האב גם היא אינה נשמרת היום, אפילו בחברה החרדית, באותה מידה או אפילו קרובה לזו, המשתמעת מן המקורות.

208. ראה **לעיל** פסקאות 231־232.

209. שו"ת ישכיל עבדי, חלק ה, או"ח, נה ס"ק ה וראה גם ס"ק ג. ראה גם הרב א' ליכטנשטיין, **לעיל** הערה 129, בע' 161, הגורס כי בתחום הצניעות יש לדון לאור פרטי המקרה והנסיבות.

210. הרב ש' ישראלי, הערת עורך למאמרו של הרב מ' ד' ולנר "גיוס נשים לצבא" **התורה והמדינה** ד (תשי"ב) רכא, רכו, על שינוי גדרי הצניעות, שינוי גדרי 'כבודה בת מלך פנימה', ועל תלות המושג במנהגי המקומות. ראה עוד הרב א' בינובסקי (בינה) "משפט המלחמה ושיתוף האשה במלחמה" **התורה והמדינה** ה־ו (תשי"ד) סב, ע: "שכבר העיר הרב העורך (הרב ש' ישראלי)... שדין כל כבודה וכו' תלוי במנהגי המקום... אפילו אם ייפרץ ע"י פריצים הולכים אחר המנהג בזה".

211. הרב מ' ח' ב"צ עוזיאל, **לעיל** הערה 148, סימן מד, 'בע' רלב קובע במפורש כי: "בכל כנסייה (כינוס) רצינית ושיחה מועילה אין בה (בנוכחות מעורבת של גברים ונשים) משום פריצות, וכל יום ויום האנשים נפגשים עם הנשים במשא־ומתן מסחרי, ונושאים ונותנים, ובכל זאת אין שום פרץ ושום צווחה"; ראה גם הרב כ' פ' טכורש "מלחמת רשות מצווה או חובה" **התורה והמדינה** ב (תש"י) פט, צה; כן ראה שו"ת כתוב ישר דברי אמת (הרב ז' י' ברכר), חלק ג אות יב; על משמעות של תדירות ומורגלות בחברה מעורבת, ראה הלבוש, סוף אורח חיים: "ואין נזהרים עכשיו בזה (הימנעות מז' ברכות כאשר יושבים מעורב, נשים וגברים יחד) משום דעכשיו מורגלות הנשים הרבה בין אנשים, ואין כאן הרהורי עבירה כל כך..." וראה גם הרב י' ה' הנקין "ישיבת אנשים ונשים יחד בחתונות" **שנה בשנה** (הוצאת היכל שלמה, תש"מ) 205.

212. 44% מכלל הנשים הנשואות בישראל היו במעגל העבודה בשנת 1987 לעומת 21.7% בלבד בשנת 1955. ראה **שנתון סטאטיסטי ישראל 1988**, לוח יב/6, בע' 337.

213. הלכות אישות, יג יא.

בדורות האחרונים גם הוסרו על ידי הפוסקים הגבלות הלכתיות מסוימות, שהוטלו בעבר על עבודות, המחייבות כל אחד מבני המינים ליצור קשר עם בן המין האחר[214].

'עוברת על דת'

§241. מושגי הצניעות, על רקע הכלל של 'כבודה בת מלך פנימה', עברו, בדורות האחרונים, שלב נוסף בתהליך של התאמה למציאות הנוהגת. תוכנה של עילת 'עוברת על דת'[215] — שעניינה נוהגי הצניעות, המחייבים את האשה ושמהפרתן נופקות תוצאות קשות כלפיה — פשט צורה ולבש אחרת. חומרתן של התביעות ההלכתיות הומתקה.
באחד המקרים, שהגיעו לבית־הדין הרבני, ביקש הבעל להסיק מסקנות חמורות נגד אשתו אשר, לטענתו, ביקרה עם ידידים בבתי־קפה, ואף הלכה שלובת זרוע עם גבר זר. את התנהגותה זו הוא ביקש לראות בגִדרה של עילת 'עוברת על דת'. בפסק־דינו לא קיבל בית־הדין עמדה זו:

> "דברים כאלה אינם לפי מנהגי החברה הנוכחית בארץ ולפי ההשקפה השוררת בזמננו מעשים של פריצות יתרה אם גם הם מראים לפעמים על חוסר טקט ואינם רצויים כשלעצמם. כל התנהגות כזו מראה רק על יחסי ידידות אבל לא על כיעור"[216].

בית־הדין הרבני יישם גישה זו הן לצורך עילת גירושין[217] והן לעניין ההשפעה על פטור הבעל מחיוב מזונות[218].

§242. עילה זו של 'עוברת על דת' לבשה משמעות אחרת בנסיבות הזמן באמצעות טכניקה הלכתית נוספת. בפסיקה רבנית מאוחרת יותר שיבץ בית־הדין טענת בעל, אשר התבססה על עילה זו, במסגרת עיקרון של הדדיות ביחסי בני הזוג:

214. ראה אפי זוטרי לשו"ע, אבה"ע, כב כ ס"ק לב; ציץ אליעזר, חלק ו, סימן מ, פרק כז, ס"ק כ, ע' רמז, על ההיתר לרווקים ולנשים ללמד קטנים וקטנות "במצב המציאותי של ימינו"; וראה א' שפירא, **לעיל** הערה 143, בע' 17־18. ראה גם א' שבייד, **דימוקראטיה והלכה** (תשל"ח) 98, המנתח את תשובתו של הר"ח הירשנזון בעניין זה בספרו **מלכי בקודש**, חלק ב, ומבאר את ההיתר בימינו לעומת דורות עברו.
הלכה זו יש לבחון על רקע האיסור על רווק ועל אשה ללמד תינוקות, ראה משנה, קידושין ד יג: "לא ילמד אדם רווק סופרים ולא תלמד אשה סופרים"; כן ראה קידושין פב א; רמב"ם, איסורי ביאה, כב יג; רמב"ם, תלמוד תורה, ב ד; שו"ע, יו"ד, רמה כ־כא; שו"ע, אבה"ע, כב כ; כן ראה בהקשר של משמעות עילת 'עוברת על דת', להלן פסקה 241.

215. ראה המקורות **לעיל** הערה 145.

216. תיק 1/64/705 אוסף פסקי־דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) ע' קכב, קכו; ראה גם **שו"ת אגרות משה**, אבה"ע, סימן סט, בע' קסט: "... אבל כשדרך כל הנשים בעירה כן אין שייך להחשיב זה לפריצות...".

217. ראה תיק 1/64/705, **שם** בע' קכו.

218. ראה ערעור תשי"ט/83, פד"ר ג 257, ובעקבותיו ע"א 277/81 **גרינהאוז נ. גרינהאוז**, פ"ד לו (3) 197.

"הלכה זו... היא דווקא כשהבעל איננו יכול לסבול התנהגותה הנלוזה של אשתו... אבל... המשיב... יש להניח שאיננו נמנה על סוג האנשים אשר אינם עוברים על דת... ואם איהו לא קפיד אנן קפדינן ליה?..."[219].

ובאותו עניין פוסק הרב עובדיה יוסף:

"רק אם האיש מוחזק בכשרות ולבו לשמים וטוען טענת עוברת על דת מבלי סכסוכים ומריבות אחרות אז יש לפסוק כמו שפסקו רבותינו ז"ל..."[220].

שימוש בטכניקה של עיקרון ההדדיות גרר אחריו התאמה בין הדין למציאות. ההתאמה מתבטאת הן ביצירת שוויון בין המינים והן במילוי תוכן מחודש בקנקן הלכתי 'ישן'.

111) פקיעת נישואין

§243. נקודת התורפה של מעמד האשה בהלכה, הליך הגירושין, שימשה יעד לתיקונים רבים במשך הדורות. העדפת הבעל בנושא הגירושין, הן בהקפדה על רצוניותו במתן הגט והן באפשרות לשאת אשה על אשתו, הולידה מצוקות בכל דור ודור. בתקופות שונות נמצאה דרך להתמודד עם תופעה זו באמצעים הלכתיים שונים: לעיתים בדרכי עקיפין, ולעיתים בְּתקיפה חזיתית; פעמים בדרך מתונה, ופעמים באמצעי רדיקלי.

במדינת ישראל דהאידנא לא נסגר הפער בין הדין למציאות בתחום הגירושין. תחום מרכזי זה נשאר עקב אכילס של ענייני המשפחה, והוא משליך משמעותית על מכלול הסדר דיני המשפחה בישראל[221].

§244. במשנה קדומה האיש אינו מגרש אלא לרצונו[222]. מאוחר יותר הוגבלה חירות הבעל בשני אופנים:

1) עוד בתקופת המשנה נקבעו עילות שבעטיַן כופים את האיש לגרש[223].
2) הוגבל כוח הגירושין של הבעל.

אמצעים אלה נוספו על האמצעי הכלכלי העקיף של עיקר הכתובה, שהעניק לבעל תמריץ להימנע מגירושין חפוזים ושרירותיים.

מבנה משפטי מורכב זה הגן על הצד הפגיע, האשה, הן מפני גירושין שרירותיים, מצד אחד, והן ממלכוד של נישואין קשים ובלתי אפשריים, מצד שני. הגנה זו, שלבשה צורה והתפתחה במשך הדורות, עמדה באופן סביר במבחן הזמן עד למאה האחרונה.

לא נוכל לדון בהרחבה בכל אותם אמצעים שנקטו חכמי ההלכה לשחרור האשה מכבלי נישואין כושלים. נושא זה מחייב דיון נפרד. כאן, לשם שלמות התמונה בלבד, נסתפק בסקירה לא ממצה.

219. ערעור תשי"ט/83 שם בע' 268.

220. ראה הרב ע' יוסף, **יביע אומר**, חלק ג, אבה"ע, סימן כא ס"ק ד. עיקרון ההדדיות כאן הִנו סובייקטיבי (לגבי בני זוג פלונים) ויישומו הוא אובייקטיבי. בכך הוא מהווה התאמה גמישה למציאות אף יותר מהשעיה כללית של נורמה, כמו להלן בהערה 255.

221. ראה **לעיל** פסקאות 118 — 121.

222. ראה **לעיל** הערה 68.

223. ראה **לעיל** פסקה 220.

§245. האמצעי הראשוני הוא הרחבת עילות כפיית הגט על הבעל בשלל של עילות בדורות שונים, בין מדין התלמוד ובין בדרך של תקנות[224].

על־פי התלמוד הירושלמי ניתן להרחיב את העילות המנויות במשנה מדרך קל וחומר:

"אם מפני ריח רע כופין לא כל שכן מפני חיי נפש"[225].

על בסיס הקל וחומר הורחבו שם עילות הכפייה על טענת בעל: 'איני זן ואיני מפרנס'. על הרוב הגדול של הפוסקים מקובל הכלל, שלפיו לאחר דין התלמוד אין להוסיף עילות כפייה על אלה שנמנו. יתר־על־כן, הלכה למעשה נוהגים להחמיר ולהמנע מכפייה כל אימת, ששאלת הכפייה בעילה מסוימת שנויה במחלוקת בין הפוסקים[226]. גישה זו מגבילה מאד את אפשרות התרת קשר הנישואין ומצרה את חופש התמרון של בית־הדין. אולם ניתן למצוא תמיכה גם לגישת הירושלמי ולהחלת דין זה לאחר חתימת התלמוד. כך, למשל, בדברי התשב"ץ בעניין כפיית בעל המתקוטט עם אשתו תדיר ומצער אותה[227]. אם לא אסמכתא לדבר, רמז לו ניתן למצוא גם בדברי הרדב"ז על האמצעים, שנקטו חכמים להסרת החרב המתהפכת של 'מלכודת' הנישואין.

"ירדו חכמים לסוף דעת כל הנשים ואינן יכולות לסבול לפיכך הפקיעו חכמים קידושיה..."[228].

§246. עילת כפייה עקרונית ורחבה, המעניקה, למעשה, לאשה כוח לגרום להתרת הקשר, נקבעה בתקנת הגאונים. התקנה ידועה כ"דינא דמתיבתא" והיא מאפשרת כפיית בעל שאשתו מורדת בטענת 'מאיס עלי'. תקנה זו נומקה בקלקלת הזמן.

"ואחרי רבנן סבוראי בראותם שבנות ישראל הולכות ונתלות בגויים ליטול להן גיטין באונס מבעליהן ויש כותבין גיטין באונס ומסתפק לגט מעושה שלא כדין וקא נפיק מינה חורבא תקנו..."[229].

224. ראה הרב ש' רפאל "בעיות הכפייה במתן גט" **הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושניים לתורה שבעל־פה** (תשמ"א) נח; ז' ורהפטיג **לעיל** הערה 119, מע' 178 ואילך; מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (תשכ"ה) 117 — 122.

225. ראה ירושלמי, גיטין פ"ט ה"ב.

226. תשובות הרא"ש, כלל מג, סימן ג. ראה גם טור, אבה"ע, קנד; הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, קנד כא. על גישות שונות בענין זה, ראה אצל ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 119, בע' 158־159, 178־179. כן ראה תיק 252/תשי"ד, פד"ר א 65, 67, 74. ראה גם **לעיל** פסקה 148.

227. תשובות התשב"ץ, חלק ב, סימן ח. בעניין זה ראה גם הגהת הרמ"א, שו"ע, אבה"ע, קנד ג, על "כפיית איש שרגיל לכעוס ולהוציא אשתו מביתו תמיד", הנסמך על תשובות הרשב"א, חלק א, סימן תרצג. ברם, ראה גם הפתחי תשובה שם, ס"ק ח, המחמיר בעניינים אלה וקובע, כי אין להורות כן ואין לכפות במקרים אלה.

228. תשובות הרדב"ז, חלק ד, קנז.

229. על סוגייא זו ונוסח התקנה ראה אצל ב' מ' לוין, **אוצר הגאונים**, כתובות, חלק התשובות, 191־192; ח' טיקוצינסקי, **תקנות הגאונים** (תש"ך) 11 — 29; כן ראה I. Haut, **Divorce in Jewish Law and Life** (N.Y., 1983) 51—53 ומשל המחבר הנזכר ראה גם "A Problem in Jewish Divorce: An Analysis and Some Suggestions" 16 **Tradition** (1977) 29.

ידועה היא הלכת הרמב"ם בדבר כפייה בטענה 'מאיס עלי' שטוענת אשה[230]. רוב הפוסקים, ובעקבותיהם גם בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל, דוחים את פסיקתו של הרמב"ם[231]. אולם יש מן הפוסקים בני דורנו הסוברים, כי הטעם לדחיית הלכת הרמב"ם, דהיינו החשש לפריצות, לניאופים ולריבוי ממזרים, מחייב היום שיקול מחודש בדבר אפשרות אימוצה של ההלכה בדרך זו או אחרת, במישרין או בעקיפין. בדור של חיי מתירנות וכפיית נורמות הלכתיות על מי שאינם שומרי מצוות, יש בדחיית הלכת הרמב"ם יצירת מצב של עיגון האשה. מצב כזה על רקע מציאות דורנו יוצר כר נרחב לניאופים, ועלול להרבות ממזרים[231א].

§247. מאות שנים מאוחר יותר ניתנה פסיקה הלכתית מפוקחת בתשובת הגר"ח פאלאג'י. נימוקה דומה והיא יונקת מאותה מגמת יסוד. במרכזה הרחבת עילות כפיית גט על הבעל. לשיטתו של הגר"ח פאלאג'י ניתן לכפות גט על הבעל, אם הוכח חוסר סיכוי לשלום בין בני הזוג. פירוד של 18 חודשים ומעלה מהווה הוכחה מספקת לביסוסה של עילה זו:

> "ואם בכל זאת שעבר זמן ולא היה תקנה ישתדלו בית־דין בדבר לתת גט ולהפרידם זה מזה דאיכא תרתי לריעותא. האיש דאסור לעמוד בלא אשה... אפילו יהיה כשר וירא שמים אינו ניצול מכמה עבירות והרהורים רעים, וכל שכן אם הוא פרוץ בעריות כי בוודאי כי אינו יוצא מידי עבירה בכל יום ויום. וגם האשה, שהיא אשת איש, אפילו תהיה כשרה על כל פנים בהיותה אשת איש בלתי בעלה עמה ח"ו יארע לה איזה מקרה רע או לפחות מאיזה פריצות כי לא יינקה כל הנוגע בה, ולפעמים תהיה יוצאת מדעתה להמיר דתה ח"ו או לאבד עצמה לדעת... כל שנראה לבית־דין שהיה זמן הרבה נפרדים ואין להם תקנה אדרבא צריך השתדלות הרבה להפרידם זה מזה ולתת גט כדי שלא יהיו חוטאים חטאים רבים אחד האיש ואחת האשה... והנני נותן קצבה וזמן לדבר הזה דאם יארע איזה מחלוקת בין איש לאשתו וכבר נלאו לתווך השלום ואין להם תקנה ימתינו עד זמן ח"י חודשים ואם בינם לשמים נראה לבית־הדין שלא יש תקווה לשום שלום ביניהם יפרידו הזיווג ולכופם לתת גט... כל זה כתבתי לכבוד השם יתברך ותורתו הקדושה"[232].

פסיקת הגר"ח פאלאג'י לא נתקבלה על דעת בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל[233].

230. רמב"ם, אישות, יד ח; ראה ר' ערוסי "הגורם העדתי בפסיקת ההלכה (כפיית גט במורדת 'מאיס עלי' אצל יהודי תימן)" **דיני ישראל** י־יא (תשמ"א — תשמ"ג) קכה.

231. על הלכת הרמב"ם והתומכים בפסיקתו ומנגד דעת רוב הפוסקים ובתי־הדין הרבניים בארץ, שאינם הולכים בעקבות פסיקתו, ראה א' רוזן־צבי, **פתרונות לבעיות אישות** (הוצאת נעמ"ת, 1986).

231א. על פוסקים אלה, ראה אצל ר' ערוסי, לעיל הערה 230, בע' קסט־קע. כן ראה מ' קורילנדי "סעד ההפרדה בין בעל ואשה והתפתחותו בפסיקת בתי־הדין בישראל" **שנתון המשפט העברי** א (תשל"ד) 184, 208 — 210. על עניין זה, ראה גם בסוגיית ה'כפייה בדרך ברירה', להלן פסקה 276.

232. שו"ת חיים ושלום, אבה"ע, חלק ב, סימן קיב.

233. ראה ער/תשל"ב/122, פד"ר ט 200; ער/תשל"ד/67, פד"ר י 168. וראה לעיל פסקה 119 סמוך להערות 8־9.

§248. ומכיוון אחר. חובותיו הדתיות של הגבר, לפרייה ורבייה, היו גוררות אחריהם כפייה מצד בית־הדין לגרש אשה שלא ילדה, או מונעים ממנה לישא את בחירת לבו, אם זו לא תוכל ללדת[234]. ברבות הימים, ומתוך כוונה להגן על האשה, לא הקפידו על דין זה. ברמ״א אנו מוצאים כי ״לא נהגו מכמה דורות לדקדק בעניין הזיווגים״[235]. במקום אחר הוא אומר ש״בזמן הזה אין נוהגין לכוף כלל״[236].

§249. אמצעי הגנה אחרים הם נקיטת אמצעים משפטיים מראש. עם אלה נמנים קידושין על תנאי ותנאי בקידושין[237]. האמצעי הדרסטי ביותר, המפקיע למעשה את הגט מידיו של הבעל, הוא הפקעת הקידושין על ידי בית־הדין[238].
בתי־הדין הרבניים במדינת ישראל נמנעים כליל מעשיית שימוש באמצעים אלה. בכך הם הולכים בעקבות דורות רבים של פוסקים, אשר נרתעו מאמצעים אלה ונמנעו מהפעלתם.

§250. במסגרת סוגיית הגירושין נעשה שימוש גם בעיקרון ההדדיות[239] באמצעות טכניקה שונה. כאשר מניעה הלכתית עומדת למכשול לפני נקיטת צעד פוזיטיבי של השוואת מעמד האשה לזה של הבעל — ניתן להשוות את הזכויות על ידי שלילת היתרון של הגבר. בדרך זו הלך רבינו גרשום בקביעת חרם, המונע בעל מלגרש את אשתו בעל־כורחה. חרם זה השלים הוראה אחרת, המונעת מן הבעל נישואי ביגמיה ללא היתר מיוחד[240].

234. ראה שו״ע, אבה״ע, א ג (בהגהת הרמ״א שם) וכן קנד י׳.

235. הגהת הרמ״א, שו״ע, אבה״ע, א ג.

236. הגהת הרמ״א, שו״ע, אבה״ע, קנד י׳.

237. ראה על כך הרב נ׳ זק״ש ״קידושין על תנאי״ **נועם** א (תשי״ח) נב; הרב י׳ מ׳ טולידאנו ״קידושין על תנאי״ **נועם** א (תשי״ח) סט; הרב י׳ א׳ הענקין ״קידושין על תנאי״ **נועם** א (תשי״ח) ע; הרב י׳ מ׳ אהרנברג ״קידושין על תנאי״ **נועם** א (תשי״ח) עה; וראה א׳ ח׳ פריימן, **סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד** (תש״ה) שפט; הרב א׳ ברקוביץ, **תנאי בנישואין ובגט** (תשכ״ז); כן ראה הקונטרס **אין תנאי בנישואין** (וילנא, תר״צ, נדפס מחדש בירושלים, תשל״ז).

238. הרב ע׳ יוסף ״כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן לקידושין מניה״ **הרצאות בכינוס הארצי השלישי לתורה שבעל־פה** (תשכ״א) צו; ראה א׳ ח׳ פריימן, **שם** בע׳ יא־יד, כא, לז־לח, סז־פ, פז־צב, צה־צז, ק, קג־קה, קו־קי, קיג־קכו, קלז־קלח, קס־קסג; מ׳ אלון, **לעיל הערה** 93, בע׳ 518—527, 686—712; מ׳ אלון ״ייחודה של הלכה וחברה ביהדות צפון אפריקה מלאחר גירוש ספרד ועד ימינו״ **הלכה ופתיחות**, **לעיל הערה** 16, בע׳ 33; הרב א׳ ברקוביץ, **שם** מע׳ קיט ואילך; הרב א׳ ברקוביץ, **לעיל הערה** 16, בע׳ 151; י׳ צ׳ גילת ״השפעת המציאות על הבחנות הלכתיות״ (הוצאת אוניברסיטת בר־אילן) 38, 40; הרב ע׳ רקמן, **לעיל הערה** 22; וראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ב, ערך ״אפקעינהו״, ע׳ קלז.
וראה על פתרונות אפשריים באופן כללי ז׳ פלק, **לעיל הערה** 70, מע׳ 84 ואילך; א׳ רוזן־צבי, **לעיל הערה** 231.

239. ראה **לעיל** פסקאות 241־242 **ולהלן** פסקה 254.

240. נוסח החרם ראה שו״ת מהר״ם מרוטנבורג קנג; שו״ת מהר״ם מינץ קב; ראה גם הגהת הרמ״א, שו״ע, אבה״ע, קיט ו להלכה לפיה יכול לגרש אשה שלא מדעתה: ״אין לגרשה בזמן הזה שלא מדעתה״; על נוסח התקנות ועל משמעותן ראה L. Finkelstein, **Jewish Self-Government in the Middle Ages** (2nd ed., 1964). כן ראה נוסחים שונים של התקנות ורשימת המקורות שבהם מופיעות התקנות ודיון עליהן אצל ש׳ ז׳ הבלין ״תקנות רבינו גרשום מאור הגולה בענייני

האמצעים ההלכתיים נתמכו במסגרת חברתית־כלכלית, שבתוכה היו משוקעים. בחברה החקלאית כוח העבודה הזול, שסופק על ידי האשה, היה מגן נגד גירושין חפוזים. בחברה התלמודית והפוסט־תלמודית עמד הכוח המוסרי של חכמי הדור נגד הפיתוי של גירושין שרירותיים. בחברה האורבנית ועם צמיחת הפרולטריון לא היו עוד אמצעי ההגנה הקודמים, שהעניקה ההלכה לאשה, תריס מספק נגד שרירות לבו של הבעל, תוך ניצול ההלכה המקורית[241].

מגמת השוויון של החרם מובלטת בתשובות הרא"ש:

"(רבינו גרשום) תיקן להשוות כוח האשה לכוח האיש כמו שהאיש אינו מוציא אלא לרצונו כך האשה אינה מתגרשת אלא לרצונה"[242].

ראינו את כברת הדרך הארוכה שעברה ההלכה מן המשנה הקדומה, שלפיה האיש מגרש תמיד לרצונו בלבד והאשה מתגרשת גם שלא לרצונה, ועד לקביעת החרם הנותן ביטוי לעיקרון של שוויון.

החרם האוסר ריבוי נשים, מסמן גם הוא תהליך של מעבר מחברה המתירה ריבוי נשים (פוליגמיה) — אם לא למעשה לפחות להלכה, כפי שהיה בחלק מן הזמנים ומן המקומות — לחברה מונוגמית[243]. ההלכה מפגינה כאן היענות לדפוסים חברתיים משתנים בלי לדבוק בדפוס הקודם כהשתקפות של אידיאל חברתי, נורמטיבי, אחיד ויחיד.

יתר על כן, לפנינו דוגמא להשפעה הסביבתית הזרה, שההלכה פועלת מתוכה, על עיצוב הנורמות ההלכתיות.

אין ספק כי המסורת הארץ ישראלית יחד עם השפעת הסביבה הנוצרית[244] הבשילו ואצרו כוח עד כדי מתן ביטוי משפטי פורמלי לתהליך שינוי הדפוסים החברתיים והשקפות

אישות בתחומי ספרד ופרובאנס" **שנתון המשפט העברי** ב (תשל"ה) 200; ראה עוד ז' פלק, **לעיל** הערה 167, בע' 4 — 31, 96 — 120; מ' אלון, **לעיל** הערה 93, בע' 632 ואילך; מ' זילברג, **לעיל** הערה 224, בע' 158 — 170, 429 — 432, ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע' 73 — 89, 353־354 (על האיסור לגרש אשה בעל־כורחה), 395 — 397, 404, 407, 420 — 427. כן ראה I. Epstein, **supra** note 168, at 28.

241. S.W. Baron, **supra** note 42, Vol. I, at 112 and Vol. II, at 238.

242. כלל מב, סימן א. ראה גם להלן הערה 245.

243. אולם ראוי לציין, כי תהליך זה מורכב הרבה יותר מביטויו הפורמלי בקביעת החרם האמור ובמועד קביעתו. בחלק מן המקומות והזמנים לא נהג ההיתר הפורמלי לריבוי נשים, הלכה למעשה, מאות שנים לפני החרם, אלא במקרים בודדים. במקומות אחרים לא נתקבל החרם גם לאחר קביעתו. ראה מ"ע פרידמן, **לעיל** הערה 204, במיוחד פרקי ההקדמה והמבוא עד ע' 53. עם זאת, מציין המחבר (**שם** בע' יא) כי מספר הנישואין הפוליגמיים היה רב יותר מכפי ששיערו החוקרים עד כה; ז' פלק, **לעיל** הערה 167; ש'ז' הבלין, **לעיל** הערה 240.

244. על המסורת הארץ ישראלית ראה אצל מ"ע פרידמן, **לעיל** הערה 204. על השפעתה ראה במיוחד **שם**, בע' 19, 52־53.
על השפעת הסביבה הנוצרית, ראה ז' פלק, **לעיל** הערה 167, בע' 4 — 31; מ"ע פרידמן, **שם** בע' 19. ראה, לעומת זאת, א' וסטרייך "ריבוי נשים וכפיית האשה להתגרש בפסיקת חכמי אשכנז במאה האחת־עשרה ובמאה השתים־עשרה" **מחקרי משפט** ו (תשמ"ח) 118, הגורס כי השינויים בעמדת חכמי ההלכה הם, בעיקרם, תהליך פנים־הלכתי, ואין הם נובעים מהשפעה ישירה של החברה הנוכרית. לדעתנו, אין בדיון המקיף כדי לשלול את ההשפעה הסביבתית. אין ספק, שהמסגרת ההלכתית היא לעולם הציר לשינוי הפסיקה. הדיון הפנים־הלכתי מלמד כי ההשפעה

העולם על המשפחה, כמו גם על מעמדה של האשה[245]. מאידך גיסא, החרם לא נתקבל על ידי הפוסקים ברוב ארצות האיסלם[246]. דהיינו, במקומות שהיו תחת ההשפעה המוסלמית ושדפוסי החברה לא השתנו בהם, לא נתקבל, בדרך כלל, החרם[247].

§251. כבר הראנו כיצד דפוסים חברתיים ותבניות חברתיות, המוצאים ביטוי בכללי ההלכה, ניתנים לאיתור גם בהסדרים משפטיים דומים או זהים, בשיטות משפטיות אחרות בנות־הזמן[248].

מאמץ הלכתי רב היקף הושקע לאורך הדורות בהגנת האשה בנקודת התורפה של פקיעת קשר הנישואין. אמצעים אלה כוונו לשעתם ופתרו מצוקות בחברה מסורתית, כאשר ההנחה השלטת היתה, על בסיס המציאות שהיתה רווחת, שהגירושין הם בגדר חובה לאשה. בינתיים השתנתה הנחת היסוד והמציאות הפכה פניה לבלי הכר, אולם חלק לא מבוטל מן הפוסקים בדורנו ממשיכים להפטיר כדאשתקד.

על כוחם של פוסקי ההלכה בסוגייה זו אומר הרב י׳ הרצוג:

> ״ובמקום שמצאו חכמי הדור משום תקנת בת ישראל לתקן לכוף יש בכוחם לתקן לכוף... כשם שמצווה לשמוע דברי תורה כן מצווה לשמוע דברי חכמים. וחכמי ישראל מתפקידם הוא לשקוד על תקנת בנות ישראל ולתקן תקנות למען בנות ישראל והוא הדין והוא הטעם לעניין תקנת הגאונים״[249].

12 פיצויים לאשה בעת גירושין

§252. בדורות האחרונים השתרש מנהג לתשלום פיצויים לאשה בעת הגירושין. במקרים מסוימים תזכה האשה עם גירושיה בפיצויים נוסף על סכום הכתובה המגיע לה. מנהג זה נועד, בין היתר, לשַפות את האשה על הצמיחה הכלכלית של המשפחה בכלל ועל השקעתה במשפחה וברווחתה, כגון הטיפול במשק הבית ובגידול הילדים בכלל, ותרומתה להשבחת הנכסים ולגידולם, בפרט[250].

הסביבתית נטמעת בתוך המסגרת ההלכתית, אך אינו מעיד על העדר השפעה ׳זרה׳. אין לכחד גם, כי האילוצים החברתיים מעוגנים בחברה היהודית עצמה. אולם הקשר בין דפוסים חברתיים קרובים, המוליד תוצאות משפטיות דומות במדינות שונות, והשינויים בפסיקה ההלכתית בהתאם לדפוס החברתי ולהסדר הנורמטיבי השונה במדינות השונות, אומרים דרשני.

245. על כך שהמסורת ההלכתית, אשר עודדה מונוגמיה והכירה בזכות האשה להתנגד לפוליגמיה, מבוססת מבחינה רעיונית על תפיסה של שוויון בין איש לאשה, ראה אצל מ״ע פרידמן, **לעיל** הערה 204, בע׳ 51 — 53. ראה גם ז׳ פלק, **לעיל** הערה 167, בע׳ 31, המדגיש את שיווי זכויות האשה כמטרה או כמניע של החרם על ריבוי נשים. גם דברי הרא״ש, שהובאו **לעיל** סמוך להערה 242, בהקשר לאותו חלק של החרם שעניינו האיסור לגרש אשה בעל־כורחה, תומכים בגישה זו.

246. ראה ב״צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, בע׳ 76.

247. על השפעת הסביבה המוסלמית על היהודים שהתגוררו במדינות המוסלמיות ועל פסיקת מורי ההוראה, ראה מ״ע פרידמן, **לעיל** הערה 204, בע׳ 19, 52־53.

248. ראה **לעיל** הערה 44.

249. שו״ת **היכל יצחק**, אבה״ע, חלק א, סימן א ס״ק לב, בע׳ יא טור ב.

250. ראה ז׳ ורהפטיג ״הנוהג של פיצויי גירושין״ **סיני** צח (תשמ״ו) נז; מ׳ אלון, **לעיל** הערה 93, בע׳

מנהג זה מתגבש בתקופה, שבה הוענקה בשיטות משפטיות רבות בעולם, חשיבות לעבודתה של האשה במשק הבית וניתנה הכרה רחבה למשקל הכלכלי של תרומתה זו[251]. מנהג זה נועד להיטיב את מעמדה של האשה ולהתאים את הדין לרוחות המנשבות ולמציאות המתחדשת. כבר הראנו במקום אחר, כי בתי־הדין הרבניים אינם ממהרים לפסוק על־פי המנהג. שיטת המשפט הישראלית מסדירה את מערכת היחסים הרכושיים בין בני הזוג בהסדר אזרחי טריטוריאלי מקיף, המייתר את הצורך בסגירת פערים בתוך הדין הדתי פנימה[252].

ז) אמצעים הלכתיים

1ז) חריג ההופך כלל

§253. במהלך הדיון בפרק זה, בהקשרים שונים, הופנתה תשומת הלב לטכניקה הלכתית שבאמצעותה סוגלה ההלכה למציאות משתנה. הכוונה היא למקרים, שבהם התפתח והשתכלל במשך הדורות חריג לכלל המקורי, עד שהשתלט על הכלל ותפס את מקומו. טכניקה זו משמרת את המסגרת הפורמלית של הכלל ההלכתי, אך למעשה כובשת אותו בביתו פנימה. טכניקה זו לא התמקדה בעניינים שוליים או זניחים. אמצעי זה התייחס, בין השאר, למסגרת המרכזית של מבנה המשפחה, כגון ייבום וחליצה, וכן לעניינים של אורח־חיים, כגון מידת מעורבותה החברתית והמקצועית של האשה[253].

2ז) עיקרון ההדדיות

§254. במהלך הדיון בפרק זה הצבענו גם על עיקרון ההדדיות, אשר הופעל, במלואו או בחלקו, ישירות או בעקיפין, בסוגיות שונות וגרר אחריו התאמה בין הדין למציאות. ההתאמה התבטאה, הן ביצירת שוויון בין המינים והן במילוי תוכן מחודש בקנקן הלכתי 'ישן'. הדברים אמורים בסוגיות מרכזיות[254] המתייחסות למבנה המשפחה, כגון ריבוי נישואין, או הנוגעות לאורח החיים, כגון תוכנו של המושג 'עוברת על דת'.

עיקרון ההדדיות הוא אמצעי, שנעשה בו שימוש בתקופה מוקדמת. כך, למשל, בוטלו המים המאררים, לבדיקת אשה סוטה, עוד בתקופת המשנה, כאשר רבו המנאפים[255]. כאשר

1339־1340; ע"א 630/79 **ליברמן נ. ליברמן**, פ"ד לה (4) 359, 372־373; א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, מע' 329 — 337 והאסמכתאות שם.

251. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע' 13 — 19, 333. כן ראה A. Colomer, "The Modern French Law" in **Comparative Law of Matrimonial Property** (Kiralfy, ed., Leiden, 1972) 80, 86; **Studies on Family Property Law,** Law Reform Commission of Canada (1975) 16; O. Kahn Freund, "Recent Legislation on Matrimonial Property" 33 **M.L.R.** (1970) 601, 604-605; B.A. Kulzer, **supra** note 47, at 20.

252. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע' 336־337.

253. ראה **לעיל** פסקאות 224, 231־232, 239.

254. ראה **לעיל** 241־242, 250.

255. ראה משנה, סוטה ט ט: "משרבו המנאפים פסקו המים המרים". ראשית משנה זו מספרת על כלל דומה בהקשר של הלכת עגלה ערופה. דין זה בטל "משרבו הרצחנים". בסוטה מז ב מבואר: "לפי שאינה באה אלא על הספק, משרבו הרוצחנין בגלוי בטלה עגלה ערופה".

התנהגות הבעל לא עלתה בקנה אחד עם תביעות של שלמות החברה היהודית המסורתית, ששימשו בסיס להלכה המקורית, לא היה עוד טעם לחשוף את האשה לבדה לדין המקורי:

> "ת"ר: 'וניקה האיש מעוון' בזמן שהאיש מנוקה מעוון המים בודקין את אשתו אין האיש מנוקה מעוון אין המים בודקין את אשתו... אמר ר' אליעזר, אמר להם נביא לישראל אם אתם מקפידין על עצמכם מים בודקין נשותיכם ואם לאו אין המים בודקין נשותיכם"[256].
>
> "אימתי האשה נושא את עוונה בזמן שהאיש נקי מעוון"[257].

כללי ההלכה הם כלים שלובים ומתחייבת בהם הדדיות.

37) מניעת ניצולה של ההלכה לרעה

§255. מעניין אחרון זה, כמו גם מסוגיות הייבום[258] ו'עוברת על דת'[259], שהובאו לעיל, אנו למדים כי האיש יכול לעשות שימוש בכללי ההלכה, כאשר הוא עומד בקני־המידה המחמירים המתחייבים מהם. ההלכה לא תעשה את עצמה כלי שרת בידי המבקש לנצל את חסותה לרעה. כך מבוטא רעיון אחרון זה אצל אחד מפוסקי דורנו, הרב עובדיה יוסף, במסגרת דיונו בתוכנו של המושג 'עוברת על דת' בחברה הישראלית בת־זמננו:

> "אין לתת יד לפושעים... בזמן הזה כאשר פשטה המספחת של המודרניות בעולם, וישתמשו בדיני תורתנו הקדושה, אשר נתנו להם עורף ולא פנים, אך ורק לתועלתם הפרטית בכדי... לבגוד באשת נעוריהם בתואנות וטענות תחת מסווה של דת"[260].

עיקרון ההדדיות, כמו גם השאיפה להימנע מהענקת אמצעים לניצולה של ההלכה לרעה, משמשים, איפוא, במקרים מסוימים, אמצעים הלכתיים להתאמת הלכות בעלות אופי מסוים למציאות שונה או אחרת.

38) השלמות החברתית מול מציאות פגומה

§256. בחיקו של עניין זה מונחת מסקנה חשובה נוספת; ישנן הלכות רבות המתייחסות לחברה של שלומי אמוני ישראל. קיומן של הלכות אלה מחייב חברה יהודית שלמה במצוות, הרואה בתורה את מצע חייה. הפעלתן בקרקע מציאות אחרת עשויה, בעיני ההלכה עצמה, להביא יותר נזק מאשר תועלת[261].

בחברה חופשית יותר, שבה אין כבלי המוסר האידיאלי נשמרים עוד בדווקנות הנתבעת על ידי נורמות קשיחות, מתחייבת בדיקה מחודשת של פרטי הדינים גם כדי למנוע פגיעה

256. סוטה מז ב.

257. ירושלמי, סוטה פ"ט ה"ט.

258. ראה **לעיל** פסקה 239 סמוך להערה 204.

259. ראה **לעיל** פסקה 242.

260. ראה שו"ת יביע אומר, **לעיל** הערה 220, **שם**.

261. על הלכות סוטה ועגלה ערופה כדוגמא למצוות המבוססות על הנחות מציאותיות מסוימות, שבמציאות אחרת נעשות "חסרות משמעות והן בטלות ומבוטלות", ראה י' ליבוביץ, **יהדות, עם יהודי ומדינת ישראל** (תשל"ה) 135, וראה שם על כוחה של המציאות המדינית והחברתית כהנחה להכרעה הלכתית.

במרקם החיים הדתיים ובמטרות העומדות בבסיס הנורמות הדתיות, וגם כדי למנוע עוול הנובע מהנחות יסוד שאיבדו את אחיזתן בקרקע המציאות.

בצד עיקרון ההדדיות, שבו נומק ביטול דין בדיקת אשה סוטה על ידי המים המאררים, הועלה גם הנימוק של העדר שלמות חברתית. על ביטול המים המאררים אומר התלמוד הירושלמי:

"וכתיב 'והיתה האשה לאלה בקרב עמה', בזמן שעמה שלום ולא בזמן שעמה פרוצים"[262].

ומבאר בעל 'תורה תמימה':

"דבזמן שהדור כשר וצדיק אז אשה פרוצה לאלה בקרב עמה, שהכל אלין בה, אבל כשרובה פרוצים הרי גם היא כאחד מהם, ואי אפשר שיתקיים 'והיתה לאלה בקרב עמה', ולכן נתבטלו בכלל גם מהכשרים"[263].

בביטול דין המים המרים משתקפים, איפוא, שני ההיבטים של העניין, החיובי והשלילי גם יחד. הקשר בין עיקרון ההדדיות לעיקרון השלמות החברתית כנדבך בבניין הדין, מחד גיסא, וזיקת הגומלין שבין שני אלה כאבן נגף בשמירה דווקנית של דין שאין תוכו כברו, מאידך גיסא.

בהקשר זה ראוי גם להתייחס לתקנת הגאונים, הידועה כ"דינא דמתיבתא". תקנה זו, אשר הרחיבה את עילות כפיית הגט על הבעל, נומקה, בין היתר, בקלקלת הזמן[264].

גם התשובה שכתב הגר"ח פאלאג'י, מאות שנים מאוחר יותר, נימוקה דומה והיא יונקת מאותה מגמת יסוד. התשובה מיוסדת על שיקולים דתיים, הלוקחים בחשבון את החשיפה למציאות החדשה, על קלקוליה, ואת השלכותיה של מציאות זו על עולמה של תורה. כדי להוציא מלִבם של מקטרגים, מסיים הגר"ח פאלאג'י את התשובה בנוסח:

"כל זה כתבתי לכבוד ה' יתברך ותורתו הקדושה"[265].

כך מוארת ההנמקה המרכזית של פסיקתו, דהיינו, הצורך הדתי הדחוף במציאת פתרון נוכח המציאות החדשה.

אנו חוזרים ונוכחים לדעת, כי האפשרות להגן באופן יעיל וממשי על האינטרסים והערכים שההלכה מבקשת להגן עליהם תיתכן, בתנאים ובנתונים שונים של זמן ומקום, רק באמצעות הלכות שונות מפעם לפעם. גם הלכות סותרות בתקופות שונות עשויות לנבוע מאותן עקרונות יסוד. השיקולים והנימוקים ההלכתיים, שהצבענו עליהם במהלך דיוננו בהקשר של היקף אכיפת כללי ההלכה במציאות נתונה, עשויים לקרב נורמות הלכתיות למציאות משתנה.

3ז) 'נעשה חומרו קולו' ו'שעת הדחק'

§257. באותו כיוון של הסתכלות דתית מפוקחת, תוך הסתמכות, בין שאר נימוקים, גם על הטעם ש'נעשה חומרו קולו', הכשיר הרב ש' משאש הסכם ממון שנעשה במרוקו בין

262. ירושלמי, סוטה פ"ט ה"ט. התלמוד הירושלמי מביא את שתי הדרשות, הן זו הנוגעת לעיקרון השלמות החברתית והן זו הנוגעת לעיקרון ההדדיות.

263. 'תורה תמימה', במדבר ה כז, ליד האות קמה.

264. ראה לעיל פסקה 246.

265. ראה לעיל פסקה 247.

בני זוג שנישאו כדמו"י. ההסכם קבע, כי אם יתגרש הבעל מן האשה בגירושין אזרחיים ולא ייתן גט, יחויב בתשלום סכום כסף למזונות האשה עד למתן הגט, אם כי זו תהיה פטורה מכל חובותיה כלפיו. בדחותו את החשש לעישוי הגט עקב ההסכם פוסק הרב משאש:

"כידוע מבנות הזמן שפרקו עול הדת, וילכו לעשות כרצונם ויתלו הקולר בצוואר הרבנים שלא חשו למצוא להם מפלט, ומה תעשה הבת שלא תחטא, ובאופן זה ממילא נעשה חומרו קולו, שע"י החומרא שאנו רוצים לפסוק כדעת המחמירים אנו מעגנים את האשה ונותנים יד לפושעים להיכשל באיסור אשת איש הברור... ולכן... העמיד בזה ההלכה על תלה על עיקר הדין בלי לעשות חומרות, ככה נוכל להציל אשת איש מטמיעה ומעיגון, וקי"ל דשעת הדחק כדיעבד דמי, ואין לך שעת הדחק גדולה מזו, וכך חובתנו וכך יפה לנו, ודרכיה דרכי נועם כתיב"[266].

במועד מאוחר יותר הוא מחזק טעמים אלה:

"ולכן אמרתי דאף שיישאר איזה צד חומרא או פקפוק, מחמת דעת הרשב"א המחמיר, עכ"ז בנידון דידן דיש עיגונא דאיתתא וגם חשש או ודאי ממזרות, ראוי להעמיד הדבר על עיקר הדין בלא חומרות, ולחשוב זה כדיעבד... בנידון כזה שנמצא חומרו קולו להתיר ממזרים לשוק, וגם מקום עיגון, בזה ראוי להעמיד הדין על תלו ולא ללכת בחומרות"[267].

§258. 'נעשה חומרו קולו' הוא אחד מכלי הביטוי ההלכתיים הלגיטימיים להתאמת הלכות, המועברות ממציאות אחת, המאופיינת בשלמות חברתית, למציאות רווחת שונה בתכלית. נימוק זה מעוגן היטב בעולמה של הלכה.

לא בכדי מעמיד הרב מ' בר־אילן מושג הלכתי זה במרכז טיעונו להתאמת דיני עדות ובחירת שופטים שבהלכה למציאות הישראלית:

"שאלת הדיינים והעדים צריכה פתרון תכוף מיד. כי הלא זה יהא המכשול הראשון בדרישתנו, אם לא יהיו מוכשרים כל אזרחי המדינה להיבחר או להימנות לשופטים, ולא נוכל לסמוך על עדותם של אלה שלפי הדין נחשבים לפסולי עדות... אם לא נצליח למצוא מוצא נוח ומקובל — נהיה מן המחמירים בראש המביאים לידי הקלה בסוף... תקנת המדינה ושמירת התורה מאלצות למצוא כל מיני דרכים"[268].

הרב מ' בר־אילן מתייחס להתעלמות מן המציאות החילונית כהחמרה, המביאה בסופו של דבר לתקלות הלכתיות או לפגיעה באינטרסים הדתיים עצמם.

§259. בטעם זה נעשה שימוש על ידי הפוסקים הפוטרים נישואין אזרחיים, שנערכו מרצון ומתוך בחירה, מן הצורך בגט[269].

266. ראה הרב ש' משאש, שו"ת תבואות שמ"ש, אבה"ע, סימן סו, בע' קכז־קכח.

267. ראה תשובה מיום כח בניסן תשמ"ד (טרם נתפרסמה).

268. "חוק ומשפט במדינתנו" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק, עורך, תשכ"ט) 20, 23.

269. עם פוסקים אלה נמנים, בין היתר: הרב חיים עוזר גרודזנסקי, קובץ אגרות, סימן ל (הנסמך על

הנמקת חלק מן הפוסקים נסמכת, בין היתר, על כך שהחמרה בדרך של הטלת חיוב בגט עלולה לגרום תקלה:

> "מלבד מה שהדבר מגיע להציל אשה מעיגונא שהרבה שקדו חכמים על כך ונכנסו גלל כן לא פעם אפילו לפרצות דחוקות, ישנו בדבר כפי שאני מבין גם משום בכדי להציל את האשה מקלקולים חמורים שונים וד"ל, וכעין שכותב בשו"ת עין יצחק בסי' סד שם, דמכיוון דאם נידון לחומרא יצא חורבא וקלקול רב אין לנו להחמיר מצד חומרא בעלמא רק מה שהדין נותן מצד הדין וכיוון שמצד הדין נתבאר דאין לחוש להקידושין ע"כ ממילא אין אנו רשאים להחמיר בזה מצד חומרא אלא מוקמינן על הדין דאין לחוש להקידושין עיי"ש ודון מינה גם לנידוננו"[270].

גישה מחמירה, הנושאת עמה מגמה של הרתעה מפני עריכת נישואין אזרחיים, שכרהּ עלול לצאת בהפסדה מבחינה הלכתית, באשר היא עלולה לגרום תוצאות הלכתיות חמורות. שכן, המחמיר בתחילתו — מקל בסופו ופוגע ביסודות הקדושה בישראל[271].

§260. בהקשר זה ניתן גם להביא את הדיון ההלכתי בשאלה, האם "בשביל שלא ירבו ממזרים בישראל... שייך להתיר איסורא זוטא" ולסדר קידושין לפסולי חיתון (בין אשה לבועלה).

הרב משה פיינשטיין, בדונו בעניין זה, נוטה להתיר, אף כי השאלה נשארת על ידיו בצריך עיון[272]. במסגרת השקלא וטריא נטען על ידיו כי לסילוק איסור חמור כאיסור אשת איש, ומפני סכנת ריבוי ממזרים, יש לדון באפשרות של התרת איסור חמור פחות "כיוון שהוא לתיקון העולם". במסגרת דיון זה מדגים הרב נקיטת אמצעים הלכתיים מיוחדים, ואף יוצאי דופן, למניעת עבירות חמורות אף שהעלולים להיכשל בעבירה חמורה מוגדרים מבחינה הלכתית כ"פושעים", ובלשונו:

המהר"ם שיק, אבה"ע, סימן כא) הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, משפטי עוזיאל, אבה"ע, חלק א, סימן נט, חלק ב, סימנים נד—נז (התשובות נדפסו מחדש בפסקי עוזיאל, סימנים עה—עח, ע' תלב—תנה); הרב י"א הרצוג, שו"ת היכל יצחק, אבה"ע, חלק ב, סימן לא; הרב א"י ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק א, סימן כז, חלק ב, סימן יט, חלק ט, סימן לז; הרב מ' ראטה, שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן ז, חלק ב, סימן יח אות ב. רק לרווחא דמילתא הצריכו גט לחומרא, וכשיש חשש עיגון יש להקל בפשיטות; הרב ע' הדאיה, שו"ת ישכיל עבדי, חלק ד, אבה"ע, סימן ב, חלק ו, אבה"ע, סימן קא; הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ו, אבה"ע, סימן א (בע' רסו ואילך, וראה רשימת המקורות שהוא נסמך עליהם, שם בע' רסח). הרב מ' פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, אבה"ע, חלק ראשון, סימנים עג, עד, עה, הנוטה לפסוק גט לחומרא, אולם אם לא ניתן לשכנע את הבעל לגרש או במקום עיגון ניתן להתיר ללא גט.

270. הרב א"י ולדנברג, שם, סוף סימן לז. הרב עובדיה יוסף משתמש, בין השאר, בנימוק שבתנאים מסוימים משום חומרא באים לידי קולא "שיש לחוש שמא תקבל קידושין מאחר טרם שיגרשנה זה" (שם בע' רסח).

271. ראה הרב א"י ולדנברג, שם. י' ליבוביץ, לעיל הערה 261, בע' 161, 171, 187, 190־191, מציג את הענקת הברירה בין נישואין דתיים לאזרחיים כמיועד למנוע תקלות הלכתיות כבדות במצב, שבו נכפות נורמות דתיות בענייני נישואין וגירושין על שאינם מאמינים, שאיסורים דתיים אינם מקובלים עליהם.

272. ראה שו"ת אגרות משה, אבה"ע, חלק שלישי, סימן נ, ע' תצו, בע' תצח.

"מצווה דרבים מחמת שרבים נכשלו בה אף שכל הרבים שנכשלו הם פושעים"[273].

§261. טעם זה, של "נעשה חומרו קולו' התווסף גם להקלות בדיני שחיטה ובמתן הכשרים. הרב עובדיה יוסף פסק, כי בענייני כשרות ניתן להקל במקום שהקפדה יתרה תגרור אחריה מכשול הלכתי גדול יותר[274]. ההתחשבות במציאות הפגומה, המולידה את ההיתר ההלכתי, מבוססת על טעמים שבדת, שבמרכזם החשש ש'חומרא זו מביאה לידי קולא ולמכשול' ו'שעת הדחק'. טעמים אלה לוקחים בחשבון את המציאות הקלוקלת והמכשלות הצפונות בה.

הרב עובדיה יוסף משתמש בתשובתו במפורש בטעם של 'שעת הדחק' כאסמכתא נוספת לאישוש פסיקתו. המציאות החילונית היא 'שעת הדחק' לצורך פסיקתו בעניין מתן ההכשר[275]. המציאות החילונית כמצב של 'שעת הדחק' היתה גם אחת מהנמקות פסיקתו של הרב ש' משאש בסוגייה הנוגעת לנישואין[276]. טעם זה מצטרף אל מערכת הנמקות רחבה יותר, המסייעת בקירובו של הדין למציאות.

§262. העדר אותה שלמות חברתית, אשר עומדת בבסיס כללי ההלכה, בד בבד עם החלתם של ההלכות על חברה בעלת השקפת עולם שונה ואף סותרת יוצרים תקלות הלכתיות, שאין הפוסקים יכולים או רשאים להעלים מהן עין[277]. המושגים 'נעשה חומרו קולו' ו'שעת הדחק' הם מוסדות הלכתיים המהווים מושגי מסגרת הלכתיים בעלי רקמה פתוחה. השימוש בהם בהקשר של עניין מסוים הוא שאלה של מדיניות משפטית, והוא מסור להכרעת הפוסק על־פי העדפותיו הערכיות והשקפת עולמו.

אם מבקשים תשובה לאותן תקלות בתחום האמצעים ההלכתיים, הרי המושגים 'נעשה חומרו קולו' ו'שעת הדחק' עשויים להתקבל ככלי התמודדות אפשריים עם ה'קצר' הנוצר. החלה דווקנית של הלכות המעוגנות במציאות אחת על מציאות אחרת (היא 'חומרו' בלשון הפוסק), מולידה חשש ממשי שהתוצאה, תהיה הפוכה בתכלית מזו שלמענה נתקנו כללי הדין (היא 'קולו' בלשון הפוסק).

ח) השימוש באמצעים ההלכתיים: מדיניות משפטית

§263. הפנייה לאמצעים ההלכתיים האמורים תלויה בשלושה:

1) הכרה בקיומה של מצוקה ובצורך להתמודד עמה.

273. שם בע' תצח.

274. כך הוא, לדעתו, לעניין היתרים בדיני שחיטה, ראה שו"ת יביע אומר, חלק ו, יו"ד, סימן ג, בע' קנח־קס. כך גם לעניין מתן תעודת כשרות למסעדה או בית־מלון שמאכליהם, שהם נשוא ההכשר, כשרים אף כי יש פגם בהתנהגותם של הבעלים ואורחיו בענייני כשרות. באותו מקרה היה הפגם הגשת מוצרי חלב לאחר ארוחה בשרית. ראה שו"ת יביע אומר, חלק ד, יו"ד, סימן ז, בע' רלט — רמא. ראה גם שו"ת אגרות משה, יו"ד, חלק א, סימן נב.

275. שו"ת יביע אומר, חלק ו, שם בע' קנח־קנט.

276. ראה תשובת הרב משאש, לעיל פסקה 257.

277. ראה לעיל פסקאות 164 — 168.

2) נכונות הפוסק להכיר בתוצאה, המתקבלת כתוצאה מהחלה דווקנית של ההלכה כתקלה דתית הטעונה פתרון.
3) נכונות הפוסק להעז ולעשות שימוש באמצעים ההלכתיים תוך הרחבתם והתאמתם למציאות החדשה.

§264. התחשבות ההלכה במציאות החילונית עשויה להיחשב על ידי חלק מן הפוסקים כהענקת לגיטימציה לאורח־חיים, החותר תחת יסודות ההלכה.
בעת הצגת הפער בין הדין למציאות בשער הראשון ראינו, כי חלק ניכר מפוסקי הדור נוקטים גישות ועמדות, הנובעות מתלישות מן התהליך ההיסטורי והמכוונת ממנה. העדר תחושה היסטורית, חוסר כושר הבחנה היסטורי, חוסר הערכה למצב ההיסטורי, אי הבנת המציאות והעדר רגישות לניתוח מציאות חברתית־פוליטית מכוונים חלק מן הפסיקה ההלכתית[278]. גישה אַ־היסטורית לפי עצם מהותה, המנותקת, לפי השקפתה, ממקום וזמן, אינה מאפשרת פתרון לרוב הבעיות המשפטיות החברתיות של ימינו[279].

§265. לדידם של פוסקים אחרים, השיקולים שיש להתחשב בעטיָם במציאות פגומה הם הלכתיים ועניינם הוא ההגנה על אינטרסים דתיים. התחשבות ההלכה במציאות החילונית היא כורח המציאות. ההלכה, כתורת חיים וכמסגרת נורמטיבית הנושאת עמה אחריות לכלל ישראל, אינה יכולה להרשות לעצמה לטמון את ראשה בחול. התעלמות ממציאות אינה מעבירה אותה מן העולם. מאידך גיסא, התעלמות כזו עלולה לגרור אחריה תקלות חמורות, הן במישור ההלכתי והן במישור המדיניות ההלכתית, הנוגעת לאינטרסים הדתיים במובנם הרחב.
מניעת תקלות הלכתיות, מניעת קרע מוחלט עם ציבור יהודי גדול, ודימויה של דת ישראל בעיני העם — הם האינטרסים שבשמם נדרש הפוסק להתחשב במציאות. אינטרסים אלה נטועים עמוק בלב השיקולים ההלכתיים. מחירו של מיתוס הלגיטימציה יקר מדי, במונחים שהם רלבנטיים לתפיסה הדתית, מכדי שניתן יהיה להיאחז בו ולהתעלם ממכלול השיקולים. יתר על כן, ניתן לדחות כליל התנהגות מסוימת ולהימנע מהענקת לגיטימציה לאורח־חיים, ואף־על־פי־כן להיפגש במישור התוצאה ההלכתית. שותפות במישור התוצאה הנורמטיבית, המאחדת בעלי אינטרסים שונים, עשויה להתייחס לכוונות שונות ולנבוע ממניעים שונים. הפסיקה הרבנית, שהובאה במהלך הדיון בפרק זה, לא באה לסייע למה שנחשב כקלקול בעיני הפוסק, ואין היא מיועדת לתת ביטוי לכוונותיו של החילוני. תכליתה היא הקטנת הנזק והיענות לצרכים במישור הדתי, הנובעים מהשקפת עולם דתית. כך, למשל, למרות התחשבותם במציאות הקלוקלת לא תיקנו הגאונים את ה'דינא דמתיבתא' כדי לסייע

278. ראה א' גולדמן, **ההלכה והמדינה** (הוצאת הקיבוץ הדתי) 15, 18, 21, 22, 44, 45, נדפס מחדש בקובץ המקורות **דת ומדינה בישראל** (מ' סמט, עורך, תשל"ח) 42, 44, 45, 46, 57; בעניין זה ראה גם א' לוז, **מקבילים נפגשים, דת ולאומיות בתנועה הציונית במזרח־אירופה בראשיתה** (1882 — 1904) (תשמ"ה) 16 ואילך, 30 ואילך. על ההתמודדות בין ה'שמרנות' למציאות המתחדשת באספקלריה היסטורית ראה י' כץ, **היציאה מן הגטו** (1985) 140 — 157.

279. ראה א' ח' פריימן "דיני ישראל בארץ ישראל" נדפס מחדש בהמשפט העברי **ומדינת ישראל** (י' בזק, עורך, תשכ"ט) 36, 45.

לבנות ישראל הפרוצות. וגם אם במישור התוצאה נפגשו אנשי ההלכה עם בנות ישראל, לא איחדו אותם מניעים דומים, וכוונותיהם היו שונות.

על־פי תפיסה זו התמודדות ההלכה עם המציאות היא הכרח דתי. קיימת אחריות כלל־ישראלית, וממנה מתחייבת סגירת הפערים בין הדין לחיים כחובה דתית, דהיינו כעשייה למען הדת. על הפסיקה ההלכתית לקחת בחשבון את הממד ההיסטורי בנסיבות הזמן והמקום. התמודדות הלכתית עם המציאות החדשה נדרשת לשם מניעת החרפת מצב הדת, שלילת החלופה הקיצונית של הכול או לא כלום, ואחריות לציבור היעד ולמציאות הקיימת. לשם כך מחויב הפוסק להבנה נכונה של המציאות, להערכה ריאלית של המצב ההיסטורי ולאחריות כלפי כלל הציבור כמות שהוא[280].

תפיסה זו משקפת גם אחריות דתית, המתייחסת להגשמת תורה ומצוות במציאות כמות שהיא[281]. יש צורך במאמץ הלכתי מיוחד למציאת פתרונות רלבנטיים למצוקת בני הדור[282] בהקשרים שונים. חיוני הוא להלכה עצמה, שתעמוד בהתמודדות גלויה ומתמדת עם החיים ועם הבעיות המתעוררות מתוכם[283].

מדיניות של סגירת פערים בין המציאות כמות שהיא לבין ההלכה מחויבת המציאות, גם כדי לאפשר חיים תקינים וניהול משפטי תקין[284]. קיים צורך בהכנת כלים הלכתיים מתאימים למציאות של חיי רוב במדינה עצמאית — לעומת חיי מיעוט בגולה[285].

§266. חילוניותה של החברה הישראלית עשויה לשמש חיזוק לדרישה הדתית לפסוק תוך התחשבות במצב הנתון. דרישה זו משרתת, איפוא, מטרות דתיות מובהקות ושיקולים של 'תועלת' דתית.

האמונה כי הקנאות, השמרנות והדווקנות הם תריס נגד המתירנות ונגד האידיאולוגיה בת־הזמן הוכחה כבר כבלתי מוצדקת בחברה אחרת, אך בנתוני זמננו[286]. בחברה חילונית אין גישות אלה גוררות אחריהן דפוסי התנהגות רצויים בעיני הפוסקים. בחברה היהודית בישראל בהרכבה החברתי־אידיאולוגי "אי־פתרון, אי עשייה או רתיעה מהעזה שבפסיקה"

280. על בעיותיה של הכרעה המכוונת כלפי חלק מן הציבור בלבד ואי ראיית הממד ההיסטורי של הפסיקה ראה מ' אלון "מבעיות ההלכה והמשפט במדינת ישראל" **מפרסומי החוג לידיעת עם ישראל בתפוצות בבית נשיא המדינה** (תשל"ג) 13, 28־29, נדפס מחדש בקובץ המקורות **דת ומדינה בישראל** (מ' סמט, עורך, תשל"ח) 1, 3, 11.

281. ראה ש' פרידמן "הסדר היחסים בין דתיים וחילוניים" **הציונות הדתית והמדינה** (תשל"ח) 285, 290.

282. ראה ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 119, בע' 216.

283. ראה מ' אלון "בעיות ומגמות ביחס הלכה ומדינה, חלק ב" **עמודים** 341 (תשל"ד) 256, 264.

284. ראה מ' אלון, **לעיל** הערה 280, בע' 25.

285. ראה הר"ח הירשנזון, **מלכי בקודש**, חלק שני, בע' 7־8. לדעת הר"ח הירשנזון מתחייב מן האפשרות שחזה (היא המציאות בימינו) שינוי של מסגרת הגדרים והסייגים, והתאמת הגזירות והכללים למען "לא יעמדו למפריע להתפתחות החיים החדשים והלאומיות בארץ אשר אנחנו נהיה בה אדוני ארץ וה' אלוקינו עלינו".
ראה גם י' ליבוביץ, **לעיל** הערה 261, בע' 192 — 208.

286. M. Rheinstein, **Marriage Stability, Divorce and the Law** (Chicago, 1972).

גוררים אחריהם תוצאות שליליות מבחינה דתית[287] בבחינת "מחמירים בראש הבאים לידי הקלה בסוף" כביטויו של הרב מ' בר־אילן ז"ל[288]. ליראת ההוראה אין כל הצדקה דתית בנסיבות כאלה[289].

גישה כלל־ישראלית, המצמצמת פערים במסגרת הפנימית של הדין הדתי, פועלת בהקשר הדתי ולטובת אינטרסים דתיים. אין היא רואה בהתמודדות עם המציאות כניעה לה. גישה כזו מפחיתה את המתח בין המחנות שונים וממַתנת את החיכוך בין הוראות המשפט החילוני להלכה. בהיותה סוגרת פערים באמצעים פנימיים היא מייתרת מעורבות חילונית ועקיפה חיצונית של הסדרים דתיים, והיא גם מצמצמת את הקונפליקט שבין חופש הדת לחופש מדת.

הנכונות להטיל נורמות דתיות כפויות על ציבור לא־מאמין יש לה מחיר שההלכה נושאת בו, אם אמנם חפצה היא בסיוע הנורמטיבי של מוסדות המדינה החילוניים. הדין הדתי חייב לנקוט אמצעים, החורגים ממה שהיה מקובל בתוך שגרה של חיים במסגרת דתית מקובלת. הימנעות מהכרה בחילוניותה של המדינה ומאופיה האמיתי תורמת להרחקתו של הציבור מן ההלכה, ומנכרת אותו ממנה כליל[290].

§267. בעולמה של הלכה נשמעו קולות[291] בדבר השיקולים הדתיים, המחייבים "לחפש תקנה לדור" במציאות של פרצות בשמירת הדת, היוצרת חששות להתפשטות מעשי זינוי ולריבוי ממזרים:

> "צורך דחוף לעיין באפשרות ובצורך החיוני של תקנות להסיר מכשולים נוראים מחוגים רחבים ואף כי מחוגי שלומי אמוני ישראל"[292].

הרבנים הראשיים לישראל, הרב י' א' הלוי הרצוג והרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, כמו גם אחרים, סבורים היו כי מניעת תקלה דתית, "מבחינת הסכנה של פריצות בימינו", היא שיקול רלבנטי בפסיקת הדין, הלכה למעשה, והיא מתירה ומאפשרת התחשבות במציאות פגומה ופרוצה. במיוחד אמורים הדברים בתגובתם של פוסקים כלפי פורצי גדר במישור של התרת קשר הגירושין. וזו לשונו של הרב ב"צ עוזיאל:

287. ראה ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 119, בע' 216.

288. ראה **לעיל** הערה 268.

289. ראה ז' ורהפטיג, **לעיל** הערה 119, בע' 216; כן ראה א' ח' פריימן, **לעיל** הערה 279; על יראת הוראה, ראה גם פ' שיפמן "הספק בהלכה ובמשפט" **שנתון המשפט העברי** א (תשל"ד) 328, 336 — 339.

290. על הצורך בהכרה באופיה האמיתי של המדינה והכרה במציאות החילונית, ראה א' גולדמן, **לעיל** הערה 276, בע' 46־47, בקובץ המקורות בע' 58; י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" **הגות והלכה** (תשכ"ח) קס, נדפס מחדש **בהמשפט העברי ומדינת ישראל** (י' בזק, עורך, תשכ"ט) 110, 122־123, 132־133.
על הדרישה להתחשב באינטרסים של המדינה לאור גמישות ההלכה, ראה גם מ' זילברג "הסדר עם ההלכה" **באין כאחד** (תשמ"ב) 268, במיוחד בע' 273 — 275, 279; על הצורך להתחשב במציאות שנוצרה על ידי החוק החילוני, ראה מ' זילברג "יש לחייב כוהן לזון את אשתו 'הגרושה'" **שם** בע' 231, 234.

291. ראה גם **לעיל** פסקה 171 סמוך להערה 1.

292. דברי ההקדמה של הרב י' י' וינברג לספרו של הרב א' ברקוביץ, **תנאי בנישואין ובגט** (תשכ"ז).

"...מכאן למדנו שחשו חכמים לתקנתן של פרוצות למונען מעבירה ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה... במקום שאפשר למנוע את איש או אשה מישראל מעוון ובייחוד מעוון עריות... מצווה עלינו למונעם מעבירה עד כדי אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה ומכל שכן שמצווה עלינו להתיר כבלי העיגון למען לא יחטא בעלה ולא יחטאו אחרים עמו. וזהו יסוד לכל היתר עגונה שהקלו חכמים" (ההדגשות שלי — א'ר'צ')[293].

הרב י'א' הרצוג מעלה גם הוא טעמים דתיים מובהקים המאפשרים התחשבות במציאות פגומה ופרוצה באשר לשאלה בדבר כפיית גט על בעל שזינתה אשתו ונאסרה עליו, והוא רוצה לייסרה ולעגנה:

"...ועוד שזהו משום מניעת תקלה, אין הדבר מוזר (לכפות הבעל אף שמבחינה דתית הוא "נקי" לגמרי והיא החוטאת — א'ר'צ'), וגם מובן בסברה שאין לו הרשות לעגנה לעולם ואע"פ שחטאה, שישנה בתשובה... והרי הוא מעכבה מלהינשא ועושה שתהא אגידה ביה, מפני שהוא רוצה לייסרה על פשעה הנורא, אבל באופן שיביאנה לידי עבירות ויגרום להחטיא אחרים"[294].

באותה רוח התנבא, עוד לפני קום המדינה, הר"ח הירשנזון:

"...כמו שמוטל על חכמי ישראל... לעשות גדרים וסייגים במקום שתנאי החיים מועילים למטרת הגדרים, כן יהיה גם מוטל עליהם בעת אשר תנאי החיים ידרושו לאותה מטרה עצמה לשמור משמרת ה', להשתמש בכוח דהיתרא אשר עדיף הוא במקום אשר החומרות הם לא הועיל לתקן הדת והחיים... כי יותר טוב להתיר דברים אשר אפשר להתירם מלהניח להעם לפרוץ גדר... כי כל דבר אשר הקיבוץ המדיני לא יהיה אפשר להעמיד בו אם נניח אותו להיבטל מעצמו יבולע מזה לכל חיי עמנו הרוחניים, והפרוץ יהיה מרובה על העומד, וחומת דתנו תתרוע ח"ו ולא תוכל קום, ואין עצה לזה רק כי החכמים בעצמם אשר עיניהם לפנים ולא לאחור, כאשר יתבוננו מה שהשעה צריכה, יתקדמו המה למצוא דרך ופתח להתירא, לבל יצטרך העם לפרוץ את הגבול אשר גבלו הראשונים ולהשיג גבול עולם..."[295].

ט) סיכום

§268. ההלכות השונות כמו גם המדרשים השונים והאמרות הסותרות, לעיתים, על אופיה, תכונותיה, התנהגותה ומעמדה של האשה מעידים על מאבק פנימי בעיצוב כללי ההלכה. השינויים לאורך ההיסטוריה מלמדים כי המערכת היא יחסית ותלוית זמן, וכי הערכים הבסיסיים עשויים להיות מוגנים באופן אפקטיבי בדרכים שונות, מזמן לזמן, תוך תשומת

293. ראה הרב ב"צ מ' ח' עוזיאל, בנספח ההערות לאוצר הפוסקים, חלק ב, בע' טו.
294. הרב י' א' הלוי הרצוג, בנספח ההערות לאוצר הפוסקים, חלק ב, בע' ח.
295. **מלכי בקודש**, חלק שני, בע' 7־8.

לב לצורכי המציאות. היקף השינויים הוא עניין כמותי ולא עקרוני ותלוי בנסיבות הכלכלה והזמן.

מן הדברים, שהובאו בפרק זה, מתחייבת גם מסקנה כי בנוגע לדפוסי המשפחה, למעמד האשה במשפחה ולביטוים הנורמטיבי אין ההלכה מטיפה בהכרח לאידיאל רצוי ומוחלט דווקא, אלא משקפת מציאות. בראש ובראשונה מצביעים על כך השינויים הרווחים בזכויות, הנוגעות ליצירת הנישואין ולפעולת הגירושין. מסקנה זו מתחזקת נוכח דפוסי המשפחה הקשורים בדין הייבום ובהוראות הנוגעות לפוליגמיה. ההלכה יצרה כללים במסגרת דפוסים חברתיים של ייבום ושל ריבוי נישואין, אולם היא התאימה עצמה לדפוסים המשתנים של איסור הפוליגמיה והעדר ייבום בלי לעמוד בתוקף על המבנה הישן.

גם הרשת הצפופה של כללי ההלכה, שנתנה ביטוי שונה למציאות משתנה, תומכת מסקנה זו. בתחום העניין שלנו אין דבקות בתפקיד מוגדר ומסוים של האשה כעניין עקרוני, מטפיסי, אלא התאמת הכללים למסגרת המסורתית שהיתה רווחת. במשך הדורות לא היו חלופות אחרות בעלות משמעות מהפכנית, הנוגעות למעמד האשה במשפחה וממילא — היו הכללים מכוונים לחלופה הקיימת, תוך היענות לשינויים המתבקשים[296].

במקרים בולטים של חלופות חברתיות אחרות, הגם שחלקן היו מוגבלות, נתנה עובדה זו את אותותיה בכללים מיוחדים. כך הדבר לגבי ייבום וריבוי נישואין, זו המשמעות שניתן להסיק מהיקפו הרחב של חופש ההתנאה, אשר אִפשר עיצוב דפוסי חיים אינדיבידואליים במישורים רבים של חיי הנישואין[297], כך לגבי הקהילה היהודית הצבאית במצרים[298] וכך גם, אם כי בפחות קיצוניות, בקהילות אשכנז בימי הביניים[299].

ההלכה מבקשת, כמובן, לגדור את המציאות, לעטות עליה סייגים ומגבלות ולתחמה בממד של קדושה, אולם, ביסודו של דבר, הכללים הנתונים אינם האופציה האחת והיחידה הקיימת ושאין בלתה.

§269. מערכת הדינים בכללותה מעידה על החיוניות הטמונה בהלכה, ועל מידת הגמישות שניתן למצוא בה.

296. ראה על כך, בין היתר, י׳ ליבוביץ, לעיל הערה 130, בע׳ 73; S. Berman, **supra** note 108, at 121, 125; על המאמרים הסותרים וההנחות בדברי חז״ל כביטוי למציאות מורכבת ומשתנה ולנסיבות של זמן ומקום, ״אמת מסוימת בגדרים ובתנאים ידועים״ ראה אצל הרב ע׳ קלכהיים, לעיל הערה 23, בע׳ 80, 81־82. כן ראה הרב ע׳ רקמן, לעיל הערה 22; ד׳ י׳ מישלוב, לעיל הערה 96; הרב א׳ ברקוביץ, לעיל הערה 16 (הגות), בע׳ 32: ״הדעות האלה וההלכות המבוססות עליהן אינן דעותיה של התורה על האשה ועל אופיה אלא הן דעות שהזמן גרמן. כשחלף הזמן — עבר גם טעמן ובטלה אמיתותן.״; הרב א׳ ברקוביץ, לעיל הערה 16 (**ההלכה, כוחה ותפקידה**), בע׳ 48־49, על תקפות ההלכה שיסודה בהנחות שאינן עומדות במבחן המציאות של תקופה אחרת; ז׳ פלק, לעיל הערה 32; ראה גם הרב א׳ ליכטנשטיין, לעיל הערה 129, בע׳ 158: ״יש לטעון שמה שהיה פעם התאים למצב של אז והיום יש מקום להתייחס למציאות היום בחלל ריק. אי אפשר לחזור אחורה למצב של פעם, זה לא ריאלי״.

297. ראה א׳ רוזן־צבי, לעיל הערה 42, בע׳ 124 ואילך; ראה, למשל, בעניינים הנוגעים להסכמים בנוגע לריבוי נשים ובהקשרים סמוכים, ראה מ׳ ע׳ פרידמן, לעיל הערה **204**.

298. על סוגייה מיוחדת זו, ראה האסמכתאות המפורטות לעיל בהערה 70.

299. ראה לעיל פסקאות 231 — 233.

מצד אחד, מצביעות ההנחות, שההלכה מתחשבת בהן על הערנות ההלכתית לתופעות חברתיות, על הממד הריאליסטי שבהלכה ועל ביסוס כללים משפטיים ברוח הזמן תוך היענות לתביעות המציאות הרוחנית, החברתית והאידיאולוגית. האמביוולנטיות ביחס למעמד האשה, המתבטאת במדרשים השונים, והדואליות בין עיקרון השוויון הבסיסי, לבין כללי ההלכה, משקפים גם הם ממד ריאליסטי מובהק. הלכות המתייחסות לעיקרון הבסיסי, אך אינן משקפות מציאות רווחת, סופן שהן יוצרות פער בין האידיאל להגשמתו, מחד גיסא, ואינן מגינות על החלש הטעון הגנה, מאידך גיסא. תשלום מס שפתיים באמצעות העיקרון אינו מניח למציאות לבוא לידי ביטוי של ממש, והתוצאה בפועל היא הפגיעה בחלש. הכרה בריאליה מאפשרת לבוא להגנת הנצרך על חשבון העיקרון הערטילאי המשמש, עם כל זאת, מורה דרך ובניין־אב להלכה.

מצד שני, נוצר איזון מסוים של זכויות וחבויות, כשאף זכויותיו היתרות של הבעל צופנות בחובן מגבלות רבות, שצומחות מהן זכויות ויתרונות לאשה.

מצד שלישי, ההסדרים נותנים עדיפות לשלום הבית ולאינטרסים מוגנים אחרים על פני זכויות הבעל ושליטתו, אפילו נפגעת מרותו על ידי כך. עיקרון השלום ממלא תפקיד נכבד בעיצוב כללי ההלכה וגורר אחריו הכרעות הלכתיות מרחיקות לכת, כגון ההקלה העצומה במקום עיגון.

מצד רביעי, מבטאת ההלכה את עיקרון הצדק, את הגנת הצד החלש, בנסיבות המקום והזמן, דהיינו הגנת האשה. עדות לכך תמצא הן בהגנת הנישואין — באמצעות הענקת בטוחות לאשה נגד פעולות שרירותיות מצד הבעל וכן בהכרה רחבה יותר בתוקף הנישואין, כאשר הספק הוא בגמירת דעתה של האשה, לעומת אי הכרה בתקפותם במקרים דומים בנוגע לבעל[300] — והן במגמה של חוסר ההכרה בתקפות גט, עד כמה שניתן[301].

ההגנות האמורות נעשות באמצעות כללים משפטיים, הנובעים בין השאר מהנחת יסוד, הנותנת ביטוי לצורכיה של האשה בחסותם של הנישואין ובקשיי הבדידות של האשה במציאות חברתית, כלכלית ותרבותית של חברה גברית[302].

§270. על־פי נתוני הזמן פעלה ההלכה מתוך גישה פטרנליסטית. התמודדות עם חולשתה של האשה בחברה גברית וההכרה בזקיקותה להגנה אינם יוצאים בהכרח מנקודת מוצא, המבוססת על עיקרון שוויוני, ובמקרים רבים אף אינם חותרים להשגת מטרה כזו. בחברה שבה עדיפותו של הגבר, הבעל, היא נתון שאין מהרהרים אחריו ואין מערערים עליו, הכללים המתקנים משרתים רעיונות של הגנת האשה בצד עליונות הגבר. כך נתפש עיקרון הצדק בנסיבות אלה.

בתנאים חברתיים אלה, אפילו מגבלותיה של האשה והעדר כשרותה המשפטית נתפסים כמשרתים את הגנת האשה, הן בשל הנחות מוקדמות — על חולשותיה ומוגבלויותיה

300. ראה לעיל פסקה 202.

301. ראה לעיל פסקה 202 סמוך להערה 29.

302. דוגמא מעניינת היא שינוי הדין בעניין 'אשה קטלנית'. בימי הביניים נקבע, תוך סטייה מן הנאמר ביבמות סד ב, כי אשה כזו רשאית להינשא פעם נוספת. המטרה היתה כפולה, להציל את האשה מחיי בדידות ולמנוע ממנה חיים בחטא. ראה תשובות הרמב"ם קמג; תרומת הדשן, חלק א, ריא; I. Epstein, **supra** note 168, at 29.

בתחומים רבים ובהקשרים שונים, ועל מצבה החברתי הנחות — והן בשל נתוני הפתיחה המשפטיים הקיימים. בחברה כזו, הגישה הפטרנליסטית מכתיבה לאשה מערכת כללי הגנה ואינה מעניקה לה, לא שוויון יחסי ואף לא את חופש הברירה.

ההלכה הכירה בצורך להגן על האשה, על־פי תפיסתה, היתה נכונה למצוא את אמצעי ההגנה המתאימים — את הטכניקות שניתן באמצעותן להתאים דין למציאות, תוך שמירה על ערכי היסוד — והיא הפעילה אותם הלכה למעשה. במסגרת ההלכה ועל בסיס הנחות בנות הדורות השונים נוצר איזון, שהריאליזם ועיקרון הצדק מנחים אותו.

ההלכות וההנחות שבצדן, העומדות היום לרועץ לאשה והמסמנות את הניכור של ההלכה כלפי האשה המודרנית, נועדו במקורן לשרת את המטרה ההפוכה. מה שהיה בימים ראשונים כוחה של ההלכה, הפך להיות בימים אלה מסימני חולשותיה. החולשה בת־הזמן מקורה בהעברת נורמות, שהיו מכוונות לשעתן, וביסודן הנחות המעוגנות בתקופה ובמקום, לתקופה שבה אין להנחות תשתית עובדתית ומשפטית לסמוך עליה. לרוב הפוסקים אין הכוח להסיק את המסקנות המתבקשות ולסגור את הפער בין הדין למציאות, אף לא בתוך מסגרת ההלכה פנימה[303].

2) כשרות עדים מחללי שבת

§271. עוד לפני קום המדינה הבינו חוגים רבניים, כי ההלכות בדבר פסולי עדות יוצרות פער, שלא ניתן לגישור בין המציאות החדשה לבין האפשרות להחיל את דין התורה בהקשר רחב. בהרצאות דברים שונות ניתן למצוא הצהרת כוונות בדבר הנכונות להגיע לפתרונות הלכתיים, אשר יצמצמו את הפער. כך אנו שומעים בדברי הרב י׳ א׳ הלוי הרצוג:

> ״ידעתי היטב היטב שיסתער עלינו גל של טענות שאם נעמיד הכול על שורת הדין ככתבה, נתקל בקשיים עצומים ברקע של פסולי דיינות ועדות, בגלל חוסר הכושר הדתי של הרבה מהדיינים והעדים, וכן מבחינת הדין עצמו, כגון עדות נשים וכו׳, ועל כן התחלתי לתור ולחתור אחרי תחבולות, עצות ודרכים (כמובן אך בנוגע לדיני ממונות, ועונשין על פשעים פליליים, לגדור בפני עושי עוולה), ובעודי מעיין וחוקר וחותר, והנה המדינה כבר קמה!״[304].

ברוח דומה מוצאים אנו את דבריו של הרב מ׳ בר־אילן:

> ״כי הלא זה יהא המכשול הראשון בדרישתנו, אם לא יהיו מוכשרים כל אזרחי המדינה להיבחר או להימנות לשופטים, ולא נוכל לסמוך על עדותם של אלה שלפי הדין נחשבים לפסולי עדות... החובה היא למצוא את הדרך של מנוי על ידי נבחרי הציבור אשר יהא נחשב לקבלה מראש ולא יצטרך לקניין מיוחד. ודאי יש בזה הרבה עיקולים ופישורים אבל תקנת המדינה ושמירת התורה

303. ראה ע׳ רקמן, לעיל הערה 22; ראה י׳ ליבוביץ, לעיל הערה 130, בע׳ 73; צ׳ אדמנית ״מעמד האשה בהלכה ובחברתנו״ **דעות** מג (תשל״ג) 197.

304. הרב י׳ א׳ הלוי הרצוג, לעיל הערה 162, בע׳ 18.

מאלצות למצוא כל מיני דרכים. הדבר הזה צריך להיעשות על־פי דעת גדולי התורה שלא יהרהרו אחריהם"[305].

אלא שלטענת חוגים רבניים אלה הקמת בתי־משפט חילוניים, הדנים לפי דין חילוני, הוציאה את הרוח ממפרשי הנכונות לסגור את הפערים.

בשלהי הקמת המדינה יצאה מלפני בית־הדין הרבני הגדול פסיקה, שיש בה משום סגירת פערים פנימית, באשר לכשרותו של עד מחלל שבת בענייני נישואין. תוך הסתמכות על המציאות החברתית בת־זמננו אמר בית־הדין הרבני:

"והנה בנוגע לגופו של עניין פסולי עדות מחמת עבירות שבין אדם למקום, הרי יש להתחשב בעובדה שבזמן ובמקום שרבתה ופשתה, בעוונותינו, החפשיות לרגל סיבות וגורמים כלליים עולמיים, אין עבירות מסוג זה עלולות לחתור תחת נאמנותם של העדים. במצב של הסתר פנים גדול כל כך, כמעט שהם בחינת שוגגים. פסולם של עבריינים לעדות הוא בשל חשד עדות שקר ולא מגזירת המלך בלי טעם, כמו לגבי קרובים, והפסול איננו מן התורה ולכן בכגון זה קובעים בהרבה ההערכה של נאמנותו של העד לפי מסיבות הזמן והמקום ואם הבית־דין קים לו באדם זה שהוא איננו עלול לשקר בשביל הנאה הרי יש לקבלו כעד כשר..."[306].

אולם בפסיקה מאוחרת יותר, לאחר קום המדינה, גברה ידם של המחמירים ונפסלו עדי קידושין, שנמצאו מחללי שבת[307]. הכרזה על רוב הציבור הישראלי, ציבור היעד, כפסולי עדות, כפי שהשתמע מפסיקה אחרונה זו, יוצרת מציאות בלתי אפשרית[308].

מציאות הלכתית זו גררה אחריה סגירת פערים חיצונית עד לקצה גבול יכולתו של בית־המשפט האזרחי, אם לא למעלה ממנו. בג"צ אישר תוקפם של קידושין פרטיים בין פסולי חיתון למרות סירובו של בית־הדין לעשות כן[309]. הסירוב נומק, בין היתר, בספיקות לגבי כשרות העדים. בג"צ פסק, כי על בית־המשפט להתעלם מקביעתו של בית־הדין וכתוצאה מכך גם מפסיקתו:

"פסיקתו האחרונה של בית־הדין הגדול, בה פסל עדים מחללי שבת יוצרת מצב קשה ביותר, בו פוסל בית־דין, שלו מסור שיפוט ייחודי על כל היהודים במדינה בעניינים חיוניים מאד, כל אותו חלק של ציבור שאינו שומר שבת לכל דקדוקיה

305. הרב מ' בר־אילן, לעיל הערה 162, בע' 23.

306. ראה תיק 1/60/706, אוסף פסקי־דין של הרבנות הראשית לא"י (בעריכת ז' ורהפטיג) (להלן: קובץ ורהפטיג) קלב, קלז. הרכב בראשות הרבנים הרצוג, עוזיאל ומ' ראטה.

307. ראה ערעור 42/תשכ"ח, פד"ר ז 175, בהרכב הרבנים גולדשמידט, אלישיב וזולטי.

308. על סוגייה זו וביקורת על התפנית בפסיקת בית־הדין, ראה מ' אלון "מבעיות ההלכה והמשפט במדינת ישראל" **מפרסומי החוג לידיעת עם ישראל בתפוצות בבית נשיא המדינה** (תשל"ג); וכן במקום אחר מ' אלון, לעיל הערה 93, בע' 1341־1342, 1474. על האפשרויות להקל בקבלת עדים בבתי־הדין, ראה הרב א' בקשי־דורון "קבלת עדים בבתי־הדין" **הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושניים לתורה שבעל־פה** (תשמ"א) פא, פד־פה.

309. על סוגייה זו והיקף המעורבות האזרחית בה, ראה **לעיל** פסקאות 48, 50, 51, 55—57, 174 וכן פסקה 165.

— ולא אטעה אם אומר שהוא רוב מניינה של האוכלוסייה היהודית בארץ כולה — מלהעיד בפניו באותם עניינים חיוניים. ברור שעל בית־משפט זה להתעלם מפסילה סיטונית זו"[310].

בעקבות מעורבות חילונית מרחיקת לכת זו, ולאורה, מצא סוף־סוף בית־הדין הרבני פתרון מחוכם לבעיה הספציפית של פסולי חיתון, שערכו טכס של קידושין פרטיים. בית־הדין הרבני הגדול פסק, כי על משרד הדתות לכלול את המבקשים ברשימת מעוכבי החיתון:

"הן בשל היותם אסורים זה לזה, והן עקב זה שאם יבקשו להינשא לאחרים, לא יוכלו להינשא אלא אם יתגרשו זמ"ז בגט מספק או לחומרא"[311].

בעקבות פסיקה זו באו הצדדים על סיפוקם. על־פי פסיקת בג"צ ירשום משרד הפנים את הצדדים כנשואים על בסיס החלטה זו של בית־הדין[312]. בית־הדין, לעומת זאת, לא סייע בידי עוברי עבירה. החלטתו לא באה, לכאורה, אלא כדי להזהיר מפני מכשלה דתית, העלולה לרבוץ על פתחו של רושם הנישואין לעתיד לבוא.

3) מעמדו ההלכתי של בית־הדין הרבני הגדול

§272. בית־הדין הרבני הגדול כערכאת ערעורים אינו מוסד מקובל במסורת ההלכתית. מוסד הערעור הוקם בתקופה המנדטורית, בעקבות דרישה מצד שלטונות המנדט וכתנאי למסירת סמכויות לידי בתי־הדין הרבניים[313]. מבחינתה של שיטת משפט בת זמננו מערכת של שתי ערכאות היררכיות, ערכאה ראשונה וערכאת ערעורים מעליה, היא דבר מובן מאליו, שאינו טעון הסבר.

בהמשך למסורת המנדטוריות, נקבע בחוק הדיינים, תשט"ז־1955, קיומו של בית־הדין הרבני הגדול כערכאה ערעורית על בתי־הדין הרבניים האזוריים.

לפני מספר עשורים התמודד בית־הדין הגדול לערעורים עם בעיה זו, וקבע:

"ומנהג ביה"ד הגדול לערעורין על יד הרבנות הראשית לירושלים עושה תקנת בית־דין והקהילות ואין לזוז ממנו"[314].

החקיקה האזרחית לא עמדה במרכזו של השיקול ההלכתי בדבר מעמדם של פסקי־הדין, היוצאים מלפני בית־הדין הרבני הגדול. בית־הדין סגר את הפער בין הדין הדתי לנורמות החילוניות באמצעות כלים מן הדין הדתי. בדרך זו, קלט בית־הדין את מחויבותם של

310. בג"צ 51/69 רודניצקי נ. **בית־הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד (1) 704, 718. כן ראה בג"צ 29/71 קידר נ. **בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו**, פ"ד כו (1) 608, 613.

311. ערעור תשמ"ג/89, מיום יג באייר תשמ"ג (לא פורסם); ערעור תשמ"ג/178, מיום ה' בתשרי תשמ"ד, 12/9/83 (לא פורסם). שני פסקי־הדין ניתנו בהרכב הרב עובדיה יוסף (אב"ד), הרב אליעזר י' ולדנברג והרב אליעזר שפירא.

312. ראה לעיל פסקה 50.

313. א' מורגנשטרן, **הרבנות הראשית לארץ ישראל, ייסודה וארגונה** (תשל"ג) 75־76; מ' פרידמן, **חברה ודת** (תשל"ח) 120־121.

314. ראה תיק 1/51/704, **קובץ ורהפטיג** נא, נד. על בית־הדין לערעורים מנקודת המבט של החוק וההלכה גם יחד, ראה מ' אלון, **לעיל** הערה 93, בע' 1521 — 1528.

בתי־הדין הרבניים האיזוריים לקבל על עצמם את מרות הפסיקה של בית־הדין הרבני הגדול.
לעומת זאת, לפני מספר שנים החליט הרב א׳ שפירא, הרב הראשי לישראל, כי בית־הדין הרבני האיזורי אינו מחויב ועומד לפסוק כפי שפסק בית־הדין הגדול, אפילו מדובר באותו תיק, אשר נהפך בערעור

> ״שבדיננו פסקי בית־דין הרבני הגדול אינו מהווה תקדים המחייב בית־דין אחר לפסוק כמותו, אם אין זה נכון לפי דעתם, אלא יפסקו לפי דעתם הם... והמפסיד יהיה רשאי לערער על כך בבית־הדין הגדול״[315].

החלטה אחרונה זו יוצרת חוסר אחידות של החלטות, לא רק באופן עקרוני ולגבי תיקים בעתיד, אלא אפילו לגבי אותו עניין עצמו. כתוצאה מכך נגרמים אנדרלמוסיה במערכת, כפילות של דיונים, הארכת משך הדיונים, בזבוז רב של זמן שיפוטי — והגדלת הנטל הכספי על הצדדים באופן משמעותי.
במצב זה של עניינים מוטל נטל סגירת הפערים על המוסדות החילוניים. ואכן, בית־המשפט הגבוה לצדק הוא התובע את עלבונו של בית־הדין הרבני הגדול. בג״צ הוא הכופה על בתי־הדין הרבניים האיזוריים לציית לפסק־דין של בית־הדין הרבני הגדול[316].

4) קליטת משפט אזרחי ומוסדות חילוניים

§273. מכוח מערכת שלמה של דינים קולט הדין הדתי עקרונות ודינים משפטיים שונים מתוך המערכת המשפטית הכללית[317]. חלק הארי של הקליטה נעשה בתחום דיני הקניין והחוזים באמצעות מוסדות משפטיים, כגון: מנהג המדינה, דינא דמלכותא דינא, דיני הסיטומתא, מסיעין על קצתן וכיו״ב. כך, למשל, קיימת פסיקה רבנית עקבית, המכירה בתוקפו של רישום בפנקס המקרקעין כדרך לרכישת קניינים באמצעות הסיטומתא[318]. גם הוראות חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל״ב־1972, נחשבות כמחייבות בדין הדתי באמצעות הדין של מסיעין על קצתן[319].

315. תיק ערעור תשמ״ב/294, החלטה מיום כג טבת תשמ״ד (לא פורסמה). נוסח מנומק של החלטה דומה, כנראה מפי אותו דיין, ראה אצל מ׳ אלון, **לעיל** הערה 93, בע׳ 1522 — 1524.

316. בג״צ 35/72 **קליר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ״ד כו (1) 757; ע״א 682/81 **פריד נ. פריד**, פ״ד לו (2) 695.

317. על סוגייה זו, ראה מ׳ אלון, **לעיל** הערה 93, בע׳ 1340, 1530 — 1534.

318. תיק 3519/תשי״ב, פד״ר א 113; ערעור תשכ״א/116, פד״ר ד 193; ערעור תשכ״ב/68, פד״ר ד 289; ערעור תשכ״ה/47, פד״ר ה 258. ראה עוד הרב ד׳ כץ ״קניין סיטומתא״ מורשה א (תשל״א) 79; א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 42, בע׳ 124 — 127. על דרכי קליטת הלכות מן המשפט הכללי במשפט העברי הלכה למעשה, ראה בג״צ 323/81 **וילוז׳ני נ. בית־הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ״ד לו (2) 733, 740 — 743.

319. ערעור תשמ״א/131, פד״ר יב 176, 179.

בית־הדין מעניק סעדים על בסיס המקובל בשיטת המשפט האזרחית[320], והוא נעזר לשם כך במנגנוני האכיפה, שהמדינה מעמידה לרשות המערכת המשפטית בכללותה.
באחד מפסקי־הדין הרבניים הוכרו חיובים ממוניים, שצמחו בחיקו של דין זר בעקבות נישואי ערכאות[321]. זו פסיקה נדירה. בתי־הדין אינם ממהרים ללכת בעקבותיה.
פסק־דין אחר הכיר בהצמדת סכומי מזונות למדד יוקר המחיה, על בסיס הסכם שנערך בין הצדדים[322]. פסיקה זו מוגבלת ביותר בתוצאותיה. אין היא מתייחסת ליוזמת בית־הדין, אלא למקרה שבו הצדדים עצמם יזמו את ההצמדה ועיגנו אותה בהסכם. בדרך כלל אין בתי־הדין מצמידים את המזונות למדד, אלא לתוספת היוקר המשולמת לשכירים במשק[323]. זהו אחד הטעמים המרכזיים לפער בין סכומי המזונות, הנפסקים בבתי־הדין הרבניים, לעומת אלה הנפסקים בבתי־המשפט המחוזיים.
בפסק־דין רבני אחר נפסק, כי התחייבות לשיפוי בהסכם גירושין ניתנת לביצוע אם אינה פוגעת בקטין. בפסיקה זו הולך בית־הדין, הלכה למעשה, בעקבות פסיקת בית־המשפט העליון[324].

5) תקנות הרבנות הראשית

§274. דוגמאות נוספות של סגירת פערים פנימית הן התקנות שהותקנו מטעם הרבנות הראשית. במסגרת זאת הותקנו תקנות בשנת תש"ד[325], בשיעור הכתובה, בדין מזונות היבמה, בדין מזונות הילדים והילדות, ובשנת תש"י[326] בגדרי אישות — כולל גיל הנישואין, איסור ביגמיה ודין קדימת חליצה לייבום — ובסידור קידושין, גיטין וחליצות. סמוך לאחר התקנת התקנות הראשונות קבע בית־הדין הרבני הגדול את מעמדן ותוקפן של התקנות בהכריעו כי התקנה בעניין דין המזונות "יוצרת חובה משפטית עצמאית גמורה"[327]. נוסף לכך נתקנו בשנת תש"ג תקנות הדיון לבתי־הדין הרבניים ואלה חזרו ונתקנו מחדש בשנת תש"ך[328].

320. ראה, למשל, סעד של עיקול בתיק 2559/ל"ה, פד"ר יא 4, 30.
321. תיק 563/תשכ"ב, פד"ר ה 124. בנושא זה ראה הרב ש' רפאל "נישואים אזרחיים" הרצאות **בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה** (תש"ל) קח, קיג־קיד; א' ח' שאקי "תוקפם של נישואין אזרחיים בין יהודים, שנערכו מחוץ לישראל — בפני בתי"ד רבניים בישראל" הפרקליט כ (תשכ"ד) 385.
322. ערעור תשל"ז/199, פד"ר יא 235, 250. ראה גם תיק 10662/לו, פד"ר י 363.
323. ערעור תשל"ג/39, פד"ר ט 251; ערעור תשל"ה/115, פד"ר יא 173. בעניין זה, ראה גם הרב ש' דיכובסקי "בעיות בהצמדת דמי מזונות במציאות הכלכלית של ימינו" הרצאות **בכינוס הארצי העשרים ושבעה לתורה שבעל־פה** (תשמ"ו) צג.
324. ראה ער/תשל"ט/60, פד"ר יא 329.
325. נוסח התקנות ראה אצל ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, נספח א, בע' 565 — 568.
326. נוסח התקנות ראה אצל ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 63, נספח ב, בע' 569 — 571.
327. ראה תיק 1/15/707, קובץ ורהפטיג קמח, קנ.
328. ראה על כך מ' אלון, **לעיל** הערה 93, בע' 1339.

מאז ועד היום לא זו בלבד שלא הותקנו תקנות חדשות[329], אלא גם מעמדן של התקנות שכבר הותקנו נחלש באופן משמעותי[330].

6) 'הרחקה דרבינו תם'

§275. לפני כשלוש שנים, במקביל לפסיקה המטילה על בעל חיוב למתן גט לאשתו, קבע בית־הדין, כי במקרה של סירוב מצד הבעל יש לנהוג בו 'הרחקה דרבינו תם', דהיינו:

> "שעל כל איש ואשה בישראל וכל הנלווים אליהם, להימנע בהחלט מלדבר עמו כלל, ושלא לישא וליתן עמו במסחר ובכל משא ומתן של ממון, ושלא לארחו ולהאכילו ולהשקותו, ושלא לבקרו בחלותו, ושלא להושיבו בבית־הכנסת, ושלא להעלותו לתורה, ושלא לשאול בשלומו, ולא לחלוק לו שום כבוד, ולהתרחק מעליו ככל האפשר, עד אשר ייכנע וישמע לקול מורים ולתת גט לאשתו ולשחררה מעגינותה"[331].

דין ההרחקה, שמקורו בתשובת ר"ת[332], עניינו הפרדה, היבדלות והימנעות, דהיינו התנהגות פאסיבית של שב ואל תעשה, להבדיל מכפייה, כמו גם נידוי, המחייבים צעדים אקטיביים. לדברי ר"ת ההרחקה אינה בגדר כפייה. ר"ת ביקש דרך אכיפה עקיפה, במקום שבית־הדין מעדיף להימנע מן הכפייה. ההרחקה היא מניעת טוב במישורים חברתיים. היא מכוונת כלפי הציבור, ולא כלפי הבעל[333]. בעקבות ר"ת הלכו פוסקים רבים נוספים[334]. יש פוסקים הרואים גם בהרחקה דרך של כפייה, הנוהגת רק כאשר קיים דין כפייה[335].

329. ראה על כך י' קיסטר "תקנות הרבנות הראשית לא"י בענייני אישות" **הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה** (תש"ל) מט; מ' אלון, **לעיל הערה 93**, בע' 1519—1521. על התקנת תקנות בימינו, ראה הרב א' שפירא "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" **תחומין** ג (תשמ"ב) 238; הרב מ' אליהו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" **תחומין** ג (תשמ"ב) 242, 244—246.

330. ב"צ אליאש "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית — התעלמות ושברה" **דיני ישראל** י־יא (תשמ"א—תשמ"ג) קעז; מ' אלון, **לעיל הערה 93**, בע' 1520־1521.

331. ערעור תשמ"ד/237, ניתן ביום כה בתשרי תשמ"ז, בהרכב הרב עובדיה יוסף, הרב יצחק קולין והרב אליעזר שפירא (לא פורסם).

332. תשובות ר"ת, ספר הישר, סימן כד. על דין ההרחקה, ראה ז' ורהפטיג, **לעיל הערה 119**, בע' 161—164; י' כץ, **לעיל הערה 204**, בע' 150־151.

333. שו"ת סדר אליה רבה, סימן יג. ניתוח דין ההרחקה במפורט וההבחנה בינו לבין כפייה, ראה י' וינרוט, **דין המורדת** (חיבור לשם קבלת התואר 'דוקטור לפילוסופיה', הוגש לסנאט של אוניברסיטת תל אביב, אייר, תשמ"א) 431—440; כן ראה א' בארי, **חיוב הבעל במזונות אשתו בדיני ישראל, המורדת ומזונותיה** (חיבור לשם קבלת תואר 'דוקטור לפילוסופיה', הוגש לסנאט של אוניברסיטת בר־אילן, שבט, תשמ"ב) 297—300.

334. שו"ת מהרי"ק, שורש קב; הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד כא. פירוט מקורות רבים נוספים ניתן למצוא בתיק 3977/מא, פד"ר יב 324, 337־338; ערעור תשמ"ד/237, **לעיל הערה 331**; י' וינרוט, **שם** בע' 431—440, במיוחד בע' 437. כן ראה א' בארי, **שם** בע' 290—300.

335. ראה שו"ת מהריב"ל, חלק ב, שאלה יח וכן שאלה עט; תשובת הרשב"א, מובאת בבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד; חזון איש, אבה"ע, קח יב. על פוסקים נוספים ראה י' וינרוט, **לעיל הערה 333**, בע' 435, 437—439.

בתשובתו המקורית של ר"ת נוהג דין ההרחקה במקום שבו עולה טענת מאיס עלי ובית־הדין נמנע מכפיית גט[336]. דין ההרחקה נוהג במקרים של חיוב למתן גט. דין ההרחקה נוהג גם לגבי העילות שנאמר עליהן בתלמוד 'יוציא וייתן כתובה', אך אין הוראה מפורשת בדבר אפשרות הכפייה. כך, בכל המקרים שבהם קיימים חילוקי דעות בין הפוסקים בשאלת כפיית גט, ובתי־הדין מחמירים ואינם נוהגים לפסוק כפייה[337].

בדין ההרחקה מוענק לבית־הדין שיקול דעת רחב על־פי נסיבות המקרה. כך מתאפשר לבית־הדין לנהוג באמצעי זה על־פי הצרכים של כל מקרה ומקרה, ותוך לקיחה בחשבון של כל השיקולים העקרוניים והאינדיבידואליים כאחד[338].

יותר משהיא אמצעי אכיפה משפטי — דין ההרחקה הוא סנקציה חברתית, המונעת והיוצאת לפועל על־פי פסיקה הלכתית. דין זה מחייב שיתוף פעולה הדוק עם בני החברה. פסק־דין המיישם את דין ההרחקה אינו ניתן מעצם טבעו להוצאה לפועל. הוא מכוון הלכה למעשה לצדדים שלישיים, שאינם כלל צדדים לדיון. הצלחתה של הסנקציה תלויה בגורמים, שאינם ניתנים לשליטתה של מערכת השיפוט או של מוסדות ההוצאה לפועל. דין ההרחקה מחייב, איפוא, מציאות חברתית הרמונית של חברה שומרת מצוות, המקבלת את מרות התורה ומרות רבנן:

> "לזה צריך כמובן, שהחברה תהיה מלוכדת וממושמעת שתמלא אחר החלטת בית־הדין בנידון"[339].

משום כך, יישומו של דין ההרחקה מצריך את התקיימותם של נסיבות מיוחדות ואין הוא פתרון לרבים. הועלתה הצעה ליישם את דין ההרחקה בחברה בת־ימינו באמצעות חקיקה אזרחית. על־פי ההצעה, תיושם ההרחקה, לכשתפסק על־ידי בית־הדין, בדרך של מניעת שירותים ושלילת הטבות כלפי הבעל על ידי שלטונות המדינה[340].

לאחרונה הפיץ המשרד לענייני דתות תזכיר חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון), התש"ן־1989, המסמיך את בית־המשפט לנקוט צעדים שונים נגד בעל שבית־הדין החליט בפסק־דין סופי על הרחקתו מאשתו. בין הצעדים העשויים להנקט: שלילת הזכות לבחור ולהיבחר לגופים ציבוריים; שלילת האפשרות להתמנות לעובד ציבור, לכהן כאפוטרופוס, נאמן, בורר או כונס נכסים; שלילת הזכות לעסוק במקצוע הטעון רשיון ולהחזיק רשיון נהיגה; שלילת הזכות למשוך שיקים. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת תהיה רשאית להוסיף זכויות הניתנות לשלילה, ובלבד שהדבר ייעשה לאחר התייעצות עם מועצת הרבנות הראשית.

על בעיות נוספות באשר לאפשרות היישום של דין ההרחקה בישראל, הקשורות ביחס בין סגירת פערים פנימית לבין המציאות החברתית והמשפטית, נרחיב את הדיבור בפרק הבא.

336. על מקרים אלה, ראה תיק 3977/מא, לעיל הערה 334, בע' 338.
337. הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד כא. ראה גם תיק 3977/מא, לעיל הערה 334, בע' 337־338.
338. א' בארי, לעיל הערה 333, בע' 300.
339. הרב ש' ישראלי "על כפייה ורצון בגט" **הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה** (תש"ל) לב, לח.
340. י' וינרוט, לעיל הערה 333, בע' 441 — 446.

7) כפייה בדרך של ברירה

§276. לסוגיית המזונות כאמצעי עקיף להקלת השגתו של גט, נקדיש פרק מיוחד בשער הבא[340א]. בהקשר שלפנינו נייחד את הדיבור לסוגיית מזונות של אשה הטוענת 'מאיס עלי'. כאשר בית־הדין אינו כופה גט בעילה כזו, האם יוכל להשתמש בחיוב המזונות ככפייה בדרך של ברירה כך, שאם ייאות הבעל לגרש את האשה ייפטר מחיוב המזונות?

בהלכה נמצא מקורות התומכים בגישה זו[341]. גם בזמננו נמצאו פוסקים המוכנים עקרונית לבחור בכפייה בדרך של ברירה בנסיבות כאלה, ובלבד שבידי האשה אמתלא מבוררת ושסכום המזונות שנקבע יהיה סביר ומותאם ליכולת הבעל[342]. אולם, בפועל הסתום רב מן הגלוי[343]. אמצעי זה עשוי להוות תחליף להלכת הרמב"ם בדבר כפיית גט בטענת מאיס עלי, שאינה מקובלת על בתי־הדין הרבניים בארץ.

מעטים מאד הם פסקי־הדין הרבניים בישראל, המוציאים לפועל דין זה הלכה למעשה. רק מקרים נדירים, שהיו מצדיקים כפייה של ממש, אך עקב החומרה שבית־הדין נוהג בה אינם מוליכים לתוצאה האמורה, הביאו את בית־הדין לנקוט חלופה של כפייה בדרך ברירה[344]. במקרים אחרים, נהג בית־הדין זהירות יתרה בהפעלת אמצעי כפייה זה, עד שאפילו אמתלא מבוררת לא היה די בה[345]. בדרך כלל מבקשים בתי־הדין הצטברות של טעמים ושיקולים חמורים במיוחד כצידוק לנקיטת אמצעי זה[346].

340א. ראה להלן פסקאות 522 — 535.

341. פתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד ג, ס"ק ח; דרכי משה לטור, אבה"ע, סוף סימן קנד. בסוגייה זו ראה גם א' באר, לעיל הערה 333, בע' 354 — 357. ראה גם לעיל פסקה 185.

342. הרב א' י' הכהן קוק, **שו"ת עזרת כהן**, סימן נו; הרב י' א' הלוי הרצוג, **שו"ת היכל יצחק**, אבה"ע, חלק א, סימן ב וכן סימן ג, ובמאמרו "בעניין חשש לגט מעושה" **אוסף מאמרים מתוך חוברות הדרום** (ניו־יורק, תשכ"ו) 42; הרב א' י' ולדנברג, **שו"ת ציץ אליעזר**, חלק ד, סימן כא; **שו"ת דברי חזקיה**, אבה"ע, דף טז. הרב הרצוג מוכן להרחיב את יישום הכפייה בדרך ברירה גם באין אמתלא, במקרה שהאשה נחרצת במאוסה ואין שום סיכוי לשלום, אולם רוב הפוסקים מתייחסים למקרה של אמתלא מבוררת ובמקום חשש לעיגון. ראה גם ערעור תשי"ז/166, פד"ר ג 322, 324; ערעור תשכ"א/134, פד"ר ד 244, 252. ראה גם הרב שאר־ישוב הכהן "חיוב כתובה ומזונות — לבעל אלים וסרבן־גט" **הרצאות בכינוס הארצי העשרים ושבעה לתורה שבעל־פה** (תשמ"ו) סה. על סוגייה זו, ראה עוד מ' קורינלדי, לעיל הערה 231א, בע' 208 — 210; ר' ערוסי, לעיל הערה 230, בע' קסט — קעא.

343. א' באר, לעיל הערה 333, בע' 354.

344. תיק 194/תשי"ג, פד"ר א 77, 80. ראה גם תיק 2/695/712, פד"ר א 15, 19, לפיו, בעל שחויב בגט יש לחייבו במזונות האשה גם כשהיא גרה בנפרד.

345. תיק 116/כ"ה, פד"ר ו 221; ערעור תשכ"א/134, לעיל הערה 342, בע' 252.

346. על חששותיהם של בתי־הדין לנקוט אפילו אמצעי זה ראה א' באר, לעיל הערה 333, בע' 367.

8) שלום בית

§277. כבר ראינו כי בית־הדין עשוי להוציא צווים מסוגים שונים, המגבילים את הנתבע בהקשרים שונים ובתחומים מגוונים בעילת שלום בית. הצווים עשויים להתייחס לנכסים כשם שהם עשויים להיסוב על אורחות־חייו של הנתבע, דרך התנהגותו ופעולותיו[347].
בדרך כלל מונָעים הצווים מן המטרה המקווה של השגת שלום בית. אולם רק מעט מזעיר הם המקרים, שבהם מצדיקה ההסתברות את האופטימיות, המלווה את הוצאת הצווים. ברוב המכריע של המקרים, משרתים הצווים את הצדדים כחלק מאמצעי המלחמה במאבקם הכללי במסגרת הסכסוך במשפחה.
לחץ כלכלי או אישי על אחד מבני הזוג מעניק לאחֵר יתרון כלשהו במאבקו נגד בן הזוג. לעיתים, לחץ כזה עשוי להיות מנוצל לרעה על ידי המבקש. במקרה זה, יהיה השימוש באמצעי זה לשם השגת מטרה אחרת פסול לחלוטין. לעומת זאת, עשויים להיות מקרים, שבהם צווים בעילת שלום בית יהיו אמצעי לגיטימי במסגרת מאבק בבן זוג, המנצל לרעה את הדין הדתי לשם השגת יתרונות פסולים. כך, למשל, עשוי בן זוג לנסות למנוע מן האחר את הגט ללא הצדקה לשם השגת יתרונות כלכליים, או יתרונות אחרים. נגד בן זוג כזה עשויים צווים בעילת שלום בית לפעול כאמצעי 'לחץ' חיובי, המגן על האינטרסים ששיטתנו המשפטית חפצה ביקרם[348].

9) בית־דין כמוסד שיפוטי וכמוסד דתי

§278. סגירת פערים מתבטאת, גם כאשר אין בית־הדין מוציא לפועל את מלוא הפוטנציאל שלו כבית־דין במובן המקובל בעולמה של הלכה[349]. בית־הדין עשוי לסגל עצמו, במידה מסוימת, לתפיסה הישראלית של מערכת שיפוטית, בין ברצון ובין תוך אילוצים. הרכבים שונים של בתי־הדין אינם חוקרים ודורשים כשמובא לפניהם הסכם גירושין, אף כאשר אישורו נעשה בבית־המשפט המחוזי.
במקרים מסוימים, גם נמנע בית־הדין מלראות עצמו מחויב לחקור ולדרוש, ולהשליט את הדת וכללים הלכתיים שונים באמצעות הרתעת עברייני דת, כדרכם של בתי־דין בחברה דתית.
בשנים האחרונות ניכרת מגמה הפוכה. בתי־דין רבניים שונים מקשים על צדדים, שבחרו לאשר הסכם בבתי־המשפט באמצעות גישה מחמירה ביותר בכללי הגט המעושה. במקרים מסוימים מסרב בית־הדין להמשיך בהליכי גירושין בין בני זוג, עד אשר יכללו בהסכם ביניהם סעיף, המקנה את הסמכות לדון בעניינים הנובעים מן ההסכם לבית־הדין. אחד הטעמים, שניתן לשערו, הוא מאבק סמכויות. בתי־הדין מבקשים להיאבק במגמה הרווחת אצל בעלי הדין לפנות לבתי־המשפט על מנת להסדיר, ככל שניתן במסגרת כללי הסמכות, את ענייני הגירושין שביניהם.

347. על סוגיית שלום בית, ראה לעיל פסקאות 87 — 100.
348. על היבט זה של העניין, ראה להלן פסקאות 297־298.
349. על בית־הדין כמוסד דתי, ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד) 36 — 38.

פרק שני

בעיות פנימיות וחיצוניות בסגירת פערים בדין הדתי

כללי

§279. סגירת פערים פנימית מושכת אחריה שובל של בעיות; חלק מן הבעיות הן פנימיות. הן קשורות בקשיים הנובעים מאופיו של הדין הדתי, מן המתח הפנימי של תהליכי ההמשכיות והשינוי המקובלים בו, ומיחסי הגומלין שבין הדין לדיינים. בעיות אחרות המקשות על סגירת פערים פנימית, נובעות מקשיים מושגיים ואידיאולוגיים.
חלק אחר מן הבעיות הן חיצוניות. המתחים בין המציאות הדתית לחילונית, בין הנורמה החילונית לבין הדין הדתי, ובין עולם המושגים החילוני לדתי מערימים מכשולים לפני הכרה חילונית בסגירת הפערים הפנימית.

1) בעיות פנימיות במסגרת הדין הדתי

א) מבוא: המסגרת ההלכתית הלגיטימית

§280. בעולמה של הלכה, הנכונות להגיע לפתרונות מותנית במשמעות הערכית והתורנית של כל צעד, והיא נובעת מן המחויבות למטרה העליונה של קיום תורה ומצוות. "ולא ניתנה התורה אלא על־מנת לקדש שמו הגדול"[1]. הכלל הרדיקלי של "עת לעשות לה' הפרו תורתך"[2] מותנה בצורך לעשות מעשה "לשם שמים", "לשם קדושת ה'"[3]. וכדברי החת"ם סופר:

1. תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה, פרק כח.
2. תהילים קיט קכב.
3. ראה תמורה יד ב ורש"י שם "כשעושין הדבר לשם קדושת ה' ראוי להפר תורתך"; גיטין ס א ורש"י שם "ואם בא עת לעשות תקנה לשם שמים הפרו דברי תורה לשעה הצריכה"; ברכות סג א ורש"י שם; יבמות עט א: "מוטב שתעקר אות אחת מן התורה ואל יתחלל שם שמים בפרהסיא".

"והנה צריך לזה תנאי שעל כל פנים מה שמקילין הבית דין כדי להקים התורה צריך שיהיה פחות ממה שמקיימין על ידי זה דאם לא כן מאי אולמא דהאי מהאי"[4].

ב) הערכת המתחייב במציאות החדשה מבחינת ההלכה

§281. במסגרת חברתית בת־זמננו עשויה להיות הערכה שונה של המתחייב בהקשר זה מבחינת ההלכה. בשער הראשון עמדנו על הפער בין הנורמה הדתית למציאות הישראלית[5]. הפערים הנפערים, בין ההלכה לעולם החילוני, בין הדין לציבור, בין הדיין לציבור, בין ציבור היעד לציבור ההתייחסות, ובין החוקי ללגיטימי — יוצרים קושי קונצפטואלי מרכזי: מידת הלגיטימציה שבהיענות לצורכי הציבור החילוני וההכרה במצוקותיו.

לשאלת אופן ההתחשבות בנתונים חדשים של זמן ומקום נוספת בעיה אחרת. מה משקלה של מציאות, שלא היתה דוגמתה בעבר, של כפיית נורמות דתיות מבחוץ על ידי רשות מדינית יהודית על חברה שרובה אינה שומרת מצוות, ומה הביטוי ההלכתי הנאות של מציאות כזו. המציאות המיוחדת של רוב חילוני ושל כפיית נורמות דתיות על ציבור חילוני, ש"אינו עובד את ה' בשמחה", מעוררת הן שאלות דתיות מובהקות והן שאלות עקרוניות במישור יחסי הדת והמדינה.

לא תמיד, איפוא, מוכן הדין הדתי להתמודד באופן פתוח עם מציאות, במיוחד כאשר זו מאתגרת את הוראותיו. שיקולים אידיאולוגיים, כמו גם חששות לשלמותו של העולם הדתי, מחזקים את שיקולי ההסתגרות והשמרנות ומונעים את האפשרות להתמודד עם המציאות, כאשר יש כאלה הרואים במודל המשתקף בפועל בכללי ההלכה את המודל היחיד האפשרי.

ג) שתי גישות אפשריות

§282. מנקודת המבט של איש ההלכה סובבות כל השאלות האלה סביב ציר מרכזי אחד, כיצד יש להתייחס למציאות החילונית בעולמה של הלכה:

4. דרשות החת"ם סופר, חלק א, דף שסד ע"א. וראה על כך א' כץ, **החת"ם סופר** (תשכ"ג) 84־85. כן ראה הרב א' ליכטנשטיין "בעיות יסוד בחינוכה של האשה" **האשה וחינוכה** (ספר אמנה, תש"מ) 158: "השאלה היא באיזו מידה רוצים להנציח את המצב ההתחלתי הקיים בהלכה או לשנות אותו בדרכים הלכתיות לגיטימיות, בהתחשב בהתפתחויות ההיסטוריות. זו שאלה השקפתית שאינה מיוחדת לשאלה שלנו... כדי לדון בבעיה זו צריך לראות לא רק את השאלה הספציפית העומדת על הפרק אלא גם את העומק הערכי של הבעיה". ראה גם הרב ח"י גולדוויכט "ההלכה כמכוונת המציאות בתמורותיה — סימפוזיון" **הגות והלכה — ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות** (י' איזנר, עורך, תשכ"ח) רא, רט־רי; הרב א"י ולדנברג "משפט המלוכה" **ספר הלכות מדינה** (תשי"ב) 24: "הנימוקים לדרישות יתהלכו ממקור קודש על יסוד נימוקים פנימיים בכוונות רצויות להדר ולפאר את בית חיינו ביקרת כתר מלכות תורתנו הקדושה".

5. **לעיל** פסקאות 144 — 158.

1) אפשרות קיצונית אחת היא לראות בה ביטוי לכל השלילה. זו הגישה הייחודית או המסתגרת. בהקשר זה תהווה המציאות החילונית, בעיני הפוסק הדתי ואף בעיני איש החינוך הדתי, רק 'כרית אגרוף' חינוכית ונורמטיבית שאין להתחשב בה[6].

2) גישה אחרת היא הגישה הכלל־ישראלית. על־פי גישה זו יש להתחשב במציאות החילונית כמרכיב רלבנטי בפסיקת הלכה[7]. לשיטה זו, לא ניתן להתעלם מן המציאות החילונית בלי להסתכן בחוסר רלבנטיות ובניתוק מן המציאות.

הפוסק הבוחר באפשרות השנייה חייב להתמודד עם המשמעות הדתית של ההתחשבות במציאות החילונית. בשיטה זו אין דרך אחת ויחידה בלבד, מרווח האופציות הוא רחב ומגוון. מן העמדה העקרונית מתחייבת התמודדות עם שאלות כמו אופי ההתחשבות במציאות החילונית, היקפה ואופניה. תשובות רבות, שונות ומגוָנות, עשויות להינתן לשאלות אלה והן עשויות לקבוע את המסגרת השונה של ההתייחסות למציאות החילונית.

ד) היבטים נוספים

ההתחשבות במציאות החילונית ניתנת גם לבחינה, בין היתר, בשני ההיבטים הבאים:

§283. 1) **היחס לערכים המרכזיים** של ציבור היעד, כגון: דמוקרטיה, פלורליזם ושוויון. היחס עשוי לנוע מהפנמה והטמעה של הערכים במסגרת הלגיטימית של פסיקת הלכה, דרך שוויון נפש או השלמה חסרת התלהבות, ועד לביקורתיות או אף דחייה מוחלטת ומאבק כולל. לא נוכל לעסוק בשאלות אלה באופן שיטתי וממצה. הן מחייבות התייחסות נפרדת. מכל מקום, אפילו יתבטא היחס הרווח בעיני אנשי הלכה בקיצונית שבאפשרויות אין פירוש הדבר, שהפוסק רשאי ויכול להעלים עין כליל מן המציאות הרעיונית והחברתית של ציבור היעד. כך, למשל, למרות התייחסותו השלילית של הרב עובדיה יוסף לדמוקרטיה: "בזמנים אלו דורות החופש והדרור (דמוקרטיא) שאיש הישר בעיניו יעשה"[8], אין הוא מעלים עין מן המציאות הנתונה. אין הוא נמנע מהסקת מסקנות, הלוקחות בחשבון מציאות של דמוקרטיה בעת פסיקת הדין הלכה למעשה[9].

§284. 2) **המשמעות הדתית של יהודים חילוניים הנמנים עם הרוב** ואינם עוד חלק ממיעוט מבוטל. כשרוב ישראל פורצי גדר מה המשמעות שיש ליחס, לצורך פסיקת הלכה (כשרות לעדות, צירוף למניין וכיו"ב), לאבחנות המקובלות, הן באשר

6. יישום אפשרי של גישה זו, ראה א' רוזן־צבי "ההלכה והמציאות החילונית" חירות המצפון והדת, אסופת מאמרים לזכרו של חמן פ' שלח (1990) 153. ראה גם לעיל פסקאות 152 — 154.

7. יישום אפשרי של גישה זו, ראה לעיל פסקאות 264 — 267.
את הרב א"י הכהן קוק העסיקו שאלות אלה באופן מיוחד, ראה צ' ירון, משנתו של הרב קוק (תשל"ד) 323 ואילך.

8. שו"ת יביע אומר, חלק ד, יו"ד, סימן ז, בע' רמא.

9. נכונות לתת תעודת כשרות למסעדה או לבית־מלון שמאכליהם, שהם נשוא ההכשר, כשרים אף כי יש פגם בהתנהגותם של הבעלים ואורחיו בענייני כשרות, דהיינו, הגשת מוצרי חלב לאחר ארוחה בשרית במקום אחר.

לעוברי עבירה לעומת שומרי מצוות והן באשר לסוג העבירות, אלה הנעשות בצנעא לעומת אלה הנעשות בפרהסיא וכיו"ב. כך, למשל, דחה אחד הפוסקים את ההבחנה בין עבירה בצנעא לעבירה בפרהסיא לעניין צירוף יהודי, 'עבריין' בפרהסיא, למניין. הטעם:

"דבזמננו לא מקרי מחלל שבת בפרהסיא, כיוון שרובן עושין כן... כיוון שבעו"ה רובם פורצי גדר, תקנתם קלקלתם... ופרהסיא שלו כבצנעא"[10].

חריפה ביותר היא השאלה העקרונית, האם למצב העובדתי של אי שמירה כללית של המצוות כולן או של מצווה מסוימת בפרט, והאם לדרך של הנהגה כללית מסוימת בחברה נתונה בתקופה מסוימת — יש משמעות תיאולוגית ונפקות דתית, ומה הן[11].

ה) העמדה הייחודית או המסתגרת

§285. העמדה הכלל־ישראלית, הגורסת התחשבות במציאות החילונית, בדרגות שונות של אינטנסיביות ובכפוף לנסיבות השונות, מאפשרת דיאלוג עם המציאות החדשה ומקלה עם סגירת פערים פנימית. על עמדה זו הרחבנו את הדיבור בפרק הקודם[12]. לעומת זאת, העמדה הייחודית או המסתגרת היא מקור הבעייתיות, ועליה נתעכב בקצרה.

בעיני פוסקים רבים עשויה היענות מורי ההלכה למציאות בת הדור להיחשב ככניעה לא לגיטימית לחילוניות וכפריצת כל גדר, דווקא לאור התחושה של התערערות המסגרת הדתית והתפוררות המשפחה. בעיני אלה קיים חשש, שפתרונות המכוונים לשעה זו מהווים הכרה או השלמה עם מצב, הנחשב בעיני הדין הדתי כנוגד הן את עקרונותיו והן את מטרותיו הבסיסיות. תחושה זו של כניעה או נטישה של עקרונות יסוד אינה מניחה לכלל של "עת לעשות לה' הפרו תורתך" לשלוט בכיפה. הליכה לקראת הציבור החילוני נחשבת כפעולה נגד הדת ולא כתקנתה. השמרנות נתפסת כקו ההגנה האחרון.

"שהמתירים ניכר ממעשיהם, שחפצם לנשל מכל מצווה מעט מעט, וכוונתם לעקור את הכול... לזאת אנו מחוייבין לעמוד בפרץ, בפרט בדור הזה; אם נניח להקל באיסורים... ירימו יד..."[13].

10. ראה דעת הרב ד"צ הופמן, מלמד להועיל, חלק א, סימן כט. הרב מ' פיינשטיין השיב על אותו עניין בהיסוס רב יותר ופסק, שרק בשעת הדחק יש לצרף יהודי כזה למניין, ראה **שו"ת אגרות משה, או"ח**, סימן כג.
על כשרותו לעדות של אדם המגלח זקנו בתער, ראה שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן צו: "דנתפשט בעו"ה אצל הרבה לא חשב שזהו איסור כל כך דלא משמע להו לאינשי דאסור".

11. צ' ירון, **לעיל** הערה 7, בע' 326, מסיק מפסיקתו של ר' עקיבא איגר, **לעיל** הערה 10, כי "אם הרבה יהודים אינם שומרים מצווה דתית מסוימת הדבר משפיע על ההערכה ההלכתית־הדתית של אי שמירתה". על אי שמירת מצוות דה פקטו, המקבלת משמעות מסוימת גם דה יורה, ראה גם י' כץ, **גוי של שבת** (תשמ"ד) 21 — 32, 138.

12. ראה **לעיל** פסקאות 264 — 267.

13. ראה תשובת "אבני נזר" (האדמו"ר ר' אברהם מסוכאצ'וב), אורח חיים, ח"ב, סימן תקלז. מובא אצל א' א' אורבך, **על ציונות ויהדות, עיונים ומסות** (תשמ"ה) 316־317.

§286. לא זו אף זו, כשם שתגובת הפוסקים למתירנות היתה נטייה לקיצוניות ולשמרנות[14], כך לחצו של הציבור החילוני לתיקונים בהלכה ולהתאמתה למציאות הוביל גם הוא לתגובה הפוכה. הלחץ לא זו בלבד שנתקל, בדרך כלל, בקיר אטום, אלא אף גרר אחריו תביעות ופעולות, שמטרתן לצמצם עד למינימום ואף למנוע מן החילוניים ומן המוסדות החילוניים כל השפעה על המוסדות הדתיים, בחירתם והרכבם[15]. תגובות אלה במקביל להעמדת תביעות דתיות כלפי הציבור בכללותו, יצרו תחושה של תסכול והעמקת הפער אצל הציבור החילוני.

§287. טעמים נוספים מקשים בעיני בעלי עמדה זו על סגירת הפער בהלכה: הניגוד העקרוני הקיים בין הדת למדינה[16]; הקושי לסגל כללי הלכה ספציפיים למערכת החילונית, הן מבחינת עקירת הכלל הדתי ממערכת הדינים הסובבת אותו וממקורות חיותו והן מבחינת שתילתו ברשת הנורמות החילוניות[17]; הבסיס האידיאולוגי השונה והשקפות העולם הרחוקות זו מזו. כמו כן מלווה את הפוסקים ההנחה, כי שום צעד אשר ייעשה, להוציא ביטול מוחלט של דרישות ההלכה, לא יספק את הציבור החילוני. לשיטה זו, אין כל טעם לעשות צעדים, שיש בהם, לדעת הפוסקים, לסכן את המערכת ללא תועלת.

אנשי הלכה מעדיפים, איפוא, לגלגל את הבעיה למגרש היריב. רוצה לומר, מנקודת הראות של ההלכה אין הם מכירים בלגיטימציה של הבעיה. בעיניהם פוגמת המציאות הנוהגת בשלמות שההלכה חותרת אליה. לדעתם, איפוא, יש למצוא את הפתרון בשינוי המציאות והתאמתה להלכה, ולא להיפך. האחריות מוסרת מעל כתפי תופסי התורה ומוטלת כולה על כתפי החברה החילונית[18].

התבטאות אופיינית מפי דובר של 'אגודת ישראל' משקפת את תוצאותיה של עמדה זו:

"צריך להתאים את החיים לתורה ולא את התורה לחיים"[19].

תפיסה זו מתעלמת מדעת מחילוניותו של רוב ציבור היעד ומאופיה האמיתי של המדינה. התייחסות, אף בדיעבד, לחילוניותו של רוב הציבור או לחילוניותה של המדינה נתפסת כמתן לגיטימציה למציאות פגומה. הנכונות לצעוד לקראת הקלקלות הרווחות עשויה להעניק, לדעתם, לגיטימציה לחילוניות. במסגרת זו, נאסר שיתוף פעולה כלשהו עם הציונות החילונית ונקבעה חובת התבדלות משאינם שומרי מצוות כחובה דתית[20]. הושמעו ביטויים

14. ראה מ' אלון "מבעיות ההלכה והמשפט במדינת ישראל" מפרסומי החוג לידיעת עם ישראל **בתפוצות בבית נשיא המדינה** (תשל"ג) 13, 29, נדפס מחדש בקובץ המקורות דת ומדינה בישראל (מ' סמט, עורך, תשל"ח) 3, 11.

15. ראה מ' פרידמן "רבנות ראשית — דילמה ללא פתרון" **מדינה וממשל** א (1971), 118, 121 ואילך.

16. על התביעות העקרוניות המתנגשות בין הדת למדינה, ראה י' אנגלרד "היחס בין ההלכה והמדינה" **מולד** (תשכ"ה) 702, 705.

17. על ההתנגשות בין ההלכה המוחלת לבין המדינה, ראה גם I. Englard, "The Problem of Jewish Law in a Jewish State" 3 **Israel L.R.** (1968) 254; I. Englard, "The Relationship between Religion and State in Israel" 16 **Scripta Hierosolymitana** (1966) 254, 265 et seq. ראה גם י' אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" **הגות והלכה**, ספר הכינוס השנתי למחשבת היהדות (תשכ"ח) קס. נדפס מחדש בהמשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק, עורך, תשכ"ט) 110.

18. ראה **לעיל** פסקאות 152-153.

19. ח"כ הרב לוין, **ד"כ** 6 בע' 44.

20. ראה י' ברייער "שני מקלות הרועים" נדפס מחדש בציוני דרך (תל-אביב, תשט"ז) 87, 103 — 106;

חריפים על הכופרים, מחללי שבת בפרהסיא, עד כדי מסקנה שדינם כנוכרי אף מבחינה הלכתית[21]. כל השלמה עם החילוניות, כמוה כהודאה אסורה באפשרות קיום של חיים יהודיים ללא תורה[22].

מטבע הדברים יוצאים מורי ההלכה מהנחה, המשמשת להם עיקרון של פסיקה, כי היהדות הדתית, הנאמנה לתורה, היא לא רק ציבור ההתייחסות אלא, כביכול, ציבור היעד הבלעדי הלגיטימי שהפסיקה התורנית צריכה להיות מכוונת אליו[23].

§288. התחושה של בעלי האסכולה ה'ייחודית' או ה'מסתגרת' הִנה, שבתקופה של חילוניות על הפוסקים לעמוד כשומרי החומות. הם, לבדם, ניצבים על סף התהום כשרק פסע בינם לבין ההפקרות המוחלטת. גישה בדלנית, מסתגרת, זו רואה עצמה כמשמשת תריס נגד השפעות תנועות ההשכלה למיניהן ותופעות החילוניות וזאת, למן ימיו של ה'חתם סופר'. שימור הקיים ולא הסתגלות או שינוי נראה בעיניו של ה'חתם סופר' כתגובה ראויה נגד כוחות החילון.

"והאמנם בעו"ה הדור פרוץ כבקעה וראוי לגדור גדר ולעשות סייג לתורה להחמיר ולא להוסיף קולא"[24].

תגובה זו ממשיכה להנחות חוגים חרדיים עד היום, למרות מרחק הזמן (קרוב למאתיים

וכן "נאום על ארץ ישראל" שם בעמ' 107, 115-116. ברייער הוא ממקימי 'אגודת ישראל' בגרמניה וממנהיגיה הרוחניים בשלבי הקמתה ועד יום מותו, כשנתיים לפני הקמת המדינה. ראה גם א' לוז, **מקבילים נפגשים, דת ולאומיות בתנועה הציונית במזרח אירופה בראשיתה (1882 — 1904)** (תשמ"ה) 334.

המאבק בשאלה, האם יתכן שיתוף פעולה עם החילוניים או עם "פורצי גדר" חצה קהילות רבות בישראל עם התגברות תופעת החילון בעם ישראל, ראה י' כץ, **היציאה מן הגיטו** (1985) 123 ואילך.

מחלוקת זו היא גם, בעיקר, שחצתה את ההתייחסות, בקרב הציבור הדתי, בשאלת שיתוף פעולה עם חילוניים במסגרת התנועה הציונית ולאחר מכן במדינת ישראל, החל מראשית ימי 'חיבת ציון' וראשית הציונות, ראה א' לוז, **שם**, במיוחד בע' 79 — 95; כן ראה מ' פרידמן, **חברה ודת** (תשל"ח) 129 ואילך וכן במאמרו **לעיל** הערה 15.

21. ראה ישעיהו א"ז מרגליות, **קומי אורי** (תרפ"ה) כד ואילך; שמחה י"ב האלברשטאם, **מכתבים** א יב. כתבים אלה וניתוחם ראה אצל מ' פרידמן, **לעיל** הערה 20, בע' 135 — 137.
כן ראה עמדת הרבי מסאטמר, רבי יואל טייטלבוים. לדעתו, אין שלום עם מינים ופורקים, **ויואל משה** (תשכ"ב) יא, וכן המאור (ברוקלין, תמוז, תשל"א) 6.

22. י' ברייער, **לעיל** הערה 20, "נאום על ארץ ישראל" **שם** שם.

23. ראה **לעיל** פסקה 154.

24. חתם סופר, או"ח, תשובה ס. וראה עמדתו העקרונית של ה'חתם סופר' להחמיר מטעמי 'דור פרוץ': י' כץ, **לעיל** הערה 11, בע' 142 — 152 (הכותב מתייחס גם לבנו של ה'חתם סופר', ה'כתב סופר', ומצביע על הגישה הנמשכת, הדוגלת בהחמרה מטעם זה); כן ראה א' כץ, **החת"ם סופר** (תשכ"ג); י' כץ, **לעיל** הערה 20, בע' 154 — 157; י' כץ "קווים לביוגרפיה של החתם סופר" **מחקרים בקבלה ובתולדות הדתות מוגשים לגרשם שלום** (תשכ"ח) קטו, קמב־קמג; י' בן־דוד "התחלותיה של חברה יהודית מודרנית בהונגריה בראשית המאה הי"ט" **ציון** יז (תשי"ב) 122 — 128. כן ראה א' לוז, **לעיל** הערה 20, בע' 29 — 40, 376.

שנה) והשינוי המשמעותי בנסיבות (כולל העובדה שהמיעוט פורץ הגדר הפך לרוב), וקיימת אף מגמה של החמרה וקיצוניות[25].

יתר על כן, הטענה כי דור פרוץ מצדיק ריבוי חומרות, ובמיוחד כלפי חברה חילונית, עשויה להיחשב בעיני הפוסקים, לא כהתעלמות מן המציאות אלא כסיגולה דווקא של ההלכה למציאות החילונית. כך הדבר לגבי נעילת דלת בפני הרמאים, אשר יבקשו לנצל את הדין המקורי לטובתם אף כי אין הם מתכוונים אליו. כך הוא גם בקביעת גדרים וסייגים מחמירים, שמטרתם להרחיק ציבור שאינו שומר מצוות מן העבירה. מדיניות כזו, בין השאר מן הטעמים שצוינו, משתקפת גם בפסקי־דין, היוצאים מלפני הרכבים שונים בבית־הדין הרבני[26].

נקודת מבט דתית זו עשויה להיות חד־ממדית; אפילו היא מבטאת עמדה המתייחסת כאילו למציאות ולציבור החילוני, הרי למעשה אין היא מתחשבת בהם כלל מנקודת המבט שלהם. עמדה זו מגדילה את הפער בין הדין למציאות ומנכרת עוד יותר את הציבור מן ההלכה. עמדה כזו, יש בה מן ההתחפרות ולא מן ההתאמה היצירתית. היא נותנת משנה תוקף לגישה, שציבור ההתייחסות והיעד היחיד הוא הציבור שומר המצוות — אף כי, לכאורה, היא מתייחסת לא לציבור כזה או אחר, אלא לשמירת המסגרת הנורמטיבית.

§289. אסור להתעלם גם מן העובדה, שהתקפה חזיתית על סמכות ההלכה, כמו גם התעלמות ממנה, פועלים בכיוון הפוך. במקום להמריץ את תופסי התורה למַצות עד תום את האפשרויות הגלומות בהלכה:

"היא כובל(ת) את ידי העושים בה ומשתק(ת) את כוח הסתגלותה"[27].

פריצת גדר מטעמים של חולשת דעת או התפקרות של יחידים עשויה להיראות כמצדיקה התמודדות בכלים הלכתיים. לעומת זאת, אידיאולוגיה חילונית מציבה את הפוסק לפני מאבק ערכי עקרוני שבפניו אסור לו, לדעתו, להתבטל או להיכנע. התחשבות במציאות חילונית, המיוסדת על אידיאולוגיה כללית ולא על חולשה או על התנהגות של יחידים, נראית בעיניהם של בעלי העמדה הייחודית כוויתור על ערכים[28].

§290. ההסתגרות וחוסר הנכונות להיענות הלכתית למציאת החדשה משמשת גם כ:

"אינסטינקט של התגוננות"[29].

מדובר על אמצעי מגן כפול:

ראשית, מתן לגיטימציה כלשהי, ולו חלקית בלבד, עלול להקשות את המאבק נגד חדירה

25. י' כץ "הדת היהודית ככוח מאחד ומפריד" בקובץ **לאומיות יהודית, מסות ומחקרים** (תשמ"ג) 147 — 149.

26. ראה **לעיל** פסקה 150.

27. זו היתה גם התגובה על הרפורמה, ראה י' כץ "ייבום וחליצה בתקופה הבתר־תלמודית" **הלכה וקבלה** (תשמ"ו) 127, 174; ראה א' א' אורבך, **לעיל** הערה 13, בע' 316. וראה עמדתו של החת"ם סופר במסגרת המאבק נגד הרפורמה, א' כץ, **לעיל** הערה 24.

28. ראה **לעיל** פסקאות 145־146.

29. ראה א' שבייד, **דימוקראטיה והלכה** (תשל"ח) 97.

לתוככי הבית פנימה של הסיכונים שהמציאות החדשה מעמידה בפני עולם שמרני[30].

שנית,

"הם־אינם רגילים לכללי משחק הכוחות בחברה המדינית החופשית... משום כך הם מעדיפים שלא להיכנס ל'משחק'... ההסתגרות היא תוצאה של התגוננות מפני חברה המתכוונת באמת לרעתם[31].

לנוכח עמדה כזו, לא ייפלא כי על שולחן הדיונים צפים ועולים גם ביטויים של 'יהרג ואל יעבור':

"...עם סיני, הנמצא היום בסכנה יותר חמורה מאשר בימי נבוכדנצאר וטיטוס... כאן אין מקום לפשרות... האומה הישראלית נלחמת את מלחמתה האחרונה שתכריע את גורלה. אוי לה, שדווקא אדמת הקודש היא הזירה הראשית שלה..."[32].

§291. המדיניות הנקוטה על ידי חוגים דתיים אלה היא זו של 'שב ואל תעשה', וזאת מכמה טעמים:

1) החתירה להסדר, שיהיה מקובל על כל חלקי העם היהודי, מחייבת התיישרות עם הקו ה"שמרני" הקיצוני ביותר. בהעדר אפשרות להגיע להסכמה, אפילו על תיקונים קלים, ננקטת מדיניות של שב ואל תעשה.

2) ההנחה היא כי המציאות הקיימת היא תקופת מעבר בלבד, היא עמדת המתנה לקראת הבאות, לקראת יום ההכרעה. בתקופה כזו, גם אם היא מתמשכת מעבר לצפוי, מדיניות ראויה מחייבת שב ואל תעשה[33].

3) ההסתגרות פנימה משחררת מן הצורך לעמוד פנים אל פנים מול השינוי ופוטרת מן החובה להתמודד עם העולם החיצוני. אידיאולוגיה של שב ואל תעשה, של קיפאון ושמירת הסטטוס קוו, ממלטת מן הבעיה הקשה של ההכרעה. אך היא מחייבת אטימות

30. על תהליכי ההסתגרות, הקנאות, ריבוי החומרות והדינים ומדיניות של שב ואל תעשה כ"חומת המגן מפני הכוחות המאיימים מבחוץ" ראה א' לוז, **לעיל הערה 20**, בע' 29 ואילך, ובמיוחד בע' 31. על ביצור החברה מבפנים על ידי אטימות מוחלטת כלפי החוץ, ראה **שם** בע' 297; ראה א' א' אורבך, **לעיל הערה 13**, בע' 316־317. ראה גם מ' פרידמן, **לעיל הערה 20**, בע' 135 — 137.

31. ראה א' שבייד, **לעיל הערה 29**, בע' 97.

32. ראה י' ברייער, **לעיל הערה 20**, בע' 103־104.

33. על הדורות האחרונים כתקופת מעבר והמתחייב ממנה מבחינה הלכתית, ראה ניתוח עמדתו של הראי"ה קוק אצל א' שבייד, **לעיל הערה 29**, בע' 169 ואצל צ' ירון, **לעיל הערה 7**, בע' 34 — 37, 367. על ראיית המציאות של תחילת המאה בעיני החוגים הדתיים "כתקופת מעבר שלאחריה יבוא התיקון הגדול, של החזרת לב בנים אל אבות" ראה גם י' שלמון "דת ומדינה בלאומיות היהודית המודרנית ובמדינה שבדרך" בספר **כהונה ומלוכה, יחסי דת ומדינה בישראל ובעמים** (תשמ"ז) 277, 282־283. ומכיוון אחר, אם כי באותו עניין, ראה ש' אלמוג "יחסי דת ומדינה בראי הלאומיות היהודית" בספר **הנ"ל**, בע' 285, 287, על ההנחה ההפוכה של כל אחד מבעלי האידיאולוגיות השונות, הדתית לעומת הלאומית־חילונית, לפיה "כל אחד משני הצדדים הערוך שיעלה בידו ברבות הימים להעביר את זולתו על דעתו". על תקופת המעבר בעיני החרדים והחילוניים, כל אחד מנקודת המבט שלו, בהקשר לתנועת 'חיבת ציון' ולציונות, ראה א' לוז, **לעיל הערה 20**, מע' 83 ואילך. בעניין אחרון זה, ראה גם י' כץ "הציונות והזהות היהודית" בקובץ **לאומיות יהודית, מסות ומחקרים** (תשמ"ג) 75־76, 82.

כלפי התהליכים ההיסטוריים, התעלמות מן המציאות ושלילת לגיטימציה של העולם שמחוץ לד׳ האמות של הקיים[34].

4) הפוסקים עומדים בלחצים צולבים. הציבור החרדי, הדוגל בכלל ״חדש אסור מן התורה״, תובע במפגין להימנע מתיקונים. הציבור החילוני, הדוגל בכך שעל הישן לסגת מפני החדש[35], דורש שינויים רדיקליים. לחץ כפול זה מנטרל כל אפשרות של נקיטת יוזמה, שכן נוכח הקושי האמור ננקטת עמדה של שב ואל תעשה.

5) לחץ על בעלי ההלכה, מצד מי שמתעלם מסמכות ההלכה או הכופר בה, יוצר תגובה הפוכה של שמרנות, הסתגרות ודווקנות־יתר. החשש, שכל התאמה או הסתגלות ייחשבו כהיענות למגמות של כפירה או של חילוניות, משתק את כוח היצירה ההלכתי, בין במכוון ובין כתגובת נגד אינסטינקטיבית[36].

ו) הדרגתיות השינוי בהלכה

§292. השינויים בהלכה נעשים באורח הדרגתי, זהיר ומבוקר. אין זה עניין של חוק בל יעבור, אלא של תהליכי הסתגלות איטיים יותר של אנשי ההלכה ושל עיכול הדרגתי יותר של תהליכים. לאלה יש להוסיף, כי ניסיון ההתמודדות עם התופעות החדשות מתחולל במישור המעשי והיומיומי ונעשה יותר באורח ספורדי ופרגמטי, ופחות במישור העקרוני. הדבר נעשה מכמה טעמים:

ראשית, ההתאמה בין הדין למציאות נעשית תוך שמירה על עיקרון הרציפות והמסורת. ההקפדה, ולו הפורמלית בלבד, על המסגרת העקרונית מעניקה לגיטימציה לתהליך הנורמטיבי המתרחש מעל ומתחת לפני השטח.

שנית, יש לזכור כי הכלים ההלכתיים בנויים אחד על כתפי רעהו. בדרך כלל אין קפיצות דרך, אלא צריך לעבור דרך המקורות ולמצוא את ה׳תפר׳ או את הפרצה הנכונה, באמצעות הטכניקה ההלכתית המתאימה, יחד עם ההכרה במחויבות הדתית של הצורך בשינוי.

שלישית, הגישה הקזואיסטית היא השולטת בכיפה. היא ננקטת לעיתים כמסורת פסיקתית ולעיתים — בכוונה תחילה כדי להמלט מן הצורך להכריע הכרעות ערכיות קשות. במסגרת גישה זו התוצאה במקרה הפרטי היא הקובעת. המחויבות לאסכולה טפלה לתוצאות.

רביעית, מורי ההוראה מקפידים למנוע פגיעה במרקם הערכי עליו מגינה המערכת. גם שינוי קיצוני חייב להיות צמוד למטרה העליונה והיא — שלמות העולם הדתי וקידוש ה׳ בעולם.

חמישית, תזוזה מהירה במערכת שמרנית וסגורה עלולה לחשוף ציבור מסוים של שלומי אמוני ישראל, שכלפיו בראש ובראשונה מכוון הפוסק את פסיקתו, לתהליך של טמיעה מהירה ושל אבדן קנה־מידה.

34. י׳ כץ, **לעיל הערה 20**, בע׳ 154 — 157; א׳ גולדמן, **ההלכה והמדינה** (הוצאת הקיבוץ הדתי) נדפס מחדש בקובץ המקורות **דת ומדינה בישראל** (מ׳ סמט, עורך, תשל״ח); א׳ לוז, **לעיל הערה 20**, בע׳ 16 ואילך ובע׳ 30 ואילך.

35. ראה מ׳ פרידמן, **לעיל הערה 15**, בע׳ 126.

36. ראה **לעיל הערה 27**.

שישית, הרצון לשמור על איזון פסיקתי ולהימנע מדימוי קיצוני לכיוון זה או אחר. הפוסק מבקש להגן על עצמו כנגד טענות של 'התבטלות' בפני העולם החילוני או מתן לגיטימציה לחילוניות, מחד גיסא, ובד בבד נגד טענות של 'עצימת עיניים', ניכור ואדישות למצוקות ציבור היעד, מאידך גיסא. בסוג זה של פתרונות נוח יותר להתגבר על הבעיות המיידיות בלי למשוך אש חזקה מדי, בלי להיות חשוף למתקפה העקרונית מצד חוגים שמרניים על כניעה למציאות ובלי לסכן את השלמות ההלכתית.

שביעית, התגובה של אנשי ההלכה לצורכי המציאות המתחדשת היא איטית ולעיתים קרובות — הססנית. תגובה כזו מוצאת ביטוי הולם בהתאמה פרגמטית וספורדית. התערבות עקרונית עשויה לשנות מצב משפטי מעיקרו והפוסקים עלולים לאבד את התמיכה של חוגים שמרניים יותר וממילא את הלגיטימציה לשינוי במסגרת הנורמטיבית הקיימת. תגובות איטיות והדרגתיות משרתות את התפיסה הפרגמטית של הפסיקה.

שמינית, מבוכתו של איש ההלכה בהתמודדות עם מציאות חדשה, שאין המסגרת ההלכתית המסורתית יכולה להכילה, גוררת אחריה התלבטויות, המוצאות את ביטוין בפסיקה עצמה.

ז) סיכום: בעיות של מדיניות

§293. דרך זו של סגירת פערים פנימית אינה נראית טבעית ומובנת מאליה בעיני הפוסקים. המבקש לצעוד בדרך כזו מתחייב, לעיתים, בצעד לא פופולרי. הליכי סגירת פערים מחייבים שני שלבים של התמודדות:

השלב הראשון, שלב הבחינה והמודעות, מותנה בשלושה דברים:

א) נכונות להודות בקיומה של בעיה. כאן נדרשת נכונות להכיר בתקלות, הנוצרות במפגש הדווקני בין ההלכה למציאות.

ב) הכרה בלגיטימיות של הבעיה.
נדרשת הכרה בקיומה של הצדקה דתית ללכת לקראת פתרונות לציבור היעד שהוא חילוני ברובו. לעיתים מניעים שונים, ואף הפוכים, עשויים להביא תוצאה אחת שמגיעים אליה מדרכים שונות ואף נוגדות. מניעים שונים נפגשו במישור התוצאה האופרטיבית.

ג) הבנה בדבר החיוניות שבפתרונה.
יש להתגבר על הגישה, שלפיה אין הציבור החילוני 'ראוי' לפתרון. שאלת המפתח היא, אם קיימת מבחינת הדין הדתי מחויבות לפתור את הבעיות או שמא אין מחוייבות כזו בנתונים הקיימים. הבעיה אם קיימת חובה דתית כזו מעוררת שאלות של השקפת עולם, של יחס אל ציבור המתדיינים, שמוטלת עליו חובת ההתדיינות לפי דין תורה, ושל חובת הדיין במציאות נתונה מסוימת של מדינת ישראל לנוכח האילוצים הקיימים. אין הדיין יכול להחליף את הציבור הנתון למרותו.
זאת ועוד, נדרשת נכונות מצד הפוסק להעז ולעשות שימוש באמצעים ההלכתיים, תוך התאמתם והרחבתם למציאת החדשה.

השלב השני, שלב ההתמודדות, מחייב גישה כלל־ישראלית, שיסודותיה מושתתים על מספר אדנים, ובין היתר על אלה:

א) התייחסות לסגירת פערים כהגנה על אינטרס דתי ולא ככניעה לתכתיבים חילוניים. נדרשת הכרה בכך, שסגירת הפערים היא עשייה לצורכי הדת. הגישה הרווחת היא

הפוכה, דהיינו, כי כאשר הפרצה כללית, ולא ספציפית וחריגה, תיקון כללי יש בו יותר בבחינת קלקול הדת מאשר תיקונה.
גישה רווחת זו מבוססת על ההנחה, כי התאמת הלכה למציאות מחייבת מערכת מלוכדת ומצע משותף של הכרה בתוקף הדתי של הרשות. כך נטען, כי בחברה יהודית שומרת מצוות יש נכונות לפתור בעיות של חריגים, מה שאין כן כאשר החריג הופך לכלל; פתרון כללי עלול לפרוץ פרצה בחומת הדת. החשש במקרה כזה הוא מפני 'מכירה כללית' של ערכי הדת היסודיים, העלולה להגיע עד כדי ויתור עליהם, הלכה למעשה.

ב) הימנעות מהטלת האחריות על כתף החברה החילונית תוך פריקת האחריות מן הפוסק.

ג) ראיית הממד ההיסטורי של פסיקה כלל־ישראלית, בנסיבות המיוחדות של המציאות הישראלית, כאשר רוב חילוני מחויב בשמירת נורמות דתיות בתחום ענייני האישות.

ד) הכרה שתגובה קיצונית אינה תריס כנגד המתירנות, ואינה פתרון או תשובה ראויים לבעיות האישות והמשפחה של החברה הישראלית.

ה) הכרה כי בחברה חילונית אין משמעות לתפיסה, שנוקשות ביישום הדין ודווקנות בהתאמת הלכות למציאות מהוות 'שמירת החומות'. דווקא במסגרת חברה כזו אין כל משמעות לצד התקדימי, שלפיו פרצה אחת עלולה לסכן את מעמד הדת — הפרצות הן רחבות והן מציאות קיימת.

2) בעיות חיצוניות במסגרת הדין ה'חילוני'

כללי

§294. המפגש בין העולם הדתי לעולם החילוני עלול להקשות על סגירת הפערים. נעסוק בשני היבטים עיקריים של קושי אפשרי בהקשר זה.
ראשית, לא תמיד מבחין בית־המשפט האזרחי, כי מאחורי הסדר מסוים מבית־מדרשו של הדין הדתי מסתתר אמצעי לפתרון בעיה במטרה לסגור פערים. לעיתים, אין בית־המשפט ער למשמעות הפתרונות האלה ואינו יורד לשורשן. בית־הדין, מטעמים מובנים, אינו מצהיר בגלוי, כי נעשה כאן שימוש באמצעי מסוים לשם השגת מטרה מסוימת. העניין עלול לחמוק מעיניו של בית־המשפט ולמנוע ממנו התייחסות רלבנטית והתמודדות מודעת.
שנית, גם לאחר שבית־המשפט הבחין בעניין, לא תמיד יהיה ההסדר הדתי מקובל עליו. סגירת הפערים במסגרת הדין הדתי מותנית במידה רבה בהבנה, שהמשפט החילוני מייחס לסוגי פתרונות דתיים שונים. לעיתים, אין בית־המשפט מוכן לשעבד כלי מסוים לשם השגת פתרון. ממילא עלול שימוש באמצעים מסוימים, שהם לגיטימיים בעולמו של הדין הדתי, להיפסל על ידי בית־המשפט בשל חוסר קבילותו בעיני המשפט החילוני. שורש הדבר נעוץ בפער שבין התפיסה הדתית לזו החילונית.
בית־המשפט עשוי להתערב באמצעי דתי המיועד לסגירת פערים בין מכוח פרשנות הוראת חוק ובין מכוח יישום עקרונות היסוד של השיטה והחלתם על בתי־הדין ועל הסדרים היוצאים מלפניהם.

א) פרשנות הוראות חוק: תחרות בין ערכים וסדרי העדפה בין אינטרסים

§295. זה היה גורלה של כפיית גט בדרך ברירה, דהיינו הטלת מזונות כאמצעי עקיף להשגת הגט. אמצעי זה הוא אחת הדרכים הלגיטימיות, ואף הנפוצות ביותר, בדין העברי לכפיית גט. בית־המשפט פסל את השימוש באמצעי זה על ידי מתן פרשנות צרה לסעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953[37].

בית־המשפט פירש את סעיף 6 לחוק כיצירת מנגנון מיוחד, "רשות פיקוח' כפולה"[38], אזרחית, אשר תפקח על ביצוע כפיית גט. בית־המשפט ביקש לשמור בידו את הפיקוח על עילות הגירושין, שבעטין יופעל מנגנון הכפייה הקבוע בחוק. כוונת המחוקק, לדעת בית־המשפט, היא להגביל את אמצעי הכפייה לאלה המנויים בחוק. כל אמצעי אחר, יש בו התחמקות מן החוק ועקיפה פסולה של הוראותיו.

הפרשנות שניתנה לסעיף 6 לחוק מטרתה לסגור פערים בין הדין הדתי לבין המציאות הישראלית. היא נועדה למנוע את שליטתו הייחודית של בית־הדין הדתי על אמצעי הכפייה על בסיס בלעדיותן של העילות הדתיות, וללא אבחנה בין סוגי מקרים שונים. פירוש רחב של סעיף 6 לחוק עלול היה לגרור אחריו עצמאות יתר של הערכאה הדתית. עצמאות כזו ביקשה הפסיקה למנוע, במטרה להקטין את הפגיעה בערכים חילוניים. ניתן לשער, כי על דעת המחוקק עלה פיקוח על צו כפיית גט, שניתן על יסוד נימוקים דתיים בלבד. כך, למשל, במקרה של נישואין אזרחיים או במקרה של קידושין פרטיים לחייבי לָאווין (כוהן וגרושה, ממזר או ממזרת לבן ישראל או לבת ישראל, וכיו"ב)[39].

לדעתנו, הדרך המשפטית של פרשנות סעיף 6 לחוק השיפוט, שנבחרה לשם סגירת הפער, היתה גורפת הרבה מעבר למה שנדרש כדי להשיג את המטרה החקיקתית. בפרשנות זו נסגר פער מסוג אחד, אולם, בעת ובעונה אחת, נפתח פער מסוג אחר, ולא פחות חמור ממנו. פרשנות כאמור מונעת אפשרות של שימוש באמצעי עקיפין שונים כדי להקל את השגת גט. פסיקת בית־המשפט קשרה את ידיו של בית־הדין בניסיונותיו להקל את התרת קשר הנישואין, בדרך ישירה או עקיפה, באותם מקרים מעטים שהדין מאפשר זאת.

בית־המשפט לא התחשב מספיק בצורך להקל את השגת הגט, כאשר נחפז לסגור את הפער האחר. שיטת המשפט חייבת להתמודד כראוי עם איזון האינטרסים. על בסיס שקילה נאותה של האינטרסים הרלבנטיים מוצדק להעדיף סגירת פער מסוים על חשבון האחר. בפרשנות סעיף 6 לחוק השיפוט נקנתה סגירת הפער האחד במחיר הרחבת הפער האחר; המחיר היה כבד מדי.

37. בג"צ 54/55 **רוזנצווייג נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ט 1542; ע"א 164/67 **היועץ המשפטי לממשלה נ. אברהם**, פ"ד כ"ב (1) 29, 749; ע"א 664/82 **סלומון נ. סלומון**, פ"ד לח (4) 365, 371־372. כן ראה מ' זילברג, **המעמד האישי בישראל** (תשכ"ה) 388־389.

38. הלכת **רוזנצוויג**, שם בע' 1550 ה־ו.

39. ראה מ' זילברג "יש לחייב כוהן לזון אשתו ה'גרושה'" **באין כאחד** (תשמ"ב) 231, 233־234; פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 201־202.

לא בכדי זכתה ההלכה לביקורת קשה[40]. במהלך השנים עברה ההלכה תהליך של ריכוך עקיף. בעל; אשר חויב על ידי בית־הדין במתן גט ובשל סירובו לבצע את החיוב האשה מעוכבת מחמתו, חייב במזונותיה ואינו זכאי לקזז את מעשה ידיה מחוב המזונות[41].

§296. יש המרחיק עדותו ותולה בהלכות, שנפסקו במסגרת פרשנות סעיף 6 לחוק, מסקנות מרחיקות לכת. יש דעה שלפיה הוראות סעיף זה יעמדו למכשול לפני החלת האמצעי של ה'הרחקה דרבינו תם'[42]. אין אנו שותפים לעמדה זו. על הראשונים אנו מצטערים, ואין הצדקה להוסיף שמן למדורת הביקורת. אין מקום להרחבה נוספת של סעיף 6 לחוק. 'הרחקה דרבינו תם' אינה אמצעי של כפייה כלל ועיקר[43]: הורתה ולידתה של 'ההרחקה' היא במטרה לעקוף את אמצעי הכפייה. מטעם זה בלבד, אין הצדקה ליישם עליו את הוראות סעיף 6 לחוק.

ב) ערכי יסוד של החברה בישראל

§297. את אי הנכונות לתת גושפנקא לאמצעי עקיפין, שמקורם בדין הדתי, ניתן אמנם לייחס לחוסר המודעות לתהליך סגירת הפערים הפנימי בכללותו או — לחוסר ערנות בדבר שימוש באמצעי עקיף, לשם השגת תכלית מסוימת במקרה ספציפי. אולם הטעם העיקרי נעוץ בפער שבין התפיסה הדתית לזו החילונית.

לעיתים, האמצעים שבהם מבקש הדין הדתי להשתמש חריפים מדי לטעמו של הדין החילוני: אמצעים, שאינם מקובלים בעיני רוב בני החברה, נועדו לשרת תכליות שאותו רוב חפץ ביקרן. חריפות האמצעים מקשה את הענקת ההכשר לאמצעים אלה אפילו לשם השגת תכלית, שהיא כשלעצמה לרצונו של הציבור החילוני. הקלה בהשגת גירושין היא אינטרס רצוי לרוב הציבור החילוני. אולם, המטרה ה'חילונית' איננה מקדשת את כל האמצעים הדתיים.

כאמצעים חריפים מדי בעיני הדין החילוני עשויים להיחשב, למשל, אמצעים שיש בהם פגיעה קשה בזכות יסוד של הפרט, כגון צווי מניעה נגד אחד מבני הזוג, שיימנע מכל קשר או מגע עם צדדים זרים לנישואין.

40. ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 153, 167־168; ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 371־372, 417־418; מ' קורינלדי "הדין האישי בישראל" **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 393, 396. בהלכת **סלומון**, **לעיל** הערה 37, מציין השופט י' וייס כי קמו עוררין על הלכת **רוזנצוויג**.

41. ערעור תשל"ג/205, פד"ר י 294; ע"א 127/80 **מילר נ. ברקוביץ** פ"ד לד (4) 219; ע"א 672/83 **גינזבורג נ. גינזבורג**, פ"ד לח (2) 637; ע"א 132/84 **קדוש נ. קדוש**, פ"ד לח (4) 523, 530; ע"א 798/82 **נוני נ. נוני**, פ"ד מ (3) 744. בעניין אחרון זה משתמע, אגב אורחא ולכאורה, כאילו הנשיא מ' שמגר היה מוכן להכיר באשה כמעוכבת מחמת הבעל גם על בסיס אמירה מצד בית־הדין, שהבעל צריך לתת גט או שמצווה עליו לתיתו, ראה **שם** בע' 1751. על סוגייה זו, ראה גם תמ"א (ת"א) 2404/82, 2944/82, 1187/85 **פבון נ. פבון**, פסקים תשמ"ז ג 489.

42. מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 40, בע' 396.

43. ראה **לעיל** פסקה 275.

לפנינו נקודת חיכוך בין אמצעים וטכניקות מן העולם הדתי לבין מושגי יסוד של חירות ופרטיות. האֶמון על מושגי יסוד כאלה, המהווים תשתית ערכית של רוב הציבור, אינו יכול להכיר בלגיטימיות של הפעלת סוג כזה של אמצעים. באמצעים אלה ניתן לראות פגיעה במטרה שלשמה בסופו של דבר הם נעשים.

§298. תקיפת הכלים, שמקורם בדין הדתי, נעשית לשם הגנת ערכי היסוד של החברה הישראלית. אולם, יש לזכור כי כאשר מעורבים ערכי יסוד נדרש בית־המשפט לאיזון אינטרסים[44]. כך גם בעניין זה. השימוש באמצעים דתיים מסוימים נועד גם הוא, לעיתים, למנוע פגיעה בערכי יסוד, כגון חירות האדם וכבודו. הגנת ערכי היסוד אינה חד־ממדית. סגירת פערים בדין הדתי פנימה עשויה להשיג גם תכלית רצויה של מניעת ניצולם לרעה של הליכים, שמקורם בדין הדתי. סגירת פערים כזו, אף שנדמה כי עניינה הטלת נורמות דתיות, מטרתה למעשה היא מניעת עיגון בן הזוג.

אמצעי 'הרחקה דרבינו תם' נועדו נגד בעל, המעגן את אשתו ללא הצדקה ושלא כדין. לעיתים, גם צווים המוצאים בעילת שלום בית עשויים להיות מכוונים נגד בן זוג הפוסח על שתי הסעיפים. אמצעים אלה עשויים לחייב את בן הזוג להכריע לכאן או לכאן ולמנוע את עיגון האחר, או את ניצולה לרעה של המציאות המשפטית[45].

יישום שיקול הדעת של בית־המשפט הגבוה לצדק מחייב את שִקלולם היחסי של מידת ההתאמה של האמצעי הדתי למטרה בנסיבות כל מקרה, ומידת הפגיעה בחירותו של היחיד. על בית־המשפט מוטלת החובה לשקול את עוצמת התכלית, שלשמה נעשה השימוש באמצעים הדתיים והנסיבות שבהן מופעלים האמצעים האמורים, לעומת ערכי היסוד העלולים להיפגע.

המסגרת המשפטית הלגיטימית, העשויה לשמש מקלט לשיקלולים אלה, היא שיקול הדעת של בג"צ: האם להעניק לעותר סעד נגד בית־הדין הרבני, אשר נקט אמצעים אלה או להימנע מהענקת הסעד. אפשרות אחרת היא בחינת סמכות בית הדין, במקרים אלה, באספקלריה של מידת התאמתם של האמצעים שננקטו על ידי בית־הדין לערכי היסוד של החברה בישראל, תוך איזון אינטרסים המתחייב מכך[46].

44. ראה, בין הפסיקה המרובה בעניין זה, בג"צ 53/73 **חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים**, פ"ד ז 871, 880; בג"צ 148/79 **סער נ. שר הפנים והמשטרה**, פ"ד לד (2) 169, 172, 178; בג"צ 153/83 **לוי נ. מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח (2) 393, 399; בג"צ 292/83 **נאמני הר הבית, עמותה נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד לח (2) 449, 454, 455א־ב; ע"ב 2/84 **ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פ"ד לט (2) 225, 308; בג"צ 14/86 **לאור נ. המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא (1) 421, 434־435.
על האיזון ואופן עריכתו בהקשרים שונים, ראה גם א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם" **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 129, 140—142; א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) 101—107, 222—224, 320—322, 364—367, 480—483, וריכוז האסמכתאות הרב והמגוון מן הפסיקה המצוי שם.

45. ראה **לעיל** פסקה 99. כן ראה פסקה 277.

46. על סוגייה זו בהקשר כללי, ראה פסקאות 44—49.

ג) פער בין תפיסה חילונית לדתית

§299. קרובים לכל אלה גם פרדוכסים נוספים. לעיתים, מה שנראה בעיני השיטה הדתית כהסדר חיובי וכמוצא חיוני, המעיד על ערנות ההלכה, נתפס בעיניו של המשפט הכללי כהסדר שלילי. במקרים אלה עשוי ההליך הננקט מצד הדין הדתי לשם סגירת הפערים בינו לבין המציאות החילונית להיתקל בחוסר שביעות רצון ואף באיבה. במקרים מסוימים הבעיה המתעוררת מן ההסדר המוצע בדין הדתי נעוצה במישור הסמלי. במקרים אחרים שכרו של האמצעי, שנבחר על־ידי הדין הדתי כדי להשיג תוצאה רצויה בהקשר אחד, עלול לצאת בהפסדו של הציבור החילוני לטווח רחוק.
תגובה כזו מרַפה ידיים ומסכלת ניסיונות עתידיים מצד הפוסקים. נוצר, איפוא, מעגל שוטה שקשה למצוא מוצא ממנו. נתספק כאן בשלוש הדגמות של תופעה זו.

§300. הדוגמא הראשונה עניינה פסילת עדי קידושין מחללי שבת. אמצעי זה עשוי להיות 'טכניקה' הלכתית ראויה, המעוגנת היטב בהלכה, לביטול קידושין מעיקרא. באמצעי זה ניתן לפתור, במקרים מתאימים ולפי ראות עיני הפוסקים, בעיות של עגינות קשה או של ממזרות; על ידי כך תושג מטרה הרצויה לרוב הציבור החילוני. אולם, שימוש באמצעי זה מקומם את הציבור החילוני — זה הפן הסמלי. שימוש באמצעי זה הוא גם פתח לפסילה סיטונית של רוב הציבור הישראלי כעדים, הן בטכס נישואין כדמו"י והן בבתי־הדין — זה הפן המעשי.
בדונו בסוגיית הקידושין הפרטיים אכן דחה בג"צ פסילה זו של עדים. בג"צ מצא מסגרת משפטית מתאימה, אשר אפשרה לו לבכר את הכרעתו הוא על פני החלטת בית־הדין הרבני[47].

§301. הדוגמא השנייה היא 'דין מרומה', שמשמעותו היא הרשות, המוענקת בהלכה לדיין או לבית־הדין להסתלק מהכרעה שיפוטית[48]. שניים מסממניו של 'דין מרומה' הם החשש כי התובע שלפני הדיין הוא רמאי וכן חוסר האמון של הדיין בעדויות המובאות לפניו מטעם התובע[49].
בשיטה משפטית אזרחית שיקול הדעת לגבי אמינות הראיות, משקלן וההסתמכות עליהן מסור כולו לשופט היושב בדין. לעומת זאת, בשיטה משפטית כמו זו של המשפט העברי, מידת שיקול הדעת השיפוטי של הדיין לגבי הערכת עדויות הוא מוגבל. הדיין חי מפי העדים: אם העדים לא הוזמו או לא הכחישו דבריהם, הוא חייב לפסוק על־פי עדותם. בשיטה כזו מעניק 'דין מרומה', באמצעות הטכניקה של הסתלקות מן הדיון, את שיקול הדעת החסר לדיין.
אולם בעיני המשפט האזרחי, הסתלקות מדיון — לא יכירנה מקומה בשיטה משפטית

47. ראה בג"צ 51/69 רודניצקי נ. **בית־הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד (1) 704, 718; בג"צ 29/71 קידר נ. **בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו**, פ"ד כו (1) 608, 613.

48. ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ז, ערך 'דין מרומה', רצ־רצה.

49. ראה **שם** בע' רצא; ראה גם פ' שיפמן "הספק בהלכה ובמשפט" **שנתון המשפט העברי** א (תשל"ד) 328, 343 — 345.

המכבדת את עצמה. "למד לשונך לומר 'איני יודע'... אינה הוראה המכוונת אל השופט"[50]. בעיני הדין הדתי ההסתלקות מן הדיון היא דרך לגיטימית. יתר על כן, באמצעות דרך זו מושגת תוצאה, שהיא כשלעצמה עשויה להיות רצויה גם בעיניו של המשפט האזרחי. אולם, מאידך גיסא, הימנעות מדיון במקום שבו מוקנית סמכות שיפוט לבית־הדין היא עילת התערבות מרכזית של בג"צ בהחלטות בית־הדין הרבני[51]. הדיין נמצא בין הפטיש לבין הסדן. הוא ניצב לפני דרך ללא מוצא. קשה לראות איזוהי הדרך הישרה שיבור לו הדיין כדי לצאת מן הסבך.

§302. הדוגמא השלישית עניינה גישות יסוד. אשה במצוקת עיגון, הפונה במר לבה אל הדיינים, עשויה להיענות בהצעות שאין היא יכולה לעמוד בהן. הדיינים עשויים להמליץ בפניה להפסיק כליל את עבודתה ולהטיל על הבעל את עול המזונות. כאשר היא עובדת יקוזזו, בדרך כלל, סכומי השתכרותה מדמי המזונות שחב לה הבעל[52]. מצב זה עלול להקשות את לב הבעל ולמנוע מן האשה את גִטה. לעומת זאת, אם לא תשתכר האשה — יחויב הבעל במזונותיה ועול זה יכבד עליו. התמריץ להשתחרר מן החיוב עשוי לדרבן אותו להגיע להסדר גירושין.

האשה בת הדור, כמו הגבר, מגשימה עצמה, בין השאר, בעבודתה. עצה מסוג זה אינה תואמת את השקפת העולם של האשה בחברה המערבית. היא אינה מתיישבת עם המטרה, הרווחת בחברה המודרנית, להגיע למעורבות חברתית מלאה מצד האשה. דווקא לעת משבר הגירושין עשויה העבודה להיות בעלת ערך משקם עבור האשה. הפסקת העבודה עלולה להביא את האשה עד משבר.

העצה היעוצה לאשה להפסיק את עבודתה לא זו בלבד שהיא משקפת את הסטריאוטיפ התלותי של האשה, אלא שהיא גם מנציחה אותו. הפסקת העבודה עלולה לגרור אחריה פגיעה כלכלית חמורה, לא רק לטווח הקצר אלא בעיקר לטווח הארוך. הפסקת העבודה עלולה לסכל את האפשרות להשתקם כלכלית לאחר הגירושין. האשה לא תוכל לקבל את העצה היעוצה לה לא רק מטעמים פסיכולוגיים וחברתיים, אלא גם מטעמים כלכליים מובהקים. את המחיר הנדרש מן האשה ומן החברה, הגלום בעצה כזו, קשה מאד לשלם.

הדיינים רואים עצמם יוצאים ידי חלק מחובתם על ידי העצה שהשיאו. הציבור הרחב, שהעצות אינן מספקות אותו ואין הוא יכול לעמוד בהן, תובע מן הדיינים להיענות למצוקות.

ד) סלקטיביות מערכת הפיקוח החילונית

§303. קושי נוסף, מקורו בסלקטיביות של מערכת הפיקוח ה'חילונית'. המערכת האזרחית אינה מתערבת בדין הדתי אלא באופן חלקי ובעניינים מסוימים בלבד. כתוצאה מן הסלקטיביות שבמעורבות זו עלול להיפגע צד זה או אחר שלא כדין.

50. ע"א 238/53 **כהן ובוסליק נ. היועץ המשפטי**, פ"ד ח 4, 21.

51. חוק יסוד: השפיטה, סעיף 15 (ד) (4).

52. תיק תשי"ז/283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208; ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275; ע"א 63/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כג (1) 804; ד"נ 23/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כד (1) 792, 800 — 803; ב"צ שרשבסקי, **לעיל** הערה 40, בע' 236־237.

כך, למשל, במסגרת התדיינות בבית־הדין הדתי עשוי צד אחד לנצל לטובתו את האמצעים, שהדין הדתי מעמיד לרשותו. אמצעים אלה לא תמיד מכוונים לתפיסתו של אדם מודרני. מבחינת ההשקפה החילונית אין הצדקה לעשות בהם שימוש ולגרום, בין השאר, לעיגון האשה. אולם המשפט האזרחי בדרך כלל אינו נוטל לעצמו רשות להתערב: הוא יניח את ההסדר לשליטתו המלאה של הדין הדתי. הצד השני עשוי לנקוט גם הוא אותם אמצעי הגנה או תגובות נגד, שההלכה מאפשרת לו. יתכן, כי חלק מהם ייפול לתוך אותה מסגרת שבה מתערב בית־המשפט בדין הדתי. האמצעים שנקט הצד השני עלולים, איפוא, להיפסל על ידי המשפט האזרחי מטעמים שונים, כגון פגיעה קשה בערכי היסוד של החברה הישראלית. בדוגמא זו יעמוד הצד השני חשוף ופגיע ולא יוכל להתגונן כיאות: אמצעים הלכתיים שהופעלו נגדו הוכשרו; ואמצעים הלכתיים שהופעלו כתגובה על ידיו נפסלו על ידי המשפט האזרחי, כשלמערכת האזרחית אין אפשרות להעמיד לרשותו אמצעים חלופיים.

דוגמא זו מלמדת כי מבחינת שלמותה של השיטה היה מתחייב, כי המערכת הדתית תוטל במלואה על החומרות שבה ועל ההמתקות שהיא מעניקה. רק באופן זה ייווצר איזון ראוי בין זכויות הצדדים המתדיינים, ולא יינתן לצד כלשהו לנצל לרעה את המערכת על ידי שימוש סלקטיבי באמצעים, שהדין הדתי מעמיד. ניצולו של המועיל והימלטות מן הבלתי מועיל פוגעים באחד הצדדים ללא הצדקה עניינית. התוצאות הנלוות לסלקטיביות כזו הן לא רק ניצול לרעה, אלא גם עיוות של המערכת, חוסר איזון בדין ופגיעה חמורה בזכויותיו של הצד השני. צד זה עשוי לטעון, בצדק, כי הוא רשאי להיעזר בתיקונים שממציאה לו המערכת, ולא רק לספוג את אבני הבליסטראות שהיא מטעימה אותו.

מאידך גיסא, אין מנוס ממעורבות אזרחית בדיני המשפחה. מעורבות זו מתחייבת מן המציאות החברתית והאידיאולוגית ששיטת המשפט הישראלית פועלת בתוכה בתחום דיני המשפחה. מעורבות זו מופעלת בתוך מערכת סבוכה של אילוצים ומעצם טבעה היא סלקטיבית.

בנתונים הקיימים, כאשר הדין הדתי חולש על חלק מענייני הנישואין והגירושין ומידת המעורבות האזרחית האקטיבית מוגבלת, יש להניח — במידת האפשר — לדין הדתי להתפתח בתוך עצמו וליצור אמצעים, המאפשרים לו לסגור את הפערים. אם לא כן, קשה לראות כיצד במשטר של דין דתי ניתן יהיה להתאים את ההלכה למציאות.

§304. כך, למשל, לא היתה מוצדקת, לדעתנו, הפרשנות הגורפת שניתנה לסעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953. פרשנות זו שללה את חוקיותם של אמצעים עקיפים שמעמיד הדין הדתי, כגון סכומים מוגדלים של מזונות, העשויים לקדם את אכיפת הגט על הבעל[53]. באותה מידה אין הצדקה לתקוף את המוסד המשפטי של 'הרחקה דרבינו תם'[54] כאמצעי לגיטימי להקלת התרת נישואין, אף כי מידת יעילותו בחברה חילונית מוטלת בספק, ואין הוא עולה בקנה אחד עם ההשקפה של משפטן מודרני.

53. ראה לעיל פסקה 295.
54. ראה לעיל פסקה 275.

דיני הגירושין שבדין הדתי חמורים הם. אין הם עולים בקנה אחד עם תפיסת הנישואין של רוב הציבור. היחס בין החירות האישית ותיקון חופש הבחירה לבין האחריות והכבילה בצדה, שמטיל מוסד הנישואין, שונה אצל ציבור היעד לעומת זה הקיים בתפיסה הדתית. למשפט האזרחי אין תשובה הולמת, לא ישירה ואף לא עקיפה, למצב משפטי זה. אם צד אחד מנצל את חומרותיו של דין הגירושין לטובתו, יש לאפשר לבית־הדין הדתי להשתמש באותם אמצעים מועטים, הממתיקים מעט את חומרת המצב.

§305. דוגמא נוספת, שיש בה להעניק משקל רב לסלקטיביות של המעורבות האזרחית, היא פסק גירושין או הצהרה על בטלות הנישואין, היוצאים מלפני בית־הדין הרבני במקרה של גירושין אזרחיים. בית־הדין הרבני הוא הערכאה המוסמכת והייחודית לדון בגירושיהם של יהודים אזרחי או תושבי ישראל, גם אם נישאו בנישואין אזרחיים. בית־המשפט האזרחי אינו מוסמך להתיר את נישואיהם, או להמציא לבני הזוג חלופה אזרחית מספקת. פסילה אזרחית של עילת גירושין או של עילת בטלות נישואין, המבוססת על אזרחיותם של הנישואין, עלולה לפגוע בבני הזוג ולהניחם במלכודת של מעין 'נישואין קתוליים'. שיקול זה חייב להילקח בחשבון בעת הדיון בסוגייה זו[55].

§306. אין בדברים אלה המלצה להתיר כליל את הרסן לפני כל האמצעים שהדין הדתי חפץ ביקרם, תהא אשר תהא מידת הפגיעה בערכי היסוד של החברה. כוונת הדברים היא להביא גם עניין זה לתודעת הציבור ולמודעותו של בית־המשפט. במסגרת שיקול הדעת של בית־המשפט יש להביא בחשבון גם עניין זה במהלך איזון האינטרסים הנעשה. שקלולו של עניין זה משתנה יחסית לאינטרסים האחרים, למטרת השימוש באמצעים שבדין הדתי ולמידת הפגיעה בערכי היסוד — עקב השימוש האמור — לעומת מידת הפגיעה האפשרית באינטרסים אחרים ובערכי יסוד אחרים, עקב פסילת השימוש באמצעים שבדין הדתי.

55. דיון מפורט בסוגייה זו, ראה להלן פסקה 340.

חלק רביעי

סגירת פערים חיצונית

מבוא

§307. בראשית שער זה הצבענו על כך, שתהליך סגירת הפערים בחברה הישראלית בענייני המעמד האישי הוא בלתי נמנע. בחלק הקודם התרכזנו בסגירת הפערים במסגרת הפנימית. מסגרת זו של פעולה משקפת תהליך חלקי בלבד. אין תהליך זה יכול לספק את צורכי החברה. תמיד תהיה נדרשת גם סגירת פערים חיצונית. פערים בין הדין הדתי למציאות, בין השקפת העולם הרווחת והמציאות החברתית הנוהגת לבין הנורמות המחייבות, שאינם נסגרים בדין הדתי פנימה — גוררים אחריהם תהליך הדרגתי של סגירת פערים באמצעות הרשויות החילוניות, כגון המחוקק, ובעיקר בית־המשפט העליון. בְּמקום שהדין הדתי אינו מוכן או אינו מסוגל לפעול נזרקת הכפפה אל המשפט החילוני.

§308. כבר ראינו, כי סגירת הפערים הנעשית בישראל רלבנטית למטרות שונות ובהקשרים שונים, ובעיקר:

לפיקוח על מוסדות דתיים, על הסדרים דתיים ועל חופש הפעולה של אלה, יישומם והחלתם;

להסדרם המשפטי־האזרחי של עניינים שלא נמצא להם הסדר כלשהו;

להשגת חופש נישואין (מניעת פסולי חיתון, מניעת הגבלה על בחירת בני זוג);

להשוואת מעמד האשה וזכויותיה במידת האפשר, כולל תיקון כוח המיקוח הנחות יותר של האשה;

להגנה על ענייניהם של קטינים;

להקלת אפשרויות התרת הנישואין, כולל עידוד הסדרת ענייניהם של בני זוג באמצעות הסכמי גירושין, המצאת תמריצי גירושין ויצירת תחליפי גירושין.

§309. המחוקק הישראלי בחר הן בהתערבות חקיקתית ישירה והן בהתערבות חקיקתית עקיפה בתחום דיני המשפחה[1], ברמות שונות ובכיוונים שונים. אולם, יכולת השינוי הישירה

1. ג׳ טדסקי ״מעבר מסטאטוס נישואין חילוני לדתי והפעלת האחרון למפרע״ **מחקרים במשפטנו הפרטי** (תשי״ט) 194, 198; ג׳ טדסקי ״על בעיית הנישואין במדינת ישראל״ **מחקרים במשפטנו הפרטי** (תשי״ט) 199.

בדרך החקיקה מוגבלת עקב אילוצים שונים, כולל, אם כי לאו דווקא, פוליטיים ישירים. בעיקר הנטל נושא בית־המשפט העליון.
ויתורו של המחוקק הארץ ישראלי והישראלי על הפעלת ריבונותו בתחום ענייני הנישואין והגירושין טושטש במידה זו או אחרת בעקבות המעורבות החקיקתית והפסיקתית בתחומים אלה[2].
אין בכוונתנו לעסוק בסקירה מפורטת וממצה של דרכי סגירת הפערים החקיקתית והפסיקתית. נתרכז בתופעות, במאפיינים ובמסקנות.

פרק ראשון

דרכי סגירת הפערים החיצונית ואופניה

1) התערבות חקיקתית

א) התערבות ישירה

§310. התערבות ישירה מצד המחוקק, נעשתה במישורים שונים לשם השגת המטרות שסומנו במבוא. באמצעות התערבותו של המחוקק הושגו, בין היתר, היעדים הבאים:
נקלטו רעיונות חדשים והוטלו על הדין הדתי. רעיונות אלה התייחדו, בדרך כלל, לתחומים שהמחוקק לא נדרש בהם להתנגשות חזיתית עם הדין הדתי. כל אימת שניתן היה למצוא פרצה כלשהי בחומת הדין הדתי, עשה המחוקק את שלו. כך, למשל, בעניינים שבממון. בעניינים אלו מכיר הדין הדתי ביכולת ההתנאה של הצדדים[3]. במסגרת זו נחקק חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973. בסעיף 13(ב) לחוק הוטלו הוראותיו כחובה גם על בתי־הדין הדתיים.
יש לזכור, כי הוראות החוק באו על רקע הפסיקה בענין חזקת השיתוף, שנתחדשה בבית מדרשו של בית המשפט העליון[4].
את הדרך לחקיקה סלל בית־המשפט. על רקעו של ההסדר הפסוק והקשיים, שנבעו מן החקיקה השיפוטית[5], היה להסדר החקיקתי פתח כניסה נוח יחסית. הסתננותו של ההסדר

2. ראה ג' טדסקי, **שם** בע' 198.
3. ראה א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 124 — 127.
4. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 3, בע' 212 — 298. במיוחד ראה ע' 220 — 223.
5. בית־המשפט עצמו הכיר בקוצר ידו וקרא למחוקק להתערב, ראה ע"א 135/68 **בראלי נ. מנהל**

החקיקתי דרך המערך הפוליטי היתה משולבת בטיבו של העניין המוסדר בדין הדתי, מחד גיסא, וברקע הפסיקתי הקודם, מאידך גיסא[6].

המחוקק הסדיר עניינים, הנוגעים לפיקוח המנהלי החיצוני על נישואין וגירושין. כך, למשל, משרתת פקודת הנישואין והגירושין (רישום)[7], את המטרה האמורה. מטרה דומה בהקשר אחר מושגת באמצעות חוק השמות, תשט"ז־1956.

ההשתייכות הדתית מרכזית היא לעניין ברירת השיפוט והדין בישראל. בהעדר כללי ברירה אזרחיים, עשויות במקרים מסוימים עדות דתיות שונות למשוך את המתדיין לערכאה הדתית שלהן וליצור על ידי כך אנדרלמוסיה בברירת השיפוט והדין. לשם מניעת מצב זה קבע המחוקק, אם כי באופן חלקי בלבד, כללי ברירה אזרחיים להכרעה בבעיות בין־דתיות, כגון שאלות המרת עדה. פקודת העדה הדתית (המרה) עומדת במרכזו של הסדר זה[7א].

באמצעות חקיקה אזרחית נפתרו גם בעיות קונפליקטואליות אחרות שהיו נתונות במשך שנים ארוכות במבוי סתום במשפט הישראלי. זו היתה מטרת חקיקתו של חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט־1969. חוק זה נועד להשיג פתרונות להתרת נישואין בתפרים הבין־דתיים והעבר־לאומיים של שיטת המשפט הישראלית בתחום דיני המשפחה[8].

הוטלו נורמות יתר, מעבר לדרישותיהם של הדינים הדתיים. כך, למשל, בנוגע למזונות ילדים. במסגרת סעיף 3 (ב) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט־1959, עשויים במקרים מסוימים הורים לחוב במזונות ילדיהם, גם כאשר אין החובה מוטלת עליהם בדין הדתי[9].

שונו בחלקן נורמות התנהגות לגיטימיים לפי הדין הדתי ובוטלו בחלקן נורמות דתיות, הנוגדות באופן מוחלט את תקנת הציבור המקומית. נדגים בשני הסדרים מרכזיים: טובת הילד ושוויון זכויות האשה.

מס עיזבון, פ"ד כג (1) 393, 399; ע"א 595/69 **אפטה נ. אפטה**, פ"ד כה (1) 561, 572. ראה גם דו"ח הוועדה הציבורית בעניין נכסים משותפים של בני זוג (1966) (בראשות השופט ד"ר יואל זוסמן).

6. על עמדת דיינים באשר לחוק יחסי ממון, ראה הרב ח' ד' הלוי, **דת ומדינה** (תשכ"ט) 56; הרב מ' אליהו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" **תחומין** ג (תשמ"ב) 242, 245. לדעת הרב ח' ד' הלוי החוק אינו תואם את ההלכה, אך גם אינו נוגד אותה, בהיותו התנאה שבממון. הרב שולל את החוק מטעמי מדיניות הלכתית. לדעת הרב אליהו ההסדר שבחוק נוגד את ההלכה.

7. על מטרות הפקודה והאינטרסים המוגנים בה, ראה בג"צ 47/82 **קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ. שר הדתות**, פ"ד מג (2) 661.

7א. על פרשנות הפקודה ופתרון בעיות שונות של ההשתייכות הדתית, ראה **לעיל** באסמכתאות המפורטות בפסקה 4 הערות 10 ו־13.

8. על עניין זה, ראה, בין היתר, פ' שיפמן "חוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט־1969" **משפטים** ב (1970) 416; מ' שאוה "כללי השיפוט וברירת הדין בענייני התרת נישואין" **עיוני משפט** א (1971) 125; מ' שאוה "סמכות ודין בהתרת נישואי תערובת ונישואי בני זוג חסרי בית־דין דתי מוסמך" **הפרקליט** לב (1979) 482.

9. ראה, למשל, מ' שאוה, **הדין האישי בישראל** (מהדורה שניה, תשמ"ד) 252 ואילך, ראה במיוחד בע' 312 — 343.

עיקרון טובת הילד נקבע בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962, כהסדר טריטוריאלי, המחייב כל ערכאת שיפוט בישראל[10]. במסגרת האינטרס הכולל של הגנת הילד נחקקו חוקים נוספים, כגון: חוק האימוץ, תשמ"א־1981, חוק הנוער (טיפול והשגחה), תש"ך־1960 וחוק הסעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי־נפש ונעדרים), תשט"ו־1955. גם במרכזם של דברי חקיקה אלה עומדת טובת הילד.

עיקרון שוויון המינים לכל פעולה משפטית ומניעת אפלייתה של האשה הנשואה נחקקו בחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951. עקרונות אלה הוחלו טריטוריאלית על כל בתי־הדין הדתיים. לעיקרון זה נקבע סייג משמעותי. אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לנישואין ולגירושין[11]. כפי שכבר ראינו בשער הראשון, ביטלה הפסיקה מוסדות משפטיים שבדין העברי מכוחן של הוראות חוק שיווי זכויות האשה, והחלל הריק התמלא בהסדרים אזרחיים[12].

שני העניינים האחרונים יוצרים, בחלקם, התנגשות חזיתית מסוימת עם הדינים הדתיים. בלב ההסדר ניצבים עניינים אידיאולוגיים מרכזיים, הנוגעים למעמד האשה ולהגנת קטין. שוויון האשה[13] והגנת הקטין — טובת הילד[14] — הם שניהם עקרונות יסוד של המשפט הישראלי ומהווים חלק מתקנת הציבור של החברה הישראלית.

המחוקק הלך בדרך הפשרה. הוא צעד את כברת הדרך ה'חילונית' הרחוקה ביותר שיכול היה לצעוד, בלי לקפח כליל את ההסדר הדתי הבסיסי בענייני נישואין וגירושין. מסלול פשרה זה מוביל את המחוקק, ובמקרים רבים גם את בית־המשפט, להסדר המצוי בחלק ניכר של העניינים הנוגעים לדיני המשפחה.

ב) התערבות עקיפה

ב1) תחליפי נישואין: ידועים בציבור

§311. מסלול הפשרה של המשפט הישראלי הוביל להתערבות חקיקתית עקיפה מרכזית, הנוגעת ליחסים דמויי נישואין. ממועד סמוך לאחר הקמת המדינה ואילך העניק המחוקק הישראלי בשורה ארוכה של חוקים זכויות שונות לידועים בציבור כבני זוג[15].

המסלול של זכויות הידועים בציבור נע רק בחלקו במסלול של זכויות בני זוג.

במקרים מסוימים זכויות הידועים בציבור נופלות מאלה של זוג נשוי. הזכויות המוקנות בחקיקה לידועים בציבור התרכזו ביחסים בינם לבין צדדים שלישיים או — בשלב שלאחר

10. ראה לעיל פסקה 69.
11. על עניין זה, ראה לעיל פסקה 118.
12. על עניין זה, ראה לעיל פסקאות 70־71, 76, 116, 118, 123.
13. ראה, בין היתר, ע"א 209/54 **שטיינר נ. היועה"מ**, פ"ד ט 241, 251; בג"צ 153/87 **שקדיאל נ. השר לענייני דתות**, פ"ד מב (2) 221, 275; בג"צ 953/87 **סיעת העבודה בעיריית תל־אביב נ. מועצת עיריית תל־אביב**, פ"ד מב (2) 309, 333.
14. ראה, בין היתר, הלכת **שטיינר**, שם בע' 251; בג"צ 405/83 **קבלי נ. קבלי**, פ"ד לז (4) 705, 712.
15. על סוגיית הידועים בציבור והאסמכתאות הנוגעות לה, ראה לעיל פסקה 58, פסקה 115 סמוך להערות 7 — 12, פסקה 116 סמוך להערות 24 — 26.

הפטירה. כך, למשל, בהעדר הסכם מפורט אין הידועה בציבור זכאית למזונות מן הידוע בציבור, כאשר אין הם חיים עוד יחד[16].

במקרים אחרים זכויות הידועים בציבור עדיפות מאלה של זוג נשוי. כך, למשל, במקום שהנישואין הם עילה להפסקת גמלה או זכויות אחרות, אין יחסי ידועים בציבור במשמע[17]. עם החלת חזקת השיתוף על ידועים בציבור[18] עדיף מצבה המשפטי של הידועה בציבור מזה של האשה הנשואה על־פי חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973[19]. למרות השוואת חלק מזכויות הידועים בציבור לאלה של בני זוג נשואים, אין יחסי הידועים בציבור נחשבים כיחסים ביגמיים לצורך עבירת ריבוי נישואין בסעיף 176 לחוק העונשין, תשל"ז־1977[20].

בית־המשפט צעד בעקבותיו של המחוקק הישראלי ונקט מדיניות של הרחבת זכויות הידועים בציבור. במשך השנים הוא הרחיב את גבולות מוסד הידועים בציבור ואת היקף הזכויות המוענקות להם. בית־המשפט עשה כן באמצעים שונים: הוא צמצם את הדרישות הפורמליות והקל בנטל הראיות הנדרש, כדי להרים את נטל השכנוע להוכחת מצב של ידועים בציבור[21]. על ידי כך הרחיב את חוג הזכאים ליהנות מן הזכויות, המוענקות בחקיקה לידועים בציבור. בית־המשפט הרחיב את מושג הידועים בציבור גם לבני זוג נשואים[22], למעט מקרה שהמחוקק אמר במפורש את היפוכו של הדבר[23].

בית־המשפט גם הרחיב את זכויות הידועים בציבור מעבר לאלה הקבועות בחוק. בית־המשפט לא הסתפק בזכויות כלפי צדדים שלישיים: הוא העניק זכויות לצדדים זה כלפי זו. כך נהג באשר להחלתה של חזקת השיתוף על ידועים בציבור[24]. בית המשפט נכון היה לעיין מחדש בהלכה בעניין זכות המזונות של הידועה בציבור לאחר הקרע ביחסים, ולבחון אפשרות להעמדת הזכות על הסכם מכללא בלבד במקום הסכם מפורש, כנדרש לפי ההלכה הקיימת. באותה החלטה כרך בית־המשפט גם נכונות לשקול הענקת פיצויים על נזקים, שנגרמו לידוע בציבור כתוצאה מסילוקו הפתאומי מדירה, אשר שימשה למגורי הצדדים במהלך היחסים ביניהם. זכות זו עשויה למצוא משכן משפטי פורמלי באמצעות הטכניקה המשפטית של הסכם מכללא, המחייב מתן זמן סביר להליכי פירוד בין הידועים בציבור[25].

16. ע"א 563/65 יגר נ. פלביץ, פ"ד כ (3) 244.
17. P. Shifman, "State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content" 21 **Israel L.R.** (1986) 501.
18. ע"א 52/80 שחר נ. פרידמן, פ"ד לח (1) 443; ע"א 749/82 מוטסון נ. וידרמן, פ"ד מג (1) 278.
19. ע"א 640/82 כהן נ. היועה"מ, פ"ד לט (1) 673, 686.
20. ביקורת על מצב משפטי זה, ראה פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 163 — 166.
21. ע"א 481/73 רוזנברג נ. שטסל, פ"ד כט (1) 505 (לא נדרשת ידיעה מוטעית של הציבור בדבר מצבם האישי של הידועים בציבור). על גמישות המבחנים והקביעה לפי נסיבות כל מקרה וכן על קבילותן ועל דיותן של ראיות הנסמכות על מערכת הנסיבות החיצונית, ראה ע"א 79/83 היועה"מ נ. שוקרן, פ"ד לט (2) 690; ע"א 107/87 אלון נ. מנדלסון, פ"ד מג (1) 431.
22. ע"א 384/61 מדינת ישראל נ. פסלר, פ"ד טז 102.
23. סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה־1965.
24. ראה לעיל הערה 18.
25. ע"א 805/82 ורסנו נ. כהן, פ"ד לז (1) 529.

אם תהפוך הערת אגב אחרונה זו להלכה, עשוי להיווצר לראשונה מצב שבו תוטל בעקיפין, באמצעות חיוב בתשלום פיצויים, מגבלה על חירותם של הידועים בציבור לפירוק הקשר ביניהם בכל עת. שכן, הטלת פיצויים עשויה לקרב את הידועים בציבור לסטאטוס הנישואין במידה שלא היתה דוגמתה בעבר.

§312. במקביל להרחבה משמעותית זו הסתננו גם הלכות השומרות על הסטאטוס קוו. בג"צ דחה את עתירתה של ידועה בציבור על סירוב משרד הפנים לאשר שינוי שמה לשמו של הידוע בציבור שלה[26]. המונח 'בן זוג' פורש בדברי חקיקה שונים כמוגבל לבני זוג נשואים בלבד[27]. הלכות אלה ניתן לתרץ בשני נימוקים, שהם אחד. ראשית, בשמירה על העטיפה הסמלית של מסגרת המשפחה[27א]. הכרה בזכויות היא עניין פרגמטי. מתן גושפנקא לשינוי שם, לעומת זאת, היא ביטוי של השוואה סמלית למוסד הנישואין. שנית, בהקפדה פרשנית על המסגרת הנפרדת, שנבחרה על ידי המחוקק להסדרת זכויות הידועים בציבור. המחוקק הסדיר את זכויות הידועים בציבור בדברי חקיקה ספציפיים שונים באופן מפורש. הוא לא בחר הסדר כללי או כולל להכרה בזכויותיהם. הליכה זהירה ועקבית בעקבות ההסדר החקוק מצדיקה פרשנות שמרנית ודווקנית למונח בן זוג.
בחינתה של התוצאה הכוללת הלכה למעשה מלמדת, כי אין בהלכות מגבילות אלה כדי להעיב על קו עקיב, הדרגתי ורצוף, המעיד על הרחבת זכויות הידועים בציבור.

§313. נוסף למגמה הרווחת בעולם המערבי להכיר במעמדם של יחסים דמויי נישואין ולהרחיב את זכויות הצדדים השותפים לקשר כזה — היו לשיטה הישראלית צרכים מיוחדים משל עצמה. על נישואין בין יהודים מוטלות מגבלות המוצאות ביטוין בהלכות הנוגעות לפסולי החיתון שבדין הדתי. מצב של נשים עגונות או מעוכבות גט, הנובע מן הקושי שבדין הדתי להתיר את הנישואין, מקשה על האפשרות להינשא מחדש במטרה לשקם את החיים, לתקן את חופש הבחירה ולהיענות למצוקה האישית. צרכים אלה, הנובעים מ"חומרותיו של הדין הדתי", יצרו תהליך של סגירת פערים בין השאר בדרך העוקפת של ידועים בציבור כ"הכרח שלא יגונה"[28].

26. בג"צ 73/66 **זמולון נ. שר הפנים**, פ"ד כ (4) 645; בג"צ 243/71 **אייזיק (שי"ק) נ. שר הפנים**, פ"ד כו (2) 33. שתי ההחלטות ניתנו בדעת רוב. דעת הרוב מתבססת גם על בג"צ 71/65 **שטנד נ. שר הפנים**, פ"ד יט (1) 501.

27. הלכת **כהן**, לעיל הערה 19; ענמ"ש 1/82 **לוי נ. מנהל בתי־המשפט**, פ"ד לו (4) 123, 128; ד"נ 13/84 **לוי נ. יו"ר ועדת הכספים של הכנסת**, פ"ד מא (4) 291, 295.

27א. על עניין זה, ראה **להלן** פסקה 372.

28. כביטויו של בית־המשפט בהלכת **זמולון**, לעיל הערה 26, בע' 660, 668, העומדת, בין היתר, על הקשר בין מוסד הידועים בציבור לבין הצרכים המיוחדים של שיטת המשפט והמצוקות, הנובעות מן המציאות המשפטית הישראלית. שר המשפטים, פנחס רוזן, העלה בזמנו את האיסורים הדתיים כנימוק המצדיק את הענקת הזכויות לידועים בציבור, ראה ד"כ 23 (1957) 313. ראה גם ג' טדסקי "משבר המשפחה וחסידי המסורת" **מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל** (תשכ"ד) 282, 325; מ' אלון **חקיקה דתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי־המשפט ובתי־הדין הרבניים** (תשכ"ח) 121, 127, 153־154.

ההכרה בהסכם שבין צדדים לחיים משותפים של ידועים בציבור כבסיס להקניית זכויות, גם כאשר אחד מהם נשוי, טורף לא רק את השקפת העולם הדתית באשר למוסד הנישואין ולקדושתו, אלא מתגרה גם באיסורים הדתיים החמורים ביותר, העומדים ביסוד דיני הנישואין והגירושין[29]. בית־המשפט מפגין במפורש, גם באמצעות סוגייה זו, כי התוצאות המשפטיות, שמקורן בדין הדתי, אינן עטופות באידיאולוגיה הדתית והן מעורטלות מן התפיסה המוסרית, המונחת ביסוד הדין הדתי[30].

מוסד הידועים בציבור מעמיד תחליף נישואין ובהקשר זה גם תחליף גירושין, לא רק לגבר הנשוי אלא גם לאשה הנשואה. לא ייפלא, איפוא, שבכל הנוגע ליחסים דמויי נישואין היה המחוקק הישראלי חלוץ העובר לפני מחנה שיטות המשפט השונות בעולם.

הכורח בסגירת הפערים בין הדין הדתי להשקפת העולם הרווחת ולמציאות החברתית הנוהגת — מסביר גם את הפרדוכס, שלפיו שיטה המבטאת פוריטניות יתר נותנת בעת ובעונה אחת גם ביטוי נורמטיבי לליברליות יתר[31].

ב2) איסורים פליליים בענייני המעמד האישי

§314. המחוקק נקט אמצעי עקיפין של הטלת איסורים פליליים, של הנחת דרישות מוקדמות ושל הגבלת סמכות לשם שינוי דרכי התנהגות, שהן לגיטימיות לפי הדין הדתי. כך חוק גיל הנישואין, תש״י־1950, הקובע גיל מינימלי לנישואין, וכך סימן ח לפרק ח של חוק העונשין, תשל״ז־1977, העושה את ריבוי הנישואין כמו גם את גירושי האשה בעל־כורחה לעבירות פליליות. בשני המקרים אין באיסורים ובעבירות הפליליות הקבועים בחוק כדי לבטל את האקט, הנעשה למרות האיסור, ואת תקפו המשפטי[32]. בשני המקרים ננקטו האמצעים, בין היתר, להגנתו של החלש, דהיינו האשה.

§315. בכל הנוגע לסוגיית ריבוי נישואין וגירושי אשה בעל־כורחה בדין העברי התפרץ המחוקק לדלת פתוחה. הדין העברי עצמו, במהלך התפתחותו, סגר את הפערים בסוגיות האמורות, ואסר על ריבוי נישואין כמו גם על גירושי אשה בעל־כורחה. עם זאת, גם כלפי יהודים אין האיסור הפלילי מחוסר השפעה. הואיל והאיסורים הדתיים אינם מבטלים את הנפקות של הפעולה המשפטית, יש בהפיכתם לעבירות פליליות משום הרתעה נוספת; זו, מחזקת את תקנת הציבור התומכת בנורמות החברתיות, המגולמות באיסורים אלה.

לעומת זאת, נודעת לאיסורים אלה השפעה ממשית על בני הדת המוסלמית. יש מי שרואה בהטלת איסורים אלה פגיעה בחופש הדת של המוסלמים[33]. אולם, כידוע, רשאית החברה

29. ראה **לעיל** פסקה 58, פסקה 115 סמוך להערות 7 — 9, פסקה 116 סמוך להערות 23־24.

30. על ההיבט המוסרי של הסוגייה ודחיית ההשקפה המוסרית מבית־מדרשו של הדין הדתי, ראה, בין היתר, ע״א 337/62 **ריזנפלד נ. יעקובסון**, פ״ד יז 1009, 1025; הלכת **יגר**, **לעיל** הערה 16; הלכת **ורסנו**, **לעיל** הערה 25; הלכת **לוי נ. יו״ר ועדת הכספים של הכנסת**, **לעיל** הערה 27, בע׳ 293־294.

31. ראה **לעיל** פסקה 115 סמוך להערות 7 — 12, פסקה 116 סמוך להערות 23 — 26.

32. על סוגיות אלה, ראה **לעיל** פסקה 122.

33. י׳ מירון ״ריבוי נשים למוסלמים וחוקתיות איסורו״ **משפטים** ג (1972) 515.

להציב לעצמה את הקווים האדומים של תקנת הציבור המקומית, שמעבר להם לא יוכר חופש הדת. בכל הנוגע לאיסורים האמורים טוענת המדינה לקיומו של אינטרס מכריע להבטחת ערכי יסוד ולהגנת צדדים חלשים, המתיר לה את ההתערבות[34]. השיקול הציבורי עדיף. בהיותה אינטרס כולל נכפתה ההשקפה החילונית באופן עקיף על בני כל הדתות[35].

§316. הפסיקה השלימה את המעורבות החקיקתית בתחום זה. תוך בחינת המטרה החקיקתית של האיסור שבחוק העונשין לגרש אשה בעל־כורחה, והיא הגנת האשה, קבע בית־המשפט, כי גירוש אשה בעל־כורחה מהווה עוולה אזרחית של הפרת חובה חקוקה, במסגרת סעיף 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש)[36]. שיתוף פעולה זה בין המחוקק (קביעת עבירה פלילית) לבין בית־המשפט (קביעת עוולה אזרחית בדרך של פרשנות רחבה של פקודת הנזיקין) נעשה לשם קידום המטרה האזרחית, החותרת להשוואת זכויות האשה ולמניעת קיפוחה במידת האפשר. העובדה, שהמחוקק בחר לשם קידום האינטרס של הגנת האשה בסנקציה פלילית ונמנע מהתערבות בדין האישי עצמו, לא פורשה בהרחבה כבאה לשלול סעד אזרחי מן האשה. נהפוך הוא, בעיני בית־המשפט חייב דווקא מעצור חקיקתי זה את קידום המטרה החקיקתית של הגנת האשה בדרכים אזרחיות אחרות, העוקפות הן את המגבלות הדתיות והן את יכולת ההתערבות הישירה בהן.

§317. באשר לגיל הנישואין, המעורבות האזרחית בעייתית יותר. הפשרה בין הגנת האינטרס החילוני לבין שמירת ההסדר הדתי הבסיסי והמרכזי הולידה "התערבות לחצאין"[37]. האיסור הפלילי, על האפקט המרתיע שלו, קיים ועומד. אולם הסנקציה הקבועה בסעיף 3(א) לחוק גיל הנישואין, תש"י־1950, ההופכת עבירה על החוק לעילה חילונית להתרת הנישואין מותנית ב"הוראות החוק החל על ענייני המעמד האישי של הצדדים". סנקציה זו מחזירה לתמונה את הדין הדתי וממילא היא חסרה כוח עצמאי[38]. מאידך גיסא, הסמכות למתן היתר לנישואי נערה מסורה לבית־המשפט המחוזי, וזה שוקל את טובת הצדדים בצד שיקולים של הגנה על טובת הציבור[39].

ב3) מנגנוני פיקוח חילוניים

§318. המחוקק בחר באמצעי עקיף של התערבות על ידי הקמת מנגנוני פיקוח חילוניים על רשויות דתיות, הסדרים דתיים ומוסדות דתיים העשויים להשפיע על נורמות בדיני משפחה,

34. **Reynolds v. United States,** 98 U.S. 145 (1878); **Davis v. Beason,** 133 U.S. 333 (1890); **Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States,** 136 U.S. 1 (1890); L.H. Tribe, **American Constitutional Law** (2nd ed., New-York, 1988) 1179—1188, 1251—1275.

35. ע"פ 596/73 **מחאמיד נ. מדינת ישראל,** פ"ד כח (1) 773, 775, 777. הערכה ביקורתית לעניין האינטרס הכולל המוגן, ראה פ' שיפמן, **לעיל** הערה 20, בע' 155 — 166.

36. ע"א 245/81 **סולטאן נ. סולטאן,** פ"ד לח (3) 169.

37. ג' טדסקי "על בעיית הנישואין במדינת ישראל", **לעיל** הערה 1, בע' 202.

38. פ' שיפמן, **לעיל** הערה 20, בע' 150 — 152. ראה אפשרות פרשנית אחרת אצל ג' טדסקי "על בעיית הנישואין במדינת ישראל", **לעיל** הערה 1, בע' 201־202.

39. ע"א 501/81 **היועמ"מ נ. פלונית,** פ"ד לה (4) 430.

או המוסמכים להכריע בעניינים אלה. כך בנוגע למעורבות היועץ המשפטי לממשלה ובית־המשפט המחוזי בביצוע פסק־דין של כפייה, שיצא מלפני בית־הדין הרבני, כמפורט בסעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953[40]; וכך גם הדרישה לאישורו של הרב הראשי של פסק־דין להיתר נישואין, שניתן על ידי בית־הדין הרבני, כמפורט בסעיף 179 לחוק העונשין, תשל״ז־1977[41].

הפיקוח בשני מקרים אלה נועד להגביל את חופש הפעולה של בית־הדין ולסגור את הפער בין המושגים הדתיים של בית־הדין לבין הגישה החילונית הרווחת. המחוקק ביקש לשמור בידו, באמצעות דרכי פיקוח חילוניים, את הכוח להגביל את ביצועה בפועל של כפיית גט, כמו גם את ביטול האפקטיביות של היתר נישואין, כהגנה כלפי עבירת ריבוי נישואין. פיקוח חילוני זה עשוי להיות מופעל הלכה למעשה כאשר הרשויות הדתיות, שהוציאו את הצווים המקוריים, פעלו מטעמים דתיים מובהקים בלבד. כאלה הן, למשל, הנסיבות במקרים, שבהם הבסיס הבלעדי לפסיקתה של אכיפת גט או למתן היתר נישואין הוא היות הנישואין נישואי כוהן וגרושה, או נישואין אזרחיים[42].

2) התערבות שיפוטית

§319. המאבק להחדרתם של ערכי החברה הישראלית לדיני משפחה וכן לשילובם ולהתאמתם של הסדרים אזרחיים בתחום זה נמשך גם מעבר לכותלי בית־המחוקקים. בתי־המשפט לא הסתפקו בקידום החקיקה הקיימת ובפיתוחה באמצעות פרשנות. בתי־המשפט הרחיקו לכת מעבר לכך: הם השכילו לסלול דרכים חדשות ולהוביל את דיני המשפחה בכיוונים, שבהם קצרה ידו של המחוקק.

היענות המערכת המשפטית לצרכים המתחדשים בתחום דיני המשפחה מוטלת בראש ובראשונה על המחוקק. אולם כאשר המחוקק חסר אונים ׳נקראים׳ בתי־המשפט להוציא לו את הערמונים מן האש. קיימת גישה הגורסת, כי בתחומים שקיים בהם מטען אידיאולוגי, ואלה כוללים חלק מדיני המשפחה, רצויה התאפקות שיפוטית[43]. גישה זו נתמכת בטענה, כי המחוקק הישראלי יצר בחקיקתו איזון עדין, המבוסס על פשרה ועל הסכמה חברתית רגישה, ואַל לבית־המשפט לפגוע באיזון זה[44].

מאידך גיסא, לא ניתן להתעלם מן הצרכים של רוב הציבור ומן הקשיים ההולכים והגוברים, שהוא נתקל בהם בתחום דיני המשפחה. הלחץ על המערכת השיפוטית גדול מכדי שתוכל לדחות אותו כליל, ולהמתין להתערבות החקיקתית. כבר הראנו, כיצד בתי־המשפט בעולם,

40. על סוגייה זו, ראה **לעיל** פסקאות 53, 295, 304.

41. ראה **לעיל** פסקה 52.

42. בג״צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ״ד יח (1) 598; בג״צ 235/68 **ר׳ ב׳ נ. הרב הראשי לישראל**, פ״ד כג (1) 462; ד״נ 10/69 **בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל**, פ״ד כה (1) 7.

43. א׳ ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) 290־291; א׳ ברק ״חקיקה שיפוטית״ **משפטים** יג (1983) 25, 65־66.

44. א׳ לבונטין, **על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה** (תשי״ז) 49 — 51, 67 — 72.

בשיטות משפטיות שונות, נטלו על עצמם את תפקיד סגירת הפערים בין דין הספר לבין המציאות הנוהגת והשקפת העולם, הרווחת בתחום דיני המשפחה[45].
לא יפלא, איפוא, כי בתחומים אלה לא נפקד מקומה של המעורבות השיפוטית גם בישראל[46]. גם בית־המשפט, כמו המחוקק, פועל לשם השגת מטרות סגירת הפערים שעמדנו עליהן במהלך הדיון בספר, ואשר אוזכרו בתמצות במבוא לפרק זה.

§320. על התחומים השונים שבהם נסגרו פערים על ידי הפסיקה, על האופן שבו נעשה הדבר ועל האמצעים השונים שנקט בית־המשפט למטרה זו, הרחבנו את הדיבור בפירוט ניכר בשלושת הפרקים של החלק השני שבשער הראשון ובחלק הראשון של פרק זה. אין טעם לחזור על הדברים. כדי להצביע על ההיקף הרחב של היריעה, נסתפק כאן בשרטוט כללי ורחב של קווי המִתאר של הדברים, שהושגו באמצעות המעורבות השיפוטית:

א) הוכר סטאטוס אזרחי מחוץ לגבולות הדינים הדתיים.
ב) מכשולים שבדין הדתי נעקפו וחוזק מעמדם של צדדים חלשים.
ג) חלק לא מבוטל מן הדין הדתי הושמט מן המשפט הנוהג, ומערכת אזרחית תפסה את מקומו בבתי־המשפט האזרחיים ובמקרים מסוימים — אף בבתי־הדין הדתיים.
ד) הוטלו עקרונות משפטיים כלליים על הדין הדתי הנידון בבתי־המשפט האזרחיים ובמקרים מסוימים, גם על בתי הדין הדתיים ועל הדין הדתי המוחל על ידיהם.
ה) נקבעו עקרונות־על אזרחיים בתחומים שונים לתיאום מערכת הדינים הבין־דתית, לשילוב המערכת המשפטית העוסקת בשאלות העבר־לאומיות ולהסדר קונפליקטים בין מערכתיים (בין הדין הדתי לאזרחי ובין ערכאת השיפוט הדתית לאזרחית).
ו) במקרים רבים נוצרה מערכת אזרחית מקבילה.

כל אלה מטילים על בתי־המשפט האזרחיים אחריות אזרחית בתחום דיני המשפחה.

§321. האמצעים שבהם נקטה הפסיקה הם שונים ומגוונים. החל בפרשנות רחבה או צרה של הסדרים דתיים מזה, ושל הסדרים אזרחיים מזה (הכול, לפי הצורך); דרך שימוש בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, בכללי המשפט המִנהלי, בתקנת הציבור, ובהטלת עקרונות יסוד שונים על ערכאת השיפוט הדתית ועל הדין הדתי; וכלה בהצרת סמכות השיפוט של בית־הדין — מחד גיסא, ובהרחבת הפיקוח השיפוטי על סמכותו והחלטותיו של בית־הדין — מאידך גיסא.

§322. מן האמצעים אשר ננקטו לא נפקד מקומו של השימוש במכשיר משפטי למטרה שונה מזו, שנועד לה מלכתחילה. טכניקה של שימוש בכלים משפטיים לשם השגה בדרך עקיפין של תוצאות שלא ניתן להשיג באופן ישיר היא אחד האמצעים הלגיטימיים

45. על סוגייה זו בהרחבה ובפירוט ראה לעיל פסקאות 191 — 195 וכן להלן פסקאות 350 — 363.
46. על עקיפה רחבה ומשמעותית של הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין על ידי הפסיקה, ראה מ' אלון, לעיל הערה 28, בע' 76 — 98, 119 — 153; י' אנגלרד "היחס בין ההלכה למדינה" מולד (תשכ"ה) 702, 707 ואילך; י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (1972) 31, 43 ואילך, וכן משפטים ו (1975) 5, 24 ואילך; פ' שיפמן "חוק ללא נחת" דעות מא (תשל"ב) 23; פ' שיפמן, לעיל הערה 20, בע' 173 ואילך, 249 — 265.

והאפקטיביים בתהליך של סגירת פערים[47]. טכניקה זו הופעלה, כפי שהראנו, גם על ידי בתי־הדין הרבניים כדרך לסגירת פערים פנימית. בית־הדין עשה שימוש במושגים, כגון שלום בית, כדי להשיג סגירת פערים. בשער השלישי של הספר נצביע על כך, כי במשפט הישראלי לא נעשה שימוש מספק בטכניקה זו של שימוש בכלים משפטיים, לשם השגה בדרך עקיפין של תוצאות, שלא ניתן להשיג באופן ישיר; אילו נעשה בה שימוש אפקטיבי ונרחב, עשויים היו פערים בתחומים שונים ורחבים יותר להיסגר כדי להקל את המצוקות הקיימות.

§323. במקרים רבים עושה בית־המשפט שימוש במספר אמצעים גם יחד כדי להשיג את המטרה המבוקשת, לאור המדיניות הרצויה. נדגים בסוגיית הקידושין הפרטיים, שבה עסקנו בהרחבה בפסקאות שונות של הספר[48].

בין היתר נקט בית־המשפט את האמצעים הבאים[49]:

א) הסתייעות חלקית בלבד בדין הדתי. הפעלת הסמכות היתה מותנית בדין דתי מהותי העומד 'לרשות' בית־המשפט. הכרה בתוקפם של הנישואין בדין הדתי שימשה בידי בית־המשפט אמצעי לעקיפת דין זה.

ב) פרשנות הוראת החוק הישראלי הקולטת דין דתי באופן מצמצם, לקליטה סלקטיבית בלבד של הוראות הדין הדתי.

ג) בית־המשפט פירש חוק הקולט דין דתי, בהתאמה לערכי היסוד של החברה הישראלית.

ד) בית־המשפט אימץ את תקנת הציבור החילוני, ודחה את תקנת הציבור מבית־מדרשו של בית־הדין הרבני.

ה) מאידך גיסא, הוראת החוק הישראלי, שעניינה פיקוח על בתי־הדין הדתיים, פורשה בהרחבה ניכרת בשני מישורים משלימים: במישור היקף עילות הפיקוח של בג"צ על סמכות בית־הדין והדין על־פיו הוא דן ובמישור סמכות בג"צ למתן סעדים.

במישור הראשון הורחבו עילות הפיקוח השיפוטי על בית־הדין, אלה קבועות בסעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה, ועניינן חוסר סמכות וחריגה מסמכות — זו, הורחבה גם על שימוש לרעה בסמכות. בטכניקה של מעורבות שיפוטית זו בוטלה חלותם של איסורים דתיים מסוימים במשפט הישראלי הנוהג.

במישור השני הורחבה סמכות בית־המשפט הגבוה לצדק להפעיל סמכות במקום סמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני. בג"צ הורה לרשויות המדינה לרשום את מעמדם

47. ראה לעיל פסקה 192 — 195.

48. ראה לעיל פסקאות 48, 50, 51, 55 — 57, 79, 174, 271.

49. על סוגיית הקידושין הפרטיים ראה, בין היתר, י' אנגלרד (משפטים ד), לעיל הערה 46, בע' 50, 58 — 61, לדעתו הפסיקה נועדה "לרכך את חומרת הדין" (שם בע' 60); י' אנגלרד (משפטים ו), לעיל הערה 46, בע' 25־26; פ' שיפמן, לעיל הערה 20, בע' 226 — 242; ש' אטינגר "בית־הדין הגבוה לצדק — תל־פיות לאסורים בנישואין?" משפטים ד (1972) 428; מ' אלון, לעיל הערה 28, בע' 89 — 98; ז' פלק, דיני נישואין (תשמ"ג) 27 ואילך; 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, 1985) 423 ואילך; א' רוזן־צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: 'דיני המשפחה בישראל', דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" משפטים טו (1985) 476.

של בני זוג על בסיס פסק־דין שיצא מלפניו, והנוטל למעשה את סמכותו הייחודית של בית־הדין.

אם נפרש את פעולת בג"צ במסגרת הסטאטוטורית, הקובעת את תחום מעורבותו בהחלטות בית־הדין נמצא, כי בג"צ פעל על בסיס ההנחה, שבית־הדין נמנע מלהפעיל את סמכותו במסגרת הדין שהותווה לו על ידי בג"צ ובגבולותיו. באספקלריה של פסיקת בג"צ החלטת בית־דין, הנסמכת על איסור דתי או על תקנת ציבור דתית — שאינם מהווים חלק מן המשפט הנוהג — כאילו לא ניתנה. מהיגיון זה של ניתוח הדברים מתחייבת המסקנה, כי החלטת בית־הדין כמוה כהימנעות מלדון בעניין שבסמכותו. הימנעות מלדון בעניין שבסמכות מהווה עילת התערבות בגדרו של סעיף 15 (ד) (4) לחוק יסוד: השפיטה. בג"צ פירש בהרחבה גם את הסמכות הנגררת, הקבועה בסעיף 76 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984. וכך, נטל לעצמו למעשה את סמכותו של בית־הדין.

באמצעות פירוש מרחיב כפול זה התעלם בג"צ מהחלטת בית־הדין, שפורשה על ידיו כחריגה מסמכות, ונתן את פסק־הדין במקומו.

ו) בית־המשפט הביא גם ממרחק לחמו: הוא עשה שימוש בכללי הסמכות במשפט המנהלי כדי להגיע למטרה הרצויה.

בית־המשפט היה ער למשמעותה של פעולתו ולדרך שנקט. באפיינו את הדרך שהלך בה ובהעריכו את הגישה שנקט, הצהיר בית המשפט מפורשות:

> "אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה בה השתמשו, בערכם את הקידושין 'הפרטיים' ההם. מדינתנו מבטיחה לכל אזרחיה את חופש המצפון. המבקשים אינם שומרים את מצוות הדת, ולפי חוק המדינה הם חופשיים לנהוג כן. ברצונם לחיות חיי משפחה ולהעמיד ולדות, שלא יידבק בהם הפסול החברתי של 'מחוץ לנישואין' הם מוצאים עצמם נוכח איסור שכולו דתי־פולחני... הטלת איסור כזה על אדם שאינו מאמין, קשה ליישבה עם חופש המצפון וחופש הפעולה הכרוך בו. והנה, פותח הדין הדתי עצמו למבקשים מוצא מן המצר בו הם נתונים. מדוע ראויים הם לגנאי, כשהם נחלצים מן המצר בדרך זאת?"[50].

בית־המשפט השתמש בקשר לכך בניסוחים שונים נוספים, כגון: חיפוש פתרונות "כדי להגיע ל־modus vivendi נסבל"[51], "הרשות החילונית באה לעזרתו של אדם"[52] וה"הכרח לא יגונה"[53]. ניסוחים אלה מלמדים על מידת המודעות של בית־המשפט, הן לרגישות הנושא והן למדיניות המשפטית המיוחדת, שהגשים באמצעים המשפטיים השונים[54].

§324. סוגיית הקידושין הפרטיים יכולה לשמש גם דוגמא מאלפת לכך, שככל שסגירת

50. בג"צ 80/63 **גורפינקל וחקלאי נ. שר־הפנים**, פ"ד יז 2048, 2069.
51. בג"צ 130/66 **שגב נ. בית־הדין הרבני האיזורי, צפת**, פ"ד כא (2) 505, 558.
52. הלכת **שגב, שם** בע' 555.
53. הלכת **שגב, לעיל** הערה 51, בע' 556־557.
54. על ביטויים דומים בסוגיות אחרות שעניינן סגירת פערים, ראה להלן פסקה 355.

פערים פנימית מצומצמת יותר כך גדל הלחץ על סגירת פערים חיצונית[55]. כאשר בית־המשפט התייאש מאפשרות סגירת הפערים הפנימית, הוא נטל את התפקיד לידיו. בסוגייה זו אמר בג"צ את הדברים בצורה מפורשת. עוד בפרשת **רודניצקי**[56] יצא השופט מ' לנדוי בביקורת קשה על בית־הדין. השופט מ' לנדוי הלין על כך, שבית־הדין נוקט אמצעים שונים לדחיית ההכרעה או לסירוב למתן סעד מטעמים מחמירים, שאינם מקובלים על רוב הציבור בישראל, כגון הטלת ספקות בעדי הקידושין בשל היותם מחללי שבת.

מאוחר יותר הפך הביטוי נחרץ יותר, והביקורת מצאה ביטוי נורמטיבי. בית־המשפט התערב למעשה בהחלטת בית־הדין גם במקום שזה לא סיים את מלאכתו ועיכב, לדעת בג"צ, בכוונה את ההכרעה. בג"צ 'מילא את מקומו' של בית־הדין והורה לפקיד המרשם לרשום במרשם האוכלוסין כנשואים את העותרים, שנישאו בקידושין פרטיים, וזאת — על בסיס החלטת בג"צ עצמו. וכך אמר בית המשפט בעניין **קידר**:

> "ברם, במקרים אחרים בתביעות מסוג זה היתה גישת בתי־הדין הרבניים אחרת. הגישה היא הרבה יותר קפדנית ומחמירה, והרבנים נטפלים לכל מיני דברים. צדדיים על מנת לפסול את הקידושין או להימנע מלהכריע בתקפותם... רואה אני כעת, כי כנראה הטלנו על הרבנים תפקיד קשה מנשוא שאינם יכולים ואינם מוכנים לעמוד בו. במצב זה, לא לכבודם של הרבנים הוא, ולא לכבודנו אנו, וזה גם לא לטובת הציבור לתת לעניין זה להתגלגל הלאה ללא מעצור וללא תכלית מעשית... אשר על כן, אני מציע לעשות את הצו־על־תנאי מוחלט"[57].

במקרה זה נאמרו דברים מפורשים. לעיתים לא נאמרים דברים מפורשים מפי בית־המשפט, אך המעשה השיפוטי מעיד על עצמו כמאה עדים. פעמים נמצא, כי הסתמכותו של בית־המשפט על תקדים מסוים היא אך טכניקה של שמירה על המסגרת המשפטית הפורמלית. הלכה למעשה, הופך בית־המשפט את ההלכה הקודמת מנוף לקידום עקיפתם של הסדרים דתיים, ואף לפיתוחה של חקיקה שיפוטית.

§325. לבסוף יש להטעים, כי במהלך השנים הלכה והשתרשה עקיפת ההסדרים הדתיים והוראות הדין הדתי בתחום דיני הנישואין והגירושין, כמו גם בתחומים אחרים. כך, למשל, בעקבות ההכרה האזרחית בסטאטוס שנוצר מחוץ לחיקו של הדין הדתי, של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל[58], הפכו התופעות של נישואי קפריסין, המחייבים את נוכחותם של בני הזוג במקום, ונישואי מכסיקו או פאראגווי, שאינם מחייבים את נוכחותם של בני הזוג בטריטוריה הזרה, נפוצות יותר משניתן לשער.

אין סטטיסטיקה רשמית בעניין זה. על־פי נתונים חלקיים, וכמובן לא סטטיסטיים ולא מדעיים, המדובר הוא מאז שנות החמישים, באלפי זוגות החיים בישראל, אשר נישאו, בהיותם אזרחי ישראל או תושביה, בנישואין אזרחיים ונרשמו כנשואים במרשם האוכלוסין[59].

55. לעניין זה ראה גם לעיל פסקה 271 סמוך להערות 309 — 312.
56. בג"צ 51/69 **רודניצקי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד (1) 704, 718.
57. בג"צ 29/71 **קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו**, פ"ד כו (1) 608, 613־614.
58. לעניין זה, ראה גם לעיל פסקה 43.
59. הנתונים נמסרו לי על ידי עו"ד י' בן־מנשה, הפעיל בהשאת זוגות בנישואין אזרחיים, ובמיוחד בנישואי מכסיקו ופאראגווי.

פרק שני

בעיותיה של סגירת פערים חיצונית וגבולותיה

כללי

§326. מערכות שונות — ולעיתים סותרות — של ערכים בסיסיים, המוטלות יחד על שיטה משפטית אחת ואמורות לחיות זו עם זו בדו־קיום, מביאות בעקבותיהן מתחים הדדיים, מסרים כפולים, החלטות סותרות באותו עניין בערכאות שיפוט שונות, אי־התאמות וקשיים לא מבוטלים. בשיטה, המושתתת על סטאטוס־קוו אידיאולוגי ואופרטיבי מסוים, אי־ההתאמה היא מצב קיומי בחלק מן התחומים.

מצב כזה הוא חלק בלתי נפרד מן המערכת המשפטית הקיימת בישראל. תופעות הלוואי של אי־התאמה בין המערכת הדתית לאזרחית, כפילות בהסדרו של אותו נושא, הגוררת אחריה בין השאר פסיקה סותרת לעומת הימנעות מוחלטת מהסדרתם של נושאים אחרים וכיו״ב — הן מסימניו של הסדר ענייני המעמד האישי בישראל. רקע דתי לעומת חילוני, והשקפות עולם שונות מולידות תוצאות שונות בפסיקה האזרחית לעומת זו הדתית, גם כאשר הדין המוחל זהה. שונה הפרשנות, שונה היישום, שונות המסקנות המוסקות ממערכת נתונים זהה, ושונה אופן הפעלת שיקול הדעת — הן במשקל השונה המיוחס לרכיבים מסוימים, והן בשקלול הסופי. שונים גם האינטרסים המוגנים והמדיניות המשפטית, העומדת בבסיס ההחלטה השיפוטית. כל עוד מוטל הסדר דתי, חלקי או שלם, על ציבור חילוני במסגרת מערכת חיים דמוקרטית לא ניתן להציע שום פתרון אשר ישנה את המצב. אין כמעט אפשרות להמתיק תופעות אלה, אלא במחיר של ויתורים עקרוניים על ההסדר הקיים.

1) תופעות לוואי לסגירת פערים

פתיחה

§327. בחלק מן התחומים מתמודדת השיטה עם המתח הבסיסי ועם התוצאות הנובעות ממנו באמצעים שונים. ההתמודדות מחייבת מעורבות אזרחית הן במישור החקיקתי והן

במישור השיפוטי. כל התמודדות כזו, סגירת פערים בלשוננו, יוצרת תופעות לוואי נוספות של אי־התאמה וכפילות הֶסדרים. סגירת הפערים אינה נקייה מקשיים, ובדרך כלל התהליכים שהיא מחוללת והתוצאות שהיא משיגה יוצרים בעיות חדשות.

במקרים מסוימים התופעות האמורות הנן תוצאה מוכרחת מעצם ההתערבות האזרחית, ותכליתה — בבחינת הכרח בַּל יגונה. רק כך ניתן לעיתים להגיע לאיזון בין הנורמה הדתית, מצד אחד, לבין האידיאולוגיה הרווחת וההתנהגות המקובלת בחברה, מצד שני[1].

במקרים אחרים מצביעות התופעות על קוצר ידן של המערכות המשפטיות, הן בבחינה נכונה של הרקע המשפטי והן בהתחשבות בכל ההשלכות האפשריות, הנובעות מן המציאות הקיימת. במקרים אלה, חיה השיטה המשפטית עם המתח הפנימי — על תוצאותיו הקשות — כעדות לכישלונם של הניסיונות להגיע לסגירת פערים במינימום של פגיעות ונזקים.

על בעיותיה של סגירת פערים פנימית במסגרת הדין הדתי, עמדנו באחד הפרקים הקודמים. בעיותיה של סגירת פערים חיצונית יעמדו במרכזו של פרק זה. איננו מתיימרים למצות את כל התופעות ולהגיע למיפוי מלא ושלם של התמונה המשפטית, המשתרעת על מלוא תחום דיני המשפחה בישראל. בכוונתנו לשרטט את קווי המתאר בלבד, תוך מתן דוגמאות אחדות במטרה להביא את התהליכים שבשיטה למודעותו של ציבור אנשי המקצוע בפרט והציבור הרחב בכלל.

א) אי התאמות

א1) אי התאמה במישור הרעיוני־העקרוני

§328. לעיתים המעורבות האזרחית עולה, ביסודה, בקנה אחד עם עקרונות האידיאולוגיה והמדיניות המשפטית הדתית. כך, למשל, עיקרון חופש החוזים, המוחל בעיקרו גם על בני זוג, הולם את עיקרון חופש ההתנאה בין בני הזוג בדין הדתי העברי.

אולם, לעיתים קרובות, אין ההתערבות החקיקתית או השיפוטית עולה בקנה אחד עם עקרונות הדין הדתי. על חלק מן העניינים השונים עמדנו בשער הראשון. נתייחס כאן לדוגמאות ספורות כדי להמחיש את כוונתנו[2].

הדין הדתי מתחשב ביסוד האשמה הן לעניין הגירושין והן לעניין ההשפעה על רכוש. חזקת השיתוף וכנראה גם חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973, אינם מתחשבים באשמה כפקטור לחלוקת הנכסים או לאיזון המשאבים.

הדין הדתי קובע את טובת הילד על־פי מערכת מושגים מסוימת ומערכת חזקות מוקדמות. בדין האזרחי קובעת טובת הילד, כפי שהיא נלמדת על בסיס בחינה אינדיבידואלית.

קיומן הסימולטני של שתי מערכות דינים, המושתתות על השקפת עולם שונה בתכלית, יוצר שתי מערכות של תקנת ציבור. מערכות סימולטניות כאלה, הזוכות ללגיטימציה שיפוטית, מקשות על הכרעתן של בעיות ספציפיות.

הזכויות הנובעות מיחסים דמויי נישואין — ידועים בציבור — יוצרות פער בין חטא דתי

1. י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (1970) 510, 531.
2. ראה לעיל פסקאות 115־116.

לבין הנפקות האזרחית המיוחסת למעשה כזה. חטא דתי של חיים ללא נישואין או ניאוף, כאשר מדובר באשה נשואה, גורר בעקבותיו זכויות אזרחיות, כולל הכרה בחוקיותו של הסכם כזה ובתוצאות משפטיות של החיים המשותפים ב׳חטא׳. כל אלה, אף שבדין הדתי נושא עמו קשר כזה תוצאות מרחיקות לכת של אבדן זכויות ושל איסורים דתיים, המגבילים את בני הזוג עד כדי הוצאת צווי מניעה על ידי בתי־הדין.

לפער העקרוני נודעת השלכה מעשית לפתרון בעיות. כך, למשל, הוכרעה השאלה, לפי מה תיקבע אי־מוסריות של קשר, על־פי הדין הדתי (החולש על דיני משפחה) או על־פי הדין האזרחי (החולש על דיני החוזים), לצד הדין האזרחי. זה גם אחד השיקולים המרכזיים שעל בסיסם עשויה להיות מוכרעת השאלה, מה יהיה מעמדם של צווי מניעה, שהוצאו על ידי בית־הדין הדתי, נגד התייחדות של אחד מבני הזוג עם צד שלישי מסוים. האם הפרימט יינתן לדיני הנישואין, המוכרעים ייחודית על ידי בית־הדין, או שמא — להוראות המשפט הישראלי בכלל?

א2) מסקנות שונות על בסיס מערכת נתונים זהה

§329. המרכיבים, המשמשים בסיס לחזקת השיתוף וראיה לקימומה בדין האזרחי, מהווים חלק ממערכת הזכויות והחבויות הקבועה והמקובלת בדין הדתי. בדין האזרחי מופעלים על מערכת הנסיבות כללי ההסכם מכללא במסגרת דיני החוזים, ואילו בדין הדתי מערכת זו הנה מסגרת למערכת נורמטיבית מלאה ושלֵמה בתוך עצמה[3].

א3) פיצול סטאטוס

§330. הכרה בנישואין אזרחיים, שנערכו מחוץ לישראל, באמצעות הפסיקה גוררת אחריה תופעות של פיצול סטאטוס במישורים שונים[4]. תוצאה זו מתחייבת מתהליך סגירת הפערים באמצעות הטכניקה, שנבחרה על ידי בית־המשפט למטרה זו: הטלת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי על הדין הדתי בהתדיינות בערכאות האזרחיות[5]. טכניקה אחרת, של שימוש בדינים אזרחיים להגנת הזכויות הנלוות בלבד, מומלצת על ידי א׳ לבונטין[6]. טכניקה זו מתמקדת בתוצאות הממוניות והרכושיות של הקשר ונמנעת מהכרה בסטאטוס. שימוש בטכניקה זו היה חוסך את תופעת הלוואי האמורה, אך משיג תוצאות עקיפות בלבד ופחות מרחיקות לכת. בני הזוג עשויים היו לזכות בזכויות מסוימות כאילו היו נשואים, אך ההכרה האזרחית, החלקית, בסטאטוס עצמו היתה נמנעת.

§331. פיצול סטאטוס נגרם גם בעקבות ההגבלה האזרחית של העילות למתן היתר נישואין על־פי הדין הדתי, כהגנה מפני עבירת ריבוי נישואין. מכוח הפרשנות שהעניק לסעיף 179 לחוק העונשין, תשל״ז־1977, אסר בית־המשפט העליון על הרבנים הראשיים לישראל לאשר היתר נישואין, המבוסס בלעדית על קשר של נישואין אזרחיים. כתוצאה מכך נוצר פיצול

3. א׳ רוזן־צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ״ב) 222.
4. ראה לעיל פסקאות 102 — 105.
5. ראה לעיל פסקה 43.
6. א׳ לבונטין, על נישואין וגירושין הנערכים מחוץ למדינה (תשי״ז) 91־92.

בין הדין האישי, המכיר בנישואין אזרחיים כעילה למתן היתר נישואין, לבין המשפט החילוני המגביל את מסגרת ההגנות המוכרות כלפי עבירת ריבוי נישואין[7].
בית־המשפט מתח קו ישר בין החקיקה השיפוטית בעניין ההכרה בסטאטוס אזרחי לבין פרשנות חקיקה, האוצלת על היקף ההכרה האפקטיבית בסטאטוס האמור, במקרה זה — חוק העונשין. פיצול הסטאטוס במקרה זה נובע מן הרצון להגן על ההסדר האזרחי ולהשיג מכסימום אפשרי של עקביות, לפחות בכל הנוגע להסדרים האזרחיים עצמם[8]. תופעת הלוואי של חוסר עקביות בין ההסדר הדתי להסדר האזרחי, דהיינו פיצול הסטאטוס, נלקחה, כנראה, בחשבון כמחיר בלתי נמנע שיש לשלמו לשם השגת האינטרסים המועדפים. התיאום בין מערכות הדינים חייב ברירה בין האינטרסים השונים. התוצאה מלמדת, כי בית־המשפט העדיף את האינטרסים החילוניים על פני טוהר ההסדר הדתי גם במחיר של פיצול סטאטוס.

ב) חלקיות ההסדר ותופעותיו

ב1) עיוותים בשיטה

§332. אי־התאמות במישור האופרטיבי עשויות לנבוע מהתנגשות בלתי נמנעת בין ההסדר החדש, פרי המעורבות השיפוטית, לבין המצב המשפטי הנתון. המעורבות השיפוטית מסדירה תחום משפטי הסדר חלקי, ומתמקדת בדרך כלל ב׳מטרות נקודה׳. זה טיבה ואופיה של מעורבות שיפוטית. זה גם מקור חולשתה ואחד הטעמים המרכזיים לבעיות המתעוררות בעקבותיה[9]. השלכותיה של מגבלה זו על מערכת היחסים בין הדין הדתי למשפט האזרחי הִנהּ הסדר בלתי מתואם הגורם, לעיתים, עיוותים משמעותיים בשיטה המשפטית.
כך, למשל, מצאה עצמה השיטה המשפטית מעדיפה נשים בעלות אמצעים על פני נשים חסרות משאבים. העדפה זו נוצרה כתוצאת לוואי מפרשנות ליברלית של חוק שיווי זכויות האשה, תשי״א־1951. בית־המשפט העליון ביטל במשפט הישראלי הנוהג את זכות הבעל בפירות נכסי המילוג של אשתו. הביטול מתייחס, הן לתביעה ישירה מצד הבעל והן לתביעה עקיפה לצורך קיזוז דמי המזונות, המגיעים לאשה. לעומת זאת, הדין, הנוגע לקיזוז מעשה ידיה של האשה ממזונותיה, נשאר בעינו. מצבה של אשה עובדת, שהכנסותיה מוגדרות כמעשה ידיה הוא נחות לעומת אשה עשירה לא־עובדת אך בעלת נכסים, שהכנסותיה מן הרכוש נחשבות כפירות נכסי מילוג[10].

7. ראה לעיל פסקאות 52, 318.
8. על העקביות כשיקול במסגרת חקיקה שיפוטית, ראה א׳ ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 234.
9. א׳ ברק, לעיל הערה 8, בע׳ 241 — 251.
10. על פרשנות חוק שיווי זכויות האשה, ראה אַ׳ רוזן־צבי, לעיל הערה 3, בע׳ 134 — 137. על המצב המשפטי שנוצר בעקבות הפרשנות, ראה שם בע׳ 141 (ה״ש 68); א׳ רוזן־צבי ״החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) (תיקון) תשל״ו־1976 האמנם תיקון?״ עיוני משפט ה (1976) 113; מ׳ שאוה ״היש להתחשב בהכנסות האשה כשפוסקים לה מזונות?״ הפרקליט לג (1980) 164.
על התופעה ומשמעותה, ראה י׳ אנגלרד ״מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי״ משפטים ו (1975) 5, 28־29.

התוצאה המעוותת, אשר התקבלה כתוצאה משילוב מכני בין הדין הדתי למשפט האזרחי, נוגדת את רוחן של שתי מערכות הדינים כאחד. י' אנגלרד סבור היה, כי במקרה זה פתוחה לפני בית־המשפט הדרך של התאמה שיפוטית על דרך של שינוי הדין המהותי והתחשבות בהכנסות האשה מרכושה[11].

לאמיתו של דבר, תיקון המצב לא היה מחייב מעורבות שיפוטית כה מרחיקה לכת. העיוות, אשר נגרם כתוצאה מפרשנות מרחיקה לכת מצד בית־המשפט לחוק שיווי זכויות האשה, ניתן היה לתיקון על דרך הפעלת הכלל של הפֶּה שאסר הוא הפה שהתיר. בית־המשפט יכול היה לסייג במידה מסוימת את פרשנותו הרחבה לחוק, ולצמצם את היקפו של הביטול העקיף של פירות נכסי המילוג במשפט הישראלי הנוהג. בדרך זו היה נמנע הביטול הסוחף של הדין העברי בסוגייה זו, ומושג הסדר שוויוני ברוחו של החוק נשוא הפרשנות. בית־המשפט לא עשה כן. לנוכח היקף המעורבות השיפוטית בסוגייה זו ובסוגיות אחרות מעורר הדבר תמיהה.

ב2) קוצר ידה של המעורבות החקיקתית

§333. אי התאמות במישור האופרטיבי, הנובעות מחלקיות ההסדר, ניתן לעיתים לייחס לקוצר ידה של המערכת המשפטית. מקורן הוא בחקיקה חמקנית או בלתי מודעת. אולם פעמים דווקא מודעות גבוהה עוצרת את המעורבות החקיקתית באמצעה, תוך הנחת מבנה בלתי שלם. במקרים מסוימים מרובה הפרוץ על העומד. התוצאה מלמדת, כי המאמץ שנעשה בפועל היה לשווא. ההישג הנחזה הוא מדומה בלבד. בסופו של דבר עשוי להתברר במקרים לא מעטים, כי אין החקיקה במתכונתה הנוכחית משרתת את התכלית שבשלה הופעלה המערכת האזרחית.

§334. כזה הוא הגורל, אשר גזר המחוקק על הסדרים שונים בחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט־1959. בשנת 1976 תוקן החוק. סעיף 2א לחוק הוסף כדי לתקן את העיוות, שנוצר בעקבות הפרשנות המתוארת לעיל של חוק שיווי זכויות האשה. ניסוח רשלני של התיקון או חוסר תשומת לב מספקת גרמו לסבך פרשני, אשר הטיל ספק בדבר יכולתו של התיקון להגשים את המטרה החקיקתית שעמדה בבסיסו. למרות העובדה שנמצאה דרך פרשנית, המחזירה את עטרת הדין העברי ליושנה — בתקנה באופן חלקי את העיוות בלי לפגוע בשוויון הזכויות של האשה[12] — לא הוכרע העניין באופן מחייב וסופי עד היום הזה[13].

יתר על כן, מפסק־הדין בעניין **קופלוביץ**[14] עלולה להשתמע מסקנה, הסותמת כליל את הגולל על תיקונו של העיוות באמצעות סעיף 2א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות).

11. י' אנגלרד, **לעיל** הערה 10, בע' 29.

12. א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 10 (עיוני משפט ה); א' שינבוים "בעיות בדיני מזונות" **דיני ישראל** ז (תשל"ו) רכא, רכה־רכט; מ' שאוה, **לעיל** הערה 10.

13. ע"א 254/76 **ינקוביץ נ. ינקוביץ**, פ"ד לא (3) 169; ע"א 13/78 **ספורטה נ. ספורטה**, פ"ד לב (2) 709; ע"א 130/84 **קרונברג נ. קרונברג**, פ"ד לט (3) 358, 359־360.

14. ע"א 610/88 **קופלוביץ נ. קופלוביץ**, פ"ד מג (1) 834.

בעניין זה פסק בית־המשפט העליון, כי כלפי בני זוג יהודים, כמו גם כלפי בני זוג בני עדה דתית מוכרת אחרת, נשללת תחולתן של כל הוראות החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), למעט סעיף 2 שבו.

מספר שופטים מחוזיים מפרשים את ההלכה, הנובעת מפסק־הדין, כמשתרעת גם על סעיף 2א לחוק. אף בלי לתת את הדעת לביקורת אפשרית על מסקנתו הסוחפת של בית־המשפט העליון[14א], לא מתחייבת מפסק־דין זה מסקנה בדבר שלילת תחולתו של סעיף 2א כלפי בני זוג יהודים. פסק־הדין שולל את תחולתן של ההוראות האזרחיות שבחוק. סעיף 2א הוא יוצא דופן מבחינה זו. ראשית, הוא עצמו חלק מסעיף 2 המוחל כאמור על יהודים. שנית, סעיף 2א לחוק אינו מטיל הוראה אזרחית חיצונית על הדין הדתי, אלא להיפך, משמר חלק נוסף מן הדין הדתי. סעיף 2א לחוק עולה בקנה אחד עם הוראת סעיף 2 לחוק, עם מטרתה החקיקתית ועם הגיונה המשפטי. הוא ממלא בתוכן דתי נוסף את סעיף 2, המשמר דין זה. אמור מעתה, כי הדרך הפרשנית, אשר הוצעה לשם מתן נפקות לסעיף 2א לחוק מבחינת מטרתה והגיונה, אינה נחסמת בעקבות הפסיקה בעניין קופלוביץ ועומדת בעינה גם אחריו.

קוצר ידה של המערכת המשפטית בסוגייה זו, הגורר אחריו את אי ההתאמה הקשה, הוא בלתי מובן. גם ההלכה הפסוקה וגם המחוקק מניחים לקשיים הטכניים לשבש את שורת הדין המהותי, ונמנעים מהגיע להסדר צודק והולם המתיישב עם המטרה החקיקתית ועם צורכי המציאות. אילוצי המחוקק יחד עם מגבלותיה הטבועות של חקיקה שיפוטית — על רקע המציאות הישראלית של פיצול הדינים וכפילות המערכות — יוצרים אמנם לעיתים מבוי סתום. אולם במקרים מסוימים ניתן היה להגיע לפתרון מניח את הדעת גם אם לא מושלם. הסוגייה האחרונה היא אחת הדוגמאות לכך.

§335. ספקות דומים באשר לנפקותה המשפטית של חקיקה אזרחית מתעוררים לגבי היקף תחולתו של סעיף 3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי״ט־1959[15].

§336. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל״ג־1973, לא נמלט גם הוא מגורל דומה. מגמת החקיקה היתה לקבוע הסדר אזרחי שלם העונה על צורכי המציאות החדשה, מתואם עם הוראות אחרות של המשפט האזרחי, ונמנע מפגיעה בתחומים הרגישים של סטאטוס הנישואין ושל תקפות הגט. דחיית מועד מימוש זכות האיזון, בסעיף 5 לחוק, למועד הגירושין הופך את החוק לאות מתה בעקבות הקושי בהשגת גירושין ללא הסכמה בדין העברי. המחוקק לא היה ער דיו לדין הדתי ולאילוציו. לאור התוצאה הסופית, טוב היה לו לחוק במתכונתו הנוכחית שלא נברא משנברא[16]. החקיקה קלקלה את שורת הפסיקה, אשר הפליאה לעשות בקביעתה של חזקת השיתוף[17].

14א. ראה מ׳ שאוה ״היקף התחולה של כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק המזונות״ עיוני משפט טו (1990) 195.

15. על סוגייה זו, ראה לעיל פסקה 139.

16. ראה לעיל פסקה 133.

17. א׳ ברק, לעיל הערה 8, בע׳ 258.

§337. יתרונה של החקיקה לצורך סגירת פערים מוטל לעיתים קרובות בספק חמור. במקרים רבים מיטיב בית־המשפט לעשות מן המחוקק. האילוצים הפוליטיים דוחקים את המחוקק לפינה, המשתקת את כושר העשייה האקטיבי שלו. בדיוק לעת כזו ולצרכים כאלה נדרשת המעורבות השיפוטית.

ב3) קוצר ידה של המעורבות השיפוטית: תפקוד סוגייה בתוך כלל המערכת

§338. חלקיות ההסדר והתפקיד החיוני אותו ממלאת המדיניות המשפטית בהקשר זה יוצרים קושי נוסף, הנוגע לתפקוד סוגייה נידונה בתוך כלל המערכת האזרחית. במסגרת הכוללת של המעורבות האזרחית בתחום הדין הדתי ניתן לאפיין את התופעה כהתמודדות פנימית בתוך מסגרת המשפט האזרחי. כך, למשל, עיצובה הפסיקתי של חזקת השיתוף מחייב לא רק הערכות כלפי הדין הדתי, אלא בעיקר התאמה למערכת האזרחית בכללותה. מערכת היחסים בין בני הזוג משליכה על צדדים שלישיים ועל היקף רחב של חקיקה אזרחית. לא ייפלא, איפוא, כי בשלב מסוים כבד העול על החקיקה השיפוטית, ובית־המשפט הציע למחוקק להתערב ולהסדיר את הסוגייה הסדר שלם ומתואם[18]. בסופו של דבר חותרת דווקא הפסיקה לתיאום הולך וגדל, בעוד התערבות המחוקק בהסדרת סוגיית יחסי הממון בין בני זוג הוכיחה קוצר יד.

ב4) קוצר ידה של המעורבות השיפוטית: תסמונת אמצע־הדרך

§339. החלקיות, המאפיינת חקיקה שיפוטית, יחד עם נפתולי השיבוץ של סוגייה משפטית לתוך אחת המסגרות ואי ההתאמות המתגלות בשיטה, כל אימת שמעורבות שיפוטית חותרת לסגירת פערים, מניחים עניינים רבים, ולעיתים קרובות מרכזיים, בתוך סוגייה אחת כשהם בלתי פתורים ותלויים על בלימה. בהבדל מן ההתמודדות הפנימית בתוך המסגרת האזרחית, בתת־הסעיף הקודם, ניתן לאפיין את הבעיה בתת־סעיף זה כהתמודדות חיצונית בין הדין הדתי למשפט האזרחי.

ההכרה החלקית בסטאטוס אזרחי במקרה של נישואין אזרחיים שנערכו מחוץ לישראל, כמו גם במקרה של קידושין פרטיים, משמשת דוגמא טובה לקושי זה.

§340. נפתח בדיון בסוגיית הנישואין האזרחיים. ההכרה בסטאטוס האזרחי, שנרכש בחיקו של משפט זר, התאפשרה באמצעות יישום טכניקה משפטית, המרכיבה את כללי המשפט הבינלאומי הפרטי על הדין הדתי. זכויות מכוח הסטאטוס הוקנו בדרך של הפניית משפט, דהיינו החלה פיקטיבית של הוראות מסוימות בדין הדתי (דיני המזונות) על הסטאטוס האזרחי[19].

שתי שאלות מרכזיות בסוגיית הנישואין האזרחיים, שנערכו מחוץ לישראל, מצויות עדיין ב'לימבו' משפטי. האחת, האם הסתמכות בית־הדין הרבני על אזרחיותו של קשר הנישואין כעילה יחידה לגירושין — תוכר במשפט האזרחי לצורך נפקויותיו המשפטיות השונות של התרת הקשר. השנייה, זכות המזונות מכוחו של סטאטוס אזרחי — עד מתי;

18. ע"א 135/68 בראלי נ. מנהל מס עיזבון, ירושלים, פ"ד כג (1) 393, 399; ע"א 595/69 אפטה נ. אפטה, פ"ד כה (1) 561, 572.

19. ראה גם לעיל פסקאות 43, 79־80.

האם בכוחם של פסק גירושין או של פסק הפקעת נישואין או של פסק הקובע שאין הם נשואים, היוצאים מלפני בית־הדין הרבני, להפסיק את החבות במזונות?
התשובה לשתי השאלות מסובכת בעקבות הרכבת המשפט האזרחי על הדין הדתי[20].
לא כל טכניקה שהיתה יפה למטרה אחת תיתן אותן תוצאות גם לצורך אחר. מצד אחד, עשויות התשובות לשאלות להיות פונקציה של אנליזה משפטית 'טהורה', המבוססת על השלד המשפטי שנבנה בעבר. מצד שני, מתחם הסבירות של הברירות המשפטיות השונות במסגרת המשפטית שבה עסקינן, ובמיוחד בסוגייה הנדונה, הוא רחב. משום כך, בהקשר זה יותר מאשר מקובל בדרך כלל, מונעת האנליזה המשפטית על ידי המדיניות משפטית ומושפעת ממנה. השיקול הוא לא רק האם ניתן לדחוק את הטכניקה המשפטית להשגת מעורבות אזרחית נוספת, אלא האם יש הצדקה לכך, ומה המחיר שמשלמים הצדדים והשיטה המשפטית תמורתה[21].
ההתמודדות בין המשפט האזרחי לדין הדתי אינה חד־כיוונית, והעדפת המשפט האזרחי אינה תמיד חד־משמעית. התמודדות זו מחייבת הערכה מחדש לגבי סוגיות שונות אפילו באותו נושא. שיקולים, שעמדו במרכזה של העשייה השיפוטית לסגירת פערים, עשויים להוביל בסוגייה מסוימת להשלמה עם הדין הדתי דווקא. צמצום הפער בין המשפט האזרחי לדין הדתי עשוי בנסיבות מסוימות לפעול כאמצעי של סגירת פערים.
ההכרה בנישואין האזרחיים פעלה להגנת זכויות מוקנות של בני הזוג. ואילו העמקת המעורבות האזרחית ופיתוח נוסף של הסטאטוס האזרחי על גילויו השונים, המרחיבים את הפער בין הדין הדתי למשפט האזרחי, עלולה לפגוע באינטרסים של בני הזוג. במועדים הרלבנטיים שולט הדין הדתי באופן בלעדי על התרת הנישואין בין בני הזוג כמו גם על כשרות נישואיהם מחדש. הואיל וכך, עלולה התעלמות מן הדין הדתי לגרור אחריה פגיעה בבני הזוג. התעלמות אזרחית מן ההכרעה הדתית תדחוק את בני הזוג לדרך ללא מוצא, בבחינת 'נישואין קתוליים' שאין אפשרות להתירם[22]. שליטת הדין הדתי על הצדדים ביום הדיון מעניקה לו כוח להכריע על בסיס הדין הדתי הנוהג בו. למשפט האזרחי אין כל חלופה אזרחית להציע לצד המבקש להשיב לעצמו את חופש הבירה ולהתיר את הקשר. אם המשפט האזרחי יתעקש להכיר רק בפסק גירושין שניתן כאילו היו הצדדים נשואים כדמו"י הוא עלול לקלוע אותם לתוך מבוי סתום ולהניחם בדרך ללא מוצא.
ההגנה על העקביות האזרחית עלולה לפגוע בעקביות של השיטה המשפטית בכללותה בתחום רגיש ביותר:

20. השאלות נשארו פתוחות בבג"צ 3/73 **כהנוף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב**, פ"ד כט (1) 449, 454א ובע"א 566/81 **שמואל נ. שמואל**, פ"ד לט (4) 399, 404־405.
שאלת הזכות למזונות לאחר פסק חיוב גירושין, במקרה של פסולי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים כשהעילה היחידה לחיוב היא איסור הנישואין, נשארה פתוחה, ראה בע"א 592/83 **פורר נ. פורר**, פ"ד לח (3) 561, 1566.

21. ראה, למשל, אצל י' אנגלרד, **לעיל** הערה 10, בע' 25, על הקשיים שבהפעלה הפיקטיבית של דיני המזונות שבדין הדתי על סטאטוס אזרחי של פסולי חיתון (כוהן וגרושה), שנרכש בחיקו של משפט זר.

22. א' לבונטין, **לעיל** הערה 6, בע' 32־33; פ' שיפמן "על הזכות להתגייר, על הזכות להתגרש ועל חובת ההכרעה" **משפטים** טז (1986) 212, 223.

"דבר אחד הוא ליצור מציאות נורמטיבית פיקטיבית, לפיה בית־המשפט האזרחי דן בתביעת המזונות לפי המשפט העברי אך בהנחה שהצדדים נשואים; דבר אחר הוא להתעלם מפסק־דין רבני, הקובע שאין הם נשואים או שהאשה חייבת לקבל גט פיטורין"[23].

מאידך גיסא[24], ללא פיתוח הלכות אזרחיות בעקבות ההכרה בסטאטוס האזרחי עלול בית־הדין הרבני לסכל תוצאות, שהמשפט האזרחי חפץ ביקרן. הטלת עילות הגירושין שבדין הדתי על נישואין אזרחיים וצמצום חירות בית־הדין להפקיע את הנישואין על בסיס אזרחיותם של הנישואין לבדו נדרשת כדי להגן על תוקפם. על ידי הפעלת המכשיר של הפקעת הנישואין עשוי בית־הדין הדתי לחזור ולכבוש לעצמו בעקיפין את התחום שנלקח ממנו על ידי המשפט האזרחי, תוך שימוש בכללי המשפט הבינלאומי הפרטי[25].

הכלי המשפטי של המשפט הבינלאומי הפרטי הוא נייטרלי בהקשר זה, ואינו מוביל בהכרח להעדפת הברירה האזרחית[26]. השלטת הדין הדתי בשלמותו על התרת נישואין אזרחיים יוצרת א־סימטריה בין נישואין אזרחיים לנישואין דתיים. בנישואין הדתיים מוגבלות עד למאד עילות הגירושין, ואילו בנישואין האזרחיים, על־פי תפיסת הדין הדתי, די למעשה ברצון אחד הצדדים לשם התרת הקשר. אולם א־סימטריה זו טבועה בעצם ההכרה בסטאטוס האזרחי על אפו ועל חמתו של הדין הדתי. יתר על כן, הכרה אזרחית בסטאטוס נשענת על מדיניות משפטית מודרנית וליברלית. עם דחיית הדין הדתי כבסיס משפטי להכרה בסטאטוס של בני זוג מסוימים לא מן המידה הוא שחלקים מהותיים מדין זה, הנעוצים בלב השקפת העולם הדתית, כגון דיני הגירושין הכלליים דווקא, יוחלו על הסטאטוס האמור. דווקא דחיית דיני הגירושין הכלליים שבדין הדתי על נישואין אזרחיים היא היוצרת סימטריה רלבנטית בהקשר זה. בצדק מזכיר לנו פ' שיפמן, כי דין הגירושין המיושם על ידי בית־הדין הרבני בנישואין אזרחיים עולה בקנה אחד עם מדיניות 'גירושין ללא אשמה', הרווחת היום בחלק ניכר מן השיטות המשפטיות בעולם[27].

יתר־על־כן, שלילת הכרה אזרחית מפסק־דינו של בית־דין דתי, שאינו מעניק כל נפקות לנישואין אזרחיים, עלולה לפתוח פער גדול פי כמה מן הפער שאותה היא מתיימרת לפתור. גישה הצופה פני עתיד מן הראוי שתעודד את העמדה, שאינה מכירה בנפקותו הדתית של קשר נישואין אזרחי. עמדה הפוכה עלולה לגרור אחריה סבך הלכתי כמעט בלתי ניתן להתרה — איסור אשת איש וחשש ממזרות — ולהרחיב את בעיית מעוכבי הגט. המשפט האזרחי, שאיפשר לצדדים לבחור בקשר נישואין אזרחי כדי להמלט מן הדין הדתי, עשוי להחזירם למגרש הדתי ולהטיל עליהם נורמות דתיות, שאינן עולות בקנה אחד עם הברירה האזרחית שבה בחרו. השיטה המשפטית חייבת להיות ערה לכך, שסגירה מקיפה מדי של פער מסוג אחד עלולה לפתוח פער מסוג אחר, עמוק עוד יותר מזה שנסגר.

23. הלכת שמואל, לעיל הערה 20, בע' 404.
24. על השיקולים הסותרים, ראה בהלכת שמואל, לעיל הערה 20, בע' 404־405.
25. ראה לעיל פסקה 175.
26. פ' שיפמן, לעיל הערה 22, בע' 222.
27. פ' שיפמן, לעיל הערה 22, בע' 224־225.

אין להקיש מהטלת דיני המזונות של הדין הדתי על סטאטוס הנישואין האזרחי — על הטלת דיני הגירושין הרגילים על סטאטוס הנישואין האזרחי. טעמים אחדים לדבר. ראשית, ההכרה בסטאטוס מחייבת המצאת קורפוס של דינים לקביעת הסדרם של גילויי הסטאטוס. הפתרון שנמצא על ידי בית־המשפט בעניין זה הוא אפשרות נוחה ויעילה, מה שאין כן לגבי עילות הגירושין. שנית, סוגיית המזונות עוסקת בגילויי הסטאטוס בעוד סוגיית הגירושין עוסקת בסטאטוס עצמו. הרכבת דיני המזונות שבדין הדתי על הסטאטוס האזרחי אינה תואמת את הדין הדתי, היא נעשית למורת רוחו, אך אינה מתנגשת עמו חזיתית. מה שאין כן לגבי כפיית דיני הגירושין שבדין הדתי על הנסיבות האמורות, היוצרת קונפליקט ממשי ומהותי בין המשפט האזרחי לדין הדתי. שלישית, הרכבת דיני המזונות על הסטאטוס האזרחי היא שימוש בטכניקה משפטית בלבד בעוד הרכבת מכלול דיני הגירושין היא פלישה לדין המהותי עצמו, תוך שיבושו ופגיעה אפשרית בזכויותיהם של בני הזוג עצמם.

עם זאת, אין להתעלם מן החשש לסיכול זכויותיהם של הצדדים. יתר על כן, הא־סימטריה הנוצרת, גם אם היא מוצדקת בעיקרון, פותחת פתח לניצולו לרעה של הדין הדתי על ידי אחד מבני הזוג[28]. במקרה זה נשמט הבסיס מן הטיעון המצדיק את הא־סימטריה. במקרים מסוימים עלולות זכויות בן הזוג להיפגע שלא כדין עקב השימוש באזרחיותם של הנישואין כעילה בלעדית להתרתם. מקרים אלה טעונים הוכחה ספציפית; את התשובה לטענה זו יש לתת במישור הרלבנטי: יש להעתיק את הגישה העקרונית, שננקטה על־ידי א׳ לבונטין בסוגיית ההכרה בסטאטוס הנישואין האזרחיים[29], לשלב ההגנה על זכויות במועד התרת הנישואין. הפתרון בשלב זה יבוא לא באמצעות מעורבות הסטאטוס, אלא באמצעות הגנה על זכויות אובליגטוריות וקנייניות על ידי הדין האזרחי, במקרים המתאימים. זאת, באמצעות טכניקות של הגנה על זכויות מוקנות, כגון מניעות, הסכם מכללא וכיו״ב. בכך אנו מצרפים את תמיכתנו לדעתו של פ׳ שיפמן[30].

§341. אשר לקידושין פרטיים[31]. אחת הטכניקות להשגת התוצאות של הענקת סעד לפסולי חיתון, שנישאו בקידושין פרטיים, היתה ׳טכניקת ההדחה׳, דהיינו דחיית החלק האיסורי של הדין הדתי מן המשפט הנוהג. הדבר נעשה, בין היתר, תוך כדי פרשנות חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953, באופן שיתיישב עם עקרונות היסוד של השיטה המשפטית[32].

אולם מה יהא דינה של תביעת מזונות בבית־המשפט האזרחי של גרושה הנישאת לכוהן בקידושין פרטיים, ושזכות המזונות נשללת ממנה בדין הדתי? היקף השימוש בטכניקה של דחייתו של החלק האיסורי מן המשפט הנוהג עשוי להוות שיקול מרכזי בהכרעת שאלה זו. מצד אחד, ניתן להמשיך את הגיונה של דחיית החלק האיסורי מן המשפט הנוהג. על־פי גישה זו, האיסור הדתי של פסול החיתון, שעליו מושתתת שלילת זכות המזונות מן האשה

28. ע״א 571/69 כהנא נ. כהנא, פ״ד כד (2) 549, 557.
29. א׳ לבונטין, לעיל הערה 6, בע׳ 32־33, 91־92.
30. פ׳ שיפמן, לעיל הערה 22, בע׳ 226 — 233.
31. על סוגייה זו ראה לעיל פסקאות 48, 50, 51, 55 — 57, 79, 174, 271, 323.
32. ראה לעיל פסקאות 48, 55, 58, 65, 74, 94.

בדין הדתי, משמיט את הגנת הבעל מפני תביעת המזונות של אשתו במשפט האזרחי. שלילת התוקף האזרחי מן הדין הדתי באמצעות טכניקה זו סוללת את הדרך לצעד הבא של הטלת המזונות. הבסיס להטלתם מחייב אימוץ טכניקה נוספת, ולפיה חיוב המזונות יוחל פיקטיבית על־פי הדין הדתי. סיגול טכניקה זו מותנה בנחישות רצונו של בית־המשפט למלא בתוכן של ממש את הסטאטוס שהוכר על ידו, גם בניגוד לדין הדתי[33]. אם תהיה נכונות כזו מצד בית־המשפט, יתוסף נדבך למערכת המקבילה של דיני המשפחה האזרחיים. זאת ועוד, בני זוג שערכו טכס נישואין פרטי מבקשים לדמות את מצבם לזה של בני זוג נשואים. לא מן המידה הוא שיתחמקו מאחריות, בְּמקום שבני זוג היו כרגיל מחויבים בה. אין הדבר עולה בקנה אחד עם הגנת הציפיות הסבירות של בני הזוג, ועם המתחייב מן התוצאות הטבעיות הנובעות מפעולתם.

מצד שני, ניתן לומר כי 'טכניקת ההדחה' אינה מרחיקת לכת עד כדי כך. ניתן להגיע למסקנה זו בדרכים אחדות: דעה אחת נוטלת כליל את העוקץ מן הטכניקה האמורה. לפי דעה זו לא באה הטכניקה לבטל את האיסור הדתי, אלא היא דרך ביטוי בלבד לעמדה המקובלת, שלשם קביעת תקנת הציבור החילונית אין בית־המשפט רואה עצמו קשור באינטרסים דתיים[34]. דעה פחות מרחיקת לכת מעמידה את הטכניקה בגבולות מצומצמים. לפי דעה זו 'טכניקת הדחייה' לא התכוונה להרחיב את 'הדחת' האיסורים הדתיים גם לתוצאות אופרטיביות בבית־המשפט האזרחי, המתייחסות לגילויי הסטאטוס[35].

שתי הדעות האלה אינן מבחינות בין הדין, אשר יוחל על תביעת מזונות של האשה בשתי ערכאות השיפוט השונות. הליך החשיבה המוצע הוא כדלקמן: נקודת המוצא של בג"צ בסוגיית הקידושין הפרטיים היתה הנפקות המשפטית, המיוחסת לפעולת הצדדים בדין הדתי. ההכרה בתוקף הנישואין בדין הדתי הניחה את התשתית, ועליה יכול היה בג"צ לצעוד קדימה ולהגיע למסקנות חילוניות על הבסיס הדתי. הגיון זה של הדברים, דהיינו: תלותן של המסקנות החילוניות בנפקות הדתית, לאור העדר נפקות דתית מבחינת גילויי הסטאטוס, מחייב את שלילת המזונות בבית־המשפט האזרחי כמו בבית־הדין הדתי. דחיית התביעה למזונות תגביל את סגירת הפער למישור העקרוני — הכרה בסטאטוס — מבלי להסיק את המסקנות המעשיות המתבקשות מכך — הכרה בגילויי הסטאטוס. כפי שעוד ניווכח בהמשך, מעדיף בית־המשפט פתרונות במישור המעשי על פני הסדר במישור העקרוני. על בסיס גישה זו יש להניח, כי בית־המשפט יעדיף להסדיר את התוצאות הנובעות מן ההכרה בסטאטוס, ולא יסתפק בהכרה העקרונית לבדה. אולם, התשובה מורכבת יותר. בסופו של דבר תקבע מידת הנחישות להשלמת סגירתו של הפער — את מידת הנכונות להתמודד עם קשיים של יישום 'טכניקת הדחייה' ושל החשש מפני הרחבת הפער בין הדין הדתי לאזרחי, במקרה של הענקת מזונות בנישואי איסור בניגוד לדין הדתי.

33. פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 203.

34. פ' שיפמן, **שם** בע' 205.

35. י' אנגלרד, **לעיל** הערה 10, בע' 25־26. בהלכת **פורר**, **לעיל** הערה 20, מצטטת השופטת ש' נתניהו את עמדתו של י' אנגלרד, אך משאירה את השאלה בצריך עיון (**שם** בע' 1566, 1568ה).

סוגיית הקידושין הפרטיים מציגה לנו את השטר, ומניחה בעת ובעונה אחת את שוברו בצדו. עדים אנו להליך סגירת הפערים ולטכניקות שהדבר נעשה באמצעותן, כמו גם לגבולותיו של ההליך ולמגבלותיו. הדעה הנוטלת כליל את העוקץ מ׳טכניקת ההדחה׳ נובעת מהתייחסות לטכניקה על־פי מידת צידוקה בניתוח עיוני, הקושר את הוראות חוק שיפוט בתי־דין רבניים עם פרשנות מקובלת של השיטה המשפטית.

אולם, כדי להבין את משמעות הטכניקה האמורה ולחזות את היקף השימוש בה, יש להתעלם מן הבסיס העיוני ומן הדרך הפרשנית, ששימשו אותה בשלב העוברי. יש לבחון את המעמד העצמאי שהיא השיגה בעקבות פיתוחה על ידי בית־המשפט, את הצרכים החברתיים שהיא משרתת, ואת עוצמתה של השקפת העולם המונחת ביסוד יצירתה והעשויה להמשיך ולהניע את גלגלי הפסיקה. הטכניקה נועדה לשרת את המהות. משיצאה לאוויר העולם ועברה את המכשול של הריסון העצמי השפיטתי בעניינים אידיאולוגיים, פרשה כנפיים והפכה להיות אמצעי העומד ברשות עצמו. מכאן ואילך, היא עשויה להיות כלי פרשני מרכזי ואמצעי תקדימי יעיל לסגירת פערים, בכל עת שהמדיניות המשפטית תבקש זאת.

ג) סגירת פערים הפותחת פערים חדשים

§342. לסגירת פערים יש מחיר מיידי בפתיחת פערים חדשים מסוגים שונים: חברתיים, אידיאולוגיים ופרגמטיים. חלקם מודע ונלקח בחשבון במסגרת איזון האינטרסים השונים. חלקם אינו מודע ויוצא לאוויר העולם רק בשלב מאוחר יותר. ״לעיתים סתימתה של פרצה אחת יוצרת פרצות אחרות״[36].

לעיתים, הפער החדש שנפתח יוצר קשיים מרובים יותר מן הפער שנסגר במחירו. פערים חדשים אלה מחייבים מעורבות נוספת לשם סגירתם. עם זאת, יש פערים חדשים, שאינם ניתנים לגישור. סגירת הפערים נקנית במחירם של הפערים החדשים שנפתחו. במקרים אלה, מוטלת לפתחו של בית־המשפט ההכרעה בשאלת ההעדפה בין המעורבות והמחיר הנתבע בגינה — לבין השארת המצב הקיים בעינו. במקרים אחרונים אלה נדרשת מבית־המשפט מודעות לפערים החדשים הצפויים. ממילא מתחייבות הכרעות ערכיות יחד עם פעולות של איזון אינטרסים ושל שיקלול כדי להגיע לפסיקה הסופית.

בדברנו על פתיחת פערים חדשים אנו מתכוונים בעיקר לפערים בתוך המשפט האזרחי עצמו ובמסגרת השקפת העולם האזרחית פנימה. הפער בין הדין הדתי למשפט האזרחי, הנוצר בעקבות הליך סגירת הפערים, הוא תוצאה טבעית ומתחייבת מעצם ההליך. עם זאת, אין להתעלם כליל גם מפן זה. במכלול השיקולים יש להביא בחשבון גם את תוצאות הפער הנוצר בין הדין הדתי למשפט האזרחי, דהיינו את ההשלכות על השיטה המשפטית ובעיקר — על זכויות הצדדים.

§343. לא נעסוק במסגרת זאת בהרחבה בדימויו, ביוקרתו ובמעמדו של בית־המשפט בקרב חלקים שונים של הציבור עקב ההליך של סגירת פערים וכתוצאה ממנו. קבוצות המיעוט הדתיות נוהגות להפריז מדי פעם באשר להשפעתה של הפסיקה סוגרת הפערים על מידת

36. השופט א׳ ברק בע״א 165/82 קיבוץ חצור נ. פקיד שומה רחובות, פ״ד לט (2) 70, 177.

האמון, שהן עשויות לרחוש לבית־המשפט. במקרה של התנגשות, על בית־המשפט להיענות למצוקות הרוב — חברתי ואידיאולוגי גם יחד — שנורמות דתיות נאכפות עליו[37]. כל עוד אין בית־המשפט 'שובר את הכלים' אלא שומר על 'כללי המשחק' הוא יוצא ידי חובת אמון הציבור, המהווה את היסוד המוסד לתפקודה של המערכת השיפוטית[38]. עם זאת, יש לקחת בחשבון מרכיב זה ולהעמידו בצד מערכת השיקולים הכוללת. משקלו של מרכיב זה תלוי באופי הסוגייה ובשיקולים האחרים, ואותם נפרט בהמשך.

נדגים כיצד התופעה המתוארת של פתיחת פערים חדשים, בעקבות סגירתם של אחרים, באה לידי ביטוי ממשי במקרים שונים:

§344. ראינו כיצד פרשנות רחבה של חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951, שנועדה לסגור את הפער בין המינים — וזה, נוצר כתוצאה מהחלת נורמות דתיות — יצרה פער מעמדי בין נשים בעלות אמצעים לנשים חסרות אמצעים[39].

§345. ההכרה הרחבה בידועים בציבור מקורה, בין היתר, במגבלות על הנישואין ובקשיים, שמתעוררים בגירושין עקב החלת דין תורה[40]. אין ספק, כי מוסד זה בכללותו מעורר ביקורת קשה מצד הציבור הדתי לא רק בשל הפגיעות ההלכתיות הגלומות בו והקוד המוסרי המשתמע ממנו, אלא גם בשל הפגיעה בתא המשפחתי[41]. על כך אין לתמוה. לא זה הפער החדש שבו מתמקדת הטענה: מרכז הכובד הוא ההכרה בידועה בציבור של גבר נשוי על אפה ועל חמתה של אשתו.

הוראה משפטית זו נועדה לסגור את הפער, שעניינו הקושי להתיר את הנישואין ללא הסכמה. הביקורת גורסת, כי סגירת הפער רחבה מדי: היא נקנית במחיר כבד של פתיחת פער חדש, שעניינו פגיעה בזכויותיה של האשה הנשואה כדין[42].

> "הקניית זכויות אלו לבני זוג, כאשר הם נשואים לאדם אחר, ספק גדול אם ניתן להעלותה בקנה אחד עם הערך החברתי עליו בא להגן חוק ריבוי נישואין במציאות הישראלית דווקא, דהיינו הגנה על בן הזוג הראשון מפני אפשרות של התקשרות עם בן זוג חדש הפוגעת בזכויות החוקיות של הראשון"[43].

37. על ההתחשבות בהסכמה החברתית, ראה א' ברק, לעיל הערה 8, בע' 289 — 291.

38. על מרכזיותו של אמון הציבור במערכת השיפוטית, ראה א' ברק, לעיל הערה 8, בע' 291 — 297. על הדעה, שעל הרשות השיפוטית לרסן את עצמה בקביעת ערכי היסוד המוגנים ולהימנע מהרפתקאות בשוליים, ראה שם בע' 273־274.

39. ראה לעיל פסקה 332.

40. ראה לעיל פסקאות 311 — 313.

41. ראה, בין היתר, שורת המאמרים בחוברת הידועה בציבור (הוצאת המפד"ל, מחלקת ההסברה, פ' פרבר, עורך, תשכ"ה); מ' אלון, חקיקה דתית בחוקי מדינת ישראל ובשפיטה של בתי־המשפט ובתי־הדין הרבניים (תשכ"ח) 121, 127, 153־154.

42. ראה, למשל, פסק־דינו של השופט י' קיסטר בבג"צ 73/66 זמולון נ. שר הפנים, פ"ד כ (4) 645, 662ב־ג. כן ראה י' ש' בן־מאיר "הידועה בציבור — בחקיקה ובפסיקה" הידועה בציבור (לעיל הערה 41) 7, 9, 15; א' מלחי "קואזי־אשה" הידועה בציבור (לעיל הערה 41) 16, 28; א' שינבוים, הידועה בציבור (לעיל הערה 41) 47־48; ט' סנהדראית, הידועה בציבור (לעיל הערה 41) 49.

43. פ' שיפמן, לעיל הערה 33, בע' 164.

§346. סעיף 6 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי״ג־1953, הקים מנגנון פיקוח חילוני כפול על אמצעי כפיית גט, המסורים לבתי־הדין הרבניים. המחוקק ביקש למנוע עצמאות יתר של הערכאה הדתית ולהטיל פיקוח על תוצאות משפטיות, הנובעות מאיסורים דתיים מובהקים. כבר עמדנו בהרחבה על כך[44], שהדרך הפרשנית אשר נבחרה לשם סגירת הפער היתה גורפת מדי. דרך פרשנית זו אינה ערה לצרכים המיוחדים של השיטה המשפטית, הנובעת מדיני הגירושין בין יהודים בישראל. הפער החדש מתבטא בסיכול האפשרות לעשות שימוש באמצעי עקיפין, שמקורם בדין הדתי, לשם הקלת אפשרות התרת הנישואין במקרים מוצדקים.

§347. ראינו כיצד סגירת פערים, שעניינה הכרה בסטאטוס שנרכש בחיקה של שיטת משפט זרה, נקנית במחיר של פיצול סטאטוס לצרכים שונים; כך נפתחים פערים חדשים. פיצול הסטאטוס מקשה על הצדדים במהלך חייהם ומכביד במיוחד לעת התרת הקשר, ועל הרצון להינשא מחדש. נוסף לכך נפגעת שלמות השיטה המשפטית.

§348. מן הראוי לציין, כי אילו ניתן לסעיף 3א לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי״ט־1959, מלוא היקפה של הפרשנות העשויה להשתמע ממנו, והקובעת שוויון מלא ומוחלט בין הגבר והאשה לעניין החבות במזונות הילדים[45], היה נפתח פער חדש לרעת האשה. כוח המיקוח של האשה היה נפגע עוד יותר בשל תיקון סלקטיבי בתחום אחד של דיני המשפחה, המתעלם מן התמונה הרחבה של ההסדר הכולל[46]. סגירת פערים חייבת להתמודד עם ההיבט הרחב והכולל של שיטת המשפט בתחום דיני המשפחה. התוצאה בסוגייה אחת עלולה להשליך על תוצאות בסוגיות אחרות. רק לאחר הבחינה הכוללת והשקלול של כל מאזן האינטרסים ניתן להכריע במידת היעילות והצידוק של הליך סגירת הפערים.
בכל אחד מן המקרים האמורים ניתן היה לצמצם את הפער החדש שנפתח.

§349. במקרים מסוימים ניתן היה למנוע את פתיחת הפער החדש מלכתחילה על ידי פרשנות ממוקדת יותר ורחבה פחות. המערכת הכפולה של הדינים יוצרת הסדר סבוך ומורכב. תנועה פרשנית בלתי זהירה עלולה להביא יותר נזק מאשר תועלת. בהקשר זה, על הפרשנות לבודד את המטרה החקיקתית על בסיס העוול או התקלה שאותם באה החקיקה לתקן[47]. על הפרשן להיות ער להקשר הכולל של הדברים במסגרת השיטה המשפטית ולתוצאות העשויות לנבוע מפרשנותו[48]. במיוחד אמורים הדברים בתחום דיני המשפחה על מורכבותו

44. ראה לעיל פסקאות 295, 304.
45. ראה לעיל פסקה 139.
46. ראה לעיל פסקה 140.
47. ע״פ 536/79 **מדינת ישראל נ. קדוש**, פ״ד לד (2) 552, 556; הלכת קיבוץ חצור, לעיל הערה 36, בע׳ 377; ע״א 55/79 **אגודת הכורמים הקואופרטיבית בע״מ נ. מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, חדרה**, פ״ד לד (3) 197, 203ב. כן ראה א׳ ברק ״כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?״ **הפרקליט** לו (1985) 165, 186.
48. א׳ ברק, **שם** בע׳ 185 — 187 והאסמכתאות המפורטות שם.

ורגישותו האנושית כמו גם הפוליטית. בסופו של דבר יש למקד את הפרשנות בתאים המשפטיים הנגועים. קרינה פרשנית רחבה מן הדרוש בנסיבות העניין עלולה לפגוע בתאים משפטיים בריאים או להביא מחלה חדשה.

במקרים אחרים, ניתן היה לצמצם את הפער החדש שנפתח על ידי התאמת אמצעים שיפוטיים[49].

אשר לפערים הנפתחים בעקבות חקיקה שיפוטית, כדוגמת פיצול הסטאטוס, הנובע מהכרה בסטאטוס אזרחי בטכניקות משפטיות שונות. פערים במסגרת כזאת הם בחלקם בבחינת מחיר הכרחי שיש לשלמו, ובחלקם עשויים להצטמצם גם כן על ידי התאמת אמצעים שיפוטיים.

2) גבולותיה של סגירת פערים שיפוטית

א) העמדות העקרוניות: בין מעורבות לריסון

א1) השאלה העקרונית ואמות־המידה המוצעות

§350. שאלת גבולות המעורבות השיפוטית בדיני המשפחה בישראל מעוררת בעיות עקרוניות, כשם שהיא מעוררת שאלות ייחודיות. במישור העקרוני:

> "השאלה הגדולה היא, אם אין להסתפק בהכרעה שנעשתה על־ידי המחוקק עצמו ולהשאיר בידיו, לטוב או לרע, את היוזמה לשינויים. במילים אחרות, הבעיה האמיתית נוגעת לתפקיד שעל בית־המשפט למלא בסכסוך האידיאולוגי החריף בנושא דת ומדינה. שאלה זו מצדה היא שאלה ערכית שהתשובה עליה חורגת בהכרח מתחום הניתוח המשפטי"[50].

בית־המשפט אינו חייב אוטומטית ומלכתחילה לסגת, כל אימת שהעניין הנידון לפניו הוא בעל אופי אידיאולוגי[51].

> "אפילו כאשר נושא ההכרעה הוא בעיה פוליטית־אידיאולוגית, הביקורת השיפוטית היא לעולם משפטית. לא את האידיאולוגיה שלו מביע השופט אלא את תפיסתו המשפטית באשר לחוקיותה של האידיאולוגיה. עיסוק כזה באידיאולוגיה לגיטימי הוא לרשות השופטת... לעולם על השופט לרסן עצמו מלהביע את דעתו הפרטית, אך דבר זה אין משמעותו, כי מחלוקת אידיאולוגית, שיש לה היבט משפטי אינה שפיטה"[52].

אולם, מאידך גיסא, עדיף שלא יהא זה בית־המשפט אשר יכריע שאלה השנויה במחלוקת אידיאולוגית חריפה. האמירה שלפיה:

49. ר' אנגלרד, לעיל הערה 10, בע' 24 — 29.
50. ר' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" **משפטים** ד (1972) 31, 62.
51. א' ברק "על השופט כפרשן" **משפטים** יב (1982) 248, 254.
52. בג"צ 910/86 **רסלר נ. שר הבטחון**, פ"ד מב (2) 441, 493.

"על השופט לבחור בדרך כלל בשביל הזהב שבין שמרנות מזה ובין אגרסיביות מזה"[53],
מחזירה אותנו אל נקודת המוצא.

§351. קו הגבול בין המעורבות לריסון הוא מן העניינים היותר קשים להכרעה. סימן הדרך על השביל מורה, כי על השופט להימנע מהטלת ערכיו הסובייקטיביים על החברה שבה הוא חי. עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב, ולהתחשב בהן[54]. אולם גם סימן דרך זה אינו חד־משמעי. הוא עשוי להתפרש אחרת על ידי שופטים שונים באותו עניין עצמו[55]. הוא עשוי להתפרש אחרת על ידי אותו שופט בעניינים אידיאולוגיים שונים הדומים מבחינת הסוגייה הנידונה (למשל עניינים דתיים). כך, למשל, נמנע השופט מ' לנדוי מהכרעה בפרשת שליט (בעניין 'מי יהודי') מן הטעם, שבהעדר הסכמה כללית בציבור הנאור על בית־המשפט להתאפק ולהימנע מהכרעה במחלוקת האידיאולוגית[56]. אולם בסוגיית הקידושין הפרטיים היה זה דווקא השופט מ' לנדוי, אשר התערב והעניק סעד לפסולי חיתון תוך הענקת לגיטימציה לעקיפתם של איסורים דתיים־פולחניים, וזאת מן הטעם שהם נוגדים את השקפת העולם החילונית[57].

§352. אמות־המידה, שניתן להציע לקביעת קו הגבול האמור, נתונות כולן לפרשנותו של בית־המשפט. שיקול הדעת הכרוך בהפעלתן עשוי להיות מוטה מהשקפת העולם של השופט. עם אמות־מידה אלה ניתן למנות, בין היתר:

א) הערכת היחס בין היקף הקונסנסוס הציבורי לבין ההשקפה האישית של השופט.

ב) כאשר ניתן להכריע בשאלה המערבת בעיה של השקפת עולם בלי להיזקק לפתרון המוכתב על ידי ההשקפה האישית של השופט, יש לעשות כן.

> "אם מתעוררת בפניו בעיה של השקפת עולם, אשר לגביה הדעות של בני הציבור הנאור הן חלוקות עד היסוד ורובצת ביניהן תהום עמוקה — כל שכן, אם המחלוקת הזאת מסעירה את הרוחות — כי אז מוטב שהשופט

53. א' ברק, לעיל הערה 51, בע' 254 וכן בע' 288. ראה גם ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (1984) 233, 256.

54. ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ. מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; בג"צ 58/68 שליט נ. שר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 520; הלכת רסלר, לעיל הערה 52, בע' 482. א' ברק, לעיל הערה 8, בע' 187־188.

55. על התלבטות השופטים בהיקראם להכריע בשאלה האידיאולוגית של 'מי יהודי', ראה הלכת שליט, שם בע' 519 — 522 (השופט מ' לנדוי), 532 — 536 (השופט א' ויתקון), 599 — 604 (השופט ש' אגרנט). בעניין רסלר, לעיל הערה 52, בע' 493, קובע השופט א' ברק, כי אין ניגוד עקרוני בין דעתו של השופט ויתקון לבין דעתו של השופט אגרנט, והצדק עמו. שני השופטים מסכימים, כי קיימים מקרים בהם על בית־המשפט לנקוט עמדה אידיאולוגית ולעומתם מקרים אחרים, שבהם עליו להימנע מכך. המחלוקת ביניהם היא ביישום המעשי בנסיבות המקרה.

56. הלכת שליט, לעיל הערה 54, בע' 520 — 522.

57. בג"צ 80/63 גורפינקל וחקלאי נ. שר־הפנים, פ"ד יז 2048, 2069, בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד (1) 704, 712־713.

ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה, ובלבד שקיים בפניו מוצא שיפוטי, שאינו מצריכו לעשות כן"[58].

אין השופט גורס כאילו יש להימנע כליל מן ההכרעה. הוא מעדיף לצמצם את המעורבות האידיאולוגית של בית־המשפט במקרים כאלה[59].

ג) האם נמצאים בידי השופט מקורות כשרים לפסיקתו[60]? כאשר ניתן לבחון סוגייה לפי אמות־מידה משפטיות והביקורת השיפוטית תעוגן במישור המשפטי, אין לסגור את שערי בית־המשפט בפני מחלוקות בעלות סממנים מדיניים או פוליטיים[61], או בפני מחלוקות המפלגות את הציבור[62].

ד) היחס בין המרכיבים או היסודות בעלי האופי הפוליטי למרכיבים או ליסודות בעלי האופי המשפטי, ומידת הדומיננטיות של אלה לעומת אלה, עשויים גם הם לשמש מבחן ראוי[63].

א2) העמדה השמרנית וביקורת המעורבות השיפוטית

§353. המעורבות השיפוטית בענייני נישואין וגירושין זכתה לביקורת מפי מלומדים שונים. לדידו של א' לבונטין שמירת הסטאטוס־קוו תוך נאמנות להסדר המשפטי, המשקף את האיזון הפוליטי שהושג בין הזרוע החילונית לזרוע הדתית, הִנה מחויבת המציאות. מעורבות שיפוטית לכיוון זה או אחר משלהבת מחדש את המאבק שכוונת ההסדר היתה להרדימו[64]. דרך סגירת הפערים על אמצעיה השונים זוכה ממנו לביקורת קשה.

"נחזור ונתריע על הסכנה הכרוכה במאמצים שנעשו לאחרונה בבתי־המשפט האזרחיים להתנכל לדין הדתי **בשולי הדברים ובין השיטין**, להודות בו עקרונית ועם זאת לזנב בתחולתו בדרך של פתרונות 'מעין יהודיים' המתיימרים להשיג תוצאות עצמאיות כל אימת שהתוצאה לפי הדין היהודי נראית לשופט קשוחה ובלתי רצויה"[65].

נאמן לגישתו זו הוא מבקר את הרכבת כללי המשפט הבינלאומי הפרטי על הדין הדתי, המולידה הכרה בסטאטוס אזרחי. גם הרכבת הוראות הפרוצדורה האזרחית על עניינים הכפופים בבית־המשפט המחוזי לדין תורה זוכה אצלו לקבלת־פנים צוננת:

58. הלכת שליט, לעיל הערה 54, בע' 600 (השופט ש' אגרנט).
59. הלכת שליט, לעיל הערה 54, בע' 599־600.
60. כלשון בית־המשפט בבג"צ 390/79 דויקאת נ. ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1, 4.
61. בג"צ 852/86 אלוני נ. שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1, 29־30, 37־38; בג"צ 953/87 פורז נ. ראש עיריית תל־אביב־יפו, פ"ד מב (2) 309, 321.
62. הלכת דויקאת, לעיל הערה 60, בע' 4; בג"צ 428/86 ברזילי נ. ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, 585; הלכת רסלר, לעיל הערה 52, בע' 493, 515־516.
63. הלכת אלוני, לעיל הערה 61, בע' 29; הלכת רסלר, לעיל הערה 52, בע' 515־516.
64. א' לבונטין, לעיל הערה 6, בע' 77. על מגמה כללית לשמירת הסטאטוס־קוו, ראה בידו"מ 1/50 סידיס נ. יו"ר ההוצאה לפועל, פ"ד ח 1020, 1026־1027.
65. א' לבונטין, לעיל הערה 6, בע' 50.

"חשודה כל 'הרכבת' ענפי הפרוצדורה האזרחית על הגזע הדתי לכשהענפים מתחילים למוטט ולהכריע את הגזע שעליו הורכבו. וחשודה ה'הרכבה' שבעתיים כשהיא נעשית על־מנת להכריע את הגזע"[66].

בעיניו של א' לבונטין, כמו גם בעיני מ' אלון[67], נראית סגירת הפערים על דרך המעורבות השיפוטית, בתחומים שונים ובאמצעים שונים, כהטיית כף המאזניים אל עבר התחום החילוני. כמוה כ'השתלטות חילונית' בניגוד למאזן הכוחות העדין שהושג בחקיקה. גם י' אנגלרד מבקר כמעט בכל התחומים את חלק הארי של האמצעים, שבהם נעשה שימוש על ידי הפסיקה לצורך סגירת הפערים ובמהלכה[68], בשל היותה נגועה במתן "ביטוי מובהק לנקיטת עמדה סובייקטיבית של שופט במחלוקת אידיאולוגית"[69]. העובדה, שהפתרון בדין הדתי אינו מקובל על השופט נוכח השקפת עולמו, מהווה נימוק חשוב בהכרעתו של אותו שופט שלא להיזקק לדין זה[70]. ואכן קשה שלא להסכים עם הקביעה כי בסוגיות שונות, כמו למשל, ההכרה בסטאטוס אזרחי שנרכש בחיקו של משפט זר והענקת סעד לפסולי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים, מכריעה השקפת העולם החילונית את כף המאזניים של הפסיקה[71].

בצד עמדה עקרונית זו ניתן לקבוע, כי סגירת הפערים פוגעת בשלמות הדין הדתי. כתוצאה מכך נפגע לא רק התוכן של הדין הדתי, המהווה חלק מן המשפט הנוהג בישראל, אלא גם אופיו[72].

ביקורת אחרת מקושרת אל האינטרס החילוני ולאו דווקא הדתי. פיתוח דרכי עקיפין עלול לכרסם גם באינטרסים חילוניים, שמוסד הנישואין נועד לשרת, כגון ההגנה על שלמות המשפחה[73] ועל הסדר הציבורי התקין[74]. אחת מתוצאותיו של הליך סגירת פערים היא מצב של מסרים כפולים, היוצר מבוכה בציבור וחותר תחת עיקרון שלטון החוק[75]. קיומה של נורמה ושובר של עקיפה ואי־אכיפה בצדה אינם תורמים לתפיסה שלמה וראויה של שלטון החוק[76].

66. א' לבונטין, לעיל הערה 6, בע' 72.

67. מ' אלון, לעיל הערה 41, בע' 69 — 154; מ' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 1489 — 1499, שבמרכזם ביקורת על הפסיקה בסוגיית הקידושין הפרטיים לפסולי חיתון.

68. י' אנגלרד, לעיל הערה 50, מע' 40 ואילך; י' אנגלרד, לעיל הערה 10.

69. י' אנגלרד, לעיל הערה 50, בע' 40.

70. י' אנגלרד, לעיל הערה 50, בע' 33.

71. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 33, בע' 197־198, 231, 253־254.

72. ראה, למשל, י' אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי" המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בזק, עורך, תשכ"ט) 110, 129־130. הדברים נאמרו במסגרת הביקורת על הרכבת דיני הראיות של המשפט האזרחי על הדין הדתי, בהיותו מוחל בבתי־המשפט האזרחיים.

73. ראה דברי השופט מ' לנדוי בהלכת זמולון, לעיל הערה 42, בע' 668.

74. ראה השיקולים השונים בפרשת קידושין פרטיים לפסולי חיתון, בין היתר, בהלכת גורפינקל וחקלאי, לעיל הערה 57; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 57.

75. ראה לעיל פסקאות 115־116.

76. A. Rosen-Zvi, "Freedom of Religion: The Israeli Experience" 46 **Zeitschrift fur auslandisches offentliches Recht und Volkerrecht** (1986) 213.

כל אחת מן הסוגיות השונות של סגירת הפערים זכתה גם לביקורת פרטנית. כאשר עסקנו בכל אחת מסוגיות אלה הפננו את תשומת הלב אל הביקורת ודבריה. בכל אחת מן הסוגיות ניתן לאתר נקודות משפטיות ספציפיות, העומדות במרכז הביקורת, כולל סטייה מפסיקה קודמת ומידת ההתאמה לסוגיות סמוכות. אולם, הביקורת בכל אחת מן הסוגיות הפרטניות נובעת ומונעת בראש ובראשונה מן העמדה העקרונית נגד המעורבות השיפוטית לסגירת פערים.

א3) העמדה הליברלית: תמיכה במעורבות השיפוטית

§354. דברי הביקורת אינם מצדיקים את ההימנעות מהליך סגירת הפערים בשיטתנו המשפטית באשר לסוגיות רבות. שיטה משפטית, המטילה מערכת נורמות דתיות אל תוך המערכת האזרחית ומחדירה למעשה את השקפת העולם הדתית אל המערכת הנורמטיבית במסגרת הסדר תחום משפטי מסוים, חייבת לקחת בחשבון הן את הפערים העלולים להיווצר והן את הצורך החיוני לסוגרם.

קיימת סימטריה מוכרחת בין אכיפת נורמות דתיות על חברה חילונית — לבין סגירת פערים בין הנורמה הדתית למציאות החילונית. היטיב לבטא עמדה זו ראש הממשלה בעבר, דוד בן־גוריון. בעת הדיון בכנסת בהצעת הסעיף, המטיל חלק מהוראות חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951, על בתי־הדין הדתיים, הוא אמר:

> "אין אתם יכולים לאחוז החבל בשני ראשיו; ...או שהרב לא תהיה לו כל זיקה לחוק המדינה, וגם לא ייהנה מסמכות ממלכתית, ויפעל אך ורק בכוח הדין הדתי, והשומע ישמע, והחדל יחדל; או שבשטח מסוים תוענק לו סמכות ממלכתית... ואז המדינה תגיד לו כיצד עליו לפעול ומה הם התנאים שבהם קיימת סמכותו הממלכתית כשם שהיא עושה זאת ביחס... לכל מי שפועל מטעם המדינה. אין מפלט מברירה זו: או סמכות ממלכתית לפי תנאי המדינה, או חוסר כל זיקה למדינה, אך אין להעלות על הדעת שלרבנים תינתן סמכות ממלכתית, וסמכות זו לא תהיה תלויה כלל וכלל בקביעת המדינה"[77].

אחד הטיעונים המרכזיים, התומכים בהפרדה חלקית או מלאה בין הדת למדינה, מתייחס לחשש, כי זיקה בין הדת למדינה גוררת אחריה בהכרח גם רמת מעורבות כלשהי של המדינה בדת[78]. אם זו תוצאתה של זיקה רגילה של הדת למדינה, כפיית נורמות דתיות על ידי המדינה בענייני המעמד האישי תגרור אחריה תוצאה כזו על אחת כמה וכמה.

> "Religion underwritten by the funds or force of the state is likely to become a captive of the state. The history of freedom where religion is a tool of the state or where the state is a tool of religion is usually a very short history"[79].

77. ד"כ 9 (1951) 2132. על הביטויים הנורמטיביים של מעורבות המדינה בדת, ראה A. Rosen-Zvi, **ibid;** I. Englard, "Law and Religion in Israel" 35 **Am. J. of Com. L.** (1987) 185, 197.

78. **McCollum v. Board of Education,** 333 U.S. 203 (1984); L.H. Tribe, **American Constitutional Law** (2nd ed., New-York, 1988) 1158-1159; N.L. Cantor, "Religion and State in Israel and the U.S.A." 8 **Tel Aviv University Studies in Law** (1988) 185, 188.

§355. לא בכדי מופיעים בפסיקה העוסקת בסגירת הפערים ביטויים של צדק, נחיצות וכורח. בסוגיות השונות שנידונו בהן אמצעים לסגירת פערים מאפיין בית־המשפט את פעולתו כ"הכרח לא יגונה". בית־המשפט מצדיק את התוצאות שהוא מגיע אליהן כ"רע במיעוטו" — לעומת המצב שהיה קיים עובר להתערבותו, המנציח את המצוקה ומניח את הפער כשהוא לא מגושר. השימוש בביטויים אלה כמאפייני הסדרים משפטיים מסויימים בא להצדיק אמצעים משפטיים עוקפים, חריפים או יוצאי דופן, וכן את התוצאות המשפטיות הבאות בעקבותיהם. לא ייפלא איפוא כי ביטויים אלה רווחים בבית־המשפט העליון בנושאים, הקשורים לזיקה שבין הדין הדתי להסדרים האזרחיים בתחום דיני המשפחה. ניסוחים אלה מלמדים על מידת המודעות של בית־המשפט הן לרגישות הנושא והן למדיניות המשפטית המיוחדת, שהגשים באמצעים המשפטיים השונים.

ראינו, כיצד בסוגיית הקידושין הפרטיים לפסולי חיתון השתמש בית־המשפט בניסוחים שונים, כגון:

(חיפוש פתרונות) "כדי להגיע ל־modus vivendi נסבל"[80];

"הרשות החילונית באה לעזרתו של אדם"[81];

(ה)"הכרח לא יגונה"[82].

אמצעי של סגירת פערים אותו נקטה הפסיקה — הרכבת דיני ראיות וכללי הפרוצדורה האזרחית על הדין הדתי המהותי בהידונו בבתי־המשפט האזרחיים — ספג ביקורת קשה. "הכרח לא יגונה" היתה תגובתו של בית־המשפט העליון, מפיו של השופט ח' כהן, לדברי הביקורת. בצד ביטוי זה הצדיק בית־המשפט את התוצאה והכשיר את האמצעים המשפטיים שננקטו בסוגייה זו לשם השגת התוצאה, באומרו:

"אין מנוס מן ה'מלאכותיות' הזאת... במצבנו המיוחד שעטנז זה הוא הרע במיעוטו"[83].

גם ההכרה בזכויות הידועים בציבור אופיינה על ידי בית־המשפט בביטוי "הכרח שלא יגונה"[84].

בעניין אחר הצדיק בית־המשפט יצירתה של הנחה משפטית פיקטיבית והרכבה מלאכותית של דין דתי על הסדר אזרחי באומרו:

"דומה שההסדר הקיים הוא בחינת הרע במיעוטו"[85].

אלה דבריו של השופט א' ברק, בהתייחסו לזכות המזונות של אשה הנשואה בנישואין אזרחיים, כלפי בעלה. ההודאה השיפוטית בדבר מקורה המשפטי הבעייתי של הזכות

79. P. Kurland, "Religion and the Constitution: Eternal Hostility Against Every Form of Tyranny Over the Mind" 20 **U. Cal. Davis L.R.** (1987) 705, 721

80. בג"צ 130/66 שגב נ. בית־הדין הרבני האיזורי, צפת, פ"ד כא (2) 505, 558.

81. הלכת שגב, שם בע' 555.

82. הלכת שגב, לעיל הערה 80, בע' 556־557.

83. ע"א 99/63 פלג וארז נ. היועה"מ, פ"ד יז 1122, 1128.

84. הלכת זמולון, לעיל הערה 42, בע' 668.

85. הלכת שמואל, לעיל הערה 20, בע' 404.

'מתקזזת' בקביעת הצדקתה של הדרך השיפוטית, לאור בחינת התוצאה שבית־המשפט הגיע אליה וזאת — על רקע המציאות המשפטית, המאפיינת את השיטה המשפטית הקיימת.

§356. ככל שמתגברת תחושת התסכול על חומרותיו של הדין הדתי, וככל שגדלה האכזבה מתפקודם של בתי־הדין הדתיים — נוטה הציבור לשקול היזקקות לדרכי עקיפין. צורכי הציבור והקשיים שהוא נתקל בהם בענייני המעמד האישי יוצרים לחץ על המערכת השיפוטית. הביקורת הציבורית אינה משאירה את בית־המשפט אדיש לגורל ציבור היעד הישראלי. בית־המשפט מוכן — בגבולות מסוימים — לפתח את דרכי העקיפין וליצוק בהן תוכן רב יותר. בבריר שבין החלופות השונות מועדפת במקרים מסוימים המעורבות השיפוטית ככורח המציאות, שלא ניתן להתעלם ממנו או להתכחש לו.

כאשר עסקנו בעיקרון סגירת הפערים הצבענו על כך, שבמציאות הקיימת תופעה כזו מתחייבת מתפקידו של המשפט במערכת החברתית. ברוב מדינות העולם שימשו בתי־המשפט מוקד עיקרי לסגירת פערים בין הנורמות המשפטיות לבין השקפת העולם הרווחת והמציאות החברתית הנוהגת. המוסד השיפוטי נוח יותר להסדרי פשרה חברתיים, באין כוח חברתי־פוליטי לשנות חזיתית את הנורמות המשפטיות באמצעות חקיקה[86]. כך היה בשיטות משפטיות אחרות, וכך נוהגת גם שיטתנו המשפטית.

§357. מעורבותו של בית־המשפט זכתה להסכמה שבשתיקה מצד המחוקק. אם לא ראיה של ממש הרי זכר לדבר ניתן למצוא בהימנעותו העקבית של המחוקק מהתערבות בפסיקת בית־המשפט. למרות לחצים כבדים, שהופעלו עליו לא פעם מצד חוגים דתיים בטענות על שינוי ה'סטאטוס־קוו' הנוהג בענייני דת, שמר המחוקק על הישגיה של המעורבות הפסיקתית — ולא החזיר את המצב שנוצר על ידי הפסיקה לקדמותו.

חברי־כנסת דתיים העלו לסדר היום של הכנסת את פסיקת בית־המשפט העליון, אשר סגרה פערים בסוגיות שונות. הם קבלו על שינוי הסטאטוס־קוו על ידי בית־המשפט העליון, ותבעו את מעורבות הממשלה לשם הפעלת הכנסת לתיקון חקיקתי של המצב, שהתהווה בעקבות הפסיקה. במקרים מסוימים אף הוצעו הצעות חוק פרטיות לביטול נפקותה המשפטית של פסיקת בית־המשפט העליון בעניינים שונים, שהיה בהם כדי לקרב בין החוק למציאות. שרי המשפטים נהגו להציע את הסרת ההצעות מסדר היום ואת דחיית הצעות החוק בהגינם על עצמאותה, על אי־תלותה ועל חירותה של הרשות השיפוטית[87]. עמדה זו התקבלה על דעת הכנסת. קל להבחין בכך שההנמקה, שהיתה שגורה בפי הממשלה, משמשת אמתלא נוחה להניח לבית־המשפט את מלאכת סגירת הפערים — תוך הסכמה שבשתיקה מצד המחוקק.

לפני שנים ספורות הפיץ היועץ המשפטי של המשרד לענייני דתות שתי הצעות תזכיר לתיקון המצב המשפטי. האחת — בשנת 1978, הצעת תזכיר־הצעת חוק שיפוט בתי־דין רבניים, תשל"ח־1978. השנייה — בחודש דצמבר 1983, הצעת תזכיר־הצעת חוק שיפוט בתי־דין

86. ראה לעיל פסקאות 191 — 195.

87. לשם הדגמה, ראה, בין היתר, ד"כ 25 (1958) 238־239; ד"כ 41 (1964) 497 — 500; ד"כ 62 (1972) 1235 — 1238.

רבניים, התשמ"ד־1983. מטרתן הכללית של הצעות התזכיר היתה, כדברי שר הדתות[88], תיקון הכרסום הזוחל של הפסיקה בסמכות בית־הדין הרבני וסגירת דרכי העקיפין לעקיפת החוק, שהשתרשו במשך השנים. ההצעות לא עלו אפילו על שולחן ועדת השרים לענייני חקיקה. הן נגנזו בעודן באיבן.

במשטרנו הדמוקרטי ובמסגרת החברתית הנתונה לא יכול היה בית־המשפט לפעול ללא הסכמה חברתית רחבה של רוב הציבור, מצד אחד, וגיבוי מצד המחוקק, מצד שני. ניתן לשער, ואלה דברים שאינם ניתנים להוכחה, כי אילולא מעורבות שיפוטית זו היה נוצר לחץ חזק על המחוקק, שהיה מחייב אותו, למרות הקשיים, להתערבות משמעותית יותר. המדיניות השיפוטית היא מוצא נוח לכל הגורמים, הפועלים במערכת המוסדית על רקע המציאות האידיאולוגית, החברתית והפוליטית, המאפיינת את מדינת ישראל עד ימינו אלה.

§358. הביקורת העקרונית נגד סגירת הפערים והביקורת הפרטנית נגד המעורבות השיפוטית בסוגיות מסוימות אינם יכולים לעמוד כנגד הזרם השיפוטי, המגשים מה שנחשב כעקרונות יסוד בשיטתנו המשפטית וכן — כנגד הצורך בסגירת פערים בין הדין הדתי לבין השקפת העולם החילונית והשתקפותה במהלך החיים היומיומי. הביקורת הפרטנית היא נקודתית. אין היא מתבוננת על התמונה בכללותה. הגישה האנליטית הטהורה, כביכול, במידה והיא קיימת כלל בעולמנו המשפטי, אינה הולמת את המציאות המורכבת בתחום דיני המשפחה בישראל.

§359. יש לתת את הדעת להיבט נוסף. הליך של סגירת הפערים אינו הכרעה חד־כיוונית וחד־משמעותית לכיוון החילוני. הליך סגירת הפערים מהווה כשלעצמו פשרה בין פתרונות דתיים רדיקליים לבין פתרונות חילוניים רדיקליים.

הצעה המובילה לכיוון החילוני, כגון חיובם של בתי־הדין הדתיים בהחלת כללים אזרחיים, כללי המשפט הבינלאומי הפרטי, למשל[89], נדחתה על ידי בית־המשפט[90].

לעומת זאת, העמדה, שלפיה יש לחתור לתיאום מוחלט בין המערכת הדתית למערכת האזרחית על ידי אימוץ מלא של ההסדרים שבדין הדתי, אינה מתקבלת על הדעת. תיאום באופן כזה אינו משקף את רצון המחוקק. עובדה היא, כי המחוקק החילוני מתערב בדין הדתי ישירות ובעקיפין כדי להגן על ערכים ואינטרסים, שהוא חפץ ביקרם. כאשר נעשה הדבר, הוא בא על חשבון התיאום המלא עם הדין הדתי. בניגוד למשתמע מעמדתו של א' לבונטין ניתן לקבוע, כי אין הוכחה, שהמחוקק אמר להקריב את האינטרסים החילוניים על מזבח התיאום עם הדין הדתי תוך השלטתו[91]. השקפת העולם הדתית היא חלק

88. ראה דברי שר הדתות, במסגרת תשובה להצעה לסדר היום, על הכרה בנישואי תערובת הנערכים במקסיקו, ד"כ 86 (1979) 3629־3630.

89. השופט א' ויתקון בע"א 191/51 **סקורניק נ. סקורניק**, פ"ד ח 141, 180.

90. בג"צ 301/63 **שטרייט נ. הרב הראשי לישראל**, פ"ד יח (1) 598, 620, 628־629. ראה גם ג' טדסקי "מעבר מסטאטוס נישואין חילוני לדתי והפעלת האחרון למפרע" **מחקרים במשפטנו הפרטי** (תשי"ט) 194, 198.

91. ג' טדסקי, **שם** בע' 196 — 198.

בלתי נפרד מן הדין הדתי. הדיין מתמנה לבית־הדין מתוך העולם הדתי, שהוא חלק בלתי נפרד ממנו. הוא מחויב להשקפת העולם הדתית. המחויבות הדתית של הדיין היא אימננטית לפעולת הדיין, לעיצובו של הדין הדתי וליישומו. השופט בבית־המשפט האזרחי, גם בהחילו את הדין הדתי, אינו חלק מן המערכת הנורמטיבית של הדין הדתי[92]. אי אפשר לדרוש מבית־המשפט לאמץ לעצמו את ההשקפה הדתית, או את המטרות הדתיות העומדות בבסיסן של נורמות דתיות, המהוות חלק מן המשפט הישראלי הנוהג; אלה הן מטלות בלתי אפשריות וגזירות, שלא ניתן לעמוד בהן.
במציאות הקיימת הכרעה לכיוון זה או אחר, כמו גם הכרעה אידיאולוגית חדה היוצאת מבית־המשפט, לא תוכל להתקבל: היא תיחשב כחורגת מגבול הלגיטימיות. גישה שאינה משקפת את מורכבות הבעיה ואת הדינמיקה של המציאות — אשר אינה משלימה עם הנצחת מצב הנוגד את התפיסות הבסיסיות של הרוב — אינה יכולה להלום את המציאות המשפטית הקיימת.

§360. השנים שחלפו, מאז הוצגה ביקורתו של א' לבונטין לא היטיבו עמה. המעורבות באמצעות בתי־המשפט לא ליבתה יצרים ולא יצרה אי־שקט משמעותי. הליך סגירת הפערים התגלה כאמצעי הולם להתמודד באופן חלקי עם הבעיות המובנות במערכת כפולה וחצויה, הן מבחינת הדין והן מבחינת השקפת העולם המונחת בבסיסו. יתר על כן, דווקא מעורבות שיפוטית הסוגרת פערים מאפשרת להסדר העקרוני להתקיים, ושומרת על המבנה העקרוני של ההסדר הקיים. החיים אינם קופאים על שמריהם. הקיפאון החקיקתי אינו יכול לגרור אחריו גם את הקפאת היצירתיות השיפוטית; דווקא הקיפאון החקיקתי — בשל מלכוד פוליטי — מחייב דינמיקה שיפוטית.

§361. הליך של סגירת פערים מעצם טבעו מעגל קצוות משפטיים ויוצר קשיים אנליטיים, קשיי שיבוץ וקשיי התאמה. הליך כזה אינו מוציא את ההסדר המשפטי נקי מכל תופעות לוואי או מפגמים כלשהם. אין להתפלא על כך שחלק מדברי הביקורת פוגעים בנקודות התורפה. אולם, אין בכוחה של ביקורת זו להכריע את הכף. בעיני 'הציבור הנאור' המצב המשפטי הנתון, המניע את ההליך, פגום עוד יותר. במקרים רבים הוא אף קשה מנשוא.
תופעות הלוואי הן, לעיתים קרובות, הרע במיעוטו. במקרים רבים המחיר הנדרש תמורת סגירת הפער הוא קטן פי כמה מן התוצאות הקשות המלוות את השיטה, והעלולות להתעצם עוד — אם לא ייסגרו הפערים. את הבעיות הנלוות לפיצול הסטאטוס ניתן לצמצם הן מלכתחילה והן בדיעבד. מלכתחילה, באמצעות שימוש מבוקר וממוקד בהליך סגירת הפערים. בדיעבד, באמצעות שימוש בכללים משלימים ובאמצעי התאמה ושילוב. כך, למשל, באמצעות שימוש נכון בכללי מעשה בית־דין, העשוי לצמצם את תופעת פיצול הסטאטוס במקרים של הכרה בסטאטוס האזרחי[93].

92. על סוגייה זו ראה י' אנגלרד, לעיל הערה 72.

93. ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 33, בע' 256 — 265; פ' שיפמן, לעיל הערה 22, בע' 225 — 227; א' מעוז "נישואין וגירושין בין יהודים שנערכו מחוץ לישראל" עיוני משפט ה (1976) 186, 194 — 206.

§362. במדינות העולם תחום דיני המשפחה של ימינו הוא היותר פתוח לשינויים ולתיקונים. לאחר נְטרולו של הגורם הדתי והשחרור מעוּלתּה של השמרנות הבאה בעקבי הדת — אין בדיני המשפחה אותה רגישות פוליטית, המאפיינת הסדרים כלכליים ומסחריים בתחום המשפט הפרטי, האזרחי והמסחרי גם יחד[94]. בישראל תחום דיני המשפחה תלוי בדת. תחום זה נמצא בשטח האש המרכזי במאבק האידיאולוגי, החברתי והתרבותי על דמותה של החברה הישראלית. לא ייפלא על כן, שהוא התחום הפחות פתוח לשינויים ולתיקונים. את המינימום הנדרש עושה בעיקר המעורבות השיפוטית באמצעות הליך סגירת הפערים. לא ניתן לסגור את הדלת בפניה.

§363. שאלות המפתח שעל בית־המשפט לברר לעצמו הן: א) באיזון סופי של האינטרסים ושקלולם, האם המטרה שהפסיקה חותרת אליה — בכל סוגייה וסוגייה באופן אינדיבידואלי, ובמערך דיני המשפחה בשלמותו — שווה בנזק תופעות הלוואי. ב) האם היתה מודעות להשפעתו הישירה והעקיפה של הליך סגירת הפערים על סוגייה פלונית, והאם ננקטו בעקבות זאת הצעדים המשפטיים הנדרשים והאפשריים לצמצום תופעות הלוואי.

ב) דרכו של בית־המשפט ואמות־המידה השיפוטיות

פתח־דבר

§364. עד כאן עסקנו בשאלות העקרוניות. הצדקנו את העמדה העקרונית באשר לשימוש בהליך סגירת הפערים. הפסיקה עצמה דחתה את העמדה, האוסרת מראש כל סגירת פערים ומעורבות אזרחית. סגירת פערים בנסיבות כל מקרה לגופו, תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי לאיזון בין רכיבים שונים ושיקלולם — זו דרכה של הפסיקה.

עם הרכיבים השונים ניתן למנות בין היתר: את אופי הסוגייה וטיבה, את מידת הרגישות של העניין וזיקתו להסדר העקרוני והמרכזי של נישואין וגירושין כדמו״י, וכן את השקפת העולם הרווחת ב׳ציבור הנאור׳ ומידת ההסכמה החברתית העשויה ללוות את המעורבות השיפוטית. כמו כן — מידת הזיקה בין השקפת העולם הדתית לנורמות הדתיות המוחלות ומידת הרלבנטיות שלהן לתנאי החיים המודרניים, הצרכים החברתיים, מידת המצוקה הממשית של הצדדים — הנובעת מן הנורמות הדתיות — משקלה של מצוקת הפרט לעומת האופי האידיאולוגי של המאבק, אופי המעורבות השיפוטית הנדרשת, הגיבוי הסמוי שהרשות המחוקקת מעניקה לדרכו של בית־המשפט, מידת המתח הטעון באקלים ה׳פוליטי׳ בעיתוי מסוים, אופי תופעות הלוואי, העשויות לנבוע מסגירת הפער ונקודת האיזון הראויה שבין הרשויות. כאשר נוטה כף המאזניים לכיוון סגירת הפערים מתגבר בית־המשפט על המעצורים העקרוניים ועל הקו המרסן, ומפגין מעורבות על בסיס ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית.

94. B. Audit, "Recent Revisions of the French Civil Code" 38 **La. L.R.** (1977-8) 747, 756; M.A. Glendon, **The New Family and the New Property** (Toronto, 1981) 125.
אין להתעלם, כמובן, מן הוויכוח החוזר ומתלהט בשאלות המוסריות, הכרוכות בהסדרת סוגיות שונות מתחום דיני המשפחה, כגון: הפלה מלאכותית, הפריות מבחנה, אם פונדקאית וכיו״ב.

בהמשכו של פרק זה נתרכז בניתוח דרכו בפועל של בית־המשפט במסגרת הליך סגירת הפערים. במילים אחרות, כיצד מנווט בית־המשפט את דרכו בין מעורבות לריסון. נבחן את המגבלות הנלמדות מתוך הפסיקה בסוגיות השונות, שבהן פעל בית־המשפט. נבדוק מהן אמות־המידה בפועל שנקט בית־המשפט להסדרת גבולות מעורבותו בדין הדתי בתחום דיני המשפחה. לא תמיד ניתן למצוא גישה עקבית. לא בכל המקרים צעד בית־המשפט עם אמת־מידה מסוימת עד הסוף. מדיניות שיפוטית — יותר מאשר אנליזה משפטית — תוכל לשמש מורה־דרך בשאלה, עד היכן ירחיק בית־המשפט לכת.

ב1) מטרה פרטיקולרית "נחושה"

§365. בית־המשפט יימנע מסגירת פער, כאשר המטרה החקיקתית הפרטיקולרית "נחושה"[95]: כאשר רצונו של המחוקק ברור וחד־משמעי, ייקוב הדין את ההר.
בית־המשפט יפרש את המטרה החקיקתית כנחושה, כל אימת שפרשנות אחרת תפגע בלבו של הסדר הנישואין והגירושין שבדינים הדתיים, ותגרור אחריה את שיבושם של יסודות ההסדר ועקרונותיו. פרשנות שתסכל את העקרונות אינה עולה בקנה אחד עם רצון המחוקק, כפי שבא לידי ביטוי בחקיקה כמו גם בהימנעות ממנה. פרשנות אשר כזו עלולה להביא בסופו של דבר מכשלות קשות לצדדים.

§366. מטעם זה נשלל חופש הבחירה של השתייכות דתית באשר לשיפוט בענייני המעמד האישי שלא בדרך של המרת עדה. ההשתייכות הדתית נקבעת בראש וראשונה על ידי העדה הדתית, המסנפת אליה את האדם — בין לרצונו ובין בעל־כורחו:

> "כאשר ברור, מעל לכל ספק, רצונו של המחוקק למסור לשפוטם של בתי־הדין הדתיים היהודיים... על בית־המשפט לכבד רצון זה ולתת לו תוקף, אף אם אינו עולה בקנה אחד עם העיקרון של חופש המצפון...[96]
>
> המבחן הסובייקטיבי, שהמערערים דוגלים בו, עלול להכניס אי־בהירות בשטח דיני הנישואין, שבו יש גם לציבור בכללותו עניין מיוחד. חשיבות מיוחדת זו מחייבת שמירה על כללים ועקרונות אובייקטיביים, אשר לפיהם ניתן יהיה לדעת ולקבוע מה הן הזכויות והחובות של בני־הזוג זה כלפי זה ומה זכויותיהם וחובותיהם כלפי הציבור בתורת זוג נשוי או לא־נשוי... נוכח ההוראה המפורשת של חוק שיפוט בתי־הדין הרבניים בדבר שיפוטם הייחודי של בתי־דין אלה בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, לא יועיל למערערים, ברצונם להתנער משיפוט זה, היותם חסרי אמונה דתית ורצונם להראות כלא־יהודים מבחינה דתית"[97].

הנמקותיו של בית־המשפט הן יחסיות. הנמקות דומות לא הועילו במקרים אחרים. כך, למשל, בסוגיית ההכרה בסטאטוס נישואין אזרחי שנולד בחיקה של שיטת משפט זרה, החשש מפיצול סטאטוס וטענת אי־בהירות לא שימשו מכשול מפני מעורבות אזרחית. ומן הכיוון ההפוך:

95. ראה בג"צ 153/87 שקדיאל נ. השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221, 275; הלכת פורז, לעיל הערה 61, בע' 329, 336.

96. ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ. מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129, 136.

97. שם בע' 137.

טענה בדבר הצורך בוודאות הסטאטוס לא הניעה את בית־המשפט הגבוה לצדק להעניק סעד לפנויי חיתון, שערכו טכס של קידושין פרטיים. אמור מכאן, כי הפרשנות המשפטית תלויה באופי הסוגייה ובמדיניות השיפוטית של בית־המשפט. הואיל ושאלת ההשתייכות הדתית של המצהיר על עצמו כחסר אמונה דתית היא בעיקרה מאבק אידיאולוגי כללי, מעדיף בית־המשפט לדבוק בלשון החוק ולהימנע מעקיפתו. באיזון כללי של האינטרסים מוצא כנראה בית־המשפט, כי אין הצדקה לשְעות לעתירה.

§367. בית־המשפט נמנע מן ההכרה בנישואי קומון־לאו בישראל של זוגות מעורבים, דהיינו של זוגות בני עדות דתיות שונות[98].

§368. באותה מידה דחה בית־המשפט האזרחי את תביעת המזונות של אשה נשואה בנישואין אזרחיים נגד בעלה, לאחר חיובה בגט על ידי בית־הדין הרבני המוסמך. בית־המשפט הצטער על התוצאה ומחה עליה, אך קבע כי אין בידו להושיע[99].
למען האמת, היה בכוחו של בית־המשפט לעקוף את התוצאה הנובעת מן הדין הדתי באמצעות המשפט האזרחי בלי לפגוע בדין הדתי עצמו. ניתן היה לסמוך על טענות, כגון מניעות והסכם מכללא, כדי להמציא תרופה לאשה, בנסיבות המתאימות, בלי לפגוע בתוצאות הפסיקה הדתית בכל הנוגע לסטאטוס הנובע ממנה[99א].
צער לא אופרטיבי מובע גם בפרשה אחרת. זו נוגעת להיקף מזונותיה של אשה מעוכבת גט, בהעדר הכרעה בתביעת הגירושין בבית־הדין הרבני. בית־המשפט נמנע מליטול לידיו את ההכרעה בשאלה האינצידנטלית של החיוב לגט לצורך תביעת המזונות. תוך הבעת צער מצהיר בית־המשפט, כי

> "אין בידינו להושיע את המשיבה, כי הפתרון בעניין הגט הוא אך ורק בידיו של בית־הדין הרבני"[100].

הצהרה זו תמוהה בעינינו, והתוצאה המשפטית שהיא מביאה לה אינה מוצדקת. כפי שנראה בשער הבא, בידי בית־המשפט להושיע את המשיבה, בלי להפוך את ההסדר הקיים על פניו. לא זו בלבד שקיימים אמצעים משפטיים להתערב, אלא שהמעצורים, המונעים את בית־המשפט האזרחי מהתערבות בשל קיומה של מטרה נחושה, אינם קיימים במקרה זה[101].

§369. לאחרונה פירש בית־המשפט את פקודת הנישואין והגירושין (רישום) תוך זיקה ישירה לדין הדתי המהותי בענייני נישואין וגירושין, המיושם על־פי חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953. בית־המשפט פירש כך את הפקודה, כדי למנוע תקלות בדין המהותי ובהתדיינות בבית־הדין הרבני[102]. הפרשנות האמורה שללה את אפשרות

98. ע"א 373/72 **טפר נ. מדינת ישראל**, פ"ד כח (2) 7, 13, 15־16.
99. הלכת כהנא, לעיל הערה 28, בע' 557.
99א. על פתרון כזה ראה לעיל פסקה 340 סמוך להערות 28 — 30.
100. ע"א 798/82 **נוני נ. נוני**, פ"ד מ (3) 744, 751.
101. ראה להלן פסקאות 532 — 534.
102. בג"צ 47/82 **קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ. שר הדתות**, פ"ד מג (2) 661.

רישום הנישואין בישראל כמו גם את עריכתם על ידי רבנים מן הזרמים השונים ביהדות שאינם אורתודוכסיים. גם בסוגייה זו נסב עיקרה של העתירה על המאבק העקרוני. הכרה במעמדם של רבנים מזרמים שאינם אורתודוכסיים עלולה היתה לפגוע בלבו של הסדר הנישואין והגירושין בישראל, ואף לקלוט בדרך עקיפה סוג מסוים של נישואין אזרחיים. תוצאות אלה הן מחוץ לתחום המעורבות השיפוטית. הנמקתו של המשנה לנשיא, השופט מ' אלון, ואליו הצטרף השופט ד' לוין, מרחיקה לכת עוד יותר ומגבילה באופן משמעותי את הליך סגירת הפערים. לדידם, רק בידי הרבנות הראשית לקבוע מהו דין תורה ומי מוסמך לשמש כרושם נישואין. לשיטתם מתחזק מעמדה של הרבנות הראשית כמוסד ממלכתי של כלל הציבור לעניין נישואין וגירושין ועריכתם למען הסדר התקין.

ב2) מאבק עקרוני וחזיתי

§370. בית־המשפט לא יערב עצמו במאבק עקרוני וחזיתי לשינוי דיני המעמד האישי. בית־המשפט יימנע מהכרעה במאבק אידיאולוגי, אולם לא יירתע מהכרעה משפטית גם אם כרוכה בה השפעה אידיאולוגית כזו או אחרת.

אמנם נכון הדבר, כי הניגוד בין בית־המשפט לבית־הדין במקרים רבים הוא ניגוד של השקפה. החלטות רבות של בית־המשפט נובעות מן הפער האידיאולוגי והחברתי, מן המצוקה הנובעת ממנו ומן הרצון לסגור את הפער. במובן זה אפשר לומר, כי בית־המשפט ניזון מהשקפת העולם המבטאת את ההסכמה החברתית הרחבה, ומושפע ממנה. ברקע נמצא הפער האידיאולוגי. כאשר אין מנוס אלא מהתמודדות חזיתית וישירה בסוגיות האידיאולוגיות המרכזיות, לא ירד בית־המשפט לזירה. אך כל עוד הפער האידיאולוגי נמצא ברקע ולא בחזית מוכן, בדרך כלל, בית־המשפט להפעיל את מעורבותו. עם זאת, בית־המשפט לא ייתן ביטוי להשקפת עולם זו אלא במקום, שהמסגרת הרחבה של הדין מאפשרת לו לעשות כן. כבר הראנו, כי בתוך המסגרת האמורה שיקולים אידיאולוגיים אינם פסולים בעיני בית־המשפט ואינם מהווים מחסום אוטומטי למעורבות שיפוטית[103]. נקודת ההבחנה הנכונה בהקשר זה היא ההבדל בין מעורבות המכריעה מאבק אידיאולוגי, שעדיף להימנע ממנה, לבין מעורבות הנובעת ממניע אידיאולוגי והשקפת עולם, שניתן במקרים מסוימים להצדיקה.

§371. ואכן, בנושא של הנהגת נישואין אזרחיים בישראל משך בית־המשפט את ידו ונמנע מכל התערבות ישירה או עקיפה. בית־המשפט קבע במפורש, כי אינו זירת המאבק ואינו הפורום המתאים לניהולו. התערבות שיפוטית בנושא זה תיחשב כהסגת גבול החקיקה.

> "כשמדובר בהנהגת מוסד משפטי חדש כנישואין אזרחיים בארץ כאן לא בהיסח הדעת החסיר המחוקק את המוסד הזה מספר החוקים... עניין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי ו...עדיין לא נפלה ההכרעה... ומה לנו בתור שופטים, המצווים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור?"[104]. "אין בית־משפט זה יכול לשמש...

103. ראה לעיל פסקה 352.

104. הלכת **טפר**, לעיל הערה 98, בע' 15. ראה גם הלכת גורפינקל וחקלאי, לעיל הערה 57, בע' 2060־2061 (זילברג): "הרואים את הכל ב'שחור לבן' — או ב'לבן שחור' — לא יפתרוה לעולם", 2064, 2067. ראה גם א' ברק, לעיל הערה 8, בע' 290־291.

הפורום המתאים שבו יתנהל המאבק לטובת הרפורה האמורה"[105].
"לא בית־המשפט הוא הזירה המתאימה לניהול המאבק על שינוי דיני המעמד האישי של יהודים בישראל... בית־המשפט מצדו מצווה לחפש את פתרונותיו במסגרת החוק הקיים, כדי להגיע ל־modus-vivendi נסבל"[106].

ב3) בין הכרעה עקרונית לתוצאה משפטית

§372. אמת־מידה נוספת נובעת מזו הקודמת. יש להבחין הבחן היטב בין הכרעה שיפוטית, היוצרת שינוי עקרוני בתפיסה המשפטית בישראל, לבין מעורבות המשליטה תוצאות משפטיות ספציפיות.
גבולות נכונותו של בית־המשפט האזרחי לסגור פערים אינם תלויים דווקא במגבלות הפעלתן של הטכניקות המשפטיות, אלא במידת הצורך בהפעלתן בחברה הישראלית. בית־המשפט נוטה לסגור פערים כדי לתקן עיוותים ממשיים בתחום משפטי מסוים ולהשיג תוצאות משפטיות. סגירת פערים במישור העקרוני או הסמלי תיעשה רק במקרים נדירים. המכשיר החד של סגירת פערים עשוי להיות מופעל ביתר קלות לפתרון בעיות פרגמטיות מאשר למעורבות להשגת מטרות אידיאולוגיות.
ככל שהמעורבות מחייבת יותר הכרעה אידיאולוגית ותוצאתה היא יותר במישור העקרוני, הנטייה של בית־המשפט תהיה לצד הריסון וההתאפקות השיפוטית. לעומת זאת, ככל שניתן לצמצם את המעורבות השיפוטית לתוצאות המשפטיות ולהפריד בין ההכרעה הפסוקה לבין התערבות ישירה במחלוקת האידיאולוגית בתחומים העקרוניים והעיקריים, ייטה בית־המשפט להתערב, גם אם הכרעתו מונעת מהשקפת העולם שבה הוא דוגל.
יתר על כן, בית־המשפט מקפיד, בדרך כלל, לשמור על המסגרת הפורמלית או על העטיפה הסמלית, אך מוצא את הדרך לתקוף את הבעיה במישור המעשי ולפתור את המצוקה בנושא הפרטני[107]. בהחלט ייתכנו אספקטים שונים של אותו עניין, שעל חלקם תהיה המעורבות השיפוטית מוצדקת ועל חלקם האחר, היא תיחשב כמעורבות בלתי מוצדקת[108].
הציבור החילוני זוכה לתוצאה מעשית, הציבור הדתי לסיפוק אידיאולוגי־סמלי[109].

105. השופט ש׳ אגרנט בהלכת שגב, לעיל הערה 80, בע׳ 541.

106. השופט מ׳ לנדוי בהלכת שגב, לעיל הערה 80, בע׳ 557־558.

107. גם במקרים אחרים נקבע שפגיעה בזכות של ממש (רכושו של אדם למשל) מצדיקה התערבות שיפוטית אף שהנושא הוא בעל אופי פוליטי, ראה בג״צ 606/78 אויב נ. שר הבטחון, פ״ד לג (2) 113, 124.

108. שם בע׳ 128־129.

109. ניתן להביא גם דוגמאות הפוכות, שבהן עשוי הציבור החילוני לזכות בסיפוק סמלי, ואילו הציבור האורתודוכסי יזכה בהישג הממשי. כך, למשל, זכה הציבור החילוני בהישג סמלי בעניין רישום גרים רפורמיים כיהודים במרשם האוכלוסין, ראה בג״צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי תורה — תנועת ש״ס נ. מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ״ד מג (2) 723, ואילו הציבור האורתודוכסי זכה להישג המעשי, בכך שנדחתה עתירתם של רבנים רפורמים לשמש כרושמי נישואין, ראה הלכת קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 102.
על משמעות ההיבט הסמלי בתחום דיני הנישואין ועל מחירו, ראה פ׳ שיפמן P. Shifman, "State Recognition of Religious Marriage: Symbols and Content" 21 **Israel L.R.** (1986) 501.

§373. בית־המשפט שומר לעצמו את חופש התמרון על ידי כך שהוא משתמש בטכניקות, המאפשרות לו סגירת פערים כאשר הצרכים החברתיים מחייבים זאת בלי לפגוע, כביכול, בשלד המרכזי של הדין הדתי, שנקבע על ידי המחוקק כהסדר מחייב. באותה עוצמה שבה בית־המשפט סוגר פערים, הוא נמנע מהתנגשות עם הדין הדתי במקום שאין צורך ממשי בכך. על ידי כך נשמרת בידו אופציה של התערבות בלי לפתוח חזית כוללת עם הדין הדתי, המסכנת את מעמדו של בית־המשפט. כך נוצרת נקודת איזון בין הגנת הסטאטוס־קוו לבין האידיאולוגיה החברתית והמציאות ההתנהגותית. בית המשפט שומר על כללי המשחק.

§374. בשימוש באמת־מידה זו ניתן, בין היתר, להסביר את דחיית העתירה בשאלת ההשתייכות הדתית של אדם המצהיר על עצמו כחסר אמונה דתית בפרשת **רוגוזינסקי**[110]. בהעדר כל מניעה הנעוצה באיסור מן הדין, והשוללת מן העותרים את האפשרות לעריכת נישואין לפני רב, לא היתה הצדקה למעורבות שיפוטית בשל עמדה מצפונית בלבד. המצוקה המצפונית ללא מצוקה ממשית בפועל לא היה די בה לשם סגירת פערים. תופעות הלוואי שהליך כזה גורר אחריו מהווה אינטרס ציבורי, המונע את המעורבות השיפוטית בנסיבות אלה[111]. אין בכוחה של המצוקה העקרונית לעמוד מול האינטרסים של הצורך בוודאות הסטאטוס, ושל הנחיצות בהצבת מבחן אובייקטיבי לקביעת ההשתייכות הדתית במציאות המשפטית הנוהגת.

§375. אמת־המידה המוצעת נותנת הסבר לסתירה במגמה השיפוטית בעניין זכויות הידועים בציבור. מצד אחד, הרחיבה הפסיקה את היקף הזכאים ואת היקף הזכויות הניתנות לידועים בציבור[112]. מצד שני, צמצמה הפסיקה את ההכרה במוסד הידועים בציבור, בין היתר, בדחיית עתירתה של ידועה בציבור על סירוב משרד הפנים לאשר את שינוי שמה לשם הידוע בציבור[113]. בהמשך למגמה החקיקתית בסוגיית הידועים בציבור התרכז בית־המשפט בהענקת זכויות ממשיות. בית־המשפט 'הקריב' את המישור הסמלי תמורת הישגים מעשיים. לא ייפלא על כן, שבית־המשפט נושא את דגל השמירה על מוסד המשפחה כתא בסיסי וראשוני כאחד הנימוקים, המצדיקים את דחיית הבקשה לשנות את שם הידועה בציבור לשמו של הידוע בציבור[114].

§376. באמת־המידה המוצעת נעוץ גם מרכז הכובד של ההבחנה בין עותרים פסולי חיתון לעותרים פנויי חיתון בסוגיית הקידושין הפרטיים. פסולי חיתון זכו לסעד[115] בשל היותם נתונים למצוקה ממשית; זכות הנישואין שלהם לא ניתנה למימוש. לעומת זאת נדחתה

110. לעיל הערה 96.

111. הלכת רוגוזינסקי, לעיל הערה 96, בע' 139־140.

112. ראה לעיל פסקה 311 סמוך להערות 21 — 25.

113. ראה לעיל פסקה 312.

114. ראה השופט מ' לנדוי בפרשת זמולון, לעיל הערה 42, בע' 668 — 670.

115. לגבי רישומם במרשם האוכלוסין, ראה הלכת גורפינקל וחקלאי, לעיל הערה 57; הלכת רודניצקי, לעיל הערה 57; בג"צ 275/71 כהן נ. בית־הדין הרבני תל־אביב־יפו, פ"ד כו (1) 227; בג"צ 29/71 קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו, פ"ד כו (1) 608. לגבי החלת חוק יחסי

עתירתם של פנויי חיתון, שבמרכזה עמד מאבק עקרוני ואידיאולוגי ללא מצוקה ממשית בפועל. לפניהם של אלה פתוחה דרך־המלך של יצירת הסטאטוס. לפיכך אין האינטרס הציבורי מחייב את בית־המשפט לסטות מן ההסדר הדתי המקובל[116]. אדרבא: במקרה זה ידו של האינטרס, שעיקרו הסדר הציבורי התקין ומניעת תקלות חמורות על ידי טכס פרטי, גוברת על פני האינטרס הדורש הכרעה במעמדם של אנשים.

אותה נחישות דעת, שאפיינה את בית־המשפט האזרחי ביצירת מסלול מקביל של פסולי חיתון, איפיינה אותו בחסימת כל ברירה של יצירת מסלול כזה לגבי פנויי חיתון. על רקע זה ניתן לשבץ את הלכת **צונן**, הדוחה תביעת מזונות של אשה בקידושין פרטיים של פנויי חיתון[117]. הלכה זו ממשיכה את הקו שבָּג"צ החליט עליו כמדיניות שיפוטית במסגרת סוגיית הקידושין הפרטיים[118].

לא הדין הדתי וחומרותיו היו השיקול בסוגיית הקידושין הפרטיים, אלא נקודת המבט החילונית העקרונית, הלוקחת בחשבון גם את תחולת הדין הדתי. אם קיימת הצדקה ממשית לסגירת פערים יתערב בית המשפט גם כאשר המשמעות הדתית מחמירה יותר. אם אין הצדקה ממשית לסגירת פערים, לא יתערב בית־המשפט גם כשהמשמעות הדתית מקלה יותר. המשפט האזרחי, אשר יצר את ההכרה בקידושין פרטיים במקרים שבהם קיימת מניעה להינשא, קובע ומגדיר מהי המניעה אשר תצדיק את מעורבותו, הן מבחינת סוג האיסורים שבדין הדתי והן מבחינת אופיָם. המשפט האזרחי תוחם את גבולות ההכרה האמורה ואת מגבלותיה. זו הבשורה על־פי הלכת **צונן**[119].

בית־המשפט עקבי במניעת ערעור בסיס השיטה. כל אימת שיש פתרון סביר אחר מבחינת התוצאה לא יוענק סעד. לעומת זאת, בג"צ יתערב בתוך המסגרת בלי לערער את יסודותיה. על ידי כך יתקן מעוותים שונים. בג"צ אינו נרתע מליתן לגיטימציה לתחבולות, אם ההכרח בל יגונה. את גבולות ההכרח קובע בג"צ לפי שורה של שיקולים מורכבים, שלא תמיד ניתן להתחקות אחריהם. לעיתים רק לחץ הדרגתי של עתירות גורם לכך, ולעיתים הזמן עושה את שלו.

רישום הסטאטוס של פסולי חיתון שנישאו בקידושין פרטיים במרשם האוכלוסין אין להגדירו כמוגבל לתחום ההכרעה העקרונית בלבד. ראשית, עצם הרישום גורר אחריו תוצאות ממשיות בתחומים רחבים. שנית, בסוגייה זו חברו יחדו מצוקתו האישית של פסול החיתון עם

ממון, תשל"ג־1973, על הסכמי ממון הנערכים על ידם, ראה ע"א 640/82 **כהן נ. היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לט (1) 673.

116. הן לגבי מניעת הסעד לצורך מרשם האוכלוסין, ראה הלכת **שגב**, **לעיל** הערה 80, והן לגבי שלילת הזכות למזונות הנובעת מקידושין אלה, ראה ע"א 32/81 **צונן נ. שטל**, פ"ד לז (2) 761.

117. **לעיל** הערה 116.

118. ביקורת על הלכת **צונן**, **לעיל** הערה 116, ראה אצל פ' שיפמן, **לעיל** הערה 33, בע' 236—242. העמדת ההלכה במסגרת הנתונה של הפסיקה, ראה א' רוזן־צבי "על ספרו של פנחס שיפמן: 'דיני המשפחה בישראל', דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" **משפטים** טו (1985) 476, 491־492.

119. על השיקולים השונים ועל ההנמקות ומשמעותן, ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 118, בע' 491־492. ראה גם **לעיל** פסקאות 51, 56־57.

תשתית משפטית של הדין הדתי, המכיר בדיעבד בסטאטוס. נגד ההכרה בסטאטוס עמדה תקנת הציבור הדתית. המעורבות השיפוטית באה למנוע את עליונותה של תקנת ציבור זו ולשלול את העדפתה על פני תקנת הציבור החילונית, כאשר מבחינה אופרטיבית מכיר הדין הדתי בסטאטוס הגם שנולד באיסור. אמנם בדין הדתי אין להפריד בין הדין לבין תקנת הציבור לעניין פסיקת ההלכה, אולם בית־המשפט יצר את ההפרדה האמורה כדי להשיג איזון בין הדין הדתי הנוהג לבין המציאות החילונית.

§377. גם בסוגיית נישואי התערובת פועל בית־המשפט על רקע המחלוקת האידיאולוגית, אך נמנע מהכרעה עקרונית. כדי להימנע מהכרעה חזיתית בנושא רגיש ומרכזי נוצר מצב, שבו אין הכרעה בשאלה, האם הנישואין תקפים — אם לאו[120]. ההכרעה עצמה נעקפת. אולם בעת ובעונה אחת נעשים במקביל צעדים שיפוטיים להגיע להסדר מעשי בעניינים ממשיים שונים בדרך עקיפה[121].

§378. עם זאת, בהקשר אחד נעשתה הכרעה עקרונית. כמו בסוגיות הנוגעות לידועים בציבור[122] ולקידושין הפרטיים הכריע בית־המשפט גם בסוגיית נישואי התערובת את השאלה העקרונית בעניין תקנת הציבור. בית־המשפט העדיף את תקנת הציבור החילונית על פני זו הדתית, כל עוד אין זו האחרונה גוררת אחריה תוצאות משפטיות אופרטיביות. ההגדרה האזרחית של תקנת הציבור היא המושלת בכיפה בבית־המשפט האזרחי[123]. על בסיס זה קבע בית־המשפט, כי עריכת נישואי תערובת מחוץ לישראל אינה נוגדת את תקנת הציבור הישראלי[124].
בעקיפין משריש, איפוא, בית־המשפט את האידיאולוגיה החילונית בלי להכריע במישור העקרוני והסימבולי.

ב4) מטרות חילוניות

§379. הטמעת אינטרסים חילוניים כגון ערכי היסוד של שיטה[125], כמו גם השמירה על הסדר התקין, מניעת מכשלות מן הצדדים, ודאות הסטאטוס ועוד[126] מהווים מסגרת לסגירת פערים — כל עוד אין מטרה פרטיקולרית "נחושה", המונעת אותה. אולם לעיתים דווקא אינטרסים אלה, בצד אינטרסים דתיים או בלעדיהם, מהווים את אחת ההנמקות

120. אולם אם נערכו הנישואין בחיקה של שיטת משפט זרה, בעת היות בני הזוג כפופים לדין הזר, תחול הלכת סקורניק (לעיל הערה 89), המכירה בתוקפם של הנישואין גם על נישואי תערובת, ראה הלכת שמואל, לעיל הערה 20, בע' 403ג־ד.

121. ראה, למשל, בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ. שר־הפנים, פ"ד יז 225; כמו כן ראה פ' שיפמן, לעיל הערה 33, בע' 191 — 198.

122. ראה לעיל פסקה 313 הערה 30 והטכסט הסמוך לה.

123. ראה לעיל פסקאות 54 — 59.

124. הלכת פונק שלזינגר, לעיל הערה 121, בע' 257.

125. ראה לעיל פסקאות 44 — 49.

126. ראה לעיל פסקה 51.

להימנעות מסגירת פערים. כך היה בסוגיית הקדושין הפרטיים לפנויי חיתון[127], וכך מצאנו גם בסוגיית מעמדם של רבנים מזרמים אחרים במסגרת פקודת הנישואין והגירושין (רישום)[128]. במקרה הראשון נערך איזון בין אינטרסים חילוניים בתוך מסגרת ההסדר הדתי. במקרה השני — אינטרסים חילוניים של סדר תקין ומניעת מכשלות היו בין הגורמים, שהיטו את כף הפסיקה.

127. ראה לעיל פסקה 51.

128. הלכת קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל, לעיל הערה 102.

סיכום: במבוי סתום

§380. המשפט הישראלי, המוסר חלק מענייני המעמד האישי לשליטת הדין הדתי, ניצב לפני קושי כפול: אוי לו מיוצרו ואוי לו מייצרו.

במישור הדתי נתקלת סגירת הפערים הפנימית בקשיים רבים. ההתאמה למציאות החיים המודרניים בחברה חילונית שאינה מקבלת את מרות התורה, היא משימה קשה. הסדרתם של עניינים המסורים לחלוטין לשליטת הדין הדתי, כגון התרת נישואין של בני עדות דתיות מוכרות, אינה עולה בקנה אחד עם אופי החיים המודרניים ועם הציפיות של חלק ניכר מציבור היעד. גם אם קיימות דרכים הלכתיות לפתרון בעיות ולסיוע במצוקות אין בדרך כלל נכונות ליישמן מטעמים רבים, שעמדנו עליהם בהרחבה.

במקרים לא מעטים נמצא אף תופעות של הקצנה וחוסר רגישות למציאות הישראלית מצד בתי־הדין הרבניים. כך הוא בסוגיות שונות שעסקנו בהן במהלך דיוננו עד כה, כגון: זהירות יתרה עד כדי המנעות מהפעלתם של כלים הלכתיים לשם התרת נישואין, התייחסות לבתי־המשפט האזרחיים כערכאות, פסלות עדים מחללי שבת, פרשנות מגמתית של טובת הילד, מתן הכשר לניצול לרעה של הלכות שונות (גזל ושלום בית, למשל) מצד מתדיינים שונים, פסילת הסכמי גירושין שאושרו בבתי־המשפט האזרחיים וסירוב לבצע את הגירושין עד לשינויים, מתיחת סמכות בתי־הדין עד קצה גבול היכולת ומעבר לו, מערכת לקויה של סדרי־הדין הרבניים — וליקויים באופן פעולתו של בית־הדין הרבני וכיו"ב.

במישור החילוני־האזרחי נתקלת סגירת הפערים הפנימית בבעיות מסוג אחר. חלק מן הפתרונות המוצעים על ידי אנשי ההלכה והמבוססים על תמונת עולם אחרת, על עקרונות אחרים ועל מטרות אחרות, נתקלים לעיתים בהתנגדות נמרצת ואינם יכולים להתקבל על דעת החברה. פתרונות שהדין הדתי מסוגל להציע אינם עולים בקנה אחד עם ערכי יסוד של החברה הישראלית. פתרונות כאלה עומדים, לעיתים, בסתירה מוחלטת לסולם הערכים של האשה המודרנית ומגלים קוצר הבנה לתחושותיה, עמדתה ומערכת הערכים המקובלת עליה. פערים שנסגרים על ידי הדין הדתי לשיטתו, פותחים פערים אחרים בעיניו של המשפט הישראלי. הפער בין העולם הדתי לחילוני, הפער במושגי היסוד, השוני בהשקפות העולם וכיו"ב גוררים אחריהם פסילת פתרונות, שנולדו בחיקו של הדין הדתי.

התוצאה היא מבוי סתום. הפוסקים, הטוענים לעשיית מאמץ הלכתי, מרגישים עצמם נדחים על ידי הציבור החילוני. העולם החילוני, מצדו, תובע סגירה ממשית של הפערים ומתקומם נגד הפתרונות, המבוססים על תפיסת עולם אחרת. בין כך ובין כך, נמצאים הדיינים והציבור במלכוד של עקרונות, הנובע מנקודות השקפה שונות ומתפיסה אחרת של המציאות.

סגירת הפערים החיצונית הן באמצעות החקיקה, ועל אחת כמה וכמה באמצעות הפסיקה, מסובכת לא פחות ונתקלת גם היא בקשיים רבים. כל דרך פתרון אזרחית יוצרת חזית של התנגשות עם הדין הדתי, בין במישרין ובין בעקיפין. עצם ההתערבות האזרחית בתחום המוסדר עקרונית על ידי הדין הדתי נחשבת כפגיעה בהסדר הדתי, דהיינו: בדין הדתי עצמו, במוסדות השיפוטיים הנקראים ליישמו ולהחילו, ובדיינים היושבים על מידין. פתרון אזרחי המורכב על דין דתי, או הדוחה מפניו את הדין הדתי, מעלה טענות חריפות של שיבוש מערכת דיני הנישואין והגירושין.

סגירת פערים חיצונית יוצרת בעיות של התאמה בין הדין הדתי למשפט האזרחי, ובמסגרת המשפט האזרחי עצמו. בעיות אלה מקשות על סגירת הפערים, ובעיקר, יוצרות סבך של קשיים חדשים, המגיעים לפרקים עד כדי סיכולה של אפשרות התיקון.

§381. המחוקק בבקשו לשמור על מסגרת ההסדר הדתי ובשל אילוצים פוליטיים, המשתקים את יכולת הפעולה שלו, אינו ממהר לפעול. בית־המשפט, הנקרא לסגור את הפערים, נזהר שלא לעבור את קו הגבול שבין העמדת פתרון ממשי לבעיות מעשיות לבין הכרעות אידיאולוגיות, המסורות לרשות המחוקק. עניינים רבים אינם זוכים לפתרון בין משום שהם טעונים הסדר מפורט ויסודי, המצוי מעבר לאפשרויותיה של מעורבות שיפוטית, ובין משום שהם דורשים צעדים דרסטיים יותר, הנמצאים מעבר לכוחה הלגיטימי של חקיקה שיפוטית.

הציבור הישראלי נופל בין הכסאות. הדין הדתי מצליח להציע פתרון לחלק קטן מן הבעיות. המשפט האזרחי מגיש חלק מן התשובות למצוקה. אולם במרכז הזירה נותרות בעיות קשות ללא פתרון משביע רצון. התהליך המשפטי של הסדרת מעמדה של האשה במשפחה, סוגיית הגירושין ובעיותיהם של מעוכבי הגט, בעיית הנישואין של פסולי חיתון, הסדר נאות של התחום הממוני והרכושי וכיו״ב הגיעו, בתחומים שונים, למבוי סתום. תשובות עדכניות ומספקות למצוקות המתמשכות חסרות מן הספר.

המשפט הישראלי מצוי באמצע הדרך. פתרונות אזרחיים נתקלים במחסום דתי ופתרונות דתיים נחסמים על ידי עקרונות משפטיים חילוניים. נוצר מצב של מעין איבון של המערכת המשפטית בתחום המשפחה ואין כוח חברתי ופוליטי לילד פתרון ראוי. במציאות החברתית והמשפטית הנתונה קשה לראות את המוצא מן המשבר, שהשיטה המשפטית הישראלית נקלעה אליו.

אין פירוש הדבר שלמערכת השיפוטית האזרחית לא נותר עוד תפקיד בפיתוח תחום דיני המשפחה בישראל ובסגירת הפערים חדשות לבקרים. לבית־המשפט נועד תפקיד מרכזי במצב המשפטי הקיים. בלי לשבור את הכלים ובמסגרת המצב המשפטי הנתון ניתן להגיע לפתרונות חלקיים, אשר יצמצמו את הפער וימעטו את המצוקה. נושא זה יעמוד במרכזו של השער הבא.

שער שלישי

סגירת פערים ואופניה — סוגיות מיוחדות

פתיחה

§382. את השער השני סיימנו ב׳אמצע הדרך׳. הצענו למערכת האזרחית לקחת על עצמה תפקיד מרכזי יותר בפיתוח תחום דיני המשפחה בישראל. את השער השלישי נעמיד בסימן ׳פתח לנו שער׳. נברר באמצעות סוגיות שונות את הדרכים שמן הראוי לנקוט.

לדעתנו אין בית־המשפט ממצה את האמצעים העומדים לרשותו. הפוטנציאל הגלום במשפט האזרחי ובבית־המשפט האזרחי לא מנוצל דיו. לרשות בית־המשפט האזרחי מסורות דרכי פתרון, הנמצאות בשליטתו המלאה. חלק מהן נוגע לסוגיות שאין בהן שום תחום של מגע ישיר עם הדין הדתי. חלק מהן נוגע לסוגיות המשיקות לדין הדתי או — מעורבות בו. בית־המשפט האזרחי יכול, במסגרת סמכויותיו וכוחותיו, לפתח סוגיות משפטיות כך, שיסלול דרכי עקיפין לפתרון חלקי של מצוקות רבות בתחום דיני המשפחה.

ראשית, על בתי־המשפט להמשיך לצעוד בדרך שכבר הותוותה על־ידיהם. שנית, עליהם ליישם את העקרונות של סגירת הפערים שפותחו על־ידיהם בעניינים נוספים. לא תמיד ברור מדוע נעצר בית־המשפט בנקודה מסוימת ולא המשיך את תהליך סגירת הפערים מעבר לה. שלישית, בתי־המשפט נדרשים לפתח עקרונות נוספים על־פי הצורך, בהתאם לסוגיות השונות אשר עומדות על סדר היום.

מה הצעדים העקרוניים הנדרשים לשם כך? בראש ובראשונה נדרשת מבית־המשפט מודעות לאפשרויות הגלומות בהסדר שיפוטי של סוגיות מסוימות. בשלב השני מתחייבת נכונות לפעול בנחישות יתר לסגירת הפערים וכן — נקיטת אמצעים שיפוטיים נחרצים למטרה זו, תוך איזון אינטרסים ראוי ושמירה על מידת האיפוק והריסון. בשלב השלישי מתבקשת גישה נכונה לפתרון סכסוכים בדיני משפחה. התמודדות עם הסוגיות השונות באמצעות הדרכים, שהוצגו בראשית השער השני, עשויה להביא בעקבותיה סגירה מסוימת של הפערים.

בשער זה נצביע על דרכי פתרון כאלה בסוגיות שונות. ננסה ליישם את העקרונות שהצבנו על רקע מדיניות סגירת הפערים ולאור הצרכים, שעל המשפט הישראלי לענות עליהם בתחום דיני המשפחה.

באמצעות הסוגיות השונות נבדוק את משמעות השימוש באמצעים משפטיים שונים בהקשרם, ואת התוצאות העשויות לנבוע מכך. נבחן, האם חוסר נכונות לסגור את הפערים בהקשרים שונים היא מוצדקת. בשיטה כמו שלנו אין מנוס מנקיטת טקטיקות משפטיות ומשימוש באמצעים שונים, שלא למטרות שהם נועדו להן מלכתחילה. מאידך גיסא, נברר את מידת ההצדקה לשעבוד כלי משפטי להשגת מטרה מסוימת.

נעמיד לבחינה סוגיות המחייבות מעורבות של כל אחד מן הגורמים, הנוטלים חלק בפתרון סכסוכים בענייני משפחה. את הפרק הראשון נייחד לפתרון חקיקתי בתחום הצר והמוגבל של סמכות השיפוט בסוגייה של 'כריכה'. מרכזיותה של הסוגייה והשלכותיה על כל תחומי ההתדיינות בין בני זוג מחייבת את העמדתה באור הזרקורים. פרק אחר נייחד לאחריותם של הצדדים עצמם. תיבחן דרך שבני זוג עשויים להיות אדונים לגורלם באמצעותה, לפחות באופן חלקי. במסגרת זאת נעסוק בהסכם ממון כהסכם נישואין להקלת אפשרות הגירושין. הפרקים האחרים, והם הרוב, יעמידו במרכזם את הפעילות השיפוטית. סגירת פערים, המצאת תמריצי גירושין ויצירת תחליפי גירושין הם לב העשייה השיפוטית המוצעת. הסדר כולל של מערכת היחסים בתוך המשפחה ובחינת תמונת הקשרים המשפחתיים בכללותה חייבים לעמוד במרכז שיקול הדעת של בית־המשפט.

רק הסדר, המשלב את כל הכוחות הפועלים בזירה המשפטית של דיני המשפחה, המעלה גישה אינטגרטיבית לראש מעיינו, והמתחשב בבעיותיה המיוחדות של השיטה המשפטית לשם הסדר מצוקותיה של המשפחה בישראל — יוכל לענות על צורכי המשפט הישראלי בתחום דיני המשפחה בישראל.

פרק ראשון

הפרדת סמכויותיהם של בית־הדין הרבני ובית־המשפט המחוזי

1) פתח דבר: החיוניות בביטול הלכת ה'כריכה'.

§383. הלכת ה'כריכה' נידונה על ידינו בהרחבה בשער הראשון[1]. במסגרת הדיון בתוצאותיה של הכפילות בשיפוט נוכחנו לדעת כיצד משפיעה הלכת ה'כריכה' בשלילה גמורה על השיטה. מירוץ הסמכויות הבא בעקבות הלכה זו מרבה התדיינויות, גורר אחריו שחיקה אנושית ובזבוז משאבים, דוחף את בני הזוג להתדיינות בשלב מוקדם, משפיע קשה על יחסי בני הזוג ועל אפשרות ההסדר בדרכי שלום, ותורם לסיכול נקיטתה של גישה אינטגרטיבית לסכסוך המשפחתי[2].

§384. נקודת המוצא לנחיצות הסדר סוגיית 'מירוץ הסמכויות' הנה כפולה:

א) בבחינת הדרכים להקלת סבלם של בעלי הדין אי אתה רשאי להתעלם מאחד הגורמים המרכזיים לסבל זה. ברור, כי ללא פתרון סוגייה זו לא ניתן יהיה להתגבר על חלק ניכר מן הקשיים, שהם מנת חלקם של המתדיינים בהליכים משפטיים בענייני אישות. זו אחת המכשלות העיקריות הרובצת לפתחם של המתדיינים.

ב) הנצחת המצב הקיים תמנע את הסדרתם היסודית של סדרי ההתדיינות ושל הליכי ההתדיינות בענייני אישות. התופעה של 'מירוץ הסמכויות' בהתדיינות בענייני משפחה בישראל גוררת אחריה השגת יתרונות לאחד מבני הזוג על חשבון הסדר ראוי של ענייני המשפחה בכללותה. המשך המכשלה מסכל חלק ניכר מן המאמצים לערוך שינויים בדיני המשפחה.

1. ראה לעיל פסקאות 21 — 38.

2. על השפעותיה המזיקות של הלכת ה'כריכה' על המשפחה ועל תופעות הלוואי שהיא גורמת בדיני המשפחה, ראה א' רוזן־צבי "הלכת ה'כריכה' ו'מירוץ הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד (1989) 67, 88 — 91. ראה גם לעיל פסקאות 111 — 114, 117.

בחודש כסלו תשמ"ז (דצמבר 1986) הגישה הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה ('וועדת שינבוים') את המלצותיה. הוועדה המליצה על מערכת שונה של התדיינות ועל תבנית אחרת של התדיינות באופן הבא: ריכוז כל סמכויות בתי־המשפט האזרחיים באגף לענייני משפחה בבית־המשפט המחוזי — במתכונת בית־משפט למשפחה — זירוז הליכי דיון, סדרי דיון מיוחדים המאפשרים מעורבות מקצועית ויעילות דיונית תוך דגש על טובת המשפחה ורווחתה, וכן — מתכונת התדיינות, הסוטה מן המסגרת האדברסרית הנהוגה בישראל ברוב ההליכים המשפטיים, ומוסד ליעוץ ולפישור בתחילת הליכי התדיינות בענייני המשפחה[3].

אם ההסדרים המוצעים ימשיכו לעמוד בצלו של 'מירוץ הסמכויות' הם יהפכו בחלקם, ואולי אף ברובם, ל"הלכתא דמשיחא". ללא ריכוז סמכויות לא ניתן לדבר כלל על בית־משפט למשפחה. ללא ביטול הלכת ה'כריכה' לא ניתן לדבר על ריכוז סמכויות של ממש[4]. ממילא ההמלצה המרכזית של 'וועדת שינבוים' אינה בת־השגה ואינה בת־יישום ללא ביטול הלכת ה'כריכה' במתכונתה דהיום. המלצה זו והלכת ה'כריכה' הם תרתי דסתרי.

יתר על כן, יישום המלצות 'וועדת שינבוים' ללא ביטול הלכת ה'כריכה' עלול אף להחריף את 'מירוץ הסמכויות'. יישום ההמלצות עשוי לדחוף כל אחד מבני הזוג להקדמת המועד לנקיטת צעדים משפטיים, על מנת ליהנות מיתרונות ההתדיינות בערכאה המועדפת עליו, או כדי להשיג את סיכולם של יתרונות כאלה.

המצב הקיים אינו הרע במיעוטו אלא הרע במלואו.

§385. היקף סמכותם של בתי־הדין הרבניים מוצג תמיד כבעיה פוליטית, הקשורה לסטאטוס־קוו בענייני דת ומדינה[5]. אין כל הצדקה עניינית להעמדה כזו של דברים. אולם יהא אשר יהא המצב לגבי ייחודם של נישואין וגירושין דתיים ולגבי קיומה העקרוני של סמכות בתי־הדין הרבניים בענייני נישואין וגירושין, אין הסוגייה הספציפית של ה'כריכה' בתביעת גירושין עניין פוליטי, הקשור ביחסי דת ומדינה. היא אף אינה עניין דתי. זו שאלה מקצועית, שפתרונה מתחייב מנקודת מבט משפטית ומנקודת מבט מוסרית. מן ההיבט המשפטי: הסדרת התוהו־ובוהו השורר בעניין זה. מן ההיבט המוסרי: מניעת הסבל מן המתדיינים. מניעת עוול היא חובה דתית, כשם שהיא חובה מוסרית משפטית.

ריכוז כל הסמכויות בעניינים הנלווים לפני פורום אחד ומניעת הנזק שבפיצול הסמכויות יסייעו להשיג את המטרה שהלכת הכריכה שאפה להשיגה, אך כָּשלה בה כבר בתחילת הדרך[6].

3. לסקירה ביקורתית של המלצות הוועדה, ראה A. Maoz, "Family Law in Israel, 1985-1986" 13-14, **Dine Israel** (1986-1988) 155, 195—205.

4. דו"ח 'ועדת שינבוים', ע' 13 — 30.

5. בשאלה זו ראה, בין היתר, מ' אונא, **בדרכים נפרדות** (תשמ"ד); ז' ורהפטיג, **חוקה לישראל דת ומדינה** (תשמ"ח); א' דון יחיא, י' ליבמן "הפרדה בין דת ומדינה: סיסמא ותוכן" **מולד** (תשל"ג) 71.

6. ראה לעיל פסקאות 22 — 24.

2) דרכי פתרון אפשריות

§386. כיוון הפתרון היחיד האפשרי הוא ביטול 'מירוץ הסמכויות' וקביעת ערכאת שיפוט אחת, המוסמכת לדון בעניינים הנלווים לגירושין והנובעים מהתרת הקשר בין בני הזוג. לערכאת השיפוט האחרת תהיה סמכות מקבילה, אשר תקום בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר[7].

דרכי הפתרון האפשריות הן:

1) מסירת הסמכות המקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין לבית־הדין הרבני המוסמך ייחודית לדון בענייני הגירושין.

2) מסירת הסמכות המקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין לבית־המשפט המחוזי, בלי לפגוע בסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני לדון בתביעת הגירושין. דהיינו, הפרדה מוחלטת של הסמכויות.

3) דרך ביניים של הענקת סמכות ייחודית, לזמן קצוב של שנה עד שנתיים, לבית־הדין הרבני. בסמכותו של בית־הדין הרבני יהיה לדון, במהלך תקופה זו, בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין. אם תוך הזמן הקצוב הוטלו חיוב או כפייה לגט, תישמר סמכות בית־הדין. לעומת זאת, אם בתקופה זו לא הכריע בית הדין כאמור, תעבור הסמכות המקורית לבית־המשפט המחוזי, ולבית־הדין הרבני תהיה סמכות מקבילה בלבד.

3) דרך הביניים ומגרעותיה

§387. במחשבה ראשונה נראית הדרך השלישית כפתרון מפתה. היא משאירה את הסדרת כל העניינים הכרוכים בגירושין לערכאה, המוסמכת להכריע בתביעת הגירושין; ועם זאת, יש בה תמריץ לבית־הדין לסיים את הדיון בתביעת הגירושין בזמן קצוב.

אולם במחשבה נוספת נדמה, כי פתרון כזה יסבך את המערכת יותר מאשר ההסדר הנוכחי. כל ההכרעות בענייני רכוש וממון יהיו כלא היו אם לא התקיים התנאי האמור. אין טעם להרבות במשמעות החמורה של תופעה כזו. תקופת מעבר כאמור תהווה, בסופו של דבר, לגבי חלק ניכר מן התיקים, זמן מבוזבז שהלך לאיבוד. משך הדיון בתביעות בענייני גירושין יוארך עוד יותר לעומת המצב הנוכחי. לבן זוג, אשר מבקש לעצמו יתרון בהענקת סמכות למערכת השיפוט הדתית, די יהיה בהגשת תביעת גירושין כדי להשיג מטרה זו. אם כך, חזרנו לנקודת המוצא, ומה הועילו חכמים בתקנתם.

יתר על כן, פתרון כזה פוגע, ברוב הגדול של המקרים, באשה, מטעם כפול[8]: ראשית, סחבת בדיונים משרתת את בעל כוח העמידה הכלכלי החזק יותר, ופוגעת בחלש. שנית, בשל העדיפות המהותית שרוכש הבעל, במקרים רבים, בהתדיינות בעניינים הנלווים בבית־הדין הרבני.

7. י' שילה "חפיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית — המצוי והרצוי" עיוני משפט ב (1972) 646, 651.

8. על עניין זה ראה לעיל פסקאות 82 — 86, 101, 121.

על־פי הצעה זו, תוקנה לבית־הדין הרבני סמכות מרגע הגשת תביעת גירושין, אף אם תביעות קודמות מצד בן הזוג האחר תלויות ועומדות בבית־המשפט המחוזי. הוראה כזו תעניק יתרון בלתי צודק לצד המבקש למנוע, לפרק זמן ארוך יחסית, תוצאה לא רצויה לו בהליך המתנהל בבית־המשפט האזורחי. יתר על כן, באמצעות פתרון כזה יגבר חופש התמרון בין הערכאות ותורחב אפשרות השימוש לרעה בהליכי בית־המשפט. גם הגשת תביעות סרק לגירושין, כדי לסכל סמכות, עשויה להיות מעשה שביום־יום.

מכל האמור לעיל נראה כי הסדר כזה אינו מביא כל פתרון בכנפיו אלא להיפך — הוא עשוי אף להחריף את הבעיות. מכל מקום אין הוא משפר את המצב הקיים.

4) הפתרון המוצע: הפרדת הסמכויות והענקת הסמכות ה'כרוכה' לבית־המשפט המחוזי

א) כללי

§388. נותרו שתי דרכי הפתרון הראשונות, שיש לבחור ביניהן. נבחן את הפתרון המועדף בשני שלבים.

בשלב הראשון, ננסה להצביע על כך, שבתנאים המיוחדים של השיטה הישראלית עדיף ליצור ריכוז סמכויות של כל העניינים הנלווים (ילדים, מזונות ורכוש), אך להפריד את אלה מהליך הגירושין. רוצה לומר, אילוצי השיטה יוצרים מצב שבו ריכוז סמכויות, מצד אחד, והפרדת סמכויות (להבדיל מפיצול עניינים), מצד שני, המשמשים בקודש בעת ובעונה אחת, משרתים את האינטרסים של המשפחה.

בשלב השני, נבקש לברור את הערכאה המועדפת. אנו נמליץ על בית־המשפט המחוזי כערכאה ההולמת דיון בעניינים הנלווים לגירושין, להוציא, כמובן, את תביעת הגירושין עצמה. המלצה זו מתיישבת עם מעמדו של בית־המשפט המחוזי כערכאה המקורית והשיורית בענייני המעמד האישי. היא גם מתחייבת, למעשה, מיישום הגיוני ושיטתי של המלצות 'וועדת שינבוים' בריכוז הסמכויות האזרחיות בכל הסוגיות המשפטיות המתעוררות בעניני משפחה, במחלקה לענייני משפחה בבית־המשפט המחוזי.

ב) הפרדת סמכויות בין תביעת הגירושין לבין העניינים הנלווים

§389. אין ספק בקיומו של יתרון בקביעת ערכאה אחת, אשר תכריע בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין במעמד הדיון בתביעת הגירושין עצמה, ובעת ובעונה אחת עמה. אולם הבחינה המעשית במציאות המשפטית הישראלית המיוחדת אינה מאששת יתרון כזה.

הקושי בהשגת גירושין ללא הסכמת הצדדים, מותיר ממילא את ההכרעה בעניינים הממוניים והרכושיים לְהסדר בין בני הזוג. בכך נעלם כליל היתרון שבהענקת סמכות לערכאה, שעניינה הכרעה בתביעת הגירושין.

יתר על כן, בחלק ניכר מן המקרים נמנע בית־הדין מהכרעה בענייני הממון והרכוש, מציע לצדדים להגיע להסדר ביניהם ומשאיר את התיק פתוח וללא הכרעה.
הקשר בין הגירושין לבין הסדר ענייני הממון והרכוש הופך להיות מלכודת לגבי בן הזוג החפץ בגירושין. קשר כזה גורם לכך, שחוטא יוצא נשכר בשני מובנים. ראשית, הוא מעניק לסרבן תמורה גבוהה בעד עקשותו ומחיר כבד תמורת הסכמתו להתגרש. שנית, בשל יחסי הגומלין שבין הדיון בסוגיית הגירושין לבין הדיון בסוגיות הנלוות, משאיר בידו בן הזוג סרבן הגט את הרכוש המשותף כל עוד לא נתן — או קיבל — את הגט[9]. בכך הוא מזין עוד יותר את סרבנותו ומעניק תמריץ חיובי להתנהגות שלילית.

§390. הפרדה בין השלבים השונים של ההתדיינות לא תועיל אולי למנוע כליל את הלחץ והסחטנות. כל עוד ימשיך הקושי להשגת גירושין ללא הסכמת הצדדים להיות חלק מן השיטה המשפטית הישראלית, תתלווה אליו הסחטנות. אולם הפרדה בדיון, בין הגירושין לבין שאר העניינים הנלווים, כשהעניינים הנלווים מרוכזים כולם בערכאה אחת, תשלול לפחות את היתרון הבלתי מוצדק העומד לסרבן הגט, היוצא נשכר בכך שכל הרכוש שצבר נשמר ברשותו.
זאת ועוד, חלק הארי של בני הזוג מנסים להשיג לעצמם יתרונות רכושיים וממוניים במסגרת הליך הגירושין. אם ינותק הדיון בין השאלות הרכושיות והממוניות לשאלת הגירושין וכל ענייני הרכוש והממון יוכרעו ללא תלות במתן הגט או בקבלתו, לא יהיה עוד תמריץ לשלול את מתן הגט או להימנע מקבלתו. הליכי הגט במקרה כזה יהיו אקט פורמלי בלבד[10].
אפילו נשאר עדיין תמריץ לבן הזוג הלהוט פחות לגט להתנות את הסכמתו בכסף או ברכוש, יוטב מצבו של הצד המתבקש לתת תמורה בעד "חירותו". הסדר ענייני הרכוש והממון יעמיד אותו על רגליו הוא ויאפשר לו עמדת מיקוח נוחה יותר, ומנקודת מוצא טובה יותר.

§391. הטענה כי עניינים מסוימים מחייבים הכרעה משולבת, שהיא ההנמקה להלכת ה'כריכה', אכן מחייבת העברת כל ההתדיינות למרכז אחד ומניעת הפיצול הקיים בסמכויות הנלוות. גם הצורך בהכרעה במעמד אחד מצדיקה גישה זו. אולם, מכאן לא מתחייבת אוטומטית גם הכרעה סימולטנית בהליך הגירושין עצמו.
אין זיקה ישירה בין הגירושין לבין ההכרעה בכל המחלוקות בין בני הזוג. עם ההכרעה בהן בערכאה אחרת, ממילא פתוחה הדרך לגירושין. כך הוא סדר ההתדיינות במתוקנות שבשיטות המשפטיות. ברוב השיטות בעולם אין זיקה מוכרחת בין מועד כריתת הקשר לבין הדיון בשאלות הנלוות, ובלבד שהדיון יהיה אינטגרטיבי וייקח בחשבון את תמונת המשפחה כולה ואת כל מרכיבי ההסדר האפשריים.
הפרדה בין העניינים הכרוכים לבין עניין הגירושין תהווה מעין חלופה לצו הפרדה, המקובל בשיטות משפט שונות. צו כזה רצוי במיוחד בשיטת משפט כשלנו, המתאפיינת בַּקושי להשיג גירושין ללא הסכמת הצדדים[11].

9. ראה לעיל פסקה 133.
10. י' שילה, לעיל הערה 7, בעמ' 653.
11. על עניין זה ראה מ' קורינלדי "סעד ההפרדה הזמנית בין הבעל והאשה והתפתחותו בפסיקת

§392. יש בהפרדת סמכויות בין בית־הדין לבין בית־המשפט, מחד גיסא, ובריכוז הסמכויות בכל העניינים הנלווים לגירושין, מאידך גיסא, משום התקרבות למודל של בית־משפט למשפחה. גם משום כך רצויה הצעה זו.

אין בהפרדת סמכויות כזו משום תמריץ לגירושין או ניצול לרעה מצד התובע את הגירושין, הואיל ובדין המהותי עצמו מצויים כלים להתמודד עם חשש כזה. הדין המהותי ערוך להתחשב בסוג זה של שיקולים. כך, למשל, משמש שיקול הדעת, המוקנה לבית־המשפט בעניינים ממוניים ורכושיים, מגן נגד שימוש בלתי מוצדק בתביעות רכושיות או ממוניות מצד אחד מבני הזוג נגד משנהו.

יתר על כן, דווקא ריכוז סמכויות מבטיח צמצום מרבי עד כדי מניעה של ניצול לרעה. ריכוז הסמכויות יבטיח שינוי פרוצדורלי ומהותי גם יחד. מבחינה פרוצדורלית, ריכוז הסמכויות יבטיח שינוי בדפוסי ההתדיינות בהליכים בין בני זוג. הדפוס הקיים יומר על ידי מבנה דיוני ותפיסה עקרונית, המקובלים בבית־המשפט למשפחה. מבחינה מהותית, ריכוז הסמכויות יקל על דיון אינטגרטיבי בהליכים בין בני הזוג. דיון כזה מתייחס לכל הליך בין בני זוג כהשתקפות של מערכת היחסים הכוללת בתוך המשפחה[12]. ריכוז הסמכויות ייצור את המסגרת השיפוטית ההולמת התייחסות אל כל תביעה המוגשת על ידי אחד מבני הזוג, כלפרט אחד בתמונת היחסים השלמה והמלאה של המשפחה. הדיון המשפטי בין בני זוג יקבל את הממדים הראויים ויתקיים במגרש הולם. אחת מנקודות התורפה המרכזיות של ההליכים בין בני זוג בישראל במצב המשפטי הקיים תמצא את תיקונה. ממילא תיעלם גם הסכנה של ניצול לרעה, הטבועה בדפוס הקיים של ההליכים ובמבנה הנוכחי של סמכויות השיפוט.

הענקת סמכות ייחודית לכל אחת מן הערכאות בחלק אחר מן העניינים, וצמצום הסמכות המקבילה להסכמת הצדדים בלבד תיצור הפרדת כוחות בין בית־הדין הרבני לבין בית־המשפט המחוזי. הפרדה כזאת תשרת במקרה זה את הצדדים ואת האינטרס החברתי גם יחד. במציאות הקיימת הפרדת הסמכויות שתיווצר, פרי הפרדת הכוחות האמורה, אינה מהווה חיסרון, אלא יתרון דווקא.

ג) הסמכות בעניינים הנלווים לגירושין — לבית־המשפט המחוזי

הקדמה

§393. לאחר שעברנו כברת דרך זו אנו בשלים להכריע בין החלופות השונות. אנו מעדיפים את הדרך הראשונה, דהיינו: מסירת סמכות מקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין לבית־המשפט המחוזי. לבית־הדין הרבני תהיה סמכות מקבילה בעניינים אלה.

בתי־הדין הרבניים בישראל" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 184. ראה עוד א' רוזן־צבי, יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב) 173־174.

12. על דיון מקוטע ועל העדר דיון אינטגרטיבי במצב המשפטי הקיים בישראל, ראה לעיל פסקה 114. על הצורך בדיון אינטגרטיבי, ראה לעיל פסקאות 182 — 190.

נמנה את עיקר טעמינו להעדפת החלופה האזרחית על פני זו הדתית.

ג1) סיכול מטרותיה של הלכת ה'כריכה'

§394. כל אחת ממטרותיה של הלכת ה'כריכה' נמצאה מסוכלת[13]. אין, איפוא, שום הצדקה להמשך קיומו של מוסד המרוקן מכל תוכן של ממש, מחד גיסא, אך גורר אחריו שובל של פגיעות בשיטה המשפטית ועוולות למתדיינים, מאידך גיסא.

ג2) השגת התוצאה של ריכוז סמכויות ממשי

§395. השגת המטרה של ריכוז ממשי של כל הסמכויות הנלוות לגירושין בערכאה אחת מותירה את בית־המשפט המחוזי כערכאה היחידה הבאה בחשבון לשם כך.
סמכות בית־הדין בעניין השלם (כל הסכסוכים במשפחה והעניינים הנלווים לגירושין) מסוכלת עקב הפיצול הטבוע בשיטה כיום. במהלך הנישואין מופקדת הסמכות המקורית, בחלק הארי של העניינים האמורים, בבית־המשפט המחוזי. כל הליך, אשר נפתח לפני הגשת תביעת גירושין, ממשיך להתנהל בבית־המשפט המחוזי. משום כך חלק נכבד מן ההתדיינות בעניני המשפחה מתברר בבית־המשפט המחוזי.
לא ניתן להעניק סמכות שלמה ומלאה לבית־הדין הרבני בלי לשלול, הלכה למעשה, את רוב סמכויותיו של בית־המשפט המחוזי בהתדיינות בין בני זוג. שלילה כזו של סמכות היא בניגוד גמור להרמוניה המשפטית, דהיינו: תחולת דינים אזרחיים־טריטוריאליים על מערכת היחסים בתוך המשפחה. אין היא עולה בקנה אחד עם הצורך החברתי, והיא גם עומדת בסתירה למאוויו של רוב הציבור הישראלי.
מאידך גיסא, אם נפקיד בידיו של בית־המשפט המחוזי את הסמכות המקורית בכל העניינים הנלווים לתביעת הגירושין, יהא אשר יהא השלב שבו נפתח ההליך או המועד שבו מתקיים הדיון, נשיג אחת ולתמיד את המטרה של ריכוז סמכויות. בכך נשחרר את הצדדים מאימת הבחירה של פורום לפי מחוגי שעון־היחסים. על ידי כך גם נסיר משיקול הדעת של המשפחה את כובדם של עניינים לא רלבנטיים המשתלטים היום (בעידן השליטה של הלכת ה'כריכה') על התכנים, עושים את הטפל עיקר ודוחקים לשוליים את הבעיות המרכזיות, החייבות להעסיק את המשפחה. מטרה נוספת אשר תושג, כפי שנראה עוד להלן, היא השוואת דינם של בני הזוג המתדיינים בישראל בכל העניינים הנלווים לגירושין.

ג3) מניעת השגתו של יתרון בלתי הוגן

§396. במהלך הנישואין הסמכות המקורית על עניני ממון ורכוש בין בני הזוג מצויה בידי בית־המשפט האזרחי. הענקת סמכות ייחודית בעניינים אלה לעת גירושין לבית־הדין הרבני תאפשר לאחד מבני הזוג השגתו של יתרון בלתי־הוגן על ידי נקיטת הליך של גירושין. בעל דין עשוי, איפוא, לנצל את המצב המשפטי לרעה ולפתוח הליך, שמטרתו היחידה או העיקרית עשויה להיות השגתו של יתרון כזה. התמריץ לניצול ההליך לרעה ימשיך להיות טבוע בשיטה.

13. ראה לעיל פסקה 22.

יוצא, איפוא, כי הליקויים הטבועים במצב הקיים ימשיכו לדבוק גם בחלופה של הענקת סמכות מקורית בענייני ממון ורכוש במהלך תביעת גירושין לבית־הדין הרבני. אם לתיקון המצב הקיים פנינו, לא ניתן לבחור חלופה זו.

ג4) השוואת סמכות בעניינים הנלווים במהלך נישואין ולעת גירושין

§397. קבלת החלופה של ריכוז כל הסמכויות בעניינים הנלווים לגירושין בבית־המשפט המחוזי — תוליך להשוואת סמכותן של ערכאות השיפוט לעת גירושין לסמכותן במהלך הנישואין. השוואת הסמכות מביאה בעת ובעונה אחת גם להשוואת הדין המוחל על הצדדים. הפרדת הסמכויות לפי סוגי ההליכים ולא לפי שלבי הדיון ומהירות התגובה של הצדדים, המשתקפת בפתיחת ההליך, היא טבעית ועניינית. כתוצאה מהפרדה זו תדון כל ערכאה בקטעים שלמים ומסוימים של הסכסוך המשפחתי. למועד פתיחת ההליך לא תהיה כל השפעה, לא על קביעת הסמכות ולא על הדין המוחל.
בית־המשפט המחוזי מקיים בידיו סמכות מקורית ושיורית על ענייני המעמד האישי (שאינם בגדר ענייני נישואין או גירושין כהגדרתם בפסיקה), כל אימת שלא נכרכו בתביעת גירושין. הוא גם הערכאה המרכזית, העוסקת בעניינים אלה בפועל במהלך הנישואין.

ג5) מניעת אפליה בדין

§398. בשער הראשון הרחבנו את הדיבור בנושא של השפעת הבחירה של הפורום על הדין הנוהג. הדין משתנה לפי הפורום הנבחר. הצד הזריז הפותח בהליך 'זוכה' בדין המועדף עליו. כתוצאה מכך מופלים צדדים מבחינת הדין החל עליהם[14]. זו תוצאה שאינה מתקבלת על הדעת.
הדרך היחידה למנוע אפליה זו, ועם זאת לאפשר החלה מלאה של כל מערכות הדינים, דתיות כאזרחיות, על המתדיינים, היא הפקדת סמכות הדיון המקורית בכל העניינים הנלווים לתביעת גירושין בבית־המשפט המחוזי. הדין המועדף על בן הזוג היוזם את ההליך לא יהיה עוד הפרס המוענק לו בתור 'זוכה', אשר הצליח להקדים את בן זוגו במירוץ לפירוק המשפחה.
חלק ניכר מן המבוכה והסתירות, הגוררות עינוי דין, ייעלמו אם תוגשם השוואה כאמור.
השאיפה להשוואת הדין מצדיקה את הפקדתה של הסמכות בעניינים הנלווים בידי בית־המשפט המחוזי, לעת דיון בגירושין כמו במהלך הנישואין.

ג6) הפורום התואם את הדין

§399. בחלק גדול מעניני הרכוש והממון מוטלות על בית־הדין הרבני הוראות חוק טריטוריאליות "חילוניות". ביחסי רכוש וממון, לפי חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951, וחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973. בעניינים הנוגעים להחזקת קטינים, לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962.
אם בית־הדין יתעלם מהוראות אלה או לא יפסוק על־פיהן, אין מקום להעניק לו סמכות לדון בהן. התעלמות כזו, הנקוטה על ידי חלק הארי של ההרכבים, היושבים על מדין בבית־

14. על האפליה, ראה לעיל פסקה 110.

הדין הרבני, פוגעת בזכויות מוקנות של צדדים. היא גם מאריכה את הדיון ומייקרת את ההליך, באשר היא מחייבת את הצדדים לפנות לערכאות נוספות כדי לממש את זכויותיהם.

אם בכוונת בית־הדין ללכת בעקבות הוראות חוק אלה, מה האינטרס המיוחד שלו לדון בעניינים אלה? מה, איפוא, ההצדקה בדין הדתי או במשפט האזרחי להקנות לו את הסמכות המקורית? לא רק המוטיבציה העניינית, אלא גם ההשכלה המשפטית המתאימה, המאפשרת התמודדות עם הוראות הדין האזרחי, אינה מצויה בקרב מרבית דייני בית־הדין. מבחינת מומחיותו ותחומי עיסוקו, בית־המשפט המחוזי הוא המוסד היעיל והראוי לעסוק בדין האזרחי, לפרשו, להחילו וליישמו.

יתר־על־כן, בית־המשפט הוא הערכאה המסוגלת לתת תשובה שלמה וכוללת, המאגדת בתוכה את הדין הדתי עם הוראות המשפט האזרחי. על ידי כך תימנע אפליה בין בעלי הדין מבחינת החלת דין מהותי שונה על־פי בחירה של פורום. בית־המשפט האזרחי הוא, איפוא, הגוף המתאים מבחינת מסוגלותו לדון בעניין. בית־המשפט הוא הערכאה המביאה הסדר אחיד וכולל, המאפשר את הענקת מלוא הזכויות למתדיינים.

ג7) העדר פגיעה בדין הדתי

§400. ענייני הממון והרכוש מסורים בדין הדתי, בעיקרו של דבר, להתנאת הצדדים והם מוסדרים על־פי מנהג המדינה. באופן מהותי אין במסירת השיפוט בעניינים הנלווים לבית־המשפט שום פגיעה בדיני האיסור וההיתר שבדין הדתי. אם תוקנה סמכות הדיון בענייני הממון והרכוש לבית־המשפט האזרחי, גם כאשר תביעת גירושין תלויה ועומדת בבית־הדין, בין שהוגשה סמוך להגשת תביעת הגירושין ובין שהוגשה אחריה, לא יפגעו דיני איסור והיתר בנישואין וגירושין[15].

יש טוענים, כי פסיקתו של בית־המשפט האזרחי, המטילה חיובים ממוניים ורכושיים ומעניקה זכויות כאלה שלא בהתאם לדין תורה, פוגעת בהלכה ועלולה לפגוע גם בדיני איסור והיתר. הטוענים כך סומכים על דיני הגזל, מצד אחד, ועל החשש מפני גט מעושה, מצד שני.

איננו נדרשים כאן להפרכת טענות אלה מטעמים שבגוף העניין. אין הצדקה לערוך במסגרת הנוכחית את הדיון הרחב והעקרוני המתחייב לשם כך. דיון זה ייערך בפרקים הבאים[16]. לצורך

15. על אפשרות ההתנאה ומנהג המקום, ראה א׳ רוזן־צבי, לעיל הערה 11, בע׳ 124 — 127 והאסמכתאות שם.
על כוח ההתנאה של בני זוג בעניינים ממוניים ורכושיים ועל דרכי ההתנאה, ראה גם תיק 4992/תשי״ד, פד״ר א 289; תיק 980/כז, פד״ר ז 353.
הטלת זכויות וחובות בענייני ממון ורכוש, או בענייני קטינים, על בני זוג גם אינה נוגדת תפיסה בסיסית של ענייני נישואין וגירושין. כשם שהמדינה עושה כן ורשאית לעשות כן בענייני ממונות ורכוש של כלל האוכלוסיה בישראל, החיה על־פי אמות מידה אלה, לא ייגרע חלקה של המשפחה. אין תחום ענייני הנישואין והגירושין במובן הצר מושפע מכל אלה אלא בעקיפין בלבד. במה שונה רכישת דירה של רווקים מדירת בני זוג נשואים מבחינת הכורח בהחלת דין תורה על יחסי הממון והרכוש ביניהם?

16. ראה להלן פסקאות 513 — 520, 534.

עניינו בפרק זה התשובה לטענות אלה היא פשוטה: כלפי הטענות האמורות, אין השינוי המוצע יוצר מצב חדש לעומת המצב הקיים היום. המצב המשפטי הקיים מועד לטענות אלה באותה מידה ממש. אילו טענות אלה היו מתקבלות על דעת בתי־הדין הרבניים, לא ניתן היה להשלים כלל עם סמכותם של בתי־המשפט האזרחיים בענייני המעמד האישי בשום שלב של דיון. במציאות הקיימת, חלק ניכר מן העניינים הנלווים מתבררים בבתי־המשפט האזרחיים, במקביל להליכי הגירושין ולהתדיינות בבתי־הדין הרבניים; לא שמענו על פסילה של גיטין בעקבות זאת.

אשר לפגיעה במעמדה של הערכאה הדתית. כיום מקיים בידו בית־המשפט המחוזי סמכות דיון בחלק הארי של דיני המשפחה. דברים אלה אמורים במהלך הנישואין ובמקרים רבים — גם במקביל להתדיינות בהליך גירושין. השינוי המוצע, דהיינו: העברת הסמכות בעניינים אלה לבית־המשפט המחוזי גם כשהם נלווים לתביעת גירושין, אינו פוגע מהותית בדין הדתי או בבתי־הדין הדתיים. הוא אמנם מצמצם את תחום הסמכות בְּקרות אירוע מסוים, אך אין בכך פגיעה מהותית או עקרונית, אלא טקטית בלבד.

ג8) תחרות חופשית בין הערכאות

§401. בעת הצגת הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי־דין רבניים), תשי"ג־1953, בקריאה הראשונה בכנסת הפליג סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, בשבח התחרות החופשית בין הערכאות לשם השגת תוצאות טובות יותר:

> "תהיה התחרות חופשית בין בית־הדין לבין בתי־המשפט ונגיע לכך, שבשניהם יהיה מירוץ לשיפוט מהיר וצודק[17].

עיקרון הכריכה מסכל את השגתה של מטרה זו. יש להחזיר את עיקרון התחרות החופשית גם לעת גירושין. תהיה תחרות בין ערכאות השיפוט לפי ברירת הצדדים גם לעת גירושין. מגבלה אחת יש להציב לבני הזוג: לא יותר להם לפצל בהסכמה את הדיון בעניינים הנלווים בין הערכאות, אם בית־המשפט או בית־הדין ימצאו כי הפיצול המוסכם פוגע בטובת המשפחה, ובמיוחד בטובת הילדים.

ג9) העדפות הציבור

§402. במועד הצגת הצעת החוק לקריאה ראשונה בכנסת הציע סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, את ברירת השיפוט כמבחן להעדפותיו של הציבור. כעבור שנים אחדות תיבחן התוצאה ויוסקו המסקנות[18]. בשער הראשון של הספר הצגנו מימצאים שלפיהם, מאז נחקק חוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953, הצביע הציבור הישראלי על בית־המשפט המחוזי כערכאה המועדפת, כל אימת שניתנה בידיו ברירת השיפוט[19]. ממצאים אלה מחזקים את החלופה של הענקת סמכות הדיון בכל העניינים הנלווים לתביעת הגירושין — לבית־המשפט המחוזי.

17. ראה דברי סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, ד"כ 14 (תשי"ג) 1411.
18. ראה לעיל פסקה 20.
19. ראה לעיל פסקה 20.

סיכום

§403. אם נצרף לכל אלה את הטיעונים, שעמדנו עליהן לעיל, בדבר יתרון הפרדת הכוחות, את המגמה המופרת של בתי־הדין להניח ממילא את העניינים הכרוכים בתביעת הגירושין להסדרם של הצדדים, ולהימנע מהכרעות, וכן את הפגיעה בזכויות הצדדים (מבחינת חוסר ההיזקקות לדין האזרחי) כתוצאה מן ההתדיינות בבתי־הדין, ניווכח כי מן הראוי להעדיף את ההתדיינות בעניינים הנלווים בבית־המשפט המחוזי.

באותם מקרים מיוחדים, שבהם לא תהיה אפשרות לקיים דיון נפרד בתביעת הגירושין ללא הכרעה בשאלות הנלוות, מצויד בית־הדין באמצעי המשפטי המתאים. הלכת העיקר והטפל, פרי פיתוחה של הפסיקה[20] תמשיך להיות חלק מדיני הסמכות. עם חקיקת סעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים נשארה שאלת תחולת הלכה זו על בתי־הדין הרבניים בצריך עיון[21]. אם תבוטל הלכת הכריכה תחדש הלכת העיקר והטפל את ימיה בבתי־הדין הרבניים כקדם. אולם במסגרת הלכה זו ייבדק כל עניין לגופו, ועל־פי נסיבותיו. כאשר יימצא צורך חיוני ואמיתי להכריע בטפל כדי להגיע לעיקר, יהיה לבית־הדין כלי משפטי הולם להשגת התוצאה. אמצעי זה לא יהיה כלי שרת בידי הצדדים, וממילא הם לא יוכלו לעשות בו שימוש לרעה. הערכאה השיפוטית היא אשר תחלוש על האמצעי ותפעיל אותו בעת הצורך.

כל הדרכים מובילות להצעה בדבר ביטולה של הלכת ה'כריכה', הקבועה בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים, והשוואת דיני הסמכות בענייני המעמד האישי במסגרת תביעת גירושין לאלה שבמהלך הנישואין.

השינוי המוצע על ידינו מחייב את התערבות המחוקק. מעורבות שיפוטית אין די בה. בתנאים הפוליטיים הקיימים אפשרות ההתערבות של המחוקק היא מכשול כמעט בלתי עביר. אף־על־פי־כן לא ראינו עצמנו בני־חורין להימנע מדיון מפורט בהצעה על יתרונותיה. המכשלה בעקבות הלכת ה'כריכה' היא כה יסודית וכה קשה, שגם צעד קטן אחד בכיוון הנכון תורם משהו לאיכות החיים של בני זוג בישראל באחת משעותיה הקשות ביותר של המשפחה.

20. ראה לעיל פסקה 37 הערה 62.

21. ראה לעיל פסקה 37 הערה 62.

פרק שני

הסכם ממון והסכם גירושין

1) כללי: בין חופש החוזים למעורבות משפטית

§404. עסקנו בהרחבה במטלה, הרובצת על שיטה משפטית, לחתור לאיזון בכוח המיקוח של הצדדים, במיוחד של בני זוג. ראינו כי בישראל האיזון הוא צורך 'קיומי'. אמנם האחריות הראשונית לכוח המיקוח המוגבל יותר של האשה נופלת על הדין הדתי, אולם גם המשפט האזרחי אינו מיטיב תמיד עם כוח המיקוח של האשה. לעיתים, אין הוא ער מספיק לאילוצי השיטה, ואין הוא מתחשב בעמדת הפתיחה הנחותה של האשה, שמקורה בדין הדתי. לעיתים לא נלקחת בחשבון השפעת דבר חקיקה, או הלכה פסוקה, על כוחם של הצדדים ועל מאזן הכוחות במסגרת הליך הגירושין[1].

§405. השיטה המשפטית הישראלית עומדת לפני מורכבות נוספת, המתגלמת בסוגיית הסכמי הממון והסכמי הגירושין. הקושי להתיר נישואין ללא הסכמה מטיל על השיטה המשפטית את החובה לעודד הסדרים בין בני זוג. לשם כך יש להניח לצדדים חופש חוזים במינון גבוה. מעורבות רבה של בית־המשפט, או פיקוח הדוק מדי, עלולים להערים מכשולים מיותרים לפני בני הזוג ולהקשות עליהם את הדרך להסדר גירושין. מאידך גיסא, חוסר השוויון בכוח המיקוח מזה, והצורך לשלם את מחיר הגט ולרכוש את החירות בממון וברכוש מזה, מחייבים פיקוח משפטי הדוק. רק כך ניתן להבטיח את השימוש הנאות בזכויות, את ההגנה על אינטרס הציבור ועל טובת הילדים, את שלומם של בני הזוג, את אפשרויות השיקום שלהם בעתיד ואת האיזון המינימלי ביניהם.

§406. בקביעת הדין החל על הסכמי גירושין, נעים מעגלותיה של כל שיטה משפטית בין היקף האוטונומיה של רצון הצדדים לבין מידת המעורבות המשפטית והפיקוח השיפוטי[2].

1. ראה לעיל פסקה 117 ואילך.

2. על הבעיה במישור הכללי, ראה: R.H. Mnookin, "Divorce Bargaining: The Limits on Private Ordering" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz ed., Toronto, 1984) 364; M.M. Meulders-Klein, "Financial Agreements on Divorce and the Freedom of

מציאת האיזון העדין בין האינטרסים האמורים קשה במיוחד במשפט הישראלי. האיזון קשור למערכת היחסים שבין בית־המשפט לבית־הדין, למירוץ הסמכויות ביניהם וליחסי הגומלין שבין הדין האזרחי לדין הדתי. אין להתעלם מכך, שקביעת נקודת האיזון בין חופש החוזים לפיקוח השיפוטי משפיעה גם היא על כוח המיקוח של הצדדים. מצד אחד, מושפעת ההכרעה בדבר נקודת האיזון מחוסר השוויון בכוח המיקוח. מצד שני, קביעת נקודת איזון גם משפיעה על הטייתו של כוח המיקוח לכאן או לכאן.

§407. על הסדרי הגירושין בישראל שולט צירוף מיוחד של 'חופש בתוך אזיקים'. חופש התנאה רחב ביותר, המושתת הן על הדין העברי ותפיסתו את יחסי הנישואין ואת עניין הגירושין[3] והן על המשפט האזרחי, יחד עם דין אשמה המגביל באורח משמעותי את היכולת להתיר את קשר הנישואין. צירוף כזה לא מקובל ברוב השיטות המשפטיות בעולם. בשיטות אלה חופש ההתנאה התרחב במקביל לקביעת הגירושין ללא־אשם (no-fault divorce), דהיינו לביטול אלמנט האשמה. שני גורמים אלה נחשבים כמשרתים אותה מדיניות משפטית. שניהם — פועל יוצא מן המגמה, המדגישה את ממד החוזה שבנישואין על חשבון הסטאטוס. הדדיות ההסדר ביניהם מתקבלת כדבר טבעי ומקובל[4]. לא כן בשיטתנו המשפטית.

§408. אנו מבקשים בפרק זה להוכיח את טענתנו[5], כי אין ההסדר המשפטי הקיים עונה על צורכי החברה הישראלית, אף אם טוענים לזכותו את האילוצים הקיימים בשיטה. לא זו בלבד שלא נמצא האיזון הראוי בין חופש החוזים לפיקוח השיפוטי, אלא שהכללים המשפטיים הנוגעים להסכמי גירושין גם משפיעים באופן שלילי על כוח המיקוח. הצירוף של כללים משפטיים אחדים ויישומם של אחרים גורם לכך, שגם הדין השולט על הסכמי ממון בכלל ועל הסכמי הגירושין, בפרט מוסיף לכוח המיקוח של הפחות־להוט לגירושין. גם הסכם גירושין אינו מסמן תמיד את קצה של דרך הייסורים, שעוברים בני הזוג בדרכם אל פתרון מצוקות קשר הנישואין שלהם. אנו מנסים גם להציע דרכי פתרון אפשריות במסגרת הדין הקיים.

נעמוד על מערכות הדינים ועל תוצאותיהן. ננתח את הסוגייה על רקע המציאות המשפטית והחברתית בישראל. נבחן כיצד ניתן לסגור את הפערים בין הדין למציאות באמצעות הכלים המשפטיים, העומדים לרשות המערכת המשפטית, במטרה לתקן את חוסר השוויון בכוח המיקוח ולהגיע לאיזון בין האינטרסים השונים.

Contract in Continental Europe" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz ed., Toronto, 1984) 297; J. M. Grossen, "Agreements Regarding the Financial Aspects of Divorce: How Free? How Binding?" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz ed., Toronto, 1984) 313; E. Clive, "The Legal Response to Private Financial Arrangements in Divorce" in **The Resolution of Family Conflict** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz ed., Toronto, 1984) 347.

3. בסוגייה זו, ראה א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 124 — 127.

4. L.J. Weitzman, **The Marriage Contract** (1981, New-York); M.M. Shultz, "Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy" 70 **Cal. L.R.** (1982) 204.

5. ראה **לעיל** פסקה 135.

2) הסכם ממון ומגבלות החוק — פיקוח מוקדם

א) עקרונות יסוד

§409. חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973, מסדיר את אופן עריכת הסכמי ממון בין בני זוג. עריכת הסכמי ממון עובר לנישואין, או סמוך לעריכתם, אינה רווחת בישראל. חלק הארי של הסכמי ממון הנערכים בישראל נחתמים לקראת הגירושין, והם הלכה למעשה הסכמי גירושין. אנו נתייחס להסכם ממון, המהווה למעשה הסכם גירושין.

העיקרון המרכזי, שמרותו מושלטת על ידי החוק, הוא חופש ההתנאה[6]. נקודת האיזון להבטחת האינטרסים של הצדדים, שנועדה להגן על החלש, מתבטאת בתנאים המוקדמים הצורניים, שמעמיד החוק כתנאי לתוקפו של ההסכם. תנאים אלה כוללים את דרישת הכְּתב ואת הצורך באישורו של הסכם הממון על ידי רושם הנישואין או בית-המשפט[7]. התנאים הצורניים נועדו להבטיח, כי מערכת היחסים העדינה והמורכבת הקיימת בין בעל לאשה לא תגרור אחריה השגת יתרון בלתי הוגן, או ניצול לרעה[8]. תפקידו של בית-המשפט או רושם הנישואין באישור הסכם ממון הוא פורמלי. כל אחד מהם ממלא תפקיד פאסיבי בלבד[9]. עליו לוודא כי בני הזוג חתמו על ההסכם בהסכמה חופשית, וכי הם מבינים את משמעות ההסכם ואת התוצאות הנובעות ממנו:

> "מרכז הכובד של החוק הוא בהכרעה בדבר חופש הרצון של הצדדים"[10].
>
> "האישור המתחייב על-פי חוק מגמתו להבטיח את קיומה של גמירת דעת מצד שני בני הזוג"[11].

אין בית-המשפט רשאי להתערב בתוכנו של ההסכם.

תנאים אלה, הבאים לספק את נקודת האיזון, הם הרבה מדי ומעט מדי — בעת ובעונה אחת.

ב) הגבלות יתרות על חופש ההתקשרות

§410. 'הרבה מדי' כיצד? התנאים מגבילים את חופש ההתקשרות של בני הזוג מעבר לנדרש לשם הגנת החלש. הם מחדירים ממד של פורמליזם מיותר למסגרת חיי המשפחה. תועלתם לשמירת ההגינות ולהשוואת כוח המיקוח דלה באשר היקף המעורבות השיפוטית

6. סעיף 1 לחוק.
7. סעיף 2 לחוק.
8. ע"א 4/80 מונק נ. מונק, פ"ד לו (3) 421, 428ג.
9. הלכת מונק, שם בע' 428, 429ו; ע"א 543/82 שטרן נ. שטרן, פ"ד לו (4) 752, 756ה; ע"א 640/82 כהן נ. היועה"מ, פ"ד לט (1) 673, 679, 683ז; ר"ע 359/85 קוך נ. קוך, פ"ד לט (3) 421.
10. הלכת כהן, שם בע' 690א.
11. הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 429ו.

מוגבל, והוא משתרע רק על ההיבטים הצורניים או על תופעות קיצוניות ממש. נזקם, לעומת זאת, מרובה. הדרישות הצורניות מציידות את בני הזוג בכושר תמרון רחב מדי. הן מניחות לצדדים דרך קלה לנסיגה מהתחייבויות משפטיות ללא סכנה של סנקציה.
פסיקת בתי המשפט עוד הבליטה והעמיקה את פגיעתו של החוק בהקשרים אלה בשני מישורים עיקריים:

ב1) פורמליות יתרה ואמצעים לריכוכה

§411. א) ראשית, הרחבת המסגרת הצורנית ופרשנות נלהבת מדי של הצדדים הפורמליים עלולים להבליט את פגמי ההסדר המשפטי.
בית־המשפט פסק, כי הדרישות הצורניות הן מהותיות[12]. הוא נהג בדרישה זו בקפדנות ובדקדקנות: הסכם אשר אושר על ידי בית־המשפט וקיבל תוקף של פסק־דין לא עמד בתנאי החוק, הואיל ובעת האישור לא ניתנה הדעת לחוק יחסי ממון בין בני זוג[13]. בית־המשפט הרחיב את הדרישות הצורניות גם על שינוי הסכם ממון לאחר הגירושין[14]. אם כי הטעמים המצדיקים את ההוראות הצורניות שבחוק מקורם במערכת היחסים המיוחדת בין בני זוג, העדיף בית־המשפט פרשנות מילולית פורמליסטית על פני עמדה עניינית־מהותית.

§412. במקרה אחר, בעניין מונק, החליט בית־המשפט, כי ההסכמה להסכם חייבת להיות מובעת במועד מתן האישור ובמעמד האישור. את גמירת הדעת בודק בית־המשפט במעמד החתימה ולגבי אותו מועד[15]. בית־המשפט החליט, כי במסגרת ההליך לאישור הסכם ממון אין הוא נכנס כלל לבירור הטעמים להתנערות מן החתימה על ההסכם: בין שמקורה בחרטה, בין שהיא לשמה ובין שהיא נובעת מן הרצון להיטיב את תנאי ההסכם — או שמא היא נובעת מהעדר גמירת דעת או מפגם שברצון.
ההתנערות מן החתימה על ההסכם יכולה ללבוש פנים אחדות: צד החתום על ההסכם עשוי להימנע מלבקש את אישורו של בית־המשפט. הוא עשוי גם לסרב להופיע לפני בית־המשפט או להודיע לבית המשפט, במסגרת הליך הבקשה למתן האישור, כי אין הוא מסכים עתה לתנאי ההסכם למרות חתימתו.

§413. משמעות ההחלטה בעניין מונק עשויה להיות מצומצמת לצד הפרוצדורלי בלבד ולהתייחס לסמכויותיו ולכוחותיו של בית־המשפט במסגרת הליך האישור עצמו. אולם, החלטת בית־המשפט עשויה גם להיות מרחיקת לכת יותר ולהצביע על כך, שמבחינה משפטית אין לייחס שום משמעות לחתימת ההסכם עובר להליך האישור: הסכמה הדדית, אשר הועלתה על הכתב ונחתמה על ידי בני הזוג אין לה שום תוקף, עד אשר

12. ע"א 490/77 **נציה נ. נציה**, פ"ד לב (2) 621, 624; הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 428ג, 1429; ע"א 51/81 **בראור נ. בראור**, פ"ד לה (4) 231, 236; ע"א 419/84 **טוכמינץ נ. כרמל (טוכמינץ)**, פ"ד לט (1) 287, 291ד; הלכת כהן, לעיל הערה 9, בע' 679.
13. הלכת **נציה**, שם בע' 624.
14. הלכת **טוכמינץ**, לעיל הערה 12; ע"א 486/87 **אבידור נ. אבידור**, פ"ד מב (3) 499, 506ז.
15. הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 428, 429.

תאושר על ידי בית־המשפט. את חתימת הצדדים רואים כאילו היא נעשית במעמד הליך האישור בלבד. גם כאשר בן זוג חתום על הסכם ממון, הוא יכול לחזור בו בכל עת עד לאישור בית־המשפט.

§414. בית־המשפט נימק את ההחלטה בשניים: הנימוק המוסדי והנימוק הפונקציונלי. מבחינה מוסדית אין בית־המשפט או רושם הנישואין ערוכים לבירור פלוגתאות עובדתיות במסגרת הליכי האישור. מבחינה פונקציונלית, תפקיד בית־המשפט מוגבל לבירור גמירת הדעת. כדי להשיג תכלית זו יש לברר את עניין גמירת הדעת על־אֲתָר במעמד הרשות המאשרת והצדדים.

§415. נימוקי בית־המשפט משכנעים ככל שהדבר נוגע לצד הפרוצדורלי. אולם אם משמעות ההחלטה היא, כי חזרה מהסכם אפשרית — מכל טעם שהוא — עד למועד מתן האישור, כי אז אין נימוקיה תומכים במסקנה מרחיקת לכת כזו.
התוצאה הנובעת ממסקנה זו היא פגומה, שכן היא מעדיפה את הפרוצדורה על פני המהות: היא מוציאה חוטא נשכר. היא מעודדת התחמקות מהסכמים. היא מגדילה את כוח המיקוח של מי שמחזיק בידיו ממילא כוח מיקוח עדיף. והיא מאריכה עוד יותר את דרך הייסורים של התרת קשר נישואין ריק מכל תוכן של ממש, על כל המשמעויות האישיות והכלכליות הגלומות בכך.

§416. לטעמינו יש למצוא דרך ביניים, אשר תקיים את ההגנה על האינטרסים העניינים ובד בבד גם תמנע ניצול לרעה של ההליכים הקבועים בחוק. אם שוכנע בית־המשפט כי חתימת הצדדים על ההסכם נעשתה בזמנה בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ותוצאותיו, יש לאשר את ההסכם — תהא אשר תהא עמדתו של הצד המתחרט במעמד ההליך השיפוטי.
אכן, הליך מתן האישור אינו מתאים לבירור סוגייה זו. אולם אין להניח לפרוצדורה לשלוט במהות. לעיתים, אפשר להגיע למסקנה שלפיה התקיימו התנאים הנדרשים בחוק במעמד חתימת ההסכם, ללא כל צורך בהליך של בירור. למשל, אם הצד המתחרט הודה בכך בבית־המשפט במסגרת ההליך הקבוע לאישור ההסכם. אולם גם אם הליך מסוים אינו מתאים לתכלית מסוימת, יש למצוא את ההליך החלופי המתאים. השאלה המהותית יכולה להתברר במסגרת הליך מתאים של תביעה משפטית הולמת, ובו תתברר הפלוגתא האמורה.
על־פי הצעתנו יברר בית־המשפט, בהליך המתאים, אם אמנם היתה הסכמה ואם המשמעויות של ההסכם ותוצאותיו אכן הובנו. משהעלו תוצאות בירורו ממצא חיובי, הוא יפעיל את חובתו על־פי החוק ויאשר את ההסכם. בית־המשפט הדן בתביעה האמורה יאשר את ההסכם, אם ימצא בסופו של הדיון, כי במעמד חתימת ההסכם על ידי הצדדים נתקיימו כל התנאים המהותיים, הנדרשים בחוק למתן האישור.
ההליך המוצע על ידינו מתיישב לא רק עם התכלית החקיקתית, אלא עם לשון החוק עצמה, המדברת על עשיית ההסכם בלשון עבר: "עשו את ההסכם... בהסכמה חופשית..."[16]. ההליך

16. סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973: "האישור לא יינתן אלא לאחר שנוכח בית־המשפט... שבני הזוג עשו את ההסכם... בהסכמה חופשית...".

המוצע עונה על דרישות החוק ואינו פוגע בתפקידו המוגבל של בית־המשפט, הנקרא לאשר הסכם. בד בבד הוא גם מונע את הנזק שבחזרה בלתי מוצדקת מהסכם חתום. בית־המשפט מוסמך לברר תביעה בדבר בטלות ההסכם או אי תקפותו בשלב שלאחר אישור ההסכם[17]. אין שום מניעה עניינית, לדעתנו, לברר אותן שאלות עצמן בשלב שלפני מתן האישור הפורמלי. אמנם, אין הטענות בשני ההליכים זהות, אך אופיו של ההליך, טיב הראיות וסוג הדיון דומים.

§417. הואיל ומתחנו ביקורת על עומס הדרישות הצורניות המוטלות על הסכם ממון, יש לבחון אם ניתן לרכך את חומרת הדרישות הצורניות.

ניסיון לריכוך דרישות צורניות נעשה בהקשר משפטי אחר, ובו נדרש כְּתָב כתנאי לתוקפה של עסקה. הכוונה היא להתחייבות לערוך עסקאות במקרקעין במסגרת סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969. בהקשר זה, עלו הצעות לעשיית שימוש בכלים משפטיים מגוונים לשם איזון היחס בין הגינות המשא־ומתן לבין הדרישות, שהדין מציב לתוקף החוזה. הכלים העיקריים המוצעים לשכלול חוזה במקרים מיוחדים, למרות אי־מילוי הדרישות הצורניות, הם סעיפים 12 ו־39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973, וכן דוקטרינת ההשתק ועוולת הרשלנות[18].

שימוש באמצעים חוזיים הולם גם הסכם ממון במסגרת חוק יחסי ממון, תשל"ג־1973. תחולת חוק החוזים על הסכמי ממון, כולל סעיפים 12 ו־39 לחוק החוזים, הוכרה בפסיקה[19].

§418. נבחן, איפוא, את המדיניות המשפטית הרווחת באשר לאפשרויות הריכוך של הדרישות הצורניות.

השופט א' ברק מוכן היה להחיל במקרים מתאימים, בזהירות ובאופן הדרגתי, את עיקרון תום הלב במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים גם לעניין דרישת הצורה[20]. עיקרון תום הלב פורש מצודתו על כלל המערכת המשפטית בישראל. דרישה צורנית, שבה מותנה שכלול חוזה, משולבת גם היא במערך הכולל של החקיקה. ממילא אין היא נמלטת מעיקרון־העל המחייב תום לב[21]. שופטי ההרכב האחרים התייחסו לשאלה רק אגב אורחא. השופטת מ' בן־פורת היתה מוכנה לקבל את הרעיון במקרים יוצאי דופן בלבד[22], אולם השופט מ' בייסקי שלל את הרעיון[23]. הוא סבור היה, כי לא ניתן לשכלל חוזה בלי שתתקיימנה

17. הלכת קוך, לעיל הערה 9.

18. נ' כהן "דפוסי החוזים ותום־לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז (1986) 13; נ' כהן "צורת החוזה" הפרקליט לח (1989) 383, 438 — 451. ראה גם ד' פרידמן "סעיף 8 לחוק המקרקעין: על הצורך בשינוי גישה" הפרקליט לג (1980) 4, 9; מ' דויטש "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" עיוני משפט ז (1979) 248, 254. לגישה נוגדת, ראה י' זוסמן "תום לב בדיני חוזים — הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (1978) 485.

19. הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 430. ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 3, בע' 340.

20. ע"א 579/83 זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב (2) 278, 288 — 292.

21. שם בע' 290.

22. שם בע' 288.

23. שם בע' 295 — 297.

הדרישות הצורניות הקבועות בחוק. במהלך השקלא וטריא הוא אף טרח לצמצם[24] פתח שפתח בפסק־דין מוקדם יותר, ולפיו יתכן שימוש בדוקטרינה של השתק לשם מתן תוקף לעסקה, אף שלא עמדה בתנאים הצורניים[25]. לדבריו, לא היה בכוונתו להמליץ על שימוש בדוקטרינה האמורה לשם אכיפת הסכם שלא עמד בדרישות הצורניות, אלא לאפשר באמצעות דוקטרינה זו הגנה בדיעבד בלבד מפני תביעות מסוימות.

§419. באשר להסכם ממון נפתח על ידי בית־המשפט העליון פתח כחודה של מחט להתגבר במקרים מסוימים על העדר הדרישות הצורניות. היה זה מקרה, שבו חתמו צדדים על הסכם שלא עמד בדרישות הצורה. הוא לא אושר על ידי בית־המשפט כמצוות חוק יחסי ממון בין בני זוג. ההסכם נחתם שנים רבות לפני כן ובוצע בחלקו הגדול. בית־המשפט מנע מן הנתבע את אפשרות העלאת הטענה בדבר הפגם הצורני־המהותי כהגנה נגד תביעה לאכיפת אחת ההתחייבויות, שהיתה כלולה בהסכם כזה.
בית־המשפט עשה שימוש הן בדוקטרינת ההשתק והן בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), המטיל חובה להשתמש בזכות בתום לב. הזכות, מושא ההתייחסות, היא טענת אי־תקפותו של הסכם על־פי חוק יחסי ממון בין בני זוג[26]. המקרה הוא חריג, אך האמצעים המשפטיים, אשר הופעלו במקרה זה, ניתנים ליישום במקרים אחרים, פחות חריגים. הכל תלוי במדיניות השיפוטית שבית המשפט יאמץ.

§420. נוסף לכך, ניכרת בפסיקה המאוחרת יותר מגמה א־פרוצדורלית, הסומכת ידה על המהות ודוחקת את הפורמליזם לשוליים.
במקרה אחד קבע בית־המשפט, כי הדרישה המופנית לבית־המשפט, במסגרת תקנה 3 לתקנות סדרי־הדין (אישור הסכם ממון בין בני זוג), תשל"ד־1974, לרישום פרטי ההליכים שנקט בצד אישור הסכם הממון, היא פרוצדורלית בלבד. משום כך נפסק, כי אי מילויה של הדרישה או פגם שנפל בה אינם פוסלים את האישור השיפוטי ואינם פוגעים בתוקפו של הסכם הממון שאושר בנוסח זה. כל זאת, בתנאי שהתמלאו הדרישות המהותיות, המוטלות על בית־המשפט בחוק יחסי ממון בין בני זוג. וזאת — להיווכח כי ההסכם נעשה בהסכמה חופשית, כשבני הזוג הבינו את משמעותו ואת תוצאותיו[27]. אם נקרא פסק־דין זה לצדה של הלכת נציה ניווכח ברוח החדשה המנשבת ממנו.
במקרה אחר נפסק, כי שינויו של הסכם, אשר נשלט על ידי דין זר בהיות בני הזוג בעלי מושב זר, אינו מחייב עמידה בדרישות הסכם ממון כהגדרתו בחוק. שינויו של הסכם כזה נופל לגדרו של סעיף 15 לחוק יחסי ממון, המסתפק בדרישה לעריכת השינוי בכתב[27א].

24. שם בע' 297ה.

25. ע"א 285/75 זינגר נ. קימלמן, פ"ד ל (1) 804, 812.

26. ע"א 151/85 רודן נ. רודן, פ"ד לט (3) 186, 193־194. בע"א 169/83 שי נ. שי, פ"ד לט (3) 776, דחתה השופטת מ' בן־פורת טענה בדבר תקפות הסכם ממון שלא אושר על ידי בית־המשפט, אף שהמשיב, שהחל בבצוע ההתחייבות חזר בו. בסוף פסק־דינה (בע' 784) היא העירה: "ייתכן... שאילו הושלמה העברת הזכויות, שוב לא יכול היה המשיב להישמע".

27. הלכת אבידור, לעיל הערה 14.

27א. ע"א 291/85 אואליד נ. אואליד, פ"ד מב (1) 215.

הפסיקה האחרונה המתיקה במידת־מה את הגישה הפורמליסטית. היא נסוגה במידה מסוימת מן הקו הדווקני הנוקשה ונוטה לגישה מהותית־עניינית. לא היינו ממהרים להכריז על סמך פסיקה זו על שינוי כולל של המדיניות השיפוטית. עם זאת, אין להתעלם מן הבקיעים הניכרים בקו הנוקשה. יתכן כי אלה סימנים ראשונים של דפוס פסיקתי, המוכר לנו מן העבר הקרוב. כוונתנו לתהליכים שעברה דרישת הכְּתב הקבועה בחוק המקרקעין, תשכ״ט־1969. בתהליך רצוף והדרגתי כרסמה הפסיקה את דרישת הכתב הדווקנית, עד שהותירה לה רק בקעה צרה מאד להתגדר בה[327].

ב2) הרחבת מסגרת הסכם ממון

§421. ב) שנית, הגדרת הסכם הממון רחבה מדי.

לא כל הסכם בין בני זוג נחשב כהסכם ממון. בית־המשפט קיבל את העיקרון, כי

> ״אין לראות ב׳הסכם ממון׳ את חזות הכול מבחינת יחסי הממון בין בני זוג, ויש להבדיל הבדל היטב בין ׳הסכם ממון׳... לבין הסכם רגיל או הענקת מתנה או עסקה אחרת בין בני הזוג במהלך חיי הנישואין לפי הדין הכללי״[327].

בית־המשפט קיבל גם את העמדה כי על רכוש, הרשום על שם שני בני הזוג במשותף מכוח דיני הקניין הכלליים, יחולו דיני הקניין ולא הסדר איזון המשאבים, המפורט בחוק יחסי ממון בין בני זוג[28].

מסגרות אלה משאירות לבני זוג מרחב תמרון חופשי מפורמליזם ואינן חושפות את בני הזוג לפגמים שבהסדר איזון המשאבים, שבהם עוד ידובר.

§422. אולם ביוצקו תוכן בביטוי ׳הסכם ממון׳ פתח בית־המשפט את ידו ומילא אותו בתוכן רחב, המותיר מרחב מחיה צר יחסית לתחום ההסדרים, החופשיים מן הדרישות הצמודות להסכם ממון. השופטת מ׳ בן־פורת דחתה[29] עמדה שהבענו, במקום אחר, ולפיה הסכם ממון הוא הסכם כולל הצופה פני עתיד, ומגמתו להסדיר את יחסי בני הזוג הסדר כולל בכל הנוגע ליחסיהם הנמשכים[30]. בית־המשפט הגדיר הסכם ממון באופן רחב יותר. אין הוא מקבל את התנאי בדבר הצורך בכלליותו של ההסכם. גם הסכם המתייחס לנכס ספציפי עשוי להיחשב כהסכם ממון. מאידך גיסא, גם הסכם הכולל מערכת של נכסים לא תמיד ייחשב כהסכם ממון.

נקודת החיתוך בין הסכם רגיל להסכם ממון היא, לדעת בית־המשפט, התייחסותו להסדר ענייני הרכוש לעת פטירה או גירושין. בכך מתייחד, לדעת בית־המשפט, הסדר מיוחד בין בני זוג, הראוי לשם ׳הסכם ממון׳ לעומת הסדר רגיל. כל אימת שהסכם בנוגע

327ב. תיאור מפורט ומאלף של התהליך השיפוטי וניתוחו, ראה נ׳ כהן ״צורת החוזה״, **לעיל** הערה 18, בע׳ 405, 410 — 413, 416 — 433.

327ג. **הלכת שי, לעיל** הערה 26, בע׳ 780־781; ראה גם **הלכת נציה, לעיל** הערה 12, בע׳ 624. ראה גם א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 3, בע׳ 303 ואילך.

28. ראה, בין היתר, בר״ע (ת״א) 1809/82 **פפרמן נ. פפרמן**, פסקים תשמ״ג ב 338; ע״א (חי׳) 222/84 **אילון נ. אילון**, פסקים תשמ״ה ג 406; א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 3, בע׳ 284.

29. **הלכת שי, לעיל** הערה 26, בע׳ 781־782.

30. א׳ רוזן־צבי, **לעיל** הערה 3, בע׳ 303.

לנכס או נכסים צופה פני עתיד ומתייחס לעת מוות או לעת גירושין, הוא נחשב להסכם ממון[31]. המכנה המשותף לעמדתנו ולעמדת בית־המשפט הוא כי עסקאות שוטפות או רגילות, שאינן קשורות עם הסדר לעת פטירה או למקרה של גירושין אינן נחשבות כהסכם ממון. כתוצאה מפסיקה זו לא הוכרה זכותה של אשה למחצית הבעלות בדירת מגורים, שהבעל התחייב בכתב להעביר לה, הואיל וההסכם לא אושר על ידי בית־המשפט בהתאם לחוק יחסי ממון. ההסכם קבע, בין היתר, את ההסדרים בדירה זו לעת פטירה או למקרה של גירושין. הבעל, אשר חזר בו מן ההסכם במהלך ביצועו, יצא מן ההתדיינות המשפטית וזֵר המנצח על ראשו אף כי הבין היטב את תוצאות התחייבותו ולא כפר ברצון החופשי שליווה את חתימתו.

§423. הגדרה רחבה של 'הסכם ממון' מונעת מן הצדדים את ההתקשרות בהסדרים שוטפים. היא גם מאפשרת לצד המתחרט לחזור בו מהתחייבותו בלי לשאת בתוצאות, המתחייבות בדרך כלל מהפרת הסכם. תוצאות הפסיקה פוגעות בצד החלש יותר מבחינה כלכלית וממילא בבעל כוח המיקוח המצומצם יותר. הואיל וכוחו של אותו בן זוג לעמוד על הסדר פורמלי הוא קטן יותר, הוא מוצא עצמו נפגע ברצותו להתיר את קשר הנישואין. כתוצאה מכך מושפעת יכולתו להתיר את קשר הנישואין משיקולים לא ענייניים ולא רצויים.

§424. זאת ועוד, בני זוג עשויים לסמוך על הסדרים שהתגבשו בתוך המשפחה. יתכן כי לאור הסדרים אלה נקטו הצדדים צעדים ממוניים ורכושיים שונים, שחלקם אינם ניתנים עוד להשבה. בן זוג שחזר בו מן ההסכם עשוי לצאת ברווח כפול על חשבון האחר. מצד אחד הוא נהנה כבר מן ההסדרים שבוצעו. מצד שני, הוא פטור מן החבות שקיבל על עצמו. הואיל ולא תמיד ניתן למצוא קשר או זיקה בין מערכות שונות של הסדרים, הנעשים במסגרת מורכבת של יחסים בתוך המשפחה, לא יוכל בן הזוג היוצא נפסד מן ההתדיינות המשפטית לתבוע השבה.

ג) הגבלות יתרות על כוחו של בית־המשפט

§425. **'מעט מדי' כיצד?** כוחו של בית־המשפט מוגבל מדי מכדי לאפשר לו להתערב בתוכן ההסכם, במקום שהדבר נחוץ. אם ההסכם כולל הסדרים הנוגעים להחזקת קטינים רשאי בית־המשפט להתערב במסגרת סמכויותיו, לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962. הסדרים במסגרת הסכם גירושין הנוגעים לקטינים מאפשרים לבית־המשפט להפעיל את עיקרון טובת הילד. אולם, אם ההסכם מפלה את אחד מבני הזוג לטובה ואותו בן זוג מנצל את כוח המיקוח שלו לרעה, אין בית־המשפט יכול להתערב, כאשר סיים את הבדיקה במסגרת הפאסיבית שקצב לו המחוקק. מרכז הכובד של חוק יחסי ממון בין בני זוג הוא הבטחת האוטונומיה החופשית של בעלי הדין[32]. המשקל היחסי שמייחסת הפסיקה להגנה על האינטרס של האוטונומיה של הרצון, עולה כמה מונים על

31. הלכת שי, לעיל הערה 26, בע' 781־782.
32. הלכת שטרן, לעיל הערה 9, בע' 756ד.

הגנת אינטרסים רחבים של השוואת כוח המיקוח של הצדדים ושל עשיית צדק במובן הרחב.

ד) איזון ראוי בין חופש ההתקשרות לבין מעורבות שיפוטית

§426. אין אנו ממליצים על הרחבת היקף ההתערבות השיפוטית בתוכנו של הסכם ממון כעניין של שגרה, אלא במקרים מיוחדים בלבד. מקובל עלינו כי על הדין לספק לצדדים מסגרת, ובתוכה יוכלו לקבוע בעצמם את מערכת היחסים ביניהם. מעורבות יתר תפגע ביכולתם של הצדדים להגיע להסדר ענייניהם בדרכי שלום.

כל אימת שהמחוקק מטיל על בית־המשפט תפקיד של פיקוח, בדרך של אישור הסכמים מראש, הוא מבקש להגן על אינטרסים שונים. לעיתים נוגעים אינטרסים אלה לתכנים של ההסכם; לעיתים רק לדרך שבה הגיעו הצדדים להסכם.

כך, למשל, התפקיד שממלא בית־המשפט באישור הסכמים שבהם מעורבים קטינים[33] הוא לבוא, כביכול, במקומו של הקטין, שאינו מסוגל להגן על ענייניו. בית־המשפט מופקד על הגנת שלומו וטובתו של הקטין. במסגרת זאת הוא מפקח על תוכנה של העסקה שערך האפוטרופוס למען הקטין. במקרה זה כוח ההתערבות של בית־המשפט רחב, הואיל והתכלית החקיקתית של התפקיד השיפוטי נוגעת להסדר גופו. תוכנו של ההסכם המוצע עומד לביקורתו של בית־המשפט[34]. הוא רשאי לשקול שיקולים רחבים כאילו היה עורך את ההסכם במקום הקטין. כך הוא גם במסגרת אישור הסכמים, שנערכו על ידי מפרקי חברות או כונסי נכסים. בית־המשפט מגן על אינטרס של נושים — חלוקה צודקת וכיו"ב.

§427. מה שאין כן לגבי אישור הסכם ממון. התכלית החקיקתית מתרכזת בדרך שבה הגיעו הצדדים להסכם, במסגרת המקיפה את ההסכם ולא בתוכנו. דרישות החוק מעוגנות בהבטחת האינטרסים החברתיים המיוחדים, הקשורים בבני זוג. דרישת הכתב מיועדת להבטיח את ודאות הקשר המשפטי־החוזי במסגרת יחסים אינטימית, המקשה על מתיחת קו הפרדה ברור בין הבטחות והסדרים לא־פורמליים לבין חוזה. האישור השיפוטי מיועד להבטיח כי הצדדים מבינים את השלכות ההתקשרות ביניהם, וכי על רקע זה הם הגיעו להסכם מתוך רצון חופשי. קשר בין בני זוג טומן בחובו מערכות של לחצים והשפעות העלולים לדכא את הרצון החופשי. האישור השיפוטי מטרתו להבטיח כי הקשר המיוחד שבין הצדדים, אִם אהבה ואִם שנאה, לא יקלקל את השורה.

בית־המשפט אינו עורך הסכם במקום הצדדים ואינו מתערב בהסדרים שהגיעו אליהם. אין תפקידו של בית־המשפט לסייע בשיפור עמדותיו של אחד מבני הזוג; אחריותו כמייצג את אינטרס הציבור מוגבלת.

33. סעיף 20 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962.

34. ד"נ 17/75 **נחול נ. לוי**, פ"ד ל (2) 113; ע"א 112/79 **שרף נ. אבער**, פ"ד לד (3) 178; ע"א 614/84 **ספיר נ. אשד**, פ"ד מא (2) 225.

§428. התערבות שיפוטית זהירה מתבקשת גם מפיצול הסמכות בין ערכאות השיפוט. לבית־המשפט האזרחי אין כוח להתיר את הנישואין. הסמכות בענייני גירושין מופקדת בידי בית־הדין הרבני. התערבות בלתי זהירה עלולה לפגוע בהסכם הגירושין, שהושג על ידי בני הזוג בדי עמל ולאחר מיקוח קשה. עם 'פיצוץ' ההסכם לא יוכל בית־המשפט להושיע את הצדדים ולהביא אותם להשגת התכלית שהיתה גלומה בו. התערבות שיפוטית לא זהירה עלולה להחריף את היחסים בין הצדדים במקום לסייע בפתרון בעיותיהם. את הקרע שההתערבות תוביל אליו, לא יוכל בית־המשפט לתקן. בית־הדין עלול אף לסכל את תוצאות המעורבות השיפוטית של בית־המשפט. בית־הדין עלול לסרב לבצע את הגירושין, אם לא ישונה ההסכם. מבחינת השקפתו של בית־הדין אין ידו של בית־המשפט טובה יותר מידם של הצדדים. ספק רב אם לבית־הדין סמכות לפעול בדרך כזו, אולם הלכה למעשה אין פיקוח שיפוטי יעיל, שבכוחו להתמודד עם בית־הדין על מגרש זה. על סוגייה זו עמדנו בשער הראשון[35].

§429. עם זאת, אין להתעלם מהמציאות הישראלית המיוחדת. במציאות זו פועלים כוחות מנוגדים. הכורח לעודד הסדרים בין בני זוג יוצר הוא עצמו, מצדו, צורך להגן על בני זוג מפני סחטנות, הנובעת מאילוצים של עגינות ומכוח מיקוח נחות. מציאות זו מטילה על בית־המשפט אחריות מיוחדת בצד זהירות רבה.

§430. על רקע זה נבחן שוב את הדין הקיים על פגמיו מכאן, ועל האפשרויות הגלומות בו לסייע להסדר נאות בין הצדדים מכאן.

לדעתנו, פרשנות מרחיבה של הדרישות הצורניות אינה משרתת את טובת העניין. החששות שבעטין נקבעו הדרישות הצורניות אינן מצדיקות את הרחבתן. להיפך, דרישות צורניות שאין בצדן כוח מעורבות מתאים עלולות לגרום נזק יותר משהן עשויות להועיל. הדרישות הצורניות הופכות למכשלה. ההגבלות הצורניות על כוח ההתנאה של הצדדים פועלות בשיטתנו פעולה שלילית: הן מאפשרות לבן זוג לסגת מהסכם שנעשה תוך גמירת דעת, רק בגלל פגם צורני.

הדרישות הצורניות חותרות תחת שלושה יסודות מרכזיים: א) הן פוגעות בעידוד צדדים המצויים בהליכי גירושין להסדר ענייניהם בדרכים הסכמיות. ב) הן מעודדות יצירת לחצים על צדדים באמצעות סחבת והארכות בלתי־פוסקות. ג) הן מתגמלות את הצד הנוקט צעדים, שיש בהם התחמקות מאחריות. מאידך גיסא, לא הביאו הדרישות הצורניות לאיזון הנדרש בשיטה המשפטית בין האוטונומיה של הרצון למעורבות השיפוטית. מוגבלות כוח ההתערבות של בית־המשפט במסגרת אישור הסכם ממון שוללת מבית־המשפט את הכוח להתערב במקום שההסכם פגום. אין תמורה נאותה למכשלה הצורנית. האיזון הראוי אינו נעשה, וכך משתלטת הצורה על המהות. החוק אינו יכול לשמש מקור להתערבות מוקדמת אפילו במקרים נדירים. התוצאה היא הסדר לקוי בכל המובנים: הצדדים נשארים קירחים מכאן ומכאן.

§431. דרישת הכתב המהותית בקשר להתחייבויות לעשות עסקאות במקרקעין זכתה לביקורת קשה. דרישת הכתב לא ענתה על הציפיות של הגנת מתקשרים מפני פזיזותם,

35. **לעיל** פסקאות 162־163.

הואיל ובעיה כזו לא היתה תופעה חברתית נפוצה בישראל. מאידך גיסא, היא הולידה תופעה לא רצויה של התחמקות מהתחייבויות שהושגו תוך גמירת דעת[36]. אם כלפי עסקאות במקרקעין אמורים הדברים, קל וחומר באשר לתנאים הקבועים למתן תוקף להסכם ממון.

§432. למרות ההגבלות על המעורבות השיפוטית אין להתעלם מן היכולת של בית־המשפט, גם במצב המשפטי הנתון, להשפיע על ההסדר בין הצדדים. במסגרת הפאסיבית שהוקצתה לבית־המשפט על ידי המחוקק לא מסתיים תפקידו השיפוטי הכללי. גם כאשר אין ביכולתו לבטל באופן נורמטיבי את ההסכם, יכול בית המשפט להשפיע על ההסדר בין הצדדים. חובתו השיפוטית של בית־המשפט היא לעשות צדק. מחובה שיפוטית עקרונית וכללית זו נגזרת רשותו של בית־המשפט לעודד פשרות. במסגרת חובה זו גם מופקדת בידי בית־המשפט הרשות להתערב ולהשפיע על הצדדים לתקן את ההסכם ולהציע דרכים לשם כך. הוא רשאי לחקור ולדרוש ולקבל מידע מן הצדדים על נסיבות עריכת ההסכם. החובה הפורמלית של בית־המשפט במסגרת חוק יחסי ממון בין בני זוג היא להשתכנע, כי הצדדים יורדים לשורש ההסכם ומבינים את משמעותו ואת תוצאותיו. חובה זו מעניקה לו מרחב תמרון רחב של בדיקה וחקירה. על בית־המשפט לנצל את כוחו העקרוני והכללי בזהירות וברגישות מיוחדת. מוטב יהיה אם יפעל רק במקרים חריגים. כמו כן עליו להתחשב באילוצי השיטה המשפטית ובאיזון העדין שבין הצורך בעידוד הסדרים בין בני זוג לבין איתור הסכנה שבניצול לרעה של מצוקה, שלא באה לביטוי בתגובת הצדדים לפני בית־המשפט.

§433. נראית לנו בעניין זה עמדתו של השופט ח׳ פורת, מבית־המשפט המחוזי בתל־אביב, אשר הודיע על מדיניותו השיפוטית, ולפיה

> ״אני נוהג להתערב בהסכמים קשים וחד־צדדיים או ׳בלתי רגילים׳ ולא אחת מצליח להביא לשינוי סעיפים ואיזון הסכמים... אכן דברים אלה אינם בגדר חובה חקוקה, אלא בגדר מדיניות שפיטה ונוהלים שראוי — ולדעת אחרים לא נחוץ — להנהיג עת מטפלים בדיני משפחה. הדברים משתנים משופט לשופט, ואין לצערי אחידות דעים בין השופטים״[37].

בבית־המשפט מקופלת אוטוריטה, אשר יחד עם כוח ההיגיון ומידת הניסיון השיפוטי עשויים להביא לתיקון המצב. ניצול נבון של החובה השיפוטית בידי בית־המשפט עשוי לפעול לתיקון־מה של כוח המיקוח שבשיטה, כבר במסגרת משא־ומתן בין בני הזוג לקראת הגשת ההסכם לאישור. עצם העובדה שבידי בית־המשפט כלי כזה, והוא עשוי לעשות בו שימוש במקרים מתאימים, תיצור מלכתחילה נורמות של התנהגות בשיטה המשפטית.

§434. בפרק השלישי של שער זה נברר כיצד יכולים בני זוג לנצל את כוח ההתנאה המסור לידם באמצעות שימוש הולם בהסכם ממון עובר לנישואין, או במהלכם. ניצול כוח ההתנאה יאפשר לבני זוג ליטול את גורלם בידם, להקל עליהם חלק מן המצוקות המזומנות להם בשיטה הקיימת ולתקן בעבורם כמה מן הפגמים, הדבקים בדין הקיים. דחיית הדיון

36. ד׳ פרידמן, לעיל הערה 18.

37. ה״פ (ת״א) 1021/83 **פלונית נ. פלוני**, פסקים תשמ״ה א 265, 277־278.

בסוגייה זו נועדה להציג באמצעות הסכם ממון פתרון רחב יותר ושלם יותר לשורה של בעיות נוספות, אשר נעורר במהלך הדיון בשער זה.

3) הסכם גירושין — מגבלותיו

§435. חתימת הסכם הגירושין עדיין אינה מאפשרת לצדדים לנוח על זרי הדפנה. אנחת הרווחה הנמלטת מפיהם בעת החתימה היא בערבון מוגבל. האחריות למצב משפטי זה נופלת בעיקר על כתפי הדין הדתי. כלפי מה דברים אמורים? כלפי המגבלות על אכיפת הסכם הגירושין ההופכות, לעיתים קרובות, את ההסכם לחסר תכלית הלכה למעשה.

א) התחייבות למתן גט אינה אכיפה

§436. התחייבות למתן גט או לקבלתו אינה מועילה. ביצועה תלוי ברצונם הטוב של הצדדים. כל אחד מן הצדדים יכול לחזור בו מן ההתחייבות. אין התחייבות כזו ניתנת לאכיפה[38]. הסכמה לגט גם אם נעשתה לאחר מיקוח ארוך, מייגע ומתיש, היא שבריריית ונזילה. אין כל ביטחון כי הצדדים הגיעו בכך לסוף הדרך.

ב) מגבלותיה של סנקציה על הפרת התחייבות לגירושין

§437. לא ניתן להטיל סנקציה על הפרת התחייבות לגירושין. סנקציה אשר כזו הופכת את הגט למעושה. בראש ובראשונה, לא יאשר בית־הדין הסכם גירושין הכולל סנקציה כזו[39]. בית־הדין לא יאכוף, כמובן, ביצוע של סנקציה בהסכם הגירושין[40]. בית־הדין לא יבצע גט כאשר הסכם הגירושין כולל סנקציה כלשהי באשר לגירושין. יצויין כי הסמכות לגבי אכיפתה של סנקציה בהסכם גירושין מסורה לסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני[41].

38. ראה בית שמואל על שו״ע, אבה״ע, קלד ה, ס״ק ז; תרומת הדשן (פסקי המהרא״י), פסקים וכתבים, קעג; תיק 1064/תשי״ד, פד״ר א 257, 259; תיק 1036/שכ״ב, פד״ר ה 204, 213; תיק 980/כז, פד״ר ז 353, 357־358, 366; ערעור תשל״ה/26, פד״ר י 115, 126; תיק 13627/לו, פד״ר יא 89; תיק 9328/מז (בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, בהרכב אב״ד הרב ש׳ דיכובסקי), פסק־דין מיום 11/11/87. ראה גם הרב ש׳ ב׳ ורנר, **משפטי שמואל** סימן כו.

39. ער/טז/47, פד״ר ב 9.

40. על סנקציות ההופכות גט למעושה, ראה הגהת הרמ״א לשו״ע, אבה״ע, קלד ה: ״ויש מחמירין וטוב לחוש לכתחילה״; בית שמואל לשו״ע, שם ס״ק ח; פתחי תשובה לשו״ע, שם ס״ק ט־יא; ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כג־כט. כן ראה ער/טז/47, פד״ר ב 9; הרב ש׳ דיכובסקי ״כפיית גט ע״י המלצה לניכוי שליש ממאסר״ **תחומין** א (תש״מ) 248; ז׳ ורהפטיג ״כפיית גט להלכה ולמעשה״ **שנתון המשפט העברי** ג־ד (תשל״ו־תשל״ז) 153, 164 — 169; ב״צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ״ד) 416 — 420.
על סוגיית גט מעושה ואונס ממון בהרחבה, ראה להלן פסקאות 513 — 520.

41. ע״א 401/66 **מרום נ. מרום**, פ״ד כא (1) 673.

ג) מעמדם של הסדרים ממוניים ורכושיים בהסכם גירושין

ג1) בבית־הדין הרבני

§438. הפרת התחייבות לגירושין מאפשרת אליבא דבית־הדין הרבני גם את סיכול ההסדרים הממוניים והרכושיים שבהסכם הגירושין.
ככל שהדבר מסור לסמכותו של בית־הדין הרבני קיימות הגבלות חמורות על אכיפת הסדרים ממוניים ורכושיים הכלולים בהסכם גירושין, כשסיכל אחד הצדדים את מתן הגט או את קבלתו. בהקשר אחד פסקו בתי־דין רבניים, כי טענת שלום בית של אחד הצדדים להסכם גירושין מבטלת למעשה את התנאים הממוניים והרכושיים שבהסכם:

> "וכל כהאי גוונא מסתבר שיוכל לחזור בו גם מהתנאים הכספיים שבהסכם, שיכול לטעון שעל מנת כן שלא אתגרש אלא אחזור לשלום בית לא קבלתי בקניין...
> ואף אנו נאמר בכל הסכם גירושין, כל שבא אחד הצדדים ואמר שנמלך בדעתו שמוטב לעשות שלום בית, וכל מה שהסכים תחילה לגירושין היה מתוך שיקול מוטעה, שפיר יוכל לומר שגם הקניין על הממון בטל, דקניין בטעות הוא"[42].

§439. בהקשר אחר, פסק בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, כי במקרה של חזרה מן ההסכמה לגט כל ההתחייבויות, הנובעות ישירות מביצוע הגירושין, נעדרות תוקף כל עוד לא בוצע הגט. פסיקה זו מתייחסת לעניינים רכושיים וממוניים[43]. בפסק־הדין עיכב בית־הדין את ביצוע ההתחייבויות הנובעות מביצוע הגירושין למרות ממצאו, שהחזרה מן ההסכם היתה במטרה להיטיב את תנאי ההסכם. בית־הדין הרחיק לכת עוד: הוא הטעים, כי אפילו נקבע בהסכם במפורש מועד התחלת הביצוע לפני הגירושין, אין בכך כדי לזכות את הצד המקיים בביצוע החלק הממוני של הסכם הגירושין. על בית־הדין לבדוק שני עניינים לפני שייתן תוקף לתניה מפורשת כזו. ראשית, עד כמה הופכת התניה האמורה את החלק הממוני מנותק מן הגירושין עצמם. שנית, מהם הנימוקים לעיכוב הגירושין[44].

§440. לעומת זאת, יעמדו בתוקפם התנאים הכלולים בהסכם הגירושין, שעניינם מזונות

42. תיק 13627/לו, **לעיל הערה 38**, בע' 92, 93. ראה עוד בעניין זה תיק 5071/מד (בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק־דין מיום 31/10/83: "כיוון שמפורש בהסכמים אלו שהם נעשים על דעת גירושין, יש אומדנא דמוכח שעל דעת שלום בית לא התחייב"; תיק 447/מב (בית־הדין הרבני האיזורי באשדוד, בהרכב אב"ד הרב ש' דיכובסקי), פסק־דין מיום 23/6/82; בכל שלושת התיקים האמורים קבע בית־הדין, כי החזרה מהסכם הגירושין אינה נובעת מבקשת שלום בית אלא מרצון להיטיב את תנאי הסכם הגירושין. בעקבות מימצא זה נדחתה בכל המקרים הנ"ל הטענה על ביטול תנאי הסכם הגירושין.
על ההבדל היסודי בין בית־המשפט לבית־הדין בשאלת תקפותו של הסכם גירושין נוכח טענת שלום בית, ראה תיק 9328/מז, **לעיל הערה 38**.

43. ערעור תשל"ה/26, **לעיל הערה 38**.

44. **שם** בע' 139.

אשה וילדים, אם אין הם באים מכוח הגט, ואם אין הם תלויים בביצוע הגירושין[45]. כל ההסדרים בהסכם שכבר בוצע יישארו שרירים וקיימים אף הם[46].

§441. מנקודת מבט כוללת פסיקה דתית זו מוציאה נשכר את החוטא, החוזר בו מן ההסכם במטרה ליצור לחץ על הצד שכנגד ולהשיג לעצמו יתרון בלתי הוגן[47]. עמדת בתי־הדין הרבניים מגינה רק על הקליפה החיצונית של המשפחה, וגם זאת באופן חלקי בלבד. אולם, היא מכרסמת עמוק בלבה של המשפחה ופוגעת בטובת הילדים ובאינטרס החברתי. בסופו של דבר, עמדת בתי־הדין הרבניים פוגעת בגרעין הקשה של תכלית ההסדר בדין הדתי. הפסיקה הרבנית פוגעת באוטונומיה של הרצון, פוגעת בסופיות ההסדר בין בני הזוג ומעכבת את אפשרויות השיקום של כל אחד מיחידי המשפחה. שלום בית אינו בר־השגה, אולם המחיר תמורת ניסיון נחזה להשיגו הוא גבוה מדי. המסר שבתי־הדין מצליחים להעביר לציבור הוא, שמערכת של לחצים, עיכובים וחזרה מהתחייבויות משתלמת. שיטת משפט המתגמלת חוטאים קובעת דימוי בלתי מוסרי בעיני החברה. בכך היא גם משפיעה על יחסו הנורמטיבי, הפסיכולוגי והאידיאולוגי של הציבור לדין הנוהג.

ג2) בבית־המשפט האזרחי

§442. בתי־המשפט, לעומת זאת, מחילים על ביצוע החלק הממוני והרכושי שבהסכם הגירושין את דיני החוזים[48].

העיקרון המנחה את בתי־המשפט הוא כי גם הסכמי גירושין יש לכבד[49]. הפרת התחייבות לגירושין, הגם שאינה ניתנת לאכיפה, אינה פוטרת את המפר מן החיובים הממוניים והרכושיים הכלולים בהסכם הגירושין. בית־המשפט לא ראה בהפרת ההתחייבות לגירושין מניעה לביצוע התנאים הממוניים והרכושיים. בית־המשפט מנע מן המפר טענות בדבר דחיית ביצועם של תנאים אלה בשל עיכוב הגירושין. לבקשת הצד המקיים התייחס בית־המשפט לחלק הממוני שבהסכם הגירושין כאילו יצאו הגירושין לפועל[50].

45. **שם**.

46. תיק 43/לח, פד"ר יא 153, 159.

47. דעה אחרת, ולפיה התנאים בהסכם הגירושין תקפים גם אם אחד הצדדים חזר בו מהסכמתו לגירושין, מצאה ביטוי בפסק־דינו של בית־הדין הרבני האיזורי בבאר שבע, תיק 1036/שכ"ב, **לעיל** הערה 38. בית־הדין פסק, כי הצד שאינו מקיים את הגירושין אינו יכול להפקיע באמצעות מחדלו (עיכוב הגט) את תוקפו של החלק הממוני שבהסכם הגירושין. החזרה מן הגירושין אין בה כדי לבטל את תוקפם של ההסדרים הממוניים, שנקבעו בהסכם הגירושין. ביקורת על עמדה זו ראה בתיק 13627/לו, **לעיל** הערה 38, בע' 93.

48. ראה **לעיל** פסקה 70.

49. ראה, בין היתר, ע"א 316/65 **ברוק נ. ברוק**, פ"ד כ (2) 6, 12-13; ע"א 508/70 **נתוביץ נ. נתוביץ**, פ"ד כה (1) 603, 615, 616; ע"א 757/70 **אורבוך נ. אורבוך**, פ"ד כה (2) 104, 110; ע"א 109/75 **אברהם נ. אברהם**, פ"ד כט (2) 690, 697; ע"א 259/75 **שטראוס נ. שטראוס**, פ"ד ל (2) 358, 364; ע"א 51/78 **פלוני נ. פלונית**, פ"ד לג (2) 505, 513-514; ד"נ 4/82 **קוט נ. קוט**, פ"ד לח (3) 197, 204.

50. ע"א 757/70 **הלכת אורבוך**, **שם**; ע"א 451/62 **כהן נ. כהן**, פ"ד יז 1605, 1609; ע"א 208/64

§443. בית־המשפט הרחיק לכת עוד יותר. הוא פירש את הסכם הגירושין בדרך מרחיבה לטובת המקיים. הוא מנע עד כמה שאפשר ניצול לרעה מצד בן הזוג, המסרב לבצע את הגירושין. כך, למשל, פירש בית־המשפט סעיף, המורה על ביטול מלא של הסכם הגירושין, עם הסירוב לבצע את הגירושין, כמעניק אופציה של ביטול ההסכם לצד המקיים בלבד[51]. יתר על כן, למרות אי־ביצוע הגירושין אכף בית־המשפט, לטובת הצד המקיים, תוצאה המתחייבת מן הגירושין, גם אם תוצאה זו לא נקבעה במפורש בהסכם עצמו. משום כך, נשללה זכות המזונות מאשה שחזרה בה מהסכם הגירושין אם כי בהסכם לא נכללה תניה כלשהי בנוגע למזונות. בית־המשפט העמיד את הצדדים להסכם כאילו קיימו את ההסכם וביצעו את הגירושין, והסיק את המסקנות המשפטיות המתחייבות מכך[52].

§444. בית־המשפט הפריד בין ההסכמה לגירושין לבין התניות הממוניות והרכושיות. בית־המשפט המחוזי מוסמך לאשר הסכם ממון בין בני זוג, הקובע הסדרים בין בני הזוג, גם כאשר הגירושין היא אחת האופציות הפתוחות לפני הצדדים.

> "אישור הסכם כזה אין בו ולא כלום לעניין סמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני בענייני נישואין וגירושין"[53].

בית־המשפט אינו מוסמך לאשר את ההסכמה לגירושין וגם אינו נוהג לעשות כן בפועל. הוא מתייחס רק להסדרים הממוניים. כפי שראינו התחייבות לגט אין לה נפקות משפטית. עניינו של בית־המשפט הוא בצדדים הממוניים בלבד של הסכם הגירושין.

§445. אין גם לטעון, כי אכיפת ההסדרים הממוניים למרות הפרת ההתחייבות לגירושין עלולה להפוך את הגט למעושה. הצד הנתבע לקיים את התניות הממוניות נדרש לבצען בין שיינתן הגט ובין שלא יינתן. בכל אחד משני המקרים הוא נדרש לעשות אותו דבר עצמו. גם אם יינתן הגט, הוא לא יופטר מחיוביו הממוניים. אדרבא, הוא יחויב לבצען. הואיל והחיוב חל בכל מקרה ומתן הגט לא יפטור את בן הזוג מן החיוב, אין שום קנס באכיפת

בלגור נ. אריאלי, פ"ד יח (4) 189; כן ראה ע"א 231/66 הכרי נ. הכרי, פ"ד כ (2) 685; ע"א 115/73 וייס נ. וייס, פ"ד כט (1) 48.
כאשר לא ניתן להפריד את ההתחייבויות שבהסכם, עשוי בית־המשפט להגיע למסקנה כי תנאים ממוניים בהסכם "כה שזורים בתנאי הגירושין עצמם, עד כי לא ניתן כלל להפריד ביניהם", ראה הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 426. אולם בהלכת מונק לא ניתנה החלטתו של בית־המשפט בשלב של ביצוע ההסכם, אלא בשלב מוקדם לצורך אישורו של ההסכם. בית־המשפט נמנע מלאשר את הסכם הגירושין בקובעו, כי הואיל ואחד הצדדים לא היה ער למשמעות זו של ההסכם (חוסר האפשרות להפריד את ההתחייבויות) לא התמלא התנאי לאישור הסכם ממון, דהיינו שהצדדים הבינו את משמעותו ותוצאותיו.

51. הלכת אורבוך, לעיל הערה 49, בע' 109.

52. הלכת וייס, לעיל הערה 50, בע' 53. לעומת זאת, ראה מסקנה הפוכה בפסק־דינו של בית־הדין הרבני הגדול לערעורין, ערעור תשכ"ג/170, פד"ר ה 214, 217: "אין כל יסוד לומר שבהסכמתה לקבל גט כלול גם מחילה למזונות". בהלכת הכרי, לעיל הערה 50, נקבע בהסכם כי האשה מוותרת על כל תביעותיה. בהלכת כהן, לעיל הערה 50, היתה האמירה של הצדדים בהסכם מפורשת עוד יותר. ההסכם ציין כי האשה תהיה מנועה מלתבוע את מזונותיה, אם תסרב לקבל את גטה.

53. ע"א 476/80 מאירוביץ נ. מאירוביץ, פ"ד לה (3) 548, 553.

קיום החיובים הממוניים שקיבל על עצמו. ממילא אין שום חשש לגט מעושה[54]. אמור מעתה, אכיפה לבצע חיובים התלויים בגט לפני מתן הגט בנסיבות האמורות — אינה יכולה להיחשב כעישוי הפוסל את הגט.

§446. בתי־המשפט נקטו כאן מדיניות משפטית ראויה. אין שום הצדקה לתגמל את החוטא, לטפח את הסחטן ולעודד הפרת התחייבויות. מתוך גנותו של ההסדר בבתי־הדין הרבניים אתה למד את שבחה של גישת בתי־המשפט.

סמכותם של בתי־המשפט האזרחיים מאפשרת את הקטנת הנזק שבחזרה מהסכם הגירושין ואת צמצום הפגיעה בכוח המיקוח של בן הזוג, המבקש את הגירושין. בתי־המשפט האזרחיים מוסמכים לדון בתביעות שעניינן פרשנות הסכם הגירושין[55] ואכיפת החלק הממוני שבו[56]. סמכות זו אינה מוגבלת להסכמים שאושרו בבית־המשפט האזרחי בלבד. הסמכות משתרעת גם על הסכמים שאושרו בבית־הדין הרבני[57]. כלל הסמכות הנמשכת, המקנה לבית־הדין סמכות דיון בעניין שנידון לפניו בסמכות כדין גם לאחר שזה הסתיים, אינו עניין לכאן. כלל זה חל על תביעה לשינויו של הסכם הגירושין או לתיקונו, אך לא על תביעה לפרשנותו או לאכיפתו[58].

ברם, סמכותו של בית־המשפט מוגבלת. כאשר מתקיימת זיקה הכרחית בין דיני הגירושין לבין היסוד ההסכמי, יוצא העניין מגדר דיני החוזים ונכנס אל תחום 'ענייני גירושין', המצויים בסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני. משום כך, סמכותם של בתי־המשפט אינה משתרעת על תביעה לפיצויים בגין הפרת הסכם גירושין[59]. ספק אם בית־המשפט מקיים בידו סמכות לאכיפת סנקציות אחרות, הקבועות בהסכם גירושין, על המפר. ממילא גם האפשרויות הפתוחות בשיטתנו להקטין את הנזק באמצעות בית־המשפט תחומות ומוגבלות.

סוף דבר, למרות האפשרות להקטנת הנזק באמצעות בחירה בסמכות בית־המשפט, מגבילים שלושת ההסדרים המשפטיים שנידונו כאן באופן משמעותי את האפשרות להתיר את קשר

54. תורת גיטין, אבה"ע, הלכות גיטין, קלד; שו"ת הראנ"ח, סימן מב; ראה גם הרב ש' דיכובסקי, לעיל הערה 40; הרב ש' דיכובסקי "סנקציות בהסכמי גירושין" (לא פורסם). על סוגיית הכפייה והגט המעושה ראה להלן פסקאות 513 — 520.

55. ע"א 164/71 **צפניה נ. צפניה**, פ"ד כו (1) 515. לעומת זאת, ראה גישתו של בית־הדין הרבני, שעל פיה בית־הדין מוסמך לפרש הסכם שאושר על ידיו, ערעור תשי"ט/199, פד"ר ד 332, 334.

56. ע"א 556/75 **צביק נ. צביק**, פ"ד לא (1) 7; ע"א 287/78 **לרר נ. קורבר**, פ"ד לד (1) 294.

57. הלכת **צביק**, **שם**; הלכת **לרר**, **שם**.

58. ע"א 336/68 **לויץ נ. לויץ**, פ"ד כב (2) 944; הבחנה מפורשת בין עיקרון הסמכות הנמשכת בבית־הדין הרבני, לעניין תיקון או ביטול הסכם שאושר שם, לעומת תביעה לאכיפתו של ההסכם, היוצאת מכלל הסמכות הנמשכת ומסורה לסמכות בית־המשפט האזרחי, ראה בהלכת **צביק**, לעיל הערה 56, בע' 11.
בג"צ 556/81 **עמרני נ. בית־הדין הרבני הגדול**, פ"ד לז (2) 1, אינו עומד בסתירה לקביעה זו. בפרשה זו נמסרה לבית־הדין במפורש על ידי הצדדים להסכם סמכות הדיון בכל המחלוקות העתידיות בנושאי ההסכם. יתר על כן, הרַציו של פסק־הדין מתרכז בהלכה, שלפיה ניתן לכרוך עניין תביעת גירושין בדרך של תביעה או בדרך של אישור הסכם.

59. הלכת **מרום**, לעיל הערה 41.

הנישואין. חוסר השוויון בכוח המיקוח מקבל תאוצה נוספת באמצעות הכללים המשפטיים הנידונים.

4) הסכם גירושין — התערבות מאוחרת

א) כללי: האינטרסים המוגנים

§447. האיזון בין האוטונומיה של הצדדים להגנת האינטרס של החלש אינו מסתיים עם כריתת הסכם הגירושין או עם ביצוע הגירושין. התערבות שיפוטית עשויה להיות רלבנטית גם בשלב מאוחר. יתר על כן, בשיטתנו המשפטית עשויה התערבות שיפוטית מאוחרת להיות חשובה, יעילה ומועילה הרבה יותר מאשר פיקוח שיפוטי מוקדם. התערבות יתר עובר לגירושין עלולה לפגוע באפשרויותיהם של בני הזוג להגיע להסדר ביניהם מחוץ לכותלי הערכאה השיפוטית. בכך ייפגע אינטרס ראשון במעלה בשיטתנו המשפטית. לעומת זאת, התערבות מאוחרת, המעוגנת בשיקול דעת רחב של בית־המשפט ואינה ניתנת להתנאה בין הצדדים, עשויה להגן על החלש ולתקן את כוח המיקוח הנחות בלי לפגוע באפשרות להגיע להסכם גירושין.

§448. שיקול דעת מאוחר בידי בית־המשפט לא יפגע באפשרות להגיע להסכם גירושין מטעם פשוט: כאשר הסדרים מסוימים הם בעלי אופי קוגנטי ואין אפשרות לעוקפם, לא עומדות לפני הצדדים אופציות המניחות מקום למניפולציה. ממילא מקיימים הצדדים את עצמם במותר להם. עם זאת, שיקול דעת מאוחר, המנוצל בזהירות, משאיר לכל אחד מן הצדדים תקווה כי תהיה זו דווקא עמדתו, אשר תהיה מקובלת על בית־המשפט. צד אחד יסמוך על הגינותו של ההסכם, המחייבת את תקפותו בעוד הצד האחר ימקד את טענותיו בפגמי ההסכם, המצדיקים התערבות שיפוטית לתיקונו או לביטולו. תקווה זו מעניקה לצדדים מידה רבה של גמישות במהלך המשא־ומתן ואינה נועלת את הדלת לפני הסכמי גירושין. לכל אחד מן הצדדים בקעה רחבה דיה להתגדר בה, כדי לבטוח שמלאכת השכנוע של בית־המשפט תצלח בידו.

§449. רשת ההגנה המאוחרת, שיפרוס שיקול הדעת המתקן של בית־המשפט, תקל גם על צד המבקש את השגת הגט להגיע להסדר מוסכם. במקרים שבהם תאלץ אותו מציאות קשה להסכים לתנאי מקפח, יקל עליו לעשות כן ביודעו, כי לבית־המשפט מוקנה כוח לבטל תנאים עושקים. החשש מפני תקפותו של הסדר חד־צדדי ובלתי הוגן לחלוטין יקטן. על ידי כך, מרחב התמרון של הצד הנמצא בעמדת נחיתות יגדל וכוח המיקוח שלו יעלה. שיקול דעת מתקן של בית־המשפט מוכר היטב בדיני משפחה ברוב השיטות המשפטיות בעולם בהקשר של הסדר יחסי הממון שבין בני זוג[60]. בשיטתנו המשפטית הוא אף נכלל במפורש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973[61].

60. ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 3, בע' 55 — 58.

61. ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 3 מע' 352 ואילך.

יתר על כן, שיקול דעת שיפוטי, הכורך בחובו שיקולי הגינות וצדק, מעניק לצדדים תמריץ להתיישר בכיוון הרצוי. צדדים הערים לשיקול דעת שיפוטי, המאפשר התערבות מאוחרת, עשויים להתחשב מראש בנורמות הרצויות.

§450. ביקורת שיפוטית מאוחרת עשויה להגן על מספר אינטרסים. ראשית, הגנת צדדים שלישיים, העלולים להיפגע מן ההסכם; בעניינו, הנפגעים הפוטנציאליים הם בעיקר הילדים. שנית, תיקון כוח מיקוח בלתי שווה, אשר גרר אחריו שימוש לרעה וניצול המצוקה. שלישית, ביטול הסכם שנערך תוך חוסר יכולת שיפוט והערכה מעוותת של החלופות[62]. על האינטרס האחרון מגינות הוראות הדין הכללי, ולא נעסוק בו כאן.
במצב המשפטי הקיים בישראל הביקורת המאוחרת על הסכם גירושין מוגבלת באופן משמעותי. נבחן את האפשרויות הטמונות באמצעים משפטיים שונים ואת מידת ניצולם על ידי המערכת השיפוטית.
נפתח בהתערבות שיפוטית, המתייחסת לפגיעה בקטינים ובטובתם.

ב) הסכם בין הורים בנוגע לקטינים

§451. הסכמים הנוגעים לילדים נמצאים באחריות בית־המשפט. הסכם בין בני זוג בעניינים הנוגעים לקטינים אינו מחייב את בית־המשפט. אין הצדדים שולטים על הסדרים אלה[63]. משום כך, הסכמים בעניין משמורת קטינים לעולם אינם סופיים. הם ניתנים תמיד לשינוי על ידי בית־המשפט[64]. גם הסכמים בין הורים, הנוגעים למזונות ילדיהם הקטינים אינם מחייבים בדרך כלל את הילדים[65]. משום כך, רשאי בית־המשפט להגדיל את סכום המזונות שבו יחויב אב מעבר להתחייבויות, שנטל על עצמו בהסכם עם האם. תביעת הילדים להגדלת המזונות מעבר להתחייבות החוזית נשלטת, למעשה, על ידי האם עצמה כאפוטרופא של הילדים. אולם התביעה נחשבת כתביעתם העצמאית של הילדים עצמם. במקרים אלה, אין הילדים נתבעים להוכיח את קיומו של שינוי נסיבות מאז חתימת ההסכם. תביעת הילדים היא בלתי תלויה בהסדר בין ההורים, וכוח ההתערבות של בית־המשפט אינו מוגבל לעילה של שינוי נסיבות בלבד[66].

62. R.H. Mnookin, **supra** note 2, at 366.

63. פסק־הדין בענין **פלונית**, לעיל הערה 37, בע' 272. ראה גם R.H. Mnookin & L.Kornhauser, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce" 88 **Yale L.J.** (1979) 950, 955.

64. בג"צ 391/71 **פלונית** נ. **אלמוני**, פ"ד כו (1) 85; בג"צ 71/80 **סלייח** נ. **ארשייד**, פ"ד לה (1) 100; ע"א 352/80 **צוקרמן** נ. **צוקרמן**, פ"ד לד (4) 689; בג"צ 405/83 **קבלי** נ. **קבלי**, פ"ד לז (4) 705, 712־713. ראה גם פסק־הדין הרבני, ערעור תשל"ח/97, פד"ר יא 172.

65. הלכת **נתוביץ**, לעיל הערה 49, בע' 611־612; ע"א 326/73 **פלונית** נ. **אלמוני**, פ"ד כח (2) 612, 614; הלכת **אברהם**, לעיל הערה 49, בע' 696; ע"א 614/76 **פלמונית** נ. **אלמוני**, פ"ד לא (3) 85, 94; י' שוסטר "הסכם בין הורים בדבר מזונות ילדים וטובת הילד" **משפטים** ג (1971) 558.

66. ע"א 544/82 **חממי** נ. **חממי**, פ"ד לח (3) 605; ע"א 328/84 **צארום** נ. **צארום**, פ"ד לח (4) 136, 140.

§452. בדרך זו נמסר בידי האם מכשיר המאפשר לה להשתחרר, בהקשר ממוני זה, מכבילותו של הסכם הגירושין. על מנת שהאב יוכל להימלט מאפשרות זו, ההופכת את התחייבויותיו הממוניות לחלקיות בלבד ומניחה לאם — באמצעות ילדיה — לתבוע סכומי כסף נוספים בלי להיחשב כמפרת הסכם, עליו לשכנע את בית־המשפט, כי ההסכם מחייב את הילדים. לשם כך עליו להרים את נטל השכנוע ולהוכיח לבית־המשפט כי עניינו של הילד נידון לגופו ובאופן נפרד מעניינם של ההורים. המבחן להרמת נטל השכנוע הוא קשה.

§453. בראשית הדרך הוצבו מכשולים פרוצדורליים קפדניים לפני האב לשם הרמת נטל השכנוע האמור. בית־המשפט עמד על הפרדה פרוצדורלית בין התביעות, כדי להכריע בעניין מעמדו של ההסכם בין ההורים כלפי הילד. ההסכם חייב את הילד רק אם הוגשה תביעה נפרדת בעניינו של הקטין. ולא זו בלבד שתביעת המזונות של הילד חייבת היתה להיות מוגשת בהליך נפרד, אלא היה עליה גם להתברר בנפרד מהסדר מערכת היחסים בין ההורים[67].

§454. בגלגול הנוכחי, המבחן הוא ענייני ומהותי. המבחן אינו פורמלי. אין צורך בהגשת תביעה נפרדת ואין צורך בהפרדה פרוצדורלית של הדיון בתביעתו של הקטין מהדיון שבהסכם הגירושין. די בכך, שעניינו של הילד נידון לגופו ונבדק עניינית. בית־המשפט יבחן, אם היתה התייחסות נפרדת לעניינו של הילד מעניינם של ההורים. השאלה המרכזית והמכרעת היא, האם ההסכם שנערך בין ההורים, בין שבא בעקבות ההתדיינות המשפטית ובין שנערך שלא בקשר אליה, נעשה באספקלריה של טובת הילד[68]. וכמו בעבר, צירוף הילד כְּצד לתביעה המקורית, או כצד להסכם בין ההורים, אינו הופך את הדיון או את ההסכם לדיון של הילד, או להסכם המחייב אותו[69]. הבחינה היא מהותית. אין יוצאים ידי חובה בהיבט הפורמלי.

§455. שרשרת הפסיקה הפכה את ההלכה, שלפיה הסכם בין הורים אינו מחייב את הילדים, להסדר המקובל והרווח. מקרים, שבהם יחויבו ילדים מכוח הסכם שנערך בין ההורים, הם נדירים וחריגים[70].
הלכות אלה נגעו הן לשאלת הסמכות והן לעניין המהותי. באשר לסמכות, הן כרסמו בסמכותו הנמשכת של בית־הדין הרבני, כאשר בערכאה זו אושר ההסכם בין ההורים. בעניין

67. בעניין זה יש שורה ארוכה של פסקי־דין, שתלתה את הקולר בכותרת התביעה ובהבחנות פרוצדורליות אחרות. לצורך דיוננו אין טעם לסקור פסיקה זו. את סופה של ההתפתחות הפסיקתית הפרוצדורלית, ראה בע"א 404/70 **עברון נ. עברון**, פ"ד כה (1) 373.

68. ע"א 411/76 **שר נ. שר**, פ"ד לב (1) 449; הלכת **בראור**, **לעיל** הערה 12, בע' 235; ע"א 289/82 **דאובה נ. דאובה**, פ"ד לו (4) 625, 629; הלכת **חממי**, **לעיל** הערה 66, בע' 609; הלכת **צארום**, **לעיל** הערה 66, בע' 138־139.

69. ראה ע"א 527/72 **דוידסון נ. דוידסון**, פ"ד כז (2) 20; הלכת **שר**, **שם**; הלכת **צארום**, **לעיל** הערה 66. כן ראה ע"א 210/82 **גלבר נ. גלבר**, פ"ד לח (2) 14, 18.

70. הלכת **צארום**, **לעיל** הערה 66, בע' 1138. הסכם בין הורים שאושר בבית־המשפט ושנסוב ייחודית על עניין מזונות הקטינים, אין לבטל תוצאותיו, ראה ע"א 413/85 **רוט נ. רוט**, פ"ד מ (1) 835, 839.

המהותי, הן אפשרו לבית־המשפט להתערב בהסכם בין ההורים ולשנותו על בסיס טובת הקטינים ובמסגרת תביעת הקטינים למזונותיהם. הטכניקה הפרוצדורלית שירתה את התכלית הבסיסית הכפולה: א) שליטת בית־המשפט על הסדרים בין בני זוג בכל עניין הנוגע לקטינים. ב) צמצום סמכותם הנמשכת של בתי־הדין הרבניים ופתיחת שערי בית־המשפט המחוזי. משהושגה המטרה, ניתן היה להגמיש את המבחן ולהשליט את המהות על הסוגייה.

ג) הסכמי שיפוי

§456. אבות, אשר התחכמו להלכה הפסוקה וביקשו לשריין את הסכם הגירושין ולשוות לו סופיות, כללו תנית שיפוי בהסכם הגירושין. תניה זו כוללת התחייבות מצד האם לשפות את האב על סכום הפרש המזונות, שיחויב בו מעבר להתחייבות שקיבל על עצמו בהסכם הגירושין בינו לבין האם. על הסכמי השיפוי הוטלה המשימה של הגנת אינטרס 'טובת החוזה' וסופיות ההתקשרות. אולם בית־המשפט, אשר ביקש לשמר את כוח ההתערבות במסגרת הגנת האינטרס של 'טובת הקטין', התמודד עם הסכמי השיפוי בשני דרכים:

§457. ראשית, במקרים קיצוניים, הוא ביטל הסכמי שיפוי חד־צדדיים, שהגיעו כדי התחמקות מוחלטת או משמעותית של האב מחובתו לילדיו. בית־המשפט נהג כך על־פי מבחנים של דיני החוזים. הוא הפעיל מבחנים של דיני חזרה ממתנה[71] של פגמי רצון[72] ושל סתירה לתקנת הציבור[73]. התחכמות נוספת, קביעת ערבים לחיוב השיפוי, מצאה את בית־המשפט ערוך. גם הערבות הלכה בעקבות החיוב העיקרי ובוטלה[74].

§458. שנית, במקרים אחרים בדק בית־המשפט באיזו מידה מתן תוקף להסכם השיפוי יפגע בסיפוק צורכי הקטינים. משמצא כי אין האם מסוגלת לספק את צורכי הקטינים מתוך מקורותיה העצמיים, וכי תשלום השיפוי לאב נעשה על חשבון צורכי הקטינים, עיכב את הפעלת השיפוי. בית־המשפט דחה את ביצוע השיפוי. העיכוב נעשה עד למועד, שבו תהיה האם מסוגלת למלא אחר התחייבות השיפוי בלי לפגוע באינטרס של הקטינים. בלשון בית־המשפט 'עד שתעשיר', או עד שהילדים יגדלו ושוב לא תהא חובה לזונם. בית־המשפט הפעיל כאן את עיקרון העל שעניינו טובת הילד[75]. הלכה זו נהגה גם במקרים, שבהם ביסוד ההתחייבות לשיפוי עמדה תמורה ממשית והולמת[76].

71. הלכת **פלונית**, לעיל הערה 65 (הסכמת אב שבנו יישא את שמו אינה תמורה להתחייבות לשיפוי); הלכת **פלמונית**, לעיל הערה 65 (נכונות להכיר בילד כבן אינה תמורה להתחייבות לשיפוי); ע"א 17/81 **סער נ. סער**, פ"ד לו (3) 207, 212־213.

72. ע"א 162/72 **אמזלג נ. אמזלג**, פ"ד כז (1) 582.

73. הלכת **פלונית**, לעיל הערה 65; הלכת **בראור**, לעיל הערה 12, בע' 239; הלכת **סער**, לעיל הערה 71, בע' 213 — 215.

74. הלכת **בראור**, לעיל הערה 12; הלכת **סער**, לעיל הערה 71, בע' 216.

75. ע"א 310/54 **גולד נ. גולד**, פ"ד ט 1465; הלכת **נתוביץ**, לעיל הערה 49; הלכת **אמזלג**, לעיל הערה 72; הלכת **פלמונית**, לעיל הערה 65; ע"א 756/77 **חטב נ. חטב**, פ"ד לב (2) 470; ע"א 445/78 **פנחס נ. פנחס**, פ"ד לד (1) 85; הלכת **בראור**, לעיל הערה 12, בע' 235; הלכת **גלבר**, לעיל הערה 69, בע' 19; הלכת **קוט**, לעיל הערה 49, בע' 208.

76. הלכת **סער**, לעיל הערה 71, בע' 215.

§459. בכל אחת משתי הדרכים שימשו דיני החוזים כלי קיבול להבטחת אינטרסים בדיני משפחה. השימוש באמצעים מדיני החוזים נעשה על דרך של קליטת תכנים מדיני המשפחה. המושג תקנת הציבור, למשל, התמלא תוכן לאור איזון אינטרסים שבסיסם דיני המשפחה. הלכת 'עד שתעשיר' הִנה "חריג לדין הכללי"[77], שנוצר בחיקם של דיני החוזים לשם הבטחת אינטרסים של דיני המשפחה בישראל. השימוש בדיני החוזים משקף מדיניות משפטית של בית־המשפט שהיבטה כפול. ראשית, הגנה על האינטרס של טובת הילד. שנית, הגנה על בעל כוח המיקוח הנחות יותר. בית־המשפט מעכב את השיפוי בהתייחסו לחלוקה שווה, המבטיחה גם לאם אמצעים כספיים לכיסוי צרכיה[78]. בית־המשפט מדבר על חלוקת הנטל בין ההורים[79]. כאשר האב התחמק למעשה מחובת המזונות לילדים, בוטל חיוב השיפוי אפילו הועברה לאשה מחצית דירת המגורים בנסיון להמלט מן ההתחייבות למזונות[80].

§460. אמנם, גם בהקשר זה משתלם מס שפתיים נכבד לעיקרון החובה לכבד הסכמי גירושין. אולם הלכה למעשה, תוך הסתמכות פורמלית על אמצעים שבדיני חוזים וסיגולם לדיני המשפחה, מוענק לבית־המשפט שיקול דעת מתקן הבא להגן על אינטרסים, שדיני המשפחה בישראל חפצים ביקרם:

> "המדיניות של קיום הסכמים, שנכרתו מתוך רצון והסכמה הדדיים, איננה פוטרת מהצורך לבחון, אם יש לתת להסכם תוקף בכל הנסיבות, גם אם תניותיו יש בהן להכשיל את מטרת ההתקשרות העיקרית או שבתוצאתו מביא לביטול חבות מפורשת שעל־פי דין, כגון חבות אב לשאת במזונותיהם של ילדיו"[81].

§461. בית־המשפט הושפע מעמדתם של בית־הדין הרבניים, ולפיה הסכם שיפוי אינו יכול לעמוד בדרכם של ילדים המבקשים להגדיל סכום מזונות, שנקבעו בהסכם בין ההורים[82].

> "במקרה שלאם עצמה אין כסף מספיק לפרנס את הילדה כפי שהתחייבה... גם ההצהרה של האם שלא תתבע אותו אינה מחייבת... אם היתה התחייבות לשפות את האב על כל סכום שיחויב למזונות הילדה יתכן שזה היה מועיל גם במקרה שלאם אין די כסף לפרנס הילדה במידה מספקת... אכן זה דווקא אם האם תובעת מזונות הבת מטעמה ולא מטעם הבת, אבל אם היא תובעת מטעם הבת, אין ערך רב לשיפוי שהרי ההתחייבות הנגדית של האם לשפות, אינה יכולה לפגוע בעצם זכות תביעת הבת מן האב באופן ישיר"[83].

§462. גם אם המעורבות השיפוטית בהסכם בין בני הזוג התמקדה, למעשה, בהסדרים הנוגעים לילדים אין להמעיט ממשמעותה הרחבה והמקיפה יותר של התערבות זו. בני זוג,

77. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 211א.
78. ראה, למשל, הלכת חטב, **לעיל** הערה 75, בע' 475.
79. ראה, למשל, הלכת סער, **לעיל** הערה 71, בע' 214; הלכת בראור, **לעיל** הערה 12, בע' 238.
80. הלכת בראור, **לעיל** הערה 12, בע' 238; ע"א 105/83 מנשה נ. מנשה, פ"ד לח (4) 635.
81. הלכת סער, **לעיל** הערה 71, בע' 1213ז.
82. תיק תשכ"ד/2019, תשכ"ד/1768, פד"ר ו 225, 228.
83. ער/תשל"ט/60, פד"ר יא 329.

העורכים ביניהם הסדר גירושין, מתייחסים למערכת יחסי המשפחה שלהם כמקשה אחת. הילדים שלובים בהסדר. ויתור של צד בעניין אחד, עניין רכושי למשל, עשוי למצוא את תמורתו בעניין אחר, מזונות הילדים למשל. כל אחד מן הצדדים בוחן את אפשרויותיו, את החיובים המוטלים עליו ואת התועלת, שהוא מפיק מן ההסכם בבחינה כוללת. ההסדר הנוגע לילדים הוא פרט בכלל הזה. משום כך התערבות בנדבך זה של ההסכם משליכה על מעמדו של ההסכם כולו. הגדלת סכום המזונות ודחיית חובת השיפוי משפרת את מצבו של המחזיק בילדים, בדרך כלל האם. הואיל וכוח המיקוח של האשה בשיטתנו נחות בדרך כלל מזה של הבעל, היה בהלכות אלה כדי לשפר את מצבה באמצעות התערבות שיפוטית מאוחרת.

§463. עד מהרה נפתח פרק נוסף בתולדות המאבק בין בית־המשפט והחייב במזונות. חייבים במזונות ביקשו דרך לעקוף את הלכת 'עד שתעשיר'. את המקלט מהלכה זו הם ביקשו למצוא בדרישה להמציא ערב להתחייבות השיפוי, שנטלה על עצמה האם בהסכם הגירושין. משהגיעה שעת המבחן של טקטיקה זו לפני בית־המשפט נשאלה השאלה: מה דינו של הערב. האם זכאי האב להיפרע מן הערב, כאשר חיובה העיקרי של האם נדחה לאור הלכת 'עד שתעשיר'? בהלכת קוט[84] נתברר ניצחונה של טקטיקה זו. עלייתה של הלכת קוט מסמנת שינוי במגמת הפסיקה בסוגייה זו.

§464. הלכת קוט מפרידה בין שלוש מערכות יחסים: מערכת היחסים בין ההורים בינם לבין עצמם; מערכת היחסים בין האב, הזכאי לשיפוי, לערב; מערכת היחסים בין הערב לאם, החייבת־הנערבת.
במערכת היחסים בין ההורים תמשיך לחול הלכת 'עד שתעשיר'. זכות השיפוי תידחה. במערכת היחסים בין האב לערב, לעומת זאת, יחויב הערב בתשלום ערבותו לאב במקומה של האם שחיובה עוכב. במערכת היחסים בין הערב לבין האם, החייבת־הנערבת, תידחה זכות החזרה של הערב כלפי האם 'עד שתעשיר'. הלכת 'עד שתעשיר' הפכה, איפוא, את פניה. מעתה היא מופעלת כלפי הערב, ולא כלפי האב.

§465. הלכה זו בטעות יסודה הן במישור המדיניות המשפטית והן במישור הניתוח המשפטי. עמדתנו מעדיפה את הדרך החלופית של הרחבת שיקול הדעת השיפוטי המתקן, על בסיס הלכת 'עד שתעשיר', גם על ערב. דעתנו היא, כי לשם השגת התכלית המקורית של הלכת 'עד שתעשיר' יש להשוות את דין הערב לדינו של החייב העיקרי. זו היתה דעת בית־המשפט בגלגול הראשון של עניין קוט בבית־המשפט העליון[85], וזו נשארה דעת המיעוט בדיון הנוסף של עניין זה.
לפי שיפמן גישה אחרת. הצעתו היא, כי תיעשה בחינה אחת כוללת. אם הסכם הגירושין המסדיר את חבות המזונות מתיישב עם האינטרס של הילדים, יש לקיימו. אם ההסכם אינו מתיישב עם טובת הילד — יש לבטלו מכול וכול. עמדה זו מייתרת את הצורך בהסכמי

84. לעיל הערה 49.
85. ע"א 255/81 קוט נ. קוט, פ"ד לו (1) 236 (ההחלטה נתקבלה בדעת רוב).

שיפוי[86]. לדידנו, גישה זו צרה מדי. היא נוטלת אינטרס אחד בלבד, מרכזי ככל שיהיה, מתוך המכלול ודנה את ההסדר כולו על־פיו.

בפסקאות הבאות ננסה לבסס את עמדתנו תוך התמודדות עם דעת הרוב בדיון הנוסף בעניין קוט:

§466. הגישה הבסיסית של הלכת 'עד שתעשיר' והמדיניות המשפטית שבבסיסה מוסכמים על דעת כל שופטי בית־המשפט העליון. בית־המשפט גם ער לכך שבהלכה זו נוצר איזון בין אינטרסים שונים[87] ועליה לשמש 'מסגרת נורמטיבית' לבני זוג מתגרשים, המבקשים להסדיר את מכלול היחסים ביניהם[88].

§467. לשאלה, האם בנסיבות המקרה נהנה ערב מן הדחייה שנהנה ממנה החייב העיקרי, אין תשובה חד־משמעית בדיני הערבות. סוגייה זו של ערבות להסכם שיפוי אינה משתבצת באופן טבעי וישיר לאחת המסגרות בדיני ערבות. כדי שניתן יהיה להגיע לפתרון טעונה הסוגייה הספציפית, נשוא דיוננו, מיון ושיבוץ[89]. בית־המשפט מסכים כי לשם פתרון הסוגייה, שהיא בבחינת sui generis[90], עומדות מספר אפשרויות לגיטימיות. ההכרעה ביניהן תיפול על בסיס מדיניות משפטית, ובלבד שתימצא דרך פורמלית לכך[91].

בית־המשפט סבור, כי החלוקה המשולשת שביצע וחלוקת האחריות שנופקת ממנה עולים בקנה אחד עם דיני הערבות, ובד בבד מגבשים מסגרת נורמטיבית ראויה, היוצרת איזון נכון בין האינטרסים השונים.

אולם, יש להדגיש כי גישתו המשפטית של בית־המשפט איננה עומדת לעצמה. היא תלוית מדיניות משפטית ופרי המסקנה, שהמדיניות המשפטית המועדפת מובילה אליה. היא איננה מתחייבת מניתוח משפטי אובייקטיבי. ממילא תקיפת ניתוח משפטי מסוים, המושתת על מדיניות משפטית אחת על בסיס מדיניות משפטית אחרת, אין לו הצדקה.

§468. דעת הרוב, מפי השופט א' ברק, תולה עצמה בציפיות לגיטימיות של הצדדים השונים[92]. השופט א' ברק ממיין את הסוגייה מבחינה רעיונית לסוג המקרים, שבו מושפעת הדחייה של החוב העיקרי מחוסר היכולת של החייב לפרוע את חובו (פשיטת רגל, חסינות וכיו"ב)[93].

לדעתנו, אין הנידון דומה לראיה. הלכת 'עד שתעשיר' היא דחיית מועד ההתחייבות מן הדין כחריג לדין הכללי[94]. החיוב המקורי נדחה עקב העדפת אינטרס חברתי, שמקורו בדיני

86. פ' שיפמן, **דיני משפחה** (חלק שני) (1989) 267.
87. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 204, 210־211.
88. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 222־223.
89. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 217.
90. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 217.
91. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 221 ואילך.
92. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 215, 219־220.
93. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 216ה, 220ד.
94. הלכת קוט, **לעיל** הערה 49, בע' 211א.

משפחה, על פני אינטרס אחר של כיבוד הסכמים. אם מתן תוקף של ממש לאינטרס המועדף מחייב את הרחבת הלכת 'עד שתעשיר' גם על חבות הערב, כי אז מתחייבת העדפת האינטרס החברתי על פני האינטרס החברתי־כלכלי של העמדת הערב על חבותו[95].

§469. לכל היגיון משפטי, שהשופט א' ברק טוען לו, ניתן למצוא מקבילה של היגיון משפטי בדרך החלופית המוצעת. הניתוח המשפטי הוא פונקציה של מיון הסוגייה במסגרת דיני הערבות, והוא נערך על בסיס המדיניות המשפטית המועדפת. כך, למשל, משתבח השופט א' ברק באי היזקקותו לדין מיוחד או לדין חריג[96]. גם הדרך החלופית מצויה במסגרת הלגיטימית של דיני הערבות. השופט רואה כטבעי את המצב, שערב שפרע ועומד בנעלי הנושה ייתקל במימוש זכות החזרה שלו בקשיים דומים לאלה, שנתקל בהם הנושה עקב הלכת 'עד שתעשיר'[97]. הדרך החלופית רואה כטבעי מצב, שבו נושה המבקש את מימוש הערבות מ'ערב העומד בנעלי החייב' ייתקל בקושי משפטי עקרוני (הטבוע בחיוב בעקבות הלכת 'עד שתעשיר'), דומה לזה שהוא נתקל בו במימוש החיוב מן החייב.
לטענת השופט א' ברק גוררת אחריה הדרך החלופית את התוצאה שכל דחייה לא־הסכמית של ביצוע החיוב מועילה לערב. על בסיס זה מתריע בית־המשפט, כי הדרך החלופית פוגעת קשה במוסד הערבות תוך ריקונו מתוכן[98]. אלא שאין אפיון כזה משקף את הדרך החלופית. אין היא מציעה להרחיק לכת בפרשנות דיני הערבות. היא מבקשת תשובה לסוגייה ספציפית במטרה להשיג מדיניות משפטית ראויה, שבית־המשפט שותף לרצון להשגתה. גם הדרך החלופית הולכת במסלול שנכבש על ידי דיני הערבות. דיני הערבות מכירים באפשרות, שדחיית החיוב העיקרי דוחה גם את החיוב הנערב. השיקול המצדיק חלופה זו הוא אותו שיקול שיצר את הלכת 'עד שתעשיר', והוא — החריג המקורי לדין הכללי.

§470. הלכת קוט סותרת את רוח ההלכה, השוללת מן הצדדים את כוח ההתנאה על שיקול הדעת השיפוטי המאפשר לערכאה שיפוטית לשנות הסכם או פסק־דין במקרה של שינוי נסיבות[99]. הסכם שיפוי כמוהו כהתחייבות שלא לתבוע בגין שינוי הנסיבות. כאשר נשלל למעשה שיקול הדעת השיפוטי כלפי ערב לחובת השיפוי, נפתחת לצדדים דרך עוקפת להתנאה יעילה על שיקול הדעת של בית־המשפט.

§471. מתעורר גם החשש, כי הלכת קוט תסתום את הגולל על אפשרות הביטול מעיקרא של סעיפי השיפוי בהתבסס על דיני החוזים. הלכת קוט המציעה לשיטתה איזון ראוי בין 'טובת החוזה' ל'טובת הקטין', תראה כמצדיקה את השמטת החלופה הדרסטית. העובדה הנחזית על פני הדברים כאילו נמצא מוצא עדיף לכל הנוגעים בדבר — לכאורה, גם האשה וגם הקטינים אינם נפגעים — תוביל למסקנה אשר תפגע למעשה בכל הצדדים.

95. הלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 217, מעדיף השופט ברק את האינטרס של העמדת ערב על ערבותו.
96. הלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 221.
97. הלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 221ב.
98. הלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 217.
99. ע"א 442/83 קם נ. קם, פ"ד לח (1) 767, 770 — 773.

רמז למגמה כזו ניתן למצוא בפסיקה שלאחר הלכת קוט. בית־המשפט לא נעל את הדלת לפני אמצעים בדיני חוזים, שבכוחם לבטל את סעיף השיפוי. אולם הוא הגביל אותם למסגרת הדווקנית של דיני החוזים. מפסקי־הדין ניתן ללמוד, כי יישומם של אותם תכנים מיוחדים שהוחדרו לדיני החוזים מתחום דיני המשפחה מושבת, הואיל והאינטרסים המוגנים בעזרתם של אמצעים אלה מוצאים את תקנתם במסגרת החדשה[100].

§472. דיני הערבות אכן נועדו להבטחת חיוב שהחייב נמנע לפורעו. אולם גם דיני החוזים נועדו למטרת קיום הסכמים. לדידנו, חוסר ההיגיון בדיני הערבות, המתקיים עם דחיית זכות הפירעון של הזכאי לשיפוי מן הערב מטעמי מדיניות משפטית, אינו שונה מזה הנובע מדחיית זכות החזרה של הערב על החייב, מטעמי אותה מדיניות משפטית. גם הקושי המשפטי בדחיית הערבות דווקא בסיטואציה שהיא נועדה לו — שקול כנגד הקושי בדחיית חיוב עיקרי דווקא במועד שבו הוא נדרש. בכל אחד משני המקרים יש סטייה מן הדין הכללי. השאלה, איזוהי הסטייה המועדפת תלויה בקביעת האינטרסים הטעונים הגנה, בהעדפות בין האינטרסים השונים וביחסי הגומלין שביניהם, באופן עריכת האיזון בין האינטרסים השונים, הכולל גם את שקלולם, ובהערכת התוצאה המתקבלת.
הציפיות הלגיטימיות של הצדדים, המוצגות על ידי בית־המשפט כשיקול משפטי להעדפת גישתו, אין בכוחן להכריע את הכף. הן רק ביסוס פורמלי של המדיניות המשפטית המועדפת. אין הן עומדות לעצמן. הן עבד המשרת את האדון, ולא להיפך. התומכים במדיניות שיפוטית אחרת, יתאימו אליה את הציפיות הלגיטימיות.

§473. מסופקים אנו אם התוצאה שהלכת קוט מובילה אליה, היא זו שבית־המשפט התכוון לה. אנו סוברים כי דעת הרוב מאמצת גישה מוטעית. בסופו של דבר חותרת דעת הרוב תחת המדיניות המשפטית שהיא הציבה לעצמה. הפגמים הבסיסיים המונחים בתשתית דעת הרוב, לדעתנו, הֵנם התעלמות מחלק מן האינטרסים המעורבים, הענקת שקלול לא מציאותי לאינטרסים השונים והתעלמות מן התוצאות שהלכת קוט תוביל אליהן את מסגרת דיני המשפחה בישראל. אם המניע להלכת קוט היה שימוש נדיב מדי בהלכת 'עד שתעשיר', ניתן היה לקבוע גבולות צרים יותר לשיקול הדעת השיפוטי, תוך הצבת קני־מידה חדים יותר.

§474. הלכה זו אינה לוקחת בחשבון את המציאות המשפטית הישראלית, אשר תוארה בפרקים קודמים, ואת האינטרסים הטעונים הגנה. בית־המשפט מעמיד את צמד האינטרסים, 'טובת החוזה' מול 'טובת הקטין', כטעונים איזון והסדר. בית־המשפט אינו לוקח בחשבון שני אינטרסים נוספים הטעונים איזון. האחד, הנחיצות לעודד עריכת הסדרים מוסכמים במקרה של גירושין. השני, הצורך באיזון כוח המיקוח הנחות של הצד החלש ומניעת ניצול לרעה של מצוקות בסיטואציה של גירושין[101].

100. ע"א 573/82 **ברק נ. ברק**, פ"ד לח (4) 626. בערכאה ראשונה בוטל סעיף השיפוי, בין היתר, מטעמים של פגיעה בתקנת הציבור. בעקבות הלכת קוט נהפך פסק־הדין של ערכאה זו; הלכת רודן, **לעיל** הערה 26, בע' 191; אולם ראה ע"א 130/84 **קרונברג נ. קרונברג**, פ"ד לט (3) 358, 360. על ענין זה, ראה פ' שיפמן, **לעיל** הערה 86, בע' 264־265.

101. ראה גם פ' שיפמן, **לעיל** הערה 86, בע' 259.

ההלכות בסוגיית השיפוי עד הלכת קוט לא פגעו ביכולתם של הצדדים להגיע להסדר גירושין. בעת ובעונה אחת הן העניקו לבית־המשפט שיקול דעת מתקן במסגרת מוגבלת. שיקול הדעת שמר על אינטרס הקטינים וטובתם, תיקן במידת־מה את כוח המיקוח הבלתי שווה ושלל חלקית את פירות הסחטנות במסגרת הליכי הגירושין. אמנם, עיקרון האוטונומיה של רצון הצדדים נפגע במידת־מה. אולם האיזון הושג, הן על ידי ביטול חלקי בלבד של ההסכם והן באמצעות הפעלת שיקול הדעת השיפוטי, המאפשר בחינת כלל מערכת העובדות ויישומן על נסיבות כל מקרה.

הלכת קוט לוקה בפגם בסיסי ביותר. לא זו בלבד שאין ידה משגת את האיזון המבוקש, אלא שהיא עלולה לפגוע בכל האינטרסים הטעונים הגנה גם יחד. הפגיעה עלולה להשתרע הן על אינטרס הגנת הקטינים, הן על יכולת הצדדים להגיע להסכם גירושין, הן על תיקון כוח המיקוח בשיטה והן על האפשרות להשיג איזון בין האינטרסים השונים.

§475. בית־המשפט העליון — עד להלכת קוט — יצר מציאות משפטית, שלפיה מותנה ביצוע השיפוי בשקלול הנסיבות בין בני הזוג המתגרשים. ההתנאה על מציאות משפטית זו כמעט לא היתה אפשרית. נוצרה הלכה קוגנטית, שנשלטה בידי בית־המשפט באמצעות שיקול הדעת הרחב שהופקד בידו.

מאז הלכת קוט היתה להסכמי השיפוי עדנה. הלכה זו תקשה על מציאת ערב לחיוב השיפוי. הערב מחויב בתשלום בעוד זכות החזרה שלו מוגבלת. מאידך גיסא, יעמוד הבעל על המצאת ערב. כך יובטח לו כמעט תמיד ביצועה של התחייבות השיפוי. מצב זה יקשה על בני הזוג את האפשרות להגיע להסדרי גירושין מחוץ לכותלי הערכאה השיפוטית, וזאת, בניגוד לצורכי המציאות הישראלית.

קשיים אלה יובילו אל ערבים, שהם או בני משפחה קרובים או חברים קרובים של האשה. הידיעה כי הערבים יחויבו כמעט תמיד לשאת בשיפוי, תמנע מן האשה את הגשת התביעה נגד הבעל לסיפוק צורכי הילדים. אינטרס הילדים, שלהבטחת הגנתו באו הלכות השיפוי ועליו הן הושתתו, ייפגע נואשות[102]. כתוצאה מכך, ייפגעו במקרים רבים גם האינטרסים הראויים של תיקון כוח המיקוח.

הלכת קוט מחקה הלכה למעשה את שיקול הדעת של בית־המשפט. כל אימת שחלה הלכת 'עד שתעשיר' ונקבע ערב לחובת השיפוי יחויב הערב אוטומטית. כבר הראנו, בראשית פסקה זו, עד כמה תורם שיקול דעת מאוחר קורקטיבי לאיזון בין כל האינטרסים. השמטה למעשה של שיקול הדעת, עם הטלת חיוב כמעט אוטומטי על הערב, מזיקה למכלול האינטרסים הטעונים הגנה.

§476. אין שום היגיון כי בנטל המזונות של ילדי בני הזוג יישא צד שלישי. מבין כל שלוש הנפשות הפועלות בדרמה הזו נבחר הפחות 'מתאים לשאת בנטל. הטענה כי הערבות נופלת תמיד על צד שלישי, הזר להסכם המקורי בין הצדדים, אינה ממין העניין. בעניינו, הסכנה

102. בהלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 211, היה בית־המשפט ער לחשש זה. בית־המשפט סבור היה, כי הלכת 'עד שתעשיר' נותנת תשובה מאוזנת לחשש זה. לדעתנו, דווקא תוצאות הלכת קוט מעלות חשש זה לראש סדר היום של דיני המשפחה.

שבחיוב הערב טבועה בחיוב הנערב מכוח הלכת 'עד שתעשיר'. גם הסכנה הסטטיסטית שבחיוב הערב גדולה מאד. בניגוד לחיובים רגילים הופכת הלכת 'עד שתעשיר' את חיוב הערב לכלל ואת חיובו של החייב העיקרי, לחריג. הלכת קוט מטילה את מעמסת המזונות על צד שלישי. זה ההבדל הבסיסי בין ערבות רגילה לערבות לשיפוי במקרה זה. אין זה מוצדק, שהערב לבדו יישא על גבו את כל המעמס של האינטרס של 'טובת החוזה'. גם זה שיקול של מדיניות, שיש לקחת אותו בחשבון, כאשר בוחנים את התוצאה המשפטית הנובעת מן הפסיקה. שיטה משפטית אינה רשאית לקנות אינטרס משפטי במחיר מופרז.

§477. המסקנה הבלתי נמנעת היא, כי בהסכמים, שבהם קובעים הצדדים ערב להתחייבות השיפוי של האשה, פועלה של הלכת קוט הֵנו ביטול למעשה של הלכת 'עד שתעשיר' על כל מרכיביה. הואיל ועל דעת הכול מוסכם כי הלכת 'עד שתעשיר' מייצגת איזון ראוי בין האינטרסים השונים, גוררת אחריה הלכת קוט את ביטולם של כל ההישגים שהשיגה הפסיקה בהקשר זה.

הניתוח בתחום המשפט הפרטי נעשה ללא התחשבות בבעל הבית האמיתי של הסוגייה, דהיינו, דיני המשפחה. בסופו של דבר נשא בית־המשפט את שם המדיניות המשפטית לשווא. אפשר לומר כי בית־המשפט הוליך שבי את המדיניות המשפטית אחר היופי המרוחק והקר של הניתוח המשפטי לשיטתו. אלא שכבר הראנו כי הניתוח המשפטי בפרשת קוט אינו עומד לעצמו: הוא מובל בעקבותיה של מדיניות משפטית. התוצאה היא מינון לא מוצלח של המדיניות המשפטית ושל הניתוח המשפטי בפסק־הדין. גם המעברים בין מדיניות משפטית לניתוח המשפטי אינם נראים לנו. תזמונם של ה'כניסות' וה'יציאות' של מרכיבים אלה בפסק־הדין אינו עולה יפה.

§478. לשיטתנו, הדרך החלופית בלבד יש בה כדי להגשים את המדיניות המשפטית הגלומה בהלכת 'עד שתעשיר'. הדרך החלופית היא התוצאה המשפטית ההגיונית המתחייבת מהלכת 'עד שתעשיר', שכן היא משלימה אותה ומגשימה אותה בנסיבות החדשות. דעת הרוב בהלכת קוט מבטלת למעשה את כל הישגי הלכת 'עד שתעשיר' למרות התמיכה הרטורית, שהיא מעניקה לה. גישת הרוב לוקה, לדעתנו, בחוסר עקביות משפטית וחברתית גם יחד. עורכי־הדין נזקקו לערבות כדי להתחכם להלכת 'עד שתעשיר' ולהערים עליה. הערבות נועדה לשמש על ידי קובעיה כ'בולם זעזועים' במערך החוזי שבין בני הזוג[103]. בית־המשפט מבקש להכשיר ערבות זו באמצעות מיון הסוגייה למסגרת מסוימת ובהחלת דיני ערבות בהתאם. אם הלכת 'עד שתעשיר' משקפת מדיניות משפטית ראויה, לא מן הראוי הוא להכשיר 'בולם זעזועים' העלול לסכנה ולסכלה. לדידנו, אם 'בולם זעזועים' זה חותר תחת המדיניות המשפטית, שהרתה וילדה את הלכת 'עד שתעשיר', יש צורך לבולמו. זו מטרת הדרך החלופית.

ביקשנו להראות כי המבנה של פסק־הדין אינו מחויב מבחינה משפטית ואינו מוצדק מבחינת המדיניות המשפטית. אין טעם במאמץ השיפוטי המושקע בדרך משפטית המביאה לתוצאה בלתי רצויה, כאשר קיימת חלופה הולמת.

103. הלכת קוט, לעיל הערה 49, בע' 223.

§479. בפסק־דין מאוחר יותר, בעניין **מילנר**[104], נקבע חריג להלכת קוט. בית־המשפט נמנע מיישום הלכת קוט בנסיבות, שבהן קיימת זיקה בין הערב לבין הילד. בית־המשפט מנמק את פסיקתו בכך, שחיובו של הערב בנסיבות כאלה עלול לפגוע בסופו של דבר בילד. בכך נסוג בית־המשפט במידה מסוימת לעקרונות הבסיסיים של הלכת 'עד שתעשיר', שנשחקו על ידי הלכת קוט. בעניין **מילנר** נדרשה הוכחת הקשר הסיבתי בין תשלום סכומי הערבות לאב על ידי הערב לבין הפגיעה בילד. אולם, רק כפסע בין הלכת **מילנר** לבין הרחבת החריג, שנקבע בה גם להקשר רחב יותר. כך, למשל, ניתן לחשוב על מקרים שבהם, עקב אישיות הערב, נמנעת האשה למעשה מתביעת המזונות. כתוצאה מהימנעות זו, אין המשאבים העומדים לרשות האשה מספיקים לכיסוי מזונות הילד, והפגיעה בילד היא ודאית.

הלכת **מילנר** עשויה, איפוא, לסמן תחילתה של מחשבה חדשה באשר להיקף יישומה של הלכת קוט. אם מפרשים אנו נכון את הכיוון המסתמן, עשויה דרך זו להוביל להחלשה הדרגתית של הלכת קוט לקראת ביטולה המוחלט. מגמה כזו ראויה למלוא התמיכה.

ד) התערבות בהסכם בשל שינוי נסיבות

§480. משנקבעו חיובים כספיים בהסכם או בפסק־דין הם נושאים עמם אופי של סופיות. עילת התביעה נבלעת במלואה בחיוב הפסוק. כאשר חלק ממרכיבי העילה נעדר קביעות והוא מושפע מנסיבות משתנות, ניתן החיוב הפסוק או המוסכם לשינוי עם שינוי הנסיבות[105]. ההלכה מתירה פנייה לערכאות שיפוטיות לשם שינוי פסק־דין או הסכם, המסדירים עניינים המושפעים משינוי הנסיבות. זה הדין לגבי החלטות הנוגעות לאחזקת קטינים ולגבי חיוב מזונות[106]. בשני עניינים אלה, העילה מטבעה, הולכת ונמשכת וניתנת לשינויים[107].

הלכה זו עשויה להיות אמצעי שבכוחו לתקן לאחר מעשה, במידה מסוימת ובתחום הנושאים המצויים בתחומה, הסכם שתוצאתו פגיעה בקטינים. ממילא נתון בידי בית־המשפט כוח להשפיע בדיעבד גם על כוח המיקוח של הצדדים.

104. ע"א 806/86 **מילנר** נ. **מילנר**, פ"ד מב (3) 414, 417-418.

105. בג"צ 59/53 **הויזמן** נ. יו"ר **ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ז 1142; ע"א 167/63 **ג'ראח** נ. **ג'ראח**, פ"ד יז 2617, 2623 — 2628; בי"מ 1/60 **וינטר** נ. **בארי**, פ"ד טו 1457, 1468; ע"א 15/64 **מוזס** נ. **מוזס**, פ"ד יח (3) 141, 152 — 155.

106. הלכת **הויזמן**, **שם** בע' 1147; הלכת **ג'ראח**, **שם** בע' 2624; הלכת **וינטר**, **שם** בע' 1468; ע"א 716/75 **בר־אור** נ. **בר־אור**, פ"ד ל (2) 253; ע"א 259/75 **שטראוס** נ. **שטראוס**, פ"ד ל (2) 358; ע"א 511/78 **דלהרוזה** נ. **דלהרוזה**, פ"ד לג (1) 449; ע"א 51/78 **פלוני** נ. **פלונית**, פ"ד לג (2) 505, 514; הלכת **בראור**, **לעיל** הערה 12, בע' 237; ע"א 177/81 **גלעדי** נ. **גלעדי**, פ"ד לו (3) 179; ע"א 363/81 **פייגה** נ. **פייגה**, פ"ד לו (3) 187; ע"א 552/83 **מבורך** נ. **טייב**, פ"ד לח (1) 526; הלכת **קם**, **לעיל** הערה 99. לעניין כוח ההתערבות של בית־המשפט בשל שינוי נסיבות, דין פסק־דין כדין הסכם בין הצדדים — ראה הלכות **בראור**, בע' 237ז; **קם** בע' 771ג; **פייגה** בע' 189א־ב.

107. הלכת **הויזמן**, **לעיל** הערה 105, בע' 1147; הלכת **ג'ראח**, **לעיל** הערה 105, בע' 2624; הלכת **וינטר**, **לעיל** הערה 105, בע' 1468; הלכת **מוזס**, **לעיל** הערה 105, בע' 153.

§481. ההלכה אינה בנויה מכללים טכניים בלבד. בהקשרים רבים היא מהווה אמצעי משפטי להגשמתה של מדיניות משפטית. הלכת שינוי הנסיבות מופעלת כעיקרון של צדק ולשם מניעת עוול[108]. זה מקור כוחה של ההלכה. כאן הפוטנציאל הגלום בהלכה לשרת תכליות, הצומחות מן המציאות הישראלית המיוחדת. הכלי של שינוי הנסיבות עשוי לשמש בידי בית־המשפט אמצעי של פיקוח מאוחר בדרכים שונות.

§482. ראשית, בית־המשפט מצמיד לכל הסכם תנאי מכללא, שלפיו שינוי נסיבות מהותי מצדיק את התערבותה של הערכאה השיפוטית לשם הגדלת סכום המזונות[109]. התנאי מכללא יוצר הלכה משפטית העומדת על רגליה היא. הפסיקה שילבה את התנאי מכללא בהסכם בשל מיון מהות ההסדר ואופיו במסגרת דין המזונות, ולא כעניין של חוזה[110]. התנאי מכללא אינו מיוחס לכוונת הצדדים במובן המקובל.

המסקנה הנובעת מכך היא, שאין בכוחם של הצדדים להתנות על הלכת שינוי הנסיבות:

> "כוונת הצדדים אינה מכריעה בכגון דא, כי התנאי מכללא, לפיו ניתן לשנות פסק־דין של מזונות בשל שינוי מהותי, משולב בהסכם לפי עצם טבעו כהסכם מזונות. הווה אומר, זהו תנאי, המתוסף לחוזה בשל סיווגו ומהותו, והמסקנה העולה, כביכול מכללא, מן ההתייחסות המפורשת לנושא מוגדר אחד בלבד, אין בה כדי להוסיף או לגרוע לעניין זה[111] ...גם אם לא היתה זו כוונת הצדדים, מכוחו של בית־המשפט לקרוא תניה כזו לתוך ההסכם, וזאת מאחר שיש לראות את ההסכם כמכוון למערכת עובדות ונסיבות מסוימות, כפי שהיתה בעת כריתת החוזה[112] ...בדומה לכך, אין בעלי הדין יכולים להתנות על כוחו של בית־המשפט להעניק סעד על־פי דין וסעד מן הצדק בפרט..."[113].

§483. שנית, האמצעים המשפטיים מושפעים באופן מכריע מן המדיניות המשפטית והתכלית, שבית־המשפט שואף אליה.

עד כמה עמוקה ההשפעה ניתן להיווכח מן ההסדר המשפטי, שנקבע בסוגיית הפחתת סכום מזונות, הנסמכת על הלכת שינוי הנסיבות. בית־המשפט סירב לקרוא לתוך הסכם בין צדדים תנאי מכללא כללי, המאפשר הפחתת מזונות במסגרת שינוי נסיבות. לשם הפחתת מזונות נדרש החייב להצביע על תניה מפורשת או על נסיבות יוצאות דופן, המאפשרות את קריאת התנאי מכללא[114]. בהבדל מן הכלל הנוגע לשינוי נסיבות בהסכמי מזונות, הרי סוגיית

108. הלכת **קם**, **לעיל הערה** 99, בע' 771א, ז, 772ג, ו.

109. הלכת **דלהרוזה**, **לעיל הערה** 106, בע' 454, הלכת **פלוני**, **לעיל הערה** 106, בע' 514א; הלכת **בראור**, **לעיל הערה** 12, בע' 237ז; הלכת **גלעדי**, **לעיל הערה** 106, בע' 184א.

110. מיונן של סוגיות שונות בפסיקה משתנה גם הוא לפי התכלית (המדיניות המשפטית). הסכם שיפוי, למשל, מוין כעניין של חוזים, הנובע מן היחסים החוזיים בין הצדדים, ולא כעניין של מזונות, ראה הלכת **קוט**, **לעיל הערה** 49, בע' 209א.

111. הלכת **קם**, **לעיל הערה** 99, בע' 1770־ז.

112. הלכת **קם**, **לעיל הערה** 99, בע' 771ד.

113. הלכת **קם**, **לעיל הערה** 99, בע' 773א.

114. הלכת **שטראוס**, **לעיל**, הערה 106, בע' 361, 363ד, 364א־ב. בהלכת **גלעדי**, **לעיל הערה** 106, שבה

הפחתת מזונות מוינה כעניין של חוזים דווקא ולא כעניין של מזונות. כאן מונחת אחת ההצדקות המשפטיות לסטייה מן הכלל שנקבע באשר לשינוי נסיבות בהסכמי מזונות. כך נוצר מרחק כפול בין הגדלת מזונות להפחתתם. תביעה להגדלת מזונות מטעמי שינוי נסיבות הפכה להיות הסדר מן הדין, שאינו ניתן להתנאה. תביעה להפחתת מזונות טעונה הסכמה מפורשת או כמעט מפורשת.

ההבדל בין הגדלת מזונות להפחתתם אינו נעוץ בניתוח המשפטי ובאפשרות הפעלת הכלים המשפטיים. ההבדל הוא בתכלית שמבקש בית־המשפט להשיג במסגרת המדיניות המשפטית שנקבעה.

באשר להפחתת מזונות השתמש בית־המשפט בטקטיקות נוספות כדי להגיע למחוז חפצו. הלכה פסוקה היא, כי הסכם בין הורים אינו מחייב בדרך כלל את הילדים. פעולתה העקרונית של הלכה זו היא לשני הכיוונים: הן כלפי האב, במקרה של תביעה מצד הילדים להגדלת מזונות, והן כלפי הילדים, במקרה של תביעה מצד האב להפחתת מזונות. אולם, למרות הזהות העקרונית, בין תביעה להגדלת מזונות לתביעה להפחתתם הובילו טקטיקות שיפוטיות שונות להבדל משמעותי, הלכה למעשה, בין השניים: 1) צירוף האם לתביעה נגד הילד יצר, לדעת בית־המשפט, את מידת מחויבותו של האב להסכם כלפי הילדים, כמו כלפי האם שהיתה צד לו[115]. 2) בנוגע לתביעה להפחתת מזונות נראה כאילו העניק בית־המשפט משקל עודף לאינטרס של 'טובת החוזה' על פני האינטרסים האחרים. נקודת המבט הנכונה תוכיח לנו, כי אין כאן העדפה של אינטרס אחד על חשבונם של האחרים. במסגרת סוגייה זו של הפחתת מזונות מתקיימת חפיפה מלאה בין האינטרס של 'טובת החוזה' ושל 'טובת הילד' ולגרסתנו — אף של תיקון כוח המיקוח. בהזדהות כזו של אינטרסים מוטה הכף כולה לכיוון אחד. 3) התחייבות האב לגובה המזונות, הנקוב בהסכם בינו לבין האם, נחשבת כהודאה בגובה המזונות הנדרשים להוצאות הילדים. סטייה מן הסכום שנקבע כלפי מטה מטילה על האב נטל שכנוע של הבאת ראיות בעלי משקל רב[116]. באותם מקרים נדירים ביותר, שבהם יעבור האב בהצלחה את המשוכה הגבוהה, שהציבה לו הפסיקה, הוא עשוי להיות צפוי לתשלום פיצויים לאם בגין הפרת התחייבותו כלפיה[117].

§484. שלישית, השינוי המתיר התערבות שיפוטית מאוחרת חייב להיות מהותי[118]. כלל

נידונה בקשה להפחתת מזונות אין בית־המשפט מתייחס להבחנה הנובעת מהלכת שטראוס. בית־המשפט מתייחס כללית להלכה בדבר שינוי נסיבות (ראה הלכת גלעדי בע' 184ז־185א־ב). יתכן כי בית־המשפט לא היה ער להבחנה האמורה. הדבר עשוי גם לנבוע מן העובדה שהבקשה נדחתה, ובית־המשפט לא נדרש לאמצעי מרחיק לכת יותר.

115. הלכת שטראוס, לעיל הערה 106, בע' 363ז־ז.

116. הלכת שטראוס, לעיל הערה 106, פסק־דינו של השופט י' כהן.

117. הלכת שטראוס, לעיל הערה 106, פסק־דינו של השופט י' כהן.

118. הוראה זו חוזרת בכל פסקי־הדין העוסקים בהלכת שינוי הנסיבות. בין היתר, ראה הלכת דלהרוזה, לעיל הערה 106, בע' 454; הלכת פלוני, לעיל הערה 106, בע' 514א; הלכת פייגה, לעיל הערה 106, בע' 188־189; הלכת גלעדי, לעיל הערה 106, בע' 185א־ב; הלכת מבורך, לעיל הערה 106; הלכת קם, לעיל הערה 99, בע' 770, 771.

זה הוא פרי האיזון בין אינטרס הסופיות לבין האינטרס של עשיית צדק ומניעת עוול[119]. שיקול הדעת השיפוטי מותנה במהותיות השינוי בנסיבות. אולם, למעשה, רק היקף הפעלת שיקול הדעת מצד בית־המשפט ממלא תוכן במסגרת הפתוחה של המושג 'שינוי מהותי'. הנסיבות המשתנות, המרכיבות את עילת התביעה, הן חלק ממושאי ההתייחסות של השינויים המהותיים. כך, בענייני מזונות, באים בחשבון צורכי הילדים, האמצעים שבידי החייב וכיו"ב[120]. בהקשר זה משמש גורם הזמן שיקול מרכזי[121]. במסגרת זאת יש להשוות את המצב שבעבר ואת המצב המקורי בעת ההתקשרות, למצב הקיים במועד ההתדיינות. בית־המשפט אינו פועל בחלל ריק כשהכל פתוח לבדיקה מחודשת[122]. זה סוג אחד מקובל של נסיבות סטנדרטיות הנבחנות באופן אינדיבידואלי, ועליו אין צורך להתעכב.

§485. סוג אחר של נסיבות עשוי לקחת בחשבון גם את האילוצים המיוחדים הנתונים בשיטתנו. לשם כך יש לשקול את מצבם המיוחד של הצדדים בעת ההתקשרות ואת נסיבות ההתקשרות. אנו סבורים, כי במקרים מסוימים עשויים הגירושין עצמם, או הנסיבות שסבבו אותם, להוות שיקול מהותי, המצדיק הגדלת סכום המזונות במסגרת הלכת שינוי הנסיבות. הואיל והלכה זו מיוסדת על אדני צדק, השאלה, מהו אופין של הנסיבות המהותיות המצדיקות התערבות, נמצאת במסגרת שיקול הדעת הרחב של בית־המשפט. לא נראה לנו כי בית־המשפט מילא אמצעי זה בתוכן מספק, שיש בו כדי להשיג את התכליות, שהשגתן מוטלת על התערבות שיפוטית מאוחרת. מקובל עלינו, כי אין למתוח את ההלכה כך, שבית־המשפט יהא רשאי להתעלם מן ההסכם בין הצדדים ולעשות עבור בני הזוג הסכם על־פי מבחני הצדק שלו, כאילו לא נעשה דבר. אולם באותם מקרים, שבהם בנקודת הזמן של הגירושין יש השפעה מיוחדת על הצדדים ומצבם, בנסיבות מקרה אינדיבידואלי ובהתייחס להסכם שנכרת בין בני הזוג, יש הצדקה לראות בגירושין שינוי מהותי של הנסיבות. הסכם שנעשה על בסיס אילוץ שיצרה המציאות, מאפשר שינוי עם שינוי המציאות הקודמת.

בהקשר אחד אכן ראה בית־המשפט את הנסיבות של מהלך הגירושין, שבהן נערך הסכם, כמצדיקות יישום הלכת שינוי הנסיבות[123].

119. הלכת קם, לעיל הערה 99, בע' 771ז. כן ראה: R.H. Mnookin & L. Kornhauser, **supra** note 63, at 984.

120. ראה, בין היתר, הלכת פייגה, לעיל הערה 106; הלכת גלעדי, לעיל הערה 106; הלכת מבורך, לעיל הערה 106. בית־המשפט קבע, בין השאר, כי עליית מדד, גם אם היא מסחררת, אינה מהווה נסיבה מהותית. אם חיוב המזונות הוצמד למדד אין העלייה מצדיקה לא את הגדלת המזונות (הלכת מבורך) ולא את הפחתתם (הלכת גלעדי). בבית־הדין הרבני נפסק, לעומת זאת, כי תנודות מחירים עקב פיחותים עשויות להיחשב כיוקר בלתי שכיח, המצדיק את הפחתת המזונות אלא אם כן ניתן לראות את המתחייב כמי שהסכים מראש או שסבר וקיבל, ראה תיק 10662/לו, פד"ר י 363, 382.

121. הלכת בר־אור, לעיל הערה 106, בע' 256, 258.

122. הלכת פייגה, לעיל הערה 106, בע' 1189; הלכת מבורך, לעיל הערה 106, בע' 1531ז; ההשוואה בין התקופות נעשית על רקע מצבם של הצדדים וגם על בסיס הציפיות שלהם בעת ההתקשרות, ראה הלכת קם, לעיל הערה 99, בע' 773ה־ו.

123. הלכת בר־אור, לעיל הערה 106, בע' 256 (אפשרות תביעה על בסיס שינוי נסיבות, כאשר יתכן שהאם לא שמרה כראוי על טובת הקטין במסגרת הסכם הגירושין).

§486. מן הדין כי למונח שינוי נסיבות לא יינתן פירוש צר וטכני. לאחרונה דחה בית־המשפט תביעה להגדלת מזונות מטעמי שינוי נסיבות בהיזקקו לטיעון פורמליסטי. באותו מקרה לא נוצלו על ידי אב זכויות ביקור, שנקבעו בהסכם בין הורים. האם טענה, כי כתוצאה מכך הועמסו על חשבונה הוצאות יתר. האם תבעה להטיל על האב את החיובים, הנגרמים משינוי ההסכם בפועל, בדרך של הגדלת מזונות ובעילה של שינוי נסיבות. בית־המשפט המחוזי נעתר לה. בית־המשפט העליון קבל את ערעור האב והפך את פסק־הדין על פיו. בית־המשפט קבע כי זכויות ביקור אינן מטילות חובה כספית על ההורה. משום כך אי ניצולן של זכויות הביקור אינו יכול להיחשב כשינוי נסיבות לצרכים כספיים[124]. תוצאה משפטית זו מתייחסת לדיני המשפחה באמות־מידה נוקשות מדי, טכניות מדי. היא משקפת מידה מופרזת של לגליסטיקה. השאלה הרלבנטית היא, האם יש לשינוי הנסיבות העובדתי השלכות על הוצאות האם ועל מהלך חייה מבחינה כלכלית, בין ישירות ובין בעקיפין. אם התשובה על כך היא חיובית, יש מקום להיעתר לתביעה.

ה) התערבות בהסכם בשל פגמי רצון ותקנת הציבור

§487. בעוד האמצעים שעמדנו עליהם בשלוש הפסקאות הקודמות מוגבלים לעניינים מיוחדים במסגרת הסכם הגירושין, עוסקות שתי הפסקאות האחרונות בכל היקף העניינים המוסדר בהסכם גירושין.

הסכם גירושין כפוף לדיני החוזים בכל הנוגע להתערבות מאוחרת בשל פגמים ברצון[125], ובסוגיות שונות הנוגעות להפרת הסכם[126]. **המסגרת העיקרית בדיני חוזים, המסוגלת להכיל את התכנים המתאימים להשגת התכלית המשפטית של התערבות מאוחרת בהסכם גירושין במציאות הישראלית המיוחדת של דיני הגירושין, היא דיני ה'עושק', בגדרו של סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973.**

אין ספק כי ניתן למלא את דיני החוזים בתוכן מיוחד, המותאם לדיני המשפחה, ולתמוך באמצעותם אינטרסים, הטעונים הגנה לאור המציאות הישראלית המיוחדת. מכוחה של תבנית חשיבה מעין זו נתן בית־המשפט ביטוי לאינטרסים בדיני משפחה באמצעות שימוש בכלים מדיני החוזים, כגון תקנת הציבור, בסוגיית ההתחייבויות לשיפוי, שבה עסקנו בפסקה הקודמת. ההכרעה העקרונית היא בתחום של מדיניות משפטית. האמצעי המשפטי להגשמתה של המדיניות המשפטית הוא שיבוץ הנסיבות המיוחדות בסוגייה זו במסגרת עילת העושק.

§488. עילת העושק מורכבת מהיסודות המצטברים הבאים[127]:

124. ע"א 149/88 **פרי** נ. **פרי**, פ"ד מב (3) 289.

125. ע"א 457/61 **גרין** נ. **גרין**, פ"ד טז 318. על תחולת דיני החוזים על הסכמים בין בני זוג, בדרך כלל, ראה בג"צ 185/72 **גור** נ. **בית־הדין הרבני**, פ"ד כו (2) 765; **הלכת קוט**, **לעיל** הערה 49, בע' 204.

126. **הלכת אורבוך**, **לעיל** הערה 49; ע"א 699/76 **אבימור** נ. **אבימור**, פ"ד לב (3) 281; **הלכת קם**, **לעיל** הערה 99; **הלכת מגשה**, **לעיל** הערה 80.

127. ע"א 403/80 **סאסי** נ. **קיקאון**, פ"ד לו (1) 762, 767; על פרשנות עילת העושק, ראה ס' דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" **מחקרי משפט** ב (תשמ"ב) 1.

(א) מצב העשוק: מצוקה, חולשה שכלית או גופנית או חוסר ניסיון.
(ב) התנהגות העושק: ניצול המצוקה או החולשה בעת ההתקשרות החוזית, שהרי חייב להתקיים קשר סיבתי בין ההתקשרות לבין ניצול המצוקה[128].
(ג) תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל: העדר איזון סביר בין התמורות.
דיני העושק מבטאים גישה מצמצמת באשר להוכחת תנאי העילה, מצד אחד, ועם זאת מניחים מידה רבה של גמישות בפרשנות היסודות השונים של העילה, מצד שני.

§489. **השיקול של הגנה על האינטרס של 'טובת החוזה' מכביד על ההיזקקות לעילת העושק[129]. בשל כך מחמירים דיני החוזים עם הטוען את טענת העושק. לא זו בלבד שנטל הראיה מוטל על כתפי הטוען[130], אלא שנטל השכנוע הוא כבד משקל:**

"שיקולים של כיבוד הרצון המוצהר של הצדדים לחוזה ושל הגנה על הביטחון המסחרי מחייבים, כי בטרם יכיר בית־המשפט באפשרות ביטול חד־צדדי של החוזה מכוח סעיף 18, עליו להשתכנע כי המצוקה, החולשה הגופנית או השכלית או חוסר הניסיון היו כבדי משקל והסיטו את שיקול־דעתו של העשוק סטייה של ממש מנתיבו הנכון"[131].

ובמקומות אחרים:

"מדובר בכל מקרה בקושי בעל משקל, ואין לראות את המצוקה כאי־נוחות, הנגרמת עקב הצורך להתמודד עם קשיים כלכליים, שאין בהם חומרה מיוחדת"[132].

"לא כל אי־שוויון באורך הנשימה של צדדים, החולקים זה על זה ומתווכחים זה עם זה, יוצר את עילת העושק... קושי כלכלי ארעי או חולף אינו יוצר מצב של מצוקה"[133].

"הרבה חוזים... נערכים מתוך אילוץ כלכלי כלשהו, אשר יסודו בשיקולי כדאיות בהתאם לזמן ולנסיבות. זהו בדרך כלל טיבה של כל פשרה"[134].

§490. **מאידך גיסא, רכיבי הגדרת העושק בכלל והמונח מצוקה, בפרט, הם מושגים בעלי רקמה פתוחה, המתמלאים תוכן על־פי הנסיבות המיוחדות של המקרים. יתר על כן, עילת העושק מטמיעה בתוכה ערכי צדק ומוסר. היא מיוסדת לא רק על תפיסה כלכלית, אלא גם על הנחות חברתיות.**

128. ע"א 719/78 איליט בע"מ נ. אלקו בע"מ, פ"ד לד (4) 673, 679.
129. ע"א 146/81 נאשף נ. נאשף, פ"ד לח (3) 309, 312.
130. הלכת נאשף, שם בע' 312; ע"א 395/83 שלום נ. יכין חק"ל, חברה חקלאית בע"מ, פ"ד לט (2) 737, 740ד־ה.
131. הלכת נאשף, שם בע' 312; ראה גם הלכת סאסי, לעיל הערה 127, בע' 767; ע"א 11/84 רבינוביץ נ. שלב — הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ (4) 533, 541ז.
132. הלכת שלום, לעיל הערה 130, בע' 741.
133. ע"א 700/83 כהן נ. י' הרשקוביץ, חברה לבניין בע"מ, פ"ד לט (4) 471, 475ג; הלכת רבינוביץ, לעיל הערה 131, בע' 542ז.
134. הלכת רבינוביץ, לעיל הערה 131, בע' 543א.

מוסכם על הכול כי המושג 'מצוקה', כמו שאר התנאים הקבועים בחוק:

"תמיד יהיו גמישים הרבה וקשה לקבוע במדויק מה בא בתחומם והיכן הוא גבולם"[135].

ועדיף שלא לקבוע בהם מסמרות[136].

"הנושא כולו ילך ויתפרש מן הפרט אל הפרט, בבוא שעתו ומקומו"[137].

זאת ועוד, טבעו של הנושא מחייב שיקולים אינדיבידואליים בכל מקרה לפי נסיבותיו:

"כובד משקלו של כל אחד מן הרכיבים הנזכרים אין לו שיעור, ועל בית־המשפט לקבוע אותו בכל מקרה ומקרה לגופו לפי נסיבותיו השונות. אין מקישים ממצוקתו של פלוני על מצוקתו של אלמוני, כשם שאינה דומה מצוקה, הפוגמת בעסקה פלונית, למצוקה הפוגמת בעסקה פלמונית, והדברים אמורים אף ביתר הרכיבים"[138].

במסגרת השיקולים האינדיבידואליים ניתן לבחון גם את יחסי גומלין בין עוצמת המצוקה מזה, לבין מידת סבירותם של תנאי החוזה מזה[139]. בית־המשפט ישקול גם, אם היתה למתקשר אלטרנטיבה ממשית וסבירה, שבאמצעותה ניתן היה למנוע את העסקה. אם היתה למתקשר אלטרנטיבה כזו והוא לא ניצל אותה, נחלשת עד מאד טענת המצוקה הנשמעת מפיו[140].

נעשה אמנם ניסיון להגביל את מושג המצוקה למצב קבוע של חומרה ושקיעה, ולא אך לקושי ארעי או חולף[141]. אולם, במועד מאוחר יותר דחה בית־המשפט ניסיון הגבלה כוללני זה, והעמיד את ההגבלה האמורה על נסיבות של אילוץ כלכלי, ארעי או חולף בלבד. באשר לתחומים אחרים, מצא בית־המשפט, כי גם נסיבות ארעיות — דהיינו, מצבים של קושי ארעי וחולף — שמשקלן והשפעתן מכריעות את שיקול דעתו החופשי של צד לחוזה, עשויות להיכלל במסגרת מושג זה[142].

§491. עילת העושק נועדה לתקן מצבים של חוסר שוויוניות, העלולים לפגוע בשורת הצדק ולקפח את הצד ה'נחות' לחוזה. פרשנות עילת העושק ומילוי תנאי העילה, הקבועים בחוק, בתוכן קונקרטי, מחייבים, בדרך כלל, עמדה עקרונית מצד בית־המשפט בדבר הערכים המקובלים עליו בתחום מסוים.

135. השופט מ' אלון בהלכת איליט, לעיל הערה 128, בע' 685ה.

136. הלכת שלום, לעיל הערה 130, בע' 741; כן ראה הלכת סאסי, לעיל הערה 127, בע' 770.

137. הלכת איליט, לעיל הערה 128, בע' 687ג.

138. הלכת סאסי, לעיל הערה 127, בע' 767ז־768א.

139. הלכת רבינוביץ, לעיל הערה 131, בע' 543ז.

140. הלכת כהן, לעיל הערה 133, בע' 475ג; הלכת רבינוביץ, לעיל הערה 131, בע' 543ב; ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (בקובץ פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, תשמ"א) 115; ס' דויטש, לעיל הערה 127, בע' 36;

141. השופט מ' אלון בהלכת איליט, לעיל הערה 128, בע' 685ד.

142. השופט מ' לנדוי בהלכת סאסי, לעיל הערה 127, בע' 770; הלכת שלום, לעיל הערה 130, בע' 741; ע"א 784/81 שפיר נ. אפל, פ"ד לט (4) 149, 156ז.

"מלאכת הגיבוש... מעוגנת במידה רבה בהערכה של בית־המשפט מהו בדרך כלל הוגן וצודק במערכת יחסים כדוגמת זו... יתכן מאד ואף ינקוט לצורך זה גישה המעוגנת בתפיסות הכלליות של בית־משפט זה בקשר לצודק ולהוגן"[143].

מילוי תוכן ברכיביה השונים של עילת העושק מונחה, איפוא, בין היתר, על ידי טעמי מוסר וצדק חברתי:

"עילת הביטול בשל עושק... מניחה כי הצדדים חתמו על החוזה תוך ידיעת הנסיבות; אולם החוק מוצא לנכון להתערב, בכל זאת, מטעמי מוסר וצדק חברתי"[144].

"ההצדקה להתערבות... היא הצדקה מוסרית, והרעיון המנחה של הסעיף הוא בעיקר רעיון של מוסר וצדק חברתי. סעיף 18 מהווה דרך אחת... להתמודדות השיטה המשפטית עם תופעות של עיוותים חברתיים וכלכליים. השימוש ב[מונחי סעיף 18] מתבאר לרקע מטרת ההוראות וההנחות החברתיות, הכלכליות והמוסריות שביסודה"[145].

§492. שימוש בעילת העושק לשם תיקון כוח המיקוח בתחום דיני הגירושין ולשם סתימת פרצות, המאפשרות את תגמולה של סחטנות, מתיישב, איפוא, יפה עם המסגרת העיונית של עילה זו ועם התכלית החקיקתית המונחת ביסודה.

מכל הבחינות המפורטות לעיל מסוגלים עילת העושק בכלל ומושג המצוקה, בפרט, להכיל בתוכם את התכנים הנדרשים להקל מצוקתם של דיני הגירושין בישראל, ולשאת על גבם את הנסיבות המיוחדות של דיני המשפחה. כדי לעמוד במשא הכבד, שמטילים דיני העושק, נדרשת בראש ובראשונה הכרעה ערכית על טיבם ומשמעותם של דיני הגירושין בשיטתנו המשפטית. רק לאורה של הכרעה זו תיקבע עוצמתן של הנסיבות המתאימות ליישום דיני העושק על הסכמי גירושין.

§493. על רקע זה, השאלה היא מהו התוכן ההולם את עילת העושק בסוגייה שלפנינו. עד להיכן יש להרחיק לכת בהפעלת האמצעים החוזיים לפסילה מאוחרת של הסכמי גירושין, בשלב שלאחר מתן הגט.

השיקולים באשר להיקף ההתערבות השיפוטית המאוחרת בהסכמי גירושין, בעילות המושתתות על פגמי רצון, הם סותרים:

בשל דיני הגירושין בין יהודים בישראל נדחף בן הזוג לקנות את חירותו תמורת ויתורים, לעיתים מרחיקי לכת. אם ייפסלו הסכמי גירושין, שמקורם בסוג זה של אילוצים ומצוקות, כשהגט מהווה את בסיס התמורה הנגדית, לא תהיה להסכמים כאלה עמידה בחלק ניכר מן המקרים. לעיקרון 'טובת החוזה' לא תהיה תקומה. ההתמודדות עם פסילת הסכמי גירושין חייבת להיערך במסגרת כללי המשחק, שנסיבותיה של המציאות הישראלית מכתיבה

143. הלכת איליט, לעיל הערה 128, בע' 680ז.

144. הלכת רבינוביץ, לעיל הערה 131, בע' 541ד.

145. ג' שלו, לעיל הערה 140, בע' 112־113.

אותם. פסילה סיטונית של הסכמים עלולה גם להקשות על אפשרות השגת הסכמי גירושין. בכך ייפגע אינטרס נוסף הראוי להגנה.
מאידך גיסא, המציאות המשפטית יוצרת מצב של כוח מיקוח בלתי שווה בין הצדדים לגירושין. הפרצה קוראת לגנב. בן זוג עשוי לנצל לרעה את מצוקתו של האחר, את החשש מפני עגינות רבת שנים, עד כדי עושק. השיטה המשפטית חייבת להיות מסוגלת להגן על בעל כוח המיקוח הבלתי שווה ולהגביל את החשיפה ל'סחטנות' המובנית במערכת.

§494. הבעיה המרכזית היא תיחום קו ההפרדה שבין שימוש לגיטימי — הגם רחב או אף מופרז — בכוח המיקוח העדיף — הגורר אחריו יתרונות משמעותיים — לבין שימוש פסול בעמדת היתרון, המגיע כדי ניצול לרעה של המצוקות ועולה כדי עושק. בתי־המשפט הכירו בכך שניצול מצוקה של עגינות, הגוררת ויתור גורף, עשוי להיחשב כעושק הפוסל את ההתחייבות החוזית. במקרה אחד, קיצוני במיוחד[146], נעשה שימוש בטענה זו כדי לבטל אפוסטריורי, לאחר מתן הגט, הסכם גירושין מקפח. האשה נעזבה על ידי הבעל בחודשי הריונה האחרונים. הבעל ברח למדינות הים בלא שהשאיר כתובת. הוא הניח את האשה עגונה ומטופלת בתינוק כשהוא מפיח בה פחד עיגון תמידי. בית־המשפט פסק, כי הסכם גירושין הכולל ויתורים מפליגים, שנכרת במצב כזה, נגוע בעושק.
סנונית פסוקה זו לא בישרה את האביב לדיני הגירושין בישראל. היא נפחה את נשמתה בטרם עת. במקרים שבאו מאוחר יותר נטה בית־המשפט חסד למציאות הקשה והפגין יחס סלחני לסחטנות הטבועה בשיטה. **בית־המשפט ביקש להגן על האינטרס הכפול, זה של חופש החוזה וזה של עידוד הסכמים בין בני זוג כתחליף להתדיינות משפטית. בית־המשפט חשש, כי התערבות שיפוטית מאוחרת בהסכם גירושין, על בסיס פרשנות נדיבה של עילת העושק בנסיבות המיוחדות של דיני הגירושין בישראל, עלולה לפגוע באינטרסים מרכזיים.**

§495. האמצעי החוזי יושם על הסכמי גירושין באופן טכני, דווקני ומצומצם[147]. בית־המשפט לא ראה בהסכם גירושין סוג נפרד של הסכמים, הראוי להתייחסות מיוחדת. הסכם גירושין לא הצדיק, מבחינת הפסיקה, יישום ספציפי של עילת העושק באופן ההולם את הצרכים המיוחדים של דיני המשפחה ואת האילוצים הטבועים בשיטה המשפטית. לצורך יישום עילת העושק על הסכמי גירושין השווה בית־המשפט, הלכה למעשה, הסכמים כאלה להסכמים עסקיים־כלכליים. בגט ראה בית־המשפט תמורה נאותה לוויתורים כספיים, הגם שהיו מפליגים ואף מקפחים. לאילוצי המציאות הישראלית ולמצוקה המיוחדת של בני הזוג לא ניתן יחס שונה מאשר לכללי ההיצע והביקוש הרגילים, המכוונים את ההסדר המשפטי על כלל ההסכמים[148].

> "כל החוזים וכל הפשרות כך — ולעניין זה אינו שונה הסכם גירושין מכל הסכם אחר: מי שרוצה להשיג את מה שלבו חפץ, מוותר על שלו או מוסיף משלו

146. הלכת גרין, לעיל הערה 125.
147. ע"א 162/72 אמזלג נ. אמזלג, פ"ד כז (1) 582; הלכת רודן, לעיל הערה 26, בע' 191־192; הלכת ברק, לעיל הערה 100, בע' 632־633.
148. הלכת אמזלג, לעיל הערה 147, בע' 587־588; הלכת ברק, לעיל הערה 100, בע' 632־633.

ובלבד שישיגנו. אשה שרוצה מאד להיפטר מבעלה, דרכה לוותר ויתורים כספיים ואחרים לבעלה ובלבד שייתן לה גטה; כשם שדרך בעל המשתוקק מאד להיפטר מאשתו, לוותר ויתורים כספיים ואחרים לאשתו ובלבד שתקבל גטה ממנו...

סיכומו של דבר: הטענה הנשמעת תדירות בבתי־משפט אלה, כאילו אשה אינה קשורה בהסכם שחתמה עליו מפני שאחרת לא היה בעלה נותן לה גטה, או כאילו בעל אינו קשור בהסכם שחתם עליו מפני שאחרת לא היתה אשתו מקבלת גטה ממנו — טענה בלתי־רלבנטית היא, כל עוד אין בידי הטוען עילה חוקית אחרת לביטול ההסכם"[149].

במקרה אחד הגיע בית־המשפט המחוזי למסקנה, כי הסכם גירושין שנחתם בין בני הזוג הוא בלתי צודק ומקפח את האשה וילדיה עד כדי פגיעה בתקנת הציבור. בית־המשפט העליון הפך את ההחלטה על פיה. הוא גרס, כי אם בזכותו של ההסכם קיבלה האשה את גטה, יש להגן על עיקרון 'טובת החוזה'[150]:

"אל לו לבית־המשפט להתערב..., לעשות הסכמים עבור בעלי הדין שהתקשרו ביניהם או לשפר או לשנות את שנקבע על־ידיהם בהסכם, רק משום שנראה לו לבית־המשפט, כי ההסכם, שנכרת מרצונם של בעלי הדין, אינו צודק או שהוא מקפח קיפוח של ממש את אחד המתקשרים"[151].

§496. בעינינו, אלה דוגמאות בולטות להחלטות פגומות, המתעלמות מן האילוצים המיוחדים של שיטתנו המשפטית. בית־המשפט אינו נוטל אותה מידה של אחריות הנדרשת ממנו להסדרם של דיני המשפחה. כתוצאה מכך נולדות החלטות, הגוררות אחריהן בלא יודעין הנצחת העוול בשיטה ושידור מסרים חברתיים, שיש בהם עידוד עקיף של 'סחטנות', ואותם מנסה עילת העושק לשרש. אכן, בשיטתנו נקנים הגירושין בוויתורים מפליגים. אין לך כמעט בן־חורין מבן זוגו אלא מי שמשלם טבין ותקילין. זו תופעה מזיקה הפוגעת, בדרך כלל, בחלש. לדעתנו, מן הראוי שבית־המשפט יפעיל אמצעים משפטיים אזרחיים, שיש בהם כדי להגן על אינטרסים נוספים מלבד זה של 'טובת החוזה' במטרה להקל את המצוקה המלווה את הליך הגירושין, ולתקן במידת־מה את חוסר השוויוניות בכוח המיקוח.

§497. לשימוש בעילת העושק לשם הגנת אינטרסים בדיני המשפחה הונחה כבר התשתית הנדרשת. בית־המשפט הכריע עוד בעבר הכרעה ערכית בסוגייה זו, בשני מובנים. ראשית, הוא השתמש באמצעים שונים מדיני החוזים להשגת תכליות בדיני משפחה. שנית, הוא ראה במצב של עגינות מצוקה, המצויה בטווח הפעולה של עילת העושק. המסגרת החדשה של עילת העושק בסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973, מעניקה הזדמנות מחודשת לבית־המשפט. אם תיקבע המדיניות הראויה, ניתן יהיה ליישם את יסודות עילת

149. הלכת אמזלג, לעיל הערה 147, בע' 587־588.
150. הלכת ברק, לעיל הערה 100, בע' 632־633.
151. הלכת ברק, לעיל הערה 100, בע' 632.

העושק ומרכיביה על הסכמי גירושין להשגת התכליות הראויות תוך אימוץ עקרונות הפסיקה הקודמת, מחד גיסא, וקביעת דרך ישום שונה, מאידך גיסא.

§498. באחד הערעורים, בסרבו להתייחס לוויתורי האשה תמורת הגט כנגועים בעושק, הטעים בית־המשפט העליון, כי לא הוכח שהאשה היתה זכאית לדרוש גט[152]. מכאן ניתן להסיק, כי במקרה של ויתורים מפליגים לשם מניעת עיגון, כאשר הדין מזכה את המוותר בגט, ניתן לראות את ההסכם כנגוע בעושק.
הבחנה זו מומלצת על ידי פ׳ שיפמן[153]. כאשר אין לצד הנהנה מפירות הוויתורים זכות למנוע גירושין, יהיו ויתוריו בהסכם, שהם פרי הכניעה לתכתיב או תוצר ניצול מצוקתו, נגועים בעושק.

§499. גישתנו מרחיקה לכת מעמדה זו. הראנו, כי האינטרסים המוגנים מחייבים עשיית שימוש בכלים משפטיים שונים לשם השגת התכליות הרצויות. הצבענו גם על כך, שהתערבות מאוחרת, סלקטיבית וזהירה, בהסכמים בין בני זוג באמצעות הפעלת שיקול דעת שיפוטי מתקן יוצרת איזון נאות בין האינטרסים השונים, הפועלים בסוגייה זו. התערבות זהירה לאחר מעשה, שאינה ניתנת להתנאה, אינה פוגעת באינטרס לעידוד הסכמים, מחד גיסא, ויוצרת בשיטה המשפטית אווירה של הסדר הוגן יותר מלכתחילה, מאידך גיסא.

§500. לגישתנו, שימוש בעילת העושק בהקשר של הסכמי גירושין אינו חייב להיות מוגבל לעילות הגירושין שבדין הדתי. הסכמי גירושין נידונים בשיטתנו, בחלק הארי של הסוגיות, במסגרת דיני החוזים. כך הוא גם לגבי הסוגייה של פגמי רצון. דווקא הפער, שבין הדין הדתי למציאות החברתית ולהשקפת העולם החילונית, הוא המצדיק ביתר שאת את המעורבות השיפוטית בסוגייה זו כמו גם בסוגיות סמוכות.
עיגון בן זוג מצד יחידים מן הציבור, בעיקר מבין ציבור היעד החילוני, הנסמכים לשם כך על טעמים שבדין הדתי, אינו עולה בקנה אחד עם השקפת אותו ציבור, והוא נוגד את תקנת הציבור. תפיסותיו של רוב הציבור את מושג הגירושין והיחס של ציבור זה לעיקרון הבחירה החופשית יקבעו את עמדת בית־המשפט, ואת היקף המעורבות השיפוטית, באמצעות דיני החוזים. כזכור העדיף בית־המשפט את תקנת הציבור החילונית על פני זו הדתית, כאשר ניתן היה להסדיר סוגייה באמצעות הדין האזרחי[154]. מעורבות שיפוטית אזרחית עשויה להיות מוצדקת, גם אם הדין הדתי אינו מוצא בנסיבות מקרה מסוים שום עילה למתן גט.

§501. אחריות אזרחית למציאות המשפטית מחייבת מעורבות שיפוטית והתאמת כלים מתחום המשפט האזרחי לתחום דיני המשפחה. בית־המשפט חייב לעשות שימוש רחב יותר באמצעים שהמשפט האזרחי מעמיד לרשותו, כדי לעשות צדק בין הצדדים ולסגור את הפערים בין הדין הדתי למציאות. זאת, כאשר אין מניעה משפטית פורמלית מפני עשייה כזו.

152. הלכת אמזלג, לעיל הערה 147.
153. בספרו לעיל הערה 86, בע׳ 263.
154. ראה לעיל פסקאות 54 — 59.

איזון מתאים בין האינטרסים הנוגדים שהוצגו כאן מחייב זהירות יתרה מצד בית־המשפט. היסודות המצטברים של עילת העושק כשלעצמם מתווים כבר ממילא קו זהיר באפשרות ההתערבות השיפוטית. קו הגבול, שממנו ואילך תופעל ההתערבות השיפוטית המאוחרת, צריך לעבור במקרים של ניצול לרעה של מצוקה. כשההסכם מקפח באופן בולט את בן הזוג בעל כוח המיקוח הנחות יותר, יש לשקול את יישומה של עילת עושק בכפוף לנסיבותיו האינדיבידואליות של כל מקרה.

§502. נותר עוד מכשול אחד בדרך. הפסיקה הביעה ספק אם הסכמי ממון, אשר אושרו על ידי בית־המשפט כנדרש בחוק יחסי ממון, תשל"ג־1973, פתוחים לטענות בדבר פגמי רצון[155]. רוב הסכמי הגירושין טעונים אישור ומאושרים בפועל על ידי בית־המשפט או בית־הדין[156]. מטרתו של הליך האישור היא גילוי הפגמים, הפוגעים ברצון החופשי של מי מן הצדדים להסכם. פתיחת פתח להעלאת טענות מעין אלה עשויה לרוקן לכאורה מתוכן את הדרישה לאישור[157].

מאידך גיסא, מן הראוי לתת את הדעת לשיקולים הנגדיים. העמדת ההסכם לאישורו של בית־המשפט היא פורמלית. ההליך נמשך, בדרך כלל, דקות ספורות בלבד. צד לחוזה הנמצא במצוקת עגינות או במצוקה אחרת, כגון חשש מפני לחץ בהקשר לאחזקת הילדים, לא יגלה את לבו לפני בית־המשפט במסגרת הליך האישור. גילוי הלב עלול לעלות לו בהידחקות מחודשת למצב שההסכם עשוי להוציאו ממנו. בית־המשפט אינו חולש על הליכי הגירושין. ממילא אין הוא יכול להושיע את בן הזוג. סירוב לאשר את הסכם הגירושין אינו מקדם את בן הזוג המקופח באותו שלב. להיפך, הוא ייקלע שוב למצוקה, שממנה הוא מנסה להימלט באמצעות ההסכם. משום כך, לא נראית לנו ראויה יצירת מניעות כלפי טענות הנוגעות לפגמי רצון, ובמיוחד כלפי עילת העושק. מניעות כזו במסגרת המציאות המשפטית בישראל אינה עשויה לקדם את האינטרסים הראויים, אלא עלולה להערים נדבך נוסף של קשיים מיותרים.

יתר על כן, הלכה פסוקה היא, כי אין סעיף 2 לחוק בא לגרוע מתחולתם של דיני החוזים על הסכם ממון, כולל הסוגיות המתייחסות לפגמים בכריתתו של חוזה[158]. לשם מתן נפקות לתחולה זו, יש לאפשר דיון בסוגיות אלה במסגרת הליך התדיינות מתאים. הליך אישורו של הסכם הממון לא נועד לבירור פלוגתאות בין בעלי הדין[159].

עם זאת, על בית־המשפט לדרוש נטל ראיות מכביד יותר מבן זוג, המעלה טענות בדבר פגמי רצון כלפי הסכם, שאושר על ידי בית־המשפט. מי שהיה לו יומו כלפי טענות מסוג זה ולא ניצל את ההזדמנות, שהעמידה לו השיטה המשפטית, חייב להניח את דעת בית־המשפט בשניים: ראשית, שפגם הרצון הנטען על ידו הוא בעל משקל. שנית, שטעמים חזקים וטובים הניעו אותו להימנע מלהעלותו לפני בית־המשפט במסגרת הליך האישור. בדרך

155. הלכת קוך, לעיל הערה 9, בע' 422ד; הלכת פלונית, לעיל הערה 37, בע' 279.
156. סעיף 2(ד) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973.
157. הלכת קוך, לעיל הערה 9, בע' 422ד.
158. הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 430.
159. הלכת מונק, לעיל הערה 8, בע' 429.

זו יינתן ביטוי ראוי לדרישת האישור ועם זאת לא תינעל הדלת בפני טענות, שעניינן ניצול לרעה של מצוקת אחד הצדדים להסכם הגירושין.
אם לא ראיה של ממש, זכר לדבר ניתן ללמוד בדרך של אנלוגיה מעניין אחר. נוטריון ציבורי אישר מכוח סמכותו ובמסגרת חובתו על־פי החוק העותמני בדבר הנוטריון — שהיה בתוקף באותו מועד — חתימתו של אדם תוך הצהרה על כך, שזו נעשתה מתוך רצון חופשי. בית־המשפט קבע, כי האדם החותם רשאי להביא ראיות במטרה לסתור את תוכנו של האישור הנוטריוני ולהוכיח פגמי רצון שהתלוו לחתימתו, טעות או מצג שווא לטענתו, אלא שנטל השכנוע מוטל עליו[160].

ו) הפרת תניות ממוניות בהסכם גירושין

§503. באחת הפסקאות הקודמות עסקנו בהשפעת הפרת ההתחייבות לגירושין על תוקפן של ההוראות הממוניות והרכושיות, הכלולות בהסכם הגירושין. בפסקה זו נבחן את תוצאות הפרת ההתחייבויות, שעניינן הסדרים ממוניים ורכושיים.
טבעם של חלק מהסדרי הממון בהסכם הגירושין, שהוא נמשך גם בתקופה שלאחר הגירושין. חלק מהם אף נועד לביצוע הולך ומתמשך לפרק זמן ארוך.
על הפרת הסכמי גירושין חלים, בדרך כלל, דיני החוזים[161]. השאלה היא, האם דיני המשפחה מחייבים הערכות מיוחדת במסגרת דיני החוזים.
במסגרת דיני הפרת חוזה עומדת, בדרך כלל, לצד המקיים הברירה לבטל את ההסכם או לעמוד על קיומו[162]. מי שבחר בביטול ההסכם, אינו יכול לעמוד על קיום סעיפים מסוימים בהסכם, כגון התחייבות לתשלום מזונות[163].

§504. נראה לנו, כי השאלה המרכזית בסוגיית הפרת תנאים ממוניים ורכושיים בהסכמי גירושין היא, באיזו מידה ניתנות ההתחייבויות של הצדדים להפרדה[164]. בדרך כלל, יטען הצד המפר להפרדת ההסכם לחלקיו כדי למנוע את ביטול ההסכם כולו. אולם, לעיתים יהיה זה דווקא האינטרס של הצד המקיים לעמוד על ביטול החיוב ההדדי ולקיים את שאר הוראות ההסכם. אפשרות ההפרדה של הסכם גירושין לחלקיו אינה פועלת, איפוא, לטובת הצד המפר דווקא, כשם שמניעת הפיצול אינה פועלת לטובת הצד המקיים דווקא — הכול תלוי בנסיבות המיוחדות של כל מקרה.
נטייתו של בית־המשפט העליון היא לקבוע, כי הסכם הגירושין אינו ניתן לפיצול. במיוחד אמורים הדברים במקום שבו הגירושין עצמם כבר יצאו לפועל. כתוצאה מגישה פסיקתית זו ייגרע, בדרך כלל, חלקו של הצד המפר ויתוגמל הצד המקיים. זה אמנם הכלל, אך

160. ע"א 404/84 **סעתי נ. סעתי**, פ"ד מא (2) 477, 488, 495, 497.
161. ראה לעיל המקורות בהערה 126.
162. הלכת **אבימור**, לעיל הערה 126, בע' 286־287.
163. הלכת **אבימור**, לעיל הערה 126, בע' 287.
164. סעיף 7(ג) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א־1970; סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973.

בית־המשפט שומר לעצמו את מרחב התמרון הדרוש לשם התאמת ההלכה למציאות האינדיבידואלית. על ידי כך נשמרת גם חירות ההתערבות המאוחרת של בית־המשפט בהסכמי גירושין, במקרים המתאימים:

"בשל מורכבותו אין הסכם הגירושין ניתן להפרדה לחלקים, כך שבמקרה של הפרת אחד מחלקיו קמה הזכות לבטל את החלק שהופר... אין אלה התחייבויות נפרדות הניתנות להפרדה לחלקים... ההסכם דן במכלול הבעיות המורכבות, שיש להסדיר עת באים לפרק מסגרת משפחתית על כל הכרוך בכך... אכן גם בהסכם מסוג זה יתכן שיקבעו חבויות ספציפיות תמורת חבויות נגדיות, שניתן להפרידן ולבודדן מכלל ההסכם"[165].

§505. כפי שראינו, עשוי השימוש בכלי המשפטי של הפרדת הסכם לחלקיו או סירוב לעשות כן להועיל דווקא לצד המפר. לעיתים עשוי בית־המשפט להימנע מן ההפרדה בידיעה ברורה, כי הצד המפר עשוי להיות מתוגמל; זאת, במטרה לעשות צדק בין הצדדים. אמצעי זה של הפרדה או מניעתה עשוי, איפוא, לשמש במקרים ראויים את התכלית של תיקון כוח המיקוח. במיוחד יש לשקול את השימוש בכלי משפטי זה, כאשר אמצעים אחרים אינם בני ביצוע בעוד המכשירים הדרסטיים יותר, של ביטול ההסכם בכללותו, עלולים להיות קשים מדי ובלתי מוצדקים בנסיבות המקרה.

§506. במקרה אחד פעל בית־המשפט על־פי הכלל והביא לתוצאה הטבעית המתבקשת מהפעלתו[166]. בית־המשפט ביטל הסכם בין בני זוג והצד המפר, האשה, יצא וידיו על ראשו. האשה הפרה התחייבות, שקיבלה על עצמה בהסכם, שלא לתבוע פירוק שיתוף דירה שהיתה בבעלותם המשותפת של בני הזוג. בית־המשפט דחה את טענת האשה המפרה לפיצול החיובים. הוא קבע, כי הוראותיו של ההסכם אינן ניתנות להפרדה זו מזו. כתוצאה מהכרעה זו בוטל חיובו של הבעל במזונות האשה, שנכלל בהסכם.

§507. אולם בעניין מנשה[167] פעלה דחיית התביעה להפרדת הסכם גירושין לחלקיו לטובת המפר דווקא. במקרה זה ויתר הבעל על חלקו בדירה לטובת הילדים. האשה קיבלה על עצמה את מלוא תשלום המזונות של הילדים. בהסכם נקבע סעיף שיפוי. כן נקבע במפורש, כי ויתור הבעל על חלקו בדירה נלקח בחשבון לצורך קביעת החבות במזונות. הגירושין בוצעו וכך גם רוב ההסדרים, שנקבעו בהסכם הגירושין. האשה תבעה מן הבעל מזונות בשמם של הקטינים. הבעל, מצדו, הגיש הודעת צד שלישי במטרה להביא למימוש סעיף השיפוי. תביעתו נדחתה בשל החשש מן הפגיעה בטובת הילדים.

משהפרה האשה את התחייבותה, שלא לתבוע מזונות מן הבעל בשמם של ילדי בני הזוג, תבע הבעל במקביל גם את ביטול ההתחייבות להעברת חלקו בדירה. בית־המשפט דחה את תביעת הבעל תוך שהוא מסרב להפריד את החוזה לחלקיו. כתוצאה מכך, נמנעה

165. הלכת מנשה, לעיל הערה 80, בע' 639. על פרשנות הסכם גירושין כמאפשר הפרדת התחייבויות מסוימות בהסכם מיתר הוראותיו, ראה הלכת אבימור, לעיל הערה 126, בע' 286.

166. הלכת קם, לעיל הערה 99.

167. הלכת מנשה, לעיל הערה 80.

העמדת התחייבותה של האשה במזונות הקטינים כנגד התחייבות הבעל להעברת חלקו בדירה. למסקנה פרשנית זו הגיע בית־המשפט למרות הקביעה המפורשת בהסכם בדבר הזיקה שבין שתי הוראות אלה.

בית־המשפט מונה ארבע נסיבות מיוחדות, שהיו מביאות אותו לאותה מסקנה[168]. נסיבות אלה לא יכולות היו שלא להשפיע גם על הפרשנות השיפוטית של הסכם הגירושין.

ראשית, עם ביצוע הגט בוצע עיקרו של ההסכם. כן בוצעו רוב הוראותיו המהותיות האחרות של ההסכם. לנוכח מציאות זו קשה להחזיר את המצב לקדמותו. החזרת המצב לקדמותו היא אחד התנאים הנדרשים במקרה של שימוש בברירת הביטול[169].

שנית, החיוב נגע להעברת נכס לצדדים שלישיים, דהיינו הילדים. ממילא נדרש צירופם כְּצד להליך ומינוי אפוטרופוס לדין, אשר יגן על האינטרסים שלהם.

שלישית, הבעל תבע את מימוש סעיף השיפוי. בכך גילה את דעתו כי בכוונתו לדבוק בהסכם ולבחור בקיומו. אין ביכולתו לחזור בו עתה, לשנות את טעמו ולבקש ביטול ההסכם או חלק ממנו.

רביעית, סעיף השיפוי מהווה את התרופה ההסכמית ההולמת, שהצדדים עצמם הסדירו מפורשות, להפרת ההתחייבות מצד האשה. בתביעת השיפוי מיצה הבעל את סעדיו בגין הפרת התחייבותה של האשה.

נוכל להוסיף נסיבה חמישית, שהשפיעה על ההכרעה השיפוטית. משנדחתה תביעת השיפוי, גילה כבר בית־משפט בישראל את דעתו, כי ההסכם נוגד את טובת הילדים. אילו נתקבלה תביעת הבעל לבטול העברת חלקו בדירה היה בכך משום עקיפת ההחלטה השיפוטית האמורה וממילא — פגיעה עקיפה בטובת הילדים. באמצעות הפרשנות השיפוטית של הסכם הגירושין נמנע בית־המשפט מלתת את ידו לתוצאה בלתי צודקת.

העולה מכל המקובץ הוא, כי במקרה זה עמד הצדק דווקא לצדו של מי שלכאורה הפר את התחייבויותיו החוזיות. כוח המיקוח הבלתי שווה גרר אחריו הטלת עומס יתר על האשה תוך חשש של פגיעה בטובת הילדים. האשה פעלה במטרה להקטין את תוצאות פגיעתו הרעה של הסכם מגביל, שכבל אותה בשל כוח המיקוח הנחות שהיה מנת חלקה. בית־המשפט מצא דרך משפטית ל׳אשר׳ את התנהגות האשה, מפרת ההסכם לכאורה, תוך בחינת אומֶד דעתם של הצדדים בנסיבות המקרה ופרשנות ההסכם לאור כל אלה. לצורך פרשנות ההסכם אין בית־המשפט מדגיש את ההיזקקות לטעם של טובת הילד. מכאן נמצאנו למדים על מסקנה כוללת יותר ורחבה יותר מעניין זה. הרציו הרחב של פרשת מנשה עשוי להיות, כי צד, אשר מבקש לצאת ידי חובתו בוויתור מסוים, לא יוכל להִתלות בו, אם בנסיבות העניין אין שום שקילות לתמורה, ואם תימצא דרך משפטית לתקן את העוול שבהסכם הגירושין.

§508. גישתו של בית־המשפט בפרשת מנשה נראית לנו כתהליך נכון של חשיבה משפטית. זו דרך להביא תוצאה נכונה על־פי נסיבותיו של כל מקרה ותוך שימוש באמצעים משפטיים

168. הלכת מנשה, לעיל הערה 80, בע׳ 640־641.

169. סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א־1970. ראה גם הלכת אמזלג, לעיל הערה 147, בע׳ 588.

מדיני החוזים, כאשר ברקע עומדת התכלית המשפטית הראויה במסגרת דיני המשפחה. אם כי הפרשנות המשפטית היתה מאולצת במידה מסוימת היו אלה אילוצי המציאות המורכבת, שחייבו את בית־המשפט לנקוט את הדרך הפרשנית שבה בחר. בית־המשפט אינו מאמץ גישה טכנית או כוללנית, אלא מתמודד עם הנסיבות המיוחדות של המקרה באופן מהותי מתוך מגמה לעשות צדק בין הצדדים.

5) סיכום

§509. במהלך דיוננו ניסינו למצוא את שביל הזהב, אשר יביא את האיזון הנדרש לשיטה המשפטית, נוכח אילוציה המיוחדים של המציאות הישראלית. נוכחנו לדעת, כי לא תמיד ער בית־המשפט לאחריות, המוטלת עליו במסגרת דיני המשפחה. הכלים להתמודדות מצויים בשיטה המשפטית ועומדים לרשותו של בית־המשפט לשם הגשמת המדיניות המשפטית. בית־המשפט רשאי להפעיל את כל האמצעים החוזיים לאורה של המציאות הישראלית המיוחדת, תוך התייחסות לנסיבות האינדיבידואליות של כל מקרה ותוך מודעות לעובדה, שהוא פועל בתחום דיני משפחה. בדרך זו יכול בית־המשפט להפעיל, בין היתר, את האמצעים של פרשנות ההסכם, פרשנות התנהגות הצדדים, השלמת פרטים, הטלת חובת הביצוע בתום לב, בחינת פגמי הרצון ומתן נפקות לאומֶד הדעת המשתמע מן ההסכם. כך, למשל, עשה בית־המשפט את התנאי מכללא, כמו גם את הפרשנות החוזית, כלי לקידום מדיניות משפטית. אין שום מניעה להפוך אמצעים אחרים שבדיני החוזים כלים למטרה זו. מתוך אחריות כוללת למשפט נדרש בית־המשפט לפעול בממד של גישה רחבה ותוך שמירת חופש תמרון רב באמצעות שיקול דעת שיפוטי.

פרק שלישי

הסכם ממון כהסכם נישואין להקלת אפשרות הגירושין

פתח־דבר

§510. בשיטתנו המשפטית אין בני זוג יהודים יכולים, הלכה למעשה, להשיג גירושין ללא הסכמה. הסכמים נתונים אמנם בידיהם של הצדדים, אולם ההגבלות הרבות, המוטלות על הסכם גירושין, ומגבלות אכיפתו מצמצמות במידה רבה את כוחם של בני זוג להסדיר את ענייניהם. ההגבלות ומגבלות האכיפה מטילות צל כבד על כוחו של הסכם גירושין להשיג את מטרותיו, וכן על מידת יעילותו. בפרק הקודם, בצד ניתוח ההסדר המשפטי בסוגיית הסכמי ממון והסכמי גירושין ואפיונם של אלה, הרחבנו את הדיבור על התפקיד השיפוטי. בפרק זה בכוונתנו להצביע על הכוח האצור ביוזמות אפשריות של בני הזוג עצמם. בדרך של שילוב הסכם נישואין הצופה פני גירושין בהסכם ממון, הנערך עובר לנישואין, יכולים זוגות מעוניינים ליטול את גורלם בידיהם ולהקל את קשיי הגירושין. בדרך זו הם עשויים להפחית מן המצוקה העלולה להיות מנת חלקם, אם וכאשר יגיעו נישואיהם לקרע סופי ומוחלט.

1) התניות בהסכם ממון

§511. בעבר הצענו לבני זוג להתקשר עובר לנישואיהם בהסכם ממון, אשר יבטיח מידה רבה של יעילות להסדר גירושין, הגלום למעשה בהסכם הממון[1]. ההסכם המוצע מורכב משתי תניות. כל אחת מן התניות היא נפרדת ומסדירה תחום אחר. שתיהן יחד מקלות על בני הזוג בבוא יום פקודה.

התניה האחת מקדימה את מועד איזון המשאבים, הקבוע בסעיף 5 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973, ומתנה עליו. התנאה זו מאפשרת לבני הזוג להשתחרר ממיטת סדום

1. ראה א' רוזן־צבי, **פתרונות בדיני אישות** (הוצאת נעמ"ת, 1986).

הנכפית עליהן על ידי החוק, והסומכת את מועד האיזון למועד הגירושין — ולמועד זה בלבד[2].

בני זוג רשאים להסדיר את מועד האיזון לרצונם. הם יכולים לקבוע, כי מועד האיזון יחול לאחר פרק זמן של חיים בנפרד או למנות נסיבות אחרות, אשר בעקבותיהן יהיו אחד מבני הזוג או שניהם זכאים במימוש זכות איזון המשאבים גם לפני מועד הגירושין.

התניה השנייה מורכבת יותר ומעוררת בעיות הלכתיות לא פשוטות. תניה זו קובעת, כי בכל מקרה של חיים בנפרד יחויב הבעל לשלם לאשה סכום מזונות בשיעור ניכר ביותר עד למועד הגירושין. התחייבות זו מחייבת את הצדדים מיד עם חתימת הסכם הממון. על־פי הדין הדתי יוכל הבעל להשתחרר מן החבות שנטל על עצמו, אם וכאשר ייתן לאשה גט פיטורין. מאידך גיסא, מתחייבת האשה, כי אם יעוכב הבעל מחמתה בהתקיים נסיבות המפורטות בהסכם יהיה הבעל פטור מחיוב המזונות שנטל על עצמו. דהיינו, בני הזוג קובעים מראש את חיוב המזונות, שהבעל מקבל על עצמו כלפי האשה, ואת תנאיו של חיוב כזה.

§512. בית־המשפט המחוזי, כמו גם בית־הדין הרבני, מוסמכים לאשר את הסכם הממון עם הנישואין או בסמוך לעריכתם. גם רושם הנישואין מוסמך לאמת הסכם ממון, אם נכרת לפני הנישואין או בשעת עריכתם[3]. אף לא אחת מן הרשויות האמורות רשאית להימנע מאישור ההסכם בשל התניות האמורות. בבוא יום פקודה יאכוף בית־המשפט האזרחי את ההתחייבויות הממוניות, שנטלו הצדדים על עצמם.

2) הבעיות ההלכתיות

§513. ההסכם המוצע על תניותיו גורר אחריו בעיות הלכתיות אחדות. הקשה בבעיות היא כי ההסכם על תניותיו — ובמיוחד השנייה שבהן — פותח פתח לחשש, כי כל גט שיינתן על ידי הבעל על רקעו של הסכם זה עלול להפוך את הגט למעושה וממילא לפוסלו[4].

מהו יסודם של החששות ובסיסם ההלכתי, והאם קיימת דרך נאותה להתגבר עליהם?

גט שהוא תולדה של לחץ כספי, המופעל על הבעל אם לא יגרש, נחשב למעושה. מעיקר הדין קנס, שקיבל על עצמו הבעל מרצון — אם לא יגרש — ואשר בעטיו ניתן הגט, אינו נחשב כאונס הפוסל את הגט. אולם, לדעת המחמירין מן הפוסקים גם קנס כזה הופך

2. על מגבלה זו ופגעיה, ראה לעיל פסקה 133.

3. סעיף 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973.

4. על ההלכה שאין האיש מגרש אלא לרצונו, ראה יבמות קיב ב; רמב"ם, הלכות גירושין, א א־ב. על גט מעושה, ראה גיטין מט ב; פח ב; טור, אבה"ע, קלד ובבית יוסף ובבית חדש שם; שו"ע, אבה"ע, קלד א, ה, ז; בית שמואל לשו"ע, אבה"ע, קלד ה, ס"ק ח; פתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד ה, ס"ק ט־יא; ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כג־כט. כן ראה ער/טז/47, פד"ר ב 9. הרב ש' דיכובסקי "כפיית גט' ע"י המלצה לניכוי שליש ממאסר" תחומין א (תש"מ) 248; ז' ורהפטיג "כפיית גט להלכה ולמעשה" שנתון המשפט העברי ג־ד (תשל"ו־תשל"ז) 153, 164 — 169; ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 416 — 420.

את הגט למעושה, ופוסלו. לדעה זו, מתן גט כדי להינצל מהפסד ממון הוא אונס פוסל. דעת המחמירין נתקבלה להלכה על ידי הרמ״א מלכתחילה[5].

החשש קיים ועומד לא רק אם הבעל מגרש מאימת החיוב או הקנס, אלא אפילו יודעים ומכירים בכך שבנסיבות מקרה פלוני ניתן הגט מרצון ובלי שהקנס השפיע בפועל על מתן הגט. הצל שמטיל הקנס מרחיב את גבולות החשש מפני העישוי שבגט. משום כך, למשל, אין מאשרים מראש הסכמים הטומנים בחובם חשש או ספק של גט מעושה, גם אם בדיעבד הגט כשר[6].

יש מן הפוסקים המתנים את הכשרות בדיעבד בהוכחה שבסופו של דבר ניתן הגט מרצון. לדעה זו, אם ניתן הגט מאימת הקנס הריהו מעושה גם בדיעבד[7]. לעומתם, חלק מן הפוסקים מקלים ואינם גורסים הבחנה זו. לדעתם, הגט כשר בדיעבד אפילו ניתן מאימת הקנס שקיבל על עצמו המגרש, או מחמת החיוב שנתחייב בו[8].

§514. בהבדל מלחץ כספי או קנס מרצון הרי הענקת ממון, דהיינו: קבלת תמורה כספית עבור מתן הגט, אינה פוסלת את הגט. גם הפקעה כדין של חיובים עקב מתן הגט אינה הופכת את הגט למעושה[9].

יתר על כן, על־פי הדין כל אימת שכופין את הבעל על עניין אחר, דהיינו לקיום חיוב אחר שהבעל חב — כגון פירעון הכתובה או חוב רגיל, שכדי להיפטר מן החיובים והסנקציות הכרוכים בהם, הוא נותן את הגט — אין הדבר נחשב בגדר אונס פוסל. כאשר

5. ראה הגהת הרמ״א לשו״ע, אבה״ע, קלד ה ״ויש מחמירין וטוב לחוש לכתחילה״; חששו של הרמ״א מבוסס על מחלוקת פוסקים. הרשב״א בתשובה המובאת בבית־יוסף לטור, אבה״ע, קלד, סובר כי מתן גט כדי להינצל מהפסד ממון הוא אונס פוסל. לעומת זאת דעה אחרת בעניין זה ראה פסקי המהרא״י, סימן קעג, מובא בדרכי משה לטור, אבה״ע, קלד, וכן דעת המהרי״ק, שורש סג, כמובא בדרכי משה לטור, שם, הסבורים שכל שֶׁשעבד עצמו בקנס אינו אונס הואיל ועשה מרצון; זו גם דעת הריטב״א הנלמדת מתשובה, המובאת בבית יוסף לטור, אבה״ע, קנד, ולפיה — המגרש מפני יראת שבועה שנשבע, אין גִּטו נפסל בדיעבד, הואיל והביא את השבועה על עצמו מרצון, ורק מה שבא לו לאדם שלא מעצמו נחשב כאונס. לדעות של אחרונים, ראה להלן הערה 37.
הלבוש, שהובא בבית שמואל לשו״ע, אבה״ע, קלד ה, מנסה ליישב את הסתירה בין הרשב״א למהרי״ק על ידי חילוק באופי ההתניה: אם חיוב הקנס הותנה כתשלום חוב במועד קצוב אם לא ייתן גט עד לאותו מועד, אין הגט נחשב כמעושה גם אם מסר אותו מאימת התשלום. הדבר נחשב ככפייה מותרת בגין חוב. מה שאין כן כאשר השחרור מן הקנס מותנה במתן גט על־פי דרישת האשה ובלא קציבת זמן.

6. ראה הגהת הרמ״א שם; תורת גיטין, אבה״ע, הלכות גיטין, קלד; וכן ראה פתחי תשובה לשו״ע, אבה״ע, קלד ה, ס״ק י; וראה ער/טז/47, לעיל הערה 4, בע׳ 12 — 14.

7. ראה המשכנות יעקב, הבית מאיר, המכתב אליהו והמהרח״ש, המובאים בפתחי תשובה שם; כן ראה ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כג; ער/טז/47, לעיל הערה 4.

8. ראה תשובת הריטב״א, המובאת בבית יוסף לטור, אבה״ע, קנד. לעומת זאת, אפשרית גם דעה כי הגט מעושה גם בדיעבד, אפילו גירש בפועל מרצונו ולא רק אם גירש מאימת הקנס, ראה על דעה אפשרית כזו בערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כט, ובער/טז/47, לעיל הערה 4, בע׳ 13־14.

9. ראה לגבי שני עניינים אחרונים אלה, פתחי תשובה לשו״ע, אבה״ע, קלד ה, ס״ק יא.

החיוב המוטל על הבעל הוא עצמאי ובלתי תלוי בגט — כפיית ביצועו על הבעל אינה הופכת גט למעושה, גם אם ניתן מחמת הסנקציה, או מאימתה, ובמטרה להיפטר מן החיוב[10].

לדעת המבי״ט תנאי לכך הוא, שלפני הבעל תעמוד ברירה של ממש. דהיינו, על החיוב להתבטא בשיעור סביר על־פי אפשרויותיו של הבעל. בנסיבות אלה, אם בוחר הבעל לתת גט כדי להיפטר מן החיוב, או מן הסנקציה הכרוכה בו, הוא מפעיל ברירה של ממש, ואין הוא כפוי מכוח הסנקציה המאיימת עליו כביכול[11].

קיימת דעה המונה סייג אחר או נוסף, ולפיו הכפייה האמורה לא תפסול גט רק בתנאי שהחיוב, שהכפייה נעשית בעטיו, הוא מן הדין[12]. אולם, פוסקים מאוחרים מבהירים סייג זה ומצמצמים אותו לנסיבות מיוחדות. אחד הפוסקים מגביל את הסייג, שלפיו על החיוב להיות מן הדין רק למקרה, שבו כפיית החיוב נעשית במטרה מכוונת להוציא גט מן הבעל[13]. פוסק אחר מעמיד את הסייג האמור רק למקרה של כפיית גוף לביצוע חיוב שלא מן הדין. לדעתו, בכפיית ממון לקיום החיוב, הגם שהחיוב אינו מן הדין, אין הגט, שניתן כדי להינצל מכפייה כזו, מעושה[14]. פוסק שלישי מסכים, כי אין כפיית ממון לביצוע חיוב פוסלת את הגט, אלא שהתנאי לכך הוא, לדעתו, שעניין הגירושין לא הוזכר כלל[15].

כפי שעולה מדעת רוב הפוסקים ככולם ההבחנה המרכזית, לדעת המחמירין, קשורה בשאלה אם תלויים החיוב או הקנס בגירושין עצמם, או שמדובר בחיוב עצמאי ובלתי תלוי. השיקול המכריע הוא קיומם של זיקה, תלות או קשר בין החיוב לבין הגירושין[16].

10. ראה תשובות הריב״ש, סימן קכז, בפסיקה, שלפיה בעל שעוכב בשל מצוות עונה, וכדי להשתחרר מן התפיסה נתן גט, אין הגט מעושה, הואיל ועוכב בשל עניין אחר, בלתי תלוי בגט ולא לצורך מתן הגט (כן ראה סימן רלב); וראה תשובת התשב״ץ, חלק א, סימן א, מובאת גם בבית יוסף לטור, אבה״ע, קלד; כן ראה הרב ש׳ דיכובסקי, לעיל הערה 4.

11. תשובות המבי״ט, חלק ב, סימן קלח.

12. התשב״ץ לעיל הערה 10. ערוך השולחן, הלכות גיטין, קלד כה. המבי״ט, שם. לדעת המבי״ט התנאי הוא כפול: ראשית, כפי שראינו, משום שיש לבעל ברירה של ממש. שנית, מאחר שהכפייה על החיוב האחר היא כדין. אולם, המבי״ט מוותר על תנאי שני זה בתשובה אחרת חלק א, סימן כב. הספר שמחת כהן, חלק ג, אבה״ע, סימן ט, מבאר את הסתירה בדברי המבי״ט ומאבחן את התשובה האחרת של המבי״ט מן התשובה הראשונה. הוא מסביר את המבי״ט כך, שכאשר הסנקציה הננקטת נגד הבעל אינה כלל לשם כפיית החיוב אלא למטרת עונש, והשחרור מן העונש הוא עם מתן הגט, אין — לפי שיטת המבי״ט — להקפיד על כך שהסנקציה תינקט כדין. בנסיבות כאלה, הגט יהיה כשר בכל מקרה. וראה הרב ש׳ דיכובסקי, לעיל הערה 4, בע׳ 252־253.

13. כך הראנ״ח, סימן מב.

14. הפתחי תשובה לשו״ע, אבה״ע, קלד ה, ס״ק יא. הטעם שמביא הפתחי תשובה להבחנה זו הוא שבכפיית ממון חמורה יותר — אשה הגוזלת מעות מבעלה ומסרבת להשיבם עד למתן גט, שהיא ודאי כפייה שלא כדין, מסתפק התשב״ץ (לעיל הערה 10) אם הגט מעושה ונוטה להכריע שאין הגט נעשה בזה מעושה (התשובה מובאת בבית יוסף לטור, אבה״ע, קלד).

15. תורת גיטין, אבה״ע, הלכות גיטין, קלד. תנאי כזה נדחה במפורש על ידי הפתחי תשובה שם. וראה גם הרב י׳ י׳ פרנקל ״כפייה בגירושין״ הליכות 110־111 (תשמ״ו) 1, 2.

16. תורת גיטין, אבה״ע, הלכות גיטין, קלד. תורת גיטין סבור שם, לפיכך, כי מחילת הבעל על כל שעבודי אשתו (מעשה ידיה תשמיש וכו׳) גם אם לא יגרשנה תוך שמירת זכותה למזונות ולשאר

§515. האם אמנם חיוב מזונות ניכר, שקיבל הבעל על עצמו מראש במעמד הנישואין, ואשר ממנו הוא יוכל להיפטר עם מתן הגט בנסיבות האמורות, כמפורט בהצעתנו, ייחשב כקנס ההופך גט למעושה?

השאלה קשה במיוחד, הואיל ועל־פי ההצעה האשה מוחלת מראש על התחייבות הבעל למזונות אם יהיה הבעל מעוכב מחמתה, דהיינו, אם סירבה לקבל את הגט. ניתן, איפוא, לטעון כאילו קיים קשר סיבתי ישיר בין החיוב המוגדל למזונות לבין הגט. וכבר ראינו כי כאשר קיים קשר כזה, הגט ייחשב למעושה.

§516. הצעות להסכמי נישואין מן הסוג המוצע עלו במדינות, שבהן התרת הנישואין המוכרת במשפט האזרחי היא גירושין אזרחיים. החשש מפני מצב משפטי, שבו בני זוג יהודים שנישאו כדמו"י יהיו גרושים בדין האזרחי אולם ימשיכו להיות נשואים מכוח דין תורה, מטריד את הפוסקים: מציאות זו יוצרת עגינות חדשה. היא פותחת פתח למצוקות אנושיות קשות, לסחטנות ולתקלות הלכתיות, שבמרכזן איסור אשת איש וחשש ממזרות. בין היתר עלתה הצעה להסכם נישואין, שבו נוטל על עצמו הבעל התחייבות כספית (תשלום חד־פעמי או מזונות) גם לאחר הגירושין האזרחיים, ועד למועד הגירושין כדמו"י[17]. ההצעות עלו באופנים שונים ובנוסחים רבים. אחת מהן היא חיוב מזונות שמקבל הבעל על עצמו והמיועד בדרך של סנקציה, להביא את הבעל לפני בית־הדין תוך ייפוי כוחו של בית־הדין להקטין את חיוב המזונות על הבעל, או לפוטרו ממנו[18]. האחרת היא חיוב מזונות, שמקבל הבעל על עצמו עד למתן הגט. חיוב זה מדגיש את הנסיבות המיוחדות של התרת נישואין אזרחית, המעמידה את האשה במצב של מגורשת ואינה מגורשת והגורמת להיותה מעוכבת מחמת הבעל[19]. בנסיבות אחרות, מוחלת האשה על החיוב. יש הצעה מרחיקה לכת עוד

חיובים אינה עושה גט למעושה. כאן אין תלות בין הגט לחיוב (ראה גם בפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קלד ה, ס"ק ט).

17. הרב י' דיק "הצעה לעריכת שטר חיוב למתן גט במקרה של גירושין אזרחיים" **ספר היובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק** (הרב ש' ישראלי, הרב נ' לאם, י' רפאל, עורכים, תשמ"ד) רכו (פורסם בחלקו גם **בהפרדס** שנה נו (חוברת ב, תשמ"ב) 22; (חוברת ד, תשמ"ב) 18). הצעתו של הרב דיק אינה מתייחסת לחיוב מזונות אלא להתחייבות כספית חד־פעמית ובלתי מותנית של כל אחד מן הצדדים, ולשטר מחילה של הצד השני כלפי המתחייב בתנאים מסוימים. מוצע גם, כי ההתחייבות החד־פעמית תבוצע בתשלומים. למעשה, יש כמעט זהות בין הצעה זו להצעה הדוגלת בחיוב מזונות.

18. ראה, למשל, הרב י' ב' ז'ולטי "בעניין תקנת עגונות" **הפרדס** שנה נז (חוברת ז, תשמ"ג) 6.

19. ראה, למשל, הרב י"א הלוי הרצוג, **תחוקה לישראל על־פי התורה, כרך ג** (תשמ"ט) 200 — 202, 208־209. הרב י' ב' ז'ולטי, **שם**. הצעתו של הרב ז'ולטי משלבת את דין 'מעוכבת מחמתו' עם כוחו של בית־הדין להקטין את החיוב או לפוטרו כליל מן החיוב. הרב צ' גרטנר "בדין מזונות דמגורשת ואינה מגורשת — לתקנת עגונות" **מוריה** קפג־קפד (תשמ"ח) עו. כן ראה תקנת מועצת הרבנים במרוקו, על דבר הסכם נישואין, שבו מתחייב הבעל לזון את האשה גם לאחר גירושין אזרחיים, עד למתן גט כדמו"י על ידיו, אם כי האשה פטורה מכל חובותיה כלפיו. התקנה מובאת בספר **המשפט העברי בקהילות מרוקו**, כרך א (מ' עמאר, א' עצור ומ' גבאי, עורכים, תש"מ) 374־375. על התקנה ראה הרב ש' משאש, **שו"ת תבואות שמ"ש**, אבה"ע, סימן סו. ראה גם **לעיל** פסקה 257.

יותר, שבה חיוב מזונות שהבעל נוטל על עצמו יחול ממועד מסוים לאחר עזיבת הבית על ידי האשה ועד לקביעת בית־הדין, כי אין האשה מעוכבת עוד מחמת הבעל[20].
הצעות אלו עוררו מחלוקת הלכתית ולא קבלו עדיין גושפנקא מטעם הפוסקים.

3) הפתרונות ההלכתיים

§517. למרות היסוסים הלכתיים וספקות לא מבוטלים ניתן, לדעתנו, להעמיד שורה ארוכה של נימוקים, ולפיה הסכם ממון בתבנית המוצעת על ידינו וברוח ההצעות, שהוצעו על ידי חכמי הלכה בארצות־הברית ובישראל, עולה בקנה אחד עם דרישות ההלכה ואינו גורר אחריו את פסלות הגט בשל היותו מעושה.
נסקור בקצרה את הטעמים לעמדה האמורה:
ראשית, רשאי הבעל לקבל על עצמו התחייבות למזונות נוסף למסגרת החיוב המוטל עליו בדין, ועל־פי התנאים שייקבעו בין בני הזוג[21]. אין בהתחייבות כזו שום דבר שאינו מתיישב עם הדין, או הסותר אותו.

§518. שנית, השאלה המרכזית היא הגדרת מהות החיוב שנטל הבעל על עצמו, ומיונו[22]: אם לפנינו חוב מזונות המוטל על הבעל אם לא יגרש, מתן הגט הוא מניעה מפני חלות החיוב ולדעת המחמירין הגט מעושה (דעת הרשב"א כפי שהובאה ברמ"א[23]). כאן עילת החיוב נולדת מן ההימנעות ממתן גט. הבעל מגרש מאימת הפסד הממון.
אם, לעומת זאת, חיוב המזונות שקיבל על עצמו הבעל קיים ועומד ואינו מותנה בתנאי, דהיינו החיוב הוא עצמאי ובלתי תלוי, אין החיוב נחשב כקנס ואין הגט מעושה גם אם החיוב נפסק והבעל מופטר ממנו עם מתן הגט (כדעת התשב"ץ ואחרים[24]). כאן עילת החיוב אינה קשורה לגט. עילת **הפטור** היא הנולדת בעת מתן הגט. החיוב הוא עצמאי ונועד להבטיח תשלום מזונות לאשה. אמנם החיוב יפקע עם מתן הגט, אך גט שבעטיו נפקעים חיובים קיימים אינו נהפך למעושה.
הלכה למעשה מותנה המיון בראות עיניו של הדיין, דהיינו, בשיקול דעתו של הפוסק. חלק מן הפוסקים עשויים להסמיך את התחייבות הבעל לדוגמאות הלכתיות, שהובאו על ידי הראשונים, להדגמת חיוב שאינו פוסל את הגט. חלק אחר מן הפוסקים עשויים להסמיכה לדוגמאות הלכתיות אחרות, המדגימות חיובים הנחשבים כמְעשים את הגט.

20. J.D. Bleich, "Modern-Day Agunot: A Proposed Remedy" 4 **The Jewish Law Annual** (1981) 167.

21. הרב צ' גרטנר, לעיל הערה 19, בע' פא.

22. על המיון ראה הרב ש' ישראלי "בשולי המאמר" **ספר היובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק** (הרב ש' ישראלי, הרב נ' לאם, י' רפאל, עורכים, תשמ"ד) רלו, רלח (זו תגובה להצעתו של הרב י' דיק, שפורסמה **בספר היובל** בע' רכו, ראה לעיל הערה 17). כן ראה J.D. Bleich, "Survey of Recent Halakhic Periodical Literature" 22 **Tradition** (1986) 77, 82.

23. ראה לעיל הערה 5.

24. ראה לעיל הערות 10 — 12.

אשר להצעות בעניין התחייבות הבעל מראש במזונות. כבר ראינו, כי מרכז הכובד של ההבחנה הוא מידת הקשר הסיבתי שבין החיוב לבין הגט.
דעת חלק מן הפוסקים היא, כי המטרה למעשה אינה תשלום המזונות, אלא יצירת לחץ עקיף למתן הגט באמצעות התשלומים. משום כך מעלה חיוב כזה חשש לגט מעושה[25].
אולם השאלה הרלבנטית, לדעתנו, איננה מה מניעיהם של הצדדים, אלא מה קובע ההסכם. התחייבות הבעל בהסכם בעינה עומדת, ומכאן ולהבא, בהתקיים תנאי שאינו קשור ישירות לגט. עם מתן הגט, ייפטר הבעל מן ההתחייבות שנטל על עצמו. בנסיבות כאלה אין הגט מעושה[26]. עם זאת, יש לכפוף התחייבות כזו של הבעל לסייג שהועלה על ידי המבי"ט ועניינו — יכולת הפירעון של הבעל[27].

§519. כדי להתגבר על הבעיה ההלכתית של אסמכתא ועל בעיית הקשר הסיבתי בין ההתחייבות לבין הגירושין מומלץ לנקוט אמצעים אחדים:

1) חתימת מספר הסכמים נפרדים וקבלת קניין נפרד על כל אחד מן ההסכמים. במסמך האחד, תיכלל התחייבותו הכספית הבלתי מותנית של הבעל כלפי האשה. במסמך האחר — תיכלל מחילתה של האשה על התחייבות הבעל בהתקיים תנאים מיוחדים, כגון במקרה שיגרשה[28]. הסדר זה נועד להתגבר על בעיית האסמכתא ועולה בקנה אחד עם גישת חכמי ספרד, כפי שהובאה במקורות[29].
2) התחייבות כל אחד מבני הזוג תחתם לא רק בנפרד, אלא גם במועדים שונים[30]. צעד זה מומלץ כדי להתגבר על התנגדותם של פוסקים מסוימים לאימוץ גישת חכמי ספרד על התחייבות למתן גט, בין באופן ישיר ובין בעקיפין[31].
3) בהסכמים לא יבוא כלל זכרם של הגירושין. מחילת האשה על התחייבותו של הבעל למזונות תנוסח במינוח של 'מעוכבת מחמתו'[32].

§520. שלישית, לרב ש' משאש גישה מקורית ומרחיקה לכת[33]. לדעתו, עמדת הרמ"א,

25. זו דעת הרב ש' ישראלי, לעיל הערה 22, בע' רלט.
26. הרב י' דיק, לעיל הערה 17; הרב צ' גרטנר, לעיל הערה 19, בע' פא; J. Bleich, **supra** note 22, at 82-83.
27. ראה לעיל הערה 11, והטכסט סמוך לה.
28. ראה הרב י' דיק, לעיל הערה 17; J. Bleich, **supra** note 22, at 79—81, 83-84; לשיטתו של הרב ש' משאש די בהתחייבות אחת ואין צורך במסמכים נפרדים (ראה להלן הערות 33 — 39 והטכסט סמוך להן).
29. רמב"ם, הלכות מכירה, יא יח; שו"ע, חו"מ, רז טז.
30. J. Bleich, **supra** note 22, at 84-85.
31. ראה התורת גיטין, לעיל הערה 16: "כיוון ששני הקניינים מהאיש והאשה היו במעמד אחד כשעוסקין באותו עניין... הרי תלוי הקנס בגירושין".
32. J. Bleich, **supra** note 20, at 184—187; אולם ראוי לציון, כי רבים מן המציעים נוסח כזה או אחר אינם מקפידים על כך, ראה, למשל, הרב י' ב' זולטי, לעיל הערה 18; הרב י' דיק, לעיל הערה 17.
33. הרב ש' משאש, לעיל הערה 19; הרב ש' משאש, תשובה לרב י' דיק מיום כח בניסן תשמ"ד (טרם נתפרסמה). ראה גם לעיל פסקה 257.

כפי שנפסקה להלכה, שמלכתחילה ראוי לחשוש ולקבל את דעת המחמירין[34], אינה יפה לזמנים אלה. את דעתו מסמיך הרב על ארבעה עמודים:

1) את נסיבות ימינו אלה על מצוקותיהם יש לראות כ׳שעת הדחק׳ לעניין זה של קנס בגירושין ומניעת עיגון האשה. במצוקות ימינו ״אין לך שעת הדחק גדולה יותר״. בנסיבות אלה חל הכלל, כי בשעת הדחק ניתן לנהוג בדיעבד גם לכתחילה[35]. ואם בדיעבד גט שניתן מחמת הקנס כשר, בשעת הדחק ניתן להכשיר קנס אשר כזה גם מלכתחילה.
2) חשש העיגון הולך ומתחזק בנסיבות ימינו, ודין הוא כי חכמים הקלו במקום עיגון.
3) בנסיבות ימינו ההחמרה מביאה לתקלות הלכתיות של חשש ממזרות ו׳נמצא חומרו קולו׳[36]. עמדה מחמירה מסכנת את עיקר הדין, ולכן אין לחוש להחמיר.
4) גישת המחמירין, מלבד מה שהיא שנויה במחלוקת פוסקים, מעוררת תמיהות נמשכות וקושיות לא מעטות בקרב פוסקים רבים עד ימינו אלה[37].

הרב ש׳ משאש פוסק, איפוא, כי בסוגייה זו ראוי להעמיד את הפסיקה ההלכתית על עיקר הדין בלא חומרות. מעיקר הדין, כפי שראינו בדעת הרמ״א, הנסמך על פוסקים רבים אחרים, אין קנס שקיבל על עצמו הבעל אם לא יגרש עושה גט למעושה ״מאחר דתלה גיטו בדבר אחר ויכול ליתן הקנסות ולא לגרש״[38].

על בסיס כל אלו מאשר הרב ש׳ משאש להלכה את תקנת רבני מרוקו והסכמי נישואין, הדומים בנוסחם לתקנה זו[39]. אולם שיטתו פותחת פתח להסדרים רחבים הרבה יותר.

באחד מפסקי־הדין הרבניים בישראל יש, לכאורה, ראיה לסתור. בית־הדין פסק לדינא לגבי הסכם גירושין, הכולל חיוב מזונות שקיבל על עצמו הבעל, אם יסרב לגרש את האשה, שקיים חשש לגט מעושה, בית־הדין סבור היה כי החיוב האמור כמוהו כקנס. עוד נפסק, כי מלכתחילה אין לאשר הסכם כזה[40]. אולם, אין הנידון דומה לראיה. בעניין זה לא זו בלבד שחיוב המזונות עוגן בהסכם גירושין, אלא נוצרה תלות מפורשת בין חיוב המזונות לבין הגט. חיוב המזונות הותנה במפורש בחרטת הבעל ממתן הגט שהתחייב לו.

המסקנה העולה מכל הטעמים המצטברים היא, כי ניתן לסמוך על הסכם ממון בתבנית שהוצעה. הנוסח המדויק ואופן עריכת ההסכם או ההסכמים מחייבים יד מקצועית וזהירה.

34. ראה לעיל הערה 5.
35. ראה לעיל פסקאות 257 — 259, 261־262.
36. ראה לעיל פסקאות 257 — 262.
37. ספר חזון איש, אבה״ע, סימן צט, ס״ק ג־ה; יד דוד, אבה״ע (פסקי הלכות, הלכות אישות, פ״ד סימן כא, דף צה, ד״ה: עתה); בית מאיר, אבה״ע, סימן קלד.
38. ראה לעיל הערה 5.
39. ראה לעיל הערה 19.
40. ראה ער/טז/47, לעיל הערה 4.

4) ההסדר האזרחי

§521. הדין, החל על הסכם הממון בין בני זוג, הוא המשפט האזרחי החל על חוזים בין בני זוג[41]. אכיפת הסכם הממון המוצע הִנהּ בסמכותו המקורית של בית־המשפט האזרחי. הדין הדתי נכנס לתמונה במסגרת דיני הגירושין. במהלך דיון בענייני גירושין עשוי הסכם הממון להיבחן על ידי בית־הדין. השלכותיה של בחינה כזו עשויות לתת את אותותיהן על פסק הגירושין.

עם זאת, אין ההסכם לעיצומו מושפע מן הדין הדתי. תביעה 'חוזית' לפיצויים על הפרת הסכם גירושין או לאכיפת סנקציה כלשהי בהסכם גירושין נמצאת בסמכותו של בית־הדין הרבני כעניין של נישואין או כעניין של גירושין[42]. במקרה כזה קיימת זיקה ישירה והכרחית בין דיני הגירושין לבין התביעה החוזית[43]. מה שאין כן הסכם הממון המוצע, הכולל בחובו גם התחייבות חוזית למזונות: זו — תביעה חוזית רגילה היא, והצדדים לה הם בני זוג.

יתר על כן, אפילו תיכרך תביעה לאכיפת ההסכם או לביטולו בתביעת גירושין, לא תמיד תהיה החלטת בית־הדין המִלה האחרונה בסוגייה. אם תידחה התביעה על ידי בית־הדין מטעמים שבדין הדתי, עשויה ההחלטה שלא להוות השתק עילה בבית־המשפט האזרחי. עילת התביעה החוזית מכוח המשפט האזרחי לא תושתק בהכרח בעקבות ההכרעה בבית־הדין הדתי[44].

בהתבסס על ניתוח הדין הדתי אין כל סיבה לתקלות הלכתיות. אולם, עם זאת, אין זה מן הנמנע כי בית־הדין הרבני יחליט אחרת. במקרה זה עשויה לצוץ סתירה בין בית־המשפט האזרחי, בתביעה החוזית, ובין בית־הדין הרבני בתביעת הגירושין. סתירות כאלה הן עניין שבשגרה בשיטתנו המשפטית בתחום דיני המשפחה, אולם אם זו תהיה התוצאה במקרה זה, מה הועילו חכמים בתקנתם, שהרי המטרה שלשמה נערך הסכם הממון במתכונת המוצעת עשויה להיות מסוכלת. לנו נראה, כי ההסכם במתכונת המוצעת אכן ישרת את התכלית. בסופו של דבר, החלטת בית־הדין לא תשחרר את הבעל מהתחייבויותיו החוזיות. אם יערוך הבעל את חשבון הרווח וההפסד שלו, הוא יימנע מעיגון האשה.

41. ראה לעיל פסקה 70.

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

43. ראה לעיל פסקה 70.

44. על העדר השתק עילה בין בית־הדין הרבני לבית־המשפט המחוזי, כאשר עילת התביעה בבית־המשפט, לעומת זו שבבית־הדין, מקורה במשפט האזרחי, ראה ע"א 173/69 **בכר נ. בכר־גולדברג**, פ"ד כג (1) 655.

פרק רביעי

זכות מזונות ללא חובה קורלטיבית

כללי

§522. קרע במשפחה ועל אחת כמה וכמה קטטות בין בני זוג מעמידים, לעיתים, את בן הזוג לפני הכורח לעזוב את הבית על מנת להינצל מן המציאות הקשה המזומנת לו שם. מידת המעשיות והאפקטיביות של ברירה כזו מותנות באפשרותו של הצד החלש לקיים עצמו, לאחר שנקט צעד דרסטי ודרמטי מסוג זה.

חובת תשלום המזונות בלי זכויות שכנגדה עשויה לשמש תמריץ כלפי סרבן גט להתרת קשר נישואין. מצד שני, עשויה שלילת הזכות למזונות מאשה סרבנית גט לשמש גם היא תמריץ להתרת קשר הנישואין.

מידת הזמינות והמעשיות של תמריץ כזה מותנית קודם כל בהעמדת המזונות כאמצעי עקיף להשגת תוצאות כלליות ורחבות בדיני משפחה, במסגרת הגישה האינטגרטיבית. בשלב הבא היא מותנית בנכונותו של בית־המשפט להשתמש בשיקול הדעת המוקנה לו בשני תחומים. ראשית, באשר להתקיימותם של תנאי החיוב. שנית, באשר להיקפן של טענות ההגנה כלפי החיוב. השלב הנוסף הוא החשיבות המרכזית של דיני הראיות בתחום זה. כשבמרכז הזירה ניצבים דיני הראיות, קיים מִרווח תמרון רחב לשיקול דעתו של בית־המשפט.

1) הכלל

§523. השאלה המרכזית היא, האם זכות המזונות תעמוד לאשה, הגם שאין היא מקיימת את החובה הקורלטיבית להיות עם הבעל.

אמנם, בדרך כלל אין האשה זכאית למזונות אלא כשהיא עמו, דהיינו כשהיא מקיימת את התנאי לחיובו של הבעל[1]. אולם בנסיבות מיוחדות הולך הדין הדתי כברת דרך מסוימת

1. שו״ע, אבה״ע, ע יב, וכן בית שמואל שם ס״ק לה; חלקת מחוקק שם ס״ק מג; וראה הגהת הרמ״א שם; מרדכי כתובות קז ב (מאמר רעג); חידושי הריטב״א, כתובות קג א, מובא גם בבית יוסף לטור, אבה״ע, סוף סימן ע; תשובת הרשב״א, חלק ד, סימן עב, המובאת גם בבית יוסף לטור,

לקראת האשה. אשה העוזבת את בית בעלה מחמת אמתלא וטענה מבוררת, מאימת קטטות ותגרות בבית או בשכונת המגורים[2], או מחמת הצקות והטרדות במקום המגורים על ידי קרובי משפחה של הבעל[3] או מטעמים אחרים הנעוצים בבעל[4], זכאית למזונות אפילו היא מצויה מחוץ לבית ואין היא חיה במחיצת בעלה.

כללים אלה עשויים לעמוד לה לאשה בעת צערה וסבלה, אך שלושה קוצים באליה זו מכבידים עליה ומקשים את מימוש הברירה האמורה: היקף הזכות המהותית (מניעה סובייקטיבית או גם אובייקטיבית), נטל הראיות ויעילות ההסדר וזמינותו.

נבחן כל אחד משלושה מרכיבים אלה בשתי ערכאות השיפוט השונות, שלהן סמכות לדון בתביעת מזונות של האשה, בית המשפט המחוזי ובית־הדין הרבני. לא היינו טורחים להפריד את הדיון אילולא נוכחנו לדעת, כי למרות הזהות העקרונית בדין החל בסוגיית המזונות בבית־הדין ובבית־המשפט, קיים הבדל ממשי בדין וביישומו בין שתי הערכאות לגבי כל אחד משלוש המרכיבים.

2) בית־הדין הרבני

א) היקף הזכות המהותית

§524. יש הגורסים, כי על־פי הדין זכאית האשה במזונות הגם שאינה מקיימת את החובות הקורלטיביות, רק כאשר המניעה היא סובייקטיבית ונובעת מן הבעל. דהיינו, רק כאשר ניתן לתלות בבעל ובהתנהגותו את הטעם לעזיבתה של האשה את הבית. לעומת זאת, כאשר המניעה איננה ניתנת לייחוס לבעל והיא נובעת מטעמים אובייקטיביים, הגם מוצדקים, אין האשה יכולה להעמיד עילת תביעה במזונות[5]. בהמשך ניווכח לדעת, כיצד פירשו בתי־המשפט האזרחיים את גבולות הזכות של האשה ואת היקפה בתחום המהותי.

אבה"ע, עז; ערעור תשכ"ה/112, פד"ר ו 33, 52 — 54; ב"צ שרשבסקי, **דיני משפחה** (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 150, 165 ואילך; ע"א 211/47 **סיידוף נ. סיידוף**, פ"ד ב 555, 559.

2. הבית יוסף לטור, אבה"ע, עד; שו"ע, אבה"ע, ע יב; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) סימן קג; ערעור תשי"ח/119, פד"ר ג 161, 163.

3. הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, ע יב; ראה ע"א 560/82 **פלונית נ. פלוני**, פ"ד לח (3) 743, על זכות האשה שקרובי בעלה לא יגורו בביתם.

4. במקרה של הצקות והטרדות העילה המובאת במקורות לפטור היא מחדלו של הבעל לצאת ידי חובת סיפוק מדור ראוי, הולם ומתאים לאשה, ראה א' בארי "מזונות לאשה שאינה גרה עם בעלה ('מעין מורדת')" **מחקרי משפט** ג (תשמ"ד) 169, 183 — 185. ראה עוד תיק 3212/תשי"ג, פד"ר א 201, 212; ער/264/תשל"ז, פד"ר י 355, 360.

5. א' בארי, לעיל הערה 4, בע' 183 — 185, סבור כי אין לבסס את העיקרון של חובת מזונות כאשר המניעה היא אובייקטיבית על המקור ההלכתי, המטיל חובת מזונות במקרה שעזיבת הבית על ידי האשה נובעת מהצקות והטרדות. לדעתו, חיוב המזונות לאשה החיה בנפרד הוא אך ורק אם המניעה היא מן הבעל (שם בע' 185 — 189); ראה גם הרב ב' ליפקין "חיוב מזונות לאשה שרוצה לגרשה — אחרי חדר"ג" **התורה והמדינה** ה־ו (תשי"ג) קיט, קמט; לדעה זו נוטה גם בית־הדין הרבני בתיק 4490/תשי"ז, פד"ר ה 20, 29. לעומת זאת, ראה דעת השופט זילברג, אגב אורחא, בע"א 256/65 **מילר נ. מילר**, פ"ד יט (3) 171.

לשאלה, באיזו מידה ובאילו תנאים ניתן להשתמש בחיוב המזונות לזכותה של אשה הטוענת 'מאיס עלי' — באמתלא כלשהי או שמא באמתלא מבוררת בלבד — כאמצעי לכפיית הבעל בדרך ברירה, ניתנה כבר הדעת בשער הקודם[8א].

ב) נטל הראיות

§525. על אשה התובעת מזונות ללא מילוי חובה קורלטיבית מוטל נטל השכנוע, כי למרות החיים בנפרד לא נפגעה זכותה למזונות ולא נגרע ממנה[6]. בעניינים שבינו לבינה בדרך כלל העדויות הן סותרות והראיה בת ההשגה הקרובה והריאלית ביותר היא עדות האשה נגד הבעל[7]. למרות קושי אימננטי זה נפסק להלכה, כי טענת האשה[8], כשלעצמה, לא תצלח להרמת הנטל. במיוחד אמורים הדברים כאשר לפני הדיין עומדת עדות מול עדות, דהיינו כאשר טענת האשה מוכחשת על ידי הבעל. בכל אותם מקרים, שיש בכוחה של טענת האשה להשיג יתרון משפטי על הבעל, נקבעו כללי נאמנות מיוחדים. לפיכך, אין אשה נאמנת מכוח טענה הבאה מפיה בלבד[9].

בעבר שלטה הנחה משפטית, שלפיה אין אשה מעזה פניה לפני בעלה לגבי דברים הנמצאים בידיעתו האישית, כמו גם בידיעתה[10]. הנחה משפטית זו העניקה יתרון לאשה ביכולתה להרים את נטל השכנוע בסוג מסוים של עניינים אינטימיים שבינו לבינה, שבהם השגתן של ראיות חיצוניות קשה ביותר. במאות השנים האחרונות מטעימים הפוסקים, כי בזמן הזה כש'רווחת החוצפה' נשים מעזות. הקושי הכרוך בהרמת נטל השכנוע גבר[11].

§526. אמנם, במקרים האמורים כמות הראיות שבכוחן תצליח האשה להרים את הנטל, ומשקלן, אינם זהים לדרישות הרגילות בדיני ראיות. אין צורך בשני עדים כשירים לבירור אמיתות דברי האשה. על בית־הדין להשתכנע, כי יש ממש בדברי האשה. עליה לשכנע את בית־הדין בכנות טענותיה. די בהוכחות המחזקות את דברי האשה, מעין 'רגלים לדבר' בלשון ההלכה או 'דבר מה נוסף' בלשון דיני הראיות, כך, שלפי ראות עיני בית־הדין יש

8א. ראה לעיל פסקה 276.

6. ראה הרב ע' יוסף "חובת ההוכחה בדיני מזונות על הבעל או על האשה" הרצאות בכינוס הארצי השנים־עשר לתורה שבעל־פה (תש"ל) יד; א' בארי, לעיל הערה 4, בע' 169, 189־190.

7. ראה השופט י' קיסטר בהלכת מילר, לעיל הערה 5, בע' 1180ד.

8. משתמשים במונח 'טענה' בשני מובנים. האחד, לציון ההצבעה על טעם ההפרדה, והשני, לציון העובדה שדברי האשה הם בגדר טענה בלבד ולא בגדר עדות כהלכתה, הואיל ובדין העברי אין בעל דין יכול להיחשב כעד בעניינו.

9. ראה ערעור תשכ"ה/112, פד"ר ו 33, 53; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 1, בע' 166, 381, 389.

10. נדרים צא א; יבמות סה א.

11. ראה, למשל, הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ז, לגבי טענת האשה בדבר העדר כוח גברא לבעלה: "ויש אומרים דבזמן הזה שיש נשים חצופות אינה נאמנת (מרדכי קידושין פב א (מאמר תקמב)) ומ"מ במקום שיש אמתלאות ואומדנות שאומרת אמת נאמנת (מהרי"ק שורש עב)". ראה גם באר היטב לשו"ע, שם: "הטוענת על בעלה ששכב עמה בנידתה ובעלה מכחישה, בדורות הללו שהנשים פרוצות אינה נאמנת (מהר"מ וייל סימן כז)".

ממש בדבריה או סיוע לגרסתה. לעיתים, עליה לאשש דבריה באמתלאות ואומדנות כדי לסבר את אוזנו של בית־הדין[12].

> "אין האשה חייבת לברר ע"י שני עדים את אמיתות דבריה. די... אם הצליחה לחזק את דבריה ע"י הוכחות שלפי ראות עיני בי"ד יש בהן להניח שיש ממש בדבריה"[13].

על הראיות, כדברי אחד מפסקי־הדין, להתייחס לעובדות שבעבר ואין להסתפק בחששות של "שמא" לגבי הצקה בעתיד בלבד[14].

אולם, לאחת הדעות, לגבי סוג הטענות המתייחס להתנהגות הבעל, להבדיל מאלה שעניינן טיב המדור ואיכות השימוש בו, נדרשת כמות ראיות משמעותית יותר ומשקלן חייב להיות מכריע יותר[15].

§527. לעיתים, עשוי להתקיים מצב ביניים, שלפיו אין הטעם שבפי האשה או כמות הראיות שבידה מספיקים כדי להטיל על הבעל את החיוב במזונות כשאיננה עמו, אולם,

12. בקשר לטענת קטטה בבית או בשכונה, ראה חלקת מחוקק לשו"ע, אבה"ע, ע יב, ס"ק מב: "ובירורה שדבריה כנים שיש לחוש לטענתה" ובית שמואל לשו"ע, שם ס"ק לד: "היינו דברי הדברים אבל בדברים בעלמא אינה נאמנת" וכן ראה באר היטב לשו"ע, שם: "אבל בדברים בעלמא אינה נאמנת"; וראה ער/תשט"ז/107, פד"ר ב 233; ער/104/תשט"ז, פד"ר ב 321, 323: "ככל טענה שיש לאשה על בעלה שהוא מצער אותה, וכיוון שהוא מכחיש אותה, אין היא נאמנת בטענה גרידא".
על שאלת ההוכחה בעניין סירוב לגור עם קרובי משפחת הבעל מחמת טענה, ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, עד י: "דווקא שנראה בבי"ד שיש ממש בדבריה". תיק 3212/תשי"ג, לעיל הערה 4, בע' 211: "אין צורך בעדות גמורה אלא די בסיוע לדבריה מעין 'רגלים לדבר' כדי להאמין לה לטענתה, ורק בטוענת בלי כל בירור... אז אין מאמינים לה... עד שיהא 'נראה לבית־דין ממש בדבריה' ולפי ראות עיניו ידון בית־הדין".
לעניין טענת העדר כוח גברא לבעל, ראה הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ז (לעיל הערה 11), שאם ניתנו על ידי האשה אמתלאות ואומדנות — נאמנת. ובפתחי תשובה לשו"ע, שם, ס"ק כ: "ואין צריך אומדנות דמוכיחות רק ברגליים לדבר קצת סגי." אף לצורך חיוב בגט ניתן להסתפק בסיוע לטענתה זו וברגליים לדבר בלבד, ראה ערעור תשי"ח/49, פד"ר ג 77, 83; ערעור תשכ"א/60, פד"ר ד 157, 161; ערעור תשכ"א/169, פד"ר ד 342, 344; תיק 1794/לה, פד"ר י 104.
דיני נאמנות בהקשרים אחרים, ראה א' רוזן־צבי "הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות — הצורך בגישה חדשה" הפרקליט לח (1989) 339, 353־354.

13. ער/תשי"ז/78, פד"ר ב 353, 355.

14. ער/תשט"ז/107, פד"ר ב 233, 235; הכול תלוי בנסיבות ובראות עיני הדיין. כך, למשל, ב־ער/293/תש"מ, פד"ר יב 320, נקבע כי אשה העוזבת עם ילדיה דירה מרווחת ועוברת לגור בדירה שכורה בת חדר אחד בטענה, שהדבר נובע מלחץ וממצוקה פיסית ונפשית להם אחראי הבעל, חזקה כי טענתה כנה ונאמנים דבריה. זו אמתלא מוכחת וברורה. סיוע לדבריה נמצא בחוות דעת רפואית לגבי הפער בין מצבה הנפשי הרעוע בעת שהותה במחיצת הבעל לעומת מצב של השתקמות שהיא נתונה בו מעת העזיבה ולאחריה, וגם בניסוח כתבי בית־דין על ידי הבעל ובאי כוחו.

15. א' בארי, לעיל הערה 4, בע' 193 — 195, 197־198; הוא מסתמך בעיקר על הסברה ועל הרב ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ג, אבה"ע, סימן טו. ראה עוד הרב ע' יוסף, לעיל הערה 6, בע' יז, יח. וראה לעיל הערה 12.

עם זאת, טענת האשה כשלעצמה בנסיבות המקרה די בה כדי למנוע הטלת חיוב על האשה לחזור לבית בעלה[16].

ג) יעילות ההסדר וזמינותו

§528. הואיל וחלק הולך וגדל של הנשים הנשואות משתכרות, יש לבחון את משמעות הזכות האמורה ואת דיותה במציאות הנתונה. כידוע, זכאי הבעל לקזז את סכום ההשתכרות של האשה מדמי המזונות שהוא חייב לה. לצורך הקיזוז האמור נחשבת השתכרותה של האשה בגדר מעשה ידיה או בגדר 'העדפה'[17]. במקרה כזה, אין לעזיבת הבית על ידי האשה כל אפקט מרתיע על הבעל האלים או סרבן הגט. לעיתים, ההיפך הוא הנכון, עזיבת האשה את הבית משרתת את הבעל. מציאות, שבה חוטא כזה יוצא נשכר, עלולה לעודד תופעות של פרובוקציה אלימה מצד בעלים, המבקשים להוציא אשה מן הבית בלי לשאת בתוצאות ובהוצאות.

כדי למנוע את הקיזוז ולחייב את הבעל לשאת במזונות האשה למרות השתכרותה עליה להיות 'מעוכבת מחמתו'[18]. למטרה זו עליה להיות מצוידת בפסק־דין מאת בית־הדין הרבני אשר, לפחות, מטיל על הבעל חיוב לגרשה[19]. כאן נסגר שוב המעגל, שכן פסקי־דין של חיוב בגט ניתנים במשורה.

גם אמצעי זה של מזונות ללא חובה קורלטיבית עלול להפוך, איפוא, במציאות חיינו לחסר תועלת מרובה כלפי נשים המשתכרות למחייתן.

16. ראה ער/104/תשט"ז, פד"ר ב 321, שעניינו טענת האשה שהבעל כופה עליה לשמש עמו בנידתה. לצורך תביעת מזונות לא הסתפק בית־הדין בטענתה בלבד. למרות הקושי למצוא ראיות חיצוניות לטענה, הנוגעת ליחסים אינטימיים שבינו לבינה, הטיל בית־הדין על האשה את נטל הוכחת הטענה. לעומת זאת, לצורך תביעת שלום בית הסתפק בית־הדין בטענתה ונמנע מלחייבה לחזור לבעלה. ראה גם ערעור תשי"ח/119, פד"ר ג 161, 163, 164; ערעור תשי"ט/148, פד"ר ד 131, 147; וראה א' בארי, לעיל הערה 4, בע' 175.

17. תיק תשי"ז/283, פד"ר ב 220; ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208; ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275; ע"א 63/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כג (1) 804; ד"נ 23/69 **יוסף נ. יוסף**, פ"ד כד (1) 792, 800 — 803; ע"א 378/80 **יצהר נ. יצהר**, פ"ד לה (1) 328; ע"א 687/83 **מזור נ. מזור**, פ"ד לח (3) 29; ע"א 239/85 **עמיצור נ. עמיצור**, פ"ד מ (1) 147; ב"צ שרשבסקי, לעיל הערה 1, בע' 233 — 237.

18. ערעור תשל"ג/205, פד"ר י 294; ע"א 127/80 **מילר נ. ברקוביץ**, פ"ד לד (4) 219; ע"א 664/82 **סלומון נ. סלומון**, פ"ד לח (4) 365.

19. ע"א 672/83 **גינזבורג נ. גינזבורג**, פ"ד לח (2) 637; ע"א 798/82 **נוני נ. נוני**, פ"ד מ (3) 744. בעניין אחרון זה משתמע, אגב אורחא ולכאורה, כאילו הנשיא מ' שמגר היה מוכן להכיר באשה כמעוכבת מחמתו גם על בסיס אמירה מצד בית־הדין, שהבעל צריך לתת גט או שמצווה עליו לתיתו, ראה שם בע' 1751.

3) בית־המשפט האזרחי

א) עיקרים

§529. בסוגייה זה פותחה על ידי בית־המשפט נגישות רבה יותר לזכות המזונות מצד האשה המוכה או הסובלת לעומת גישתו של בית־הדין. את העקרונות קלט בית־המשפט מן הדין הדתי. הנטל העקרוני להוכחת טענת האשה, וממילא לקבלת תביעת המזונות שהגישה נגד בעלה, הוּשת על־כתפיה[20].

בכך נדחתה פסיקה קודמת, שרווחה בבית־המשפט ואשר הטילה על הבעל את נטל השכנוע, כי הפירוד שניזום על ידי האשה אינו מוצדק[21]. יצוין, כי אילו דבק בית־המשפט בפסיקה אחרת שיצאה מלפני בית־המשפט העליון, המבחינה בין הדין הדתי המהותי — המחייב את בית־המשפט — לבין הדין הדתי הפרוצדורלי והראייתי — שאינו מחייבו[22] — היה משתחרר כליל מן התלות בדיני הראיות של הדין הדתי, כולל השתת נטל השכנוע על האשה.

בקביעת נטל השכנוע העקרוני העדיף בית־המשפט ללכת בעקבות הדין הדתי[23]. אף־על־פי־כן פיתח גישה עצמאית, המרחיבה את הנגישות לזכות המזונות בשני מרכיבים, בהיקף הזכות המהותית ובנטל הראיות. עם זאת, לא נעשו עדיין על ידי בית־המשפט צעדים משמעותיים במרכיב השלישי, דהיינו בתחום יעילות ההסדר וזמינותו.

ב) היקף הזכות המהותית

§530. בית־המשפט הרחיב את העילות, המזכות את האשה במזונות ללא חובה קורלטיבית. המגמה המוצאת לה ביטוי בפסיקה היא, כי די בכך שאשה עוזבת את הבית ממניעה אובייקטיבית, שאיננה נובעת ממנה, כדי לזכותה במזונות[24]. עמדת הדין הדתי, לעומת זאת, היא, כנראה, מצומצמת יותר[25].

20. הלכת מילר, לעיל הערה 5; ע"א 353/65 חכם נ. חכם, פ"ד כ (2) 199.

21. ע"א 87/49 לוין נ. לוין, פ"ד ה 921; ע"א 151/60 עבדאן נ. עבדאן, פ"ד יד 1828, 1832; ע"א 634/61 מקיטן נ. מקיטן, פ"ד טז 945, 951; עמדה מפשרת בין שתי הגישות, ראה ע"א 8/66 דנה נ. דנה, פ"ד כ (3) 110, 122.

22. ראה לעיל פסקה 41.

23. לדעת י' אנגלרד "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ו (1975) 5, 16־17, נהג בית־המשפט כשורה. לדעתו, יש להבחין בין סדרי־הדין, במובנם הצר, לבין הוראות דיוניות או כללי ראיות שהן הוראות מיוחדות למטֶרֶיה והקשורות קשר הדוק לדין המהותי. בהבדל מסדרי־הדין אין להניח כי בסוג האחרון של ההוראות התכוון המחוקק להחיל דווקא את ההוראות האזרחיות.

24. דברי השופט זילברג בהלכת מילר, לעיל הערה 5, בע' 174, ממנו הסתייג בהקשר זה השופט י' קיסטר, שם החל מע' 178; ראה במיוחד דברי המשנה לנשיא, השופטת מ' בן־פורת, בהלכת פלונית, לעיל הערה 3, בע' 745־746, אליה הצטרפו בעניין זה, למרות היותה אמרת אגב, שני שופטי ההרכב האחרים, הנשיא מ' שמגר והשופט ג' בך; כן ראה ע"א 609/74 חי נ. חי, פ"ד ל (3) 480, 482; ע"א 309/79 שדמי נ. שדמי, פ"ד לד (1) 309, 312.

25. ראה לעיל הערה 5 והטכסט הסמוך לה.

הרחבה של הזכות המהותית, אשר מצאה לה משכן בבית־המשפט, מתבטאת בהקלה נוספת על האשה. הקלה זו מתבטאת בהגבלתה של חובת האשה לחזור לבית הבעל כתנאי להמשך זכאותה למזונות. בית־המשפט הטיל על חובה זו שלושה גדרים, ובכך צמצם אותה: 1) הוכח כי סולקה המניעה, שבעטיה נאלצה האשה לעזוב את הבית. 2) לא קיימת מניעה ממשית אחרת, כלשהי, לשיבת האשה לבית בעלה. 3) הבעל הביע רצון כן ואמיתי לחדש את החיים המשותפים[26].

ג) נטל הראיות

§531. בית־המשפט הרחיב את הנגישות לזכות המזונות בהקלו את נטל הראיות על האשה. נקבעה דרישה נוחה ומקלה של כמות הראיות הנדרשת להוכחת המניעה מן החיים המשותפים ומשקלן של הראיות. נטל השכנוע מורם, כאשר

> "המשקל הסגולי של כמות ההוכחה... (מצד האשה)... הוא קל מאד, הייתי אומר: משקל נוצה"[27].

בתי־המשפט אימצו מבחן מקל זה והלכו אחריו[28]. עמדת הדין הדתי בשאלת כמות הראיות ומשקלן נוקשה יותר[29].

הסטיות מן המקובל בפסיקה הרבנית אין בהן פגיעה בדין האישי. זאת, אף לשיטתם של המתנגדים לפסיקה בדבר הרכבת דיני הראיות, כמו גם — סדרי הדין האזרחיים, על הדין הדתי. המקורות ההלכתיים בסוגייה שבה עסקינן מתנסחים בצורה כללית ומעורפלת. הכללים בדבר היקף טענת המניעה שבעטיה נאלצה האשה לעזוב את הבית בהקשרים מסוימים, כמו הראיות, דיותן ומשקלן מניחים מקום מרכזי לאופן היישום של הערכאה, השומעת את הטענות והעדים, ולשיקול דעתה. בית־המשפט הגשים את הנורמות של הדין הדתי, הפעילן ויישמן תוך פרשנות מקורות הדין הדתי מתוכם[30]. בית־המשפט פנה אל המערכת המיוחדת של דיני הראיות בדין הדתי, אלא שהשכיל לכוונה למסלול מקל. הוא הפעיל את הדין הדתי בגמישות. הפעלת הדין בבית־המשפט נוחה לאשה הרבה יותר מאשר הפעלתו

מן הראוי לציין כי בעניינים עקרוניים הדין יהיה זהה. כך, למשל, נקבע בהלכת מילר, לעיל הערה 5, בע' 180, כי סכסוך כספי בין בני הזוג אינו מהווה מניעה, שמכוחה תהיה אשה הגרה בנפרד מבעלה זכאית למזונות. בהלכת חכם, לעיל הערה 20, בע' 204, נקבע כי זה הדין גם במקרים של הבדלי השקפות וחילוקי דעות בין בני הזוג.

26. ע"א 358/64 מזרחי נ. מזרחי, פ"ד יח (4) 523; הלכת חכם, לעיל הערה 20, בע' 204; הגדר השלישי מעוגן בהגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, פ יח. לעומת זאת, אם נטשה האשה את הבית ללא הצדקה והיא מבקשת לחזור ולהחזיר לה את זכות המזונות — עליה מוטל נטל השכנוע, בהוכחה של ממש, כי חזרתה כנה ואמיתית, ראה ע"א 115/73 וייס נ. וייס, פ"ד כט (1) 48, 52.

27. השופט מ' זילברג בהלכת מילר, לעיל הערה 5, בע' 178ב.

28. הלכת חכם, לעיל הערה 20; הלכת וייס, לעיל הערה 26, בע' 52; הלכת חי, לעיל הערה 24; הלכת שדמי, לעיל הערה 24; ע"א 294/80 כהן נ. כהן, פ"ד לד (4) 355; הלכת פלונית, לעיל הערה 3, בע' 746.

29. ראה לעיל הערות 6 ו־12; כן ראה א' בארי, לעיל הערה 4, בע' 197־198.

30. על השאלה באיזו מידה כפוף בית־המשפט האזרחי לפרשנות הדין הדתי על ידי הערכאה הדתית, ראה לעיל פסקה 42.

בבית־הדין הדתי. הדין הוא אחד, הגישה והתוצאה הן אחרות. המשתנים הם: היחס הבסיסי אל הראיות, הגישה אל העדים ואל עדותם, שקלול הראיות וכיוצא באלה.

ד) יעילות ההסדר וזמינותו

ד1) האשה העובדת: הסדר מיוחד

הכלל

§532. כבר הראנו, כי יעילותה של זכות המזונות ללא חיוב קורלטיבי לשם השגת התוצאות הרצויות מותנית במציאת פתרון לבעייתה של האשה העובדת. לשם השגתן של אלה יש להימנע מקיזוז סכום ההשתכרות של האשה מדמי המזונות, שהבעל עשוי להתחייב בהם[31].

אחת העצות היעוצות לאשה מצד פוסקי ההלכה היא להפסיק את עבודתה ולהטיל על הבעל את החיוב המלא בדמי המזונות. בדרך זו הוא עשוי להתרצות לתת את הגט. כבר עמדנו על כך, כי עצה זו איננה יכולה להתקבל על הדעת ואין היא פתרון ישים[32].

דרך המלך להשגת התוצאה האמורה היא, כפי שראינו, פסק־דין של כפייה או חיוב בגט מצד בית־הדין הדתי. הואיל ופסקים כאלה ניתנים במשורה[33], אין לראות גם בכך פתרון לרבים. בית־המשפט איננו נדרש להכרעת השאלה, אם יש לחייב את הבעל בגט. הוא נזקק בעניין זה להכרעתו של בית־הדין. באחד מפסקי־הדין בסוגייה זו אמר נשיא בית־המשפט העליון, השופט מ' שמגר:

> "ככל שהדבר מצער, אין בידינו להושיע את המשיבה, כי הפתרון בעניין הגט הוא אך ורק בידיו של בית־הדין הרבני"[34].

פסק־הדין משקף את כורח הדין ככל שהדבר נוגע לגירושין עצמם, אולם אין הוא משקף את כורח המציאות המשפטית בכל הקשור והכרוך בתביעת מזונות. במסגרת תביעת מזונות יש בידי בית־המשפט להושיע את המשיבה. אין זו תשועה מוחלטת, אולם גם פתרון חלקי הוא תרומה של ממש.

הכרעה אגבית

§533. הפתרון המוצע הוא, כי בית־המשפט האזרחי יכריע באורח עצמאי, לצורך סוגיית המזונות, בשאלת זכות האשה לקבל גט[35]. בית־המשפט לא יראה עצמו נאלץ להמתין

31. ראה לעיל פסקה 528.
32. ראה לעיל פסקה 302.
33. ראה לעיל פסקאות 119, 148.
34. הלכת נוני, לעיל הערה 19, בע' 751.
35. זו עמדתו של פרופ' פ' שיפמן "המשפט העברי בפסיקת בית־המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 371, 372־373.

להכרעת בית־הדין הרבני. בית־המשפט גם לא יחייב את הצדדים להיזקק להכרעה מוקדמת של בית־הדין הרבני בסוגייה זו, כתנאי מוקדם להחלטתו בשאלת קיזוזם או אי קיזוזם של הכנסות האשה מהשתכרותה.

הכרעתו העצמית של בית־המשפט בשאלה זו תעמיד לשיטתנו המשפטית מכשיר יעיל וזמין, במסגרת הדין הקיים ובתחומי כוחו וסמכויותיו של בית־המשפט, לשם הגנת הצד החלש ולשם הקלה על התרת הנישואין.

עניין החיוב בגט, כשהוא נידון בתביעה עצמאית, מסור לסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני. אולם מכוחו של סעיף 76 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, מסורה לבית־המשפט המחוזי סמכות נגררת לדון בטענות שמקורן בדין הדתי, גם כאשר העניין הנגרר מצוי כשלעצמו בסמכותו הייחודית של בית־הדין[36].

בית־המשפט רשאי, במסגרת תביעת מזונות, לקבוע את מעמדה של התובעת כתנאי לקיום הזכות ואת הדרישות שבדין הדתי — כתנאי למימוש הזכות. זו היא שִגרה של יום־יום בבתי־המשפט ובלעדיה לא ניתן לתאר הליך יעיל של תביעת מזונות. מדוע ייגרע חלקה של הכרעה בטענות הנוגעות לביטול הזכות, או לצמצום היקפה? יש להניח, כי פרשנות כללי ההלכה בדבר החובה למתן גט למטרת מזונות בבית־המשפט האזרחי — תהיה נוחה יותר מאשר בבית־הדין הרבני, במסגרת דיון בהתרת קשר הנישואין.

כל אימת שמוקנית לבית־המשפט סמכות נגררת, חובה עליו להכריע בשאלה הטפלה שהועמדה לפניו לדיון במסגרת התביעה העיקרית. אין בית־המשפט בן־חורין להיפטר מחובת הבירור בשאלות המתעוררות אגב אורחא, אם הכרעתן דרושה לבירור התביעה העיקרית. התיבה 'רשאי' בסעיף 76 לחוק בתי־המשפט פירושה מוסמך. היא מעניקה סמכות לבית־המשפט, ולא שיקול דעת בלבד[37].

החשש מפני גט מעושה

§534. עדיין עלינו לסלק מכשול אפשרי כלפי הפעלת סמכות אגבית זו על ידי בית־המשפט. מהלך טענה משוער הוא, כי פסיקת מזונות "בניגוד להלכה", או מעבר למה שהיה נפסק לאשה בבית־הדין הרבני, עלולה להפוך כל גט שניתן על ידי הבעל לגט מעושה.

36. ע"א 27/77 **טובי נ. רפאלי**, פ"ד לא (3) 561; ע"א 437/67 **עזבון המנוח ראוטנשטיין נ. לביא**, פ"ד כב (1) 552; ע"א 202/70 **אליהו נ. יחזקאלי**, פ"ד כה (2) 425; ע"א 153/71 **יורשי המנוחה אלטשולר נ. בניינים ברחוב אלנבי בתל־אביב בע"מ**, פ"ד כו (1) 693; ר"ע 236/84 **אשתר נ. נפתלי**, פ"ד לח (2) 665.
הדוגמאות הקלאסיות של סמכות נגררת הן בעניני המעמד האישי, כאשר בית־המשפט האזרחי דן באופן נגרר בעניני המעמד האישי, הנמצאים בסמכותו הייחודית של בית־הדין הדתי, ראה ע"א 54/65 **מקיטן נ. מקיטן**, פ"ד יט (2) 651; ע"א 603/65 **פלדמן נ. פלדמן**, פ"ד כ (2) 465.
כן ראה י' זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה חמישית, בעריכת ש' לוין, 1988) 45, 53־54; פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (תשמ"ד) 41.

37. ע"א 89/63 **סלונימסקי נ. 'מזור' מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ**, פ"ד יז 1471, 1476־1477; ע"א 605/71 **עואד נ. סעיד**, פ"ד כו (2) 207, 213. ראה י' זוסמן, **לעיל** הערה 36, בע' 55.

על סוגיית הגט המעושה כבר הרחבנו את הדיבור[38]. חיוב מזונות, אשר ניתן בבית־המשפט המחוזי — הגם שספק אם בית הדין הרבני היה פוסק אותו בנסיבות אלה, או שגובהו מופרז על־פי הדין — אינו הופך גט למעושה אפילו לדעת המחמירין. החיוב ניתן ללא קשר לגירושין. זה חיוב עצמאי שמטרתו לספק מזונות לאשה. אמנם החיוב יפקע עם מתן הגט, אך גט שבעטיו נפקעים חיובים קיימים, אינו נהפך למעושה[39].

על בסיס עיוננו בשאלה, האם חיוב מזונות מראש נחשב לקנס ההופך גט למעושה, ניתן, מדרך קל וחומר, לדחות את החשש כאילו פסיקת מזונות בבית־המשפט המחוזי עלולה להפוך גט למעושה[40]. אחד מגדולי הפוסקים בדורנו, הרב מ׳ פיינשטיין, פוסק שמתן גט כדי להיפטר מחיוב מזונות — וזה, הוטל על ידי שופט נגד בעל סרבן — אינו הופך גט למעושה:

> ״הנה הא עד שתתגרש מבעלה הא הוא חייב במזונותיה ובכל צרכיה מדינא ורשאה לילך לערכאות שיכופו אותו ליתן לה מזונותיה וכל צרכיה, ואף שהם יוסיפו שצריך לזונה אף כשהיא עושה מלאכה ומרווחת נמי. בכל אופן פשוט שאם יגרשנה ליפטר מחיוב זה אין זה בחשיבות גט מעושה ויהיה כשר לכתחילה״[41].

חיזוק נוסף למסקנה זו נוגע לתוקפו בדיעבד של גט, שקדמה לו פסיקת מזונות בבית־המשפט המחוזי — זו איננה עולה בקנה אחד עם כללי ההלכה, אם מבחינת עצם החיוב ואם מבחינת היקף החיוב. ראשית, אף לדעת המחמירין בעניין קנס שקיבל על עצמו מרצון, ההחמרה היא מלכתחילה, אבל אם כבר גירש בדיעבד — הגט כשר[42]. שנית, ״מי שגירש את אשתו בגט כשר ויצא קצת לעז על הגט מותר לכופו לתת גט אחר״[43].

סיכום

§535. אם כך יהיו פני הדברים עשויה אשה, במקרים של מתח, איבה ואלימות, לשקול את החלופות, שהיא ניצבת לפניהן, בממד ריאלי ובאופן שקול. הברירה האמיתית העומדת לפניה אינה בין אלימות פיסית או רוחנית, או מתיחות קשה מנשוא, לבין חרפת רעב — אלא

38. ראה לעיל פסקאות 513 — 520.
39. ראה לעיל פסקה 515.
40. ראה לעיל פסקאות 515 — 520.
41. שו״ת אגרות משה, אבן העזר, חלק רביעי, סימן קו, בע׳ קפ.
זו גם דעתו של הרב ש׳ דיכובסקי ״סנקציות בהסכמי גירושין״ (טרם נדפס). כדי שניתן יהיה להגיע למסקנה זו צריכים, לדעתו, להתקיים שלושת התנאים הבאים: 1) חיוב המזונות, שאינו בהתאם לדין, אינו מוצמד כתנאי לגט; 2) במועד הטלת החיוב אין הגט נזכר כלל; 3) הבעל אינו משתחרר ממאסר — שנקלע אליו כתוצאה ממחדל לקיים את החיוב — עקב הסכמתו למתן גט.
לעומת זאת, ראה הרב י׳ וייס, שו״ת מנחת יצחק, חלק שמיני, סימן קלז, בע׳ רצג: ״הנה הטלת השופט תשלום נוסף של החזקה עד שייתן לה גט יביאנו לידי חשש גט מעושה לכל הדעות״.
42. ראה הגהת הרמ״א לשו״ע, אבה״ע, קנד ה, בשם תשובות הריטב״א.
43. הגהת הרמ״א לשו״ע, אבה״ע, קנד כא.

בין אלימות או מתיחות לבין השתחררות מעול כבד, תוך הגנה כלכלית מינימלית לפחות. לאשה נפתחת על ידי כך אופציה של ממש.

בידי בית־המשפט מצוי כאן תמריץ גירושין, השאוב מתוך הדין הדתי ועולה בקנה אחד עם עקרונותיו. עקב הקושי בהתרת קשר הנישואין ללא הסכמה מתייחס הדין הדתי, במקרים המתאימים, בהבנה ובאהדה לשימוש במזונות כמוביל להשגת הגירושין בדרך עקיפין. לעיתים, נעשית דרך העקיפין לדרך המלך ההלכתית. כך הוא, כאשר נעשה החיוב במזונות לאמצעי של כפייה דרך ברירה[44]. אם בתי־הדין לא יעמידו אמצעי זה לרשות בעלי הדין, ניתן לצפות שעזרם של הצדדים יבוא מבתי־המשפט.

44. ראה לעיל פסקאות 185, 276.

פרק חמישי

צווי הפרדה והרחקה מן הבית

פתח דבר: התמודדות עם סכסוך במשפחה

§536. סכסוך במשפחה וגילויו הקיצוני המתבטא באלימות במשפחה הוא בעיה אישית, פסיכולוגית, חינוכית, חברתית ומשפטית גם יחד[1].

אופיו המיוחד של תחום דיני המשפחה מחייב, בכל שיטה משפטית, בחינת השלכותיו של הסדר סוגייה ספציפית על המשפחה בכללותה; בשיטה הישראלית על אחת כמה וכמה. השיטה הישראלית מחייבת את המערכת השיפוטית האזרחית להתמודד, בעת ובעונה אחת, עם בעיות בהקשר רחב יותר. מצוקת ההסדר הקיים אינה מאפשרת התעלמות מן הצורך בפתרון כולל של הסדר היחסים במשפחה. הקשיים בהתרת הנישואין הופכים כל אמצעי משפטי לכלי ב'מאבק לגירושין'.

יכולתם של בני זוג להתיר את קשר הנישואין ביניהם ללא הסכמה מוגבלת ביותר[2]. הגבלה זו משתרעת גם על יכולתה של האשה המוכה להתיר את קשר הנישואין עם בעלה. האפשרות להתיר את הקשר קשה עוד יותר במקרים של סכסוכים וקטטות לא־אלימות במשפחה.

1. על אלימות במשפחה ראה: **צוותי הוועדה למעמד האשה, דיונים וממצאים** (1978) 229 — 232; **מעמד האשה**, חוברת מס' 5, יוני 1983 (הוצאת לשכת יועצת ראש הממשלה למעמד האשה); **דו"ח הוועדה בנושא מדיניות חקירה, תביעות ומשפט בעבירות אלימות במשפחה אלימות בין בני זוג** (משרד המשפטים, 1989); **אלימות במשפחה, מרכז נעמת למניעת אלימות במשפחה** (יוני 1986, הוצאת האגף למעמד האשה בנעמת); מ' אפשטיין, ר' מרדר, **שלום בית** מחקר מעקב על נשים מוכות בישראל (1986) 68 — 71. מחקר מעקב זה נעשה על נשים שחסו במקלטים לנשים מוכות בארץ. כן ראה:

"Domestic Violence: Legislative and Judicial Remedies" 2 **Har. Women's L.J.** (1979) 167; A.M. Boylen & N. Taub, **Adult Domestic Violence: Constitutional, Legislative and Equitable Issues** (Washington D.C., Legal Services Corporation, Research Institute, 1981); R. Tong, **Women, Sex and the Law** (N.J., 1984) 124; S. Atkins & B. Hoggett, **Women and the Law** (Oxford, 1984). על פרטי הדינים במדינות השונות בארה"ב ראה בקובץ: 6 **Response** (Sep'-Oct' 1983) 124.

2. על בעיות התרת הנישואין ומגבלותיה ועל מיעוט כפיות גט ראה **לעיל** פסקאות 119־120, 148, 220 — 222, 243 — 247.

§537. הדין הדתי, כפי שהוא מוצא את ביטויו הלכה למעשה, אינו נוהג לפסוק כפיית גט בעילה של אלימות. קיימת אמנם מחלוקת פוסקים בעניין זה. יש מן הפוסקים הסבורים שניתן לכפות גט[3]. אחרים מתנגדים לכפיית גט[4]. הכלל ההלכתי הרווח הוא, כי במקום שיש מחלוקת פוסקים אין נוהגים לכפות[5]. בתי־הדין הרבניים בישראל נוהגים שלא לכפות גט במקרים אלה[6].

בחלק ממקרי האלימות נהוג לצוות על חיוב גט. אולם גם צווים כאלה ניתנים במשורה; רק במקרים חריגים, שבהם מגיעה אלימות הבעל כלפי אשתו לקיצוניות רבה ושנות ההתדיינות הן רבות מנשוא[7]. אף לצורך החיוב בגט הועמדו תנאים קשים לפני האשה המבקשת סעד זה:

1) על הבעל להתמיד באלימותו מספר פעמים[8].

2) לפני מתן פסק־דין חיוב לגט יש לתת לבעל התראה על ידי בית־הדין[9].

3. תשובות הרמב"ן (מיוחסות) סימן קב; שו"ת התשב"ץ, חלק ב סימן ח; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, רצא, מובא גם בהגהות על המרדכי לכתובות סג א; ספר האגודה ואור זרוע המובאים אצל הבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד; ביאור הגר"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ג ס"ק י־יא: "י"א שכופין' שאפילו על שם רע שאין לה צער כל כך, כגון המדיר שלא תלך לבית אביה או לבית האבל או שלא תשאל נפה וכברה כל שכן במצערא בגופא, תשובות הרמב"ן סימן קב. 'ובלבד שמתרין' שלא גרע מעוברת על דת".

4. כך הבית יוסף לטור, אבה"ע, קנד, הדוחה את האסמכתאות מן הפוסקים שהביא "דאין לסמוך על דברי(הם) לכפות להוציא, כיוון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים"; ראה גם פתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד ג, המביא גם מספר גבורת אנשים; אף דרכי משה לטור שם, אם כי הוא דוחה את דברי הבית יוסף "ואיני רואה בזו דבריו כלל דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כ"ש שרמב"ן ומהר"מ הסכימו בתשובותיהן בעניין הכאת אשתו" מסכם, כי "ומ"מ נראה דטוב לא לכופו ליתן גט אלא בדרך זה להחרימו או לתופסו בידי עכו"ם או בשוטים שלא להכותה או שיוציא ויתן גט. ובדרך זו לא מקרי כפייה על הגט רק לקיים מה שמחויב לעשות".

5. טור, אבה"ע, קנד. ראה גם לעיל פסקה 245.

6. תיק 194/תשי"ג, פד"ר א 77, 80: "ואף שאנו מחמירים על עצמנו מלכופו בשוטים משום חששא דגט מעושה, עיין בבית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד, אבל כופין אותו בדרך ברירה או לגרש או לזונה ולא תהא יושבת תחתיו". במקרה זה לא ניתן אפילו חיוב לגט, אלא רק קבעו כי על הצדדים להיפרד זה מזו בגט. על כפייה בדרך ברירה בעניין זה ראה הפתחי תשובה לשו"ע, אבה"ע, קנד ג: "מיהו יכולים לכפותו בשוטים לזונה או לשמש או ליתן לה גט (בדרך ברירה) ואין זה נקרא כפייה על הגט רק כדי לקיים שארה כסותה ועונתה"; דרכי משה על טור, אבה"ע, סוף סימן קנד; ראה גם תיק 116/כ"ה, פד"ר ו 221; ער/תשל"ט/73, פד"ר יא 327; ער/תש"מ/151/6, פד"ר יב 3; תיק 1553/תשל"ח, פד"ר יב 84, 92־93.

7. ראה ער/תשל"ט/73, לעיל הערה 6; ער/תש"מ/151/6, לעיל הערה 6; תיק 1553/תשל"ח, לעיל הערה 6.

8. הגהת הרמ"א לשו"ע, אבה"ע, קנד ג: "ואם רגיל הוא בכך"; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) סימן קב; שו"ת מהר"מ מרוטנבורג, רצא, מובא גם בהגהות על המרדכי לכתובות סג א; כן ראה ער/תשל"ט/73, לעיל הערה 6.

9. זו הדעה של הרמ"א בהגהה לשו"ע, אבה"ע, קנד ג, אלא שהוא מוסיף, כי לאחר שהבעל הותרה "יש אומרים שכופין אותו להוציא" בהתמלא תנאי זה; ביאור הגר"א שם ס"ק י; שו"ת בנימין זאב, סימן פח כמובא בדרכי משה לטור, אבה"ע, סוף סימן קנד; תיק 116/כ"ה,

3) על הבעל להיות הגורם הראשוני לאלימות[10].
4) לא קדמה כל פרובוקציה מצד האשה[11].
5) במקרה שהבעל טוען, כי ברצונו לחזור למוטב, אין לחייבו במתן גט[12].

מציאות החיים מלמדת כי, בדרך כלל, הצהרות מסוג זה אינן אלא כסות עיניים לסחבת ולעינוי נמשך. בחברה שבה האוטוריטה הדתית — לגבי חלק ניכר מבני החברה — הִנהּ חסרת משקל, סוג כזה של פתרונות נכשל כליל. יש כאן שימוש ציני מצד המתדיינים בתום הלב של בית־הדין וניצול לרעה של ההלכה שלא בטובתה. משום כך אמצעי כזה משיג את התוצאה ההפוכה ויוצר תמריצים שליליים דווקא.

לאלה יש לצרף את הקושי הראייתי. על אשה התובעת חיוב גט בטענות של מתיחות, קטטות ואלימות מוטל נטל השכנוע. טענת האשה, כשהיא לעצמה, אין בה משום הרמת נטל זה. במיוחד אמורים הדברים, כאשר טענתה מוכחשת על ידי הבעל. נטל קשה מוטל, איפוא, על האשה כאשר קיימת עדות מול עדות. בעניינים שבינו לבינה בדרך כלל העדויות הן סותרות והעדות היא של האשה כנגד עדות הבעל[13]. נטל השכנוע, הרובץ על האשה לצורך הטלת חיוב גט על הבעל, קשה יותר מזה המוטל עליה לצורך חיוב הבעל במזונות, מקום שהיא חיה בנפרד ממנו ואין היא עמו.

§538. בפרק זה נבחן את האמצעים של הפרדה והרחקה מן הבית בחינה כפולה: כדרך לתקיפה ישירה של בעיית האלימות במשפחה, מחד גיסא, וכאמצעי לתקיפה עקיפה של הסדר מכלול היחסים במשפחה, דהיינו, של הסדר הסכסוכים והמתח במשפחה, מאידך גיסא. הבחינה תיעשה בכל אחת מערכאות השיפוט הרלבנטיות, תוך מתן ביטוי לאחריות האזרחית של המערכת השיפוטית בתחום דיני המשפחה.

1) בית־הדין הרבני

כללי

§539. לעיתים הבטחת שלום המשפחה מחייבת ניתוק בין בני הזוג דווקא. כך נמצאנו למדים, כי חוסר יכולת לחיות חיי אישות עשוי להצדיק הפרדה זמנית בין בני הזוג[14]. גם

לעיל הערה 6; תיק 315/כט, פד"ר ח 216, 224־225 המברר את מספר ההתראות הנדרשות; ער/תשל"ט/73, **לעיל** הערה 6.

10. בנימין זאב, סימן פח כמובא בדרכי משה לטור, אבה"ע, סוף סימן קנד; תשובות הרמב"ן (מיוחסות) סימן קב.

11. **שם** שם.

12. תשובות הרמב"ן (מיוחסות) סימן קב; שו"ת מהר"י וייל, קלה; תיק 7831/כז, פד"ר ח 254, 259; ראה גם השופט י' קיסטר בע"א 353/65 **חכם** נ. **חכם**, פ"ד כ (2) 199, 202 ואילך. ספק אם שני השופטים הנוספים הצטרפו לפסק־דינו של השופט קיסטר בקשר לסוג התחייבות הבעל שלא לחזור לסורו, במטרה לשלול את זכותה של אשה למזונות.

13. ראה השופט י' קיסטר בע"א 256/65 מילר נ. מילר, פ"ד יט (3) 171, 180ד.

14. תשובות הנודע ביהודה, מהדורא תניינא, אבה"ע, סימן פט, מובא גם בפתחי תשובה על שו"ע, אבה"ע, קנד ז; ראה גם מ' קורינלדי "סעד ההפרדה הזמנית בין הבעל והאשה והתפתחותו בפסיקת בתי־הדין הרבניים בישראל" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 184, 197.

מתח בין בני הזוג עשוי להצדיק מתן צו פירוד זמני ביניהם[15].
אלה הם החריגים הבטלים בשישים. בדרך כלל מחייב בית־הדין את בני הזוג לעשות, מטעמי שלום בית מאמצים מיוחדים במטרה להמשיך בחיים משותפים למרות המתיחויות, המשברים והקטטות.
אולם, כידוע, צו שיפוטי אינו מהווה תחליף לא לכושר העמידה של בני הזוג ולא ליחסי הקרבה שחלפו־עברו מן הקן המשפחתי. ללא חינוך הדרגתי רב־שנים ועזרה מקצועית מראש או ללא אוטוריטה של הדיין המבוססת על שלמות חברתית־קהילתית, עידוד סביבתי, סיפוק דתי ותגמולים חברתיים, נהפך שלום הבית לקלישאה ריקה מכל תוכן. טענה זו הופכת להיות מקלטו של הנבל ברשות התורה[16].

א) הסמכות

§540. בית־הדין הרבני רואה עצמו מוסמך להוציא צו הפרדה, שתוצאתו הרחקה של בן הזוג האלים, בדרך כלל הבעל, מן הבית. העילות המרכזיות, העשויות לתמוך צו כזה, הן במסגרת עניין של נישואין, או תביעת מזונות.
כעניין של נישואין. קשת האפשרויות עשויה לנוע החל מביצור שלום הבית, עבור דרך הבטחת שלום המשפחה ושלמותה וכלה בהקפדה על קיום הזכות המשפטית לכבוד הדדי, הכוללת, בין היתר, את הבטחת שלומו של כל אחד מבני הזוג[17].
הבטחת שלומו של בן זוג היא התוכן המרכזי של חובת הכבוד ההדדי, שכל אחד מבני הזוג מתחייב בה כלפי משנהו. כפי שניסינו להראות אין זו נוסחה מוסרית בלבד, כי אם נורמה משפטית הניתנת, במקרים רבים, גם ליישום ולאכיפה[18]. אחד מדרכי היישום הוא באמצעות נורמות ספציפיות הנגזרות מן העיקרון הכללי, לאחר שזה פשט צורה ולבש צורה של כללים עצמאיים, העומדים על רגליהם. יישום אחר הוא תרגום העיקרון הכללי תוך העמדת התנהגות אינדיבידואלית במבחנו של העיקרון, ואכיפת המתחייב ממנו הלכה למעשה.
צו הרחקה נופל למסגרת סמכותו של בית־הדין הרבני כ"עניין של נישואין" במסגרת סעיף 1 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג־1953. פרשנותו של מונח זה כוללת, כמאמר הפסיקה, את כל ה"תביעות לקיום זכויות מסוימות הנובעות ממעמד הנישואין, כגון, הזכות להחזרת חיי האישות"[19]. תביעות כאלה ודאי כוללות את הזכות לכבוד הדדי ולשלמות נפשית וגופנית של כל אחד מיחידי המשפחה, כמו גם את הבטחת שלום הבית[20].

15. תיק 194/תשי"ג, **לעיל** הערה 6, בע' 78; ראה גם פסק־דינו של בית־הדין הרבני הגדול המובא בשו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, אבה"ע, סימן כה (מצוטט בחלקו אצל מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 14, בע' 185 — 188).
16. ראה **לעיל** פסקאות 96-97.
17. ראה ער/תשל"ט/264, פד"ר יב 161; מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 14.
18. ראה **לעיל** פסקאות 205 — 213.
19. בידמ 1/50 **סידיס נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים**, פ"ד ח 1020, 1031; ראה גם ע"א 8/59 **גולדמן נ. גולדמן**, פ"ד יג 1085.
20. ראה בג"צ 49/57 **כהן נ. כהן**, פ"ד יא 1195; ע"א 185/66 **כברה נ. כברה**, פ"ד כ (4) 864; בג"צ

דווקא במקום שבית־המשפט מכריז על עצמו, כי קצרה ידו מהושיע עשוי בית־הדין, מבחינת סמכותו, למצוא תיקון לאשה. בעל, המתרועע עם פילגש והופך את בית המגורים למלון אורחים כל אימת שעולה הרצון מלפניו, עשוי למצוא את דלת ביתו נעולה בצו הפרדה שיצא מלפני בית־הדין הרבני. בית־הדין עשוי לאכוף באמצעות צו כזה את חובת הכבוד ההדדי, המהווה את הציר המרכזי של מערכת היחסים ההדדית בתוך המשפחה. בית־המשפט המחוזי אינו מוסמך לדון בענייני נישואין. במסגרת הסמכות המסורה לו בענייני מזונות צמצם בית־המשפט, כפי שנראה להלן[21], את גבולות שיקול דעתו להענקת צו הרחקה בסוג המקרים המתואר לעיל.

כעניין של מזונות. הפתח להענקת צו הפרדה בעילה של מזונות נפתח על ידי בית־הדין הרבני בפסק־דין שניתן בראשית שנות השישים[22]. האשה זכאית למדור לפי כבודה וללא הפרעה מצד הבעל "דלחיים ניתנה ולא לצער"[23]. בית־הדין יוצר שילוב בין זכותה של האשה למדור, מדין המזונות, וזכותה ליחס של כבוד. אף שבאותו מקרה נדחתה תביעת האשה, תרומתו המרכזית היא בקביעת תוכן הדין ובהצבת מסגרת הסמכות, שצווים כאלה עשויים לחדור באמצעותם לדין הישראלי.

ב) צווי הפרדה והרחקה הלכה למעשה

§541. מבחנו של הדין אינו רק ביצירתיות העיונית, אלא ביישום המעשי היומיומי. כאן הקוץ שבאליה. למרות קיומם של דין וסמכות החליט בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, בהרכב שבו ישב בראש הרב ע' יוסף, כי

> "במקרים רגילים של בקשה לצו הפרדה בית־הדין מתקשה מאד להיענות לה, **גם כשיש יסוד לתלונה**, מכיוון שלא ברור מלכתחילה איך יתפתחו הדברים ואיך הצו ישפיע על המשך היחסים בין בני הזוג, שעדיין נראים מעורפלים בתחילת המשפט. כמו כן יש קושי שבזה נגרם הפסד גדול מאד לבעל שמוצא מהדירה בעל כורחו, ופתאום מוצא עצמו ללא מקום דיור"[24].

רוצה לומר, גם כשיש לתלונה יסוד לסמוך עליו, אין בית־הדין מוציא צו הפרדה. שני טעמים עיקריים נותן בית־הדין לדבר: 1) נקודת המבט של שלום הבית וסיכונו על ידי צו מסוג זה. 2) הפגיעה בבעל ובנכסיו העלולה לנבוע מצו הפרדה. על הטעם הראשון הרחבנו את הדיבור; יש בו יותר תיאוריה מאשר מעשה. אולם התיאוריה נקנית במחיר יקר של פגיעה במשפחה ובמרכיביה. לא זו בלבד ששלום הבית אינו מושג, אלא נגרם סבל לאשה

254/81 **נעים נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים**, פ"ד לו (2) 205; ע"א 155/83 **ברמן נ. ברמן**, פ"ד לח (2) 231; הרב ש' דיכובסקי "סמכות בתי־הדין הרבניים בראי הפסיקה של בתי־הדין" **דיני ישראל** י־יא (תשמ"א—תשמ"ג) ט, יד ואילך; מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 14, מע' 214 ואילך.

21. ראה להלן פסקה 549.

22. ערעור תשי"ט/118, פד"ר ג 289, 319־320.

23. כתובות סא א.

24. ער/תשל"ט/264, **לעיל** הערה 17, בע' 162.

ולילדים. מטבע הדברים נפגע שלומה של המשפחה בכללותה. הנימוק השני מקורו, כך נראה לנו, בהעדפה של אותה מרות עקרונית ובסיסית של הבעל על המשפחה[25].

בתי־הדין הרבניים כמעט אינם מוציאים צווי הפרדה — אף לא בעילה של אלימות כלפי בן הזוג המבקש — אפילו יש לטענה על מה שתסמוך. הטענה, כי בית־הדין מוסמך להוציא צווים כאלה[26], היא צודקת, אולם קשה להצביע על מימושה של הסמכות הלכה למעשה. בפסקי־הדין הרבניים שפורסמו נמצאות רק אסמכתאות בודדות שבהן ניתן צו הפרדה כסעד עיקרי, ומטרתו — לסלק את בן הזוג האלים מבית המגורים[27]. במקרים הספורים שבהם ניתן צו הפרדה היתה מערכת הנסיבות העובדתיות קיצונית ביותר. במקרה אחד, הוצא צו הפרדה בגלל המתח בין בני הזוג לאחר סכסוך עמוק וסבל קשה מנשוא של האשה[28]. לא ברור מפסק־הדין אם ניתן צו מניעה נגד הבעל, או שמא ניתנה רק גושפנקא להפרדה בפועל בין בני הזוג. במקרה אחר, היתה הדירה בבעלותה המלאה של האשה והצו הוצא לאחר עשר שנות התדיינות משפטית והיסטוריה של התאכזרות קשה מצד הבעל כלפי האשה[29]. במקרה השלישי, היה הצו בגדר אכיפה של הסכם גירושין[30].

במחקר, שפורסם לאחרונה, נמצא כי בתי־הדין אינם מוציאים צווי הפרדה גם במקרים של אלימות נמשכת[31]. בדרך כלל מורה בית־הדין לאשה לחזור לשלום בית, גם לאחר פניות חוזרות ונשנות מצדה למתן צו הפרדה. המחקר מעיד על סבלן הרב של הנשים הפונות ועל התסכול שהוא מנת חלקן נוכח גישה זו. אך יותר מאלה הוא מצביע על התמריץ השלילי שמקבל הבעל נוכח עמדת בית־הדין. מכאן יסוד לקושי נוסף המועמד לפני האשה בתביעתה להתיר את קשר הנישואין.

ג) ההסדר בראי המציאות הישראלית

§542. להלכה בשלמותה, ביישומה על קהילה אוטונומית של חברה שומרת מצוות, בעלת הרמוניה פנימית וכוח כפייה של בית־דין, היתה תשובה הולמת ויעילה להתמודד עם בעיית האלימות במשפחה. נוכח כוחו וסמכויותיו של בית־הדין לנקוט צעדי עונשין, כגון מלקות ואף מעבר לכך, כמעט לא נדרשו אמצעים משפטיים חלופיים. במיוחד כאשר

25. על מרות הבעל, ראה **לעיל** פסקאות 205־206.
בער/תשל"ט/264, **לעיל** הערה 17, הוציא בית־הדין צו הפרדה הואיל ושני הטעמים השוללים את הוצאת הצו לא התקיימו. הצדדים חתמו על הסכם גירושין, וכן התחייב הבעל לפנות את הדירה. הבעל חזר בו מהסכמתו. בית־הדין אישר את צו ההפרדה שנתן בית־הדין האיזורי הואיל ולאור הנסיבות "אין ב[ו] החומרה הרגילה שיש בהוצאת צו הפרדה רגיל כנ"ל".

26. ראה מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 14.

27. חלק הארי של האסמכתאות המובאות במחקרו של מ' קורינלדי, **לעיל** הערה 14, מתייחס לצווים המהווים מתן לגיטימציה מצד בית־הדין לחיים בנפרד של בני הזוג ללא אבדן זכות המזונות.

28. תיק 194/תשי"ג, **לעיל** הערה 6, בע' 78.

29. ער/תש"מ/151/6, **לעיל** הערה 6.

30. ער/תשל"ט/264, **לעיל** הערות 17 ו־25.

31. מ' אפשטיין, ר' מרדר, **לעיל** הערה 1. מקרה שבו בקשה למתן צו נידונה ונדחתה, ראה ערעור תשי"ט/118, **לעיל** הערה 22, בע' 319־320.

לצד אמצעי העונשין הגופניים עמדו עונשין קהילתיים־חברתיים, אשר התלוו לאיסור הדתי ולגינוי המוסרי שבצדו[32].

אולם האמצעים ההלכתיים המתוארים אינם מוצאים להם נתיב בתוצאות משפטיות יעילות ההולמות את מציאות החיים המיוחדת, שבה מופעלות הנורמות ההלכתיות במדינת ישראל. החומרה המיוחסת למעשים אלה על ידי ההלכה אינה מוצאת לה ביטוי נאות באכיפה משפטית הולמת.

האיסור הדתי חסר משמעות בקהילה חילונית ובמסגרת המדינה. הפעלת הסנקציות ההלכתיות העונשיות אינה כלולה במסגרת סמכותו המוגבלת של בית־הדין הרבני[33]. איום בסנקציה חברתית, שהוא בעל משמעות חמורה בקהילה דתית, אינו אפקטיבי בחברה חילונית אף לו היה ישים. מדינת ישראל אוכפת תוצאות משפטיות, אך אינה יכולה לאכוף אוטוריטה או השקפת עולם או מסרים חברתיים, המעוגנים בשלמות קהילתית של חברה הומוגנית שומרת מצוות ואף לא אמצעי עונשין "אזרחיים", המופעלים על ידי בית־דין דתי. דווקא את האמצעים ההלכתיים של הפרדה והרחקה מן הבית, אשר עשויים להיות יעילים ובעלי משמעות בחברה הישראלית, נמנע בית־הדין מלנקוט. העתקתם של התנאים שנקבעו להוצאת הצווים למציאות דורנו מעקרת, כמעט כליל, את יכולת השימוש בסנקציות ואת יעילותן. התוצאות המשפטיות בפועל הן המבחן ליעילות הנורמה ולאפשרות אכיפתה, הלכה למעשה. השורה התחתונה היא, כי אין נשים מוכות מוצאות תשובה משפטית נאותה בבית־הדין למרות החומרה המיוחדת, שבה מתייחסת ההלכה לבעלים אלימים.

אם נוסיף לכך את הקושי בהשגת גירושין, את הסחבת הפועלת בעניין זה נגד הצד החלש, את חשיבותה של הפעולה המהירה והיעילה בתחום זה, את המסר על יחסי הגומלין בין המינים, ש'מוסרות' עילות הגירושין הנוחות יותר לבעל מאשר לאשה ואת אפשרות הבעל לקבל היתר נישואין[34], נבין את עומק משמעות המסר השלילי הנמסר בשיטתנו המשפטית לבעלים בכלל ולאלימים שבהם, בפרט.

2) בית־המשפט האזרחי

פתח־דבר

§543. כוחו של בית־המשפט להפעיל אמצעים של הפרדה והרחקה מן הבית נתון לו במסגרת סמכויות השיפוט, המסורות לו בתביעת מזונות.

32. על האפקטיביות של אמצעים כמו חרם ונידוי בהקשר זה, ראה בית יוסף על טור, אבה"ע, סוף סימן עד המביא בשם רבינו יונה בשערי תשובה "למה לא ינדו אותו שלא יעבור על דברי תורה ומעשים אצלנו בכל יום וגערה או נזיפה לא מהני בהו ועל פי הנידוי הם נמנעים".

33. לעניין סמכות בית־הדין בעבר לעומת היום ומשמעותה, ראה, למשל, הרב י' ישראלי "על כפייה ורצון בגט" **הרצאות בכינוס הארצי השנים עשר לתורה שבעל־פה** (תש"ל) לב, לח. כן ראה ז' פלק, **תביעת גירושין מצד האשה בדיני ישראל** (תשל"ג) 80.

34. ראה **לעיל** פסקאות 119 — 121.

ניתן היה לצפות, כי בית־המשפט האזרחי ינקוט גישה עצמאית בסוגיית צווי הרחקה מן הבית. מקורם ותשתיתם של צווים אלה בדין הדתי, אך פיתוחם, שכלולם ויישומם יכול היה לבוא לביטוי במשפט האזרחי. התפתחות שהחלה בכיוון זה בבתי־המשפט המחוזיים נעצרה במכוון על ידי בית־המשפט העליון. השימוש באמצעים אלה לא הרחיק לכת. בית־המשפט נמנע מהפעלת שיקול דעת כולל ורחב להסדר מערכת היחסים במשפחה. לא זו אף זו, בית־המשפט הטיל סייגים על הוצאת הצו הן במישור הדין המהותי, בכל הקשור לתנאים הנדרשים, הן במישור דיני הראיות והן במסגרת סדרי־הדין.

א) עיקרי ההסדר, אופיו ומטרתו — הגישה השיפוטית המצמצמת

§544. בתי־המשפט הטעימו מתחילת הדרך, כי אין מדובר בהסדר קנייני, אלא בהסדר התָחום בגדרם של דיני המשפחה[35]. המקור הפורמלי של צו להרחקת בעל מדירת המגורים נמצא בזכות המדור[36], הנופלת בגדר החיוב למזונות[37]. בעקבות הרעיון, שנתחדש בבית־הדין הרבני[38], נקבע בשורה ארוכה של פסקי־דין, כי זכות המדור אינה מתקיימת, הלכה למעשה, אלא בתנאים מסוימים. הגשמת הזכות מחייבת מדור שקט ובלתי מופרע, דהיינו, התקיימותם של תנאים של שלווה ויחס אנושי בלי להיות צפויה למעשי התגרות בלתי נסבלים[39]. ברוח זו קבע בית־המשפט, כי האלימות, השוללת את אפשרות הגשמתה של זכות המדור וממילא מסכלת אותה, כוללת גם אלימות נפשית, התאכזרות רוחנית, התעמרות וכיוצא באלה[40].

§545. בני זוג, בעיקר נשים הזכאיות למזונות, ניצלו את הפתח, שצווי הרחקה או הפרדה הסתננו דרכו למערכת האזרחית.
בתי־המשפט המחוזיים פירשו, כנראה, את סמכותם בדרך מרחיבה. השימוש בצווים הפך תדיר ונפוץ.

35. ע"א 731/72 **חן כליפא נ. חן כליפא**, פ"ד כח (1) 611; בר"ע 19/74 **בר לוי נ. בר לוי**, פ"ד כח (1) 726; א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 168 ואילך.

36. הלכת **חן כליפא שם**; הלכת **בר לוי שם**; ע"א 235/77 **שלטון נ. שלטון**, פ"ד לא (3) 755; ע"א 458/79 **ניר נ. ניר**, פ"ד לה (1) 518, 525־526; ע"א 410/80 **ברזני נ. ברזני**, פ"ד לה (2) 317; ע"א 573/81 **כסיף נ. כסיף**, פ"ד לו (2) 294, 299־300; בר"ע 258/81 **ליפשיץ נ. ליפשיץ**, פ"ד לז (3) 645, 650־651.

37. שו"ע, אבה"ע, עג ז; תיק 2921/תשי"ב, פד"ר א 239; תיק 4273/תשי"ז, פד"ר ב 278; ע"א 328/72 **לנגל נ. לנגל**, פ"ד כז (2) 470; הלכת **חן כליפא**, **לעיל** הערה 35; הלכת **בר לוי**, **לעיל** הערה 35; ע"א 661/75 **פלוני נ. פלונית**, תקציר יא 18־19; בג"צ 155/65 **גורוביץ נ. בית־הדין הרבני האיזורי**, פ"ד יט (4) 16, 19.

38. ראה ערעור תשי"ט/118, **לעיל** הערה 22, בע' 319־320.

39. ראה, בין היתר, הלכת **ניר**, **לעיל** הערה 36, בע' 525־526; הלכת **ברזני**, **לעיל** הערה 36; הלכת **כסיף**, **לעיל** הערה 36, בע' 299־300.

40. הלכת **ניר**, **לעיל** הערה 36, בע' 525־526; הלכת **ברזני**, **לעיל** הערה 36; הלכת **כסיף**, **לעיל** הערה 36, בע' 299; ע"א 192/82 **סדן נ. סדן**, פ"ד לו (4) 169, 179; ע"א 680/82 **נחום נ. נחום**, פ"ד לז (4) 667, 671.

"דומה שמרוב השימוש בצו איסור זה, יש שהוצאתו נעשית כהיתר במידה מופלגת, ומן הראוי לחזור ולתחום בו תחומים"[41].

בית־המשפט העליון מצא, כי אמצעי משפטי זה מנוצל לרעה בשני מובנים:

ראשית, הצו הפך להיות אחד התכסיסים המקובלים במאבקם של בני הזוג. בני זוג ביקשו להשיג באמצעות הצו יתרון או עמדת כוח לצורך הסדר היחסים הכולל, ובמסגרת המאבק ביניהם. ההרחקה מן הבית נעשתה כלי־נשק במאבק בין הצדדים, בין למטרה של השגת הסכמה לעצם הגירושין ובין לצורך השגת תנאי גירושין טובים ונוחים[42].

שנית, הקלות, שבה היה מוצא הצו, היתה פרצה הקוראת ליצירת מעשי התגרות מכוונים, במטרה להפיל את בן הזוג בפח האלימות ולהמציא עילה להרחקתו מן הדירה[43].

הצפה בתביעות מצד התובעות והיענות מהירה, קלה ובלתי זהירה מצד בתי־המשפט לבקשות הרחקה נראו כשימוש לרעה המובנֶה בהליך זה במציאות הישראלית. תופעות אלה הולידו הידוק חמור של החגורה בהענקת צווי הרחקה.

§546. בית־המשפט העליון חזר על דברים, שנאמרו בתחילת דרכם של צווי ההרחקה[44]. מתן צווי הרחקה מחייב זהירות רבה והסעד לא יוענק בנקל, כדבר שבשגרה, אלא במקרים מיוחדים בלבד[45]. אם בתחילת הדרך נימת הדברים של בית־המשפט היתה מכוונת לאימוץ גישה של בדיקה זהירה וריסון שיפוטי, הרי בהמשך נועדו הדברים לקביעת מדיניות של קפיצת יד והחמרה בהוצאת הצווים.

כבר בהלכת **ברזני**[46] סימן בית־המשפט העליון את קווי התיחום הלגיטימיים של צו הרחקה בשל מניעת אלימות. בית־המשפט ביקש למנוע את טשטוש קו הגבול בין הגנה מפני אלימות, המתבצעת באמצעות ההגנה על מדור שקט ובלתי מופרע, לבין צווי הפרדה הבאים להסדיר את מערכת היחסים הכוללת בתוך המשפחה. צו הרחקה, אומר בית־המשפט, איננו תחליף לצו הפרדה, ואין לעשות בו שימוש לשם פתרון הקשיים במערכת היחסים בין בני הזוג מעבר להגנת זכות המדור של האשה.

מכאן ואילך, הזהיר בית־המשפט את עצמו, בכל אחד מפסקי־הדין אשר עסקו בסוגייה[47], כי אסור לצו הרחקה לחרוג מן המטרה האמיתית והמוגבלת שקצב לו בית־המשפט. דהיינו,

41. השופט מ' אלון, בפרשת **סדן**, **לעיל** הערה 40, בע' 173.

42. ראה הלכת **ברזני**, **לעיל** הערה 36; הלכת **סדן**, **לעיל** הערה 40, בע' 174־175, 179, 181; ע"א 53/83 **רונקין נ. רונקין**, פ"ד לח (1) 151, 159; ע"א 352/84 **איזסק נ. איזסק**, פ"ד לט (1) 186, 192.

43. הלכת **סדן**, **לעיל** הערה 40, בע' 176. כדי להילחם בתופעת ההתגרות המכוונת בית־המשפט נותן בה סימנים: הקרבה בין התגרה למועד הבקשה להרחקה, האופי של התגרה ומידת הזמינות המכוונת של העדים, וכן היחס בין הבקשה לבין היקף ההתדיינות בבעיות הסכסוך הכולל בין בני הזוג. **שם** שם.

44. ראה הלכת **בר לוי**, **לעיל** הערה 35.

45. ראה הלכת **ברזני**, **לעיל** הערה 36, בע' 323; הלכת **כסיף**, **לעיל** הערה 36, בע' 301; הלכת **סדן**, **לעיל** הערה 40, בע' 179; הלכת **נחום**, **לעיל** הערה 40, בע' 672; הלכת **איזסק**, **לעיל** הערה 42, בע' 191.

46. **לעיל** הערה 36, בע' 321, 324.

47. הלכת **סדן**, **לעיל** הערה 40, בע' 174־175, 179, 181; הלכת **כסיף**, **לעיל** הערה 36, בע' 301;

ההרחקה היא מכשיר להבטחת מדור שקט ולמניעת אלימות. זאת ותו לא. אין לנצל את צו ההרחקה כמנוף להשיג — באמצעי עקיפין — גירושין, תנאי גירושין או הסדר, שלא ניתן להגיע אליהם בדרך המלך של התדיינות בבית־הדין הרבני. מטרה זו או קרובה לה היא זרה לאמצעי משפטי זה.

> [אין צו ההרחקה מן הבית אמצעי] "להשיג באמצעותו תנאי גירושין נוחים וטובים". [הצו לא נועד] "כדי לשמש מכשיר וכלי עזר 'לריכוך' עמדות ו'נסיגה' מדרישות, שהן אולי צודקות ונכונות"[48].
>
> "לא יתכן, כי מאחר שאין לאשה סיכוי לקבל פסק גירושין בערכאה השיפוטית המופקדת על כך, תלך ותשתמש בדרכי עקיפין ותנצל את בית־המשפט לעניין הוצאת צו איסור כניסה לדירת המגורים — שנועד למטרה שונה ואחרת לגמרי — כדי להשיג באמצעותו, בדרכי התחכמות ותכסנות, את שלא יעלה בידה בדרכי הדין והצדק בבית־הדין המופקד על כך"[49].

בית־המשפט סבור היה, כי גישה מרחיבה גוררת אחריה יצירת סעד חדש של הפרדה, ואין הוא רשאי לעשות צעד

> "בעל תוצאות כה מרחיקות לכת בתחום כה רגיש... בדרך של חקיקה שיפוטית"[50].

§547. הגישה המצמצמת הוליכה את בית־המשפט, אף אם נלך לשיטתו, הרחק מעבר להגנה על הגבולות הלגיטימיים של הצו ומחוץ לטווח הזהירות הסביר. הפסיקה יצרה סייגים מחמירים, שאינם נובעים מתיחום לגיטימי של מהות ההליך וטיבו של הסעד, במישורים אחדים:

1) החמרת התנאים המוקדמים למתן הצו והגדלת נטל ההוכחה והנדרש.
2) פרשנות צרה של המונח מדור שקט ובלתי מופרע ויישום מצומצם של הדין.

§548. למישור הראשון יש לשייך את ההחמרות הבאות:

א) הוכחת קיומה של סכנה מוחשית מיידית, המרחפת על ראש האשה במטרה לקבל סעד. באין סכנה קשה ניתן להסתפק בהתראה לבעל. רק אם ההתראה לא תשיג את מטרתה ובהעדר דרך אחרת יינתן הצו בלית ברירה[51].
ב) מעשי האלימות שבית־המשפט ייעתר בעטיָם לבקשה, הם בעלי חומרה מיוחדת.

הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 651; הלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 158; הלכת איזסק, לעיל הערה 42, בע' 191, 192.

48. הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 174־175.
49. הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 181.
50. הלכת נחום, לעיל הערה 40, בע' 671.
51. הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 175; הלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 159; הלכת איזסק, לעיל הערה 42, בע' 191.

"לא כל תגרה המצויה בחיי בני הזוג ובמיוחד כאשר השלום אינו שוכן במעונם יש בה כדי להצדיק גירושו של אחד מהם מדירת מגוריו, ואף לא כאשר תגרות אלה חוזרות על עצמן"[52].

ג) נטל הראיה מחייב הוכחה ברורה. לא יינתן צו, כאשר לא ניתן לקבוע בבירור מי אחראי למריבות[53].

ד) צו לא יינתן, בדרך כלל, במעמד צד אחד

"פרט למקרים נדירים ביותר של מעשי.אלימות, שיש בהם חשש של פיקוח נפש, ובמקרה זה צריך שהדיון בבקשה יתקיים בנוכחות שני בני זוג תוך זמן קצר ביותר"[54].

ה) בית־המשפט עומד על הגבלת הצו לתקופה קצובה מראש[55]. הצורך בבדיקה מחודשת נובע הן מן הזמניות, הטבועה במטרה שלשמה ניתן הצו, והן מאופי סוגיות מעין אלה בדיני משפחה. צווי מזונות, החזקת ילדים ומדור מחייבים בדיקה מחודשת כל אימת שמשתנות הנסיבות. אולם מקובל הוא, כי צו יעמוד בתוקפו כל עוד לא הובאו על ידי הצד שכנגד ראיות על שינוי הנסיבות. בצווי הרחקה סטה בית־המשפט מן המקובל והורה על הוצאת צו מוגבל מראש[56].

זמניותו של צו הרחקה מחלישה באורח משמעותי את מעמדו, ממעטת את כוח ההרתעה שבו והופכת למסופקת את הכדאיות בהוצאתו.

כל ההחמרות המפורטות עושות את צו ההרחקה כמעט ל'הלכה ואין מורים כן'. לא זו בלבד שאין מצב משפטי זה תורם למטרה הרחבה של תיקון העוול וצמצום הסבל, אלא שאין הוא משרת אפילו את המטרה המוגבלת, מאבק באלימות במשפחה והבטחת מדור שקט לאשה ולילדיה, שלשם השגתה החמיר בית־המשפט עם המבקשת[57].

§549. למישור השני של ההחמרות יש לשייך את הפרשנות הדווקנית של המושג 'מדור בלתי שקט' או 'מדור מופרע'.

בית המשפט לא צעד בעקבות המשמעות הרחבה, האפשרית, של מושג זה. איפוקה של הפסיקה היה מרחיק לכת עוד יותר. בית־המשפט נמנע אפילו מייחוס תוכן מצומצם יותר למושג זה. מתח, עוגמת נפש והטרדה, הנובעים משהות בלתי תדירה בבית בזמנים לא מקובלים ובכל עת שעולה הרצון מצד בן הזוג, לא הביאו להוצאת צו הרחקה[58].

52. הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 175; הלכת איזסק, לעיל הערה 42, בע' 191.

53. הלכת איזסק, לעיל הערה 42, בע' 192. מעניינת הקרבה של הסדרים אלה למגבלות, שמציב הדין הדתי על מתן חיוב לגט בטענת אלימות. על הדין הדתי בהקשר זה, ראה לעיל פסקה 537.

54. הלכת ברזני, לעיל הערה 36, בע' 323; הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 175.

55. הלכת ברזני, לעיל הערה 36, בע' 321; הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע' 177; הלכת כסיף, לעיל הערה 36, בע' 298; הלכת ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 651ד.

56. ראה, לעומת זאת, עמדת שופט המיעוט, השופט א' שינבוים, בהלכת ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 656-657.

57. ראה דעת שופט המיעוט בהלכת ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 657.

58. הלכת רונקין, לעיל הערה 42.

הצדק עם בית־המשפט, כי עובדת קיומם של מאהב או מאהבת כשלעצמה אינה עילה להוצאת הצו[59]. המניע אינו צריך להיות רלבנטי, כשם שהגורם המוסרי אינו בעל משמעות משפטית לעניין מתן הצו או שלילתו. אולם, משקלו הקטן יחסית של הנזק הנגרם לבעל שאין הדירה משמשת למגורי הקבע שלו, מחד גיסא, לעומת הפגיעה הנפשית, שעניינה, בין השאר, המתח, הלחץ העקיף או הישיר, הביזוי, ההשפלה, עוגמת הנפש וכיו"ב הנגרמת לבן זוג מהתנהגות כזו מאידך גיסא, היתה מחייבת הוצאת הצו.

אכן, כך פסקו בתי־המשפט המחוזיים[60]. בתי־משפט אלה הפעילו שיקול דעת רחב במסגרת מילוי תוכן ראוי בזכות למדור שקט. בית־המשפט העליון דחה גישה זו. נאמן לחומרותיו בדק האם קיימת "פגיעה רעה", אלימות או סכנה רוחנית, שכמוה כהתעמרות[61]. מורת רוח, מיאוס[62], צער עמוק, חוסר מרגוע לאשה ולילדים, הפרעה בחיי האשה והילדים, פגיעה ברגשותיהם ובפרטיותם, ואי־נוחות ומתח נפשי[63] — לא הספיקו להרחיק את הבעל ה"תייר" מן הדירה. בית־המשפט ציין, אמנם, כי אילו הוכח, שהביקורים בדירה לא נועדו אלא להפריע, להטריד, לפגוע בפרטיות או לרדת לחיי האשה התוצאה עשויה היתה להיות אחרת[64]. אולם כיצד ניתן להוכיח כוונה כזו, ומדוע אין די במעשים ובתוצאות הטבעיות המתחייבות ממעשים אשר כאלה. בית־המשפט הלך שבי אחר ההבחנה שבין ההפרדה להרחקה והרחיק לכת ביישום הזהירות שכפה על עצמו. פרשנות ליברלית יותר של המדור השלו היתה מצדיקה הוצאת הצו בלי חשש של פלישה לתחום האָסור, בעיני בית־המשפט, של הסדר היחסים בין בני הזוג[65].

לא האספקט המוסרי ואף לא עצם קיומה של צלע שלישית צריכים היו לעמוד ביסוד ההכרעה השיפוטית, אלא התוצאה בפועל בנסיבות המקרה. רק כאשר עצם הבגידה הוא ביטויה היחיד של ההתעמרות, דהיינו כאשר משמעות ההתעמרות מצטמצמת להיבט המוסרי של הבגידה, ולהיבט זה בלבד, אין הצדקה להוצאת צו הרחקה[66]. במקרים אחרים יש בסיס להנחה, שחלק מן הנסיבות יצביעו על דרגה כזו או אחרת של התעמרות, אולם הדבר תלוי בנסיבות.

בדיקת נסיבות המקרים, שהגיעו להכרעת בית־המשפט העליון[67], מלמדת, כי על בסיס התבטאויותיהם של השופטים ניתן היה להצדיק את הוצאת הצו בלי לחרוג מן הגבולות הצרים, שהתווה בית־המשפט לצווי הרחקה. העובדה, כי תוצאה זו לא היתה מנת חלקה של הפסיקה, וכי לא הוצא צו באותם מקרים, מלמדת, כי הסייגים שהציב בית־המשפט פֶּן יתקרב לצווי הפרדה הוליכו אותו כברת דרך ארוכה וקיצונית מדי לכיוון ההפוך.

59. הלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 157.

60. ראה תיק מ"א (ת"א) 2243/79 בן יוסף נ. בן יוסף (לא פורסם) נפסק על ידי השופט א' שינבוים; תיק מ"א 694/82 (חי') שינמן נ. שינמן (לא פורסם) נפסק על ידי השופט י' שווילי.

61. ראה הלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 157, 159.

62. מביטויי בית־המשפט בהלכת נחום, לעיל הערה 40, בעמ' 671.

63. מביטויי השופטים בהלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 157, 159.

64. הלכת רונקין, לעיל הערה 42, בע' 157־158.

65. חשש מהרחבה מתחייבת כזו, כביכול, ראה בהלכת נחום, לעיל הערה 40, בע' 671.

66. ראה הלכת נחום, לעיל הערה 40, בע' 671־672.

67. הלכת רונקין, לעיל הערה 42; הלכת נחום, לעיל הערה 40.

§550. מנגד לא נשקלו גם שני שיקולים שבית־המשפט קבע את הרלבנטיות שלהם אף בעיצומו של עידן ההחמרה ובצד המגבלות שהטיל על הוצאת הצו:
הראשון, למרות המדיניות המצֻמצֶמת קבע השופט מ׳ אלון, כי מידת הזיקה או ה׳קרבה׳ של בן הזוג הנתבע לדירה היא שיקול רלבנטי לצורך הוצאת צו הרחקה. בית־המשפט יקפיד יותר עם המבקשת, כאשר מתבקשת הרחקתו של בן זוג הממשיך לפקוד את הדירה בתדירות ורואה בה את דירת מגוריו. לעומת זאת, הוא יקל עם המבקשת ויחמיר יותר עם משיב, אשר יצא מן הדירה ושב אליה רק סמוך לדיון. בית־המשפט יחמיר עוד יותר עם בן זוג הנמצא, למעשה, מחוץ לדירה, אך שוהה בה מפעם לפעם כדי לממש את ׳זכותו׳. במיוחד אמורים הדברים כאשר השהות בדירה נעשית לצורך הפרעה וירידה לחיי בן הזוג[68].
השני, הצורך להגן על ילדים, הנמצאים בחזקת האשה והגרים עמה, והחובה להבטיח מדור שקט ובטוח מהווים שיקול רלבנטי להוצאת צו הרחקה[69].
לשני שיקולים אלה, אף כי עשויים היו להטות את הכף בהלכת רונקין ואף בזו של נחום, ואם כי בית־המשפט מצטט את הלכת סדן ונסמך עליה כמבטאת את הקו המחמיר והדווקני, לא ניתן המשקל הראוי. בעידן של החמרה השיקולים המקלים נדחקים לשוליים.

§551. מעניין לציין, כי דווקא בבית היוצר של הלכת ההרחקה, בדין הדתי, עשוי להינתן במקרים דומים סעד של הרחקה כעניין שבשגרה. הטעם לכך נעוץ לא רק בעמדה המוסרית או ברצונו של בית־הדין לאכוף התנהגות נאותה על בני הזוג. בית־הדין יראה בנסיבות כאלה פגיעה חמורה בשלום הבית, ומכל מקום — הפרה של חובת הכבוד ההדדי שבני הזוג חבים זה לזה[70].
לגישתו, יראה בית־הדין בהתנהגות כזו של הבעל הפרעה חמורה למדוֹרתּה של האשה וממילא — פגיעה בזכותה למדור שלָּו. אמור מעתה, בית־הדין יוכל להעניק סעד כזה, הן כחלק מענייני נישואין, בגדרן של מספר עילות, והן במסגרת עילת המדור, כחלק מעניין של מזונות, גם במקום שבית־המשפט נמנע מהענקת הסעד. בגישתו המצמצמת נאחז בית־המשפט, בין השאר, בטענה הנוגעת לשמירה על כבודו של הדין הדתי. השמירה על כבודו של בית־הדין, לפחות ככל שהיא נוגעת לסוגייה האחרונה, היא מדומה.

§552. יתכן, כי החומרות היתרות הן פרי הקושי של בתי־המשפט המחוזיים להשלים עם הגישה של בית־המשפט העליון ולישמה. בעקבות זאת חשים שופטי בית־המשפט העליון כי יש להדק את חגורת הכללים[71].
הדינים הנוגעים לצווי הרחקה התגבשו סביב גרעין חזק ומרכזי של שיקול דעת שיפוטי. בית־המשפט קבע, כי כל מקרה יידון על־פי נסיבותיו. שיקול הדעת הרחב יופעל על רקע עקרונות היסוד ולאור הכללים המנחים:

68. ראה הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע׳ 176.
69. ראה הלכת סדן, לעיל הערה 40, בע׳ 177.
70. על חובת הכיבוד ההדדי ראה לעיל פסקאות 205 — 213; ראה גם הלכת חכם, לעיל הערה 12, בע׳ 202 ואילך.
71. ראה השופטת ש׳ נתניהו בהלכת איזסק, לעיל הערה 42, בע׳ 192: ״...ואם מצאתי לחזור כאן

"הכול לפי נסיבות העניין ולפי מהותה של ה'ירידה' לחיי הזולת. הכללים המנחים הם לחיים ניתנה ולא לצער ניתנה, ואין אדם דר עם נחש בכפיפה אחת, ועל־פיהם ולאורם ישקול ויחליט בית־המשפט בכל עניין לפי נסיבותיו"[72].

אולם, בעת ובעונה אחת, צומצם טווח שיקול דעתו של בית־המשפט בכללים מגבילים. לא זו אף זו, במסגרת הכללים המגבילים הוצר מרחב התמרון של בית־המשפט. בית־המשפט המחוזי הושם בסד של מגבלות, שאינן משיירות הרבה מאותו שיקול דעת נרחב, שהוא חיוני כל כך בסוג זה של עניינים.

§553. הנשיא מ' שמגר, מחשיב במיוחד את סמכותו של בית־המשפט להוצאת צווי הרחקה נוכח חוסר האפקטיביות של פעולות שלטונות האכיפה האחרים, קרי המשטרה, בטיפול באלימות במשפחה[73]. דומה, כי האיסורים שכפו ההלכות הפסוקות על שופטי בית־המשפט המחוזי, כובלות את ידי בתי־המשפט ומקרבות את מגבלות המעורבות השיפוטית לאלה של רשויות האחרות.

ב) הערכת ההסדר וביקורתו: לקראת גישה חדשה

§554. המכשיר המשפטי ש'מסר' הדין הדתי בידי בית־המשפט יכול היה להיות מנוצל גם להסדר כולל יותר ומעמיק יותר של הסדר היחסים במשפחה, שהקשרים בתוכה עומדים בסימן של קרע הולך ומתרחב. בית־המשפט הפך את העניין לשאלה של מדיניות עקרונית בדבר החלוקה הנאותה של התפקידים בין בתי־המשפט לבתי־הדין, ובדבר מידת הלגיטימיות של השימוש באמצעי משפטי להשגת תכלית אחרת מזו שנועדה לו במקור. הוא צמצם את ההלכה בדבר הרחקה מן הדירה להגנת המדור מפני אלימות בלבד.

§555. גישתו המצמצמת של בית־המשפט העליון אינה מחויבת המציאות המשפטית, והתוצאה שהגיע אליה בלתי רצויה במציאות הישראלית.

השאלה, האם לנקוט מדיניות של יד רחבה או קפוצה בצווי הרחקה מן הבית, איננה עניין של סמכות. לא ניתן גם לתחמה לעניין מוגבל יחסית של היקף הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בנוגע לפרשנות או באשר ליישום מערכת הכללים על העובדות. המסגרת הפורמלית, סמכות ופרשנות, אשר מונחת לפתחו של בית־המשפט לצורך פיתוח הסוגייה — עניין המדור — הנה בעלת תשתית יציבה מספיק וגמישה דיה כדי לאפשר לבית־המשפט לקצר או להרחיב.

§556. **אשר לסמכות.** בית־המשפט אינו מוסמך אמנם להכריע בענייני נישואין וגירושין, ככאלה, ואין הוא יכול להמיר את סמכות בית־הדין הרבני בסמכותו שלו. אולם די במסגרת הסמכות המוענקת לבית־המשפט, כדי שיוכל להעמיק את מעורבותו בענייני המשפחה.

שוב על כללים מנחים וידועים אלה הרי זה משום שנראה, שדברינו טרם השיגו את מטרתם, והמקרה שלפנינו יוכיח".

72. הלכת **ניר**, לעיל הערה 36, בע' 525־526; ראה על כך, בין היתר, גם בהלכת **ברזני**, לעיל הערה 36; הלכת **כסיף**, לעיל הערה 36, בע' 299־300.

73. מ"מ הנשיא (כתוארו אז) בהלכת **סדן**, לעיל הערה 40, בע' 183.

§557. מבחינה פרשנית הדרך סלולה. היקפה של ההפרעה, שבלעדיה אין זכות המדור מוגשמת, וגדרה, משאירים חופש תמרון רחב וטווח גדול של שיקול דעת לבית־המשפט. ברוח זו קבע בית־המשפט, כפי שראינו, כי האלימות ההופכת את המדור למופרע, וממילא מסכלת את הגשמתו של החיוב, כוללת גם אלימות נפשית, התאכזרות רוחנית, התעמרות וכיוצא באלה[74].

באחד מפסקי־הדין, אשר קדמו לגישה המצמצמת, קבע בית־המשפט מפורשות כי, הפרדה בדרך של הרחקת הבעל מן הבית והענקת מדור בלתי מופרע לאשה אפשרית, משנתערערו היחסים בין בני הזוג בצורה משמעותית[75]. הגיונה של החלטה זו וזיקתה לשאלת המדור השלו והבלתי מופרע הם ברורים:

ראשית, ניתן לראות בכך צעד פרשני — הגיוני — נוסף, הנובע מהרחבת משמעות האלימות לפגיעה נפשית.

שנית, והוא העיקר, טיבה של ההפרעה, היקפה וכמותה אינם עניין של סמכות, אלא של שיקול דעת. מתח מתמיד, קרע מתמשך ביחסים וכיוצא באלה אינם מתיישבים עם המשמעות המקובלת בחברה של מדור שלו ובלתי מופרע.

אמת, מסגרת פרשנית זו אינה מסתפקת בהגנה חיצונית וטכנית נגד אלימות. יש בפרשנות רחבה חדירה עמוקה יותר לענייני המשפחה על שלל היבטיהם. היא יורדת לרבדים עמוקים יותר של הסכסוך. היא משתרעת על מספר רב יותר של משפחות וחודרת בצורה המונית לכל בית מסוכסך. פרשנות כזו מהווה, כביכול, איום על סמכותם הייחודית של בתי־הדין בענייני נישואין וגירושין. סמכותם של אלה משתרעת על שלום בית כמו על גירושין, ובידיהם הופקד הדיון בגורל מערכת היחסים בין בני זוג והסדרתה.

מאידך גיסא, רק פרשנות רחבה כזו מביאה למיצוי מלא את הפרספקטיבה הנכונה של זכות המדור במובנה הרחב ושל האלימות במובנה הרחב.

מדור שקט כולל גם את מכסימום שלוות הנפש או הרגיעה, שניתן להשיג בנתונים קיימים. לעיתים, הדבר מחייב הפרדת בני הזוג זה מזו, ולעיתים אין לנקוט צעד כזה. הדבר תלוי בשיקול הדעת של בית־המשפט בהתחשב בנסיבות הספציפיות של כל מקרה, מתוך פרספקטיבה רחבה ובהתבסס על מאגר גדול ושלם של שיקולים הנוגעים לצדדים, לילדיהם, למערכת היחסים שביניהם ולהקשר הרחב של חיי המשפחה.

את מושג האלימות ניתן לפרש גם כאלימות כבושה, גם כאלימות מילולית וגם כגורמי מתח והפרעה, העלולים לדרדר את מערכת היחסים לסוגים שונים של אלימות. הפרשנות רשאית להתייחס למערכת אלימה של יחסים ולא רק לאלימות במובן המצומצם.

§558. העובדה, שמערכת השיקולים הרחבה היא עניינו של בית־הדין המוסמך להכריע בענייני נישואין וגירושין, אינה מפקיעה אותה מבתי־המשפט. אם עניין המצוי בסמכותו של בית־משפט מחייב היזקקות לשיקולים שונים כדי להגיע להחלטה נכונה יותר וצודקת יותר על בסיס פרשנות רחבה, על ערכאה זו להיכבד ולהיכנס לעובי הקורה. זו חובתו של בית־המשפט ולא רק רשותו. דברים אלה אמורים גם באשר לשיקולים הנשקלים

74. ראה לעיל הערה 40.

75. הלכת שלטון, לעיל הערה 36.

בדרך כלל על ידי ערכאה אחרת בדונה בעניינים שבסמכותה, והם לחם חוקה של ערכאה זו.

§559. צווים שונים, כולל שימוש או מניעת שימוש ברכוש, תשלום מזונות והרחקה מן הבית, הם מן האמצעים המקובלים במסגרת המאבק משפטי באלימות במשפחה במדינות שונות[76]. על אחת כמה וכמה יפה הדבר בשיטתנו המשפטית.

§560. הפרשנות הרחבה ל'מדור שלו' מתחייבת גם מגישתנו העקרונית לתפקידו של בית־המשפט בענייני משפחה. אחריותו האזרחית של בית־המשפט לתחום דיני המשפחה מחייבת הפעלת גישה אינטגרטיבית ונקיטת אמצעים לסגירת פערים[77]. צווי הרחקה הם אמצעי הולם ויעיל להתמודד עם הסדר ענייני המשפחה במובן הצר ובמובן הרחב, כאחד. צווי הרחקה עונים במיוחד לצורכי ההתמודדות עם עניינים שונים ובין היתר להשגת המטרות הבאות: הקלת סבלם של בעלי הדין, השוואת כוח המיקוח הנחות של האשה, הקהיית עוקצם של אמצעי הסחטנות, הקלה על הסדר היחסים במשפחה והקלת הקושי להתיר נישואין ללא הסכמה בשיטתנו המשפטית.

§561. ראינו, כי מבחינה עניינית אין הצדקה לגישה הפרטנית, המבודדת, ומבחינה מעשית אין כל אפשרות לחתוך את השיקולים המשפחתיים באופן מלאכותי[78]. ההבחנה בין המטרה לאמצעים היא מלאכותית. כל הקרוב אצל דיני המשפחה מודע למציאות המשפטית, ולפיה — כל הכרעה בסוגיית המזונות פורשת את יריעת הסכסוך המשפחתי במלואה. אין כל אפשרות לדחוק את תביעת המזונות למסגרת של סכסוך כספי רגיל ומקובל. צו הרחקה מצוי בגדרה של סוגיית המדור וסוגייה זו, מצדה, היא נגזרת של דיני המזונות. מטבע הדברים מתגלה בתביעה לצו הרחקה אותו מרחב של שיקולים וטיעונים המתגלה בתביעות מזונות.

§562. בית־המשפט מבקר את השימוש בתכסנות ובדרכי עקיפין כדי להשיג באמצעות צו הרחקה מטרות בענייני גירושין וכן — בהסדר מערכת היחסים הכוללת בין בני הזוג ובתוך המשפחה[79]. אולם כבר הראנו, כי בתחום דיני משפחה זו דרכו של המשפט הישראלי. לא פעם עושה בית־המשפט אמצעי משפטי אחד 'כלי שרת' להשגת מדיניות משפטית רצויה. כך נהג לשם הכרה בסטאטוס נישואין אזרחי, שנולד בחיקו של משפט זר[80]. יתרה מזו, בית־המשפט גילה אהדה לתחבולה ולתכסנות של צדדים כדי להשיג מטרות רצויות. כך נהג בסוגיית הקידושין הפרטיים[81]. בשני מקרים אלה, כמו גם בעניינים אחרים, הביא

76. S.M. Cretney, **Principles of Family law** (4th ed., London, 1984) 233 et seq.; B.M. Hoggett & D. S. Pearl, **The Family, Law and Society, Cases and Materials** (London, 1983) 515 et seq.

77. ראה לעיל פסקאות 182 — 195.

78. ראה לעיל פסקאות 182 — 187.

79. ראה לעיל פסקה 546.

80. ראה לעיל פסקה 43.

81. ראה השופט מ' לנדוי בבג"צ 80/63 **גורפינקל וחקלאי נ. שר הפנים**, פ"ד יז 2048, 2069: "אינני רואה מקום לתרעומת על התנהגות המבקשים בגלל התחבולה שהם השתמשו"; בבג"צ

בית־המשפט ממרחק לחמו. הוא יצר מערכת אזרחית מקבילה של דיני המשפחה תוך שימוש בכללים מתחומים משפטיים שונים ואימוץ טכניקה של שעבוד כלים משפטיים קיימים — למטרות אחרות מאלה שנועדו להן מלכתחילה.

אם ניישם את הגישה העקרונית של סגירת פערים ואת הדרכים המשפטיות שננקטו לשם כך נגיע למסקנה, כי קיימת דרך מלך משפטית להשגת המטרות האמורות. שימוש בצו הרחקה מן הבית כאמצעי להשגת פתרון מקיף וכולל יותר מעוגנת הן בדין הדתי והן במדיניות המשפטית של בית־המשפט העליון. שימוש באמצעי זה למטרות האמורות נופל בעוצמתו מן האמצעים שהופעלו בהלכות הנוגעות לקידושין פרטיים ולהכרה בסטאטוס נישואין אזרחי, שנולד בחיקו של משפט זר. במקום אחר הרחבנו את הדיבור על גבולותיה של סגירת הפערים[82]. צו ההרחקה כאמצעי למעורבות בהסדר הכולל של מערכת היחסים במשפחה אינו ניתן לשיבוץ במסגרת אחד מן החריגים לסגירת פערים.

§563. ככלל — לא יעלה על הדעת שבית־המשפט, העוסק בקטע כלשהו מן הסכסוך במשפחה, לא ייתן את הדעת לשיקולים שונים, רחבים וכוללים. בית־המשפט בוחן את הסכסוך במשפחה לא באספקלריה המצומצמת הדיונית, שהצדדים הגישו לו, אלא מאחר באמצעות התביעה את הסכסוך, חודר אל תוכו ומטפל בלב הבעיות.

גם אם המטרה העיקרית של הליך ההרחקה אינה הפרדה והקלת הגירושין אלא הבטחת מדור שקט, לא ניתן להתעלם מן הגורמים לתביעה ומן ההקשר הכולל של מערכת היחסים בתוך המשפחה. הבטחת מדור שקט טומנת בחובה מערכת קשרי משפחה, שיש לקחת אותם בחשבון כמכלול שלם כדי לנסות ולהשיג את המטרה המצומצמת. הסעד הספציפי הוא רק אמצעי להבטחת אינטרסים של משפחה, שהמערכת המשפטית מגִנה עליה בכללותה. הבחנה בין השיקולים לצרכים שונים של התדיינות היא הרסנית בכל הנוגע לרווחת הילדים, ליכולת השיקום, לריבוי התדיינויות, לסבלם של הצדדים וכיוצא באלה.

הסתירה הבולטת שבה נלכד בית־המשפט בפרשת ליפשיץ, עת הוא מבקש לתת ביטוי לגישה הצרה, מעידה על חוסר המציאותיות שבה. מצד אחד נאמר:

> "אין להשתמש ב[צו] לשם פתרון הקשיים שבמערכת היחסים בין בני הזוג, מעבר להגנת זכות המדור של האשה"[83].

אולם, מצד שני, באותה נשימה ממש, מספר שורות למטה מן העניין נאמר:

> "הצו... נועד, בין היתר, להביא לתקופת צינון ביחסי בני הזוג ולבנית תשתית יחסים חדשה נאותה יותר"[84].

בית־המשפט מנסה להשיג את הבלתי אפשרי. הצהרותיו והקווים המנחים שהתווה לעצמו בסוגייה זו הן גזירה, שהתחום המשפטי של דיני המשפחה אינו יכול לעמוד בה.

51/69 רודניצקי נ. **בית־הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד (1) 704, 712 חוזר בית־המשפט על "הטעמים שהמריצוני... לסמוך ידי על 'התחבולה' שבני הזוג מצאו לעצמם". על סוגיית הקידושין הפרטיים ראה עוד **לעיל** פסקאות 48, 50־51, 55 — 57, 79, 174, 271, 323, 341, 351, 376, 378.

82. ראה **לעיל** פסקאות 364 — 379.

83. **הלכת ליפשיץ**, **לעיל** הערה 36, בע' 651.

84. **הלכת ליפשיץ**, **לעיל** הערה 36, בע' 651.

§564. יתר על כן, כל אמצעי המופעל על ידי הצדדים וכל סעד הניתן במסגרת המשפחה משפיעים על קשרי הנישואין ועל סיכויי התרת הקשר. סירוב למתן צו הרחקה אינו משפיע פחות על מערכת היחסים ועל סיכויי התרת הקשר מאשר היענות לבקשה. כל מדיניות שיפוטית ללא יוצא מן הכלל, בין קימוץ בהוצאת הצו ובין פתיחת שערי הסעד האמור לרווחה, יש לה השלכה על מערכת היחסים של כלל בני הזוג בישראל, והיא משפיעה על ההסדרים במשפחה. בית־המשפט אינו רשאי להתעלם מן העובדה, כי המדיניות המנחה את פסיקתו משפיעה ישירות ובעקיפין על אופן ההתנהגות של בני הזוג, על אימוץ אסטרטגיה משפטית ועל דרכי המאבק בין כותלי בית־המשפט, ומחוצה לו. כמו יונה הנביא מנסה בית־המשפט בפסיקתו לברוח מפני תוצאה שאין הוא יכול להימלט ממנה, והיא —

"שהסעד לא יחרוג ממטרתו האמיתית, כמכשיר להבטחת מדור שקט לאשה ולילדים"[85].

§565. משום כך לא ייפלא, כי התוצאה שבית־המשפט הגיע אליה בעקבות מדיניותו הנוכחית, הקופצת ידה במתן צווי הרחקה מן הבית, גם היא כלי מלחמה במאבקם של הצדדים להשגת גט; כלי אחר, בעל אפקט שונה, אך עדיין אמצעי בר השפעה. מתן הצו כמו גם שלילתו וכמו אמצעים משפטיים אחרים, ובתוכם מזונות והסדרים רכושיים, משנים את מערכת יחסי הכוחות במשפחה ומשפיעים על זכויות הצדדים ועל יכולתם להגיע למטרה הרצויה על ידיהם[86].

"אם כי לא נוסד הסעד להיות לעזר לצד מן הצדדים במלחמתו להשגת הגט, אין בית המשפט יכול לעצום את עיניו מהעובדה, שלמעשה קובע הצו את דרך חיי הזוג, כפי שגם פסק־דין למזונות קובע דרך זו... לשם כך צריך בית־המשפט לברר את תמונת החיים בין בני הזוג בכללותה..."[87].

עמדה זו של שופט המיעוט א' שיינבוים, רגליה מוצבות בקרקע המציאות וראשה מגיע לעשיית הצדק. מאידך גיסא, המדיניות שקובע בית־המשפט היא מדיניות של בת־יענה: היא מתעלמת מן העובדה שביכולתה להשפיע על אופי ההתנהגות של הבעל כלפי האשה. חשש מצו הרחקה יכול לגרום, באותה מידה שלמשפט יש השפעה על אורחות חיים, ליתר זהירות כלפי האשה; הערמת קשיים לפני הענקת הצו עלולה איפוא לסכל אמצעי הרתעה חשוב.

§566. כבר הצבענו[88] על המצב הפרדוכסלי הנוצר כאשר אותה מערכת של שיקולים, שבעטייה הוגבל מתן צו הרחקה עד למינימום, משמשת היא עצמה את בית המשפט כאמת־מידה למתן הצו באותם מקרים מעטים יחסית.

85. הלכת כסיף, לעיל הערה 36, בע' 301.

86. ראה השופט א' שינבוים בעניין ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 3656ג־ד, הרומז להשפעה שיש לכל סוג של מדיניות שיפוטית על יחסי הכוחות במשפחה ועל התנהגות בני הזוג. כך, למשל, הימנעות ממתן צווים מאפשרת לבעל לכפות, ביתר קלות, גירושין על האשה בדרכי אלימות. לעומת זאת, שימוש רחב בסעד עשוי להוות נשק, אמצעי לחץ, בידי האשה להניע את הבעל למתן הגט.

87. השופט א' שינבוים בעניין ליפשיץ, לעיל הערה 36, בע' 656־657.

88. ראה לעיל פסקה 184.

§567. בסופו של דבר, הנזק הנובע מן המדיניות השיפוטית הרווחת הוא כולל ומקיף. האיסורים שכפתה ההלכה הפסוקה הופכים את צו ההרחקה מן הבית כמעט ל׳הלכה ואין מורין כן׳. לא זו בלבד שאין הצו משרת את המטרה הרחבה, אלא שגם המטרה הצרה אינה מושגת. בית־המשפט מעלים עין מתמונת הסכסוך המשפחתי בשלמותו, והסדר כולל של מערכת היחסים נדחה. לא נעשה ניסיון לתקן את כוח המיקוח בשיטה, וגם דרכים עקיפות להקלת התרת הקשר אינן מנוצלות. אולם, בגלל הקשר הבלתי ניתן להתרה שבין סוגייה זו להיבט הרחב של הסכסוך במשפחה, אין צו ההרחקה משרת אפילו את המטרה המוגבלת של המאבק באלימות במשפחה ושל הבטחת מדור שקט לאשה ולילדיה.

הרושם, העלול להתקבל מן המגבלות הרבות שבית־המשפט מעמיד ומן הכללים הנוקשים הנקבעים על ידיו הוא, כי הטיפול באלימות באמצעות צווי הרחקה קשה, אם לא בלתי אפשרי. נוצר הרושם, כי למערכת השיפוטית, בשני חלקיה, אין תשובה מרתיעה, יעילה ואפקטיבית להתמודדות עם בעיית המתיחות במשפחה בכלל ולבעיית האלימות במשפחה, בפרט. כתוצאה מכך עשוי הציבור לחשוב, כי דרך אלימים צָלְחה. הקשיים הנערמים על דרכו של מבקש הצו מנטרלים את המעט מגורם ההרתעה, שעוד נשאר לצווי הרחקה בעקבות הגישה המצמצמת, שהותוותה על ידי בית־המשפט העליון.

§568. על רקעה של מדיניות שיפוטית זו זכור לטוב פסק־דין, הנוקט גישה אינטגרטיבית בתחום זה של צווי הרחקה מן הבית וזיקתם להסדר הגירושין בין בני הזוג. בית־המשפט העליון אישר פסק־דין מחוזי, אשר יצר הלכה למעשה תלות בין סוגיית ההרחקה מן הבית לבין התנאים והנסיבות, הקשורים לענייני הגירושין של בני זוג. בית־המשפט לא קיבל את טענת הבעל־המערער, כי

> ״לא צריך לערבב מין בשאינו מינו ולהתנות צו מניעה שניתן בבית־משפט מחוזי, בהחלטתו של בית־הדין הרבני״[89].

כנגד טענה זו מתייחס בית־המשפט העליון לנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניו, המצדיקות התנייה כזו, ופוסק, כי

> ״יש היגיון רב בהחלטתו של בית־המשפט המחוזי... כי אם יחלו הליכים בבית־דין הרבני, מן הראוי שההחלטה בדבר חזרת הבעל לביתו תותנה בהחלטתה הנוספת של הערכאה הרבנית הדנה בעניין, ואשר תוכל לתת דעתה לתנאים ולנסיבות שהתקיימו בעת הדיון בתביעת הגירושין האמורה״[90].

הנשיא מ׳ שמגר מציין בפסק־דינו, כי אין סתירה בין פסק־דין זה להלכות קודמות של בית־המשפט העליון, הנוגעות לצו הרחקה מן הבית. לנו נראה, כי גם אם סתירה משפטית אין בפסק הדין — נושבת ממנו רוח אחרת מזו, שהיתה מהלכת בהלכות הקודמות: יתכן מאד, כי בעתיד ידבק בית־המשפט בהלכות הקודמות ולא יפסוק ברוח הגישה האינטגרטיבית, המניעה את פסק־הדין האחרון. עלינו מקובלת לא רק התוצאה של פסק־הדין, אלא גם התבנית העקרונית של אופן ההכרעה והגישה השיפוטית לסכסוך משפטי בין בני זוג, המאפיינת את פסק־הדין. למען שלמותה של התמונה יש לחזור

89. ע״א 745/87 סריוטי נ. סריוטי, פ״ד מב (4) 878, 879.

90. הלכת סריוטי, שם בע׳ 880.

ולציין, כי פסק־דין זה הוא המשך למדיניות שנהגה בבית־המשפט בתחילת דרכם של צווי ההרחקה[91].

אפשר לנסח מסקנה, ועל פיה גם הסעד של צו הרחקה, כמו סעדים אחרים בהקשרים שונים של דיני משפחה, הולם את המטרה של הסדרת מערכת היחסים בין בני הזוג במסגרת הכוללת של המשפחה. אין מטרה כזו יכולה להיחשב כזרה[92].

§569. **צו הרחקה, גם על־פי התפיסה הרחבה המוצגת כאן, אינו צו הפרדה במובן המקובל** בשיטות משפטיות אחרות. אין, איפוא מקום לחששות, שמביע בית־המשפט, מפני החדרת צו כזה לשיטתנו המשפטית בדלת האחורית ועל ידי מעשה של חקיקה שיפוטית. צו הפרדה הוא מעין פסק גירושין מוקדם בזעיר אנפין, ולגביו קיימות הוראות מיוחדות. במקרים מסוימים הוא שלב מוקדם קבוע לפני התרת קשר הנישואין[93].

שיקול הדעת הרחב של בית־המשפט במסגרת הסמכות להוצאת צו הרחקה והאינטרסים השונים של מערכת יחסי המשפחה, שהוא רשאי להביא בחשבון, כמו גם מִגוון הסעדים שהוא רשאי לתיתם בהקשר זה מלמדים על השוני בין צו הרחקה לבין צו הפרדה במובנו המקובל.

§570. הטענה, כי בדיון הנוגע להוצאת צו הרחקה אין לפני בית־המשפט חומר של ראיות ומסמכים, שיש בו כדי לתת בידיו מידע מספיק, המאפשר החלטה המקדמת פתרון רצוי וצודק להסדרת היחסים האישיים שבין בני הזוג לגופם[94], היא טאוטולוגית. מעיקרא דדינא פירכא. כמות הראיות ואופיים הם פונקציה של ההליך הנטען ומטרתו. הליך המבוסס על מערכת רחבה של שיקולים ועל מדיניות ליברלית למתן צווי הרחקה, על בסיס תפיסה רחבה של מטרת ההליך וייעודו, תכתיב, ממילא, את אופי הראיות, טיבן והיקפן.

§571. בית־המשפט תלה את מגמת הצמצום בהוצאת צווי הרחקה גם בכך, שמגמה מרחיבה מזמנת תקלות שונות. הפרצה קוראת ליצירת התגרויות מכוונות, צדדים מבקשים להשיג יתרונות בלתי צודקים ועוד. אולם, סתימת הפרצה אינה מחייבת אטימת הבניין, שכן אטימה כמוה כהריסה מוחלטת: היא משליכה את התינוק יחד עם המים. ניתן לטפל בתקלות בלי לפגוע במוסד ובתועלת, שהוא מביא לדיני המשפחה בישראל.

§572. דווקא בחינה כוללת של מערכת היחסים במשפחה, הענקת מרחב תמרון להפעלת שיקול דעת על ידי בית־המשפט, תוך פרשנות רחבה של מדור בלתי מופרע, עשויה להיות מנוף להסדר ראוי של סוגייה חשובה. היקף רחב של שיקול דעת יכול להוביל את המכשיר המשפטי לנתיב של הגנה נגד אלימות, במובנה הרחב, תוך התייחסות לסוגייה זו בהקשר הנכון, דהיינו, ההקשר הכולל של חיי המשפחה, בלי לגרום באמצעותו קלקול בהקשר הרחב של הקשר בין הצדדים וילדיהם.

91. הלכת שלטון, לעיל הערה 36. ראה גם לעיל בטכסט סמוך להערה 73.

92. ראה לעיל פסקה 183.

93. על ההפרדה ראה S.M. Cretney, **supra** note 76, at 229 et seq.; P.M. Bromley & N.V. Lowe, **Bromley's Family Law** (7th ed., London, 1987) 155 et seq.

94. ראה הלכת סדן, לעיל הערה 40, בעמ' 174.

לשם מניעתן של תקלות במתן הסעד מוענק לבית־המשפט שיקול הדעת הרחב. בית־המשפט יאתר את השימוש המלאכותי בסעד, או שימוש לרעה בו. התגרויות מכוונות יזכו לטיפול השיפוטי הראוי. אין כמובן להעלות על הדעת, כי לא יוענק סעד במקרה של אלימות של ממש, בין גופנית ובין מילולית. אולם במקרים אחרים, רשאי בית־המשפט שלא להעניק סעד במקום, שבו ההיבט הכולל של מערכת היחסים בין הצדדים מצדיק זאת. כך, למשל, אם מבקש הסעד הוא סרבן הגט, יש לשקול היטב אם מן הראוי להיענות לבקשה. שיקול דעת מדוד ומאוזן, ולא צמצום כוחו של בית־המשפט או הגבלת תכליתו, הוא התשובה המשפטית הראויה לתקלות ששימוש באמצעי משפטי זה עלול להביא להן.

סיכום

§573. צו הרחקה מן הבית התחיל כיצירה שיפוטית מתקנת בדיני המשפחה בישראל. בית־המשפט העיד על חשיבות הפעלת שיקול דעת פתוח להפעלתו וליישומו. ברבות הימים הוא הפך להיות כלי משפטי נוקשה, מוגבל בכללים מחמירים המחטיא את המטרה.
בשיטה מורכבת ובלתי מקובלת כמו זו הישראלית ההתמודדות השיפוטית חייבת להיות יצירתית. על בית־המשפט להתאים עצמו לשיטה, כפי שאכן נהג פעמים הרבה, ולפלס נתיבות המקלות על הקשיים של המערכת הקיימת.
בית־המשפט, המפעיל כלי משפטי בדרך נוקשה ודווקנית, אינו תורם לשלמות המשפחה או לרווחתה או ליכולת השיקום של יחידיה. ההיפך הוא הנכון: גישה, שאינה מתחשבת במכלול ומתעלמת במתכוון מן התמונה בשלמותה, עלולה לגרום נזק למשפחה. הסדר כזה, הפרוץ בו מרובה מהעומד.
המערכת הקיימת אינה מתמודדת כהלכה עם הבעיה. הפתרונות בדין הדתי אינם מוצאים ביטוי מלא ויעיל במציאות החדשה. הדין הדתי לא השכיל להתאים את עצמו למסגרת הישראלית ולא פתח שער. המשפט האזרחי ממעט עצמו והפסיקה בסוגייה זו רעתה בשדה הפורמליות תחת אשר יכולה היתה להתאים עצמה לצרכים המיוחדים של השיטה, כפי שידעה לעשות בסוגיות אחרות בעבר. הסוגייה נופלת בין אי־ההתאמה של הכיסא הדתי למידת הצמצום של הכיסא האזרחי. בעוד טיפול נכון בבעיית האלימות במשפחה יכול היה להוות מנוף להסדר כולל של היחסים בתוך המשפחה — סחפה עמה מידת הצמצום לא רק את ההסדר הכולל, אלא אפילו את התחום הצנוע יותר של האלימות. תקיפה משפטית ישירה, אמיצה וראויה, של בעית האלימות במשפחה עשויה היתה להביא לתקיפה עקיפה של הסדר מערכת היחסים הכוללת במשפחה. בית־המשפט שמט מידיו אמצעי חשוב להקלת סבלם של בני זוג ולסגירה חיונית של פער בין הדין למציאות. דרושה פרספקטיבה אחרת מצד הפסיקה.

§574. המסקנה המתחייבת היא כי הן מבחינת הסמכות, הן מבחינת היקף שיקול הדעת, הן מבחינת המדיניות המשפטית העקרונית (חלוקת התפקידים בין הערכאות ודרך השימוש באמצעים משפטיים), הן מן ההיבט המעשי, הן מנקודת המבט של הדין הרצוי — ואפילו מבחינת הגשמת התוצאה המצומצמת שבית־המשפט חתר אליה — לא היתה הצדקה לגישה המצמצמת ולהגבלות על הוצאת צווי הרחקה מן הבית.

שינוי התוצאה המשפטית אינו מחייב תפנית מלאה ואינו מזקיק את בית־המשפט לקביעה מחודשת ומפורשת של המדיניות המשפטית. כדי להשיג את התוצאה הרצויה ואת התכלית הנדרשת די לבית־המשפט ללכת בעקבות הפסיקה המרחיבה, ולהפעיל את שיקול הדעת על־פי התבנית הגנוזה בפסקי־דינו.

פרק שישי

פירוק שיתוף בנכס

מבוא: ייחודה של הסוגייה בצומת בין דיני הקניין לדיני המשפחה

§575. יישומם של עקרונות האחריות האזרחית יפה גם לסוגייה זו של פירוק שיתוף קנייני בנכסיהם של בני זוג. בסוגייה זו מעמיד המשפט האזרחי לרשות בני הזוג ערכאה אזרחית מוסמכת ומערכת של משפט אזרחי. כפי שהראנו בראשית השער השני מעורבות המשפט האזרחי מחייבת נקיטת גישה אינטגרטיבית, אימוץ מדיניות של סגירת פערים במסגרת המשפטית הקיימת ונטילת אחריות כוללת לדיני המשפחה בשיטה הישראלית.

סוגיית פירוק השיתוף בין בני זוג מצויה בצומת הדרכים שבין דיני הקניין לדיני המשפחה. היא יונקת משני עולמות משפטיים. בתי־המשפט נדרשים למצוא דרך, המשלבת את שני התחומים כאחד במסגרת המשפטית הקיימת. על המערכת המשפטית לענות לצרכים המיוחדים של המציאות הישראלית המיוחדת ולמצוא את איזון האינטרסים הראוי בין שיקולים שונים של מדיניות משפטית הכרוכים בסוגייה זו.

המציאות המשפטית הישראלית מזמנת לבתי־המשפט תפקיד רב אחריות ורב משמעות בסוגייה זו של פירוק שיתוף קנייני. במסגרת דיני המשפחה פירוק השיתוף הוא אמצעי, שמעמידים דיני הקניין לרשותם של בני הזוג לקידום ענייניהם או להסדרה חלקית של מערכת היחסים בתוך המשפחה. פירוק השיתוף משפיע בהכרח על הסדר מערכת היחסים הממונית והרכושית של בני הזוג וילדיהם ועל ההסדר הכולל של ענייני המשפחה. כמו כן, תורם פירוק השיתוף לקידום או לזירוז הליכי הגירושין בין בני הזוג.

1) סמכות שיפוט

§576. שאלת הסמכות בנושא פירוק שיתוף קנייני היא מורכבת, הואיל ואפשר לתאר מצב שבו מספר ערכאות תאחזנה באותו עניין. סמכותן של ערכאות השיפוט נקבעת לפי מהותו של הסעד אותו מבקש הפונה[1]. על בסיס מבחן זה נברר את סמכותן של ערכאות השיפוט בנושא.

1. ע"א 27/77 **טובי נ. רפאלי**, פ"ד לא (3) 561; ע"א 510/82 **חסן נ. פלדמן**, פ"ד לז (3) 1; בג"צ 727/85 **נוצר נ. בית־הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא (2) 589, 593.

בית־המשפט השלום הוא הערכאה המוסמכת לפרק שיתוף במקרקעין, מכוח סעיף 51(א)(3) לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984. בפירוק שיתוף קנייני במיטלטלין (לרבות זכויות) מוסמכים לדון בית־משפט השלום או בית המשפט המחוזי בהתאם לשוויו של הנכס. זכויות במקרקעין, שאינן רשומות בפנקס המקרקעין, הן בבחינת התחייבויות לעשות עסקה במקרקעין, דהיינו יש למיינן כזכויות חוזיות[2]. פירוק השיתוף בזכויות אלו נעשה במסגרת חוק המיטלטלין, תשל"א־1971, ועל־פיו[3].

§577. במסגרת הסמכות הכללית והשיורית בכלל ובענייני המעמד האישי בפרט, מוסמך בית־המשפט המחוזי ליתן הצהרה על זכויות בני הזוג בנכסים. בית־משפט זה מוסמך גם לחלק את כלל הרכוש בין בני זוג.

כאשר פירוק השיתוף הקנייני הִנו חלק מהסדר מערכת היחסים הממונית והרכושית הכוללת בין בני זוג, מסור העניין לבית־המשפט המחוזי והוא מוסמך לתת סעד של פירוק שיתוף[4]. בנסיבות אלו העדיף בית־המשפט את ריכוז ההתדיינות, את מניעת פיצול הדיון ואת סיכולה של ההתרוצצות מערכאה לערכאה על פני דווקנות השיפוט הייחודי. אפילו בסופו של הליך מתברר כי פירוק השיתוף הקנייני במקרקעין הוא השאלה היחידה שנותרה להכרעה, אין זה שולל את סמכותו של בית־המשפט המחוזי, שנקנתה כדין עם פתיחת ההליך.

§578. בית־הדין הרבני מוסמך לדון בעניינים רכושיים של בני זוג בהסכמה, או כאשר העניין נכרך בתביעת הגירושין[5]. טעמי המדיניות המשפטית, שהנחו את בית־המשפט בהקנותו סמכות לבית־המשפט המחוזי בנסיבות של התדיינות רכושית כוללת, יעמדו גם להקניית הסמכות לבית־הדין הרבני בנסיבות דומות. אם כי, לא תמיד טעמי מדיניות, העומדים לקביעת הסמכות בתוך המערכת האזרחית יפים גם ל'העברת' סמכות מערכאה אזרחית לערכאה 'חיצונית', בין דתית ובין חילונית. אולם במקרה זה, תומכת המדיניות המשפטית גם בסמכותו של בית־הדין הרבני לדון בפירוק שיתוף קנייני במסגרת הכרעה כוללת בענייני הרכוש של בני זוג שנכרכו כדין.

2. עסקה במקרקעין, שאינם רשומים בפנקס המקרקעין או עסקה בנוגע לזכות בלתי רשומה בפנקס המקרקעין אינם בבחינת זכות במקרקעין או עסקה במקרקעין כמובנם בחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969. עסקה כזו נחשבת כזכות אובליגטורית או כעסקה אובליגטורית, ראה ע"א 514/76 **חשש נ. דמארי**, פ"ד לא (2) 505, 515־516, 518; ע"א 91/77 **ביקסר נ. 'עמידר' החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ**, פ"ד לב (1) 73, 80; ע"א 274/79 **חורי נ. כנען**, פ"ד לה (3) 337; ע"א 641/83 **פרידמן נ. פרידמן**, פ"ד מ (2) 253; ע"א 307/85 **מנהל מס שבח מקרקעין, תל־אביב, נ' זמר**, פ"ד מא (4) 826, 830־831.

3. בר"ע (ת"א) 8602/86 **לנצוט נ. לנצוט**, פסקים תשמ"ז ג 438. קיימת דעה, כי הסמכות לפירוק שיתוף בנכס מקרקעין מסורה לבית־משפט השלום — יהא אשר יהא אופיה של הזכות בנכס, ראה ת"א (ב"ש) 255/82 **להב נ. להב**, פסקים תשמ"ג א 39. אולם גם לדעה זו המסגרת המשפטית לפירוק השיתוף היא חוק המיטלטלין, תשל"א־1971, ולא חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969.

4. ע"א 472/83 **אריאלי נ. אריאלי**, פ"ד מא (3) 200, 207־208.

5. על הלכת ה'כריכה' ראה לעיל פסקאות 21 — 38.

השאלה, האם ניתן לכרוך תביעת פירוק שיתוף במקרקעין כשהיא לעצמה ולא במסגרת של הכרעה כוללת בענייני הרכוש, מורכבת יותר:

מצד אחד, יכולה הכריכה להקיף גם עניינים, הנמצאים כרגיל בסמכותה הייחודית של ערכאה אחרת[6]. יתר על כן, הואיל וניתן לכרוך את המחלוקות הנוגעות לנכס כלשהו בתביעת גירושין, לא מן המידה הוא לחלק סוגים שונים של סעדים בין ערכאות שונות, לגבי אותו נכס עצמו. במקרים רבים עניין פירוק השיתוף נובע מן ההכרעה בזכויות הצדדים בנכס ומתחייב ממנו.

מצד אחר, הסמכות לפרק שיתוף במקרקעין יוחדה לבית־משפט אחד, הוא בית־משפט השלום. פירוק שיתוף במקרקעין מחייב שילוב של הכרעות שיפוטיות והסדרים מנהליים. זאת ועוד, הוראות הפירוק בחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, אינן מחייבות את בית־הדין הרבני. הוא דן בעניין על־פי הוראות הדין העברי הכללי. מדיניות של מניעת אפליה בין צדדים ראוי לה שתעדיף הסדר אחיד של פירוק שיתוף קנייני בבית־משפט השלום כערכאה המוסמכת ייחודית לדון בעניין.

כשעלתה השאלה במפורש היא הושארה בצריך עיון[7]. במקרה אחר יצא בית־המשפט העליון מהנחה, כי עניין פירוק השיתוף ניתן לכריכה בתביעת גירושין במסגרת כריכת המחלוקות, הנוגעות לדירת המגורים של בני הזוג[8].

בכל מקרה, על כריכת פירוק שיתוף קנייני בנכס מסוים למלא אחר התנאים הנדרשים לשם כך. פירוק שיתוף קנייני בנכס מסוים, גם כאשר הוא נכלל במסגרת חלוקת נכסים כוללת בין בני הזוג, חייב להיכרך במפורש. כנות הכריכה תיבדק לפי מידת הכוונה של התובע לדון בעניין ביעילות וללא דחיות. בעל דין, הכורך את פירוק השיתוף בתביעת הגירושין בבית־הדין הרבני, חייב לתבוע את הפירוק ולא את מניעתו. הכורך את פירוק השיתוף בנכס מסוים כדי לסכל את הפירוק ולהימנע ממנו, עושה כן במטרה לסגור את שערי בית־משפט השלום בפני הצד שכנגד. בעל דין כזה אינו יכול לעמוד בתנאי הכנות הנדרשים ממנו.

2) גישות מונוליטיות

§579. בסוגיית הדין החל על פירוק שיתוף קנייני עשויות להינקט גישות קיצוניות ומונוליטיות, המתייחסות לתחום משפטי אחד בלבד, מתעלמות מן האחר כמעט כליל וממילא — מתעלמות גם ממורכבותה של הסיטואציה במשפט הישראלי.

גישתו של בית־הדין הרבני היא, כי הסוגייה עניינה בדיני המשפחה בלבד. בית־הדין מתייחס ליחסים הממוניים בין בני הזוג כמסדרון לשלום הבית. פירוק שיתוף מונע, לדעת בית־הדין, את אפשרות השגת שלום הבית ומסכל אותו. גם הפרדתה של חלוקת הרכוש, ולו חלקית בלבד, מהליך הגירושין אינה מקובלת על בית־הדין; בעיניו יש כאן חדירה לתחום

6. ע"א 8/59 **גולדמן נ. גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1091.
7. בג"צ 635/82 **וינברג נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו**, פ"ד לז (4) 253, 259־260.
8. ע"א 736/85 **לזר נ. לזר**, פ"ד לט (4) 668.

סמכותו הייחודית בענייני נישואין וגירושין. בלעדיותו של בית־הדין בתחום ענייני הגירושין נשללת, ויכולת השליטה המלאה שלו על הליך הגירושין מתקפחת[9].
זאת ועוד, הגשת תביעה נפרדת ובלתי תלויה בהליך הגירושין לבית־המשפט לפירוק שיתוף בנכס — מטילה את המשפט האזרחי על העניין ומוציאה את הדין הדתי, שמחיל בית־הדין בדונו בעניין במסגרת הליך גירושין.
לדידו של בית־הדין, הקדמת מועד פירוק השיתוף ללא קשר לגירושין מהווה פגיעה במשפחה, מחד גיסא, ובסמכותו הייחודית של בית־הדין, בענייני נישואין וגירושין, מאידך גיסא. לא ייפלא, כי בית־הדין עושה מאמצים לסכל את תביעת פירוק השיתוף באמצעות צווים שונים. בית־הדין תר אחר אמצעים משפטיים שונים לנעילת הדלת בפני הליכי פירוק שיתוף. בשל כך מתחייב דיון מיוחד על היחס בין צווים אלה לבין סמכותו של בית־המשפט האזרחי.
גם מחוץ לכותלי בית־הדין הרבני ניתן למצוא תמיכה בעמדה זו, אם כי בצורה מסויגת הרבה יותר. נשמעה דעה, כי במסגרת פירוק כולל של מערכת הזכויות והחבויות הממוניות והרכושיות בין בני הזוג — יש לקבוע את מסגרת הסמכות ואת הפעלת הכוח השיפוטי לפירוק שיתוף קנייני מחוץ לתחום דיני הקניין. יתר על כן, לפי תפיסה זו, בני זוג לא יהיו רשאים, בדרך כלל, לתבוע פירוק שיתוף קנייני אלא במסגרת הסדר חלוקה כללי וכולל ביניהם[10], כמקובל לגבי פירוק שיתוף, הנובע מחזקת השיתוף[11].

§580. גישתם של שופטים שונים בבית־המשפט היא הפוכה. בדונו בתביעה לפירוק שיתוף עוסק בית־המשפט בתביעה קניינית גרידא. זהות הצדדים כמעט שאינה מעלה ואינה מורידה. בית־המשפט האזרחי עניינו בשאלה המצומצמת, הקניינית. גישה זו, המיוסדת על פרשנות צרה ודווקנית של סעיף 37 (א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, נתמכת גם בשיקולים פרגמטיים אחדים. לבית־משפט השלום, המוסמך לדון בפירוק שיתוף במקרקעין, אין מומחיות בדיני משפחה. שופט בית־משפט השלום חושש מפני פלישה לתחום שליטתם של בתי־המשפט המחוזיים. לבית־משפט השלום אין עניין בפתיחת חזית של מאבק סמכויות עם בתי־הדין הדתיים.
בפועל מתנהל 'מאבק' בין בית־הדין, אשר באמצעות סמכותו הייחודית בענייני נישואין וגירושין עשוי להכריע בעקיפין את תביעת פירוק השיתוף על ידי סיכולה, לבין בית־משפט השלום, העשוי להשפיע בעקיפין על פירוק המשפחה באמצעות סמכותו בעניין פירוק שיתוף קנייני.

9. הרב ש' דיכובסקי "סמכות בתי־הדין הרבניים בראי פסיקת בתי־הדין" **דיני ישראל** י־יא (תשמ"א—תשמ"ג) ט, יד־יח; הרב ש' דיכובסקי "בתי־דין רבניים־ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג־יד (תשמ"ו—תשמ"ח) ז, יד; הרב ש' דיכובסקי "תחומי החיכוך בין בתי־הדין הרבניים לבתי־המשפט האזרחיים" **הרצאות בכינוס הארצי השלושים לתורה שבעל־פה** (תשמ"ט) כז. כן ראה פסקי־הדין, שנתנו בבית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב (אב"ד הרב ש' דיכובסקי) 9724/מה; 1514/מו; 7893/מו; 221/מז.

10. א' רייכמן "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969" **עיוני משפט** ו (1978) 289, 320.

11. א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 283־284.

§581. שתי העמדות הקיצוניות, המתאפיינות במונוליטיות משפטית, אינן מנת חלקה של גישתנו המשפטית. כל אחת מן העמדות הקיצוניות מקפחת חלק משיקולי המדיניות המשפטית, המאפיינים סוגייה זו. כל עמדה מעניקה משקל למערכת אחת של שיקולי מדיניות בלבד ומתעלמת כליל מן המערכות האחרות. אנו דוגלים בגישה האינטגרטיבית. בשיטתנו, מתחייב איזון ראוי בין שיקולי המדיניות השונים בתוך המסגרת המשפטית הספציפית ועל רקע המסגרת הכוללת של דיני המשפחה. אין להפריד בין דיני המשפחה לדיני הקניין במערכת הערכאות האזרחיות ובמסגרת המשפט האזרחי.

איזון אינטרסים מתחייב בנקודת החיבור בין דיני קניין לדיני המשפחה. דיני המשפחה הם כפולי דין וכפולי שיפוט. המחוקק לא ערך את התיאום הנדרש, ומחובתה של הפסיקה לעשות כן בהתאם לנסיבות.

בהעדר הוראות תיאום חקוקות אין לקבוע כלל גורף וקיצוני לכיוון זה או אחר. כל כלל כזה שומט את הקרקע כליל מפני זכויות בדיני קניין או מפני זכויות בדיני משפחה. הדרך הראויה היא איזון המתיישם בנסיבות מקרים אינדיבידואליים, ולא יצירת דין כולל, השולל לחלוטין זכות זו או אחרת (קניינית או משפחתית) של השיטה המשפטית.

3) שיקולי מדיניות

§582. שלוש מערכות של שיקולי מדיניות כרוכות על עקבה של סוגייה זו: שיקולים שמקורם בדיני הקניין, שיקולים שמקורם בדיני המשפחה ושיקולים שמקורם בהיבטים מערכתיים של השיטה המשפטית.

א) שיקולים בדיני קניין

§583. סעיף 37 (א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, כמו גם סעיף 10 (א) לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971, מזכים כל שותף לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת.

השיקולים המנחים את זכות הפירוק של השותף הם בעיקרם שלושה:

1) מניעת שותפות בלתי רצויה, או אף כפויה, המעודדת מריבות בין השותפים[12].

2) שמירה על היסוד הדינמי של סחירות נכסי קניין ושל פיתוח נכסים ומניעת הוצאתם משוק המקרקעין והמיטלטלין[13].

3) שמירת חופש הפעולה של בעל הזכות הקניינית ומיצוי זכויותיו, הכוללות בחובן את סחירות הנכס ואת מימוש הזכויות הקנייניות[14].

12. ע"א 319/74 **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ. פיין**, פ"ד ל (1) 454, 457; ע"א 47/78 **חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ. בן אפרים**, פ"ד לב (3) 723, 727; ע"א 753/82 **פלונית נ. פלוני**, פ"ד לז (4) 626, 629.

13. הלכת **רובינשטיין**, **שם** שם; הלכת **חלקה 3**, **שם** שם.

14. על ערכה הכלכלי ועל יסוד העבירות של זכות הקניינית, ראה א' לבונטין "זכות קניין מהי?" **משפטים** ט (1979) 384; י' ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין — סקירה ביקורתית" **משפטים** יא (1981) 41, 70 ואילך.

לשם הגשמתם של שיקולים אלו נעשו צעדים אחדים:
ראשית, חוק המקרקעין צמצם את כוחה של תניה בהסכם בין שותפים, המגבילה את פירוק השיתוף לתקופה שמעבר ל־3 שנים. סעיף 37(ב) לחוק המקרקעין מעניק לבית־המשפט שיקול דעת רחב לצוות על פירוק השיתוף על אף התניה, אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין.
שנית, הגבלות על פירוק השיתוף פורשו בצמצום ניכר. כוחו של בית־המשפט במסגרת סעיף 43 לחוק המקרקעין, להתחשב בדרישות מקצת השותפים שלא לפרק את השיתוף, אינו מתייחס למצב שבו מתחלקים בנכס שני שותפים בלבד. הוראת סעיף 43 פורשה כמתייחסת למצב, שבו שותפים בנכס אנשים אחדים. ניתן להתחשב, ככל שהדבר ניתן, בבקשת מקצת השותפים ולקיים את השיתוף ביניהם למרות פירוק השיתוף ביניהם לבין השותף או השותפים התובעים את הפירוק. בית־המשפט פסק, כי בכל מקרה זכות הפירוק של השותפים־התובעים לא תיפגע[15].
שלישית, זכותו של שותף לתבוע את פירוק השיתוף פורשה בהרחבה וביד נדיבה. הזכות אינה מוגבלת. לדעת בית־המשפט, החוק "נותן לשותף זכות מוחלטת לדרוש את פירוק השיתוף בכל עת"[16]. העיקרון המנחה הוא להקל על הבאת יחס השיתוף לקִצו. אין להעמיד כנגד זכות זו טענות הגנה, שביסודם שיקולים של כדאיות כלכלית או של מידת הנזק שבפירוק לעומת התועלת שניתן להפיק מדחייתו או מעיכובו[17].

ב) שיקולים בדיני משפחה

§584. כאשר פירוק השיתוף נעשה בין בני זוג, חודרת מערכת של שיקולים שמקורם בדיני המשפחה אל התחום הקנייני. השיקולים הרלבנטיים בהקשר זה עשויים להיות:

1) עשייה למען שלמות המשפחה.
2) שמירה על סמכותם הרחבה והכוללת של בתי־הדין הדתיים בענייני נישואין, ובמיוחד בענייני גירושין. הימנעות מעקיפת מסגרת הסמכות של בתי־הדין הדתיים בענייני גירושין באמצעים אזרחיים־קנייניים.
3) חשש מניצול לרעה של זכות הפירוק על ידי הצד החזק מבחינה כלכלית. הפעלת לחץ כלכלי בדרך של פירוק שיתוף בנכס עלולה לפגוע חמורות בצד החלש ולהביא להחלשת כוח המיקוח שלו. במיוחד אמורים הדברים כאשר הנכס, מושא בקשת פירוק השיתוף, הוא דירת מגורים המהווה, בדרך כלל, את מבטחו הרכושי העיקרי של הצד החלש.

שיקולי המדיניות שמקורם בדיני משפחה אינם עשויים מעור אחד. הם מושכים לכיוונים שונים.

15. ע"א 288/71 **מרדכי נ. מרדכי**, פ"ד כו (1) 393, 398־399.
16. הלכת **רובינשטיין**, לעיל הערה 12, בע' 457, 458; הלכת **חלקה 3**, לעיל הערה 12, בע' 727. כן ראה י' ויסמן, **חוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, מגמות והישגים** (1970) 50.
17. הלכת **רובינשטיין**, לעיל הערה 12, בע' 457.

ג) שיקולים מערכתיים

§585. השיטה המשפטית הישראלית בתחום דיני המשפחה, הכוללת פיצול כפול של שיפוט ושל דין מחייבת התמודדות עם שיקולים מערכתיים, שעל חלקם עמדנו בראשית פרק זה. החקיקה האזרחית משמשת מנוף למעורבות אזרחית גם בדיני המשפחה. נוסף על שיקולים אלו ניתן למנות את השיקולים הבאים:

1) צמצום פיצול השיפוט בתוך ערכאה אזרחית ובין הערכאה הדתית לאזרחית. מניעת החלטות סותרות.

2) תיקון כוח המיקוח של בן הזוג החלש מבחינה כלכלית והמוגבל עוד יותר, לעומת האחר, מבחינת יכולתו להתיר את קשר הנישואין.

3) הקושי להתיר את הנישואין מחייב קביעת אמצעי הפרדה 'חלופיים' לגירושין ועידוד יצירת תמריצי גירושין. הפרדת הדיון בין ענייני הרכוש לתביעת הגירושין עשויה להקל על השגת גירושין. הפרדה כזו עשויה להוציא את בן הזוג מן המבוי הסתום שבן הזוג האחר קולע אותו. הקניית הכוח לדון בהסדרי רכוש בהקשר האזרחי מאפשרת את ההפרדה בפועל בין בני הזוג מבחינה פיסית, גם כאשר הליכי הגירושין נכנסו למבוי סתום. בפרשת לזר מדגיש הנשיא מ' שמגר, כי לעיתים "דווקא הקדמת הדיון בפירוק שיתוף יש בה כדי לקדם את פתרון המחלוקות"[18]. הליכים נפרדים של גירושין מזה, ושל פירוק השיתוף מזה, עשויים לקדם את עניינם של בני הזוג.

4) הצורך לשכך במידה מסוימת את חריפותו של המצב, שנוצר בעקבות חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973. חוק זה אינו מאפשר את מימוש איזון המשאבים אלא עם פקיעת קשר הנישואין עקב גירושין, או מחמת מיתה. התוצאה הקשה של הוראה זו מחייבת מציאת דרכים חלקיות במסגרת המשפטית הקיימת כדי לעוקפה. פירוק שיתוף קנייני עשוי להוות דרך הולמת לעקיפה חלקית של חוק יחסי ממון בין בני זוג. על ידי כך ניתן למנוע באופן חלקי את עיכוב ההתדיינות בענייני הרכוש עד לגירושין.

4) פירוק שיתוף בין דיני משפחה לדיני הקניין

א) הכלל: דיני הקניין כנקודת מוצא

§586. על רקע מערכות שיקולי מדיניות אלו נתבעת הכרעה של מדיניות משפטית. הכרעה כזו מחייבת קביעת היררכיה בין שיקולים שונים וכן יצירת איזון בין האינטרסים המתחרים. שאלת פירוק שיתוף קנייני בין בני זוג, שלא במסגרת ההסדר הכולל של התרת קשר הנישואין, נידונה על ידינו בעבר. עמדתנו תמכה ב'הפרדה' דיונית. אנו גרסנו, כי הסמכות לדון בפירוק שיתוף בנכס ספציפי, הנוצר בחיקם של דיני הקניין הרגילים, היא בלתי תלויה

18. ראה לעיל הערה 8.

במערכת הכוללת של היחסים הרכושים בין בני הזוג. היא עומדת לעצמה[19]. בית־המשפט העליון התייחס לפירוק שיתוף קנייני במסגרת חוק המקרקעין כדבר מובן מאליו[20].
כאשר הועלה הקונפליקט על סדר היום השיפוטי זכתה עמדת ה׳הפרדה׳ לתמיכתם של בתי־המשפט המחוזיים[21]. מפסק־דינו של בית־המשפט העליון ניתן להסיק כי גם הוא נתן את ידו, מדעת, לעמדת ה׳הפרדה׳[22].
אם נצרף לפסיקה זו את עמדתו הנחרצת של בית־המשפט בעניין זכותו המוחלטת של שותף לתבוע את פירוק השיתוף, נוכל להסיק, כי כף המאזניים נוטה בבירור לכיוון דיני הקניין על חשבונם של דיני המשפחה.
אכן, רוב שיקולי המדיניות מצביעים לכיוון הדרך הקניינית. הדרך הקניינית עולה בקנה אחד עם השיקולים בדיני הקניין ועם חלק גדול מן השיקולים בדיני המשפחה והשיקולים המערכתיים. הדרך הקניינית מקלה על הבאת שיתוף קנייני אל קִצו, היא מאפשרת יצירת תחליף גירושין והיא מאפשרת את עקיפתה של הוראת ה׳פירוק׳ הנוקשה והמגבילה, הקבועה בחוק יחסי ממון בין בני זוג, במסגרת משפטית לגיטימית. כך מתחייב, איפוא, גם מעיקרון איזון האינטרסים וגם מעיקרון האחריות האזרחית לדיני המשפחה. עולה מן המקובץ, כי הדרך הקניינית היא נקודת המוצא הראשונית והמרכזית בקביעת המסגרת המשפטית לפירוק השיתוף הקנייני בין בני זוג.

§587. אולם, הדרך הקניינית היא נקודת מוצא בלבד. אין היא הדרך היחידה והבלעדית. במקרים שונים ובנסיבות מסוימות עשויה ידם של השיקולים האחרים, המצביעים על עדיפותם של דיני המשפחה, להיות על העליונה. קביעתה של הדרך הקניינית כבלעדית עלולה לפגוע במקרים רבים בשיקולי מדיניות מרכזיים, ולסכל את העקרונות המנחים סוגייה זו.
לנוכח הנחרצות של הפסיקה והביטויים בדבר מוחלטות זכות הפירוק, יש לברר באיזו מסגרת וכיצד ישפיעו דיני משפחה על אופן הפעלת הכוח של בית־המשפט, בדונו בפירוק שיתוף קנייני בין בני זוג. למטרה זו נזדקק לשני שלבים של דיון:
בשלב הראשון נתייחס לשתי הבחנות בסיסיות:
האחת, בין קביעת הסמכות לפירוק שיתוף קנייני בין בני זוג לבין אופן מימושה ודרך הפעלתה.
השנייה, בין שיקולים ׳פנימיים׳ במסגרת תביעה לפירוק שיתוף קנייני לבין איזון ׳חיצוני׳ — בין זכויות מתחרות, או נוגדות, במסגרת תביעת פירוק שיתוף קנייני.
בשלב השני נציע את המסגרות המשפטיות שניתן יהיה לשבץ לתוכן שיקולים בדיני משפחה במסגרת תביעה לפירוק שיתוף קנייני בין בני זוג.

19. א׳ רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע׳ 94, 186 — 188, 283 — 285.
20. ע״א 40/74 **בן אשר נ. בן אשר**, פ״ד כח (1) 671; המ׳ 421/76 **בר יואב נ. בר יואב**, פ״ד לא (1) 263; הלכת **מרדכי**, **לעיל הערה 15**.
21. ע״א (ת״א) 191/79 **פרורמן נ. פרורמן** (לא פורסם) (הובא בספרי, **לעיל הערה 11**, בע׳ 186); בר״ע (ת״א) 1809/82 **פפרמן נ. פפרמן**, פסקים תשמ״ג ב 338, 341־342; ע״א (חי׳) 222/84 **אילון נ. אילון** פסקים תשמ״ה ג 406; ע״א (חי׳) 150/85 **דרעי נ. דרעי**, פסקים תשמ״ז ג 449.
22. הלכת **לזר**, **לעיל הערה 8**.

ב) בין הסמכות לאופן מימושה

§588. אין לערב בין מסגרת הסמכות, המוענקת לבית־המשפט, והכוח לפעול לפירוק שיתוף קנייני בין בני זוג — לבין אופן השימוש בסמכות ובכוח ודרך מימושם. הסמכות הפורמלית מקורה בחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, בחוק המיטלטלין, תשל"א־1971, ובחוק בתי־המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד־1984.

מקור הסמכות אינו משנה את העובדה, שמדובר בבני זוג שמוקנות להם זכויות ומוטלות עליהם חבויות מכוח דיני המשפחה, ובמסגרתם. את מסגרת הסמכות, כמו גם את מקור הכוח הקנייני, יש למלא תוכן במסגרת המשפטית הכוללת של שיטת המשפט הישראלי. המסגרת הכוללת מאגדת בתוכה לא רק את דיני הקניין, אלא גם את דיני המשפחה. מערכות הדינים משתלבות זו בזו, וכל הפרדה ביניהם היא מלאכותית ובלתי אפשרית.

הפעלת סמכויות על בסיס הוראות חוק בתי־המשפט ובמסגרת דיני הקניין מחייבת התחשבות גם בדיני המשפחה. זאת ועוד, עיתוי הפירוק, כלומר הקדמת מועד הפירוק החלקי, אינו מגביל את תכני הפירוק לשיקולים קנייניים בלבד ואינו מצמצם את המסגרת הרחבה של הדין, המחייבת את בית־המשפט בדונו בפירוק שיתוף קנייני בין בני זוג.

אם לא נאמר כן ונסמוך על דיני הקניין לבדם, תהיה בכך סתירה מניה וביה למדיניות המשפטית, שבעטיה ניתן פרימט לעיקרון ה'הפרדה' בהסדר פירוק השיתוף בין בני זוג. התוצאה עלולה להיות הפעלת אמצעי, אשר נועד לתיקון דיני המשפחה, בחותרו תחת המטרה הבסיסית האמורה.

נדרשים, איפוא, איזון אינטרסים כמו גם בחינה בדבר אופן ההתחשבות באינטרסים השונים ודרך איזונם הראויה, במסגרת המשפטית הקיימת.

ג) בין שיקולים 'פנימיים' לאיזון 'חיצוני' בין זכויות

§589. כל זכות, יש לבחנה במסגרת הכוללת שהיא משתבצת בתוכה ובמטרה שבאה הוראת הדין להגשים. כאשר בית־המשפט מדבר על זכות לתבוע פירוק כזכות מוחלטת, הכוונה היא למסגרת הפנימית של הזכות כשלעצמה. אין הנתבע רשאי לטעון טענות, שעניינן שיקולים הנוגעים לעיתוי התביעה, לכדאיותה הכלכלית, לתבונה שבמימוש הזכות לפירוק, למידת התועלת מול הנזק וכיו"ב.

אולם, כאשר הזכות עומדת מול זכות אחרת או זכויות אחרות, הדין שונה. כלפי מצב זה לא כיוון השופט מ' לנדוי את דבריו בדבר מוחלטות הזכות לפירוק שיתוף[23]. במסגרת ההשתבצות הכוללת של הזכות ויחסי הגומלין שלה עם זכויות אחרות יש לקבוע היררכיה, שילוב, הסדר או איזון בינה לבין זכויות אחרות.

מסקנה זו מתחייבת קודם כול מן המסגרת היוריספרודנטלית שכל ההסדרים במשפט הישראלי מצויים בתוכה. במסגרת זו אין זכויות מוחלטות. רוב הזכויות, כמעט, ככולן

23. הלכת רובינשטיין, לעיל הערה 12, בע' 457, 458.

הן יחסיות[24]. ברוב המקרים הזכויות מתנגשות[25]. כל זכות חייבת להשתבץ יחסית לזכויות אחרות או — לעקרונות יסוד מתחרים או מתנגשים, ולהתאזן כלפיהם. על בית־המשפט לאזן את הזכות המסוימת עם זכויות אחרות הנובעות, בין היתר, מעקרונות יסוד או מערכי יסוד[26].

המסקנה האמורה מתבקשת גם מדיני הקניין בכלל ומדיני המקרקעין עצמם, בפרט. גם זכות המנוסחת באופן כללי וגורף ובצורה הנראית חלוטה אינה כזו. נוצר פיצול בין זכויות קנייניות על נכס אחד[27]. מתקיימות התנגשויות בין זכויות קנייניות שונות, למשל בין התחייבויות מכוח דין להתחייבויות חוזיות, הנוגעות לנכסי מקרקעין וכיוצא באלה[28].

הזכויות חייבות להתפרש ולהשתבץ על רקע מכלול הזכויות: מפוצלות, נגדיות, מתנגשות או סותרות. חלק מן ההתנגשויות נובעות מזכויות או התחייבויות במסגרת חוק המקרקעין עצמו[29]. חלק מהן — מקורן בחוקים או בדינים אחרים, המגבילים את זכויות הקניין ומצרים אותן, או המגבילים את זכויות השימוש בהן. לעיתים, החוקים המגבילים הם בתחום המשפט הציבורי[30]. נוספים לאלה הדינים בתחום המשפט האזרחי[31]. לעולם מתחייבים איזון והתאמה בין הזכות הקניינית להסדרים אחרים, שמקורם במשפט האזרחי[32].

24. ראה, בין הפסיקה המרובה בעניין זה, בג"צ 148/79 **סער נ. שר הפנים והמשטרה**, פ"ד לד (2) 169, 172, 178; בג"צ 153/83 **לוי נ. מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל**, פ"ד לח (2) 393, 399; בג"צ 292/83 **נאמני הר הבית, עמותה נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים**, פ"ד לח (2) 449, 454, 455א־ב; בג"צ 114/86 **וייל נ. מדינת ישראל**, פ"ד מא (3) 477, 490 — 492.

25. על ערכים סותרים ומתנגשים, ראה, בין היתר (אם להזכיר רק מספר מצומצם של סימני דרך) בג"צ 53/73 **חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים**, פ"ד ז 871, 880; ע"ב 2/84 **ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה**, פ"ד לט (2) 225, 308; בג"צ 14/86 **לאור נ. המועצה לביקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא (1) 421, 434־435.

26. על האיזון ואופן עריכתו בהקשרים שונים, ראה, בין היתר, פסקי־הדין המפורטים לעיל בהערות 24־25. כן ראה א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם" **גבורות לשמעון אגרנט** (תשמ"ז) 129, 140 — 142, וריכוז האסמכתאות הרב מן הפסיקה המצוי שם; א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (1987) 101 — 107, 222 — 224, 320 — 322, 364 — 367, 480 — 483, וריכוז האסמכתאות הרב והמגוון מן הפסיקה המצוי שם.

27. על פיצול הקניין בנכס, ראה ש' גנוסר "הזכויות הרכושיות — סיווג חדש ונפקותו" **משפטים** ט (1978) 5.

28. על התחייבויות נוגדות ועסקאות נוגדות בכלל, ראה נ' כהן, **התערבות ביחסים חוזיים** (1982) 192 — 208, 252, 263 — 267.

29. למשל, התנגשות אפשרית בין זכויות שונות במקרקעין המפורטות בחוק המקרקעין. התנגשות עשויה לצמוח בין זכויות קנייניות לזכויות אובליגטוריות, כגון התחייבות לעשות עסקה במקרקעין. סעיף 14 לחוק המקרקעין עלול להתנגש עם השימוש בזכות קניינית, שמקורה בחוק.

30. התנגשויות עשויות לנבוע מחוקים, המגבילים את השימוש בזכות מקרקעין ועניינם תכנון ובנייה, כגון חוק התכנון והבנייה, תשכ"ה־1965, כמו גם חקיקה הנוגעת לאיכות הסביבה. כל אלה מסדירים את אופן השימוש בזכות וקובעים את מגבלותיה.

31. חוקי חוזים, ובמרכזם חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973; דיני נזיקין, ובראשם פקודת הנזיקין (נוסח חדש); דיני עשיית עושר, ובמרכזם חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט־1979, וכיו"ב. כל אלה ודוגמתם עשויים להשפיע באופן משמעותי על זכויות קנייניות, על היקף השימוש בזכויות ועל אופני השימוש בהן.

32. על שאלת עדיפותן של זכויות קנייניות סותרות, ראה, למשל, ע"א 89/63 **סלונימסקי נ. 'מזור'**

אמור מעתה, גם הזכות הקניינית, בכלל, וזו הנובעת מחוק המקרקעין או מחוק המיטלטלין בפרט, היא יחסית ומוגבלת[33].

§590. כמו דינים אחרים, עשויים גם דיני המשפחה להצר את הזכות הקניינית או להשפיע עליה ועל אופן מימושה. דיני הקניין מושפעים מדיני המשפחה. הזכות הקניינית, היקפה ומימושה, מושפעת מזכויות שמקורן בדיני המשפחה. הנישואין ודיני המשפחה משפיעים על הקניינים ועל השימוש בהם בתחומים שונים, בין כדאטום[34] ובין כאמצעי וכזרז לפיתוח חקיקה שיפוטית[35].

זכות המדור, גם בהיותה זכות אישית, משפיעה על זכויותיו של הבעל בקניניו[36]. כבר נפסק, כי הבעל אינו רשאי להוציא את האשה מדירתו כל עוד לא סיפק לה מדור בטוח[37]. נקבע, כי דיני הרשיון מטילים חובה על האשה כלפי הבעל בדירה הרשומה על שמה, וממילא משפיעים על זכותה הקניינית בדירה[38]. הוראות השיתוף בחוק המקרקעין אינן מבטלות את ההלכות הנוגעות לזכויות אשה בנכסי הבעל[39]. חזקת השיתוף, המעניקה זכויות לאחד מבני הזוג בנכסי האחר[40], כיצירה שיפוטית וכחקיקה שיפוטית, היא ביטוי מרכזי להשפעתם העמוקה של דיני המשפחה על דיני הקניין[41].

קיימים מקרים, שבהם מסדיר החוק עצמו את יחסי הגומלין בין הזכויות הנוגדות[42]. קיימות זכויות נוגדות או מתנגשות, והן הרוב, שמלאכת האיזון ביניהן מוטלת על בית־המשפט[43].

מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד יז 1471, 1475.
בין זכויות קנייניות לזכויות וחבויות שמקורן בדיני הנזיקין, ראה, למשל, ע"א 782/70 **רדומילסקי נ. פרידמן**, פ"ד כה (2) 523; ע"א 403/73 **בצלאל נ. סימנטוב**, פ"ד כט (1) 41. בין זכות קניינית לזכויות ולחבויות, שמקורן בדיני החוזים, ראה ע"א 810/82 **זול בו בע"מ נ. זיידה**, פ"ד לז (4) 377.

33. ראה, למשל, א' רייכמן "השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים" **עיוני משפט** ג (1973) 220; א' רוזן־צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" **עיוני משפט** (1975) 651.

34. א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 170 — 188, 308 — 311.

35. א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, החל מע' 224 ואילך.

36. א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 170 — 175.

37. בר"ע 19/74 **בר לוי נ. בר לוי**, פ"ד כח (1) 726; ע"א 47/64 **ששון נ. ששון**, פ"ד יח (4) 235, 240.

38. **הלכת ששון**, שם; ע"א 145/65 **סיני נ. מנהל העזבון הזמני של סיני**, פ"ד יט (4) 403; א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 179 — 184.

39. א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 186 — 188.

40. על חזקת השיתוף, ראה א' רוזן־צבי, **לעיל, הערה 11**. מע' 224 ואילך.

41. על חזקת השיתוף כיצירה שיפוטית, ראה א' ברק, **לעיל הערה 26**, בע' 258־259; א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 226. כן ראה ע"א 253/65 **בריקר נ. בריקר**, פ"ד כ (1) 589, 600; ע"א 595/69 **אפטה נ. אפטה**, פ"ד כה (1) 561, 568.

42. ראה סעיפים 9 ו־10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969.

43. על איזון בין זכויות סותרות במקרקעין ובין זכויות בחוק המקרקעין לעומת הגנות על אינטרסים קנייניים ואחרים, שמקורן בדיני הנזיקין ובדיני החוזים, ראה, בין היתר, הפסיקה **לעיל הערה 32**.

מה שיפה לזכויות קניין בכללותן, יפה גם לזכות לפירוק שיתוף. הפסיקה קבעה, כי במסגרתה הפנימית הזכות מוחלטת; אולם בזיקתה לזכויות אחרות, היא טעונה שילוב או איזון. לשאלות כיצד ניתן לעשות כן, ומהן המסגרות המשפטיות הרלבנטיות ההולמות מטרה זו, יוקדשו הפסקאות הבאות.

ד) הזכות לפירוק השיתוף מול זכויות בדיני משפחה

ד1) מבוא: המסגרת המשפטית הפורמלית

§591. המסגרת המשפטית הפורמלית שזכויות וחבויות — שמקורן בדיני משפחה או בדין הכללי והן עשויות להשפיע על הזכות לפירוק שיתוף, לרבות מימושה והוצאתה לפועל — ישתבצו לתוכה, היא בת חמישה ראשים:

1) הפעלת סמכות בית המשפט במסגרת פירוק השיתוף עצמו מכוח חוק המקרקעין.
2) החוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט-1969.
3) הגנות, שמקורן בדיני המשפחה, כהגנות רלבנטיות בתביעה לפירוק שיתוף. במסגרת זאת נכללים כלל האינטרסים המוגנים בדיני המשפחה ובהקשרים המערכתיים. הגנות אלה כוחן, בדרך כלל, לעיכוב הדיון או לדחייתו או להתחשבות בזכות עד לסילוקה של מניעה, שמקורה בזכות מדיני המשפחה, ולא לסיכול מוחלט של הזכות לתביעת פירוק.
4) עיקרון תום הלב בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, כשהוא נקרא יחד עם סעיף 61 לחוק.
5) עיכוב ביצוע החלטת פירוק השיתוף לתקופה שונה. זו עשויה להשתרע מיום מתן פסק-הדין בעניין הפירוק ועד למועד הסדרת ענייני גירושין, או עד למועד הכרעת בית-הדין בעניין הגירושין.

ד2) חוק המקרקעין

§592. הוראות חוק המקרקעין, שבמסגרתן ניתן להיזקק לזכויות ולחבויות בדיני משפחה, חופפות את מסגרת הדיון בעיכוב ביצוע החלטת הפירוק. הואיל והעיכוב נראה לנו דרך עדיפה להסדרת הסוגייה, ייערך הדיון המפורט במסגרת המיועדת לראש החמישי להלן.
במסגרת פסקה זו נעמוד על עניין אחד בלבד. סעיף 40(ב) לחוק המקרקעין קובע, כי פירוק שיתוף בדרך של מכירה ייעשה בדרך שנמכרים מקרקעין מעוקלים במסגרת ההוצאה לפועל, זולת אם הורה בית-המשפט על דרך אחרת, שנראית לו יעילה וצודקת יותר בנסיבות העניין. הוראה זו מחדירה למסגרת הוראות הפירוק את סעיף 38 לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967. סעיף זה מסדיר באופן כללי את הגנת בית המגורים במהלך מכירת מקרקעין על ידי רשות, באמצעות העמדת סידור חלוף בדרך של דיור או של מתן פיצוי כספי.

ד3) החוק להסדר התדיינות בין בני זוג

§593. החוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט-1969, יוצר מנגנון משפטי, המאפשר את עיכוב הדיון בתביעה. החוק מעכב את ההתדיינות, אך יש בו כדי להשפיע על מימוש

זכויות. סמכות העיכוב מסורה לכל ערכאה שיפוטית אזרחית בדונה בקובלנה או בתביעה אזרחית.

סמכות העיכוב מעניקה לכל בית־משפט שההליך הוגש אליו, שיקול דעת רחב במסגרת מצומצמת המתבססת על עילה אחת בלבד, באחד משני מקרים חלופיים:

1) ערכאה שיפוטית אחרת עוסקת באותה שעה בהשכנת שלום בית בין בני הזוג על־פי תביעה או בקשה שהוגשה לפני הגשת התביעה שבה מתבקש עיכוב הדיון.

2) בית־המשפט, בעורכו איזון אינטרסים על־פי שיקול דעתו, סבור, שהתועלת העשויה לצמוח לתובע בהתדיינות אינה שקולה כנגד הנזק לשלום הבית, העלול להיגרם מן הדיון.

§594. חוק זה הוא כלי מוגבל ביותר. המגבלות בשימוש בחוק הן: בְּעילה, במסגרת המוגבלת של שיקול דעת בית־המשפט, ובאפקטיביות של הליך העיכוב.

1) ראשית, עילת העיכוב צרה והיא מתרכזת סביב שלום הבית בלבד. לא נכללת במסגרת העילה הגנה כללית ורחבה של בן הזוג או של הילדים.

2) שנית, בדרך כלל, משנפתח הליך משפטי בין בני זוג, מסמן הדבר את קצם של היחסים במשפחה. תביעת שלום בית הפכה להיות, היא כשלעצמה, ברוב המכריע של המקרים צעד טקטי בלבד. גם האפשרות בחברה הישראלית בת זמננו להשיג שלום בית על ידי עיכוב ההליך היא נדירה ביותר[44].

3) שלישית, משך העיכוב מוגבל לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים. בית־המשפט רשאי להאריך מדי פעם את עיכוב הדיון לתקופה נוספת שיקבע. הארכתו של עיכוב הדיון טעונה החלטה מנומקת. אין החוק רואה החלטה זו כעניין שבשגרה גרידא.

לא ייפלא, איפוא, כי מידת השימוש בכלי משפטי זה אינה רבה: כמעט לא תמצא פסיקה בנושא זה.

ד4) הגנות בדיני משפחה

§595. באחד מפסקי־הדין של בית־המשפט המחוזי הוכפפה לחלוטין ובאופן מלא הזכות לפירוק שיתוף לדיני המשפחה. בית־המשפט פסק, כי כל תביעה לפירוק שיתוף בדירת מגורים מחייבת דיון מוקדם בבית־הדין הדתי המוסמך[45]. דעה זו, ה'מוציאה' למעשה כליל את דיני הקניין מסוגייה זו ומעדיפה על פניהם את דיני המשפחה, אינה מקובלת עלינו, כפי שהראנו לעיל. דעה זו נדחתה בצדק על ידי הפסיקה המאוחרת[46].

אולם טענות, שמקורן בדיני משפחה, עשויות לשמש טענות הגנה רלבנטיות. כאלה הן, למשל, טענות בדבר מדור האשה או הילדים, וטובת הילדים.

44. על עניין זה, ראה א' רוזן־צבי, לעיל הערה 11, בע' 50, 141; כן ראה לעיל פסקאות 96-97.

45. ע"א (חי') 112/75 ורון נ. ורון, פסקים תשל"ו ב 120. גישה מרוככת יותר ננקטה בע"א (ת"א) 159/69 **גרינברג** נ. גרינברג, פ"מ עב 46, 54. לדעת הרוב באותו עניין אין לדחות את תביעת הפירוק, אולם יש לעכב את הדיון בבית־משפט השלום בתביעה לפירוק השיתוף, עד לגמר הדיון בבית־הדין הרבני.

46. ראה לעיל האסמכתאות המפורטות בהערה 21.

§596. סוג זה של עניינים, כשהוא נידון בתביעה עצמאית, מסור לסמכותן של ערכאות שיפוט אחרות. אולם מכוחו של סעיף 76 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, מסורה לבית־משפט השלום סמכות נגררת לדון בטענות הגנה שמקורן בדיני המשפחה[47]. כל אימת שמוקנית לבית־המשפט סמכות נגררת חובה עליו להכריע בשאלה הטפלה שהועמדה לפניו לדיון במסגרת התביעה העיקרית. אין בית־המשפט בן־חורין להיפטר מחובת הבירור בשאלות המתעוררות אגב אורחא, אם הכרעתן דרושה לבירור התביעה העיקרית. התיבה 'רשאי' בסעיף 76 לחוק בתי־המשפט פירושה, מוסמך. היא מעניקה סמכות לבית־המשפט, ולא שיקול דעת בלבד[48].

§597. חלק מבתי־משפט השלום היושבים על מדין נוהגים לדחות את הדיון בתביעה לפירוק שיתוף, כל אימת שמתעוררת לפניהם טענת הגנה בדבר זכות המדור, זאת, עד להכרעתה של הערכאה המוסמכת בעניין המדור. במקרים שונים גם אושרה גישה זו על ידי בית־המשפט המחוזי בתל־אביב[49]. גישה זו אינה נראית לנו, כי היא אינה עולה בקנה אחד עם החובה השיפוטית: היא מטילה חובה על בן זוג להגיש תביעה נפרדת למדור בערכאה המוסמכת, אף שהעניין יכול להיות מוכרע אגב אורחא בבית־משפט השלום לצורך העניין הנידון לפניו. כמו כן היא מסרבלת את הדיון, מאריכה אותו ולעיתים — גם מייקרת אותו ללא צורך.

אם בית־הדין או בית־המשפט יוסמכו להכריע ייחודית בשאלת המדור לצורך תביעה לפירוק שיתוף עלולה תביעה זו להיות בחינת 'הלכה ואין מורין כן'. בית־הדין אינו מסתיר את מורת רוחו מן השימוש בתביעה כזו בין בני זוג, שלא במסגרת ההתדיינות בבית־הדין עצמו. ממילא הענותו של בית־הדין למתן צו למדור ספציפי בתוספת עיקול על הדירה עשויה להפוך דבר שבשגרה. כך תסוכל כליל אפשרות המימוש של פירוק השיתוף. יתר־על־כן, מציאות משפטית זו עלולה לגרור אחריה אפליה בין הנשים תוך פגיעה בחלשות דווקא. נשים עובדות, שזכות המזונות המגיעה להן מתקזזת כנגד שכרן, יבכרו את סמכותו של בית־הדין וישיגו צו מדור ספציפי. נשים, שאינן עובדות הסמוכות על שולחן בעליהן וזכאיות למזונות, תעדפנה את בית־המשפט ולא תוכלנה להשיג בקלות צו למדור ספציפי. מצבן של הנשים המבוססות יהיה, איפוא, נוח יחסית לעומת אלה הפגיעות יותר.

תביעת מדור כתביעה עצמאית תמשיך להיות בסמכותם הייחודית של הערכאות המוסמכות. סמכות זו אינה נפגעת. אם הוכרעו עניין המדור או טענת הגנה רלבנטית אחרת בערכאה המוסמכת לדון בהם ישירות, עשוי הממצא לשמש השתק פלוגתא בבית־משפט השלום. במקרים מסוימים עשויה גם הכרעה מאוחרת בערכאה מוסמכת לשמש השתק פלוגתא[50].

47. ראה לעיל פסקה 533 והאסמכתאות שם.

48. הלכת סלונימסקי, לעיל הערה 32, בע' 1476־1477; ע"א 605/71 עואד נ. סעיד, פ"ד כו (2) 207, 213. ראה י' זוסמן, סדרי הדין האזרחי (מהדורה חמישית, בעריכת ש' לוין, 1988) 55.

49. מ"א (ת"א) 996/86 הוד נ. הוד (לא פורסם); מ"א (ת"א) 1723/87 ג'עין נ. ג'עין (לא פורסם); מ"א (ת"א) 4416/87 נוה נ. נוה (לא פורסם).

50. על עניין זה ראה לעיל פסקה 17.

אולם כל עוד לא הוכרע עניין המדור בערכאה המוסמכת, ואין לפני בית־משפט השלום השתק פלוגתא המחייב אותו, מוטלת חובת הדיון על בית־משפט השלום, והכרעתו בעניין זה תחייב את הצדדים לצורך תביעת הפירוק בלבד.

§598. כבר ראינו לעיל, כי אין הבעל רשאי להוציא אשה מדירתו כל עוד לא סיפק לה מדור בטוח[51]. על אחת כמה וכמה אמורים הדברים, כאשר בני הזוג הם בעלים משותפים בדירה. בתי־המשפט נוהגים לעכב את ביצוע הפירוק עד להבטחת מדור האשה, בין בדרך של המצאת מדור חלופי, ובין באמצעות תשלום עבור המדור והבטחת התשלומים העתידיים במסגרת חובת המזונות[52].
אין חובת המדור מגבילה, לא את הזכות לפירוק השיתוף ולא את הדיון בתביעה לפירוק השיתוף. עם זאת, הבטחת קיומה של חובת המדור היא תנאי מוקדם לביצוע פירוק השיתוף בדירה. עיכוב הליכי הפירוק הנו אמצעי נלווה להבטחת זכות המדור של האשה ושל הילדים. הוא נועד למנוע מן הבעל את סיכולה של הזכות, בטרם המציא לאשה ולילדים מדור אחר כמתחייב. משום כך, יש להבטיח, כי עובר לביצועה בפועל של החלטת הפירוק יינקטו האמצעים הנדרשים לשם הבטחת זכות המדור, כפי שייקבעו על ידי בית־המשפט[53].
בית־המשפט העליון סמך את ידו על דרך משפטית זו, ובלבד שהעיכוב לא יופנה כלפי התביעה לפירוק שיתוף או — כלפי הזכות לפירוק, אלא ייסוב על ההחלטה לפירוק השיתוף[54].

§599. אמנם, במקרה אחד אישר הנשיא מ׳ שמגר צו מניעה, שהוציא בית־המשפט המחוזי נגד הבעל — בעלים משותף בדירה — האוסר עליו לערוך עסקה בחלקו בדירה. בית־המשפט נענה לבקשה בשל חשש לפגיעה במדורם השלו של האשה והילדים, אשר התגוררו בדירה[55]. אולם גם במקרה זה עשוי הצו להיות מוגבל עד להמצאת מדור חלופי כדין. הומצא מדור חלופי — יתבטל הצו, שכן העילה תעבור מן העולם.

§600. לעיתים, בהתקיים נסיבות מיוחדות, עשוי בית־המשפט להכריע, כי במסגרת זכות המזונות ומדין המזונות יש להמציא לאשה את המדור בדירה, שהיא נשוא תביעת הפירוק דווקא. בעבר החליט בית־המשפט המחוזי בתל־אביב, כי זכות המזונות מדין ׳עולה עמו ואינה יורדת׳ מחייבת הענקת מדור בדירה שבה התגוררו בני הזוג, וכתוצאה מכך חל

51. ראה לעיל הערה 37.

52. הלכת פרורמן, לעיל הערה 21; הלכת אילון, לעיל הערה 21, בע׳ 410־411; הלכת דרעי, לעיל הערה 21, בע׳ 454־455; הלכת הוד, לעיל הערה 49; הלכת ג׳ען, לעיל הערה 49.

53. א׳ רוזן־צבי, לעיל הערה 11, בע׳ 94, 172, 186־187.

54. ר״ע 406/85 חגי נ. חגי (לא פורסם): ״היטיב השופט המלומד לעשות כאשר דאג שיהיה תיאום בין סיפוק מדור לאשה כחלק מזכותה למזונות לבין פירוק השיתוף בדירה״. ע״א 171/83 טאובמן נ. טאובמן, פ״ד לט (4) 707, 712: ״אם תתעורר שאלת מדור למגורי האשה והילדה, הרי ששאלה זו תצטרך למצוא את פתרונה במסגרת הדין האישי, המחייב את הבעל לדאוג למגורי האשה וילדתו״.

55. ע״א 340/85 מיזרוק נ. מיזרוק, פ״ד מ (1) 463, 465, 468. עיקול להבטחת מדור בדירה למניעת הברחת הנכס והעברתו לצד שלישי, שניתן על ידי בית־הדין הרבני במסגרת כריכה בתביעת גירושין הוא תקף, ראה בג״צ 155/65 גורוביץ נ. בית־הדין הרבני, פ״ד יט (4) 16.

עיכוב כמעט אוטומטי ושיגרתי של החלטת הפירוק[56]. לאחר מכן חזר בו בית־המשפט לחלוטין מעמדה זו[57].

לדעתנו, לא ההחלטה המקורית שיקפה את ההלכה וגם החזרה ממנה איננה עומדת במבחן הדין. ההחלטה הראשונה גורפת מדי בקביעתה, כאילו זכות המדור שומטת תמיד, וכליל, את הקרקע תחת רגלי תביעת פירוק השיתוף. ההחלטה השנייה גורפת מדי, בשוללה כליל את האפשרות לסמוך על דיני המזונות כהגנה נגד המשך הליכי פירוק שיתוף.

שתי הגישות הקיצוניות אינן נראות לנו. אין אפשרות לקבוע כלל גורף, אחיד, נוקשה וקבוע, המכריע לכאן או לכאן בלי לקחת בחשבון את נסיבותיו של כל מקרה. התשובה תלויה בדיני המזונות ובנסיבות כל מקרה באופן אינדיבידואלי. אם אכן דיני המזונות מחייבים, בנסיבות מקרה מסוים, מדור בדירה הספציפית דווקא, יעוכב הליך הפירוק עד למועד שינוי נסיבות, אשר בעטיו עשויה הפסיקה להשתנות. דיני המזונות בעניין זה כוללים גם את הזכויות בדבר קביעת המדור, את דיני ההעברה מדירה לדירה וגם את דיני 'עולה עמו ואינה יורדת'[58] כשהם מותאמים לסוגייה זו.

§601. את גישתנו העקרונית בדבר הגנות מדיני המשפחה ואת השפעתן על תביעה לפירוק שיתוף ניתן ליישם בנסיבות אינדיבידואליות גם על טענת הגנה של טובת הילד. גם טובת הילד עשויה להוות עילה לדחיית הדיון, ובעיקר, לעיכוב החלטת פירוק השיתוף.

בשיטתנו המשפטית טובת הילד[59] היא

"שיקול־עליון... שיקול־על"[60].

"יש באימוצו של כלל זה משום הכרעה ערכית מודעת, המעמידה את טובת הקטין כשיקול־על, והמוכנה לשם הגשמתו של שיקול זה לשלם מחיר כבד"[61].

משום כך עניינים רבים אחרים נדחים מפני עיקרון טובת הילד:

"טענות... כבדות משקל... אין בכוחן לגבור על השיקול העליון של טובת הילד"[62].

56. מ"א (ת"א) 2612/86 כהן נ. כהן (לא פורסם).

57. הלכת ג'ען, לעיל הערה 49.

58. על סוגיות אלה באופן כללי, ראה ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שלישית, תשמ"ד) 135 — 137, 170 — 182.

59. סעיף 3 (ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א־1951; סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב־1962.

60. בג"צ 405/83 קבלי נ. קבלי, פ"ד לז (4) 705, 712; ע"א 209/54 שטיינר נ. היועה"מ, פ"ד ט 241, 251; בג"צ 86/55 דרעי נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ט 1938, 1943; בג"צ 11/58 אלטהאוז נ. גרובנר, פ"ד יב 486, 489; בג"צ 40/63 לורינץ נ. יושב־ראש ההוצאה־לפועל, חיפה, פ"ד יז 1709, 1716; בג"צ 76/71 לנדרר נ. לנדרר, פ"ד כה (2) 258, 269ה; ע"א 630/77 בולשטיין נ. בולשטיין, פ"ד לב (1) 378, 381א; בג"צ 444/81 פלוני נ. פלונית, פ"ד לה (4) 658, 664; בג"צ 672/84 אברבוך נ. אברבוך, פ"ד לט (1) 57, 64. ראה גם א' ח' שאקי "אפיונים בדיני משמורת קטינים — תוך דגש על יישום עקרון טובת־הילד" עיוני משפט י (1984) 5, 14 — 17.

61. הלכת קבלי, שם שם.

62. הלכת קבלי, לעיל הערה 60, בע' 712.

הפסיקה הישראלית קבעה, כי השיקול של טובת הילד דוחה הכרה בפסק משמורת זר[63] כמו גם הכרה בהסכם משמורת זר[64]. עיקרון טובת הילד במקרים אלה גובר על פסק זר ועל הסכם זר. עיקרון זה דוחה שיקולים כבדי משקל כמו מתן פרס לחוטפים, עידוד חטיפות ופגיעה בשלטון החוק עקב דחיית עתירתו של ההורה, המסתמך על פסק זר או על הסכם משמורת זר. בית־המשפט נענה, למעשה, לטענות ההורה החוטף ולבקשתו תוך כפיפות לעיקרון העל של טובת הילד.

עיקרון זה גם מעצב את תוכנה של תקנת הציבור המקומית, ועשוי לבטל כליל או לעכב את ביצועה של התחייבות, שנטל עליו צד והעלולה — ולו בעקיפין — לפגוע בטובת הילד[65]. כוחו של עיקרון טובת הילד עומד מול הסכם חתום. הסכם בין הורים לעולם כפוף לטובת הילד. לבית־המשפט הסמכות לשנות הסכם בכל עת על בסיס השיקול של טובת הילד[66].

הזכות לפירוק שיתוף בין בני זוג חייבת, איפוא, להיות כפופה לעיקרון העל של טובת הילד. אם יוכח בנסיבות מקרה מסוים, כי ביצוע ההחלטה לפירוק השיתוף יפגע בילד ואין דרך חלופית המונעת פגיעה זו, תעוכב החלטת הפירוק עד אשר ישתנו הנסיבות.

§602. האם יוכל בן הזוג הנתבע להעלות את שלום הבית כטענת הגנה נגד תביעה לפירוק שיתוף בדירה? מהלך הטענה הוא, כי פירוק השיתוף בדירה מסכל כל אפשרות פיזית לחזור לשלום בית, והוא גם יוצר אווירה המקשה על שיקום המשפחה. הרחבנו את הדיבור על סוגיית שלום הבית בשער הראשון. הדברים שנאמרו שם יפים גם לכאן[67]. גם אם מבחינה

63. הלכת **אלטהאוז**, לעיל הערה 60; הלכת **לנדרר**, לעיל הערה 60, בע' 269; בג"צ 330/72 **גולדשטיין נ. גולדשטיין**, פ"ד כו (2) 634, 641; הלכת **בולשטיין**, לעיל הערה 60, בע' 381; בג"צ 386/78 **מגנזי נ. מגנזי** פ"ד לב (3) 287, 292; בג"צ 268/80 **ינסן־זהר נ. זהר**, פ"ד לה (1) 1, 7, 31־32; הלכת **פלוני**, לעיל הערה 60, בע' 664; ע"א 443/81 **ארשייד (סלייח) נ. סלייח**, פ"ד לו (4) 1, 6—8; בג"צ 256/83 **רייך נ. רייך**, פ"ד לז (3) 273; ע"א 493/85 **פדידה (ואן דאלן) נ. פדידה**, פ"ד לט (3) 578, 586ה; בג"צ 446/85 **צלוק נ. צלוק**, פ"ד מ (1) 516, 522־523; הלכת **קבלי**, לעיל הערה 60, בע' 712, 716־717. ראה גם ע' שפירא "משמורת קטינים — 'טובת הילד' והכרה בפסקי־חוץ" **משפטים** ד (1972) 291.
אין אפשרות לתמוך פסיקה זו ולנמקה בטענה של שינוי נסיבות. אילו הדין, המעדיף את טובת הילד על פני שיקולים של כיבוד פְּסק זר ומניעת עידוד חטיפות, נסמך על שינוי נסיבות, היה הדבר מחייב את הטוען להביא את עניינו לפני הערכאה שמלפניה יצא פסק־הדין המקורי ולמנוע את העברת הדיון לשיפוטן של הערכאות הישראליות, ראה בג"צ 391/71 **פלונית נ. אלמוני**, פ"ד כו (1) 85, 90; הלכת **ארשייד (סלייח)**, שם בע' 6.

64. בג"צ 36/77 **בולשטיין נ. בולשטיין**, פ"ד לא (2) 536, 541; בג"צ 805/80 **שטיין נ. שטיין**, פ"ד לה (4) 512, 518. בשני המקרים קיבל ההסכם בין ההורים תוקף של פסק־דין.

65. על סוגייה זו ואסמכתאות שבצדה, ראה לעיל פסקאות 457־458.

66. הלכת **פלונית**, לעיל הערה 63; בג"צ 71/80 **סלייח נ. ארשייד**, פ"ד לה (1) 100; ע"א 352/80 **צוקרמן נ. צוקרמן**, פ"ד לד (4) 689; הלכת **קבלי**, לעיל הערה 60, בע' 712־713. ראה גם פסק־הדין הרבני, ערעור תשל"ח/97, פד"ר יא 172.

67. ראה לעיל פסקאות 87 — 100.

עיונית ניתן להעלות על הדעת מקרים נדירים שבהם טענת שלום בית עשויה להיות הגנה טובה נגד תביעת פירוק שיתוף[68], מעשית הגנה זו לא תצלח.

צו שלום בית, היוצא מלפני בית־הדין, אינו מחייב את בית־המשפט לעכב הליך פירוק. נוסף על הדברים, שכבר עמדנו עליהם בשער הראשון, נזכיר כאן את הטעמים הבאים:

1) בטענת שלום בית אין הגנה על אינטרס ספציפי של בן זוג, במתכונת של טענת המדור או עיקרון טובת הילד, אלא על אינטרס ערטילאי יותר, שאינו ניתן לאכיפה משפטית.
2) הבקשה לפירוק השיתוף מעידה כאלף עדים, כי אין עוד שלום בבית. ההליכים המשפטיים מעידים, שאין ממש בטענה.
3) התחשבות בצו שלום בית יכולה להתיישב גם עם פירוק שיתוף בנכס מסויים, אפילו הוא דירת מגורים. ברוב הגדול של המקרים אין זיקה וקשר סיבתי בין שלום הבית לבית הספציפי. לא על נכס זה או אחר עומד שלום הבית.
4) בדרך כלל אין כל קשר סיבתי בין סעדים, הנועדים להבטחת זכויות ממוניות או רכושיות, כגון עיקול וצווי מניעה, לבין העילה של שלום בית, המיוסדת על אכיפת מערכת יחסים אישית ואינטימית בין בני הזוג. סעדים כאלה אינם ממין העניין, ובכך הם חורגים מגדר סמכותו של בית־הדין.
5) אין גם לערב בין המסקנות המשפטיות, שבית־הדין המוסמך רשאי להסיק, והתוצאות שהוא רשאי להגיע אליהן (בין בענייני מזונות ובין בענייני גירושין) והנובעות מהפרת צו אישי של בית־הדין על ידי אחד הצדדים — לבין אכיפת צו אישי לשלום בית באמצעות בית־המשפט.
6) במיוחד אין להטיל את אכיפתו של צו אישי לשלום בית באמצעים רכושיים על ידי ערכאה שיפוטית אחרת המוסמכת לדון ייחודית בעניין הרכושי.
7) צווים היוצאים מלפני בתי־הדין הדתיים והאוסרים על פירוק שיתוף או המטילים עיקול על נכס לשם סיכול האפשרות לצוות על פירוק שיתוף, הם התערבות בסמכותה של ערכאה אחרת ואין בכוחם להוות מעשה בית־דין מחייב.

לבית־משפט השלום מסגרת משפטית עצמאית של החוק להסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט־1969, שהקצה לו המחוקק, ובתחומה הוא מחויב לשקול את טענת שלום הבית. בכל אחד מן העניינים, אשר נידונו בפסקה זו, מוסמך בית־משפט השלום לדון ישירות כבטענות הגנה, הפועלות לעיכוב הדיון או דחייתו במסגרת סמכותו האגבית. אם ניתן צו מוסמך של ערכאה אחרת מוסמכת או — ממצא אשר ניתן בסמכות של ערכאה מוסמכת, יחייבו אלה את בית־המשפט ככל שהם רלבנטיים לעניינים הנידונים על ידיו.

ד5) הפעלת עיקרון תום הלב

§603. עיקרון תום הלב עיקרון כללי הוא, הכובש את השיטה המשפטית כולה ו"מצודתו פרושה על כלל המערכת המשפטית בישראל" מכוח הוראות סעיף 61(ב) לחוק החוזים

68. השאלה, האם סיכוי לשלום מהווה טענת הגנה נגד תביעת פירוק, נשארה בצריך עיון בע"א 753/82 **פלונית נ. פלוני**, פ"ד לז (4) 626, 629.

(חלק כללי), תשל"ג-1973[69]. עיקרון תום הלב מועדף על פני חיובים משפטיים, עסקאות משפטיות ופעולות משפטיות. הוראותיו של עיקרון תום הלב משמשות

> "כעיקרון התנהגות וכמדיניות משפטית מחייבים לעניין פעולות משפטיות וחיובים שבכלל המערכת המשפטית בישראל"[70].
>
> "המערכת המשפטית... דורשת ומחייבת... שלא יהא 'נבל' ברשות החוק... ובכל תחום משפטי שהוא"[71].

תום לב הוא מושג סתום בעל רקמה פתוחה[72]. על בית-המשפט למלא את המושג תוכן[73] ובעשותו כן, הוא ממלא תפקיד נורמטיבי יוצר[74]. הקטיגוריות של תום לב לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים[75]. הן נקבעות על-פי הסטנדרטים הערכיים הראויים של החברה הישראלית מעת לעת. כך נוצרים סטנדרטים של התנהגות, אשר מופעלים מדי פעם בפעם על-פי הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה[76]. התפתחותו של העיקרון אינה בדרך של הכללת כללים מראש, אלא מן הפרט אל הפרט[77].

על בסיס כלליותו של העיקרון ודרך התפתחותו נקבע, כי כאשר החוק מעניק לאדם יכולת לבצע פעולה משפטית, עליו להפעיל יכולת זו בתום לב[78]. כך שימוש בטענה בדבר קיום סמכות[79], כמו גם שימוש בטענה בדבר העדר סמכות[80] כפופים לתום לב. יכולת הנובעת מתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, צריך שתופעל בתום לב[81]. הגשת תביעה היא פעולה משפטית הכפופה לעיקרון תום הלב[82].

גם זכויות קנייניות — אף במסגרת חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 — ותביעות על בסיסן של אלה כפופות לעיקרון תום הלב. שימוש בזכות הצמדה חייב להיעשות בתום

69. ע"א 700/81 **פז נ. פז**, פ"ד לח (2) 736, 742.
70. בג"צ 566/81 **עמרני נ. בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד לז (2) 1, 10; ע"א 579/83 **זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין**, פ"ד מב (2) 278, 290.
71. ע"א 391/80 **לסרסון נ. שכון עובדים בע"מ**, פ"ד לח (2) 237, 262; ע"א 148/77 **רוט נ. ישופה (בניה) בע"מ**, פ"ד לג (1) 617, 635 — 638.
72. א' ברק, **לעיל** הערה 26 (**שיקול דעת שיפוטי**), בע' 127, 138.
73. בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ. בית-הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד לה (1) 828, 835; א' ברק, **לעיל** הערה 26 (**שיקול דעת שיפוטי**), בע' 466-467.
74. ע"א 207/79 **רביב משה ושות' בע"מ נ. בית יולס בע"מ**, פ"ד לז (1) 533, 558; א' ברק, **לעיל** הערה 26 (**שיקול דעת שיפוטי**), בע' 469.
75. א' ברק, **לעיל** הערה 26 (**שיקול דעת שיפוטי**) בע' 469.
76. הלכת **שירותי תחבורה**, **לעיל** הערה 73, בע' 835.
77. הלכת **רוט**, **לעיל** הערה 71, בע' 629.
78. הלכת **זוננשטיין**, **לעיל** הערה 70, בע' 290.
79. הלכת **פז**, **לעיל** הערה 69, בע' 742.
80. הלכת **עמרני**, **לעיל** הערה 70, בע' 9-10.
81. בר"ע 305/80 **שילה נ. רצקובסקי**, פ"ד לה (3) 449.
82. ע"א 815/81 **כליפא נ. שאול**, פ"ד לו (3) 78, 84, הגשת תובענה למתן צו מניעה חייבת להיעשות בתום לב. ראה גם נ' כהן "דפוסי חוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" **הפרקליט** לז (1986) 13, 50-51.

לב[83]. השימוש בזכויות שותפים במקרקעין — בין הרוב ובין המיעוט — כפוף לעיקרון תום הלב מכוח סעיפים 39 ו־61 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג־1973[84].

§604. בשני הקשרים הובא עיקרון תום הלב אל סִפה של בקשה לפירוק שיתוף:
ראשית, שימוש בזכות מכוח סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב־1972, בהקשר לפירוק שיתוף בדירה, הוכפף לסעיפים 39 ו־61 לחוק החוזים[85].
שנית, נקבע כי את סעיף 44 לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, המעניק סמכויות לבית־המשפט במסגרת הליכי פירוק, יש לקרוא יחד עם סעיף 14 לחוק, שעניינו שימוש בזכות קניין בתום לב[86].
אמנם, בפרשת **רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' פיין**, סבור היה השופט מ' לנדוי, כי עיקרון תום הלב, הקבוע בסעיף 14 לחוק המקרקעין לא יחול על בקשה לפירוק שיתוף. לשיטתו, הליך משפטי, שהמחוקק עצמו נתן לו גושפנקא מפורשת בחוק, אינו יכול להיות מוכפף לעיקרון תום הלב[87].
אולם, אין בדברים אלה כדי להכריע היום את הכף. ראשית, מאז מתן פסק־הדין הנ"ל ועד היום צבר עיקרון תום הלב עוצמה ותאוצה במשפט הישראלי, והתמלא תוכן רחב בתחומי משפט רבים ומגוונים. אין להסיק מסקנות משפטיות מרחיקות לכת מאמרות שופטים, שניתנו בימי הבראשית של עיקרון תום הלב. שנית, השופט מ' לנדוי כיוון את דבריו לסעיף 14 בחוק המקרקעין, ואילו אנו מפנים לעיקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 בחוק החוזים, והמיושם באמצעות סעיף 61 בו. שלישית, הלכת **זול בו**, המאוחרת יותר, אכן מחילה את עיקרון תום הלב הכללי והרחב גם על עשיית שימוש בזכויות קנייניות[88].
גם זכות המוגדרת כמוחלטת כפופה לעיקרון תום הלב. צירוף העיקרון הרחב של תום הלב לכללים הספציפיים, שכבר פותחו — ושעניינם החלת עיקרון תום הלב על ביצוע פעולה משפטית, על הגשת תביעה ועל שימוש בזכויות קנייניות — מלמד, כי גם תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין כפופה לעיקרון תום הלב[89].

§605. השאלה היא, אילו סטנדרטים ערכיים ימלאו את תוכנו של עיקרון תום הלב בהקשר של פירוק שיתוף בין בני זוג. שיקול הדעת של בית־המשפט במסגרת עיקרון

83. ע"א 338/73 **חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ נ. כהן**, פ"ד כט (1) 365. הלכה זו נקבעה במסגרת עיקרון תום הלב, הקבוע בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח־1968.
84. **הלכת זול בו, לעיל הערה 32**, בע' 740.
85. **הלכת בן אשר, לעיל הערה 20**.
86. ע"א 175/81 **אדמיר פיתוח ואדריכלות בע"מ נ. קלו**, פ"ד לח (4) 293, 299־300.
87. **לעיל הערה 12**, בע' 458א־ב.
88. **לעיל הערה 32**, בע' 740. אולם ראה א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 33**, בע' 669־670.
89. על עמדה זו ראה א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 11**, בע' 285. אימוץ העמדה, ראה בפסק־דינו של בית־משפט השלום ת"א (ת"א) 32453/84 **בהט נ. בהט**, פסקים תשמ"ו ב 236. פסק־דין מסויג יותר של בית־משפט השלום בתל־אביב, ראה ת"א (ת"א) 17123/84 **פבון נ. פבון**, פסקים תשמ"ו ג 416, 424. עמדה זהירה, המשאירה את שאלת תחולת עיקרון תום הלב על הליכי פירוק שיתוף בצריך עיון, ראה גם בפסק־דינו של בית־המשפט המחוזי בעניין דדעי, **לעיל הערה 21**, בע' 454.

תום הלב מאפשר התייחסות מיוחדת לסיטואציה של פירוק שיתוף בין בני זוג, על רקעם של דיני המשפחה בישראל. גמישותו של עיקרון תום הלב ורקמתו הפתוחה מאפשרים להביא בחשבון את שיקולי המדיניות המיוחדים בסוגייה של הליכי פירוק שיתוף בנכס בין בני זוג.

היקף השימוש בעיקרון תום הלב והנסיבות המתאימות למטרה זו אינם טעונים הגדרה מפורטת מראש. ניתן לומר, כי כאשר אין התובע מפיק שום תועלת מפירוק השיתוף, או כאשר מטרתו היא לנצל את מצוקתו של האחר ולהפעיל עליו לחצים קשים ללא הצדקה, הוא משתמש בזכות לפירוק שיתוף בחוסר תום לב.

כל אימת שתביעה לפירוק שיתוף מוסיפה על המצוקה המאפיינת את שיטתנו המשפטית בתחום דיני הנישואין והגירושין, יש מקום לשקול אם השימוש בזכות התביעה נעשה בתום לב. כך, למשל, בן זוג המסרב לבקשת האחר להתגרש ובד בבד משתמש בזכות לפירוק שיתוף בדירת המגורים, חייב לשכנע את בית־המשפט כי אין פגם של חוסר תום לב דבק בהתנהגותו. לעומת זאת, ניצול התביעה לפירוק שיתוף להשגת גירושין אינו שימוש בחוסר תום לב, אלא שימוש באמצעי לגיטימי.

יש להיזהר מלפרש את המושג 'תום לב' במונחים של אשמה ביחסי הנישואין של בני הזוג. בשום פנים ואופן אין להפוך את עיקרון תום הלב ל'סוכן' אזרחי של עיקרון האשמה השולט, באופן זה או אחר ובמידת עוצמה שונה, על ענייני הנישואין והגירושין בדינים הדתיים. ההיפך הוא הנכון, יש לנצל את עיקרון תום הלב כדי לסלק במידת האפשר חלק מן התוצאות פרי עיקרון האשמה בדין הדתי, אם אין הן עולות בקנה אחד עם השקפת העולם של רוב בני החברה ועם התנהגותם.

ד6) עיכוב ביצוע החלטת הפירוק

§606. סמכותו של בית־המשפט במסגרת פירוק שיתוף היא רחבה ונמשכת בכמה מובנים: ראשית, מידת הכוח של בית־המשפט בביצוע הפירוק והיקף שיקול הדעת השיפוטי הכרוך במימוש הפירוק הם גדולים:

> "בדונו במשפט חלוקה ממלא בית־משפט השלום תפקיד של פוסק ושל מבצע פעולות בעלות אופי מנהלי... החלטת המכירה, היא עצמה, אינה סוף פסוק בהליכים התלויים לפני בית־המשפט ובית־המשפט לא סיים את מלאכתו בתובענה עם מתן החלטת המכירה"[90].

שנית, במסגרת סעיף 44 לחוק המקרקעין, תשכ"ט־1969, מוסמך בית־המשפט לנקוט אמצעים זמניים במסגרת הליכי הפירוק. נקבע, כי במסגרת זאת מוסמך בית־המשפט לתת צווים, כולל צווי מניעה להסדרת ההחזקה בנכס, למניעת אי־נוחות וכיו"ב[91]. הואיל והליך הפירוק עשוי להתמשך, מסגרת הסמכות של בית־המשפט רחבה. יתר על כן, גם שאלת הזמניות של הליך הפירוק היא גמישה ומתמלאת תוכן על ידי בית־המשפט לפי הנסיבות.

90. ע"א 613/78 אניס נ. פוירשטיין, פ"ד לד (1) 32, 35־36. כן ראה ע"א 332/68 כהנוביץ נ. קולמן, פ"ד כב (2) 863, 867.

91. הלכת בן־אשר, לעיל הערה 20.

§607. לבית־המשפט סמכות כללית רחבה למתן סעדים. סעיף 75 לחוק בתי־המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד־1984, מסמיך את כל בתי־המשפט לתת "כל סעד אחר, ככל שייראה נכון בנסיבות שלפניו". אין רשימה סגורה של סעדים[92]. על בסיס הוראת סעיף 75 לחוק בתי־המשפט קבע בית־המשפט העליון, כי דרכי הסעד הידועות אינן ממצות, ולי נתונה

> "סמכות לבתי־המשפט להמציא דרכי סעד חדשות שטרם ידענון, לסלול מיוזמתו דרכים חדשות להושטת סעדים ככל ששינויי העיתים והנסיבות יחייבו או יצדיקו"[93].

בעקבות זאת אכן יצר בית־המשפט סעדים חדשים, כמו סעד הצהרתי זמני[94] ותשלום פיצויים בבית־המשפט הגבוה לצדק[95].

לבית־המשפט שמור שיקול דעת רחב באשר לאופן הפעלת הסעדים פרי יצירתו ולהיקפם במקרים המתאימים, על־פי שיקולים עקרוניים ובנסיבות כל מקרה[96].

§608. במסגרת הליכי פירוק שיתוף בין בני זוג סלל בית־המשפט העליון דרך לסעד של עיכוב ביצוע הליכי הפירוק[97]. בית־המשפט לא עמד על המקור המשפטי לפסיקתו, ולא הרחיב בדבר אופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי לעיכוב ביצוע ההליכים.

על המקור המשפטי עמדנו כבר בהרחבה. אשר לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי — מן המעט המצוי בפסיקת בית־המשפט העליון בנושא זה ניתן לדלות סימני דרך אחדים:

ראשית, כי לבית־המשפט שיקול דעת רחב. שיקול הדעת משתרע גם על נסיבות עיכוב הפירוק וגם על תקופת העיכוב. בפרשת לזר ניתנת לבית־המשפט יד חופשית לטווח זמן מקסימלי. בית־המשפט רשאי לעכב את הביצוע עד להכרעה בעניין הגירושין בבית־הדין הרבני[98].

שנית, כי שיקול הדעת יופעל על רקע הנסיבות העובדתיות[99].

שלישית, כי עיכוב הביצוע אכן עשוי לשמש אמצעי לשם התאמת דיני קניין לדיני המשפחה בנסיבות מתאימות. סעד של עיכוב ביצוע פירוק השיתוף נועד לאפשר התחשבות בשיקולים, שמקורם דיני המשפחה.

עצם העובדה שבפרשת לזר[100] אִפשר בית־המשפט להתלות בין פירוק השיתוף לבין תביעת

92. י' זוסמן, לעיל הערה 48, בע' 565.
93. ע"א 144/79 יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ. מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 344, 346; כן ראה בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ. שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85, 98.
94. הלכת יוטבין, לעיל הערה 93.
95. הלכת מיגדה, לעיל הערה 93.
96. הלכת מיגדה, לעיל הערה 93, בע' 100־101.
97. הלכת לזר, לעיל הערה 8; ר"ע 101/86 קדמאני נ. אבו אלחאג', פ"ד מ (1) 613, 616.
98. הלכת לזר, לעיל הערה 8, בע' 669ה.
99. הלכת לזר, לעיל הערה 8; הלכת קדמאני, לעיל הערה 97, בע' 616.
100. הלכת לזר, לעיל הערה 8.

הגירושין מעידה על כך. יתר על כן, בפרשת קדמאני[101] נזכרה שלילת מדור לזכאים עקב ביצוע הליכי פירוק השיתוף כעילה לעיכוב ביצוע הליכים אלה[102]. יתר על כן, באותה פרשה הובחן במפורש, לעניין הפעלת עיכוב הביצוע, פירוק שיתוף בין בני זוג בדירת מגורים מפירוק שיתוף בנסיבות רגילות בין שותפים.

דרך זו של עיכוב ביצוע הליכי הפירוק על בסיס שיקול דעת שיפוטי רחב בנסיבות המקרה היא פתרון נוח וצודק. היא מהווה דרך הולמת להתחשבות במכלול השיקולים, ומספקת מסגרת ראויה לאיזון בין מכלול האינטרסים בנסיבות אינדיבידואליות[103].

אין הצדקה לעכב ביצוע באופן אוטומטי, להבדיל מבחינה אינדיבידואלית של נסיבות כל מקרה, עם הגשת תביעה לשלום בית או לגירושין. מאידך גיסא, אין אפשרות להתעלם מן העובדה, שפירוק שיתוף בנכס בין בני זוג אינו דומה לפירוק שיתוף רגיל בין שותפים.

המחוקק נמנע מהתאמה סטטוטורית בין דיני הקניין לדיני המשפחה. האחריות לכך רובצת לפתחה של הרשות השיפוטית על כל המשתמע מכך בתחום דיני המשפחה בשיטתנו המשפטית.

5) תחולת סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב־1972

§609. סעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב־1972, נועד להגן על קורת הגג של בעלים שהוא גם מחזיק, אם פקעה זכותו בנכס בנסיבות שונות, שלא ברצונו, עקב מכירה שנכפתה עליו. אחת הנסיבות היא מכירת הנכס בעקבות הליך של פירוק שיתוף. החזקה ייחודית וכדין, דהיינו בהסכמת יתר השותפים, של שותף הם התנאים שהציבה הפסיקה להחלת ההגנה שמעמיד סעיף 33[104].

§610. השאלה, מה היקף תחולת סעיף 33 כאשר השותפים כולם מחזיקים בדירה כדין, לא הוכרעה עדיין. נראה, כי בדברה על חזקה ייחודית לא התכוונה הפסיקה ליהנות את כל השותפים, אלא את מי מהם המחזיק ייחודית. אפשרות אחרת היתה חותרת תחת המדיניות המשפטית המרכזית של הקלה בהבאת הפירוק אל קִצו. התנאים שנקבעו בפסיקה הם נקודת האיזון בין הזכות לפרק את השיתוף בכל עת לבין הגנת קורת הגג של הבעלים

101. הלכת קדמאני, לעיל הערה 97, בע' 616.

102. על עיכוב ביצוע הליכי פירוק שיתוף בעילת מדור, ראה לעיל פסקאות 597 — 600.

103. החלטת בית־משפט השלום בתל־אביב, בת"א (ת"א) 36966/84 וסר נ. וסר, פסקים תשמ"ט ב 195, 208־209, נראית לי כגישה הנכונה באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת לעיכוב ביצוע פירוק שיתוף.

104. ע"א 393/58 ברוינר נ. לברון, פ"ד יד 169; ע"א 82/64 מלמד נ. מלמד, פ"ד יח (4) 367; ע"א 64/65 עיזבון המנוח משיח נ. משיח, פ"ד כ (1) 126; ע"א 123/80 אוירבוך נ. ברובר־ניק, פ"ד לו (3) 431, 434־435; בג"צ 323/81 וילוזני נ. בית־הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו (2) 733, 744; הלכת פלונית, לעיל הערה 68, בע' 631; הלכת אדמיר, לעיל הערה 86, בע' 297. ראה גם א' רייכמן, לעיל הערה 10, בע' 127 — 130.

המשותף־המחזיק. הרחבת התנאי של החזקה ייחודית על כלל השותפים תטה את האיזון נגד האפשרות לפרק את השיתוף. חזקה, שאינה על דעת אחד השותפים, אינה מזכה בהגנת סעיף 33; קל וחומר כאשר כל השותפים מחזיקים בנכס[105]. מה עוד, שכאשר מדובר על בני זוג מובטחת ההגנה על קורת הגג באמצעות דיני המשפחה, הקובעים את זכות המדור למי מבני הזוג ולילדיהם.

§611. סעיף 33 מכביד על מערכת היחסים בין שותפים בנכס. הענקת חזקה ייחודית עלולה להתנקם בשותף. בעל זכות החזקה הייחודית עשוי ליזום את פירוק השיתוף ולצאת כשבאמתחתו זכות דיירות מוגנת, נוסף לחלקו היחסי בערך הנכס כתפוס. כאשר השיתוף הוא בין בני זוג בדירת מגורים, עלולות הוראות סעיף 33 לזמֵן תוצאות בלתי נסבלות.

מצד אחד, יחשוש כל אחד מבני הזוג לאבד את החזקה בדירה. שני בני הזוג יאחזו בקרנות המזבח של המגורים בדירה, תהא אשר תהא מידת הסבל אשר תיגרם להם כתוצאה מכך. קשר שלילי נמשך תחת קורת גג אחת של יחסים, שהתרוקנו מכל תוכן של ממש, עלול לפגוע בצדדים ובמשפחה כולה. האילוץ של חיים משותפים בדירה למורת רוחם של בני הזוג, או אחד מהם, עלול לפגוע קשה לא רק בנוחיות הצדדים ובבריאותם הנפשית, אלא גם בשלומם של הילדים החיים יחד עמם בדירה[106]. במקרים רבים עלולה המציאות המשפטית של חיים משותפים בעל־כורחם של בני הזוג או אחד מהם לדרדר את יחסי בני הזוג לאלימות רוחנית ופיזית.

מצד שני הרצון לגרוף את זכות היתר שמעניק סעיף 33 לאמתחתו של האחד, ומנגד — החשש מפני ניצול החזקה בדירה להשגת אותו היתרון על ידי האחר, עלולים לדחוף כל אחד מבני זוג למעשים קשים וחריגים. מעשים אלה עשויים להיות נמשכים או חד־פעמיים, וזאת, במטרה לאלץ את בן הזוג האחר לסלק את ידו מן הדירה ולהשאיר את החזקה הייחודית בדירה בידי היוזם.

כל אחת מן הברירות עלולה להפוך את דירת המגורים ממעון אינטימי לשדה קרב. היחסים המתוחים ממילא בין בני הזוג בשעת השפל של חייהם המשותפים יהפכו לגהינום עלי אדמות.

§612. בפרשת מרדכי[107] הובילה פרשנות סעיף 33 את בית־המשפט לתוצאה קשה ובלתי נסבלת. אשה נאלצה לעזוב את דירת המגורים יחד עם בתה הקטינה עקב צעדי אלימות מוכחים מצד הבעל. הבעל נשאר בדירה והחזיק בה בלעדית. בצר לה, תבעה האשה את פירוק השיתוף בדירה. כתוצאה מפירוק השיתוף נאלצה האשה להסתפק בתשלום ערך חלקה בדירה כשהיא תפוסה על ידי הבעל. בית־המשפט סבור היה, כי האשה ויתרה על זכות החזקה מרצונה. היה על האשה לתבוע חזקה משותפת יחד עם בעלה במטרה

105. על עמדה כזו, ראה בפסק־דינו של בית־משפט השלום בתל־אביב, ת"א (ת"א) 28567/84 **פלד נ. פלד**, פסקים תשמ"ו ב 512, 516־517. עמדה זו מקבלת חיזוק אצל מ' בן־פורת "הגנת החוק על קורת גגו של בעל נכס" **ספר יצחק כהן** (1989) 336, 345.

106. **הלכת אריאלי, לעיל הערה 4**, בע' 206.

107. **הלכת מרדכי, לעיל הערה 15**.

למנוע את התוצאה הקשה. אולם, חזקה משותפת היתה מחייבת אותה לחלק את הדירה עם בעל אלים.

מציאות משפטית זו העמידה את בני הזוג לפני מצוקה קשה. הברירה, שלפניה הם הועמדו היתה כמעט בלתי אפשרית; אוי להם מייצרם ואוי להם מיוצרם. החמור מכל הוא, כי התוצאה עלולה היתה לפעול נגד בן הזוג החלש יותר, הסבלני יותר, המתחשב יותר והפחות אלים מבין השניים. החוטא עלול היה לצאת נשכר. פרשנות סעיף 33, ככל שהיא התייחסה לבני זוג, פגעה באינטרסים מרכזיים של המשפחה.

§613. הכרה באנכרוניזם שבמדיניות המשפטית המגובשת בסעיף 33 וספקנות באשר למידת הרלבנטיות שלו[108], בצד הודאה בקושי שבתוצאתה המשפטית של הלכת מרדכי והביקורת[109] שקידמה אותה, הביאו את בית־המשפט העליון להרהורים נוספים.

בסופו של התהליך לא זו בלבד שהלכת מרדכי נהפכה על פיה והפכה להיות הלכה "ואין מורין כמוה עוד"[110], אלא שבאופן הדרגתי הובילה הפסיקה לפרשנות מצומצמת של סעיף 33, ובמיוחד, בנוגע לבני זוג השותפים בדירת מגורים[111].

תחילתו של התהליך בפסק־דינו של השופט מ' אלון בפרשת וילוז'ני[112]. לדבריו, ההלכה בפרשת מרדכי קשה והדברים ראויים למחשבה נוספת. על בסיס אותה מערכת של נסיבות היה בית־המשפט, לדבריו, עשוי להגיע למסקנה שונה, לפיה אין הבעל זכאי להגנת סעיף 33, משום שהחזקתו היתה "שלא לרצונה ובחוסר הסכמתה של השותפה־האשה".

בפרשת פלונית כבר נקבע, כי הלכת מרדכי עברה מן העולם, וכי

> "החזקה תיחשב כדין, רק אם הסכמת בן הזוג היא פוזיטיבית, לאמור, אם ניתן להסיק מן העובדות כוונה של בן הזוג להסכים, וזאת בין אם הובעה הכוונה במפורש ובין אם התנהגותו 'מדברת' בשפה חד־משמעית"[113].

על דרך יישום הלכה זו הוסף שם, כי טיבה של ההסכמה הדרושה שונה הוא לגבי שיתוף בין בני זוג בדירת מגורים לעומת שותפים רגילים[114].

לשם הוכחת הסכמתו של שותף־בן זוג לחזקה ייחודית נדרשת הוכחה חד־משמעית. רק כאשר ניתן להסיק חד־משמעית מהתנהגותו של בן זוג ויתור על זכותו בהחזקה בדירה — ניתן לראות בהחזקתו של האחר חזקה ייחודית כדין, המזכה אותו בהגנת סעיף 33. להרמת נטל ההוכחה אין להסתפק בשתיקתו של בן זוג ולא די בעזיבת הדירה על ידיו. עזיבת הדירה המשותפת, המונעת מן הרצון להימלט מן החיים המשותפים, אין

108. מ' בן־פורת, לעיל הערה 105; א' רייכמן, לעיל הערה 10. ראה גם הלכת אדמיר, לעיל הערה 86; הלכת אריאלי, לעיל הערה 4.

109. י' ויסמן "שיתוף בנכסים" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים, תשל"ה (בעריכת ש' שטרית, תשל"ו) 1, 10 — 13; א' רייכמן, לעיל הערה 10, בע' 122־123.

110. הלכת פלונית, לעיל הערה 68, בע' 632.

111. הלכת אדמיר, לעיל הערה 86, בע' 302 — 307; הלכת אריאלי, לעיל הערה 4, בע' 206.

112. לעיל הערה 104, בע' 745־746.

113. הלכת פלונית, לעיל הערה 68, בע' 632.

114. הלכת פלונית, לעיל הערה 68, בע' 633.

בה משום ויתור על זכות החזקה, המפעילה את סעיף 33[115]. גם הדרת רגליים רבת שנים מן הדירה ללא נקיטת יוזמה כלשהי מצד העוזב אינה נחשבת כהסכמה לחזקה ייחודית[116]. בפסיקה מאוחרת יותר נקבע, כי על הטוען לוויתור נטל הראיה לקיומו[117], וכי אין בודקים בטעמי העזיבה. טעם הנובע מגישות סובייקטיביות, די בו כדי למנוע הסקת ויתור על החזקה מטעם בן הזוג העוזב את הדירה. לא נדרשת הצדקה אובייקטיבית כדי למלט בן זוג זה מן החרב המתהפכת של סעיף 33[118].

§614. חישוקיו של סעיף 33 התרופפו עוד יותר, בין בכלל ובין לגבי בני זוג בפרט. הסכם בין בני זוג לפרק את השיתוף בדירה בדרך של מכירה אינו כפוף להגנה שמעמיד סעיף 33[119]. כבר ראינו באחת הפסקאות הקודמות, כי סעיף 39 לחוק החוזים משתרע גם על תביעה לפירוק שיתוף במקרקעין[120]. חלק משופטי בית־המשפט העליון פסקו, כי שותף־מחזיק היוזם את פירוק השיתוף אינו יכול ליהנות מהגנת סעיף 33. רק שותף־מחזיק, שפירוק השיתוף נכפה עליו זכאי ליהנות מהגנת הסעיף, אם נתמלאו שאר התנאים הנדרשים. סעיף 33 עשוי לשמש מגן ולא חרב[121]. הגבלה זו על תחולת סעיף 33 תוסר אם השותף האחר ויתר על החזקה בנכס לצמיתות. במקרה זה יזכה השותף־המחזיק בהגנת סעיף 33 גם בהיותו היוזם של הליכי הפירוק[122].
קיימת דעה המצמצמת את תחולת סעיף 33 באופן מרחיק לכת עוד יותר. לדעה זו, ויתור זמני, אפילו מפורש, על החזקה אינו מזכה את השותף־המחזיק בהגנת סעיף 33[123].

§615. העולה מן המקובץ, כי במה שנוגע לפירוק שיתוף בדירת מגורים בין בני זוג איבדה הוראת סעיף 33 את חלק הארי מכוחה המחייב. רק נסיבות מאד יוצאות דופן, העולות כדי הסכמה רצונית ומפורשת של אחד מבני הזוג לחזקתו הייחודית של האחר, יזַכו את האחרון בהגנת סעיף 33. על ידי כך השתחררה המשפחה מכבלי המצוקות הקשות, שבהן נאסרה באמצעות פרשנותו המרחיבה של סעיף 33.
בסוגייה זו, התפתחות הדין הכללי עברה דרך תחנת הביניים של דיני המשפחה. דיני המשפחה שימשו קטליזטור לפרשנות כללית והובילו לצמצום תחולת ההגנה, הנפרשת באמצעות סעיף 33, גם כלפי שותפים רגילים[124].

115. הלכת **פלונית**, לעיל הערה 68, בע׳ 633.
116. הלכת **טאובמן**, לעיל הערה 54, בע׳ 711.
117. הלכת **אריאלי**, לעיל הערה 4, בע׳ 204.
118. הלכת **אריאלי**, לעיל הערה 4, בע׳ 204־205; ע״א 458/82 **וילנר נ. גולני**, פ״ד מב (1) 49, 59.
119. ע״א 79/80 **(טל־ניר) וילנר נ. טל־ניר**, פ״ד לו (3) 162.
120. הלכת **אדמיר**, לעיל הערה 86, בע׳ 299־300 מפי הנשיא מ׳ שמגר.
121. השופטת מ׳ בן־פורת הלכת **אדמיר**, לעיל הערה 86, בע׳ 302 — 307, ובהלכת **אריאלי**, לעיל הערה 4, בע׳ 205 — 207 (בהסכמת השופט א׳ ברק). ראה גם א׳ רייכמן, לעיל הערה 10, בע׳ 136. ברם, ראה היסוסיו של הנשיא מ׳ שמגר בהלכת **אדמיר**, שם בע׳ 299.
122. מ׳ בן־פורת, לעיל הערה 105, בע׳ 346.
123. מ׳ בן־פורת, לעיל הערה 105, בע׳ 343.
124. הלכת **וילנר**, לעיל הערה 118, בע׳ 58־59.

סעיף 33 מאכלס בתוכו את כל השותפים במקרקעין. עם זאת, מוכן היה בית־המשפט לפרש את החוק וליישמו באורח שונה, כאשר מדובר בבני זוג לעומת שותפים רגילים. דרך זו נראית לנו נכונה וצודקת. היא עולה בקנה אחד עם המציאות המשפטית בישראל, ותואמת את הצרכים של שיטתנו המשפטית על דיני המשפחה המיוחדים שבה. היא גם מצביעה על אמצעים משפטיים, שבכוחם ליישם את עקרונות האחריות האזרחית.

6) היחס בין פסיקת בית־המשפט לפסיקת בית־הדין

§616. בתי־משפט שונים מעורבים בהחלטות שונות בענייני המעמד האישי של אותם צדדים. מטבע הדברים מתעוררת השאלה בדבר יחסי הגומלין בין פסיקתם של בית־הדין הדתי או של בית־המשפט המחוזי — לבין פסיקתו של בית־משפט השלום בתביעת פירוק שיתוף בין בני זוג. פסיקה בערכאה אחת, עשויה להשליך או להשפיע על פסיקתו של בית־משפט השלום בתביעה לפירוק שיתוף בין בני זוג.

השאלה אינה מיוחדת לסוגייה זו ואין מקום לדון בה בנפרד; היא משלבת מספר עניינים שונים, הנותנים בבחינתם יחד תשובה לשאלה האמורה. הקורא מופנה אל הפרקים הרלבנטיים בספר זה העוסקים בעניינים הקשורים לשאלה, והם: כיבוד הדדי בין ערכאות השיפוט[125], מעשה בית־דין בין הערכאות[126] ועניין שלום בית[127]. בפרק העוסק בסוגיית שלום הבית ימצא הקורא התייחסות מיוחדת להיבטים הקשורים בסוגיית פירוק שיתוף בין בני זוג[128].

לסוגייה זו גם היבט של ברירה בין הערכאות, המשליך על הפרקטיקה בהקשר רחב יותר. כך, למשל, אם עד כה מיהרה אשה לתפוס סמכות בתביעת מדור בבית־המשפט המחוזי, יתכן שהיא עשויה להעדיף במקרים מסוימים דווקא את בית־הדין הרבני, אשר יבטיח לה מדור ספציפי ויסכל על ידי מעשה בית־דין זה תביעת פירוק מצד בעלה.

125. ראה לעיל פסקאות 9־10.

126. ראה לעיל פסקאות 11 — 18.

127. ראה לעיל פסקאות 87 — 100. כן ראה לעיל פסקה 602.

128. ראה לעיל פסקאות 86 — 88.

פרק שביעי

עקרונות נכסי העתודה הכלכלית של המשפחה

פתח דבר

§617. בשער הראשון עסקנו בהלכת השיתוף ובהסדר איזון המשאבים, ובהשלכותיהם של אלה על כוח המיקוח של בני הזוג[1]. נוכחנו לדעת, כי אותו חלק של ההסדר, הנוגע להיקף הרכוש הנכלל בשיתוף ולסוגי הנכסים הנמנים עמו, אינו עונה על הצרכים של דיני המשפחה בישראל. הכוונה היא לאותם נכסים, שהוגדרו על ידינו כנכסי העתודה הכלכלית של המשפחה. עם נכסים אלה נמנים, בין היתר, זכויות פנסיה, כושר השתכרות, מוניטין, תארים אקדמיים, רשיונות מקצועיים וכיוצא באלה.

עניין זה הוא עתה השאלה המרכזית בסוגיית המשטר הרכושי בין בני זוג, באשר הוא הקובע את מידת האפקטיביות שלו וממילא — את מידת השפעתו הממשית על ההסדר בין בני הזוג. הכללתם של נכסים אלה בשיתוף חשובה במיוחד לבני זוג צעירים, אשר משלימים את הפוטנציאל הכלכלי לעתיד, או לבני זוג מבוגרים העומדים על סף פרישה.

לגבי בני הזוג הצעירים עומדים במרכז הדיון 'נכסי הקריירה', כגון רשיונות מקצועיים וכושר השתכרות. לעיתים, לאחר מספר שנות נישואין יהיו 'נכסי הקריירה' הנכסים היחידים העומדים לרשות בני הזוג. בדרך כלל התחלק בין שניהם המאמץ הקשה בשנים הראשונות של בניית הקריירה המקצועית. אלא שחלוקת התפקידים הייתה שונה; האחד פיתח את הונו האנושי בעוד האחר טיפח את המשפחה, ולעיתים אף השקיע כספים במימון הלימודים ובתמיכה במשפחה. התרת הקשר לקראת ראשית ההמראה המקצועית ותחילת הביסוס הכלכלי משאירה את בן הזוג האחד עם כל העתודות הכלכליות הפוטנציאליות ואת האחר, בדרך כלל האשה, בחוסר כל ועם תחושת התסכול וההחמצה.

לגבי בני הזוג המבוגרים עומדים במרכז הדיון 'נכסי הפרישה', כגון קרן פנסיה, פיצויי פרישה, מוניטין וכיו"ב. במקרים רבים, אלה הם — בתוספת דירת מגורים — הנכסים העיקריים של המשפחה הממוצעת. לאור הנתונים שהוצגו בשער הראשון נפגעת יכולתה הכלכלית של האשה, כמו גם כושר ההשתקמות הכלכלית שלה לאחר הגירושין, בעטים

1. ראה לעיל פסקאות 131 — 133.

של חלוקת התפקידים המקובלת במשפחה והמערכת החברתית־כלכלית הנוהגת היום הלכה למעשה. אם לא ייכללו 'נכסי הפרישה' בין נכסי השיתוף, יישאר בן הזוג האחד עם כל העתודות הכלכליות לקראת הסגריר של הימים שיבואו ולְאחר, בדרך כלל האשה, ימתינו ימים קשים של זקנה ושיבה ללא סיכוי כלכלי כלשהו.

אין סוגייה זו מיוחדת למשפט הישראלי. בשנים האחרונות היא מהווה מוקד התעניינות והתדיינות בשיטות משפטיות רבות בעולם. אולם, בישראל נודעת לה חשיבות מיוחדת עקב התרומה שביכולתה לתרום לסגירת הפערים. במרכזה של הסוגייה, שעניינה נכסי העתודה הכלכלית, ממוקמות שתי נקודות תורפה מרכזיות של דיני המשפחה בישראל: האחת, מעמד האשה במשפחה וכוח המיקוח שלה והשנייה, ההשלכות הנובעות מתוכנו של המשטר הרכושי על אפשרות התרת הנישואין. על רקע זה נבחן את עקרונות הסוגייה, את התפתחותה בשיטות משפטיות שונות בעולם ואת אפשרויות יישומה בדפוס המשפטי הקיים בישראל לנוכח אילוצי השיטה המשפטית וצורכיה המיוחדים.

1) עקרונות הסדר נכסי העתודה הכלכלית

פתיחה

§618. נכסי העתודה הכלכלית מרכיבים, במקרים רבים, את חלק הארי של נכסי המשפחה המודרנית הממוצעת[2]. במיוחד אמורים הדברים לגבי הנכסים, הנצברים במשפחה הממוצעת בעשר שנות הנישואין הראשונות, המועדות לפורענות הגירושין.

א) רעיון השיתוף

§619. בשיטה משפטית, המכירה ברעיון השיתוף האישי והכלכלי בין בני זוג, אין שום הצדקה להימנע מחלוקת נכסי עתודה כלכלית. רעיון המאמץ המשותף העומד ביסודו של עיקרון החלוקה השווה, והמבוסס על תרומה שוות ערך כלכלי מצד בן הזוג העוסק בטיפוח המשפחה ובגידול הילדים, אינו סובל הבחנות טכניות ופורמליות בין סוגים שונים של השקעה. הבחירה בין סוגי ההשקעות היא עניינה של כל משפחה על־פי צרכיה המיוחדים ולפי סדרי ההעדפה הנראים בעיניה. יש להימנע מיצירת נורמה משפטית, המנתבת את בני הזוג למסלולי בחירה של השקעות מסוימות דווקא. מקום שבו בחירה בדרך השקעה אחת יוצרת שיתוף, ואילו בחירה בדרך אחרת גוררת אחריה הפרדה רכושית — ללא כל הבדל במאמץ המשותף המושקע — אות הוא שלא נעשה צדק בין הצדדים.

2. L.J. Weitzman, **The Divorce Revolution** (New-York, 1985) 52—142; M.A. Glendon, **The New Family and the New Property** (Toronto, 1981); C.S. Bruch, "Of Work, Family Wealth, and Equality" 17 **Fam. L.Q.** (1983) 99, 104 et seq; C.S. Bruch, "The Definition and Division of Marital Property in California: Toward Parity and Simplicity" 33 **Hastings L.J.** (1982) 769, 813—821; N.S. Erickson, "Spousal Support Toward the Realization of Educational Goals: How the Law Can Ensure Reciprocity" [1978] **Wis. L.R.** 947; J.W. McKnight, "Defining Property Subject to Divison at Divorce" 23 **Fam. L.Q.** (1989) 193.

כל ההנמקות, אשר פעלו בעבר לקליטת עיקרון השיתוף בנכסים בין בני זוג, תומכות גם בהכללת נכסי העתודה הכלכלית במסגרת זו[3]. הערך, המושקע על ידי בן זוג אחד בטיפוח ההון האנושי של האחר, זהה לערך המושקע על ידיו לצורך רכישת נכסים מוחשיים, אם לא גדול ממנו. השיקולים הכלכליים הטהורים של שקילות ערך התמורה הם משניים בחשיבותם[4].

ב) נקודת מבט כלכלית

§620. אולם, אפילו מנקודת המבט של התיאוריה הכלכלית יש הצדקה להכללת נכסי העתודה הכלכלית במסגרת שיתוף־בר־חלוקה או בר־איזון[5]. ארגון הזמן של המשפחה וחלוקת התפקידים בתוכה נעשים לתועלת המשפחה כולה ותורמים לה בשלמותה. חלוקה כזו, שבה בן זוג אחד יוצר פוטנציאל של השתכרות וצובר עתודות כלכליות, והאחר מניח את התשתית המשפחתית המאפשרת בניית מערכות כלכליות אלה, גורמת למשפחה לפעול כיחידה אחת. היא מביאה למקסימום את התועלת, שניתן להפיק בתוך המשפחה באמצעות כל אחד מיחידיה. כל יחיד מיחידי המשפחה משתלב במערכת רווחה משפחתית אחידה גם אם בפונקציה אחרת.

מאידך גיסא, ניתן למצוא גישות מסויגות יותר. בבסיסן ספק הן בשקילותה הכלכלית של התרומה של בן הזוג 'יושב הבית', הטוען לחלוקה שווה בנכסי עתודה כלכלית, והן במידת ההצדקה לזכותו בחלק מערך הנכסים בגין השירותים שנתן. מהלך הטענה הוא, כי ויתורו של בן זוג על קריירה עצמאית תוך הקדשת המאמץ העיקרי למשפחה נעשה מתוך בחירה חופשית ומתוך שיקולי תועלת אישיים, המביאים בעקבותיהם העדפה רצונית. לדידם של בעלי גישה זו אין לקבוע, כי שירותי מין ומשק־בית מזכים בשותפות ברכוש. התרומה לטיפוח ההון האנושי זניחה לעומת התמורה הנתבעת של שותפות בתוצר המוגמר. זאת, משני טעמים: ראשית, קיימות דרכים חלופיות זולות פי כמה להשיג מימון ביניים למטרה זו. שנית, בסופו של דבר מוכרע עתידו הכלכלי של בן הזוג מן הכשרון האישי והקשרים האישיים יותר מאשר מהענקת ההזדמנות וממתן האפשרות להכשרה מקצועית. כשרון וקשרים אינם פרי המאמץ המשותף, אלא 'רכוש' שנצבר לפני הנישואין וללא קשר סיבתי אליהם[6].

3. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 110—113; K.J. Gray, **Reallocation of Property on Divorce** (Abingdon, 1977) 155—173.

4. C.S. Bruch, **supra** note 2 (**Fam. L.Q.**), at 105.

5. J.M. Krauskopf, "Recompense for Financing Spouse's Education: Legal Protection for the Marital Investor in Human Capital" 28 **Uni. of Kan. L.R.** (1980) 379, 380—386.

6. על גישות כאלה, ראה, בין היתר, M.A. Glendon, **supra** note 2, at 63—68; J.L. Knetsch, "Some Economic Implications of Matrimonial Property Rules" 34 **Uni. of Tor. L.R.** (1984) 263, 278-279; R. Deech, "The Case Against Legal Recognition of Cohabitation" in **Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies** (J.M. Eekelaar & S.N. Katz, ed., 1980) 300.

§621. אולם גישה זו בעיקרה אינה מתייחדת למעמדם של נכסי העתודה הכלכלית. היא מתיימרת לשמוט את הקרקע מתחת לעיקרון הרחב והכללי של שיתוף נכסים או איזון משאבים בין בני זוג. מי שהכריע כבר בעבר בעד השיתוף נמצא, איפוא, מעבר לטווח השיקולים האמורים. הימנעות מהרחבת השיתוף הכלכלי במשפחה מתיישבת יפה גם עם שתי תפיסות עקרוניות: הראשונה, הרואה את עתיד דיני הרכוש המשפחתי בעיקרון הפרדת הרכוש בין בני הזוג כביטוי לעצמאות ולטיפוח האינדיבידואליות בתוך מסגרת המשפחה; השניה — הרואה את עתיד דיני התמיכה במשפחה בתחום המשפט הציבורי ובדיני הרווחה. אם המשפט הציבורי בא למלא את מקום המשפט הפרטי ואת החובה המוטלת על יחידי המשפחה כלפי האחרים, ואם התמיכה במשפחה מוטלת על כתפי הציבור — אין מקום להרחבת השיתוף[7]. אין אנו שותפים לעמדות אלה.

ג) עקרונות השוויון וההגנה על הצד החלש

§622. הטעמים העיקריים להכללת נכסי עתודה כלכלית במסגרת השיתוף הכלכלי בין בני הזוג נעוצים בעקרונות השוויון, היושר וההגינות בתוך המשפחה במסגרת העקרונות שפותחו בדיני המשפחה. השיתוף מבטא את ההכרה בערך הכלכלי של תרומת בן הזוג, הפועל בתוך הבית פנימה. הכרה זו מחייבת את הכללת נכסי העתודה הכלכלית במסגרת שיתוף הנכסים והיא פועלת לטובת הצד החלש במשפחה, דהיינו האשה ובעקיפין — גם הילדים. נכסים אלה מרוכזים היום רובם ככולם בידי הבעל. הכללתם בשיתוף מביאה בעקבותיה יתר שוויוניות בין המינים בתוך המשפחה לעומת המצב הקיים היום, הגורר אחריו, כפי שכבר ראינו לעיל[8], פגיעה כלכלית קשה באשה לעומת העשרתו של הבעל. הימנעות מהכללת נכסי העתודה הכלכלית בשיתוף בין בני זוג מתעלמת מן ההשלכות של הכרעה משפטית זו על חולשת מצבה של האשה.

שיטה משפטית, המסדירה יחסים רכושיים מבלי לייחס את המשקל הראוי לנְטָלים האישיים

7. שאלות אלה נשארות פתוחות אצל J.M. Eekelaar, "Family Law and Social Problems" 34 **Uni. of Tor. L. R.** (1984) 236, 243 לעומת זאת M.A. Glendon, **supra** note 2, at 82—88, 117, מאמינה שהבעיות הכלכליות במשפחה חייבות להיפתר במישור המשפט הציבורי ולא במישור המשפט הפרטי, לדעתה, העתיד שייך להפרדת הרכוש ולא לשיתוף, ראה M.A. Glendon, "Changes in the Relative Importance of Family Support, Market Work and Social Welfare in Providing Economic Security" in **Family, State and Individual Economic Security** (M.T. Meulders-Klein & J. Eekelaar, ed., Brussels, 1988) 1, 7; M. A. Glendon, **supra** note 2, at 63, 82; M.A. Glendon, "Is There a Future For Separate Property?" 8 **Fam. L.Q.** (1974) 315 שותפים J.L. Knetsch, **supra** note 6; J.T. Oldham, "Is The Concept of Marital Property Outdated?" 22 **J. of Fam. L.** (1983-4) 263 לדעות אלה, במידה זו או אחרת, גם עמדה נוגדת היא בין היתר, דעתן של L.J. Weitzman, **supra** note 2; S.W. Prager, "Sharing Principles and the Future of Marital Property Law" 25 **UCLA L.R.** (1977) 1; C.S. Bruch, **supra** note 2 **(Fam. L.Q.)**, at 106-107.

אין להתפלא, כי העמדה באשר להיקף השיתוף נקבעת על בסיס הגישה העקרונית של כל אחד מן המלומדים.

8. ראה לעיל פסקאות 123 — 130.

המונחים על כתפיו של כל אחד מבני הזוג, המשפיעים על הצד הכלכלי, או — לסוגי הרכוש המסוימים שבהם מרוכז 'העושר' במשפחה בת זמננו, פוגעת בצד החלש הזקוק להגנתה. חלוקה שווה של רכוש מסורתי — הרכוש הרגיל והמקובל — בלבד אינה מביאה שוויון בתוצאות. מצבה הכלכלי של אשה המטופלת בילדים, שהקדישה עצמה למשפחה, וכתוצאה מכך היא בעלת פוטנציאל השתכרות נמוך, יהיה נחות ביותר לעומת זה של בעלה, אשר יצר במהלך הנישואין נכסים לא מוחשיים בעלי פוטנציאל השתכרות גבוה. פגיעותה הכלכלית בעתיד, לאחר הגירושין, לא תאוזן על ידי חלוקה שווה של נכסים 'מסורתיים' בלבד. שוויון בהקשר זה הוא מוגבל ואינו בבחינת יושר[9].

נייטרליות ההגנה על שני בני הזוג מתוך עמדה נחזית של שוויון היא אחיזת עיניים, כאשר הנתונים של כל אחד מבני הזוג שונים. מערכת היחסים הכלכלית, שבה שרוי כל אחד מבני הזוג במהלך הנישואין ושממנה הוא נכנס להליך הגירושין, היא שונה בתכלית. אין לקבוע דינים שוויוניים, באשר לחלוקת הנכסים, בלי לקחת בחשבון אם מציאות החיים של בני הזוג הייתה שוויונית — אם לאו. תפיסה של שוויון ממשי חייבת להתייחס למציאות החיים ולחלוקת התפקידים בתוך המשפחה האינדיבידואלית. לשם כך יש להתחשב, לצורך הסדר חלוקת הרכוש, בכל המקורות הרכושיים והכספיים ובכל המשאבים העתידיים, העשויים להניב פירות[10]. במקרים, שבהם נכסי עתודה כלכלית הם המרכיב הרכושי המרכזי של נכסי המשפחה, עלולה אי חלוקתם להנציח אפליה הולכת ונמשכת ולגרור אחריה הרחבת הפער בין בני הזוג במהלך השנים הבאות.

ד) הגנה על ציפיות בני הזוג

§623. אי־הצדק בולט שבעתיים, כאשר בתקופת ההכשרה של אחד מבני הזוג לתפקיד, או לקבלת רשיון מקצועי כלשהו, היה האחר מקור הפרנסה היחיד או הראשי של המשפחה והממון, החלקי או המלא, של הלימודים והוצאות ההכשרה. בן זוג זה, בדרך כלל האשה, אִפשר לראשון, בדרך כלל לבעל, להשיג את הישגיו: הוא התחלק עמו באבדן הכנסתו בתקופת ההכשרה והוא הפסיד הזדמנות לטיפוח ופיתוח ההון האנושי שלו. הוא עשה כן, מתוך אמונה שהתא המשפחתי הוא אחד, מערכת היחסים היא הדדית וחלוקת התפקידים במשפחה פועלת ככלים שלובים. הוא פעל על סמך ציפיה, כי העתיד צופן בחובו תגמול מלא על הקרבן הנוכחי לא רק לאחד מן השניים, אלא ליחידה המשפחתית כולה. כאשר החבילה נפרדת סמוך לאחר תום מועד ההכשרה של בן הזוג הראשון, יוצא השני וידיו על ראשו. הוא לוקה פעמיים: פעם אחת במניעת טיפוח ההון האנושי של עצמו, ופעם שנייה — בחוסר כל תגמול כלכלי על התרומה שתרם[11]. הצדק מחייב הגנה על הציפיות הסבירות של צדדים[12].

בן הזוג, אשר פעל על סמך שיקולים ארוכי טווח והשקיע את זמנו, יוזמותיו וכישוריו

9. L.J. Weitzman, **Supra** note 2, at 104—109.
10. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 371—378.
11. J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 380, 387, 392.
12. S.W. Prager, **supra** note 7, at 11—13, 17.

בטיפוח המשפחה ורווחתה ובפיתוח ההון האנושי של האחר, זכאי לפיצוי על כך. אילו מערכת היחסים היתה נמשכת, היה הפיצוי מתקבל במהלך השיתוף במסגרת חיי הנישואין. משנפרדה החבילה, וההשקעה לימים רחוקים נתבררה כקצרת טווח, הוא זכאי לפיצוי מיידי. כל תוצאה אחרת מעשירה, שלא במשפט, את אחד מבני הזוג על חשבון האחר.

ה) טובת הילדים

§624. בקביעת ההסדר הרכושי המועדף יש לקחת בחשבון את השפעתו של כל הסדר מוצע על טובת הילדים[13]. פגיעה משמעותית ברמת החיים של ההורה המשמורן, בדרך כלל האם, גוררת אחריה פגיעה קשה בילדים ובטובתם. הפגיעה מתייחסת לא רק למישור הכלכלי, אלא גם למישור הרגשי והנפשי. ההשפעה הרגשית והנפשית על הילד כתוצאה מן הגירושין משקפת בבירור גם את ההשפעה הכלכלית.

במישור הכלכלי מחייבת הירידה המשמעותית ברמת החיים של האשה לאחר הגירושין ירידה דרסטית בצורת החיים. לעיתים מחייב המצב גם את שינוי מקום המגורים ואת העקירה ממקום אחד למשנהו, הנובעת מכך. תופעות אלה מקשות על הילדים. הילדים מאבדים את תחושת ההמשכיות והיציבות החשובות כל כך ברגעי המשבר במשפחה[14]. התוצאות של שינויים כלכליים אלה מזיקות גם ליחסי הורה־ילד. ההשפעה היא כלפי שני ההורים גם יחד, כל אחד במישור אחר. ההורה המשמורן נאלץ להקדיש זמן רב יותר לפרנסת המשפחה ולשהות פחות במחיצת הילדים. השוואה בין רמת החיים הגבוהה יחסית של האב והנמוכה יחסית של האם גוררת אחריה תחושה של חסך ושל כעס אצל הילדים על ההורה הלא־משמורן, בדרך כלל האב[15]. אי־הצדק נתפש בדמותו של האב. במיוחד אמורים הדברים כאשר האב נישא שנית ובביתו חיים ילדי בת זוגו החדשה, או הילדים המשותפים לשניהם. הפער יוצר אצל הילדים תחושה, שהם נדחים מפני ה'חדשים'. תחושה זו מפנימה טינות וכעסים ועלולה להשריש ערכים מוטעים.

ו) בירה של ממש בחלוקת התפקידים במשפחה

§625. שיתוף בנכסי העתודה הכלכלית מאפשר בירה אמיתית בחלוקת התפקידים בתוך המשפחה[16]. בן זוג, שבחר להשקיע במשפחה ובטיפוחה, לא יופלה לרעה מבחינה כלכלית

13. על מרכזיותו של שיקול רווחת הילדים גם במסגרת הסדר רכושי בין בני זוג, ראה L.J. Weitzman, The Law Commission, על עניין זה ראה גם **supra** note 2; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 84—88 The Financial Consequences of Divorce Law (Law Commission No. 103, England, 1980) 3, 4. בעקבות זאת תוקן סעיף 25 ל־Matrimonial and Matriminial Causes Act 1973 באמצעות ה־Family Proceedings Act 1984 ונקבע כי המרכיב המרכזי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי לצורך הסדר רכושי לעת גירושין הוא טובת הילדים ורווחתם.

14. J. Goldstein & A. Freud & A.J. Solnit, **Beyond the Best Interests of the Child** (New-York, 1979) 31—49.

15. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 318—322, 377-378.

16. S.W. Prager, **supra** note 7, at 12—14; J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 397-398.

לעומת מי שטרח להשקיע בהונו האנושי. יש הרואים בכך תמריץ להשקעה במשפחה דווקא ולעידוד התלות הנמשכת של אחד מבני הזוג, בדרך כלל האשה, באחר, בדרך כלל הבעל. לא כך נראים לנו הדברים. בהעדר שיתוף ממשי ובעל משמעות בין בני הזוג, אין גם כל ברירה של ממש. מציאות משפטית כזו מתגמלת את ההשקעה מחוץ למשפחה וממילא — מתמרצת דפוס מסוים של יחסים. לעומת זאת, שיתוף של ממש מעמיד ברירה של ממש, לפי הצרכים האינדיבידואליים של כל משפחה ועל־פי ההעדפה האמיתית של כל אחד מבני הזוג במסגרת אותה משפחה.

ז) חוסר הוודאות וקשיי הערכה של נכס עתודה כלכלית

§626. טענות בדבר הספקולטיביות של נכסי העתודה הכלכלית וקשיי ההערכה של נכסים אלה מחייבות הֶעָרכות משפטית מיוחדת. אין הן מצדיקות הימנעות מהכללת נכסים אלה ברכוש העומד לחלוקה. תחומים משפטיים רבים מתמודדים עם טענות, שחלקן מתייחס למה שצופן בחובו העתיד, ומעולם לא הרים המשפט את ידו ונכנע בשל כך: הכרעה המעמידה במרכז את 'טובת הילד' היא במידה רבה הכרעה ספקולטיבית[17]; קביעת אבדן כושר השתכרות לצורך פיצוי בדיני נזיקין היא הכרעה ספקולטיבית[18]; הערכת מוניטין כמו גם הערכת אבדן חדוות חיים, אבדן נוחיות, עוגמת נפש, כאב, סבל[19] וכיו"ב, אף הן אינן קלות כלל ועיקר. בית־המשפט העליון התבטא בפסקי־דין שונים, כי

"תורת הפיצויים היא תורת חוסר הוודאות"[20].

"יותר משהיא מבוססת על קביעת העובדות, הרי היא מעוגנת בהערכת סיכויים, והערכה זו קשה היא"[21].

אך מעולם לא שמענו, כי בשל קשיי ההערכה ייפגעו זכויותיו של אדם לקבל פיצויי על השקעה שעשה או על נזק שסבל. קשיי הניבוי וההערכה, וכן הסיכונים הצפונים בחיק העתיד לנכסים האמורים בטרם יהיו בני מימוש, ניתנים למדידה כלכלית ויילקחו בחשבון בעת הערכת שווי ה'נכס'. בשנים האחרונות נעשה מאמץ מקצועי לא מבוטל להיערך כראוי לאתגר האמור, להתוות קני־מידה ולהציע דרכים להערכתם של נכסי העתודה הכלכלית[22].

17. J. Goldstein & A. Freud & A. J. Solnit, **supra** note 14, at 49—52; פ' שיפמן, **דיני המשפחה בישראל** (כרך שני) (1989) 230-231.

18. **ראה על כך ע"א 95/55 סלומון נ. אדלר**, פ"ד ט 1905, 1911ב; **ע"א 77/67 מדינת ישראל נ. דהאן**, פ"ד כא (2) 128, 135. ראה גם ד' קציר, **פיצויים בשל נזק גוף** (מהדורה שניה, 1986) 21 — 25.

19. **ראה, למשל, ע"א 70/52 גרוסמן נ. רוט**, פ"ד ו 1242, 1245: "בחישוב דמי־הנזק בראש נזיקין כללי זה הפרוץ מרובה על העומד והניחוש על המוחש"; **ע"א 357/80 נעים נ. ברדה**, פ"ד לו (3) 762.

20. **ע"א 237/80 ברששת נ. האשאש**, פ"ד לו (1) 281, 296.

21. **הלכת נעים, לעיל הערה 19**, בע' 773.

22. J.M. Krauskopf, **supra** note 5; J.L. Knetsch, **supra** note 6, at 275—279; F. Kennedy & B. Thomas, "Education and Professional Goodwill" 2 **Family Advocate** (1979) 2; M. Projector, "A Pension Plan" 2 **Family advocate** (1979) 36; A.A. Fitzpatrick & R.E. Doucette, "Can the Economic Value of an Education Really be Measured? A Guide for Marital Property

ח) עקרונות השיתוף מול דווקנות מושגית

§627. מושגי הרכוש המסורתי והגדרה דווקנית של המונח 'נכס' אל להם להגביל את הגדרת רכוש השיתוף בין בני זוג. במדינות שונות בעולם נקבע המשטר הרכושי בין בני זוג על בסיס עקרונות השיתוף, תוך שימוש בטכניקות שונות. לעיתים נקבעת חלוקה שווה של נכסי השיתוף, ולעיתים מוענק לבית־המשפט שיקול דעת רחב לחלוקה אקוויטבילית של הנכסים שנצברו במהלך הנישואין[23]. באותם מקרים שבהם שיקול הדעת של בית־המשפט הוא רחב, או בלתי מוגבל, בית־המשפט רשאי לקבוע את המדיניות השיפוטית על בסיס עקרונות ההסדר החקוק, לקבוע את הנכסים מושאי השיתוף, להתאים את הדין למציאות ולהגיע להסדר צודק והוגן. לעיתים, כולל המחוקק במפורש בין מרכיבי שיקול הדעת השיפוטי את נכסי העתודה הכלכלית, או חלק מהם[24].

§628. במדינות, שבהן מגדיר המחוקק במפורש, בדרך זו או אחרת, את ה'נכסים' המהווים מושאו של השיתוף או של החלוקה האקוויטבילית[25], נדרשת פרשנות מרחיבה של המונח 'נכס', הנוטשת את המסגרת הדווקנית והמושגית של המונח במובנו המסורתי. על הפרשנות להיות תכליתית ולשרת את עקרונות השיתוף, העומדים בבסיס רעיון חלוקת הנכסים או איזון המשאבים בין בני זוג.

במדינות שונות של ארצות־הברית העדיפו את המבחן המסורתי של המונח 'נכס'. במדינות אלה נקבע, כי המרכיבים הנדרשים מנכס הם יסוד העבירות והיותו ניתן להערכה כספית. מרכיבים אלה אינם מתקיימים בנכסי העתודה הכלכלית המקיימים זיקה אישית, הפוקעת עם פטירה. נכסים אלה אינם יכולים להוות מושא לשיתוף (joint ownership) ואין הם ניתנים להורשה, להעברה וכיו"ב. על־פי אמות־המידה של מבחן זה ההון האנושי אינו נחשב לנכס, אלא הוא בבחינת הישג אינטלקטואלי בלבד[26].

Dissolution" 21 **J. of Fam. L.** (1982-83) 511; A.Z. Zipp, "Divorce Valuation of Business: A Capitalization of Earnings Approach" 23 **Fam. L.Q.** (1989) 89; H.N. Cohen & P.H. Hennessey, "Valuation of Property in Marital Dissolutions" 23 **Fam. L.Q.** (1989) 339; C.S. Bruch, **supra** note 2 **(Hastings)**, at 810—813; J. K. Gray, "Proving the Value of Goodwill of a Spouse's Closely-Held Commercial Corporation in a Divorce Proceeding" 25 **J. of Fam. L.** (1987) 549.

23. על שיטות משפטיות שונות, ראה א' רוזן־צבי, **יחסי ממון בין בני זוג** (תשמ"ב) 59 — 79.

24. ראה, למשל, Matriminial Causes Act 1973, ss. 25 (a),(h), כפי שתוקנו ב־Matrimonial and Family Proceedings Act 1984, הכוללים התייחסות מפורשת לכושר השתכרות ולתשלומים עתידיים צפויים, וכן לטובות הנאה עתידיות (כגון פנסיה), שיפסיד בן הזוג בעקבות התרת הנישואין כמרכיבים בשיקול הדעת השיפוטי במסגרת החלוקה האקוויטבילית.

25. על מדינות השיתוף בארצות הברית W.S. McClanahan, **Community Property Law in the United states** (California, 1982) 329—376 על מדינות החלוקה האקוויטבילית, ראה L. Golden, I.F.G. Baxter, **Marital Property** (Commulative Supplement, 1988) 155—179; J.W. McKnight, **supra** note 2. על כלל המדינות, ראה **Equitable Distribution of Property** (1983)

26. ראה, בין היתר, **In re Marriage of Graham,** 574 P. 2d. 75, 77 (Col., 1978); **Todd v. Todd,** 78 Cal. Rptr. 131 (1969); **Muckelroy v. Muckelroy,** 498 P. 2d 1357 (N.M., 1972) הנ"ל בפרשת **Todd** נקבע כי הרשיון אינו 'נכס', אולם המוניטין של העסק, המבוסס על הרשיון, הוא נכס שיתוף הניתן לחלוקה בין בני הזוג. בפרשת **In re Marriage of Horstmann,** 263 N.W. 2d 885, 891

לעומת זאת, פסק־דין ממדינת ניו־יורק, מדינה בעלת משטר רכושי, שבמרכזו חלוקה אקוויטבילית על דרך שיקול הדעת השיפוטי, מביא קובץ משכנע של נימוקים להרחבת המסגרת המסורתית של המונח 'נכס' תוך ניטרול הטיעון המשפטי, התומך בתכנים הדווקניים המסורתיים של מונח זה[27]:

1) חלוקה אקוויטבילית מכניסה ממד חדש ליחסים הרכושיים בין בני זוג; נוצרת שותפות כלכלית רחבה, המבוססת על תרומתם היחסית של הצדדים ועל מאמצם המשותף.

2) החלוקה האקוויטבילית החדירה גמישות, ולא נוקשות. המונח 'נכס' אינו נמדד באמות־מידה פורמליות ומסורתיות, אלא במושגים של יושר וצדק. המטרה הִנה להגיע להסדר הוגן וצודק לנוכח ריבוי הגוונים של דפוסי משפחה ושפע האפשרויות הפתוחות לבני הזוג.

3) יש לחתור לקראת פרשנות, המשיגה את התכלית של חלוקת נכסי המשפחה. יש למלא את המונח 'נכס' בתוכן מהותי ולא פורמלי־טכני. למשמעות המסורתית של המונח 'נכס' אין עדיפות פרשנית במסגרת הסדר חקוק בעל תכלית חקיקתית מיוחדת. למטרת פרשנות המונח 'נכס', לשם חלוקת המשאבים של בני הזוג, אין הצדקה להבחנה בין עסק או נכס ממשי, שהושג באמצעות תרומה כספית, לבין נכס עתודה כלכלית שהושג במאמץ משותף של שני בני הזוג. הקביעה, שנכס עתודה כלכלית מהווה נכס בר־איזון, עולה בקנה אחד עם התפישה הקונצפטואלית של המאמץ המשותף, שעליו מבוסס החיקוק בדבר חלוקה אקוויטבילית בעת גירושין. נכס מסוג זה הוא תולדה של שותפות כלכלית ומאמץ משותף, ובו נטל גם בן הזוג ה'סביל' חלק מכריע תוך הקרבת הקריירה שלו.

4) יש לדחות את הטיעון הפורמלי, שלפיו חלק מנכסי העתודה הכלכלית, כגון: כושר השתכרות, רשיון מקצועי וכיו"ב, אינו עונה על הקריטריונים המקובלים של המונח 'נכס'. חלק מן ה'נכסים' האמורים הוא אישי, אינו ניתן להעברה, למכירה, לשעבוד ואין לו ערך כלכלי עצמאי בשוק וכיו"ב. אולם לצורך הסדר חלוקת נכסים, או איזון משאבים, בין בני זוג אפיונים אלה אינם אמות־המידה הרלבנטיות לפרשנות המונח 'נכס'. לצורך הסדר החלוקה או האיזון בין בני זוג אין כל הצעה להעביר את נכס העתודה הכלכלית, אלא להעריך חלק מן הפירות הכלכליים, שמניבים הישגים של בני הזוג, שהושגו במאמץ משותף.

§629. אולם גם במדינות הדוגלות במבחן המסורתי של המונח 'נכס' לא ננעלות דלתות השיתוף בפני נכסי העתודה הכלכלית. אין צורך להעמיס את כל הנטל של השגת המדיניות הרצויה על שכמו של המונח 'נכס'. אין להיזקק לפרשנות המונח 'נכס' דווקא כדי להשיג את התוצאה הרצויה[28]. ניתן להשיג את המטרה המבוקשת של שיתוף שוויוני וצודק בדרכים

נקבע, כי רשיונות מקצועיים ותארים אינם 'נכס', אולם כושר השתכרות הוא 'נכס', (Iowa, 1978) שכן כישורים וידע ניתנים הן להעברה והן להערכה. ראה גם J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 410—413; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 188—190.

27. **O'Brien v. O'Brien,** 452 N.Y.S. 2d 801, 804-805 (1982); **O'Brien v. O'Brien,** 498 N.Y.S. 2d 743, 746—748 (1985).

28. J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 415-416.

עוקפות, ולהשתמש לשם כך בטכניקות משפטיות שונות, כמו שיקול דעת שיפוטי רחב, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ודיני המזונות. השגת התכלית על ידי אימוץ עיקרון השיתוף הכלכלי הממשי על בסיס המאמץ המשותף היא העניין המרכזי. הטכניקה המשפטית להשגתה היא משנית.

יתר על כן, לעיתים, הגדרת נכסי עתודה כלכלית כנכס בר־חלוקה יכולה להביא תוצאות לא רצויות בשני כיוונים סותרים. מכיוון אחד, בדרך זו הושגה בפועל במקרים שונים תוצאה כלכלית־ממשית נמוכה הרבה יותר מזו, שניתן היה להשיג באמצעות נקיטת טכניקות משפטיות חלופיות. במקרים אלה העריכו בתי־המשפט את הפיצוי המגיע לבן הזוג על בסיס ההוצאה הממשית שהוציא לשם מימון הלימודים והתמיכה במשפחה, ולא על בסיס חלוקת הערך המוסף, שהוא תוצר ההשקעה בטיפוח ההון האנושי[29]. מכיוון שני, במדינות, שבהן חל עיקרון החלוקה השווה של נכסים ללא שיקול דעת שיפוטי, עשויה הבחירה באמצעי משפטי זה של פרשנות המונח 'נכס' להביא תוצאה בלתי צודקת. לעיתים קרובות, חלוקה אוטומטית של מחצית נכס עתודה כלכלית, כפי שהוערך, היא גבוהה מדי או נמוכה מדי. במקרים רבים אין היא משקפת את הפיצוי ההולם וההוגן בנסיבות המקרה האינדיבידואלי[30].

בהמשך נראה, איפוא, כי לא הטכניקה המשפטית עיקר, אלא ההכרה בעיקרון ואופן יישומו בפועל. המרכיבים המכריעים הם שניים: ההכרה בעיקרון השיתוף הכלכלי הממשי, מצד אחד, ואופן הערכת ה'נכס' כמו גם גובה הפיצוי הניתן, מצד שני.

סיכום

§630. רק באמצעות הכרה בנכסי עתודה כלכלית בטכניקה משפטית כלשהי נפתחת הדלת לפתרונות ראויים. רק כך ניתן להגיע להסדר צודק והוגן של מערכת היחסים הכלכלית במשפחה לעת גירושין. במקרים רבים, זה הפתרון היחיד ההולם את המציאות ומונע עוול ופגיעה משמעותית בצד החלש, בדרך כלל האשה והילדים. כך הוא המצב, כאשר אין די נכסים רגילים מן הסוג ה'מסורתי', ולעומת זאת, פוטנציאל ההשתכרות וציפיית אחד הצדדים להכנסות עתידיות, או לעתודות כספיות צפויות כתוצאה מהשיתוף ה'כלכלי' בנישואין, הם גבוהים.

29. ראה, למשל, את פסק־הדין **Inman v. Inman,** 578 S.W. 2d 266 (Ky., 1979) אשר קבע, כי רשיון מקצועי הוא נכס בר־חלוקה, אולם העניק לאשה רק את שווי ההוצאות הממשיות, שהוציאה לשם מימון לימודי הבעל ולשם תמיכה במשפחה במהלך שנות הלימוד של הבעל. ראה גם בקנדה ביקורת N. Bala & A. Bissett-Johnson, "Canada: Supreme Court Thunder — Abortion, Finality of Separation Agreements, Custody, and Access" 27 **J. of Fam. L.** (1988) 35, 43-45. על עמדה זו וחשיפת אחיזת העיניים שבהגדרה רחבה של המונח 'נכס', מחד גיסא, ופיצוי נמוך, מאידך גיסא, ראה J. M. Krauskopf, **supra** note 5, at 407—409, 413—416.

30. J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 415-416.

2) סוגי נכסים

פתיחה

§631. מן העקרוני והכללי — אל היישום והפרטים. לא נוכל במסגרת זאת לעסוק בכל סוגי הרכוש. נתרכז בשלושה פריטי רכוש נפוצים: מוניטין עסקיים, קרנות פנסיה ו'נכסי קריירה' (כגון, רשיון מקצועי וכושר השתכרות) ונבחן אותם מן הקל אל הכבד. השימוש בנוסחה לשונית זו משקף עמדה, שלפיה ככל שגדולה יותר מידת הנכונות להכיר בנכס כמושא לשיתוף או לפיצוי, הריהו המקרה הקל.

א) מוניטין

§632. מוניטין עסקיים מופרים כנכס, כזכות קניינית, בשיטת המשפט הישראלית[31] כמו גם בשיטות אחרות. נראה לנו, כי הבעיה העומדת במרכז הדיון לגבי מוניטין אינה מיונם והגדרתם כנכס, אלא שאלת שיבוצם במסגרת הנכסים העומדים לחלוקה בין בני הזוג. השאלה היא, מה חלקו של בן הזוג, שאינו פעיל עסקית, במאמץ המשותף, שהוליד את המוניטין ושגרם לפיתוחו ולהשבחתם. המוניטין נרכשו באמצעות מאמץ, זמן עבודה המושקע בעסק, השקעה כספית, כישורים וקשרים. רוב הפריטים האלה נמנים עם נכסי השיתוף, וממילא גם פירות הנכס, המוניטין, חייבים להימנות עם נכסי השיתוף[32].

בתי־המשפט ברוב מדינות ארצות־הברית, בין אלה הנמנים עם משטר רכושי של שיתוף נכסים ובין אלה הנמנים עם משטר רכושי של חלוקה אקוויטבילית בשיקול דעת שיפוטי, הכירו במוניטין כנכס בר־חלוקה או בר־איזון[33].

הכרה זו משתרעת גם על נסיבות שבהן המוניטין הם אישיים ודבקים באדם, ולאו דווקא צמודים לעסק. לצורך קביעת נכסי השיתוף בין בני זוג לא הפרידו בתי־המשפט ברוב מדינות ארצות־הברית בין מוניטין המגלמים ערך עצמאי של פִּרמה לבין מוניטין המבוססים על מיומנות מקצועית של אדם אחד, דהיינו בן הזוג הנתבע. כך, למשל, הכיר בית־המשפט במוניטין של משרד עורך־דין, או של פרקטיקה רפואית של אחד מבני הזוג, כנכס בר־חלוקה[34].

31. ראה, בין היתר, ע"א 45/49 **בלוך נ. מילר**, פ"ד ד 325; ע"א 550/72 **באומל נ. פקיד השומה, חיפה**, פ"ד כח (1) 650, 651; ע"א 280/73 **פלאימפורט בע"מ נ. ציבה־גייגי־לטד**, פ"ד כט (1) 597, 604־605; ת"א (ת"א) 2374/83 **ד.י.ג. בית־חרושת למצרכי חשמל בע"מ נ. מ' וויסבורד ובניו בע"מ**, פסקים תשמ"ח א 99, 102.

32. **In re marriage of Lopez,** 113 Cal. Rptr. 58 (1974).

33. לעניין זה ולרשימת אסמכתאות כמו גם סקירת הפסיקה, ראה W.A. Reppy & C.A. Samuel, **Community Property in the United States** (2nd ed., Virginia, 1982) 197-198; C.S. Bruch, **supra** note 2 **(Hastings),** at 810—813; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 121—124; W.A. Reppy, "Major Events in the Evolution of American Community Propery Law and Their Import to Equitable Distribution States" 23 **Fam. L.Q.** (1989) 163, 183—189.

34. ראה בין היתר, את פסקי־הדין הבאים: **In re Marriage of Lopez, supra** note 32; **In re Marriage**

אף באותם מקרים שבהם לא נתקבלה על דעת בית־המשפט העמדה, שלפיה רשיון מקצועי או כושר השתכרות נחשבים כנכס בר־שיתוף או בר־איזון, יצאו המוניטין מן הכלל ונחשבו כנכס בר־חלוקה או בר־איזון[35].

אף במקום שלגבי צד שלישי, קונה מרצון, ערך השוק של המוניטין, דהיינו הערך הכלכלי, מסופק או קטן לא מתחייבת תוצאה זהה, או דומה, לגבי קביעת נכסי שיתוף או איזון בין בני זוג. הטעם לכך הוא, כי העיקרון המונח בתשתית ההערכה של כל אחד מן המקרים הוא שונה.

לגבי צד שלישי, נקודת המבט העסקית שלו היא העומדת במרכז ההתעניינות, והיא הקובעת (market value). לעומת זאת, לגבי בני זוג — נקודת המבט של בן הזוג המעורב בפעילות העסקית ויחסו כלפי בן זוגו היא העומדת במרכז העניינים והיא הקובעת (value in use). השאלה היא, מה שווי נכס המוניטין, שנצבר במאמץ המשותף עבור בן הזוג המעורב בפעילות העסקית. מהם הפירות, שהוא צפוי להניב מן הנכס בימים יבואו. מערכת היחסים בין בני הזוג לבין עצמם, ולא בינם לבין צד שלישי, היא המכריעה את הכף[36]. ניתן לדמות את שאלת הערכת המוניטין במקרה זה למסגרת יחסים בין שותף פעיל בעסק לשותף שקט. רק במקרים שבהם אין למוניטין שווי כלשהו גם ביחס לבן הזוג הפעיל, המעורב בפעילות העסקית, ישליך הדבר על שוויָם כלפי בן הזוג האחר, הסביל.

עם זאת, במרכז הזירה יש להעמיד את העיקרון של המאמץ המשותף, העומד בבסיס רעיון השיתוף. משום כך, ייתכנו מקרים שבהם חלקו של בן הזוג הסביל יעמוד על פחות ממחצית, בין הרבה ובין מעט, הכול על־פי הנסיבות. כך, למשל, באותן נסיבות שבהן ניתן לבודד — במסגרת הערכת המוניטין — רכיבים שונים, לנתקם מן הרכיבים האחרים ולהעריכם בנפרד ייתכנו תוצאות שונות. לדוגמא, אם בעסק מסוים של בן הזוג הפעיל גדולים במיוחד המרכיבים של הקשרים האישיים והכישורים האישיים, והם טופחו ופותחו לפני הנישואין — או שהם ניתנים להפרדה מן הזמן שהושקע בטיפוחם ובפיתוחם (הנכלל בשיתוף או באיזון) — יקטן חלקו של בן הזוג הסביל בשווי המוניטין. אופן חלוקת שווי המוניטין בין בני הזוג הוא עניין התלוי בנסיבות ונתון לשיקול דעת בית־המשפט.

§633. בישראל לא נידונה שאלת ההכרה במוניטין כנכס בר־חלוקה או בר־איזון בין בני זוג; על בסיס העקרונות שפורטו בהרחבה בחלק הראשון של פרק זה, ומתוך שכנוע בצדקת הגישה הנוהגת ברוב מדינות ארצות־הברית, יש ליישמה גם בישראל. ההכרה הרחבה של המשפט הישראלי במוניטין כנכס קנייני מייתרת את הצורך להתעכב בהקשר זה על המונח 'נכס' בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973. המוניטין ייכללו הן במסגרת

of Lukens, 558 P. 2d 279 (Wash., 1976); **In re Marriage of Slater,** 160 Cal. Rptr. 686 (1980); **In re Marriage of Freedman,** 665 p. 2d 902 (Wash., 1983) לעומת זאת, ראה פסיקה אחרת (חריגה) בפרשת **Nail v. Nail,** 486 S.W. 2d 761 (Tex., 1972).

35. **In re Marriage of Lopez, supra** note 32; **Todd, supra** note 26; **Mahony v. Mahony,** 453 A. 2d 527 (N. J., 1982); **Stern v. Stern,** 331 A. 2d 257, 260 (N.J., 1975) ראה גם J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 411-412.

36. **In re Marriage of Freedman, supra** note 34; **Stern, supra** note 35.

משטר שיתוף הנכסים והן בגדרו של הסדר איזון המשאבים. שיקול הדעת, הנדרש מבית־המשפט כדי לקבוע במקרים מסוימים איזון משאבים לפי יחס שונה ממחצה על מחצה, מצוי בסעיף 8 (3) לחוק יחסי ממון בין בני זוג.

השאלה אם גם מוניטין אישיים נחשבים כנכס בעל ערך כלכלי, נענתה בחיוב על ידי בית־המשפט בישראל בהקשר אחר. בית־המשפט קבע, כי גם כאשר המוניטין הם אישיים (כולל תיקי לקוח) ולא עסקיים, דהיינו, הם צמודים לאדם (בעל מקצוע חופשי) ולא לעסק, הרי "מבחינה מעשית יש ערך כספי מסוים" למוניטין[37]. ביתר שאת נאמרו הדברים במקרה אחר. בית־המשפט המחוזי הכיר במוניטין של בעל מקצוע חופשי למרות היותו דבק באיש ולא בעסק. בית־המשפט לא התעלם מן הסיכון העסקי ברכישת נכס 'אישי', אך אמר:

> "בכל מקרה של העברת מוניטין קיים סיכון כזה ובמיוחד בעסק המספק שירותים כגון העברת פרקטיקה של רופא, עורך־דין וכו' ובכל זאת עדים אנו לכך שגם בעסקים כאלה מעבירים מוניטין מאחד למשנהו ומשלמים תמורתם. הדאגה לכדאיות הסיכון היא דאגתו של הרוכש"[38].

כדאיות הסיכון היא על הרוכש, ועליה להילקח בחשבון בקביעת שווי ערך המוניטין[39].

ב) זכויות פנסיה ונכסי פרישה אחרים

§634. זכויות פנסיה נחשבות כחלק בלתי נפרד מן התמורה, שהעובד זכאי לה עקב עבודתו. אין הן מענק חסד מטעם המעביד או ביטוי להכרת תודה מצדו. הזכויות מעוגנות בחקיקה או בהסכמים קיבוציים או בחוזים מיוחדים. בכל אחד מן המקרים האמורים זכויות הפנסיה מוקנות לעובד כחלק מן השכר הכולל במובנו הרחב[40]. הזכות, הנקנית באופן ישיר או עקיף עקב העבודה, הִנה חלק מן השיתוף באותה מידה, שהעבודה ותוצאותיה נחשבות כפרי המאמץ המשותף של בני זוג. כל אימת שהעבודה ופירות ההשתכרות הם רכוש בר־חלוקה — ובדרך כלל חלק מן השיתוף — אין טעם ואין הצדקה להוציא מן הכלל חלק מתנאי העבודה או ההשתכרות, יהא אשר יהא המיון המשפטי שלהם לצרכים משפטיים שונים.

בעשור האחרון התחולל שינוי משמעותי בכל הנוגע לחלוקתן של זכויות פנסיוניות בין בני זוג. רוב מדינות ארצות־הברית יישרו בסוגייה זו קו משפטי עם רעיון השיתוף על בסיס העיקרון של המאמץ המשותף. מאז פריצת הדרך המשפטית של בית־המשפט העליון במדינת

37. ע"א 560/66 **סבירסקי נ. פקיד השומה, תל־אביב 1**, פ"ד כא (1) 533, 540.

38. עמ"ה 240/73 "**פאר" שירותי פרסום ויחסי ציבור בע"מ נ. פקיד השומה תל־אביב 1**, פד"א ז 185, 187.

39. על הערכת השווי הכלכלי או המסחרי של המוניטין, ראה לעיל המקורות בהערה 22. כן ראה הלכת **באומל**, לעיל הערה 31; א' יורן וי' פלומין, **תכנון מס בחיי העסק** (1973) 92; ג' אמיר "מוניטין — הנכס והערכתו" **רואה החשבון** 24 (אוגוסט — ספטמבר 1974) 434; י' ליפסקי־הליפי "פגיעה במוניטין והערכת הנזק" **רואה החשבון** 28 (דצמבר 1977 — ינואר 1978) 111.

40. בישראל ראה ד"נ 13/62 **קונה נ. וקסלר**, פ"ד יז 1800, 1818. במדינות אחרות בעולם ראה בין היתר, K.J. Gray, **supra** note 3, at 156, 160; M.A. Glendon, **supra** note 2, at 189; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 113-114; W.S. McClanahan, **supra** note 25, at 365.

קליפורניה, בפרשת In re Marriage of Braun[41], כבשה עמדה זו מקום מרכזי בדיני המשפחה במדינות השונות של ארצות הברית. אם בעבר יכולים היינו להצביע על מדיניות ראויה אחת מול מציאות משפטית אחרת[42], לא עברו אלא שנים מעטות והתמונה השתנתה. רוב מדינות ארה"ב, בין שהן מכירות בשיתוף נכסים ובין שהן דוגלות בחלוקה אקוויטבילית של נכסים בין בני זוג לעת גירושין על בסיס שיקול דעת שיפוטי, רואות בזכויות פנסיה נכס שיתוף או נכס בר־חלוקה אקוויטבילית; באלה כלולות לא רק זכויות פנסיה לאחר גמילתן, אלא גם זכויות פנסיה טרם גמילתן[43].

רוב המדינות הגיעו לתוצאה משפטית זו באמצעות המערכת השיפוטית וללא היזקקות לחקיקה. ההגדרה המסורתית של המונח 'נכס' לעומת 'ציפייה' אינה עומדת עוד למכשול לפני יישום המדיניות המשפטית הראויה[44]. ההבחנה בין 'נכס' ל'ציפייה' אינה הבחנה חד־משמעית, קבועה ועומדת[45]. ההבחנה היא דינמית ואיננה מסורה למושגיות משפטית, התלושה מן המציאות החברתית והכלכלית. היא תלויית עקרונות יסוד של התחום המשפטי הרלבנטי, כפופה לתכלית המשפטית, מיוסדת על מדיניות משפטית ומקושרת לתיאוריות כלכליות משתנות.

גם בקנדה חלה תמורה משמעותית בעשור האחרון בכל הנוגע להכרה בזכויות פנסיוניות גם טרם גמילתן כנכס בר־חלוקה או איזון. מתחילת שנות השמונים ואילך התחילו בתי־המשפט לראות בזכויות פנסיוניות נכס בר־חלוקה[46]. המחוקק האנגלי הכיר באבדן פנסיה כפקטור רלבנטי לצורך הסדר חלוקת הרכוש בין בני זוג לעת גירושין[47]. המחוקק הגרמני הסדיר את חלוקת הזכויות הפנסיוניות בהוסיפו פרק מיוחד לחוק הגרמני[48].

41. 544 P. 2d 561 (Cal., 1976).

42. א' רוזן־צבי, לעיל הערה 23, בע' 41 — 43.

43. ראה, בין היתר, המקורות המפורטים להלן והאסמכתאות המובאות בהם H.H. Foster & D.J. Freed, "Spousal Rights in Retirement and Pension Benefits" 16 **J. of Fam. L.** (1977-78) 187; L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 113—121, 388; J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 412; D.J. Freed & T. B. Walker "Family Law in the Fifty States: An Overview" 20 **Fam. L.Q.** (1987) 439, 510—516; D.J. Freed & T.B. Walker "Family Law in the Fifty States: An Overview" 21 **Fam. L.Q.** (1988) 417, 489—495; K.S. Spaht, "The Division of Pension in Louisiana: A Balanced Solution" in **Family, State and Individual Economic Security** (M.T. Meulders-Klein & J. Eekelaar, ed., Brussels, 1988) 691.

44. זו תרומתה של הלכת **In re Marriage of Braun, supra** note 41. ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 23, בע' 42.

45. על ההבחנה בין 'זכות' ל'ציפייה' בפסיקה הישראלית, ראה, בין היתר, ע"א 2/77 **אזוגי נ. אזוגי**, פ"ד לג (3) 1, 26; בג"צ 141/82 **רובינשטיין נ. יושב־ראש הכנסת**, פ"ד לז (3) 141, 152; ע"א 156/83 **מנהל מס שבח מקרקעין נ. שרבט**, פ"ד לז (4) 443, 446. ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 23, בע' 342־343 (ה"ש 22).

46. N. Bala & A. Bissett-Johnson, **supra** note 29, at 47.

47. J.G. Miller, **Family Property and Financial Provison** (2nd ed., London, 1983) 247-248; K.J. Gray, **supra** note 3, at 155—159; J. Masson, "Pensions, the Family and Dependency" in **Family, State and Indivudual Economic Security** (M.T. Meulders-Klein & J. Eekelaar, ed., Brussels, 1988) 677 (ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 23, בע' 43.

48. K.J. Gray, **supra** note 3, at 159-160 ראה גם א' רוזן־צבי, לעיל הערה 23, בע' 43.

§635. לבית־המשפט שיקול דעת רחב באשר לאופן ההערכה ולדרך החלוקה של הזכות, והכול תלוי בנסיבות. האלמנטים הראויים להתחשבות הן שנות הנישואין, מספר שנות הפנסיה שנרכשו במהלך הנישואין יחסית לשנות הצבירה הכוללת, המרחק שבין מועד עריכת החלוקה למועד גמילת זכות הפנסיה, מידת ההסתברות של גמילת הזכות לעומת הסיכונים הכרוכים בהשגתה, הנזילות של הנכסים האחרים העומדים לחלוקה, מצבם הכלכלי היחסי של הצדדים מבחינת המקורות העומדים לרשותם כיום, או שיעמדו לרשותם סמוך לאחר חלוקת הנכסים או — ערכם של אלה, וכיו״ב.
בית־המשפט רשאי לקבוע את ערך הזכות ליום עריכת החלוקה ולהורות על תשלום סכום חד־פעמי, הלוקח בחשבון גם את נתוני הסיכון והסיכוי. בית־המשפט רשאי גם לקבוע חלק יחסי מסוים של הפנסיה, אשר יעבור ישירות לידי בן הזוג האחר בעתיד, עם גמילת הזכות, תוך שריון החלק האמור מפני מעורבות בן הזוג העובד[49].

§636. הדיהן של מגמות אלה לא הגיעו עדיין לפסיקה הישראלית. במסגרת דיון בהלכת השיתוף פסק בית־המשפט העליון, ללא הנמקה של ממש, כי פוליסות ביטוח מנהלים, המבטיחות את פיצויי הפיטורין של העובד ואת דמי הפנסיה שלו, אינן כלולות במסגרת הלכת השיתוף. בית המשפט ראה בתשלומים אלה זכות סוציאלית המהווה חלק מנכסי המעביד, ולא נכס שיתוף הנובע מן המאמץ המשותף בין בני זוג[50]. מאמץ משותף זה כולל, כידוע, את עבודת העובד.
אם ניתן היה לחשוב כי ההלכה מוגבלת לפוליסות ביטוח מנהלים בלבד, באה הלכה מאוחרת יותר וקבעה, כי זכויות פנסיה מצה״ל, כולל פיצויי פרישה והיוון גמלה תקציבית, אינן כלולות במסגרת נכסי השיתוף[51]. נוכל להימנע ממסקנה חד־משמעית, הנועלת את הדלת לפני הכללת זכויות פנסיוניות במסגרת הלכת השיתוף, אם נעמיד את מרכז הכובד של החלטת בית־המשפט העליון בעניין האחרון לא על זהותו של הרכוש, אלא על נסיבותיו המיוחדות של המקרה, שהיה בהן כדי לסתור את חזקת השיתוף[52].
פסיקה זו חשופה לביקורת הן בחלק, שעניינו מעמדו של ביטוח מנהלים והן בחלק שעניינו מעמדן של זכויות פנסיוניות ושאר זכויות והטבות, הנובעות מיחסי העבודה. הסוגייה לא נידונה באופן יסודי וממצה והיא ראויה לשיקול דעת נוסף.
הנמקה, שלפיה הזכויות הפנסיוניות ותשלומים אחרים בגין פרישה מהווים חלק מנכסי המעביד, אינה עולה בקנה אחד לא עם תפיסת מהות הזכות ואופייה בכלל ולא עם זו

49. על אופני הערכה ודרכי חלוקה, ראה לעיל הערה 22. כן ראה L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 120-121; C.S. Bruch, **supra** note 2 **(Hastings)**, at 851—853.

50. ע״א 724/83 **בר נתן נ. בר נתן**, פ״ד לט (3) 551, 559 ; ע״א 195/87 **פרצ׳יק נ. פרצ׳יק** (לא פורסם). לעומת זאת נכללת בשיתוף פוליסת ביטוח חיים כשדמי הפרמיה שולמו מכספים הנחשבים כנכס משותף, ראה שם.

51. ע״א 44/84 **גלבוע נ. גלבוע**, פ״ד מא (1) 174, 181.

52. הלכת **גלבוע**, לעיל הערה 51, בע׳ 181.

שבמשפט הישראלי, בפרט[53]. בית־המשפט בישראל ראה בזכות פנסיה יתרון כספי, הניתן להערכה בכסף ומהווה חלק משכרו של העובד[54].

גם העובדה שפוליסת ביטוח מנהלים נמצאת בבעלותו של המעביד אינה מכריעה את הכף. בדרך כלל נועד ביטוח המנהלים להבטיח את פיצויי הפיטורין המגיעים לעובד, ואת תשלום התגמולים המגיעים לו או — את חלופיהם[55]. הנהנה בפוליסה להלכה או למעשה הוא העובד. הפוליסה מבטיחה, איפוא, את התשלומים שהתחייב המעביד לשלם לעובד כחלק מתנאי עבודתו. אם העבודה נחשבת למאמץ משותף וממילא מהווה 'נכס' של שיתוף, כל תמורה המושגת ממנה, יהא מיוּנה הפנימי אשר יהא ויהא אופי התשלום אשר יהא, הִנה בגדר פירות המאמץ המשותף.

רק כאשר ביטוח המנהלים נועד להבטיח את האינטרס הישיר של המעביד עצמו ולבטח את עסקו של זה כנגד סיכונים הצפויים לו עקב פטירתו של העובד, או בהתקיים עילה אחרת, מהווה הביטוח נכס של המעביד, שאינו מגיע לעובד בשום מקרה ובשום צורה ואופן. במקרה זה לא יהווה ביטוח המנהלים נכס בר־חלוקה או בר־איזון.

הפסיקה הישראלית המפורטת לעיל גם אינה מתיישבת עם רעיון המאמץ המשותף, המונח בבסיסם של הלכת השיתוף ושל הסדר איזון המשאבים. ההנמקה, שלפיה התשלומים הם זכות סוציאלית, אינה ממין העניין. לעניין השיתוף או איזון המשאבים אין להבחנה בין זכות סוציאלית לזכות עסקית כל נפקות משפטית. אם מקור התשלום בעבודת העובד, ואם עבודתו היא חלק מן המאמץ המשותף — די בכך כדי לשייך את התשלומים לנכסי העובד. בית־המשפט הישראלי הלך שבי אחר מיון הזכות לצרכים שונים והפך אותה בת־ערובה של המיון האפריורי. על בית־המשפט מוטל היה לנקוט גישה משפטית שונה בתכלית, ההולכת בעקבות המדיניות המשפטית והתכלית המשפטית של חזקת השיתוף, כמו גם של הסדר איזון המשאבים. זו הגישה הנכונה, שהיתה מובילה את בית־המשפט גם למסקנה הנכונה.

בית־המשפט גם התעלם מן החובה המיוחדת, המוטלת עליו במסגרת דיני המשפחה בישראל. המציאות הישראלית מחייבת את בית־המשפט בישראל למצוא דרכים משפטיות, אשר יתקנו את חוסר השוויון בכוח המיקוח של בני הזוג, מצד אחד, ויקלו על אפשרות התרת קשר הנישואין, מצד שני. בית־המשפט החמיץ שעת כושר להמשיך ולתרום לסגירת פערים, באמצעות סוגייה זו של חלוקת נכסים בין בני זוג, שיסודה בחקיקה שיפוטית ובסיסה בדין האזרחי, לשם קידומה של מדיניות משפטית רצויה בדיני המשפחה. גם במסגרת ההסדר הקבוע בחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973, אין דלתות החקיקה השיפוטית נעולות. בפסקאות הבאות נברר את הדרכים המשפטיות, שבכוחן להתמודד עם הסוגייה האמורה בשיטתנו המשפטית.

53. ראה לעיל הערה 40.

54. ראה הלכת קונה, לעיל הערה 40, בע' 1818.

55. על ביטוחי מנהלים לסוגיהם השונים, על המטרות לשמן הם נעשים ועל האינטרס הביטוחי המוגן באמצעותם, ראה י' כהנא, **תדריך לביטוח חיים, פנסיה וגמל, תדריך פיננסי אישי ועסקי** (1983) 307 — 323.

§637. במסגרת הלכת השיתוף, פרי החקיקה השיפוטית הנסמכת על מדיניות משפטית ועטופה שיקול דעת שיפוטי רחב, אין כל קושי לראות את הזכויות הפנסיוניות כחלק מנכסי השיתוף.

אשר להסדר איזון המשאבים, עלינו לבחון סוגייה זו באספקלריה כפולה: ראשית, בגדרו של המונח 'נכס' בסעיף 5 (א) לחוק יחסי ממון בין בני זוג. שנית, בגדרו של שיקול הדעת המוקנה לבית־המשפט בסעיפים 6 (ג)־(ד) ו־8 לחוק.

אם בחינה זו תמצא את הזכויות הפנסיוניות מחוץ לתחום הסדר איזון המשאבים, תיערך בדיקה נוספת ובה יבוקשו דרכים חלופיות מחוץ לחוק יחסי ממון בין בני זוג, המאפשרות את חלוקת הזכויות הפנסיוניות וזכויות אחרות, הנובעות מן העבודה של כל אחד מבני הזוג.

§638. פרשנות המונח 'נכס' במשפט הישראלי היא רחבה, תלוית הֶקשר ומבוססת על המטרה החקיקתית[56]. בעניין אחד, שבו נידון המונח 'נכס' בחוק השומרים, תשכ"ז־1967, הסכים בית־המשפט לעמדה, שלפיה אין חשיבות לשאלה אם הנכס הוא בעל ערך כשהוא לעצמו. גם אם הנכס מעיד על זכות בלבד, הריהו בגדרו של המונח 'נכס'[57]. במקרה אחר, שבו ההגדרה הסטטוטורית של המונח 'נכס'[58] כוללת גם זכויות, קבע בית־המשפט, כי גם זכות היוצרת עילת תביעה היא 'נכס'[59].

המונח 'נכס' בחוק יחסי ממון בין בני זוג, כולל גם זכויות. סעיף 5(א)(2) לחוק הוציא בעבר מכלל נכסי האיזון "זכויות שעל־פי דין אינן ניתנות להעברה". מכלל לאו אתה שומע הן; ללמדך שזכויות אחרות כלולות במונח 'נכס'.

לאחרונה, נתן המחוקק אימות לדרך הפרשנות הרחבה של המונח 'נכס' בחוק יחסי ממון בין בני זוג. בחוק יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 2), התש"ן־1990, ביטל המחוקק את החריג לנכסי האיזון, שהיה קבוע בסעיף 5(א)(2) לחוק המקורי. בכך הורחבו באורח משמעותי גבולות המונח 'נכס'. יתר־על־כן, בחוק המתקן ניתן ביטוי מפורש עוד יותר להכללת זכויות פרישה במונח 'נכס'. החוק המתקן הוסיף רכיב לשיקול דעתו של בית־המשפט במסגרת קביעת אופן מימוש זכות האיזון, ממנו ניתן ללמוד כי זכויות פרישה הם נכסים ברי־איזון. סעיף 6(ד)(3), שהוסף לחוק, מטיל על בית־המשפט למנוע, ככל האפשר, פגיעה בצבירת הזכויות הסוציאליות. אילולי נכללו זכויות אלה בכלל נכסי האיזון היה התיקון באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי מיותר לחלוטין.

על רקע זה ולנוכח המדיניות המשפטית הראויה — כמו גם הגישה הפרשנית, המעוגנת במטרה החקיקתית של חוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973 — שעמדנו עליהם במהלך הדיון בפרק זה, ניתן לשבץ את הזכויות הפנסיוניות במסגרת המונח 'נכס' בחוק.

56. ע"א 418/86 **רוזין נ. מנהל המכס ומס ערך מוסף — תל־אביב**, פ"ד מג (1) 837, 841 — 844. כן ראה ע"א 84/80 **קאסם נ. קאסם**, פ"ד לז (3) 60, 88; רע"א 9/87 **כונס הנכסים הרשמי נ. בנק הפועלים בע"מ**, פ"ד מא (2) 275, 277. ראה גם להלן פסקה 651 הערות 103־104.

57. ע"א 341/80 **עלי נ. ששון**, פ"ד לו (3) 281, 286.

58. בגדרה של תקנה 12א (א) לתקנות מס ערך מוסף, תשל"ו־1976.

59. הלכת רוזין, לעיל הערה 56, בע' 841.

יש להעדיף גישה פרשנית מרחיבה[60] על פני הגישה המסורתית של המונח 'נכס'[61]. במיוחד אמורים הדברים נוכח הפסיקה הישראלית, הרואה בזכות הפנסיה יתרון כספי הניתן להערכה בכסף, שאָבדנה מזכה בפיצויי נזיקין כאחד ממרכיבי הפסד כושר ההשתכרות[62].

§639. בעבר נכלל בחוק חריג של נכסי האיזון שהיה כלול בסעיף 5(א) (2) לחוק, ושעניינו הוצאת זכות בלתי עבירה מכלל האיזון. גם בעבר ניתן היה לפרש את החריג בגבולותיו: "אי־העבירות הבאה בחשבון על־פי סעיף 5(א)(2) היא רק זו הנובעת מן הדין". זכויות פנסיה, שאי־עבירותן נובעת מן התקנות של קופת הפנסיה או מהסכם העבודה, היו, כנראה, מנויות עם הכלל ולא היו כלולות בגדרו של החריג[63]. בעבר ניתן היה, אולי, לומר כי מחוץ לגדרם של נכסי האיזון נותרו אותן זכויות פנסיוניות, שאינן ניתנות להעברה מכוח הדין[64].

§640. עם חקיקת התיקון לחוק משנת תש"ן־1990 בוטל החריג האמור. עם ביטול החריג אין שום הצדקה להוציא זכויות פנסיוניות מחוץ לגדרו של המונח 'נכס'. המטרה החקיקתית של התיקון לחוק הינה להרחיב את היקף נכסי האיזון ולכלול גם סוג כזה של זכויות במסגרת הנכסים ברי־האיזון[65].

§641. ניתן גם למצוא מנוף משפטי של חלוקת זכויות פרישה מחוץ לגדרו של חוק יחסי ממון בין בני זוג. למטרה זו ניתן להיזקק לשלושה אמצעים שונים. הראשון, הלכת השיתוף. השני, דיני עשיית עושר ולא במשפט. השלישי, דיני הנאמנות.

§642. חלוקה של זכויות פנסיוניות יכולה למצוא את מקומה במשפט הישראלי באמצעות הלכת השיתוף. אולם אפשרות זו פתוחה לפני אלה שמקובלת עליהם הדעה, שהלכת השיתוף

60. ראה **לעיל** פסקה 628.

61. ראה **לעיל** הערה 26 ו**להלן** הערה 91.

62. ראה ע"א 142/58 **דדה נ. קליין**, פ"ד יב 2321; הלכת **קונה**, **לעיל** הערה 40. על הסוגייה בכללותה ועל האסמכתאות המפורטות, ראה ד' קציר, **לעיל** הערה 18, בע' 125 — 134.

63. ראה ג' טדסקי "איזון המשאבים בין בני הזוג" **הפרקליט** ל (1975) 76, 78 — 80. שותפים אנו לביקורתו של המחבר על חריג זה (**שם**).

64. ראה, למשל, חוק שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל־1970, סעיף 58 (א); חוק שירות הקבע בצבא־הגנה לישראל (גמלאות) [נוסח משולב], התשמ"ה־1985, סעיף 62.

65. יצוין, כי לבית־המשפט אין שיקול דעת להכליל באיזון נכסים שאינם ברי־איזון על־פי החוק. לעומת זאת, רשאי בית־המשפט לכלול באיזון גם נכסים שהיו לבני הזוג במועד מוקדם יותר מפקיעת הקשר (סעיף 8 (3)־(4) לחוק). בדוחק ניתן אולי לכלול בחלופה זו גם נכסים, שהיו לבני הזוג ערב הנישואין. אמרנו 'בדוחק', משום שקיימים שיקולים פרשניים שונים. מצד אחד, מרכזו של שיקול הדעת נעוץ בגורם הזמן; מבחינת גורם הזמן גם נכסים, שהיו לבני הזוג ערב הנישואין, נכנסים לגדרה של חלופה זו. מצד שני — ספק אם חלופה זו עוסקת בנכסים שהוצאו כליל מן האיזון. סביר יותר להניח, כי עניינה הוא בנכסי בן הזוג שנמנו (מבחינה רעיונית) בשלב כלשהו עם נכסי האיזון, אולם אינם נמצאים עוד בין נכסיו בעת פקיעת הנישואין. במקרה זה רשאי בית־המשפט, במסגרת ההתחשבנות בין בני הזוג, להתייחס לנכסים אלה כאילו הם חלק מהסדר האיזון.

ממשיכה לשלוט על מערכת יחסי הממון של בני הזוג במקביל לחוק יחסי ממון בין בני זוג[66]. לא כן הוא לגבי אלה — ואנו נמנים עמהם — הסבורים, שהמשטר הרכושי של הסדר איזון המשאבים ממיר את הלכת השיתוף ומוציא אותה מכלל תחולה[67].

ניתן אולי להסכים לגישה הראשונה באותם מקרים, שבהם אין הלכת השיתוף מתנגשת חזיתית בהסדר איזון המשאבים ואינה סותרת אותו, אלא להיפך: עשויה להשלים אותו. במיוחד אמורים הדברים לגבי נכסים, העשויים להיות מושאה של חלוקה בין בני זוג מכוח עקרונות כלליים ובמסגרת שיקול דעת בית־המשפט, אך הוצאו מכלל נכסי האיזון. במקרים אלה, אין כל התנגשות בין שני ההסדרים. אין האחד מוציא את חברו. אין בדעתנו להכריע בשאלה זו, הואיל וישנם אמצעים אחרים, היפים להשגת המטרה של חלוקת זכויות פנסיוניות.

§643. חלוקה של זכויות פנסיוניות יכולה למצוא את מקומה במשפט הישראלי באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט. למטרה זו עלינו לברר את השאלות הבאות:

1) האם דיני עשיית עושר ולא במשפט יכולים להיות מורכבים על ההסדר לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג.
2) האם קיים עיקרון כללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט, הניתן ליישום ביחסים בין בני זוג.
3) האם במסגרת העיקרון הכללי של עשיית עושר ולא במשפט ניתן לגזור כלל משפטי מיוחד, אשר יסדיר את חלוקת הזכות הפנסיונית בין בני זוג בנסיבות, שהיו מזכות אותם בחלוקה כזו במסגרת הלכת השיתוף.

§644. לשאלה הראשונה שני פנים. הפן הראשון יסודו דיני המשפחה. הפן השני, יסודו דיני עשיית עושר ולא במשפט. התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית על שני פניה.

מבחינת דיני המשפחה: חוק יחסי ממון בין בני זוג אינו ממצה את מערכת הזכויות הממוניות והרכושיות בין בני הזוג ואת כלל ההסדרים ביניהם[68]. על בני זוג ממשיכים לחול דיני החוזים, דיני הקניין ושאר מרכיבי הדין האזרחי, ככל שלא שונו או הוסדרו במפורש אחרת, באמצעות דינים מיוחדים[69].

מבחינת דיני עשיית עושר ולא במשפט: מגמת החקיקה האזרחית הִנה להחיל את חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט־1979, המעגן את העיקרון הכללי של התעשרות שלא כדין, על מלוא היקפה של הקודיפיקציה האזרחית כולה. בסוגיות כלליות, שבהן אין כל הסדר ספציפי

66. על עמדה זו, ראה בעיקר א' פרוקצ'יה "יחסי ממון בין בני זוג בפשיטת רגלו של אחד מהם" **משפטים** ז (1976) 266, 298 — 301; פ' שיפמן "יחסי ממון בין בני־זוג" **קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה** (ש' שטרית, עורך, 1976) 126.

67. ראה, בין היתר, א' ידין "שותפת בין בני הזוג — גם כלפי חוץ; ומה הלאה?" **הפרקליט** כו (1970) 474; י' ויסמן "שיתוף בנכסים" **קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה** (ש' שטרית, עורך, 1976) 1, 4; א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 23**, בע' 286 — 294.

68.. ראה ע"א 169/83 **שי נ. שי** פ"ד לט (3) 776, 781; א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 23**, בע' 149 — 152, 299 — 301, 307. אף על הסכם ממון לפי סעיף 2 לחוק יחסי ממון בין בני זוג חלים דיני החוזים הכלליים ככל שאין בחוק הוראות אחרות לעניין הנידון, ראה ע"א 4/80 **מונק נ. מונק**, פ"ד לו (3) 421, 429־430.

69. ראה **לעיל** פסקה 70. כן ראה א' רוזן־צבי, **לעיל הערה 23**, בע' 307.

סותר של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ימשיך לחול העיקרון הכללי השולל התעשרות שלא כדין. בענייני אלה,

> "חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט — כמעין נשר גדול הפורש כנפיו — על כל הדינים השונים, בין שיש בהם הוראות בענייני עשיית עושר ולא במשפט, ובין שאין בהם הוראות כאלה, בין שהוראות בעניין עשיית עושר ולא במשפט עוסקות בחוזה הקיים, ובין שהן עוסקות בחוזה שהופר"[70].
>
> "כעניין של מדיניות שיפוטית, אין עילה לצמצם את תחומי הפרישה של הדוקטרינה הכללית של עשיית העושר, אלא אם כן אין מנוס מכך לאור עמדתו הברורה והחד־משמעית של המחוקק, לבל נעמוד לעיתים קרובות לפני סוג של מערכת נסיבות, שלעניינן תקצר ידו של המשפט להושיט לפלוני סעד המתחייב מהתעשרותו של אלמוני על חשבונו"[71].

§645. התשובה לשאלה השנייה גם היא חיובית. העיקרון הכללי של עשיית עושר ולא במשפט אינו צמוד למערכת נסיבות קפואה[72]. עיקרון עצמאי זה, המעוגן בחוק עשיית עושר ולא במשפט,

> "אינו כבול לדפוסים שאינם ניתנים לשינוי... אין לראות את חוק עשיית עושר ולא במשפט כקודקס סגור, שמחוץ לגדרו יהיו שערי בית־המשפט נעולים בפני מי שהתעשרו על חשבונו שלא כדין"[73].
>
> "הקטיגוריות של עשיית עושר ולא במשפט לעולם אינן סגורות ולעולם אינן שוקטות על השמרים... הקטיגוריות שהוכרו בעבר אינן הקטיגוריות היחידות. העיקרון עוצר בחובו כוח ליצור מצבים חדשים, שבהם קיימת התעשרות שלא כדין, ועל־כן מוטלת חובת השבה... העיקרון הקבוע בסעיף 1 לחוק... הוא בעל 'רקמה פתוחה'"[74].

עיקרון זה של עשיית עושר ולא במשפט נועד לשרת מטרות חברתיות, שהמשפט חפץ ביקרן[75]. העיקרון ניתן לפיתוח על־פי תחושת המצפון והיושר במגמה לעשות יושר בין בני אדם[76], משיקולי צדק[77] וכל אימת שצורכי החברה והמשפט מצדיקים את הדבר[78].

70. ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ. הרלו אנד גונ'ס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב (1) 221, 263, 265, 266ה.
71. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 240ד.
72. הלכת פלאימפורט בע"מ, לעיל הערה 31, בע' 603, 607; הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 237ה, 238ה.
73. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 240ג,ה. כן ראה ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (1982) 21־22, 43 — 47.
74. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 273.
75. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 235 ג־ד.
76. ע"א 278/56 סופרגז חברה להפצת גז בע"מ נ. מזרחי, פ"ד יב 394, 409; ע"א 760/77 בן עמי נ. בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג (3) 567, 577ה־ו; הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 273ג.
77. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 236ה.
78. הלכת אדרס חמרי בנין בע"מ, לעיל הערה 70, בע' 237ה־ו.

זו התכלית החקיקתית, המנחה את הפרשן והמובילה את המדיניות המשפטית לגזירת כללים משפטיים ספציפיים מן העיקרון הכללי. אמת המבחן המדריכה אינה רגש הצדק האינדיבידואלי של השופט, אלא תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל[79].

§646. השאלה השלישית עוסקת ביישום עקרונות עשיית עושר ולא במשפט לסוגייה הנידונה.

> "השיקולים בהחלת העיקרון הכללי כוללים את עוצמת זכותו של התובע, את אופי הפגיעה באינטרס שלו, את התנהגות הצדדים ואת טיב הפעילות שמכוחה זכה הנתבע ברווח"[80].

שיקולי צדק בין בני הזוג ומטרות חברתיות, באשר להסדרת מערכת היחסים בתוך המשפחה, הם העומדים בבסיסה של ההכרה בחלוקת זכויות פנסיוניות בין בני זוג. נכסי הפרישה של המשפחה אינם נחלתו של צד אחד לנישואין בלבד, בבחינת עושר השמור לבן זוג אחד לרעתו של האחר. על כל אלה עמדנו לעיל בהרחבה ובפירוט, והם הבסיס לקביעת ההתעשרות שלא כדין.

נוכח שיקולים אלה ניתן להחיל על חלוקת הזכויות הפנסיוניות את סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, גם אם אין חלוקה זו נכנסת בגדר אחת הקטיגוריות **הקבועות**, ולא ניתן לשבצה לרשימה **נתונה** של המצבים שבהם תהא השבה. לשם החלתם של עקרונות סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט על סוגייה זו, עלינו להוכיח התקיימותם של ארבעת תנאי ההשבה הקבועים בסעיף זה: **קבלת טובת הנאה שלא כדין מאדם אחר.**

החזקת מלוא הזכות הפנסיונית, כמו שאר תשלומי הפרישה בידי בן הזוג העובד, כמוה כקבלת טובת הנאה **שלא כדין**. ההנחה היא, כי המאמץ המשותף של שני בני הזוג הניב את הזכויות, כי השקעתם המשותפת תרמה ליצירת ה'נכס' וכי על שניהם ליהנות מפירות עמלם המשותף, שהם הזכויות הפנסיוניות ושאר תשלומי הפרישה. אמנם, הזכות הפנסיונית הגיעה אל בן הזוג העובד כדין ונתקבלה בידו כדין, אולם הימנעותו מחלוקתה נעשית בידו כקבלת התעשרות שלא כדין.

> "די בכך שההתעשרות התרחשה או שהיא קיימת... מכיוון שטובת ההנאה נותרה בידי הנתבע, לאחר שנשמט הבסיס המצדיק את שמירתה, יש בכך משום התעשרות שלא כדין"[81].

במסגרת המדיניות המשפטית — המתחייבת באשר לחלוקת זכות הפנסיה, כמו לשאר תשלומי הפרישה בין בני זוג — הרי החזקת זכויות הפנסיה במלואן בידי בן הזוג העובד היא **טובת הנאה שבאה לו מבן הזוג האחר**; התעשרות שלא כדין עשויה לבוא מפגיעה בציפייה בלבד.

79. ע"א 827/76 **ישראל נ. בנק הפועלים**, פ"ד לב (1) 153, 157; הלכת **בן עמי**, לעיל הערה 76, בע' 1577; הלכת **אדרס חמרי בנין בע"מ**, לעיל הערה 70, בע' 1273.

80. הלכת **אדרס חמרי בנין בע"מ**, לעיל הערה 70, בע' 1273, ובה מצוטט בהסכמה ד' פרידמן, לעיל הערה 73, בע' 46.

81. ד' פרידמן, לעיל הערה 73, בע' 48. כן ראה גם ד' פרידמן "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ח (1981), 254, 259 — 265.

"עקרונית, קיימת בהחלט אפשרות שאינטרס, שלגביו לא היתה לתובע זכות קניינית או אפילו זכות לחיוב (in personam), אלא ציפייה בלבד, ייחשב כאינטרס הבא מן התובע, כזכייה שנעשתה על חשבונו"[82].

ניתן לסכם ולקבוע, כי את הכלל הספציפי של חלוקת 'נכסי הפרישה' בין בני זוג ניתן לגזור מעקרונות עשיית עושר ולא במשפט, תוך היאחזות במדיניות המשפטית הנוהגת בחלוקת נכסים בין בני זוג. על כלל זה ניתן יהיה לקרוא את דברי השופט ש' לוין:

"'ההשבה'... אינה בפועל השבה אלא עניינה להציל, כביכול, את בלעו של הנתבע מפיו ולשרת מטרות חברתיות שהמשפט חפץ ביקרן"[83].

§647. חלוקה של זכויות פנסיוניות יכולה למצוא את מקומה באמצעות דיני הנאמנות בגדרו של חוק הנאמנות, תשל"ט-1979. על בסיס המדיניות המשפטית המצדיקה את חלוקת נכסי הפרישה ניתן לקבוע, כי חלק יחסי של נכסים אלה מוחזקים בידי בן הזוג העובד בנאמנות לטובת האחר. על אפשרות השימוש בחוק הנאמנות בין בני זוג, עמדנו כבר במקום אחר[84].

ג) כושר השתכרות ו'נכסי קריירה' אחרים

§648. על רקע הדברים, שנכתבו במהלכו של פרק זה, יֵקל עלינו להבין מדוע חלק מן השיטות המשפטיות בעולם הגיעו למסקנה, שלפיה כושר ההשתכרות, על היבטיו השונים, הוא חלק בלתי נפרד מנכסי השיתוף או האיזון בין בני הזוג[85]. רעיון המאמץ המשותף אינו יכול להתמלא תוכן של ממש ללא חלוקה ממשית של ה'נכסים החדשים', המהווים את עיקר העתודות הכלכליות של המשפחה.

בן זוג המקדיש עצמו למשפחה תורם את חלקו להגדלת כושר ההשתכרות של האחר. תוך כדי השבחת ההון האנושי של בן זוגו הוא גורם לירידת הערך של ההון האנושי העצמי שלו. הוא פוגע בכושר ההשתכרות שלו לא רק בהווה, אלא גם לעתיד[86]. בן זוג זה זכאי, איפוא, לפיצוי לא רק על טובת ההנאה שנבעה ממנו לבן זוגו, אלא גם על אבדן כושר ההשתכרות של עצמו בעטיה של ההשקעה בהון האנושי של האחר.

יתר על כן, נוכח ערטול כוח המיקוח של האשה בעקבות הגירושין ללא-אשמה מוטלת על המערכת המשפטית החובה להציע הסדרים שווי-ערך, שיהא בכוחם לתקן את העיוות שנוצר

82. הלכת **אדרס חמרי בנין בע"מ**, **לעיל הערה 70**, בע' 276ד, ובה מצוטט בהסכמה ד' פרידמן, **לעיל הערה 73**, בע' 54. ראה גם ד' פרידמן, **לעיל הערה 81**, בע' 266.

83. הלכת **אדרס חמרי בנין בע"מ**, **לעיל הערה 70**, בע' 235 ג-ד.

84. א' רוזן-צבי, **לעיל הערה 23**, בע' 261-262.

85. L.J. Weitzman, **supra** note 2, at 124—135, 139—141, 387-388; C.S. Bruch, **supra** note 2 (**Hastings**), at 813—821, 853—855; I.F.G. Baxter, **supra** note 25, at 181—185, 232—237; K.J. Gray, **supra** note 3, at 169—173; J.G. Miller, **supra** note 47, at 226—228; N.Bala & A. Bissett-Johnson, **supra** note 29, at 46—50.

86. ראה **לעיל** פסקה 125.

שלא במתכוון[87]. היתרונות, שנשללו בתהליך ביטול האשמה, לא הושלמו על ידי מערכות מפצות; על ידי כך נגרמה תוצאה בלתי־צודקת. הפער החדש, שנוצר בעקבות סגירתם של פערים ישנים, מחייב התמודדות מחודשת עם חלוקת רכוש המשפחה.

בישראל מתחייבת התמודדות כזו ביתר שאת עקב נחיתות כוח המיקוח של האשה בגירושי אשמה דווקא, וכתמריץ להקלת אפשרויות התרת הקשר גם ללא הסכמה בין בני הזוג.

בשלב מסוים של החיים המשותפים עשוי כושר ההשתכרות להתמזג בזכות המוניטין. במקרה זה, חשיבותו היא משנית בלבד. עיקר חשיבותה של חלוקת 'נכס' זה הוא במניעת עוול ואי־צדק בשלב המוקדם שבו נרכש ה'נכס' במאמץ משותף, אולם ערכו הכלכלי יבוא לביטוי של ממש רק בעתיד הקרוב או הרחוק. לאחר מספר שנות נישואין של מאמץ קשה המחייב נשיאה משותפת בעול, עשוי בן הזוג 'יושב הבית' למצוא את עצמו מחוץ לנישואין ללא כל רכוש וללא כל פוטנציאל כלכלי, בעוד האחר זוכה ב'כל הקופה'.

§649. כבר הראנו, כי המקור המשפטי, שניתן לכלול באמצעותו את 'נכסי הקריירה' במסגרת נכסי השיתוף או האיזון הוא משני לעומת עצם השגת המטרה האמורה, על בסיס המדיניות המשפטית הראויה[88].

יש מדינות אשר הרחיבו את שיקול הדעת השיפוטי כך, שיוכל להשתרע גם על סוג זה של 'נכסים'. מדינות אחרות כללו את 'נכסי הקריירה' במסגרת הגדרת המונח 'נכס' לצורך חלוקת הנכסים או איזון המשאבים בין בני הזוג[89]. לכאורה, נדמה כאילו אמצעי זה הוא המרחיק לכת מכולם. אולם, בבדיקת תוצאות הפסיקה במדינות ארצות־הברית נוכחנו לדעת, כי אין יחס ישיר בין מקור משפטי מרחיק לכת לבין גובה הפיצוי הניתן ומידת האפקטיביות של התוצאה המשפטית, הלכה למעשה[90]. דרך החלוקה ואופניה הם הגורם המכריע. הערכת הערך המוסף להון האנושי ושקלולו הם הקובעים, הלכה למעשה, את היקף הפיצוי וגובהו. רוב המדינות נמנעות מהכרה בכושר השתכרות וברשיון מקצועי כ'נכס' בר־שיתוף או בר־איזון[91]. אולם, גם מדינות שאינן מוכנות להפקיע את המושג 'נכס' מן המשמעות המקובלת שלו, וגם אלה הנמנעות מהרחבת המסגרת, מוצאות פתרונות אחרים, המביאים לידי התחשבות ישירה או עקיפה בסוג זה של 'נכסים'. הטכניקה המשפטית משנית למדיניות המשפטית הראויה. המטרה הבסיסית זהה והיא — פיצוי לבן הזוג האחד על ההשקעה בטיפוח ובקידום ההון האנושי של האחר. אולם, למרות הזהות הבסיסית במטרה לא כל פתרון נותן אותה תוצאה. יש איפוא לבחון היטב את תוצאותיה הממשיות של כל אחת מן הדרכים החלופיות כדי לקבוע, איזו מהן תעשה צדק בנסיבות המקרה האינדיבידואלי.

87. ראה לעיל פסקאות 127־128. כן ראה I.F.G. Baxter, **supra** note 25, at 157—162; S.W. Prager, **supra** note 7, at 16-17.

88. ראה לעיל פסקאות 628־629.

89. ראה לעיל המקורות בהערות 27, 29. כן ראה **Woodworth v. Woodworth,** 337 N.W. 2d 332 (Mich., 1983) (במדינת מישיגן נבחר פתרון זה במקום שבו לא נמצאו נכסים אחרים בני איזון) **In re Marriage of Horstman, supra** note 26; Iowa Code Ann. § 598.21(1).

90. ראה לעיל פסקה 629.

91. ראה לעיל הערה 26. כן ראה בפרוטרוט את רשימת המדינות הרבות, אשר דחו את ההכרה ברכוש זה כ'נכס' בפסק־הדין **In re Marriage of Weinstein,** 470 N.E. 2d 551, 555-556 (ill., 1984)

§650. בין יתר הדרכים ניתן למנות את הפתרונות הבאים[92]:

1) הסדר רכושי על דרך של חלוקה אקוויטבילית, במסגרת שיקול דעת שיפוטי[93]. רשיון מקצועי או כושר השתכרות מוגבר נחשבים אמנם כציפייה ולא כנכס, אולם ניתן לראות בהם מרכיבים רלבנטיים במסגרת שיקול הדעת האקוויטבילי לגבי אופן חלוקת הרכוש. קיימת הסכמה רחבה, כי מאמצי בן הזוג במימון הלימודים ובתמיכה במשפחה בציפייה שהיחידה המשפחתית תשגשג לרווחת כל יחידיה מצדיקים תמורה נאותה. התמיכה נעשתה על בסיס הציפייה לעתיד משותף. ביתר שאת אמורים הדברים, כאשר 'נכסי הקריירה' הם הנכס העיקרי של המשפחה והתמיכה בבן הזוג נעשתה בכספיו של התומך.

2) 'נכסי קריירה' כשיקול בקביעת מזונות מוגדלים. קיימים יחסי גומלין בין קביעת מזונות לבין חלוקת רכוש[94]. מצד אחד — אלה שתי מערכות שונות, הנסמכות על תפיסות שונות: הסדר רכושי מבוסס על עיקרון החלוקה; דמי מזונות — יסודם בעיקרון הצורך. אולם מצד שני, מעבר לחשיבה התיאורטית, מתקרבות שתי המערכות זו לזו ומטשטשים הגבולות ביניהן[95]. מלומדים רבים לא מצאו עדיין את נוסחת הפלא, אשר תקבע את היחס הנכון בין תשלום המזונות לתשלומים שעניינם חלוקת רכוש. במיוחד אמורים הדברים נוכח האפשרות להסדיר חלוקה רכושית באמצעות תשלומים עתיים, ולעומת זאת, לקבוע את תשלום המזונות באמצעות הענקת סכום חד־פעמי לשם קידום הרעיון של ה־clean break.

מדינות רבות משתמשות בתשלומי המזונות כאמצעי למעין חלוקה אקוויטבילית של אותם 'נכסים', שאינם נכללים בגדר נכסי השיתוף או האיזון[96]. הקושי הנלווה לפתרון

92. פירוט הדרכים החלופיות השונות וניתוחן, ראה **In re Marriage of Weinstein, supra** note 91, at 557.

93. **In re Marriage of Horstman, supra** note 26; **In re Marriage of Graham, supra** note 26; **In re Marriage of Weinstein, supra** note 91; **Wisner v. Wisner,** 631 P. 2d 115 (Ariz., 1981); **DeLa Rosa v. DeLa Rosa,** 309 N.W. 2d 755 (Minn., 1981); **Lira v. Lira,** 428 N.E. 445 (Ohio, 1980); **Wright v. Wright,** 469 A. 2d 803, 807—809 (Del., 1983); **Grosskopf v. Grosskopf,** 677 P. 2d 814 (Wyo., 1984); **Washburn v. Washburn,** 677 P. 2d 152 (Wash., 1984); **Geer v. Geer,** 353 S.E. 2d 427 (1987).

94. ראה א' רוזן־צבי, **לעיל** הערה 23, בע' 24־25.

95. L.J. Weitzman, "Equity and Equality in Divorce Settlements: A Comparative Analysis of Property and Maintenance Awards in the United States and England" in **The Resolution of Family Conflict** (J. M. Eekelaar & S. N. Katz, ed., Toronto, 1984) 461; S. Reynolds, "The Relationship of Property Division and Alimony: The Division of Property to Address Need" 56 **Fordham L.R.** (1988) 827; J. M. Krauskopf, "Theories of Property Division/Spousal Support: Searching for Solution to the Mystry" 23 **Fam. L.Q.** (1989) 253.

96. **Hodge v. Hodge,** 520 A. 2d 15 (Pa., 1986); **In re Marriage of Graham, supra** note 26; **Washburn, supra** note 93; **Cabot v. Cabot,** 462 N.E. 2d 1128 (Mass., 1984); **Archer v. Archer,** 493 A. 2d 1074 (Md., 1985); **Stevens v. Stevens,** 492 N.E 2d 131 (Ohio, 1986); E.S. Beninger, "Career Opportunity Cost: A Factor in Spousal Support Determinations" 16 **Fam. L.Q.** (1982) 201; J.M. Krauskopf, **supra** note 5, at 402-403 ישנן מדינות שדיני המזונות שלהן אינם מאפשרים שימוש בטכניקה זו כאמצעי לחלוקת רכוש. כך, למשל, ראה בפסק הדין **Wright, supra** note 93.

זה הוא התלות של חיובי המזונות בגורמים משתנים שונים — כגון נישואין מחדש, תמורות כלכליות במצבם של החייב או הזכאי וכיו"ב — שהם בלתי רלבנטיים לזכותו של בן הזוג, הנובעת מהשבחת 'נכס' האחר, ושאין כל הצדקה לקשור ביניהם[97]. פתרון אפשרי לקושי הוא קביעת זכות מזונות עצמאית, נפרדת ומיוחדת (sui generis), המתייחסת להסדר הרכושי. זכות זו אינה קשורה לתנאים הצמודים לתשלום דמי מזונות רגילים וממילא לא תפקע, למשל, עם הנישואין מחדש של בן הזוג[98].

3) השבה במסגרת עשיית עושר ולא במשפט[99]. השבה באמצעות עשיית עושר ולא במשפט מאפשרת הענקת פיצוי לבן זוג אחד על קידום ההון האנושי של בן־הזוג האחר ועל טיפוח כושר ההשתכרות הפוטנציאלי שלו.

פתרון זה, המקובל במדינות שונות בארה"ב ובקנדה, טומן בחובו אפשרויות רבות ומגוונות[100]. טווח ההשבה יכול להשתרע מהחזרת ההוצאות הממשיות — שהוצאו למימון הלימודים של בן הזוג ולתמיכה במשפחה בתקופת הלימודים — ועד לתשלום שוויו של כושר ההשתכרות המוגדל, חלקו או מקצתו, לפי הערכתם של מומחים[101]. בין זה לזה ניתן למצוא מסגרות ביניים שונות, כגון: תשלום משקם לבן הזוג לשם רכישת השכלה, תואר, רשיון מקצועי או השתלמות כלשהי על בסיס הדדיות ולמשך תקופה זהה לזו, שהיתה מנת חלקו של בן הזוג האחר.

הדרכים החלופיות מתקרבות זו לזו מבחינה רעיונית בתוך אחר התוצאה המבוקשת. יש מדינות הבוחרות חלופה זו או אחרת, והמוציאות חלופות אחרות. לעומתן, יש מדינות המאפשרות שימוש בכל אחת מן החלופות על־פי הצורך, אם הנסיבות מאפשרות זאת[102]. כל אחת מן החלופות השונות מקפלת בתוכה מידה רבה של שיקול דעת שיפוטי. שיקול דעת זה מאפשר לבית־המשפט להתחשב בכל המשתנים הרלבנטיים ולתת את הדעת לכל

97. **O'Brien v. O'Brien,** (452 N.Y.S.) **supra** note 27, at 804.

98. **Mahony v. Mahony, supra** note 35; **Reiss v. Brosnahan,** 500 A. 2d 24 (N.J., 1985); La. Civ. Code Ann. §161 (West Supp., 1987).

99. המלצה על פתרון זה ראה אצל J.M. Krauskopf, **Supra** note 5, at 391—395, 407—409, 414-415.

100. Cal. Civ. Code § 4800.03 (West Supp. 1985); Ind. Code § 31-1-11.5-11 (d); **Inman v. Inman,** 648 S.W. 2d 847 (Ky., 1982); **Dela Rosa, Supra** note 93; **Hubard v. Hubard,** 603 P. 2d 747, 750—752 (Okla., 1979); **Pyeatte v. Pyeatte,** 661 P. 2d 196 (Ariz., 1983); **Beeler v. Beeler,** N. Bala & A. Bissett-Johnson, **supra** note אשר לקנדה ראה 715 S.W. 2d 625 (Tenn., 1986) 29, at 48-49. יש מדינות הדוחות את אפשרות השימוש בקונצפציה משפטית זו של עשיית עושר ולא במשפט כאמצעי לחלוקת רכוש בין בני זוג. כך, למשל, ראה פסקי־הדין **Wisner, supra** note 93; **Washburn, supra** note 93 אולם, מדינות אלה מסדירות את הפיצוי לבן הזוג באמצעים משפטיים אחרים.

101. החלופה האחרונה, המפצה לא רק על ההוצאה הממשית, אלא גם על הערך המוסף של ההון האנושי היא המשקפת את הגישה הנכונה לדעתו של J.M: Krauskopf, **supra** note 5, at 409—413, 407—416. במהלך הדיון שם מותח המחבר ביקורת על הגישה הצרה, המפצה על ההוצאות הממשיות בלבד. יצוין, כי הגישה הצרה רווחה עדיין בחלק ניכר מן המדינות, העושות שימוש בדיני עשיית עושר ולא במשפט לשם חלוקת 'נכסי קריירה'. ראה גם לעיל פסקה 629.

102. **Washburn, supra** note 93; **In re Marriage of Weinstein, supra** note 91; **In re Marriage of Lundberg,** 318 N.W. 2d 918 (Wis., 1982).

הגורמים, העשויים להשפיע על ההכרעה. כך, למשל, ניתן להפריד בין המקרה, שבו תרומתו של בן הזוג לטיפוח ההון האנושי של האחר הסתכמה בזמן ובמאמץ שהקדיש למשק הבית, למשפחה ולילדים לבין המקרה, שבו תרומתו כללה גם תמיכה במשפחה והשתתפות במימון הלימודים של בן זוגו. במקרה האחרון עשויים סכומי 'הפיצויים' שישתלמו לבן הזוג התורם, או דמי ההשבה שיגיעו לו, להיות גדולים יותר.

§651. כושר השתכרות משמש מושא הערכה במסגרת דיני הנזיקין בישראל. במסגרת זו מכיר בו המשפט הישראלי כנכס:

> "כושר השתכרות (או פוטנציאל השתכרות או יכולת השתכרות) הוא נכס השייך לבעליו. פגיעה בנכס זה — שאינו ניתן למכירה אך ניתן לניצול — מזכה את בעל הכושר שנפגע לפיצוי מתאים"[103].

נוכח כלליות הלשון, והמדיניות המשפטית התומכת אותה, אין כל מניעה לראות בכושר השתכרות 'נכס' במשמעות הרחבה של מונח זה[104]. עמדה משפטית זו מקלה על האפשרות להכיר בכושר ההשתכרות כבמושא לחלוקה בין בני זוג על בסיס רעיון המאמץ המשותף. במשפט הישראלי אין פסיקה ישירה בדבר מעמדם של 'נכסי קריירה' ביחסים בין בני זוג. השימוש במזונות למטרה זו אינו אפשרי. דיני המזונות נידונים בעיקרם על־פי הדין האישי של הצדדים, ולא נראה כיצד ניתן להטיל על אלה את חלוקת ה'נכסים' האמורים. גם דרך החלוקה האקוויטבילית, המוסדרת ברוב מדינות ארצות־הברית ובמדינות אחרות בעולם באמצעות חקיקה מפורשת, אינה הולמת את שיטת המשפט בישראל.

מאידך גיסא, אין מניעה להטיל את חלוקת ה'נכסים' האמורים על הלכת השיתוף, לגבי בני זוג שהיא חלה עליהם, ועל המונח 'נכס' כמו גם על דיני עשיית עושר ולא במשפט או דיני הנאמנות, לגבי בני זוג, שחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג־1973 חל עליהם. הניתוח המפורט של האפשרויות, שהמשפט הישראלי מעמיד לבני זוג בסוגייה זו ושל האמצעים שניתן לנקוט כדי להשיג תוצאה ראויה, נעשה על ידינו לעיל בנוגע ל'נכסי הפרישה'. ניתוח זה הולם, בשינויים המתחייבים מן הנסיבות, גם סוג זה של נכסים, דהיינו 'נכסי קריירה'. אין לנו אלא להפנות את הקורא לפסקאות אלה[105].

103. **הלכת ברששת, לעיל** הערה 20, בע' 298. כן ראה **הלכת נעים, לעיל** הערה 19, בע' 786־787; ע"א 295/81 **עזבון המנוח גבריאל נ. גבריאל**, פ"ד לו (4) 533, 549, 559; ע"א 773/81 **עזבון המנוח פריליך נ. מדינת ישראל**, פ"ד לו (4) 816, 829 — 831.

104. ראה לעיל פסקה 638.

105. ראה לעיל פסקאות 637 — 647.

מפתחות

מפתח מקורות המשפט העברי

(ההפניה היא לפסקה)

תנ"ך

בראשית

א, כח 203

ב, כב 201

ג, טז 199

ויקרא

כב, יח 203

במדבר

א, ב 203

דברים

כג, ד 203

כד, א 207

תהילים

מה, יד 203

קיט, קכב 280

פרשנות התורה ומדרשי אגדה והלכה

בראשית רבא, פרשה

ח, יב 203

יח, א 203

ויקרא רבא, פרשה

לב, ח 207

במדבר רבא, פרשה

ט, כ 90

ט, יב 213

ספרי,

פרשת מטות

ל, יד (פסקה קנה) 205

פרשת פנחס

כז, א 207

פרשת שופטים

יט, יז (פסקה קצ) 227

רמב"ן,

ויקרא, קדושים

יט, ב 160

תורה תמימה,

בראשית

א, כח 203

ג, כ 212

ג, טז 199

יח, ט 203

ויקרא

כב, יח 203

במדבר

א, ב 203

ה, כז 256

משנה ומפרשיה

בבא קמא

ח, ד 214

בכורות

א, ז 239

גיטין

ט, י 207

הוריות

ג, ז 200

יבמות
יד, א 207, 244
טז, ז 222
לט, ב 239
כריתות
ו, ט 200
כתובות
ד, ד 206
ה, ה 206
ז, ט 220
ז, י 220
ח, ח 219
סוטה
ג, ד 225
ט, ט 254
עדויות
א, יב 222
קידושין
ד, יג 240
תוספתא,
בבא בתרא
ח, ד 224
יבמות
יד 222
כתובות
יב, א 219
יב, ד 202, 207
סוטה
ה, ה 213
תרומות
א, יא 224
פרוש המשניות לרמב"ם,
נגעים
יד, יב 203
הוריות
ג, ז 200

התלמוד, מפרשיו ופוסקיו
בבא בתרא
נא, א 214
נב, ב 231
קט, ב 203
קלט, ב 203
קנה, ב 228

בבא מציעא
יב, ב 90 ,218
יט, א 213 ,226
נט, א 226
נט, ב 213
בבא קמא
טו, א 214
פז, א 214 ,231
קיא, א 202
ברכות
סא, א 231
סג, א 280
גיטין
ב, ב 227
ג, א 222
ו, ב 213
יט, ב 222
מא, א 231
מא, ב 203
מו, א 231
מט, ב 207 ,513,
202
נב, א 224
ס, א 280
עז, א 203
פג, ב 205
פח, ב 513
צ, א 207 ,213
צ, ב 90
חגיגה
טז, ב 226
חולין
פד, ב 203
קמא, א 90
יבמות
כט, ב 205
לט, ב 239
מב, ב 231
סב, ב 199 ,213
סד, ב 269
סה, א 525
סה, ב 203
עו, ב 203
עז, א 203
עט, א 280
פז, ב 222

פח, א 222
ק, א 202 ,231
קטז, א 202
קיב, ב 513
קיח, ב 202, 167

יומא
סו, ב 201

כתובות
ב, ב 222
ג, א 222
יא, א 219
יב, א 219
כב, ב 202
כח, א 202
לט, ב 219
מו, ב 205
מז, א 90 ,218
מז, ב 90 ,218
מח, א 212
נח, ב 90 ,218
סא, א 540, 212, 206
סב, ב 211 ,213
סד, א 239
סד, ב 203
סו, א 90
סז, א 202
סז, ב 202
עב, א 227, 226, 209
עב, ב 226
עד, ב 231
עה, א 202 ,231
פב, ב 219
פו, א 202
צז, ב 203 ,231

מכות
יא, א 90

נדרים
פז, א 205
פח, ב 203
סו, ב 90
סז, א 205
עט, א 205
עט, ב 205
צא, א 525

נזיר
כד, ב 203 ,214
סב, ב 205

נדה
לא, ב 202
מה, ב 201
מו, ב 205

סוטה
יז, יא 90
כא, ב 225
מז, ב 254

סוכה
נג, א 90

סנהדרין
כא, א 203
כא, ב 203
כב, א 90
עא, א 203
קז, ב 201

עבודה זרה
לו, ב 203

עירובין
יח, ב 231
צו, א 216
ק, ב 199

פסחים
מג, א 214
קח, א 232

קידושין
ב, ב 202 ,203
ז, א 202
כג, ב 203
כט, א 216
ל, ב 200
לא, א 200
לה, א 203 ,214
מ, ב 228
מא, א 202 ,212 ,215
סג, ב 227
ע, א 203 ,231
ע, ב 231
עג, ב 227
עד, א 227
פ, ב 201
פב, א 231 ,240

שבועות
ל, א 227, 231
שבת
לג, ב 201
מו, ב 205
קטז, א 90
תמורה
יד, ב 280
ירושלמי, גיטין
פ"ט, ה"י 245
יבמות
פ"ח, ה"ג 203
כתובות
פ"ו, ה"א 90 ,203 ,218
פ"ח, הי"א 219
פ"ט, ה"ד 90
סוטה
פ"א, ה"ד 90
פ"א, ה"ז 213
פ"ג, ה"ד 201
פ"ט, ה"ט 254, 256
פסחים
פ"א, ה"א 201
המאירי, בית הבחירה, גיטין
צ, א 207
סוטה
כ, א 201
מהרש"א, חולין
פד, ב 203
יבמות,
קכב, ב 222
מרדכי, בבא קמא
פז, א 231
כתובות
נט, א (מאמר קפב) 235
קז, ב (מאמר רעג) 523
פסחים
קח, א 232
קידושין
פב, א (מאמר תקמב) 525
הגהת הרמ"א על המרדכי, כתובות
סג, א 213
פני משה (על הירושלמי), ברכות
פ"ז, ה"ב 201
ראב"ן, בבא קמא
פז, א 231
רא"ש, שבועות
ל, א 228
ר"ן, נדרים
עג, ב 205
עד, א 205
ר"ן (על הרי"ף), קידושין
מא, א 203 ,215
חידושי הריטב"א, כתובות
קג, א 523
חידושי הרשב"א, גיטין
נב, א 224
יבמות
צ, ב 205
קידושין
ב 203
רשב"ם, פסחים
קח, א 205 ,232
רש"י, בבא מציעא
נט, א 226
ברכות
סג, א 280
גיטין
נב, א 224
ס, א 280
עז, א 203
צ, א 213
כתובות
נח, ב 90 ,218

סא, א 206
סד, ב 202
סוטה
כא, ב 201
קידושין
ע, א 203
פ, ב 201
תמורה
יד, ב 280
תוספות,
ברכות
מה, ב 201
זבחים
קג, א 227
יבמות
פט, ב 222
כתובות
מז, א 90 ,218
סו, א 90 ,218
נזיר
מג, ב 222
נדה
נ, א 230
פסחים
ד, ב 201 ,227
קידושין
מא, א 215 ,233,
212
פב, א 231

רמב"ם ונושאי כליו

הלכות איסורי ביאה
פרק כא, הלכה ה 203
כא, יב 212
כב, יג 240
הלכות אישות
פרק ג, הלכה ט 215
ג, יא 215
ג, יט 212 ,215
יב, א 218
יב, ב 218
יב, ג 218
יב, ד 90 ,218
יב, כג 205
יב, כד 205 ,209
יג, ח 205 ,209
יג, ט 205 ,209
יג, י 205 ,209
יג, יא 209, ,240
203 ,205
יג, יב 205 ,209
יג, יג 205 ,209
יג, יד 90
יג, טו 211
יג, יט 215
יד, ב 211
יד, ה 205
יד, ו 209
יד, ח 246
טו, ב 203
טו, יז 212
טו, כ 199 ,205
טו, יח 205
טו, יט 213
יז, ד 202
כא, א 206
כא, ג 205 ,206
כא, ד 206
כא, ט 90
כא, י 206
כא, יד 212
כא, יח 137
כב, כז 214
כד, יא 226
כד, יב 226
כד, יד 226
כד, יז 226

הלכות גירושין
פרק א, הלכה א 207 ,513
א, ב 207 ,513
יב, טו 222
יג 222
יג, כח 222
יג, כט 222

הלכות יסודי תורה
פרק ה, הלכה ב 213

הלכות חנוכה
פרק ד, הלכה יד 90

הלכות יום טוב
פרק ו, הלכה כא 55

הלכות מכירה
פרק יא, הלכה יח 519
הלכות נדרים
פרק יא, הלכה ח 205
יב, א 205
הלכות סנהדרין
פרק כב, הלכה ד 90
כו, ז 162
הלכות עבודת כוכבים
פרק יא, הלכה טז 201
יב, ג 216
הלכות עדות
פרק ה, הלכה א 222
ה, ב 222
ה, ג 222
ט, ב 227
ט, ז 228
ט, ט 228
ט, יא 228
י, ד 228
הלכות ציצית
פרק ג, הלכה ט 216
הלכות תלמוד תורה
פרק א, הלכה יג 201 ,225
ב, ד 240

כסף משנה,
אישות
פרק כא, הלכה י 206
עדות
פרק ט, הלכה ב 227
מגיד משנה,
אישות
פרק יג, הלכה יד 90
כא, י 206
משנה למלך,
אישות
פרק כא, הלכה ג 206
ראב"ד,
אישות
פרק כא, הלכה י 206
רדב"ז,
עדות
פרק ט, הלכה ב 227

טור ונושאי כליו
אבה"ע
סימן כא 203
כב 55
לז 215
סט 219
עד 213
פ 206 ,235
קלד 513
קנד 513 ,537,
213 ,245,
148

או"ח
סימן יז 216
חו"מ
סימן א 162
יב 90
צו 231 ,232
יו"ד
סימן רלד 205
ב"ח,
אבה"ע
סימן קלד 513
פ 235
חו"מ
סימן צו 231
בית יוסף,
אבה"ע
סימן לז 215
ע 523
עד 213 ,523 ,542,
עז 523
קלד 514 ,518,
513
קנד 513 ,537,
213 ,275,
185
חו"מ
סימן צו 231
דרכי משה,
אבה"ע
סימן פ (ס"ק א) 235
קלד 513

קנד 537, 276, 213, 185

חו"מ
סימן צו 231

דרישה,
אבה"ע
סימן פ (ס"ק יח) 206

יו"ד
סימן א (ס"ק ב) 228

פרישה,
אבה"ע
סימן סט (ס"ק יג) 219
פ (ס"ק יח) 206
(ס"ק ל) 235
(ס"ק לו) 206

ראב"ן,
אבה"ע
סימן קטו 231

שולחן ערוך ונושאי כליו
אבה"ע
סימן א, סעיף א 203
א, ג 248
א, יג 203
כב, ב 55
כב, כ 240
כה, ב 212
לז, א 215
לז, ח 215
ע, יב 523
עג, ז 544
עד, י 90
עו, ה 211
פ, א 235
פ, ג 235
פ, י 235
פב, ג 212
פב, ח 137
קג, א 203
קלד, א 513
קלד, ה 513
קלד, ז 513
קנד, י 248

או"ח
סימן רמ, סעיף ג 212
רמ, י 212

חו"מ
סימן יב, סעיף ב 90
כו, א 162
צו, ו 231
רז, טז 519

יו"ד
סימן א, סעיף א 227
רלד, ב 205
רמ, יד 200
רמ, יז 200
רמא, כ 240
רמא, כא 240

אפי זוטרי,
אבה"ע
סימן כב, סעיף כ (ס"ק לב) 240

באר היטב,
אבה"ע
סימן ע, סעיף יב 526
קנד, ז 525

באור הגר"א,
אבה"ע
סימן קנד, סעיף ג
(ס"ק י) 537
(ס"ק יא) 537
(ס"ק יג) 213

בית שמואל,
אבה"ע
סימן א, סעיף ב 203
לז, ח (ס"ק יא) 215
ע, יב 523, 526
פ, טו (ס"ק כא) 206
קלד, ה 513, 514, 436, 437

חלקת מחוקק,
אבה"ע
סימן לז, סעיף ח (ס"ק יד) 215
ע, יב 526
עה, א (ס"ק ט) 211
פ, ג 235
פב, ג 212
קג, א (ס"ק ז) 203

מגן אברהם,
או"ח

סימן לח, סעיף ג (ס"ק ג) 216
קנג, ו (ס"ט ט) 203

משנה ברורה,
הלכות פסח,
סימן תפט, סעיף א (ס"ק ג) 201

פתחי תשובה,
אבה"ע
סימן קלד, סעיף ה 514, 513, 437
קנד, ג (ס"ק ח) 537, 276, 245, 185
קנד, ז 539, 526

רמ"א,
אבה"ע
סימן א, סעיף ג 248
כב, ב 55
לז, ח 233
ע, יב 523
עד, י 90
עה, א 211
פ, יח 530
קיט, ו 530, 250
קלד, ה 520, 518, 513, 437
קנד, ג 537, 245, 213
קנד, ה 534
קנד, ז 526, 525
קנד, י 248
קנד, כא 534, 275, 245

או"ח
סימן לח, סעיף ג 216
תעד, ד 232

חו"מ
סימן לה, סעיף יד 227
תכא, יג 213

יו"ד
סימן קכז, סעיף ג 201

ש"ך,
חו"מ
סימן צו, סעיף ו (ס"ק ז) 231

יו"ד
סימן רמ, סעיף יז (ס"ק יט) 200

שאלות ותשובות, ספרי הלכות ופסקים וחיבורים אחרים

אבודרהם, פירוש הברכות והתפילות, סדר תפילות של חול,
השער השלישי 205, 90

אבני נזר,
או"ח
חלק ב, סימן תקלז 285

אגרות משה,
אבה"ע,
חלק ראשון, סימן סט 242
עא 206
עג 259
עד 259
עה 259, 154
חלק שלישי, סימן נ 260
חלק רביעי, סימן קו 534

או"ח,
חלק שלישי, סימן כג 284

יו"ד,
חלק ראשון, סימן נב 261
חלק שני, סימן מד 230
מה 230, 154
קט 225

אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות,
191-192 246

אוצר הפוסקים
חלק ב, נספח "הערות" 267

אור זרוע, בבא קמא, שמט 231

בית מאיר, אבה"ע, סימן קלד 520

בנימין זאב,
סימן פח 537

בנין אב,
סימן סה 230

בעלי נפש (לראב"ד), שער הקדושה 201

דברי חזקיה, אבה"ע,
טז 276

הגדה שלמה, ע' 70 232

היכל יצחק,
אבה"ע,
חלק א, סימן א (ס"ק לב) 251
סימן ב־ג 276
חלק ב, סימן לא 259

הלכות קצובות 202

חזון איש,
אבה"ע,
סימן צט, סעיפים ג־ה 520
קח, יב 275

סנהדרין,
סימן טו, אות ד 162

חיים ושלום, אבה"ע,
חלק ב, סימן קיב 256, 247

חת"ם סופר, או"ח,
תשובה ס 288

דרשות,
חלק א, דף שסד 280

יביע אומר,
חלק ג, אבה"ע, סימן
טו 526
כא (ס"ק ד) 255, 242
חלק ו, אבה"ע, סימן א 259
יד 240, 239
חלק ד, יו"ד, סימן ג 261
ז 283, 261

יד דוד, אבה"ע, 520

[ו]יואל משה,
יא 287

ישכיל עבדי,
חלק ד, אבה"ע, סימן ב 259
חלק ו, אבה"ע,
סימן כה 539
קא 259
חלק ה, או"ח, סימן נה 240

כלבו, סימן עג 205

כתוב ישר דברי אמת,
חלק ג, אות יב 240

ליקוטי הלכות, סוטה
כא 225

לקט יושר,
ב, לז 232

מאזניים למשפט,
סימן מב 255

מבי"ט,
חלק א, סימן כב 514
חלק ב, סימן מא 208
קלח 518, 514

מהר"י וויל,
סימן קלה 537

מהריב"ל,
חלק ב, שאלה יח 275
עט 275

מהרי"ק,
שורש עב 525
סג 513
קב 275

מהר"מ וויל,
סימן כז 525

מהר"ם מינץ,
סימן קב 250

מהר"ם מרוטנבורג,
סימן קנג 250
רצא 537, 213

ספר מישרים לרבינו ירוחם,
נתיב כג, חלק ה 213

מלכי בקודש,
חלק שני 267

מלמד להועיל,
חלק א, סימן כט 284

מנורת המאור, נר שלישי, כלל ו,
חלק ד, פרק ב 205, 199

מקוה המים,
חלק ג, יו"ד, סימן כא 225

משפטי עוזיאל,
אבה"ע,
חלק א, סימן נט 259
חלק ב, סימנים נד־נז 259

פסקי עוזיאל,
סימן מג 229
מד 240, 229,
202, 226

עה 259
עו 259
עז 259
עח 259

שערי עוזיאל,
חלק א, עמ׳ קט־קיא 224

משפטי שמואל,
סימן כו 436

נודע ביהודה, מהדורה תניינא,
אבה״ע, סימן פט 539

סדר אליה רבה,
סימן יג 275

עזרת כהן,
סימן נו 276

רבי עקיבא איגר,
סימן צו 284

ערוך השולחן,
הלכות גיטין,
קלד, כג 437 ,513

כד 437 ,513
כה 437 ,514 ,513
כו 437 ,513
כז 437 ,513
כח 437 ,513
כט 437 ,513

עשה לך רב,
חלק ב, עמ׳ קצג 225

קול מבשר,
חלק א, סימן ז 259
חלק ב, סימן יח 259

ציץ אליעזר,
חלק א, סימן כז 259
חלק ב, סימן יט 259
חלק ד, סימן כא 276
חלק ה (פתיחה לפרק ז) 119
חלק ו, סימן מ 240
חלק ט, סימן לז 259

ראנ״ח,
סימן מב 445 ,514

רא״ש,
כלל י, סימן ג 205
מב, א 250
מג, ג 245

רדב״ז,
חלק ג, סימן תמז 213
חלק ד, סימן קנז 220 ,245

ריב״ש,
סימן פא 211
קכז 514
רלב 514

תשובות הרמב״ם,
סימן קמג 269

תשובות הרשב״א (מיוחסות לרמב״ן),
סימן קב 213 ,537
קג 523

רשב״א,
חלק א, סימן תרצג 245
חלק ד, סימן עב 523

תשובות רש״י,
סימן שע 202

תשובות ר״ת (ספר הישר),
סימן כד 275
כה 222

שמחת כהן,
חלק ג, אבה״ע, סימן ט 514

תבואות שמ״ש, אבה״ע,
סימן סו 516 ,520 ,257 ,261

תורת גיטין, אבה״ע, הלכות גיטין,
קלד 445 ,513 ,514 ,519

תרומת הדשן,
חלק א, ריא 269

פסקים וכתבים,
קעג 436 ,513

תשב״ץ,
חלק א, סימן א 514
חלק ב, סימן ח 213 ,245 ,537

תנא דבי אליהו, סדר אליהו רבה,
פרק ט 203 ,205
כח 280

מפתח החקיקה הישראלית

(ההפניה היא לפסקה)

חקיקה ישראלית

[חוק] אימוץ ילדים, התשמ"א-1981
60 ,310

[פקודת] בזיון בית-משפט
6 89
7 89

[חוק] בתי-דין דתיים (כפיית ציות), תשט"ז-1956
7א 89

[חוק] בתי הדין הדרוזיים, תשכ"ג-1963
3

[חוק] בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984
3 ,588
40 (2) 6
51(א) (3) 108 ,576
75 607
76 596, 533, 17

[פקודת] בתי הסוהר [נוסח חדש]
66

[חוק] גיל הנישואין, תש"י-1950
314
3(א) 317

[חוק] גיל פרישה שווה לעובדת ולעובד, התשמ"ז-1987
2 129

דבר המלך במועצה על א"י, 1922-1947
2 3
47 41 ,77

51 (1) 3 ,93
51 (2) 3
55 5

[חוק ה]דיינים, תשט"ז-1955
62, 47, 3

[חוק] האזנת סתר, תשל"ט-1979
62

[חוק] הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981
62

[חוק ה]הוצאה לפועל, תשכ"ז-1967
88
38 592

[חוק] הזדמנות שווה בתעסוקה, התשמ"א-1981
129

[חוק ה]הסגרה, תשי"ד-1954
66

[חוק ל]הסדר התדיינות בין בני זוג, תשכ"ט-1969
602, 594-593,
591

[חוק ה]חוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
589
12 417
18 487, 497
19 504
39 604, 603, 591,
419, 417, 38
61 604, 591
61(ב) 603

[חוק ה]חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970
7(ג) 504
9 507
[חוק] יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973
399, 417, 585,
311, 328, 376,
133, 135, 189,
115, 116, 123,
60
1 409
2 502, 512, 644,
409
2(ב) 416
2(ד) 502
5 336, 511, 638,
133
5(א) 637
5(א) (2) 639, 638
6(ג) 637
6(ד) 637, 638
8 449, 637, 640
8 (3) 633, 640
8 (4) 640
13(ב) 310
[חוק] יחסי ממון בין בני זוג (תיקון מס' 2), התש"ן-1990
638, 640
[חוק ה]ירושה, תשכ"ה-1965
50, 60
55 115, 311
[חוק ה]כשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962
310, 399, 425,
60
14 143
20 426
25 69, 143, 601
[חוק ה]מיטלטלין, תשל"א-1971
86, 576, 588
10(א) 583
[חוק ה]מכר, תשכ"ח-1968
6 603
[חוק ה]מקרקעין, תשכ"ט-1969
588, 591, 603,
86, 108, 576
8 417
9 590
10 590
14 589, 604
37(א) 580, 583
37(ב) 583
40(ב) 592
43 583
44 604, 606
[חוק] מרשם אוכלוסין, תשכ"ה-1965
50
[חוק ה]מתנה, תשכ"ה-1965
84
[חוק ה]נוער (טיפול והשגחה), תש"ך-1960
310
[פקודת ה]נזיקין (נוסח חדש)
589
63 316
[פקודת ה]נישואין והגירושין (רישום)
310, 369, 379,
46, 49, 50
[חוק ה]סעד (סדרי דין בענייני קטינים, חולי נפש ונעדרים), תשט"ו-1955
190, 310
[חוק] עבודת נשים, תשי"ד-1954
7 129
[חוק] עבודת נשים (תיקון מספר 7), התשמ"ו-1986
129
[פקודת ה]עדה הדתית (המרה)
310
[פקודת ה]עדות הדתיות (ארגונן)
3
[חוק ה]עונשין, תשל"ז-1977
64, 314
176 122, 311
179 52, 57, 318, 331,
45
181 122
316 122
345 122
[חוק] עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979
589, 644
1 646

[חוק] פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963
7 129

[חוק] שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951
399, 344, 334,
332, 310, 123,
118, 88, 84, 76,
72, 70, 60
3(א) 143
3(ב) 601

[חוק] שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988
22 129
23 129

[חוק] שיפוט בעניני התרת נישואין (מקרים מיוחדים), תשכ"ט-1969
310, 81, 5
5 104

[חוק] שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953
402, 369, 341,
171, 62, 20, 3
1 540, 67, 48
2 77, 48
3 403, 91, 89, 67,
34, 29, 23, 21, 3
4 121, 31, 25, 23,
21, 3
6 346, 318, 304,
296, 295, 76, 53

[חוק] שירות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תש"ל-1970
58(א) 639

[חוק] שירות הקבע בצבא הגנה לישראל [נוסח משולב], התשמ"ה-1985
62 639

[חוק ה]שמות, תשט"ז-1956
310

[חוק יסוד: ה]שפיטה
15(ג) 178, 98, 76, 35
15(ד)(1) 3
15(ד)(4) 301, 178, 92, 76,
62, 48, 5

[חוק ל]תיקון דיני המשפחה (מזונות), תשי"ט-1959
60
2 334
2א 334
3 137
3א 348, 335, 139
3(ב) 310
4 141
5 141
7 139

[חוק ה]תכנון והבניה, תשכ"ה-1965
589

תקנות

[תקנות] בריאות העם (בנק הזרע), תשל"ט-1979
74 ,115

[תקנות] בריאות העם (הפריה חוץ-גופית), התשמ"ז-1987
74 ,115

[תקנות] מס ערך מוסף, תשל"ו-1976
21א(א) 638

[תקנות] סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984
190

[תקנות] סדרי הדין (אישור הסכם ממון בין בני זוג), תשל"ד-1974
3 420

הצעות חוק

[הצעת חוק] הזדמנות שווה בתעסוקה (תיקון), התשמ"ז-1986
129

[הצעת חוק] יחסי ממון בין בני זוג, התשמ"ז-1987
133

מפתח הפסיקה

(ההפניה היא לפסקה)

פסיקה ישראלית

פסקי דין מנדטוריים (לפי שמות הצדדים)

ע"א 38/47 דיין נ. בית־הדין הרבני, (1947) 2 אל"ר 588 95

ע"א 108/45 רפאלי נ. עוזר יו"ר ההוצל"פ, (1946) 1 אל"ר 44 95

פסקי דין של בית־המשפט העליון (לפי שמות הצדדים)

בי"מ 1/62 אבו אנג'לה נ. פקיד הרישום, פ"ד יז 2751 3

בג"צ 111/63 אבו חורש נ. בית־הדין השרעי, פ"ד יח (1) 589 12

ע"א 486/87 אבידור נ. אבידור, פ"ד מב (3) 449 411 ,420

ע"א 699/76 אבימור נ. אבימור, פ"ד לב (3) 281 70 ,487 ,503 ,504

בג"צ 672/84 אברבוך נ. אברבוך, פ"ד לט (1) 57 601

ע"א 109/75 אברהם נ. אברהם, פ"ד כט (2) 690 442 ,451

ע"א 55/79 אגודת הכורמים הקואופרטיבית בע"מ נ. מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, חדרה, פ"ד לד (3) 197 349

ע"א 175/81 אדמיר פיתוח ואדריכלות בע"מ נ. קלו, פ"ד לח (4) 293 604 ,609 ,613 ,614

ד"נ 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ. הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב (1) 221 644 ,645 ,646

ע"א 291/85 אואליד נ. אואליד, פ"ד מב (1) 215 420

בג"צ 606/78 אויב נ. שר הבטחון, פ"ד לג (2) 113 372

ע"א 123/80 אוירבוך נ. ברובניק, פ"ד לו (3) 431 609

ע"א 757/70 אורבוך נ. אורבוך, פ"ד כה (2) 104 70 ,85 ,442 ,443 ,487

ע"א 2/77 אזוגי נ. אזוגי, פ"ד לג (3) 1 70 ,118 ,133 ,634

בג"צ 426/87 איזמן נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, פ"ד מב (1) 105 27

ע"א 352/84 איזסק נ. איזסק, פ"ד לט (1) 186 184 ,545 ,546 ,548 ,552

בג"צ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ. שר הפנים, פ"ד כו (2) 33 312

ע"א 719/78 אילית בע"מ נ. אלקו בע"מ, פ"ד לד (4) 673 488 ,490 ,491

ע"א 9/65 אלג'ם נ. אלג'ם, פ"ד יט (2) 257 8 ,10 ,27
ע"א 107/87 אלון נ. מנדלסון, פ"ד מג (1) 431 311
בג"צ 852/86 אלוני נ. שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1 35 ,97 ,352
בג"צ 11/58 אלטהאוז נ. גרובנר, פ"ד יב 486 601
ע"א 202/70 אליהו נ. יחזקאלי, פ"ד כה (2) 425 15 ,533
ע"א 456/70 אלכסנדר נ. אלכסנדר, פ"ד כו (1) 735 22
ע"א 9/75 אל עוקבי נ. מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד כט (2) 477 18
בר"ע 100/68 אל-על נ. אל-על, פ"ד כב (2) 925 12 ,17
ע"א 86/63 אל צפדי נ. בנימין, פ"ד יז 1419 4
ע"א 162/72 אמזלג נ. אמזלג, פ"ד כד (1) 582 458, 495, 498, 507, 457
ע"א 613/78 אניס נ. פוירשטיין, פ"ד לד (1) 32 606
בג"צ 32/62 [ה]אפוטרופוס לנכסי נפקדים נ. בית-הדין השרעי לאיזור עכו, פ"ד טז 1942 39 ,50 ,98
ע"א 595/69 אפטה נ. אפטה, פ"ד כה (1) 561 131ג, 310, 338, 590, 131ב, 115
ע"א 472/83 אריאלי נ. אריאלי, פ"ד מא (3) 200 86, 577, 611, 613, 614, 3
ע"א 443/81 ארשייד (סלייח) נ. סלייח, פ"ד לו (4) 1 601
ר"ע 236/84 אשתר נ. נפתלי, פ"ד לח (2) 665 533
ע"א 550/72 באומל נ. פקיד השומה, חיפה, פ"ד כח (1) 650 632 ,633
ע"א 37/80 באומן נ. נתן, פ"ד לח (4) 320 131ג
ע"א 283/72 בוארון נ. בית-הדין הרבני, פ"ד כו (2) 727 3 ,72
ע"א 113/77 בוימגולד נ. בוימגולד, פ"ד לא (3) 164 141
בג"צ 36/77 בולשטיין נ. בולשטיין, פ"ד לא (2) 536 3 ,601
בג"צ 630/77 בולשטיין נ. בולשטיין, פ"ד לב (1) 378 601
ד"נ 10/69 בורונובסקי נ. הרבנים הראשיים לישראל, פ"ד כה (1) 7 52, 68, 97, 157, 318, 39 ,45
בג"צ 494/72 בורוקובסקי נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד כז (1) 697 98
בג"צ 7/83 ביארס נ. בית-הדין הרבני, פ"ד לח (1) 673 39, 50, 69, 76, 98, 178, 35
ע"א 91/77 ביקסר נ. עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בע"מ, פ"ד לב (1) 73 576
ע"א 135/80 בכור נ. בכור, פ"ד לו (2) 358 9
ע"א 173/69 בכר נ. בכר-גולדברג, פ"ד כג (1) 665 18 ,43 ,80 ,521
בג"צ 295/72 בכר נ. בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד כז (1) 568 39 ,46 ,50 ,98
בג"צ 836/86 בכר נ. גייל, פ"ד מא (3) 701 3
ע"א 313/59 בלבן נ. בלבן, פ"ד יד 285 116, 123
ע"א 208/64 בלגור נ. אריאלי, פ"ד יח (4) 189 85 ,442
ע"א 45/49 בלוך נ. מילר, פ"ד ד 325 632
ע"א 811/80 בלום נ. שטרן, פ"ד לה (3) 757 9
ע"א 470/68 בלטשטיין נ. בלטשטיין, פ"ד כב (2) 976 12 ,17 ,18
ע"א 40/74 בן אשר נ. בן אשר, פ"ד כח (1) 671 586 ,604 ,606
בר"ע 63/71 בן גיגי נ. בן גיגי, פ"ד כה (1) 729 14 ,15

ע"א 507/61 בן חיים נ. רזניק, פ"ד טז 925 137
ע"א 384/85 בן יאיר נ. בן יאיר, פ"ד לט (4) 775 26, 32
ע"א 617/78 בן יחזקאל נ. בן יחזקאל, פ"ד לג (1) 693 8, 26, 27, 30
ע"א 174/74 בנין נ. בנין, פ"ד כט (2) 46 9
ע"א 776/87 בן נון נ. בן נון, פ"ד מב (3) 86 141
ע"א 275/72 בן נעים נ. בן נעים, פ"ד כו (2) 818 7
ע"א 760/77 בן עמי נ. בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג (3) 567 645
בג"צ 669/82 בן צבי נ. בית הדין האיזורי, חיפה, פ"ד לח (2) 716 6, 9
בג"צ 113/84 בנקובסקי נ. בית הדין הרבני האיזורי, פ"ד לט (3) 365 177
ע"א 122/83 בסיליאן נ. בסיליאן, פ"ד מ (1) 287 131ג, 131א, 131
ע"א 403/73 בצלאל נ. סימן טוב, פ"ד כט (1) 41 589
ע"א 51/81 בראור נ. בראור, פ"ד לה (4) 231 457, 458, 459, 480, 482, 411, 454
ע"א 716/75 בר־אור נ. בר־אור, פ"ד ל (2) 253 480, 484, 485
ע"א 135/68 בראלי נ. מנהל מס עזבון, פ"ד כג (1) 393 123, 310, 338
ע"א 300/64 ברגר נ. מנהל מס עזבון, פ"ד יט (2) 240 123
ע"א 393/58 ברוינר נ. לברון, פ"ד יד 169 609
ע"א 316/65 ברוק נ. ברוק, פ"ד כ (2) 6 27, 442
ע"א 863/80 ברורמן נ. ברורמן, פ"ד לה (3) 729 25, 32
בג"צ 428/86 ברזילי נ. ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505 352
ע"א 410/80 ברזני נ. ברזני, פ"ד לה (2) 317 544, 545, 546, 548, 552, 184
ע"א 14/75 ברטל נ. ברטל, פ"ד כט (1) 810 26, 90
המ' 421/76 בר יואב נ. בר יואב, פ"ד לא (1) 263 586
בג"צ 184/54 ברייה נ. קאדי בית־הדין השרעי המוסלמי, עכו, פ"ד ט 1193 39, 50, 61, 68, 98
ע"א 253/65 בריקר נ. בריקר, פ"ד כ (1) 589 70, 123, 590
בר"ע 19/74 בר לוי נ. בר לוי, פ"ד כח (1) 726 544, 546, 590
ע"א 155/83 ברמן נ. ברמן, פ"ד לח (2) 231 34, 37, 91, 92, 540
ע"א 724/83 בר נתן נ. בר נתן, פ"ד לט (3) 551 131א, 132, 636
בג"צ 304/83 ברק נ. בית־הדין השרעי, יפו, פ"ד מא (2) 745 4
ע"א 573/82 ברק נ. ברק, פ"ד לח (4) 626 471, 495
ע"א 237/80 ברששת נ. האשאש, פ"ד לו (1) 281 626, 651
ע"א 159/68 גבאי נ. גבאי, פ"ד כב (2) 451 11, 12, 17
בג"צ 91/74 גבארה נ. בית־המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו, פ"ד כח (2) 518 39
ע"א 118/80 גבעולי נ. גבעולי, פ"ד לד (4) 155 25, 29, 32
ע"א 224/80 גדסי נ. גדסי, פ"ד לו (2) 645 131א, 131ב, 131א, 131
בג"צ 816/80 גוטהלף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד לה (3) 561 39, 50, 98
ע"א 246/81 גוטהלף נ. גוטהלף, פ"ד לו (4) 673 8, 9, 23, 25, 30, 31, 83
בג"צ 644/79 גוטמן נ. בית־הדין הרבני, פ"ד לד (1) 443 8, 30
ע"א 310/54 גולד נ. גולד, פ"ד ט 1465 458
ע"א 782/80 גולדברג נ. גולדברג, פ"ד מ (1) 287 131א, 131

ע"א 8/59	גולדמן נ. גולדמן, פ"ד יג 1085	578, 540, 72, 64, 37, 27, 21
ע"א 84/81	גולדפרב נ. גולדפרב, פ"ד לו (3) 253	9, 6
ע"א 515/83	גולדפרב נ. גולדפרב, פ"ד לח (3) 667	38
בג"צ 330/72	גולדשטיין נ. גולדשטיין, פ"ד כו (2) 634	601
בג"צ 421/81	גולן נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו (לא פורסם)	97, 94, 89, 55
בג"צ 185/72	גור נ. בין־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד כו (2) 765	487, 123, 116, 88, 72, 71, 70, 64
בג"צ 155/65	גורוביץ נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פ"ד יט (4) 16	599, 544
בג"צ 80/63	גורפינקל וחקלאי נ. שר הפנים, פ"ד יז 2048	562, 376, 371, 351, 323, 194, 174, 51, 48
ע"א 672/83	גינזבורג נ. גינזבורג, פ"ד לח (2) 637	528, 295
בג"צ 359/66	גיתייה נ. הרבנות הראשית, פ"ד כב (1) 290	155, 46, 42
ע"א 44/84	גלבוע נ. גלבוע, פ"ד מא (1) 174	636, 132, 131ב
ע"א 210/82	גלבר נ. גלבר, פ"ד לח (2) 14	458, 454, 142, 139, 137
ע"א 177/81	גלעדי נ. גלעדי, פ"ד לו (3) 179	484, 483, 482, 480, 83
ע"א 167/63	ג'ראח נ. ג'ראח, פ"ד יז 2617	480, 18, 16, 12, 9
ע"א 466/82	גרובשטיין נ. גרובשטיין, פ"ד לו (4) 157	137
ע"א 70/52	גרוסמן נ. רוט, פ"ד ו 1242	626
ע"א 457/61	גרין נ. גרין, פ"ד טז 318	70, 487, 494
ע"א 277/81	גרינהאוז נ. גרינהאוז, פ"ד לו (3) 197	242, 17, 15, 12
ע"א 289/82	דאובה נ. דאובה, פ"ד לו (4) 625	454
ע"א 142/58	דדה נ. קליין, פ"ד יב 2321	638
ע"א 527/72	דוידסון נ. דוידסון, פ"ד כז (2) 20	454
ע"א 184/75	דויטש נ. דויטש, פ"ד כט (2) 525	27, 7
בג"צ 390/79	דויקאת נ. ממשלת ישראל, פ"ד לד (1) 1	352
ע"א 198/82	דותן נ. דותן, פ"ד לח (1) 1	26
ע"א 511/78	דלהרוזה נ. דלהרוזה, פ"ד לג (1) 449	484, 482, 480
ע"א 393/83	דלי נ. דלי, פ"ד לח (3) 613	137
ע"א 8/66	דנה נ. דנה, פ"ד כ (3) 110	529
ע"א 264/77	דרור נ. דרור, פ"ד לב (1) 829	115
בג"צ 86/55	דרעי נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ט 1938	601
בג"צ 661/77	הבר נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב (3) 324	30, 8
ע"א 469/84	הדרי נ. שני, פ"ד לט (3) 197	137
ע"א 59/53	הויזמן נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ז 1142	480, 9
ע"א 64/70	הינדי נ. הינדי, פ"ד כד (2) 451	12
ע"א 231/66	הכרי נ. הכרי, פ"ד כ (2) 685	443, 442, 85
ע"א 539/88	הלל נ. הלל, פ"ד מג (1) 371	141, 138
ע"א 275/73	הראובני נ. טלבר, פ"ד כט (1) 533	15
ע"א 68/83	הרמן נ. הרמן, פ"ד לז (4) 414	10, 8
ע"א 104/54	הרניק נ. הרניק, פ"ד ח 995	22
בג"צ 264/87	התאחדות הספרדים שומרי תורה — תנועת ש"ס	

	נ. מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מג (2) 723	372
ר"ע 184/85	וועקנין נ. וועקנין (לא פורסם)	8 ,35 ,121
ע"א 159/82	ויז'נסקי נ. רידר, פ"ד לו (4) 757	6 ,9
בג"צ 114/86	וייל נ. מדינת ישראל, פ"ד מא (3) 477	589
ע"א 115/73	וייס נ. וייס, פ"ד כט (1) 48	85 ,442 ,443 ,530 ,531
בג"צ 323/81	וילוז'ני נ. בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 733	61 ,62 ,68 ,74 ,84 ,273 ,609
ע"א 452/82	וילנר נ. גולני, פ"ד מב (1) 49	611, 615
בג"צ 635/82	וינברג נ. בית־הדין הרבני האיזורי, פ"ד לז (4) 253	4 ,30 ,34 ,578
ביד"מ 1/60	וינטר נ. בארי, פ"ד טו 1457	9 ,22 ,27 ,29 ,480
ע"א 501/64	וינשטוק נ. וינשטוק, פ"ד יט (1) 533	6 ,22 ,23 ,27 ,37
ע"א 552/87	ורד נ. ורד, פ"ד מב (3) 599	138
ע"א 805/82	ורסנו נ. כהן, פ"ד לז (1) 529	58 ,115 ,311 ,313
ע"א 810/82	זול בו בע"מ נ. זיידה, פ"ד לז (4) 377	589 ,603 ,604
ע"א 579/83	זוננשטיין נ. אחים גבסו בע"מ קבלני בניין, פ"ד מב (2) 278	25 ,38 ,96 ,418 ,603
ע"א 279/68	זילברפניג נ. זילברפניג, פ"ד כב (2) 953	25 ,26
ע"א 285/75	זינגר נ. קימלמן, פ"ד ל (1) 804	418
ע"א 384/88	זיסרמן נ. זיסרמן, פ"ד מג (3) 205	70 ,72 ,84 ,115
בג"צ 73/66	זמולון נ. שר הפנים, פ"ד כ (4) 645	345, 353, 355, 375, 79 ,312 ,313
ע"א 22/70	זעירא נ. זעירא, פ"ד כד (1) 475	25 ,26 ,29
בג"צ 573/77	ז"ק נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב, פ"ד לב (1) 281	79
בג"צ 195/64	[ה]חברה הדרומית בע"מ ומרבק בע"מ נ. מועצת הרבנות הראשית, פ"ד יח (2) 324	155
ע"א 338/73	חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ נ. כהן, פ"ד כט (1) 365	603
בג"צ 53/73	חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים, פ"ד ז 871	298 ,589
ר"ע 406/85	חגי נ. חגי (לא פורסם)	598
ר"ע 421/85	חדד נ. חדד (לא פורסם)	133
ע"א 274/79	חורי נ. כנען, פ"ד לה (3) 337	576
ע"א 756/77	חטב נ. חטב, פ"ד לב (2) 470	137 ,458 ,459
ע"א 609/74	חי נ. חי, פ"ד ל (3) 480	530 ,531
ע"א 353/65	חכם נ. חכם, פ"ד כ (2) 199	530, 531, 537, 551, 12 ,529
ע"א 47/78	חלקה 3 בגוש 6541 בע"מ נ. אפרים, פ"ד לב (3) 723	583
ע"א 410/85	חמד נ. חמד, פ"ד מ (1) 110	39
ע"א 544/82	חממי נ. חממי, פ"ד לח (3) 605	38 ,451 ,454
ע"א 731/72	חן כליפא נ. חן כליפא, פ"ד כח (1) 611	544
ע"א 510/82	חסן נ. פלדמן, פ"ד לז (3) 1	576
ע"א 199/77	חריר נ. חריר, פ"ד לב (1) 458	137

ע"א 514/76 חשש נ. דמארי, פ"ד לא (2) 505 70 ,576
ע"א 171/83 טאובמן נ. טאובמן, פ"ד לט (4) 707 598 ,613
ע"א 27/77 טובי נ. רפאלי, פ"ד לא (3) 561 533 ,576
ע"א 419/84 טוכמינץ נ. כרמל (טוכמינץ), פ"ד לט (1) 287 411
ע"א 79/80 (טל ניר) וילנר נ. טל ניר, פ"ד לו (3) 162 614
ע"א 534/73 טננהולץ נ. כהן, פ"ד כח (2) 490 9
ע"א 373/72 טפר נ. מדינת ישראל, פ"ד כח (2) 7 49 ,367 ,371
ע"א 563/65 יגר נ. פלביץ, פ"ד כ (3) 244 58 ,115 ,311 ,313
ע"א 359/75 יהלומי נ. יהלומי, פ"ד לא (2) 25 8 ,27 ,30
ע"א 144/79 יוטבין, מהנדסים וקבלנים בע"מ נ. מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 344 606
ד"נ 23/69 יוסף נ. יוסף, פ"ד כד (1) 792 24 ,42 ,157 ,302 ,528
ע"א 63/69 יוסף נ. יוסף, פ"ד כג (1) 804 302
ע"א 577/83 [ה]יועץ המשפטי לממשלה נ. אברהם, פ"ד כב (1) 29 53 ,148 ,171 ,172 ,295
ע"א 501/81 [ה]יועץ המשפטי לממשלה נ. פלונית, פ"ד לה (4) 430 317
ע"א 577/83 [ה]יועץ המשפטי לממשלה נ. פלונית, לח (1) 461 69
ע"א 79/83 [ה]יועץ המשפטי לממשלה נ. שוקרן, פ"ד לט (2) 690 311
ע"א 437/67 יורשי המנוחה אלטשולר נ. בניינים ברחוב אלנבי בתל־אביב בע"מ, פ"ד כו (2) 693 533
בג"צ 268/80 ינסן זוהר נ. זוהר, פ"ד לה (1) 1 601
ע"א 254/76 ינקוביץ נ. ינקוביץ, פ"ד לא (3) 169 334
ע"א 756/85 יעקב נ. יעקב, פ"ד מ (2) 637 7 ,35
ע"א 378/80 יצהר נ. יצהר, פ"ד לה (1) 328 528
ע"א 132/62 ירחמילוב נ. מרמור, פ"ד טז 1520 137
ע"א 827/76 ישראל נ. בנק הפועלים, פ"ד לב (1) 153 645
ע"א 185/66 כברה נ. כברה, פ"ד כ (4) 864 87 ,540
בג"צ 275/71 כהן נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב, פ"ד כו (1) 227 48 ,50 ,66 ,376
בג"צ 51/80 כהן נ. בית־הדין הרבני האיזורי, רחובות, פ"ד לה (3) 8 79
ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4 39 ,40 ,41 ,79 ,301
ע"א 640/82 כהן נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לט (1) 637 312 ,376 ,409 ,411, 115 ,311
ע"א 700/83 כהן נ. הרשקוביץ, חברה לבניין בע"מ, פ"ד לט (4) 471 489 ,490
בג"צ 49/57 כהן נ. כהן, פ"ד יא 1195 37 ,87 ,92 ,540
ע"א 451/62 כהן נ. כהן, פ"ד יז 1605 85 ,442 ,443
ע"א 61/71 כהן נ. כהן, פ"ד כה (2) 327 116 ,123
ע"א 294/80 כהן נ. כהן, פ"ד לד (4) 355 531
ד"נ 37/80 כהן נ. מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 371 122 ,212
ע"פ 91/80 כהן נ. מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281 122 ,212

ע"א 571/69 כהנא נ. כהנא, פ"ד כד (2) 549 368, 340, 172, 80, 49, 12, 18

ע"א 332/68 כהנוביץ נ. קולמן, פ"ד כב (2) 863 606

בג"צ 3/73 כהנוף נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, פ"ד כט (1) 449 340, 172, 111, 80, 79, 24

רע"א 9/87 כונס הנכסים הרשמי נ. בנק הפועלים בע"מ, פ"ד מא (2) 275 638

ע"א 815/81 כליפא נ. שאול, פ"ד לו (3) 78 603

בג"צ 221/86 כנפי נ. בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (1) 469 68

ע"א 573/81 כסיף נ. כסיף, פ"ד לו (2) 294 564, 552, 548, 546, 544, 187, 184

בג"צ 14/86 לאור נ. המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא (1) 421 589, 298

בג"צ 10/59 לוי נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב, פ"ד יג 1182 98, 76, 50, 39, 35

ד"נ 13/84 לוי נ. יו"ר ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד מא (4) 291 313, 312

ע"א 322/64 לוי נ. לוי, פ"ד יח (4) 577 16, 12, 9

ענמ"ש 1/82 לוי נ. מנהל בתי המשפט, פ"ד לו (4) 123 312

בג"צ 153/83 לוי נ. מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח (2) 393 589, 298

ע"א 87/49 לוין נ. לוין, פ"ד ה 921 529

ע"א 336/68 לויץ נ. לויץ, פ"ד כב (2) 944 446, 9

בג"צ 40/63 לורינץ נ. יו"ר ההוצל"פ, חיפה, פ"ד יז 1709 601

ע"א 736/85 לזר נ. לזר, פ"ד לט (4) 668 608, 586, 578

ע"א 630/79 ליברמן נ. ליברמן, פ"ד לה (4) 359 252

בר"ע 258/81 ליפשיץ נ. ליפשיץ, פ"ד לז (3) 645 565, 563, 548, 546, 544, 187, 185, 184

ע"א 328/72 לנגל נ. לנגל, פ"ד כז (2) 470 544

בג"צ 76/71 לנדרר נ. לנדרר, פ"ד כה (2) 258 601

ע"א 391/80 לסרסון נ. שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 237 603

ע"א 181/71 לריאה נ. לריאה, פ"ד כה (2) 757 33, 26, 25

ע"א 287/78 לרר נ. קורבר, פ"ד לד (1) 294 446, 9

ע"א 120/62 מאירוביץ נ. מאירוביץ, פ"ד טז 2514 90, 26, 25

ע"א 476/80 מאירוביץ נ. מאירוביץ, פ"ד לה (3) 548 444

ע"א 552/83 מבורך נ. טייב, פ"ד לח (1) 526 484, 480

בג"צ 386/78 מגנזי נ. מגנזי, פ"ד לב (3) 287 601

ע"א 370/87 מדג'ר נ. מדג'ר (טרם פורסם) 131א

ע"א 77/67 מדינת ישראל נ. דהאן, פ"ד כא (2) 128 626

ע"א 384/61 מדינת ישראל נ. פסלר, פ"ד טז 102 311, 115, 58

ע"פ 536/79 מדינת ישראל נ. קדוש, פ"ד לד (2) 552 349

ע"א 140/56 מוגרבי נ. ורדימון, פ"ד יא 1242 15

ע"א 15/64 מוזס נ. מוזס, פ"ד יח (3) 141 480, 16, 12, 9, 7, 6

ע"א 749/82 מוטסון נ. וידרמן, פ"ד מג (1) 278 311, 115

ע"א 4/80 מונק נ. מונק, פ"ד לו (3) 421 644, 502, 442, 417, 409, 411, 412—414

בר"ע 19/66 [ה]מועצה המקומית אשדוד נ. יו"ר ועדת השומה שליד מועצת אשדוד, פ"ד כ (2) 670 39

בג"צ 181/81 מור נ. בית־הדין הרבני האיזורי, חיפה, פ"ד לז (3) 94 178, 69, 39, 28

בג"צ 866/78 מורד נ. ממשלת ישראל, פ"ד לד (2) 657 3

ע"א 687/83 מזור נ. מזור, פ"ד לח (3) 29 528, 137

בג"צ 238/75 מזרחי נ. בית־הדין השרעי, נצרת, פ"ד ל (1) 377 4

ע"א 425/63 מזרחי נ. מזרחי, פ"ד יח (1) 325 530, 185, 30, 12, 8, 7, 6

ע"פ 596/73 מחאמיד נ. מדינת ישראל, פ"ד כח (1) 773 315

בג"צ 688/81 מיגדה בע"מ נ. שר הבריאות, פ"ד לו (4) 85 606

ע"א 340/85 מיזרוק נ. מיזרוק, פ"ד מ (1) 463 599

ע"א 806/86 מילנר נ. מילנר, פ"ד מב (3) 414 479

בג"צ 221/83 מילפלדר נ. בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 210 68

ע"א 127/83 מילר נ. ברקוביץ, פ"ד ל"ד (4) 219 528, 295

ע"א 256/65 מילר נ. מילר, פ"ד יט (3) 171 537, 531, 530, 529, 525, 524

בג"צ 230/86 מילר נ. שר הפנים, פ"ד מ (4) 436 50

ע"א 82/64 מלמד נ. מלמד, פ"ד יח (4) 367 609

ע"א 307/85 מנהל מס שבח מקרקעין תל־אביב נ. זמר, פ"ד מא (4) 826 576

ע"א 156/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ. שרבט, פ"ד לז (4) 443 634

ע"א 87/85 מנחם נ. מנחם, פ"ד מא (2) 785 131ג, 131ב, 131א

ע"א 105/83 מנשה נ. מנשה, לח (4) 635 508, 507, 504, 487, 459, 70

ע"א 686/85 מערבי נ. מערבי, פ"ד מ (2) 631 131ג

ע"א 634/61 מקיטן נ. מקיטן, פ"ד טז 945 529, 12

ע"א 54/61 מקיטן נ. מקיטן, פ"ד יט (2) 651 533, 109, 37, 17, 12

ע"א 288/71 מרדכי נ. מרדכי, פ"ד כו (1) 393 612, 586, 583

ע"א 401/66 מרום נ. מרום, פ"ד כא (1) 673 521, 446, 437, 70

ר"ע 261/86 מרידור נ. מרידור, פ"ד מ (2) 307 31

בג"צ 23/76 נאווי נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד ל (2) 514 30, 8

בג"צ 292/83 נאמני הר הבית, עמותה נ. מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח (2) 449 589, 298

בג"צ 128/72 נאצר נ. בית־הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כו (2) 403 69, 39

ע"א 146/81 נאשף נ. נאשף, פ"ד לח (3) 309 489

בית"מ 1/81 נגר נ. נגר, פ"ד לח (1) 365 225, 178, 143, 76, 69, 39, 28, 9

ע"א 798/82 נוני נ. נוני, פ"ד מ (3) 744 532, 528, 368, 295, 172, 53, 30

בג"צ 727/85 נוצר נ. בית־הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא (2) 589
ד"נ 17/75 נחול נ. לוי, פ"ד ל (2) 113
ע"א 680/82 נחום נ. נחום, פ"ד לז (4) 667
ע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת־עשרה, פ"ד לט (2) 225
ע"א 458/79 ניר נ. ניר, פ"ד לה (1) 518
בג"צ 254/81 נעים נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד לו (2) 205
בג"צ 578/82 נעים נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד לז (2) 701
ע"א 357/80 נעים נ. ברדה, פ"ד לו (3) 762
ע"א 490/77 נציה נ. נציה, פ"ד לב (2) 621
ע"א 508/70 נתוביץ נ. נתוביץ, פ"ד כה (1) 603
ע"א 403/80 סאסי נ. קיקאון, פ"ד לו (1) 762
ע"א 560/66 סבירסקי נ. פקיד השומה תל־אביב 1, פ"ד כא (1) 533
ע"א 192/82 סדן נ. סדן, פ"ד לו (4) 169
ע"א 807/77 סובול נ. גולדמן, פ"ד לג (1) 789
ע"א 174/83 סוחר נ. סוחר, פ"ד לח (2) 77
ע"א 245/81 סולטאן נ. סולטאן, פ"ד לח (3) 169
בג"צ 706/80 סופר נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב־יפו, פ"ד לה (3) 13
ע"א 278/56 סופרגז חברה להפצת גז בע"מ נ. מזרחי, פ"ד יב 394
בג"צ 202/57 סידיס נ. הנשיא וחברי בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528
בית"מ 1/50 סידיס נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ח 1020
ע"א 211/47 סיידוף נ. סיידוף, פ"ד ב 555
ר"ע 627/85 סינה נ. סינה, פ"ד מ (1) 101
ע"א 145/65 סיני נ. מנהל העזבון הזמני של סיני, פ"ד יט (4) 403
בג"צ 953/87 סיעת העבודה בעירית תל־אביב נ. מועצת עירית תל־אביב, פ"ד מ (2) 309
בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ. יו"ר הכנסת, פ"ד לט (3) 141
ע"א 95/55 סלומון נ. אדלר, פ"ד ט 1905
ע"א 664/82 סלומון נ. סלומון, פ"ד לח (4) 365
ע"א 89/63 סלונימסקי נ. "מזור" מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ, פ"ד יז 1471
בג"צ 71/80 סלייח נ. ארשייד, פ"ד לה (1) 100
ע"א 449/79 סלמה נ. סלמה, פ"ד לד (2) 779
בג"צ 63/74 סעוד נ. בית המשפט המחוזי, תל־אביב־יפו, פ"ד כח (2) 37
ע"א 17/81 סער נ. סער, פ"ד לו (3) 207

576
426
549, 546, 544, 184, 101
589, 298
552, 544
540, 97, 95, 87, 37
95
651, 626
421, 411
458, 451, 442
490, 489, 488
633
570, 553, 550, 548, 546, 545, 544, 184
90, 68, 39
92, 87
316
109, 108, 88, 10
645
123, 118, 98, 76, 71, 68, 61, 39, 35
540, 353, 116, 87, 71
523
29
590
310, 118
68
626
528, 295, 53
596, 589, 533
601, 451
115, 74
39
460, 459, 458, 457

בג"צ 148/79 סער נ. שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד (2) 169 589, 298
ע"א 404/84 סעתי נ. סעתי, פ"ד מא (2) 477 502
בג"צ 642/82 ספדי נ. בית־הדין הדרוזי, פ"ד לו (3) 381 37
ע"א 13/78 ספורטה נ. ספורטה, פ"ד לב (2) 709 334
ע"א 614/84 ספיר נ. אשד, פ"ד מא (2) 225 426
ע"א 191/51 סקורניק נ. סקורניק, פ"ד ח 141 377, 359, 193, 171, 169, 80, 43
ע"א 745/87 סריוטי נ. סריוטי, פ"ד מב (4) 878 568, 188
ע"א 151/60 עבדאן נ. עבדאן, פ"ד יד 1828 529
ע"א 404/70 עברון נ. עברון, פ"ד כה (1) 373 453
ע"א 605/71 עואד נ. סעיד, פ"ד כו (2) 207 596, 533
ע"א 295/81 עזבון המנוח גבריאל נ. גבריאל, פ"ד לו (4) 533 651
ע"א 64/65 עזבון המנוח משיח נ. משיח, פ"ד כ (1) 126 609
ע"א 773/81 עזבון המנוח פריליך נ. מדינת ישראל, פ"ד לו (4) 816 651
ע"א 437/67 עזבון המנוח ראוטנשטיין נ. לביא, פ"ד כב (1) 552 533
ע"א 239/85 עמיצור נ. עמיצור, פ"ד מ (1) 147 528, 137
ע"א 718/75 עמרם נ. סקובניק פ"ד לא (1) 29 72
בג"צ 566/81 עמרני נ. בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד לז (2) 1 603, 446, 98, 96, 76, 38, 35, 34, 27
בג"צ 44/86 ענף האיטליזים של מחוז ירושלים נ. מועצת הרבנות הראשית, פ"ד מ (4) 1 155
עמ"ה 240/73 "פאר" שירותי פרסום ויחסי ציבור בע"מ נ. פקיד השומה תל־אביב 1, פד"א ז 185 632
ע"א 493/85 פדידה (ואן דאלן) נ. פדידה, פ"ד לט (3) 578 601
בג"צ 371/67 פוגל נ. הרב לוינגר, פ"ד כב (1) 344 97
בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ. שר הפנים, פ"ד יז 225 378, 377, 176, 103, 81, 59, 50, 49, 43, 39
בג"צ 953/87 פורז נ. ראש עירית תל־אביב, פ"ד מב (2) 309 352, 155, 49
ע"א 591/81 פורטוגז נ. פורטוגז, פ"ד לו (3) 449 142, 139, 137
ע"א 592/83 פורר נ. פורר, פ"ד לח (3) 561 341, 340, 103, 80, 79, 43, 18, 12
ע"א 700/81 פז נ. פז, פ"ד לח (2) 736 603, 96, 38, 25
בג"צ 207/88 פ'חראלדין נ. בית־הדין הדתי הדרוזי לערעורים, פ"ד מג (3) 760 37
ע"א 438/78 פטריץ נ. פטריץ, פ"ד לג (1) 145 7, 6
ע"א 363/81 פייגה נ. פייגה, פ"ד לו (3) 187 484, 480
ע"א 213/77 פיינברג נ. פיינברג, פ"ד לא (3) 831 32, 26
ע"א 741/82 פיכטנבאום נ. פיכטנבאום, פ"ד לח (3) 22 131ב, 131
ע"א 158/83 פינקל נ. נוימן, פ"ד לח (1) 17 15
בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ. ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118 68
ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ. ציבה־גיגי ל.ט.ד., פ"ד כט (1) 597 645, 632
ע"א 99/63 פלג וארז נ. היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 1122 335, 173
רע"א 275/87 פלד נ. פלד, פ"ד מא (4) 518 26

ע"א 603/65 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד כ (2) 465 15 ,50 ,533
ד"נ 14/66 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד כ (4) 693 50
ע"א 203/72 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד כז (1) 29 9
ע"א 139/75 פלדמן נ. פלדמן, פ"ד ל (1) 263 27
ע"א 447/58 פלוני נ. אלמוני, פ"ד יג 903 73
ע"א 661/75 פלוני נ. פלונית, תקציר יא 18-19 544
ע"א 4/77 פלוני נ. פלונית, פ"ד לג (3) 393 107
ע"א 51/78 פלוני נ. פלונית, פ"ד לג (2) 505 442 ,480 ,482 ,484
בג"צ 444/81 פלוני נ. פלונית, פ"ד לה (4) 658 601
בג"צ 228/64 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד יח (4) 141 67
בג"צ 212/74 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי, באר־שבע, פ"ד כט (2) 433 46 ,50 ,52 ,98
בג"צ 473/85 פלונית נ. בית־הדין הרבני האיזורי בפתח־תקוה, פ"ד לט (4) 558 157 ,177
בג"צ 391/71 פלונית נ. אלמונית, פ"ד כו (1) 85 451 ,601
ע"א 326/73 פלונית נ. אלמוני, פ"ד כח (2) 612 451 ,457
ע"א 222/83 פלונית נ. אלמוני, פ"ד לח (4) 418 137 ,139
ע"א 321/78 פלונית נ. פלוני, פ"ד לג (2) 624 137
ע"א 413/80 פלונית נ. פלוני, פ"ד לה (3) 57 64 ,122
ע"א 560/82 פלונית נ. פלוני, פ"ד לח (3) 743 523 ,530 ,531
ע"א 753/82 פלונית נ. פלוני, פ"ד לז (4) 626 88 ,602 ,609 ,613
בג"צ 181/68 פלורסהיים נ. בית־הדין הרבני, פ"ד כב (2) 723 28
ע"א 614/76 פלמונית נ. אלמוני, פ"ד לא (3) 85 451 ,457 ,458
ע"א 191/57 פנחס נ. פנחס, פ"ד יא 1349 22
ע"א 445/78 פנחס נ. פנחס, פ"ד לד (1) 85 458
ע"א 149/88 פרי נ. פרי, פ"ד מב (3) 289 486
בג"צ 379/80 פריד נ. פריד (לא פורסם) 30
ע"א 682/81 פריד נ. פריד, פ"ד לו (2) 695 39 ,157 ,272
ע"א 641/83 פרידמן נ. פרידמן, פ"ד מ (2) 253 576
בג"צ 52/86 פרידמן נ. משטרת ישראל, פ"ד מ (2) 449 68
בג"צ 637/77 פריזנד נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד לב (2) 485 35 ,76 ,98
ע"א 201/81 פרץ נ. אסולין, פ"ד לז (2) 838 72
ע"א 195/87 פרצ'יק נ. פרצ'יק (לא פורסם) 132 ,636
ע"א 778/77 פרקש נ. פרקש, פ"ד לג (2) 469 43 ,59
ע"א 328/84 צארום נ. צארום, פ"ד לח (4) 136 451 ,454 ,455
ע"א 556/75 צביק נ. צביק, פ"ד לא (1) 7 9 ,446
בג"צ 732/84 צבן נ. השר לענייני דתות, פ"ד מ (4) 141 47 ,62 ,66 ,153 ,157
ע"א 423/79 צברי נ. צברי, פ"ד לה (4) 242 24 ,26 ,27
ע"א 32/81 צונן נ. שטל, פ"ד לז (2) 761 57 ,376
ע"א 72/62 צוקרמן נ. צוקרמן, פ"ד טז 1781 137
ע"א 352/80 צוקרמן נ. צוקרמן, פ"ד לד (4) 689 451 ,601
ע"א 246/59 צור נ. צור, פ"ד יג 1741 27
ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ. מזיאר, פ"ד יז 1319 351
בג"צ 446/85 צלוק נ. צלוק, פ"ד מ (1) 516 601

ע"א 164/71 צפניה נ. צפניה, פ"ד כו (1) 515 — 446, 70, 9
ע"א 84/80 קאסם נ. קאסם, פ"ד לז (3) 60 — 638
בג"צ 405/83 קבלי נ. קבלי, פ"ד לז (4) 705 — 601, 451, 310, 3
ע"א 132/84 קדוש נ. קדוש, פ"ד לח (4) 523 — 295
ר"ע 101/86 קדמאני נ. אבו אלחאג', פ"ד מ (1) 613 — 608
ע"א 255/81 קוט נ. קוט, פ"ד לו (1) 236 — 469—465
ד"נ 4/82 קוט נ. קוט, פ"ד לח (3) 197 — 487, 482, 477—475, 464, 459, 458, 442, 70
ע"א 26/51 קוטיק נ. וולפסון, פ"ד ה 1341 — 83, 41
ר"ע 359/85 קוך נ. קוך, פ"ד לט (3) 421 — 502, 416, 409, 70
ד"נ 13/62 קונה נ. וקסלר, פ"ד יז 1800 — 638, 636, 633
ע"א 610/88 קופלוביץ נ. קופלוביץ, פ"ד מג (1) 834 — 334
ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ. פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70 — 349, 342
בג"צ 29/71 קידר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, תל־אביב־יפו, פ"ד כו (1) 608 — 376, 324, 300, 174, 165, 55, 50, 48
ע"א 246/66 קלוזנר נ. שמעוני, פ"ד כב (2) 561 — 15
בג"צ 35/72 קליר נ. בית־הדין הרבני האיזורי, ירושלים, פ"ד כו (1) 757 — 272, 157
ע"א 442/83 קם נ. קם, פ"ד לח (1) 767 — 506, 487, 482, 481, 480, 470, 70
רע"א 347/87 קפלן נ. קפלן, פ"ד מא (4) 587 — 37, 26
בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ. שר הדתות, פ"ד מג (2) 661 — 379, 372, 369, 310, 49
ע"א 130/84 קרונברג נ. קרונברג, פ"ד לט (3) 358 — 471, 334, 139
ע"א 77/77 ראבי נ. ראבי, פ"ד לג (1) 729 — 70
בג"צ 235/68 ר.ב. נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד כג (1) 462 — 318
ע"א 11/84 רבינוביץ נ. שלב — הקואופרטיב המאוחד להובלה בע"מ, פ"ד מ (4) 533 — 491, 490, 489
ע"א 386/78 רבני נ. רבני, פ"ד לג (3) 591 — 137
בר"ע 315/86 רגוניס נ. רגוניס, פ"ד מ (2) 828 — 37
ע"א 782/70 רדומילסקי נ. פרידמן, פ"ד כה (2) 523 — 589
ע"א 564/67 רובינוב נ. רובינוב, פ"ד כב (1) 203 — 12
בג"צ 141/82 רובינשטיין נ. יו"ר הכנסת, פ"ד לז (3) 141 — 634
ע"א 319/74 רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ. פיין, פ"ד ל (1) 454 — 604, 589, 583
ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ. מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 129 — 374, 366, 49
ע"א 151/85 רודן נ. רודן, פ"ד לט (3) 186 — 495, 471, 419
בג"צ 51/69 רודניצקי נ. בית־הדין הרבני, פ"ד כד (1) 704 — 562, 376, 351, 324, 300, 271, 194, 174, 169, 165, 55, 51, 50, 48
ע"א 713/74 רווה נ. מסעוד, פ"ד כט (2) 831 — 131ג
ע"א 418/86 רוזין נ. מנהל המכס ומס ערך מוסף תל־אביב, פ"ד מג (1) 837 — 638
ע"א 481/73 רוזנברג נ. שטסל, פ"ד כט (1) 505 — 311

בג"צ 54/55 רוזנצוייג נ. יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ט 1542 53 ,172 ,295
ע"א 148/77 רוט נ. ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג (1) 617 603
ע"א 413/85 רוט נ. רוט, פ"ד מ (1) 835 455
ע"א 53/83 רונקין נ. רונקין, פ"ד לח (1) 151 545-546 ,548-549
ע"א 247/64 רושטש נ. רושטש, פ"ד יח (4) 264 137
בג"צ 170/65 רחמני נ. רחמני, פ"ד יא 247 29
ע"א 337/62 ריזנפלד נ. יעקובסון, פ"ד יז 1009 313 ,115 ,54
בג"צ 256/86 רייך נ. רייך, פ"ד לז (3) 273 601
בג"צ 127/64 רייצ'יק נ. בית הדין הרבני, פ"ד יח (3) 337 37 ,95
ע"א 426/65 רינת נ. רינת, פ"ד כ (2) 21 116 ,123
בג"צ 910/86 רסלר נ. שר הבטחון, פ"ד מב (2) 441 350 ,351 ,352
בג"צ 465/89 רסקין נ. המועצה הדתית ירושלים (טרם פורסם) 155
ע"א 866/75 שביט נ. שביט (לא פורסם) 25 ,26 ,37
בג"צ 130/66 שגב נ. בית־הדין הרבני האיזורי צפת, פ"ד כא (2) 505 323 ,355 ,371 ,376
51 ,194
ע"א 93/85 שגב נ. שגב, פ"ד לט (3) 822 137
ע"א 309/79 שדמי נ. שדמי, פ"ד לד (1) 309 530 ,531
ע"א 221/75 שוורץ נ. שוורץ, פ"ד לא (2) 33 131ג
ע"א 52/80 שחר נ. פרידמן, פ"ד לח (1) 443 115 ,2131ב ,311
ע"א 529/74 שטומר נ. שטומר, פ"ד כט (1) 572 15
בג"צ 805/80 שטיין נ. שטיין, פ"ד לה (4) 512 601
ע"א 209/54 שטיינר נ. היועץ המשטי, פ"ד ט 241 118 ,310 ,601
בג"צ 71/65 שטנד נ. שר הפנים, פ"ד יט (1) 501 312
ע"א 259/75 שטראוס נ. שטראוס, פ"ד ל (2) 358 83 ,442 ,480 ,483
בג"צ 301/63 שטרייט נ. הרב הראשי לישראל, פ"ד יח (1) 598 175 ,193 ,318 ,359
80 ,97 ,103 ,169 ,171
12 ,39 ,43 ,45 ,52 ,79
ע"א 543/82 שטרן נ. שטרן, פ"ד לו (4) 752 409 ,425
ע"א 169/83 שי נ. שי, פ"ד לט (3) 776 419 ,421 ,422 ,644
בר"ע 305/80 שילה נ. רצקובסקי, פ"ד לה (3) 449 603
בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים בבאר שבע בע"מ נ. בית־הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828 603
ע"א 395/83 שלום נ. יכין חק"ל, חברה חקלאית בע"מ, פ"ד לט (2) 737 489 ,490
ע"א 666/70 שלום נ. שלום, פ"ד כה (2) 701 22 ,26
ע"א 235/77 שלטון נ. שלטון, פ"ד לא (3) 755 544 ,557 ,568
בג"צ 552/83 שליו נ. בית־הדין הרבני האיזורי בירושלים, פ"ד לח (2) 67 23 ,24 ,25 ,26 ,27 ,28 ,32
בג"צ 58/68 שליט נ. שר הפנים, פ"ד כג (2) 477 156 ,351 ,352
בג"צ 148/84 שמואל נ. בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, פ"ד לט (4) 393 4
ע"א 566/81 שמואל נ. שמואל, פ"ד לט (4) 399 12 ,18 ,80 ,103 ,169 ,340 ,355 ,377

ע"א 693/83	שמש נ. רשם המקרקעין ת"א־יפו, פ"ד מ (2) 668	38
ע"א 680/84	שני נ. שני, פ"ד לט (2) 444	28 ,39 ,69 ,178
ע"א 784/81	שפיר נ. אפל, פ"ד לט (4) 149	490
ע"א 592/79	שצקי נ. סיידל, פ"ד לה (4) 402	131ב
בג"צ 153/87	שקדיאל נ. השר לענייני דתות, פ"ד מב (2) 221	225, 226, 310, 365, 49 ,118 ,155
ע"א 411/76	שר נ. שר, פ"ד לב (1) 449	38 ,111 ,454
בג"צ 206/70	שרגאי נ. בית־הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד כד (2) 487	11 ,14 ,15 ,17 ,109
בר"ע 120/69	שרגאי נ. שרגאי, פ"ד כג (2) 171	8 ,25 ,26 ,27 ,29 ,90
ע"א 548/78	שרון נ. לוי, פ"ד לה (1) 736	73
ע"א 112/79	שרף נ. אבער, פ"ד לד (3) 178	426
ע"א 328/67	שרפסקי נ. שרפסקי, פ"ד כב (1) 277	25 ,26 ,35 ,90
ע"א 47/64	ששון נ. ששון, פ"ד יח (4) 235	590

פסקי דין של בתי־המשפט המחוזיים ובתי־משפט השלום (לפי שמות הצדדים)

תמ"א (ת"א) 1300/78	אברהם נ. אברהם (לא פורסם)	88
ע"א (חי') 222/84	אילון נ. אילון, פ"מ תשמ"ג ג 406	86 ,88 ,421 ,586 ,598
ת"א (ת"א) 32453/84	בהט נ. בהט, פ"מ תשמ"ו ב 236	604
תמ"א (ת"א) 2243/79	בן יוסף נ. בן יוסף (לא פורסם)	549
תמ"א (ת"א) 1723/87	ג'ען נ. ג'ען (לא פורסם)	597 ,598 ,600
ע"א (ת"א) 159/69	גרינברג נ. גרינברג, פ"מ עב 46	92 ,595
ת"א (ת"א) 2374/83	ד.י.ג. בית חרושת למצרכי חשמל בע"מ נ. מ' וויסבורד ובניו בע"מ, פ"מ תשמ"ח א 99	632
ע"א (חי') 150/85	דרעי נ. דרעי, פ"מ תשמ"ז ג 449	86 ,586 ,598 ,604
תמ"א (ת"א) 996/86	הוד נ. הוד (לא פורסם)	597 ,598
ה"פ (ת"א) 324/84	וועקנין נ. וועקנין (לא פורסם)	35
ת"א (ת"א) 36966/84	וסר נ. וסר, פ"מ תשמ"ט ב 195	608
ע"א (חי') 112/75	ורון נ. ורון, פ"מ תשל"ו ב 120	595
תמ"א (ת"א) 2612/86	כהן נ. כהן (לא פורסם)	600
ת"א (ב"ש) 255/82	להב נ. להב, פ"מ תשמ"א א 39	576
בר"ע (ת"א) 8602/86	לנצוט נ. לנצוט, פ"מ תשמ"ז ג 438	576
ת"א (ת"א) 3516/85	מילדנברג נ. מילדנברג (לא פורסם)	88
תמ"א (ת"א) 4416/87	נוה נ. נוה (לא פורסם)	597
תמ"א (ת"א) 2404/82	פבון נ. פבון, פ"מ תשמ"ז ג 489	295
ת"א (ת"א) 17123/84	פבון נ. פבון, פ"מ תשמ"ו ג 416	604
ת"א (ת"א) 28567/84	פלד נ. פלד, פ"מ תשמ"ו ב 512	610
ה"פ (ת"א) 1021/83	פלונית נ. פלוני, פ"מ תשמ"א א 265	433 ,451
בר"ע (ת"א) 1809/82	ספרמן נ. ספרמן, פ"מ תשמ"ג ב 338	86 ,421 ,586
ע"א (ת"א) 191/79	פרורמן נ. פרורמן (לא פורסם)	586 ,598
תמ"א (י־ם) 495/75	פרקש נ. פרקש, (לא פורסם)	43
תמ"א (חי') 694/82	שינמן נ. שינמן, (לא פורסם)	549
ת"א (ת"א) 3738/87	שנדור נ. שנדור, (לא פורסם)	88
תמ"א (ת"א) 1701/77	שרייבר נ. שרייבר, (לא פורסם)	43

מפתח פסקי הדין של בתי־דין רבניים
(ההפניה היא לפסקה)

פסקי דין של בתי־דין רבניים לפני קום המדינה
(לפי מספרי התיקים הכלולים באוסף פסקי דין של הרבנות הראשית לארץ ישראל (בעריכת ז' ורהפטיג) (להלן: 'אוסף ורהפטיג'))

תיק 1/51/704, אוסף ורהפטיג נא 272
תיק 1/64/705, אוסף ורהפטיג קכב 241
תיק 1/60/706, אוסף ורהפטיג קלב 165, 271
תיק 1/15/707, אוסף ורהפטיג קמח 274
תיק 1/32/707, אוסף ורהפטיג קנח 237

פסקי דין של בית־הדין הרבני הגדול (לפי מספר התיקים)

תיק ערעור/טז/47, פד"ר ב 9 437 ,513 ,520
תיק ערעור תשט"ז/104, פד"ר ב 321 526 ,527
תיק ערעור תשט"ז/107, פד"ר ב 233 205 ,211 ,526
תיק ערעור תשי"ז/78, פד"ר ב 353 526
תיק ערעור תשי"ז/166, פד"ר ג 322 276
תיק ערעור תשי"ח/49, פד"ר ג 77 526
תיק ערעור תשי"ח/119, פד"ר ג 161 523 ,527
תיק ערעור תשי"ח/167, פד"ר ג 208 206 ,235 ,236 ,302 ,528
תיק ערעור תשי"ט/83, פד"ר ג 257 242
תיק ערעור תשי"ט/118, פד"ר ג 289 540 ,541 ,544
תיק ערעור תשי"ט/148, פד"ר ד 131 527
תיק ערעור תשי"ט/199, פד"ר ד 332 446
תיק ערעור תשכ"א/60, פד"ר ד 157 526
תיק ערעור תשכ"א/116, פד"ר ד 193 84 ,273
תיק ערעור תשכ"א/134, פד"ר ד 244 276
תיק ערעור תשכ"א/169, פד"ר ד 342 526
תיק ערעור תשכ"ב/68, פד"ר ד 289 84 ,273
תיק ערעור תשכ"ג/170, פד"ר ה 214 443
תיק ערעור תשכ"ד/47, פד"ר ה 258 273
תיק ערעור תשכ"ה/112, פד"ר ו 33 14 ,523 ,525
תיק ערעור תשכ"ח/42, פד"ר ז 175 165 ,271
תיק ערעור תש"ל/172, פד"ר ח 275 236 ,302 ,528
תיק ערעור תשל"ב/122, פד"ר ט 200 119 ,247
תיק ערעור תשל"ג/12, פד"ר ט 152 119
תיק ערעור תשל"ג/39, פד"ר ט 251 273
תיק ערעור תשל"ג/205, פד"ר י 294 295 ,528
תיק ערעור תשל"ג/217, תשל"ד/61, פד"ר ט 352 79
תיק ערעור תשל"ד/67, פד"ר י 168 119 ,247
תיק ערעור תשל"ה/26, פד"ר י 115 85 ,436 ,439־440
תיק ערעור תשל"ה/115, פד"ר יא 173 273
ערעורים לה/218, לו/219, פד"ר י 310 67 ,90
תיק ערעור תשל"ז/199, פד"ר יא 235 273
תיק ערעור תשל"ז/264, פד"ר י 355 523

תיק ערעור תשל"ח/97, פד"ר יא 172 451 ,601
תיק ערעור תשל"ט/60, פד"ר יא 329 273 ,461
תיק ערעור תשל"ט/73, פד"ר יא 327 185 ,213 ,537
תיק ערעור תשל"ט/150, פד"ר יב 123 119
תיק ערעור תשל"ט/264, פד"ר יב 161 540 ,541
תיק ערעור תש"מ/43, פד"ר יא 377 7
תיק ערעור תש"מ/151/6, פד"ר יב 3 185 ,213 ,537
תיק ערעור תש"מ/293, פד"ר יב 320 526
תיק ערעור תשמ"א/18, פד"ר יב 129 67
תיק ערעור תשמ"א/131, פד"ר יב 176 273
תיק ערעור תשמ"ב/10, פד"ר יב 103 119
תיק ערעור תשמ"ב/218, פד"ר יב 194 7
תיק ערעור תשמ"ב/235 (לא פורסם) 89
תיק ערעור תשמ"ב/294 (לא פורסם) 272
תיק ערעור תשמ"ג/89 (לא פורסם) 271
תיק ערעור תשמ"ג/178 (לא פורסם) 271
תיק ערעור תשמ"ד/237 (לא פורסם) 275
תיק ערעור תשמ"ה/49 (לא פורסם) 74 ,115

פסקי דין של בתי־הדין הרבניים האיזוריים (לפי מספרי התיקים)

תיק 2,695/712, פד"ר א 15 276
תיק 43/לח, פד"ר יא 153 440
תיק 116/כה, פד"ר ו 221 185 ,213 ,276 ,537
תיק 194/תשי"ג, פד"ר א 77 213, ,276 ,537 ,539 ,541
119 ,185
תיק 221/תשמ"ז (לא פורסם) 579
תיק 226/תשי"ד, פד"ר א 145 73
תיק 252/תשי"ד, פד"ר א 65 148 ,245
תיק 283/תשי"ז, פד"ר ב 220 236 ,302 ,528
תיק 315/כט, פד"ר ח 216 537
תיק 404/תשל"ב, פד"ר ט 149 119
תיק 447/מב (לא פורסם) 85 ,438
תיק 563/תשכ"ב, פד"ר ה 124 273
תיק 791/תשל"ו, פד"ר י 209 150
תיק 980/כז, פד"ר ז 353 400 ,436
תיק 1036/שכ"ב, פד"ר ה 204 436 ,441
תיק 1064/תשי"ד, פד"ר א 275 436
תיק 1264/לט (לא פורסם) 88 ,91
תיק 1315/תשי"ג, פד"ר א 139 119
תיקים 1514 ,1515 ,2272/מו (לא פורסם) 86 ,579
תיק 1553/תשל"ח, פד"ר יב 84 185 ,213 ,537
תיק 1768 ,2019/תשכ"ד, פד"ר ו 225 461
תיק 1794/לה, פד"ר י 104 526
תיק 2037/שמה (לא פורסם) 74 ,115
תיק 2559/לה, פד"ר יא 4 273
תיק 2824/לח, פד"ר יא 259 162
תיק 2921/תשי"ב, פד"ר א 239 544

תיק 3212/תשי"ג, פד"ר א 201 523 ,526
תיק 3519/תשי"ב, פד"ר א 113 84 ,273
תיק 3977/מא, פד"ר יב 324 275
תיק 4273/תשי"ז, פד"ר ב 278 544
תיק 4490/תשי"ז, פד"ר ה 20 524
תיק 4553/תשי"ג, פד"ר א 81 236
תיק 4992/תשי"ד, פד"ר א 289 400
תיק 5071/מד (לא פורסם) 438
תיק 5488/לב, פד"ר ט 110 150
תיק 5667/מו (לא פורסם) 86 ,88
תיקים 6348, 9724/מה (לא פורסם) 86 ,579
תיק 6997/שמ (לא פורסם) 109
תיק 7831/כז, פד"ר ח 254 537
תיק 7893/מו (לא פורסם) 579
תיק 8384/תשמ"ז (היועץ המשפטי נ. נקש) (לא פורסם) 66
תיק 9328/מז (לא פורסם) 85 ,86 ,436 ,438
תיק 10662/לו, פד"ר י 363 83 ,273 ,484
תיק 10740/תש"ל, פד"ר ח 303 235 ,236
תיק 13627/לו, פד"ר יא 89 85 ,436 ,438 ,441

פסקי דין זרים

פסקי דין אנגליים

C. v. S. [1987] 1All E.R. 1230 122
Dunford v. Dunford [1980] 1All E.R. 122 219
E.A. White v. British Suggar Corporation Ltd. [1977] IRLR 121 129
Hanlon v. Hanlon [1978] 2 All E.R. 889 219
Minton v. Minton [1979] 1 All E.R. 79 219
Paton v. Trustees of B.P.A.S & another [1987] 2 All E.R. 987 122

פסקי דין אמריקניים

Archer v. Archer 493 A. 2d 1074 (Md., 1985) 650
Beeler v. Beeler 715 S.W. 2d 625 (Tenn., 1986) 650
Cabot v. Cabot 462 N.E. 2d 1128 (Mass., 1984) 650
Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States 136 U.S. 1 (1908) 315
David v. Beason 133 U.S. 333 (1980) 315
Dela Rosa v. Dela Rosa 309 N.W. 2d 755 (Minn., 1981) 650
Doe v. Bolton 410 U.S. 179 (1973) 122
Frontiero v. Richardson 411 U.S. 677 (1973) 129
Geer v. Geer 353 S.E. 2d 427 (1987) 650
Grosskopf v. Grosskopf 677 P. 2d 814 (Wyo., 1984) 650

Hodge v. Hodge 520 A. 2d 15 (Pa., 1986) 650
Hubard v. Hubard 603 P. 2d 747 (Okla., 1979) 650
Inman v. Inman 578 S.W. 2d 266 (Ky., 1976) 629
Inman v. Inman 648 S.W. 2d 847 (Ky., 1982) 650
In re Marriage of Braun 544 P. 2d 561 (Cal., 1976) 634
In re Marriage of Freedman 665 P. 2d 902 (Wash., 1983) 632
In re Marriage of Graham 574 P. 2d 75 (Col., 1978 650, 628
In re Marriage of Horstman 263 N.W. 2d 885 (Iowa, 1978) 650, 649, 628
In re Marriage of Lopez 113 Cal. Rptr. 58 (1974) 632
In re Marriage of Lukens 553 P. 2d 279 (Wash., 1976) 632
In re Marriage of Lundberg 318 N.E. 2d 918 (Wis., 1982) 650
In re Marriage of Slater 160 Cal. Rptr. 686 (1980) 632
In re Marriage of Weinstein 470 N.E. 2d. 551 (Ill., 1984) 650
Lira v. Lira 428 N.E. 445 (Ohio, 1980) 650
Mahony v. Mahony 453 A. 2d 527 (N.J., 1982) 650, 632
McArdle v. McArdle 370 W.E. 2d 1309 (1977) 219
McCollum v. Board of Education 333 U.S. 203 (1948) 354
Moss v. Moss 531 P. 2d 635 (1974) 219
Muckelory v. Muckelory 498 P. 2d 1357 (N.M., 1972) 628
Nail v. Nail 486 S.W. 2d 761 (Tex., 1972) 632
O'Brien v. O'Brien 452 N.Y.S. 2d 801 (1982) 650, 628
O'Brien v. O'Brien 498 N.Y.S. 2d 743 (1985) 628
Planned Parenthood of Central Missouri v. Dunforth 428 U.S. 52 (1976) 122
Pyeatte v. Pyeatte 661 P. 2d 196 (Ariz., 1983) 650
Reiss v. Brosnaham 500 A. 2d 24 (N.J., 1985) 650
Reynolds v. United States 98 U.S. 145 (1878) 315
Rislove v. Rislove 570 P. 2d 403 (1977) 219
Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973) 122
Rothman v. Rothman 320 A. 2d 496 (1974) 219
Stern v. Stern 331 A. 2d 257 (N.J., 1975) 632
Stevens v. Stevens 492 N.E. 2d 131 (Ohio, 1986) 650
Todd v. Todd 78 Cal. Rptr. 131 (1969) 632, 628
Washburn v. Washburn 677 P. 2d 152 (wash., 1984) 650
Wisner v. Wisner 631 P. 2d 115 (Ariz., 1981) 650
Woodworth v. Woodworth 337 N.W. 2d 332 (Mich., 1983) 649
Wright v. Wright 469 A. 2d 803 (Del., 1983). 650

מפתח עניינים

(ההפניה היא לפסקה)

אבהות
בדיקת רקמות 73
דין 72, 73, 77
אזרחי 72, 77
דתי 73
סמכות 3
תביעת 73
אזרחות 4, 104
אידיאולוגיה (ראה בית־משפט, [ועניינים] אידיאולוגיים; ראה גם פערים)
איזון אינטרסים 51, 56, 57, 69, 99, 295, 298, 306, 348, 363, 379, 382, 459, 466, 472, 474, 509, 575, 581, 586, 588, 589, 590, 591, 608, 621, 632, 633, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 648, 649
איזון משאבים (ראה גם יחסי ממון; שיתוף נכסים) 124, 133, 336, 338, 421, 511, 617, 628
אשמה 328
[ו]הסדרים אחרים 644
ידועים בציבור 115
מועד מימוש האיזון 124, 133, 336, 389, 390, 511, 585, 586
נכסי איזון (ראה שיתוף נכסים, נכסי שיתוף) משותפים 421
עקרונות (ראה יחסי ממון)
שיקול דעת בית־המשפט 449, 629, 635, 637, 640, 650
איסורים דתיים (אורח חיים והתנהגות דתיים)
אכיפתם ומעמדם ב־משפט הישראלי 48, 51, 52, 54, 55, 58, 65, 74, 77, 94, 98, 115, 156, 174, 213, 313, 315, 323, 328, 340, 341, 351, 376, 400, 542, 602
איסורי חיתון (ראה גם נישואין, פרטיים) 49, 50, 51, 52, 53, 55, 57, 74, 115, 148, 171, 260, 271, 295, 307, 313, 323, 340, 341, 351, 376
אמצעי מניעה 74
אסיר
[ו]שלום בית 66
אסמכתא 519
אפוטרופסות (ראה ילדים)
אשה (ראה גם [חוק] שיווי זכויות האשה)
אלימות (ראה משפחה)
[כ]אפוטרופא 143, 224, 231
[זכות] בחירה אקטיבית 226
[זכות] בחירה פאסיבית ומינוי 49, 154, 228, 229, 230

ביגמיה (ראה נישואין)
בעל
אחריותו לחובות האשה 231
חובות האשה כלפיו (ראה גם אשה, נכסיה) 203, 205, 206, 207, 213, 218, 235, 540
חובותיו כלפי האשה 203, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 218, 219, 234, 235, 540
מרותו כלפי האשה ומגבלות המרות 199, 203, 205, 206, 207, 208 — 213, 217, 228, 232, 244, 269, 270, 541

גיל נישואין (ראה נישואין)
קידושי קטינה 215
[בעניינים] דתיים (חובות וזכויות) 200
לימוד תורה 201, 225, 228
מצוות עשה שהזמן גרמן 90, 205, 216, 217
פרייה ורבייה 203, 228, 248
הגנתה בדין הדתי
בעל, הגבלת כוחו ומרותו (ראה בעל, מרותו)
גירושין כחובה לאשה 167, 168, 202, 221, 251
הדדיות ביחסי בני הזוג (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
זכויותיה כלפי הבעל (ראה בעל, חובותיו כלפיה)
זכות על גופה (ראה גם [הפסקת] הריון) 122, 212
חדר"ג (ראה חדר"ג)
כללי 167, 205, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215 — 219, 233, 248, 269, 270, 314 — 317, 535
כתובה (ראה כתובה)
ניצול לרעה, מניעתו (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
נישואין כזכות לאשה 167, 202, 221
שוויון זכויות בדרך עקיפין 250, 254
שיקומה לאחר הגירושין 219, 302, 617, 624
שלום בית 90, 205, 208, 210, 212, 216, 218, 269, 617, 624
הגנת יתר 129, 270
[הפסקת] הריון (ראה גם ילדים, הורות) 62, 64, 72, 74, 76, 122, 362
חלוקת תפקידים במשפחה (ראה משפחה)
חליצה (ראה חליצה)
ייבום (ראה ייבום)
ירושה 234
כשרות משפטית 214, 270
מזונות (ראה מזונות)
מינוי (ראה בחירה)
מעמדה (ראה גם תלות בבעל; מיקוח, כוח ה...)
[ה]אישי (בנישואין ובגירושין) 116, 118, 119, 128, 167, 200, 202, 205, 206, 207, 212, 219, 220, 221, 222, 233, 243 — 252, 257, 267, 269, 270, 345, 380, 541, 542
הנחות יסוד, הנחות מוקדמות ותכונות מיוחסות 200, 201, 202, 203, 215, 228, 229, 233, 237, 251, 256, 268, 269, 270, 525
[ה]חברתי ודימוייה (ראה גם הנחות יסוד) 116, 122, 125, 126, 128, 148, 179, 199, 200 — 203, 216, 217, 224 — 232, 235, 239, 240, 250, 253, 270, 272, 302, 345, 380, 542
[ה]כלכלי (ראה גם נכסיה) 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 203, 210, 214, 218, 219, 231, 240, 250, 302, 332, 344, 535, 597, 622, 624, 630
[ב]משפחה בדין הדתי 116, 199, 203 — 213, 215 — 222, 226, 228, 229, 232, 235, 236, 237, 239, 240, 247 — 251, 268 — 270, 381, 525, 541, 542, 617
שניות וכפילות במסר החברתי 115, 126, 129, 204
מעשה ידיה (ראה מעשה ידיה)
מציאתה 90, 218
'נושאת ונותנת בבית' 231
נכסיה (ראה גם מעמדה, [ה]כלכלי) 70, 84, 88, 95, 116, 123, 203, 208, 210, 214, 218, 332, 334, 590
סוטה 254, 255, 256
עבודת האשה והשתכרותה (ראה גם מעשה ידיה) 125, 129, 236, 240, 250, 252, 302, 332, 334, 344, 528, 532, 597
גיל פרישה 129
שוויון הזדמנויות 129
עגונה (ראה גם גט, מעוכבי גט) 119, 167, 172, 208, 222, 233, 246, 251, 257, 259, 267, 269, 298, 300, 302, 313, 429, 493, 494, 498, 500, 516, 520, 521
עדות ונאמנות 201, 227-228, 230, 271, 525, 526, 527, 537
צדדים שלישיים
יחסים עם... (ראה גם יחסי מין) 55, 73, 74
כלפי 231
צניעות 199, 201, 203, 209, 228, 231, 240, 241

רמת חיים 125 — 128, 622, 624
שוויון במשפט הישראלי (ראה גם [חוק] שיווי זכויות האשה) 118, 123, 129, 130, 139, 140, 143, 310, 380
[כ]שלוחת הבעל 231
תלות בבעל 124, 125, 127, 128, 200, 201, 202, 203, 218, 250, 302, 622
אשמה
איזון משאבים (ראה איזון משאבים)
גירושין (ראה גירושין)
יחסי ממון (ראה יחסי ממון)
בג"צ
אכיפת צו מוחלט של בג"צ 163
המנעות מאכיפת צו בית־דין מטעמי יושר (ראה בית־משפט)
משמורת קטינים 3, 106
פיצויים בבג"צ 607
פיקוח שיפוטי על בית־הדין
אכיפת איסור דתי (ראה איסורים דתיים)
אופן שימוש בית־הדין בסמכות 35, 48, 95, 97, 99, 109, 175, 271, 602
ביטול זכות שצמחה במשפט האזרחי 163
[ה]יחס בין הסעד לעילה 95, 97, 602
התעלמות מפסק־דין אזרחי מחייב 109, 521, 585
התערבות בסמכות ערכאה אחרת 602
כיבוד הדדי בין ערכאות (ראה כיבוד הדדי בין ערכאות)
[התעלמות מהחלטת] בית־הדין הגדול 157, 272
גבולות ה... 163, 428
המנעות או התחמקות משיפוט 35, 48, 301, 323, 324
[התעלמות מהוראת] חקיקה מחייבת 39, 68, 69, 84, 157, 178, 310, 332, 334, 399
טובת הילד 69, 76, 178, 310
[חקיקה] קוגנטית 62
חריגה מסמכות 39, 67, 68, 69, 88, 92, 95, 98, 109, 157, 323, 602
טעות בדבר הלכה 68
כללי 5, 376
[פגיעה ב]כללי צדק טבעי 39, 50, 55, 62, 67, 76, 98, 178
[הטלת] ערכי יסוד של החברה (ראה ערכי יסוד)
[צווים כלפי] צדדים שלישיים 50, 55, 66, 89, 98, 297
[מטעמי] צדק ותיקונו של עולם 35, 76, 98, 99
[צווים כלפי] רשויות המדינה 66
פרשנות הדין המהותי 68־69, 72, 76, 77, 310, 332, 334, 339, 399
כפיפות בית־הדין לפרשנות בג"צ 68־69
פרשנות מצמצמת של סמכות בית־הדין (ראה בית־דין, פרשנות מצמצמת)
פרשנות מרחיבה של התערבות בג"צ 62, 76, 77, 321, 323
פרשנות התואמת ערכי יסוד (ראה ערכי יסוד)
שיקול דעת בג"צ 51, 56, 57, 76, 298, 376
[משפט] בינלאומי פרטי 43, 45, 52, 79, 80, 104, 115, 171, 175, 193, 300, 321, 330, 340, 353 — 359, 377, 378, 420
בית"מ 5
בית־דין
[כללי] אתיקה 62
בחירה בשיפוטו (ראה גם כריכה) 20, 81, 82 — 86, 101, 106
[ו]בית־המשפט
[התייחסות ל]בית־משפט כערכאות 162, 380
ברירת שיפוט (ראה פערים, מירוץ סמכויות)
גט, עיכוב סידור (ראה גם גט, מעוכבי גט) 163, 368, 380, 428, 446
[וה]דין האזרחי 24, 39, 43 — 48, 60 — 69, 72, 84, 109, 143, 157, 273, 310, 320, 340, 380, 399, 403, 428, 521, 585
התעלמות מן המשפט האזרחי 84, 157, 380, 399, 403
התעלמות ועקיפה של החלטות אזרחיות 109, 157, 340, 403, 428
חוקי המדינה כמסגרת לפעולת בית־הדין 63 — 66, 359
סתירה לפסק־דין אזרחי 109, 521, 585
קליטת משפט אזרחי לדין הדתי 273
[וה]דין הדתי (ראה גם דין דתי)
אידיאולוגיה והשקפת עולם 69, 359
דיין (ראה דת ומדינה)
[פיצול] דינים (ראה [דיני] משפחה, פיצול דינים)
העדר הכרעה בתביעות 8, 35, 121, 157, 172, 301, 368, 389, 403

המנעות מאכיפת צו בית־דין מטעמי יושר (ראה בית־משפט)
התערבות בסמכות ערכאה אחרת 602
כיבוד הדדי בין הערכאות (ראה כיבוד הדדי בין הערכאות)
[כ]מוסד דתי 278, 359, 542
מעשה בית־דין (ראה מעשה בית־דין)
[וה]מציאות החברתית (ראה גם פערים) 119, 152, 153, 154, 356, 380, 542
[דין] מרומה 301
סדרי דין 41, 101, 157, 177, 197, 234, 301, 529
סמכות (ראה סמכות)
ברירת סמכות (ראה פערים, מירוץ סמכויות)
סעדים (ראה גם שלום בית; [דיני] משפחה, פיצול דינים) 272, 542
[הגדול ל]ערעורים 157, 272
[העדר] פורמליזם 101
פיקוח שיפוטי
בג"צ (ראה בג"צ)
תקיפת עקיפין בבית המשפט 39, 88
פרשנות מצמצמת של כוחו וסמכותו 46, 47, 48, 50, 53, 62, 67, 68, 69, 72, 76, 77, 155, 165, 172, 174, 177, 193, 194, 271, 272, 295, 296, 297, 298, 300, 321, 323 — 325, 332, 341, 346
[כ]רשות רושמת 46, 50
תביעה (ראה תביעה)
תפקיד שיפוטי ואחריות שיפוטית 88, 90, 91, 145, 153, 154, 157, 197, 542
תפקוד 121, 152, 153, 154, 157, 177, 278, 324, 356, 380
תקדים מחייב 42, 68, 272
בית מגורים (ראה גם מדור)
בחירתו (ראה מדור)
הרחקה מן הבית (ראה מדור)
חזקה ב.. 610 — 615
חזקת שיתוף 131ב, 131ג, 134
[צו ל]מגורים משותפים 88, 108
מדור (ראה מדור)
סילוק צד שלישי 55
עסקאות בבית המגורים 134, 599
הגנה במכירה כפויה 592
[בהקשר ל] הסכם שיפוי 459, 507
שיתוף 134
פירוק שיתוף (ראה גם שיתוף נכסים) 584
[זכות] שימוש 134, 610 — 615
בית־משפט
אחריות אזרחית בדיני משפחה (ראה משפחה)
[ועניינים] אידיאולוגיים 51, 116, 179, 313, 319, 326, 327, 341, 350, 351, 352, 353 — 363, 364, 366, 369 — 378, 380, 381
אי הכרעה בסכסוך אידיאולוגי 51, 179, 319, 341, 350, 351, 352, 353, 359, 366, 369 — 378, 381
[הגנה על] אינטרסים דתיים 51, 331, 359
[הגנה על] אינטרסים חילוניים 295, 353, 359, 376, 378, 379
[ב]נישואין פרטיים 48, 51, 56, 57, 353, 366, 376
[ו]דין 2, 359, 532
החזקת ילדים וחינוכם (ראה גם טובת הילד) 82
נורמה דתית בחברה חילונית (ראה פערים)
אינטגרטיביות הגישה לסכסוך במשפחה (ראה משפחה, [גישה] אינטגרטיבית)
איפוק וריסון שיפוטי מול מעורבות 319, 341, 342, 350 — 363, 364 — 379, 381, 382, 546, 553, 572 — 574
אמון הציבור 343, 351
בחירה בשיפוטו (ראה גם כריכה) 20, 81, 82 — 86, 101, 106, 402
ביקורת על הדין הדתי ויישומו (ראה פערים, ביקורת)
[ו]בית־הדין
ברירת שיפוט (ראה פערים, מירוץ סמכויות)
פיקוח שיפוטי (ראה בג"צ; בית־דין)
בית־משפט למשפחה 189, 190, 197, 384, 392
דיון, עיכובו (ראה הסדר התדיינות בין בני זוג)
[ב]פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים)
דין
אזרחי, בבית־המשפט בלבד 70 — 77
דתי (ראה גם דין דתי, מעמדו; פערים, ביקורת וכן סגירתם) 11, 41, 83, 173, 326, 353, 355, 368, 529, 531, 533
הסכמים בין בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג, [ה]דין החל)
יחסי ממון (ראה יחסי ממון, [ה]דין החל)
סדרי דין ודיני ראיות (ראה ראיות, [ב]בית־המשפט)
פיצול דינים (ראה [דיני] משפחה)

המנעות מאכיפת צו בית־דין מטעמי יושר 97, 175
[ו]הסכם ממון (ראה הסכם גירושין וממון, אישור וכן תוכן ההסכם)
הסכמה חברתית 343, 351, 352, 364, 370
חקיקה שיפוטית (ראה גם איפוק וריסון; פערים, סגירת פערים) 331, 332, 334, 338, 342, 349, 350 — 363, 364 — 379, 381, 382, 569, 590, 637
כיבוד הדדי בין ערכאות (ראה כיבוד הדדי בין ערכאות)
מעורבות שיפוטית ביחסים בין בני זוג
הסכמים בין בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג, חופש החוזים מול התערבות שיפוטית)
הסכם גירושין וממון (ראה הסכם גירושין וממון, תוכן ההסכם)
מעשה בית־דין (ראה מעשה בית־דין)
[ל]נוער 3, 107
[ויחסו ל]נורמות דתיות 359, 529 — 533
סעדים 606, 607, 608
עצמאות הערכאה האזרחית 9, 368, 533, 558, 568
פיקוח שיפוטי על בית־הדין
בג"צ (ראה בג"צ)
תקיפת עקיפין 39, 88
שימוש לרעה בהליך השיפוטי 112, 392, 396, 545, 563, 572
שיקול דעת שיפוטי להסדר סוגיות בדיני משפחה
כללי 181, 364, 484 — 486, 494, 499, 500, 509, 605, 606, 629
הסכמים בין בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג, התערבות שיפוטית מאוחרת)
הרחקה מן הבית 549, 552, 555, 557, 558, 563, 566, 568, 569, 572, 573, 574
[ב]יחסי ממון ורכוש 392, 448 — 449, 460, 465, 473, 474, 475, 583, 605, 606, 629, 633, 635, 637, 640, 650
[חובת ה]מזונות, ויסותם 139, 140
[ב]סעדים (ראה סעדים)
[ל]עיכוב דיון (ראה הסדר התדיינות בין בני זוג)
[ב]פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים, פירוק שיתוף)
[ה]שלום
פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים, פירוק שיתוף)
בן זוג (ראה גם משפחה) 50, 311, 312, 376
כבוד הדדי בין בני זוג 205 — 213, 540, 551
גזל
כטענה בדין הדתי 162, 380
גט (ראה גם גירושין)
אשה (ראה גם אשה, מעמדה, [ה]אישי) 207
בית־דין
התחייבות למתן גט, אישורה או פסילתה 513, 520
עיכוב הסדר גט (ראה בית־דין, גט, עיכוב סידור)
היתר נישואין (ראה נישואין)
הרחקה דרבינו תם (ראה הרחקה דרבינו תם)
הסכמה (ראה גירושין, הסכמה)
הפקעת קידושין 222, 245, 249, 267
התחייבות למתן גט (ראה הסכם גירושין וממון, גט, התחייבות למתן, וכן הפרה, תוצאות)
חיוב 12, 15, 16, 17, 74, 80, 119, 209, 275, 340, 368, 386, 528, 532, 533, 537
תוצאות משפטיות (ראה גם מזונות, אשה, מעוכבת מחמתו) 275, 368, 528
[כ]מעשה בית־דין 12, 15, 16
כפייה וגט מעושה 53, 76, 119־120, 135, 148, 166, 172, 213, 220 — 222, 243 — 247, 256, 257, 267, 275, 276, 278, 295, 296, 304, 318, 346, 386, 400, 437, 445, 513 — 520, 532, 534, 536־537, 543
בדרך ברירה 185, 246, 276, 295, 304, 524, 535, 537
במקום מחלוקת 245, 537
[ו]הרחקה דרבינו תם (ראה גם הרחקה דרבינו תם) 275, 296
עילות (ראה גם גירושין, עילות) 244 — 247, 267
פיקוח אזרחי (סעיף 6 לחוק השיפוט) 53, 76, 295, 296, 304, 318, 346
מעוכבי גט (ראה גם אשה, עגונה) 166, 271, 313, 340, 368, 381
מעושה (ראה גט, כפייה)
[ב]נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)

עגונה (ראה אשה, עגונה)
על תנאי 222
תקפותו 202, 269, 336, 400, 513, 519, 534
גיל נישואין (ראה אשה)
גירושין (ראה גם גט)
אזרחיים 257, 516
[ו]איסור דתי 58, 65, 74, 94, 192
אכיפתם (ראה גט, כפייה; הסכם גירושין וממון, הפרה)
אמצעי עקיפין להשגת גירושין (ראה גם גט, כפייה, בדרך ברירה; פערים, סגירתם) 192, 257, 277, 295, 296, 297, 302, 308, 346, 522, 532, 535, 545, 546, 554, 560—565, 567, 575, 580, 585, 605, 636, 648
[באמצעות] הסכם נישואין 510—521
אשה (ראה גם אשה, מעמדה, [ה]אישי)
גירושין כחובה לאשה 167, 168, 202, 221
יוזמת גירושין מצד האשה 207
מעמדה הכלכלי לאחר גירושין (ראה גם כתובה) 127, 128, 219, 302, 617
אשמה 115, 116, 117, 119, 127, 169, 192, 328, 340, 407, 605, 648
בני זוג
קשר לאחר הגירושין 150, 219, 650
בעל כורחה של האשה 122, 207, 220, 250, 314, 315, 316
בקשה (ראה תביעת)
דין אזרחי 81, 104, 105, 169
[ו]דירת מגורים 134
סילוק צד שלישי 55, 97
היתר נישואין (ראה נישואין)
הסכם (ראה הסכם גירושין וממון)
הסכמה 112, 116, 148, 161, 179, 185, 189, 192, 197, 207, 345, 389, 390, 405, 435, 436, 437, 444, 447, 450, 474, 475, 493, 499, 510, 535, 536, 537, 560
הסכמים בין בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג, חופש החוזים מול התערבות שיפוטית)
מיקוח, כוח ה... (ראה מיקוח, כוח ה... השפעות על כוח המיקוח)
הפרדה (ראה גם שלום בית) 391, 539, 541, 546, 549, 563, 569
התרת נישואין 5, 81, 104, 257, 310, 340
חיוב (ראה גט)
[ו]כוח המיקוח (ראה מיקוח, כוח ה... השפעות על כוח המיקוח)
כפייה (ראה גט)
מספרם 20
מעשה בית־דין 12, 17, 30
מצוקת הגירושין וההתדיינות 19, 20, 21, 22, 24, 25, 30, 31, 35, 96, 101, 109, 111, 112, 113, 116, 117, 119, 120, 121, 127, 128, 133, 134, 148, 161, 166, 167, 168, 169, 302, 304, 305, 313, 340, 346, 356, 381, 382, 384, 389, 390, 391, 392, 394, 395—398, 399, 400, 404—408, 415, 428, 441, 447—450, 474, 485, 492, 493, 496, 497, 510, 520, 533, 536, 541, 542, 560, 563, 564, 584, 605, 611, 636
[ב]נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)
סמכות בענייני גירושין ובעניינים נילווים (ראה גם סמכות, "ענייני נישואין וגירושין"), 5, 17, 81, 104, 172, 278, 305, 380, 383—403, 428, 437, 444, 446, 521, 532, 533, 557, 568, 578, 579, 585, 602
עילות 220, 244, 245, 340, 542
אלימות 213, 245, 536, 537, 542
בגידה וניאוף 55, 119, 267
התנהגות הבעל 537
חוסר כוח גברא 119, 526
חוסר סיכוי לשלום בית 119, 247, 256
מאיס עלי 119, 246, 256, 275, 276, 524
[אי־מילוי חובת ה]מזונות 245
נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)
עוברת על דת (ראה עוברת על דת, גירושין)
עקרות 119, 248
פיצויים בגין הפרת הסכם גירושין (ראה הסכם גירושין וממון)
פיצויים בעת גירושין 252
תביעת 7, 8, 9, 30, 31, 33, 34, 35, 55, 91, 387, 608
תופעות לוואי (ראה פערים)
תחליפי גירושין 180, 295, 296, 297, 308, 313, 382, 586
תמריצי גירושין (ראה גם גירושין, אמצעי עקיפין) 168, 257, 308, 368, 382, 532, 533, 535, 575, 585, 617, 648

תעודת גירושין 46, 50, 98
גמלה (ראה פנסיה)
דיין (ראה דת ומדינה)
דין אישי (ראה פרשנות, דין אישי)
דין דתי (ראה גם בית־דין; הלכה)
אכיפת התנהגות ואורח חיים (ראה איסורים דתיים)
אמצעים דתיים להשגת מטרה אזרחית 297 — 302, 542
[ב]בית־הדין 39, 71, 359, 531, 533, 542
ברירת דינים דתיים 320
[ב]חברה משתנית (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
חובה דתית (ראה איסורים דתיים)
[ומציאות] חילונות (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה; פערים)
מנהג המקום 235, 240, 241, 252, 272, 273, 400
מעמדו (ראה גם פערים, סגירתם; בג"צ, פיקוח שיפוטי)
[תחולת הדין ה]אזרחי 42, 56
איסורים דתיים לעומת תוצאות משפטיות (ראה איסורים דתיים)
[הטלת המשפט ה]בינלאומי הפרטי (ראה [משפט] בינלאומי פרטי)
חקיקה טריטוריאלית, היקפה ופרשנותה 60, 61 — 69, 72, 76, 77, 84, 310, 332, 334, 399
חוקי המדינה כמסגרת לפעולת בית־הדין 63 — 66, 359
[תחולת כללי ה]משפט המנהלי (ראה [משפט] מנהלי)
[פרשנות לפי] ערכי היסוד (ראה ערכי יסוד)
פרשנות מצמצמת (ראה גם בית־דין, פרשנות מצמצמת) 53, 77, 294, 295, 323, 332, 346, 359
תקנת הציבור (ראה תקנת הציבור)
[הפעלה] סלקטיבית 58, 303 — 306
עקיפתו ופגיעה בשלמותו (ראה גם פערים, סגירתם) 319, 325, 353, 380, 400, 542
[באמצעות דיני ה]עונשין 122
[וה]ערכאה השיפוטית (ראה [דיני] משפחה, פיצול דינים)
[הפעלה] פיקטיבית על נישואין אזרחיים ופרטיים 43, 340, 341, 355
פרשנותו בבית־הדין 41
מעמדה בבית־המשפט 41, 326, 368, 531, 533
קליטת משפט אזרחי ומוסדות חילוניים 273
דין תורה 46, 49, 51, 369
דינה דמתיבתא 246, 256, 265
דירת מגורים (ראה בית מגורים)
דת
דימויה, כגורם בפסיקת הלכה (ראה הלכה, דימוי הדת בפסיקת הלכה)
המרה (ראה עדה דתית)
השתייכות (ראה עדה דתית)
דת ומדינה (ראה גם בית־משפט, [ועניינים] אידיאולוגיים; פערים) 281, 287, 350, 354, 362, 385
אורגן דתי בפונקציה חילונית
בית הדין כרשות רושמת 46, 50
התערבות באורגנים דתיים 53, 76, 154, 286, 295, 296, 304, 308, 318, 328, 346
רבנים ראשיים (ראה גם רבנים ראשיים) 45, 76
איסורים דתיים (ראה איסורים דתיים)
בית־משפט
מעורבות (ראה בית־משפט, [ועניינים] אידיאולוגיים; פערים, סגירתם, איפוק ורסון)
דיין
אימון הציבור 152, 153, 157
דין דתי והשקפת עולם 359
כפיפותו לעקרונות יסוד אזרחיים 47, 62, 157
פרופיל ה... 152, 153, 258, 399
[ו]ציבור היעד (ראה פערים, דיין)
זרמים דתיים 49, 369, 372, 379
חופש דת (ראה חופש המצפון והדת)
חקיקה דתית
אכיפת תוצאה דתית להבדיל מהשקפת עולם 542
ביקורת על השיטה (ראה גם פערים, ביקורת) 171, 172
כשרות מזון 155, 261
מי יהודי 351, 372
פיקוח אזרחי 53, 76, 154, 286, 295, 296, 304, 308, 318, 328, 346
פרשנות לפי ערכי יסוד (ראה ערכי יסוד)
[ו]ערכי יסוד (ראה ערכי יסוד)
רב 49, 369, 372, 379

האזנת סתר
[ב]בית־הדין 62
הבטחת נישואין 72, 77
הגנת הדייר 609 — 615
הגנת הפרטיות
[ב]בית־הדין 62
הורות (ראה ילדים, הורה)
הזרעה מלאכותית 74, 115, 206, 362
החזקת ילדים (ראה ילדים, החזקה)
הלכה (ראה גם דין דתי)
אחריות הפוסק לציבור ולדין 145, 154, 158, 264, 265, 266, 267, 271, 280, 281, 282, 285 — 293, 359, 539, 542
דימוי הדת בפסיקת הלכה 168, 265, 441
[וה]דין החילוני 294 — 306, 542
הכרעה הלכתית, אופייה 200, 291, 292, 542
הדרגתיות 292
שב ואל תעשה 291
[ב]חברה משתנה (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
[ו]מציאות חילונית (ראה פערים)
ניצולה לרעה על־ידי המתדיינים 160 — 163, 166, 255, 298, 303, 304, 380
[בטענת] גזל 160, 162, 168, 380, 400
[בטענת] נישואין אזרחיים 340
סירוב לגט 119, 304, 392, 500
עוברת על דת 255
שלום בית 96, 99, 161, 162, 277, 380, 537, 539, 541
סמכותה ומקומה בחברה 119, 145, 149, 150, 154, 156, 158, 280, 539, 542
שינוייה ועיצובה 200, 215, 219, 220 — 222, 223 — 262, 263 — 278, 279 — 293, 380
[התרת] איסור קל למניעת איסור חמור 260
בית־דין, מעמדו 278, 542
הדדיות ביחסי בני הזוג 242, 254, 250, 255
[ה]דין האזרחי כמכשול ל... 294 — 306, 380, 532, 542
השפעה סביבתית 250
התמודדות במישור מעשי ולא עקרוני 227
[ב]חברה משתנה 119, 164 — 167, 238, 256 — 262, 263 — 268, 269, 270, 271, 281, 283, 291, 292, 542
[נעשה] חומרו קולו 257, 258 — 262, 267, 519
[הפיכת] חריג לכלל 224, 231, 232, 253
חיזוק הדת ומניעת פגיעה בחיים הדתיים 145, 225, 231, 256 — 262, 263, 264, 265, 266, 267, 280, 288, 292, 293
יחס כלפי המציאות החילונית 261, 264, 265, 266, 267, 271, 282, 283 — 293
[גישה] ייחודית או מסתגרת 264, 271, 281, 282, 285 — 293
יישום הלכה במציאות משתנה 256, 258, 262, 275, 542
[גישה] כלל ישראלית 265, 266, 267, 271, 282, 285, 292, 293
מדיניות השימוש באמצעים הלכתיים 263 — 270, 279 — 293, 542
מוסדות דתיים 272
מניעת ניצול ההלכה לרעה 255
[ל]צורך גדול 230
קליטת משפט אזרחי ומוסדות חילוניים 272
שעת הדחק 257, 261, 262, 520
תוכן חדש במוסד ישן 231, 242, 253, 254
תקנות 228, 229, 234, 239, 245, 251, 265, 274, 520
הרבנות הראשית 274
המרת עדה (ראה עדה דתית)
הסגרה
עיכוב יציאה על־ידי בית־הדין 66
הסדר התדיינות בין בני זוג 591, 593, 594, 602
הסכמים בין בני זוג (ראה גם [דיני] חוזים; מיקוח, כוח ה...)
[ה]דין החל (ראה גם יחסי ממון, [ה]דין החל) 42, 70, 72, 76, 84, 85, 93, 135, 310, 328, 329, 402, 417, 419, 442 — 446, 450, 485, 487, 500, 502, 503, 521, 644
הסכם גירושין וממון (ראה הסכם גירושין וממון)
הסכם החזקת (משמורת) קטינים (ראה הסכם החזקת (משמורת) קטינים)
הסכם מזונות (ראה הסכם מזונות)
הסכם שיפוי (ראה הסכם שיפוי)
התערבות שיפוטית מאוחרת בהסכם
הפרדת הסכם לחלקיו במקרה של הפרה 442, 504, 505, 506, 507
טובת הילד (ראה טובת הילד)

כללי (ראה חופש החוזים מול התערבות שיפוטית)
כפייה (ראה כפייה)
עושק (ראה עושק)
שינוי נסיבות 38, 451, 470, 480 — 486
תקנת הציבור (ראה תקנת הציבור)
חופש ההתנאה (ראה משפחה)
חופש החוזים מול התערבות שיפוטית (ראה גם משפחה, חופש ההתנאה) 404 — 408, 409, 425 — 433, 441, 447 — 450, 456, 471, 474, 475, 476, 483, 485, 486, 487, 493, 494, 495, 496, 499, 500, 508, 509, 601
פורמליזם וממון (ראה [דיני] משפחה)
הסכם גירושין וממון (ראה גם הסכמים בין בני זוג) 70, 135, 143, 189, 278, 404 — 450, 452, 456, 460, 462, 468, 474, 475, 485, 487 — 509, 510 — 521, 541, 644
אישור, תנאי האישור ותקפות 135, 376, 409, 410 — 420, 422, 425 — 433, 442, 444, 446, 502, 512, 513, 520
פורמליזם ומהות (ראה [דיני] משפחה)
אכיפה (ראה הפרה)
[כ]אמצעי להקלת גירושין 179, 257, 382, 434, 510 — 521
ביטול 443, 503, 505, 506, 507
בן זוג 376
גט, התחייבות למתן (ראה גם סנקציה) 510 — 521
אישורה או פסילתה בבית־הדין 513, 520
אסמכתא 519
גט מעושה (ראה גט, כפייה וגט מעושה)
הפרה (ראה הפרה, תוצאות)
גמירת דעת 412 — 417, 427, 432, 442, 502
דין זר 420
[ה]דין החל (ראה הסכמים)
הגדרת הסכם ממון 421 — 424
הפרה, תוצאות 70, 85, 135, 423, 438 — 446, 460, 468, 503, 506, 521
בבית־הדין 438 — 441, 521, 541
בבית־המשפט 442 — 446, 404, 503, 521
גט, התחייבות ל... 436, 437, 443, 444, 510 — 521, 531, 541
הפרדת הסכם לחלקיו 442, 504, 505, 506, 507
סנקציה (ראה גם גט, כפייה וגט מעושה) 437, 445, 446, 511 — 521, 531
חזרה מהסכמה 412, 423, 436, 437, 439 — 441, 446
[תחולת דיני ה]חוזים על הסכם ממון 644
[ו]כוח המיקוח בין בני זוג (ראה מיקוח, כוח ה)
כפייה (ראה כפייה)
סמכות 437, 444, 446, 502, 512, 521
עושק (ראה עושק)
פיצויים בגין הפרה 4, 70, 431, 437, 446, 483, 521
פסילתו בבית־הדין 163, 368, 380, 428, 446
מלכתחילה 513, 520
פרשנות 70, 443, 446, 509
שינוי 446
צורה 411, 420
שינוי נסיבות (ראה הסכמים בין בני זוג, התערבות שיפוטית מאוחרת)
[וטענת] שלום בית (ראה שלום בית)
תוכן ההסכם (התערבות שיפוטית מוקדמת)
בבית־הדין (ראה בית־דין, גט, עיכוב סידור)
בבית־המשפט 425 — 433, 502
תום לב (ראה תום לב)
תקנת הציבור (ראה תקנת הציבור)
תקנות הלכתיות בהסכם ממון 257, 520
הסכם החזקת (משמורת) קטינים (ראה גם הסכמים בין בני זוג) 143, 425, 451, 455, 480, 486, 601
זר 601
שינוי (ראה הסכמים בין בני זוג, התערבות שיפוטית מאוחרת)
הסכם מזונות (ראה גם הסכמים בין בני זוג)
אשה 503, 511, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 534
ילדים 451 — 455, 462, 483, 484, 486
סמכות 455
שינוי (ראה הסכמים בין בני זוג, התערבות שיפוטית מאוחרת)
תקפות
בהפרת התחייבות לגירושין 440, 442, 443
הסכם שיפוי (ראה גם הסכמים בין בני זוג; ערבות) 70, 135, 273, 456 — 479, 487, 507, 508, 601
[ב]בית־הדין 273, 461
[ו]טובת הילד 273, 456 — 461, 465, 471, 474, 475, 479, 507, 601

ערבות לשיפוי (ראה ערבות)
[הפסקת] הריון (ראה אשה)
הפרייה מלאכותית 74, 115, 362
הרחקה דרבינו תם 275, 296, 298, 304
השתייכות דתית (ראה עדה דתית)
השתק 340, 368, 417, 418, 419
[להגמשת] דרישת הכתב 417, 418, 419
[להענקת זכויות ב]נישואין אזרחיים 340
[כלפי טענות] פגמי רצון בהסכם ממון 502
התרת נישואין (ראה גט; גירושין)
זכות
איזון אינטרסים (ראה גם איזון אינטרסים) 589, 590
התנגשות זכויות 589, 590
יחסית ומוחלטת 589, 590, 604
'נכס' (ראה פרשנות, נכס)
[לעומת] ציפייה 634, 646
קניינית 583, 589, 590, 632, 633
חדר"ג 119, 250
[דיני] חוזים (ראה גם הסכמים בין בני זוג)
[ה]דין החל על חוזים בין בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג)
[ל]הסדר דיני המשפחה 135, 328, 340, 457, 459, 460, 471, 487, 497, 501, 508
הסכם גירושין וממון (ראה הסכם גירושין וממון)
הסכם החזקת (משמורת) קטינים (ראה הסכם החזקת (משמורת) קטינים)
הסכם מזונות (ראה הסכם מזונות)
הסכם מכללא 311, 340, 368, 482, 483
ידועים בציבור 311
[ב]נישואין אזרחיים 368, 340
שינוי נסיבות 482, 483
[תחולתם על] הסכם ממון 644
הסכם שיפוי (ראה הסכם שיפוי)
[ו]זכויות אחרות 589, 590
חופש החוזים (ראה גם הסכמים בין בני זוג; משפחה, חופש ההתנאה) 328, 404—408
כפייה (ראה כפייה)
מיון סוגייה (ראה גם [דיני] משפחה, מיון סוגיות) 70, 328, 329, 446, 467, 469, 482, 483, 521
עושק (ראה עושק)
תום לב (ראה תום לב)
תקנת הציבור (ראה תקנת הציבור)
חופש המצפון והדת 46, 48, 51, 55, 174, 266, 315, 323, 366
גבולותיו 315
[עקרון ה]חוקיות (ראה [משפט] מנהלי)
[משפט] חוקתי (ראה גם ערכי יסוד)
השגת גבולו על־ידי בית־הדין 65
חליצה 239, 253, 274
טובת הילד 28, 69, 76, 82, 107, 115, 128, 143, 157, 178, 184, 190, 219, 310, 328, 380, 399, 405, 425, 426, 441, 451, 454, 455, 456, 458, 459, 465, 471, 474, 475, 479, 483, 485, 507, 550, 563, 595, 601, 602, 624, 626
[כ]עקרון־על (ראה גם תקנת הציבור) 458, 601
[ו]הסכם שיפוי (ראה הסכם שיפוי)
[ו]פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים, פירוק שיתוף)
ידועים בציבור (ראה גם יחסי מין) 58, 115, 116, 120, 148, 311—313, 328, 345, 375, 378
אמצעי לסגירת פערים 116, 148, 313, 345, 355
אשה נשואה 115, 311, 313, 345
'בן זוג', האם כולל... 312
גמלאות 115, 311
הסכם לחיי ידועים בציבור 115, 313, 328
חזקת שיתוף 115, 311
טעמים לדין 116, 148, 313, 345, 355
ירושה 50, 311
מזונות 58, 311
[לעומת] נישואין 115, 311—313, 345, 375
פיצויים 311
[כלפי] צדדים שלישיים 311
שינוי שם 312, 375
יוחסין
מעמד ופגם 73, 74, 96, 115, 120, 166, 208, 246, 257, 259, 260, 267, 300, 340, 516
יושר
המנעות מאכיפת צו מטעמי 97, 175
יחסי מין
אינוס אשה על־ידי בעלה 122, 212
[ב]במשפט הישראלי (ראה גם ידועים בציבור) 55, 58, 65, 74, 94, 115, 120, 313, 328, 345

[ב]דין הדתי 58, 74, 115, 120, 209, 211, 212, 213, 313, 328, 345
יחסי ממון (ראה גם אשה, נכסיה) 130, 310, 329, 336, 338, 376, 389, 390, 392, 585, 586, 617 — 651
איזון משאבים (ראה איזון משאבים)
אשמה 115, 328
[משפט] בינלאומי פרטי 420
[ב]בית־הדין לעומת בית־המשפט 71, 84, 85, 252, 257, 310, 428, 438 — 441
דין אזרחי בבית־הדין 273, 320, 399, 590
[ב]בית־המשפט לעומת בית־הדין 70, 84, 85, 409, 442 — 446, 503, 521
[ה]דין החל (ראה גם הסכמים בין בני זוג) 42, 70, 71, 72, 76, 84, 85, 86, 87, 88, 93, 96, 101, 109, 116, 123, 161, 252, 310, 320, 328, 329, 399, 400, 502, 578, 579 — 581, 590, 644
הלכת השיתוף (ראה שיתוף נכסים)
[ו]הסדרים אחרים בין בני זוג 644
הסכם גירושין (ראה הסכם גירושין וממון)
הסכם ממון (ראה הסכם גירושין וממון)
הפרדה רכושית בין בני זוג 619, 621
[ו]מזונות 650, 651
מתנה (ראה מתנה)
[ודיני] נאמנות (ראה [דיני] נאמנות)
סמכות 3, 8, 26, 27, 30, 108, 109, 189, 390 — 400, 575, 576 — 578, 579 — 581
עקרונות
אשה, מעמדה ושוויונה (ראה גם אשה) 252, 617, 619, 621, 622
הגנת החלש (ראה משפחה)
טובת הילד (ראה גם טובת הילד) 624
טיפוח הבית והמשפחה, הכרה בערכם הכלכלי 252, 619, 620, 622, 623, 648
[שיקולים] כלכליים 619, 620, 622, 626, 630, 648, 649, 650
מאמץ משותף 619, 620, 628, 632, 634, 636, 646, 648, 651
צדק בין בני הזוג 619, 622, 646
שיתוף במשפחה 619, 620, 622, 623, 625, 628, 630, 646
תרומה לרכישת נכסים ולהשבחתם 252
[ודיני] עשיית עושר ולא במשפט (ראה עשיית עושר ולא במשפט)
[במסגרת תביעת] שלום בית 85, 86, 87, 88
ייבום 239, 253, 255, 268, 274
ילדים
אפוטרופסות 4, 143
הסכם, אישורו 426
הגנתם במשבר המשפחתי 111, 112, 114, 128, 134, 135, 308, 310, 405, 441, 450, 549, 563, 594, 611, 624
הורה
אב, זכותו בעובר (בהריון האשה) 64, 122
אבהות (ראה אבהות)
אשה נשואה, תביעת הורות כלפיה 73
הזרעה מלאכותית (ראה הזרעה מלאכותית)
הפרייה מלאכותית (ראה הפרייה מלאכותית)
[הפסקת] הריון (ראה אשה)
זכויות וחבויות 143, 215
החזקה 82, 107, 141, 143, 157, 178, 425, 480, 486, 624
הורה משמורן 134, 141, 143, 486, 624
הסכם (ראה הסכם החזקת (משמורת) קטינים)
זכויות ביקור 143, 486
חטיפה 601
[ועניינים] כספיים 143, 486
סמכות (ראה גם כריכה) 3, 4, 9, 21, 27, 28, 30, 37, 82, 92, 101, 107, 189
פסק זר 601
צו, שינויו 548
הסכם
החזקת (משמורת) קטינים (ראה הסכם החזקת (משמורת) קטינים)
מזונות (ראה הסכם מזונות, ילדים)
חינוך 28, 82, 101, 143, 157, 205
סמכות (ראה גם כריכה) 28
טובת הילד (ראה טובת הילד)
יוחסין (ראה יוחסין)
מזונות (ראה מזונות, ילדים)
הסכם (ראה הסכם מזונות, ילדים)
ירושה
'בן זוג' 50, 311
כושר השתכרות 132, 626, 628, 648, 649, 650, 651
כיבוד הדדי בין ערכאות 5, 9, 10, 12, 88, 109, 616
כפייה 70, 412, 457, 485
כריכה

אוטומטית
החזקת ילדים 21, 27, 28
הצעה לביטול ה... 382, 383 — 403
כללי (אפיון, גישה, התפתחות, מדיניות, מטרה) 3, 7, 8, 9, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 67, 111, 112, 115, 383 — 403, 446, 578
מבחנים
כללי 25, 67
כריכה כדין 25, 27, 28, 578
כריכה כנה 25, 26, 28
מהותיים או פורמליים 26, 38
[ה]סמכות לקביעת מבחני הכריכה 37
תביעת גירושין
דחייתה או סגירת התיק 8, 9, 30, 31
הגדרתה 34
כנה 25, 26, 28, 30
שלום בית ו... 26
[ל]תביעת מזונות 25, 26, 27
[ל]תביעות רכושיות 25, 26, 27, 578
מפורשת 21, 27
חינוך 28
מזונות 25, 26, 27
פירוק שיתוף 578
רכושיות והסכמיות 25, 26, 27, 521, 578
נטל השכנוע 32
עניינים הניתנים ל.. 21, 29, 37, 67, 578
שימוש לרעה בסמכות ה... 38
כתובה 197, 202, 209, 219, 244, 274, 514
מדור (ראה גם בית מגורים)
[ל]אחר גירושין 134, 150, 202
בחירתו וקביעת עדיפויות 205, 210, 211, 237, 526, 600
הבטחתו 598
היקף הזכות ואופיה 523, 526, 537, 540, 541, 543 — 561, 563, 565, 567, 568, 570, 572, 573, 590, 597, 598, 599, 600, 602, 610, 616
הפרדה (ראה גירושין; שלום בית)
הרחקה מן הבית 88, 101, 108, 114, 134, 183, 184, 187, 188, 194, 540, 541, 542, 543 — 574, 590, 598
[כ]אמצעי לסגירת פערים בשיטה 183, 187, 188, 194, 545, 546, 559, 560, 561, 562, 564, 565, 567, 573
ביקורת על אופן השימוש בצו והיקפו 184, 540, 549, 550, 551, 554 — 574
מטרות 184, 187, 188, 539, 540, 544 — 553, 559 — 568
סמכות 540, 541, 543, 544, 545, 546, 551, 553, 555, 556, 558
שיקולים למתן הצו 184, 187, 194, 541, 544 — 553
[ו]שלום בית 88, 539, 540, 541, 551
[צו ל]מגורים משותפים 88, 108
סילוק יד 101, 108
סמכות 540, 544, 551, 555, 556, 597
[ו]פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים)
פרשנות 545, 547, 549 — 551, 555, 557, 558, 560, 572
מוניטין 132, 626, 628, 631, 632, 633, 648, 651
מורד 101, 202
מורדת 12, 14, 15, 16, 17, 37, 109, 150, 202, 206, 211, 524, 525, 526, 530
מושב 4, 67, 104
מזונות 182, 183, 185, 187, 192
[כ]אמצעי להשגת מטרות אחרות 185, 187, 192, 257, 295, 302, 382, 434, 510 — 521, 522, 532, 533, 534, 535, 559, 561, 629, 650, 651
אשה
[לאחר] גירושין 197, 219
[כש]היא עמו 136, 523 — 527, 530, 531, 537
הוצאות משפט 109
הכנסות, התחשבות בהן (ראה עובדת)
כפייה בדרך ברירה (ראה גט, כפייה)
מורדת (ראה מורדת)
מורדת ממלאכה 206, 213
מעוכבת מחמתו 136, 172, 295, 368, 511, 515, 516, 520, 528
[ו]מעשה ידיה (ראה מעשה ידיה)
[ב]נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)
סדרי דין 157
סעיף 2א לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) 334
סמכות (ראה גם כריכה) 3, 7, 8, 20, 21 — 23, 25, 26, 27, 30, 31, 121, 189, 402, 533, 540, 552, 602
עובדת 129, 136, 236, 240, 302, 332, 334, 344, 295, 528, 532, 533, 597
עולה עמו ואינה יורדת 212, 235, 600

פירות נכסי מלוג (ראה גם אשה, נכסיה) 84, 123, 203, 210, 332, 334
קיזוז ממזונותיה 206, 295, 302, 332, 528, 532, 533, 597
ראיות 522, 523, 525, 526, 527, 529, 531, 537
רכוש, התחשבות בו (ראה גם פירות נכסי מלוג) 332, 334
[ב]בית־הדין לעומת בית־המשפט 83, 523 — 533
[ב]בית המשפט לעומת בית־הדין 83, 523 — 533
דיון מזונות, היקפו ואופיו 185, 192, 561, 565

הגנות
[כשאינה עמו (ראה [כש]היא עמו)
איסור דתי 58
הפרת הסכם גירושין 443, 506
התנהגות האשה 12, 16, 241, 276
זינוי 12, 41
חיוב בגט 12, 15, 16, 17, 49, 80, 368
מרדות האשה (ראה גם מורדת) 12, 15, 16, 17
עוברת על דת (ראה עוברת על דת, מזונות)
פסק גירושין 12, 15, 17, 197
שלום בית 15, 16, 17

הסכם (ראה הסכם מזונות; הסכם שיפוי)
הפחתתם 83, 483, 484
שינוי נסיבות 83, 483

הצמדה 83, 273, 484
זמניים 8, 12, 83
ילדים
בגיר 138, 141
דמי טיפול 139, 143
[מ]הזרעה מלאכותית 74, 115
היקף החובה (ראה גם הסכם שיפוי) 137, 138, 139, 140, 141, 143, 203, 310, 483
הסכם (ראה הסכם מזונות; הסכם שיפוי)
הפחתת מזונות 138, 141
חלוקת האחריות והנטל בין ההורים 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 348, 459
מקור החובה (דין אישי והחוק) 137, 139, 141, 274, 310, 335, 348
סמכות 3, 29, 38, 92, 189, 455
סעיף 3א לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות) 139, 140, 335, 348
קיזוז מזונות האשה ממזונות הילדים 109
שיפוי (ראה הסכם שיפוי)
מדור (ראה מדור)
מספר תיקים 20
מעשה בית־דין 12, 14, 15, 18, 80, 103, 340, 361, 521
[ב]נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)
[ב]נישואין פרטיים (ראה נישואין, פרטיים)
פסק מזונות
הוצאה לפועל 121
שינוי הפסק 83, 88, 482, 485, 486, 548, 600
[וחלוקת] רכוש 650, 651
שיעורם 83, 124, 137, 138, 139, 140, 141, 483, 485, 486
שיפוט
ברירת שיפוט (ראה פערים, מירוץ סמכויות)
[עקרון ה]תמיכה 621
מיטלטלין (ראה גם שיתוף נכסים) 86, 576, 583, 588, 589
מי יהודי (ראה דת ומדינה, חקיקה דתית)
מיקוח, כוח ה..
איזון כוח המיקוח 23, 118, 122, 136, 140, 142, 143, 179, 180, 308, 404, 405, 406, 410, 415, 429, 446, 447 — 450, 459, 474, 480, 483, 492, 493, 494, 496, 507, 541, 542, 560, 567, 584, 585, 617, 636, 648
[ל]אשה 118, 119, 120, 121, 122, 124, 127, 128, 130, 132, 133, 135, 136, 140, 142, 143, 148, 162, 169, 348, 387, 404, 423, 459, 462, 474, 541, 542, 560, 584, 585, 617, 636, 648
השפעות על כוח המיקוח
איזון משאבים 133, 617
[מעמד ה]אשה (ראה אשה)
גירושין (ראה גם גירושין, מצוקות הגירושין) 117 — 121, 127, 128, 133, 134, 135, 148, 404 — 408, 423, 542, 617
[ו]דירת מגורים 134
החזקת ילדים 143
הסכמים בין בני זוג ופסילתם (ראה גם הסכמים בין בני זוג) 135, 404, 405,

406, 408, 423, 424, 425, 433, 441,
446, 447 — 450, 459, 462, 480,
483 — 485, 492, 493, 494, 496, 501,
507, 510 — 521
הסכם ממון (ראה **הסכם גירושין וממון**,
[כ]אמצעי להקלת גירושין)
העדר הכרעה בבית־הדין (ראה **בית־דין**)
העדר פורמליות בהליכי בית־הדין 101
[צו] הרחקה מן הבית 567
מזונות 83, 124, 136, 137, 139, 140,
348
מירוץ סמכויות (ראה **פערים**)
נכסי שיתוף 132, 617, 636
פגמים בדיון השיפוטי 121, 387, 542
פירוק שיתוף (ראה **שיתוף נכסים**)
[באמצעות תביעת] שלום בית 96
תלות כלכלית 124 — 129
חשיבותו והשלכותיו 117, 118
[ו]ערכאת השיפוט 17
[משפט] מנהלי
[עקרון] דל"ת האמות של המטרה 50
החלתו על בית־הדין, הדין הדתי ורשויות
דתיות 50 — 53, 61, 321, 323, 376
[ו]זכויות קנייניות 598
[עקרון ה]חוקיות 50
מניעות (ראה **השתק**)
מעשה בית דין
(מ)בית־דין לבית־משפט
מועד ההחלטה 12, 17
מיון 14, 15, 16, 17
ממצא 11, 12, 14, 15, 16, 17, 80, 597,
602, 616
[ב]נישואין אזרחיים 18, 80, 103, 340,
361, 521
[ב]עילה מן הדין האזרחי 18, 80, 103,
521
סיכול החלטת בית־הדין 16
[מ]בית־משפט לבית־דין 12
היקפו 16 — 19, 39, 80, 602, 616
השתק עילה 17, 18, 80, 521
השתק פלוגתא 15, 16, 17, 18, 597, 602
מדיניות, מטרה ותחולה 5, 11, 12, 19
סתירתו 16, 17, 80
[ו]סמכות 12
עילה 11, 80, 480, 521
שינוי נסיבות 16, 17, 80, 480
תוצאתו 15
מעשה ידיה 90, 101, 206, 218, 235, 236, 295,
302, 332, 334, 528, 531, 532, 533, 597
מקרקעין (ראה גם **שיתוף נכסים**)
הגנת הדייר (ראה **הגנת הדייר**)
זכות ב.. 576
פיצול זכויות 589
התנגשות זכויות 589, 590
חוזה
[דרישת ה]כתב 417, 431
התחייבות לעשות עסקה (ראה **עסקה**)
חזקה
ייחודית 609 — 615
עסקה 417, 576
התחייבות לעשות עסקה 576
פנקס ה... 576
רשיון 590
שיתוף (ראה **שיתוף נכסים**)
מרשם אוכלוסין (ראה גם **נישואין, רישום**) 372
נישואי איסור, רישומם (ראה **נישואין, פרטיים, רישום**)
משמורת קטינים (ראה **ילדים, החזקה**)
[דיני] משפחה
[והמשפט ה]אזרחי, התאמתם 338, 340, 342,
354, 359, 368, 376, 380, 608, 615, 636
בית־המשפט
מעורבות שיפוטית (ראה **בית־משפט, איפוק וריסון וכן חקיקה שיפוטית; הסכמים בין בני זוג, חופש חוזים מול התערבות שיפוטית; פערים, סגירתם**)
שיקול דעת מתקן (ראה **בית־משפט, שיקול דעת**)
[ודיני] חוזים (ראה **דיני חוזים; הסכמים בין בני זוג**)
מיון סוגיות 70, 328, 446, 467, 469, 482,
483, 521, 579, 580
[והמשפט ה]מנהלי (ראה **[משפט] מנהלי**)
[ודיני] נזיקין (ראה **[דיני] נזיקין**)
סדרי דין חשיבותם 190, 384, 392
[ודיני] עבודה (ראה **[דיני] עבודה**)
[ודיני] עונשין (ראה **[דיני] עונשין**)
[והמשפט] הציבורי 621
[ודיני] קנין (ראה **[דיני] קנין; שיתוף נכסים**)
פורמליזם ומהות 26, 38, 101, 135, 409,
410, 411, 413, 415, 416, 420, 421,
423, 425, 430, 432, 433, 453 — 454,
486, 495, 502, 508, 573

פיצול הדינים 39, 71, 78, 81—86, 295, 310, 313, 317, 318, 326, 328, 329, 330, 331, 338, 340, 342, 359, 368, 438—446, 521, 523—534, 537, 539, 540, 541, 542, 543, 544—553, 558, 568, 573, 578, 579—581, 585, 597, 602, 616
משפחה (ראה גם [דיני] משפחה; יחסי ממון, עקרונות)
אוטונומיה של בני זוג (ראה הסכמים בין בני זוג, חופש החוזים מול התערבות שיפוטית)
[מערכת] אזרחית מקבילה 19, 58, 74, 170, 179, 320, 341, 354, 562
אחריות אזרחית בדיני משפחה 19, 170, 179־180, 181, 303, 320, 326, 368, 381, 382, 496, 501, 509, 538, 558, 560, 575, 586, 616
איזון אינטרסים (ראה איזון אינטרסים)
איזון בין המינים 218, 219, 269, 542
אילוצים חיצוניים, השפעתם 128, 133, 625
[גישה] אינטגרטיבית והיבט כולל לסכסוך במשפחה 20, 114, 140, 180, 181, 182—190, 332, 348, 382, 391, 392, 397, 462, 536, 538, 543, 554, 557, 558, 560—568, 572, 573, 575, 581, 588
אינטרסים חברתיים ודפוסים חברתיים 239, 250, 251, 345, 353, 441, 646
אלימות במשפחה (ראה גם מדור, הרחקה מן הבית) 184, 187, 213, 535, 536, 537, 538, 541, 542, 544, 545, 546, 548, 549, 553, 554, 557, 559, 565, 567, 572, 573, 611, 612
אמצעים ומטרה (ראה פערים, אמצעי עקיפין)
[מעמד ה]אשה (ראה אשה)
גירושין, מצוקות (ראה גירושין, מצוקות הגירושין וההתדיינות)
דין, פיצולו (ראה משפחה, פיצול הדינים)
הגנת החלש (ראה גם אשה; טובת הילד; ילדים, הגנתם; [חוק] שוויון זכויות האשה) 179, 447, 450, 533, 611, 612, 619, 622, 630
הגשמת אושר אישי וחופש בחירה 156, 166, 304, 308, 500, 620, 625
ההליך הנבחר כביטוי לשבר במשפחה 183, 190, 195, 392, 563
הסכמים בין בני זוג, עידודם (ראה גירושין, הסכמה; הסכמים בין בני זוג, חופש החוזים מול התערבות שיפוטית)
זכויות מוקנות של בני זוג 340, 341
חופש ההתנאה במשפחה (ראה גם הסכמים בין בני זוג, חופש החוזים) 115, 135, 179, 196, 204, 219, 269, 310, 328, 400, 407, 409, 425—433, 434
חלוקת תפקידים במשפחה 126, 129, 148, 168, 203, 204, 205, 226, 228, 617, 620, 622, 623, 625
טובת הילד (ראה טובת הילד)
[גישה] טיפולית שיקומית 20, 133
יחסי ממון, עקרונות (ראה יחסי ממון, עקרונות)
יחסי הכוחות במשפחה (ראה גם אשה, מעמדה; מיקוח, כוח ה...) 183, 184, 187, 210, 542, 560, 563, 564, 565, 567, 568, 572, 573
כבוד הדדי בין בני זוג (ראה בן זוג)
[תיקון] כוח המיקוח (ראה מיקוח, כוח ה...)
[ב]מבוי סתום 380, 381, 573
מהות ופורמליזם (ראה [דיני] משפחה, פורמליזם ומהות)
[ו]מוסר (ראה גם יחסי מין) 362, 385, 441, 549, 551
[עקרון] סגירת הפערים 191-195, 196, 198, 307—309, 319—323, 354, 355—363, 364, 381, 382, 501, 560—564, 575
סדרי דין, חשיבותם (ראה [דיני] משפחה)
סטאטוס ללא שיתוף ('הצדף הריק') 128, 415, 441, 611
סעדים כביטוי להסדר כולל של מערכת היחסים במשפחה 183, 186, 187, 559—565
פורמליזם ומהות (ראה דיני משפחה, פורמליזם ומהות)
ציפיות בני זוג 341, 468, 472, 623
שוויוניות (ראה אשה)
שיקומה 20, 96, 133, 219, 441, 563, 573, 602, 617
שיפוט (ראה בית־דין; בית־משפט; פערים, מירוץ סמכויות)
[רעיון ה]שיתוף במשפחה 619, 620, 622, 623, 625, 628, 629, 630, 646

שלמות המשפחה והרמוניה חברתית וקהילתית (ראה גם שלום בית, דין דתי) 156, 184, 212, 217, 218, 219, 353, 375, 573, 584
שמרנות או שינוי 362
מתנה 84, 101, 457
[דיני] נאמנות 641, 647, 651
[דיני] נזיקין
בין בני זוג 204, 316, 417
[ב]דין הדתי 90, 214
הגנת הפרטיות
בבית־הדין 62
[ו]זכויות אחרות 589, 590
פיצויים
כאב וסבל 626
כושר השתכרות 626, 638, 651
כללי 626
פנסיה 636, 638
רשלנות 417
נישואין (ראה גם סטאטוס)
אזרחיים 43, 45, 49, 50, 52, 79, 80, 103, 104, 115, 148, 169, 171, 175, 193, 295, 305, 318, 325, 330, 340, 353, 356, 366, 368, 369, 370, 562
[ב]בית־הדין ובדין הדתי 79, 80, 172, 175, 259, 273, 305, 340
גירושין 79, 169, 259
[כעילת] גירושין 18, 52, 80, 169, 175, 295, 305, 340, 516
[כעילת] היתר נישואין 52, 80, 169, 175, 193, 318, 331, 340
הכרה 43, 45, 50, 80, 115, 148, 320, 325, 330, 340, 353, 366, 371, 562
מזונות 18, 43, 49, 80, 103, 340, 356, 368
מעשה בית דין 18, 80, 103, 340, 361, 521
סמכות (ראה סמכות, נישואין אזרחיים)
[זכויות] רכושיות 80, 340
אשה (ראה אשה)
[הצהרת] בטלות 79, 80
ביגמיה (ראה גם נישואין, היתר) 76, 122, 250, 268, 274, 311, 314, 315, 318, 331, 345
גיל 122, 274, 314, 317
קידושי קטינה 215
גמירת דעת 202, 269
היתר 45, 52, 76, 119, 122, 152, 169, 199, 317, 318, 331, 542
התרת נישואין (ראה גירושין)
כשרות 46, 74, 115
ענייני נישואין (ראה סמכות, 'ענייני נישואין וגירושין')
עריכתם (ראה גם נישואין, אזרחיים; נישואין, פרטיים) 49
פרטיים 48, 50, 51, 53, 55, 56, 57, 79, 115, 148, 165, 174, 194, 271, 295, 300, 323, 324, 341, 351, 353, 355, 366, 376, 378, 379, 562
[כ]אמצעי לסגירת פערים 148, 194, 323, 324, 376, 379, 562
הסכם ממון 376
מזונות 57, 295, 340, 341, 376
רישום 48, 50, 115, 174, 271, 323, 324, 376
פנויי חיתון 51, 56־57, 295, 351, 366, 376, 379
פסולי חיתון 50, 51, 53, 55, 57, 174, 271, 295, 341, 351, 353, 355, 366, 376, 379
קומון לאו 49, 367
קידושין 202, 212, 215, 260
על־תנאי 249
קידושי קטנה 215, 233
תנאי בקידושין 249
רישום 46, 49, 50, 66, 310, 323, 324, 325, 369, 372, 376, 379
שם 310
תערובת 43, 49, 50, 59, 79, 81, 104, 105, 176, 310, 367, 377, 378
סדרי דין
בבית־הדין (ראה בית־דין, סדרי דין)
בבית־המשפט
[ה]דין החל (ראה ראיות, [ב]בית־המשפט)
חשיבותם (ראה [דיני] משפחה, סדרי דין)
סטאטוס
[ו]גילוייו 57, 340, 341
הגדרה אזרחית 50, 105, 376
הכרה אזרחית (ראה גם נישואין; אזרחיים; פרטיים; תערובת) 43, 50, 51, 105, 115, 148, 170, 320, 325, 340, 341, 347, 349, 353, 366, 376, 562
[לצורך] התרת נישואין 104, 310
ודאות ה 51, 366, 374, 379

[ו]חוזה 407
פיצול 18, 19, 103, 104, 105, 330, 331, 347, 349, 361, 366
מניעתו (ראה מעשה בית־דין)
סמכות
אבהות (ראה אבהות)
אגבית (ראה נגררת)
אזרחות (ראה אזרחות)
איזון בין סמכויות (ראה גם מקבילה) 5, 35, 521
ביד״מ 5
ברירה (ראה גם מקבילה; כריכה) 3 — 7, 20, 23, 31, 35, 121, 401, 402
החזרת סמכות (ראה גם תביעה) 7, 8, 35
גירושין (ראה גירושין)
הסכמה 3, 578
הסכמי גירושין וממון (ראה הסכמי גירושין וממון)
הפרדת סמכות
[בין] בית־המשפט לבית־הדין 388 — 403, 585
[בין] ענייני גירושין לעניינים הנילווים 388 — 403, 585, 586, 588
השתייכות דתית (ראה עדה דתית)
התלייתה 5, 6, 7, 8, 9, 10
התרת נישואין (ראה גירושין)
חריגה מסמכות (ראה בג״צ, פיקוח שיפוטי)
טריטוריאלית 4
יחסי ממון (ראה יחסי ממון)
ייחודית 3, 12, 21, 70, 79, 81, 366, 386, 444, 446, 533, 540, 557, 579, 580, 597
ילדים (ראה ילדים, החזקה; חינוך; מזונות, ילדים)
כיבוד הדדי בין ערכאות (ראה כיבוד הדדי בין ערכאות)
כפיפות לשיפוט 7
מוסלמים 3, 315
כריכה (ראה כריכה)
מושב (ראה מושב)
[ב]מזונות (ראה גם כריכה)
אשה (ראה מזונות, אשה)
ילדים (ראה מזונות, ילדים)
כללי 3, 6, 7, 8, 9, 10
מקבילה 3, 5, 6, 7, 8, 21, 70, 386
איזון בין סמכויות 5, 6, 7, 8
[ב]נישואין אזרחיים 79
נגררת 17, 172, 323, 368, 533, 596, 602
[כ]מעשה בית־דין 17
נמשכת 9, 38, 446, 480
סעדים
[ב]בית־הדין (ראה בית־דין)
[ב]בית־המשפט (ראה בית־המשפט)
[כ]מבחן סמכות 576
עדה דתית (ראה עדה דתית)
עילה (ראה גם מעשה בית־דין) 3, 70, 93, 480
עיקר וטפל 37, 92, 403, 533
'ענייני נישואין וגירושין' 3, 4, 51, 58, 64, 70, 72, 76, 77, 79, 81, 84, 87, 91, 92, 93, 328, 366, 397, 428, 437, 444, 446, 521, 533, 540, 552, 556, 557, 558, 579, 580, 585
פורמליזם ומהות 26, 38
פרשנות חיקוקי סמכות (ראה גם נישואין, 'ענייני') 67, 72, 77, 92, 95
פרשנות מצמצמת של סמכות בית־הדין (ראה בית־דין, פרשנות)
שיורית 397, 577
שימוש לרעה ב... (ראה גם בית־משפט, שימוש לרעה בהליך השיפוטי; תום לב) 545
שיתוף נכסים (ראה שיתוף נכסים)
שלום בית (ראה שלום בית)
תזכיר לתיקון חוקי סמכות 357
[דיני] עבודה
[ודיני] משפחה 125, 129
עבודת נשים, הגנת החוק 129
פיצויי פיטורין 129, 132, 636
פרישה
גיל 129
פנסיה (ראה שיתוף נכסים, נכסי השיתוף)
שוויון הזדמנויות 129
עדה דתית 3, 10, 46, 49, 105, 310, 366, 374
בית־דין 3
המרה 4, 10, 49, 310, 366
השתייכות ל... 4, 49, 105, 310, 366, 374
עדים (ראה ראיות)
עוברת על דת 226, 241, 242, 255
גירושין 241, 242
מזונות 12, 15, 17, 226, 241
מעשה בית־דין 12, 15, 17
ניצול הדין לרעה 255

[דיני] עונשין
[ל]הסדר סוגיות בדיני המשפחה 64, 72, 76, 122, 314—317, 331
ביגמיה (ראה נישואין)
גיל נישואין (ראה נישואין)
גירושי אשה בעל כורחה (ראה גירושין)
הפסקת הריון (ראה אשה)
תחולתם בענייני המעמד האישי ועל בית־הדין 62, 64, 66, 72
עושק 135, 412, 457, 487—502
עיקר וטפל (ראה סמכות)
ענייני נישואין וגירושין (ראה סמכות)
ערבות 457, 463—469, 472, 475, 476, 477, 478, 479
ערכאות
[ב]דין הדתי 162, 380
ערכי יסוד של החברה הישראלית
איזון אינטרסים (ראה גם איזון אינטרסים) 589
הטלתם על הדין הדתי (ראה פרשנות חקיקה דתית על פי...)
יחסיים או מוחלטים 589
פרשנות חקיקה דתית על פי... 44—49, 50, 51, 54, 62, 67, 76, 98, 99, 174, 297, 298, 303, 306, 321, 323, 341, 343, 358, 364, 379, 380
גבולותיה: כללי 49, 343
גבולותיה: מטרה פרטיקולרית נחושה 365—369, 379
שוויון זכויות בין המינים (ראה אשה, שוויון)
עשיית עושר ולא במשפט (ראה גם יושר) 589, 629, 643—646, 650, 651
פיקוח שיפוטי (ראה בג"צ; בית־דין)
פנסיה 132, 617, 627, 631, 634—647
פערים בין סמכות ודין להתנהגות ולאידיאולוגיה
איסורי חיתון (ראה איסורי חיתון)
אמצעים דתיים ותוצאה 164—168, 294, 297, 298, 299—302, 441, 542
אפלייה בין בעלי דין 110, 398, 399, 578, 597, 622
[מעמד ה]אשה בחברה מודרנית (ראה גם אשה) 126, 127, 129, 148, 380, 532, 541, 542
ביקורת על הפערים בין דין למציאות 171, 172—178, 323, 324, 354, 355, 356, 357, 361, 368, 500, 501, 554־555, 567, 572—574
גירושין (ראה גירושין, מצוקות הגירושין)
דיון מקוטע והעדר גישה אינטגרטיבית (ראה [דיני] משפחה, [גישה] אינטגרטיבית)
דין דתי מול המציאות החילונית 1, 119, 121, 144—152, 153, 154, 158, 159—168, 178, 200, 203, 215, 217, 219, 243, 246, 251, 256, 263—268, 270, 271, 279, 281—293, 294—306, 323, 324, 326, 351, 354, 359, 362, 370, 376, 380, 500, 532, 539, 541, 542
דין דתי וציבור חילוני 1, 152, 153, 165, 166, 167, 265, 270, 271, 281, 282—293, 297—306, 326, 343, 354, 356, 359, 380, 539, 542
דין הספר ודין החיים 1, 156, 166, 191, 319
דין ועקרונות, העדר התאמה 1, 328—341
[עם] משפט אזרחי 338, 359
דיין (ראה גם דת ומדינה) 153, 154, 155, 291—293
[ו]ציבור היעד 145, 152, 165, 166—168, 281, 283, 287, 288, 292, 293, 304, 359, 380, 539, 542
[ב]חברה דמוקרטית 147, 191, 281, 282, 283, 297, 298, 326, 354, 357, 542
[בין ה]חוקי ללגיטימי (בין נורמה משפטית לחברתית) 156, 191, 281, 359, 542
חלל ריק 339—341, 380, 381
כוח מיקוח לא מאוזן (ראה מיקוח, כוח ה...)
מירוץ סמכויות ופיצולן 3—7, 10, 12, 20, 21־22, 78, 104, 111—114, 117, 121, 157, 182, 278, 383—403, 406, 428, 563, 579, 580, 585, 616
מיתוס ומציאות 1, 96, 372, 375, 378, 441, 541
מסר כפול 1, 58, 74, 115, 116, 126, 313, 326, 353
נורמה דתית בחברה חילונית 1, 115, 116, 119, 144—151, 152, 153, 154—156, 158, 159—168, 178, 191, 196, 246, 256, 266, 267, 271, 279, 281, 291, 292, 293, 264—306, 343, 351, 354, 359, 542, 573
ניצול ההלכה לרעה (ראה הלכה)
סגירת פערים בין דין למציאות (ראה גם דין דתי, מעמדו) 1, 170, 170א, 179, 180, 191—195, 307—379, 380, 381, 382, 501, 560—564, 572—574, 575, 605

אידיאולוגיה (ראה בית־משפט, [ועניינים] אידיאולוגיים)
איפוק וריסון שיפוטי מול מעורבות (ראה בית־משפט)
אמצעי עקיפין להשגת מטרה: כללי (ראה גם גירושין, אמצעי עקיפין) 116, 185, 186, 187, 191, 192, 194, 277, 295, 297, 302, 304, 322, 323, 324, 346, 353, 355, 356, 382, 554, 561, 562, 567, 615, 636, 648
ביקורת על סגירת הפערים 353, 354, 358—363, 562
[ב]בית־הדין (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
[ב]בית־המשפט (ראה גם בית־משפט, חקיקה שיפוטית) 191, 193, 319—325, 332, 338—349, 350—363, 364—381, 382, 501, 608, 636
בעיותיה ומגבלותיה 52, 179, 180, 294, 295, 297, 298, 299—306, 327—349
גבולותיה 49, 350—353, 364—381
[באמצעות] גט וכפייתו (ראה גם גט, כפייה) 148, 166, 192, 295, 296, 304, 318, 346
[ב]דין הדתי (ראה הלכה, שינוייה ועיצובה)
[בין ה]דין הדתי למשפט האזרחי 340, 368
[בדרך] היקש 180
[באמצעות] הסכם נישואין 510—521
[באמצעות] הרחקה מן הבית (ראה מדור, הרחקה מן הבית)
[באמצעות] התאמת דין דתי למציאות חילונית 145, 151, 165, 167, 263—268, 271—278, 279—293, 294—306, 359, 380
[באמצעות דיני ה]חוזים (ראה הסכמים בין בני זוג, התערבות שיפוטית מאוחרת; [דיני] חוזים, [ל]הסדר דיני המשפחה)
[באמצעות] חקיקה ישירה ועקיפה 310—318, 333—337, 357, 359, 364, 380, 381, 585
[באמצעות] ידועים בציבור (ראה ידועים בציבור)
[שמירת] כללי משחק בשיטה המשפטית (ראה בית־משפט, [ועניינים] אידיאולוגיים) 179, 343, 369, 370, 372, 373, 376, 381
[דיני] מזונות (ראה מזונות, [כ]אמצעי להשגת מטרות אחרות)
[באמצעות דיני] נזיקין 316
[באמצעות] נישואין אזרחיים (ראה נישואין, אזרחיים)
[באמצעות] נישואין פרטיים (ראה נישואין, פרטיים)
[באמצעות] נכסי שיתוף (ראה שיתוף נכסים, נכסי השיתוף)
[באמצעות דיני] עונשין (ראה [דיני] עונשין)
עצמאות הערכה האזרחית (ראה בית־משפט)
[באמצעות] פיקוח חילוני (ראה דת ומדינה, חקיקה דתית)
[ו]פירוק שיתוף (ראה שיתוף נכסים, פירוק שיתוף)
פערים חדשים כתוצאה מסגירת פערים 342—349
[באמצעות] פרשנות (ראה גם מדור, פרשנות) 180, 295, 321, 324, 332, 349, 346, 365—369
[באמצעות] שלום בית 96, 99, 277
[פגיעה ב]שלטון החוק 353
תביעה לסגירת פערים 171, 172, 178, 323, 324, 380
[במישור ה]תוצאה להבדיל מהכרעה עקרונית 341, 343, 370—378, 381
תחליפי גירושין (ראה גירושין)
תמריצי גירושין (ראה גירושין)
סחטנות 121, 128, 133, 148, 161, 162, 167, 390, 405, 429, 474, 492, 493, 496, 560
סלקטיביות ההסדר (ראה גם [דיני] משפחה, [גישה] אינטגרטיבית) 140, 348
עשיית דין עצמית 112
פיצול דינים (ראה [דיני] משפחה)
ריבוי התדיינויות ותוצאותיה (ראה מירוץ סמכויות)
תמריץ שלילי לפיוס בין בני הזוג 113, 180, 383, 396, 537

פרשנות
אחידות נורמטיבית 62
בג"צ
מחייבת את בית־הדין 69
מרחיבה סמכות הפיקוח השיפוטי (ראה בג"צ, פרשנות מרחיבה)
בית־דין
פרשנות מצמצמת (ראה בית־דין)
גירושין
פסק 30
תביעה 34
'דין אישי' 41, 77
דין תורה 49, 369
[חוק] הגנת הדייר 612 — 615
הסכם ממון
הגדרתו (ראה הסכם גירושין וממון)
צורתו (ראה הסכם גירושין וממון, אישורו)
חקיקה אזרחית טריטוריאלית 60, 62, 67 — 69, 72, 76, 77, 84, 310, 332, 334, 399
טובת הילד (ראה טובת הילד)
כריכה 37, 67
מדור (ראה מדור)
מטרה חקיקתית 62, 69, 349, 365 — 369
נחושה 365 — 369, 379
'נכס' 627 — 629, 633, 634, 637 — 640, 649, 651
[חוקי] סמכות (ראה סמכות)
[לפי] ערכי היסוד (ראה ערכי יסוד)
'רשאי' 533, 596
[על־פי] שיקולים ערכיים (ראה גם טובת הילד) 69, 342, 350, 492
צדדים שלישיים (ראה גם איסורים דתיים; יחסי מין) 540, 549
צוים נגד... 50, 55, 66, 89, 90, 97, 98, 297, 328
[כללי] צדק טבעי 39, 50, 55, 62, 76, 98, 178
קידושין פרטיים (ראה נישואין, פרטיים)
[דיני] קניין (ראה גם שיתוף נכסים)
[ו]דיני משפחה, השפעתם 590
מדור (ראה שיתוף נכסים, פירוק שיתוף)
[ו]פירוק שיתוף (ראה גם שיתוף נכסים) 575, 579 — 581, 582 — 583, 585, 586 — 587, 608, 613 — 615
שלום בית (ראה שלום בית)
[ה]דין החל (ראה גם יחסי ממון) 42, 70, 72, 76, 84, 93, 320, 575
הגנת הדייר (ראה הגנת הדייר)
[ו]זכויות אחרות 589, 590
ראיות
[ב]בית־הדין
קבילות על־פי המשפט האזרחי 62, 77
עדים, בדין הדתי
אשה (ראה אשה)
כללי: פסלות עדים 48, 165, 174, 178, 227, 228, 258, 271, 283, 300, 324, 380
מחללי שבת 165, 178, 271, 300, 324, 380
[דין] מרומה 301
[ב]בית־המשפט 11, 41, 83, 173, 353, 355, 529, 531
רבנות ראשית 144
[ו]רושמי נישואין 49, 369
רבנים ראשיים
[ו]היתר נישואין 45, 52, 76, 318, 331
רושם נישואין (ראה נישואין, רישום)
רשיון מקצועי 132, 617, 623, 628, 629, 631, 632, 648, 649, 650, 651
רשלנות (ראה [דיני] נזיקין)
[חוק] שיווי זכויות האשה 70, 72, 76, 84, 88, 116, 118, 123, 143, 310, 332, 334, 344, 399
[כ]תקנת הציבור 118, 310
שיתוף נכסים
איזון משאבים (ראה איזון משאבים)
אשמה 328
[ב]בית־הדין (ראה גם פירוק שיתוף) 71, 84, 86, 101, 578
[ה]דין החל (ראה יחסי ממון)
דירת מגורים (ראה בית מגורים)
הגנת שותף מחזיק (ראה הגנת הדייר)
בן זוג לעומת צד זר 615 — 611
חזקה בנכס
ייחודית 609 — 615
חזקת השיתוף 70, 84, 123, 131 — 132, 231, 310, 329, 336, 338, 590, 617, 621, 636, 637, 642
הוכחתה 131א, 131ב
[ו]ידועים בציבור (ראה ידועים בציבור)
סתירתה 131א, 131ג, 132, 636
פירוק שיתוף ב... 579, 586
[ו]צדדים שלישיים 131ב
[ו]רישום נכסים 131א

תחולתה לאחר חוק יחסי ממון 642
תנאיה 131, 131א, 131ב, 131ג
חלוקה אקוויטבילית 627, 628, 632, 634, 650, 651
נכסי השיתוף, חלוקתם 127, 131ב — 132, 617 — 651
[כ]אמצעי לסגירת פערים 132, 617, 636, 638, 648
ביטוח חיים 132, 636
ביטוח מנהלים 132, 636
דירת מגורים (ראה בית מגורים)
הערכת שווי נכסים 626, 632, 635, 639, 649
כושר השתכרות 132, 617, 626, 627, 628, 632, 648, 649, 650, 651
[ו]דיני נאמנות (ראה [דיני] נאמנות)
מוניטין 132, 617, 626, 628, 631, 632, 633, 648, 651
[ו]מזונות 650, 651
מיזוג נכסים 131ג
נכס, הגדרתו ותוכנו 627 — 629, 632, 633, 634, 637 — 640, 649, 651
עירוב נכסים 131ג
[נכסים] עסקיים 131ג
[ודיני] עשיית עושר ולא במשפט (ראה עשיית עושר ולא במשפט)
[נכסי] עתודה כלכלית 617 — 651
פיצויי פיטורין 132, 636, 639
פנסיה 132, 617, 627, 631, 634 — 647
רשיון מקצועי 132, 617, 623, 628, 629, 631, 632, 648, 649, 650, 651
תואר מקצועי (ראה רשיון מקצועי)
תחלוף חפצי 131ג
נכסים משותפים (ראה גם פירוק שיתוף) 421
סמכות (ראה יחסי ממון)
עקרונות (ראה יחסי ממון)
פירוק שיתוף (בנכסים משותפים) 86, 108, 114, 134, 179, 189, 421, 575 — 616
אופן ה... (ראה גם עיכוב ביצוע) 592, 598, 608
[כ]אמצעי לסגירת פערים 575, 580, 585, 605, 615
[ב]בית־הדין לעומת בית־המשפט 86, 87, 88, 96, 109, 161, 578 — 581, 597, 602, 616
[ב]בית המשפט לעומת בית־הדין 86, 87, 88, 96, 109, 161, 578 — 581, 597, 602, 616
[ה]דין החל (ראה יחסי ממון)
[שיקולים ב]דיני משפחה (ראה גם [ו]טובת הילד וכן [וזכות ה]מדור) 179, 587, 588, 590, 591, 595, 605, 608
חזקה בנכס (ראה גם הגנת הדייר) 611 — 615
הגנת הדייר 609 — 615
[כלפי] זכויות אחרות 589, 590
[לעומת פירוק ב]חזקת שיתוף 579, 586
[ו]טובת הילד 595, 601, 602
כריכה (ראה כריכה, מפורשת)
[וזכות ה]מדור 590, 595, 597, 598, 599, 600, 602, 608, 616
[שיקולי] מדיניות 579 — 581, 582 — 585, 610
מיטלטלין 86, 576, 583, 588, 589
עיכוב ביצוע 591, 592, 595, 598, 599, 600, 601, 602, 608
עיכוב דיון 591, 593, 594, 602
סמכות 3, 86, 108, 109, 189, 575, 576 — 578, 579 — 581, 585, 586, 587, 588, 595, 596, 597, 602, 606, 607, 608, 616
[במסגרת דיני ה]קנין 582 — 583, 586 — 587, 588, 591, 601
שיקול דעת בית־המשפט (ראה בית־משפט, שיקול דעת שיפוטי)
[וטענת] שלום בית (ראה שלום בית)
תום לב (ראה תום לב)
שלום בית 55, 64, 65, 66, 85, 86, 87 — 100, 108, 115, 161, 205, 208 — 213, 216, 218, 269, 277, 297 — 298, 438 — 441, 527, 539, 540, 541, 551, 593, 594, 579, 602, 608, 616
[כ]אמצעי לסגירת פערים 99, 168, 277, 298, 322
בית מגורים (ראה גם מדור)
מניעת כניסת צדדים שלישיים 90
גבולותיו הלגיטימיים ותיחומו 55, 64, 65, 66, 88, 89, 92 — 98, 602
דיון, עיכובו בעילת... 593־594, 602, 608
דין דתי 85 — 90, 96, 115, 161, 205, 208 — 213, 216, 218, 269, 277, 438, 539, 540, 541, 551, 579

[ו]החזקת ילדים 92, 100
הסדר התדיינות בין בני זוג (ראה הסדר התדיינות בין בני זוג)
[כלפי] הסכם גירושין 85, 96, 161, 438, 439, 440, 441
[כלפי] הפסקת הריון 64
הפרדה זמנית (ראה גם גירושין) 391, 539
הרחקה מן הבית (ראה מדור)
חוסר סיכוי ל... 88, 119, 247
[ו]מזונות 92, 100
מעשה בית־דין 15, 16, 17
[לעניין] מזונות 15, 16, 17
סמכות 26, 37, 87, 88, 91, 92—95, 540, 541, 551, 557, 602
עיכוב יציאה מן הארץ 66, 89, 95
עיקול בטענת 86, 87, 88, 95, 109, 161, 602
פיקוח משפטי
אופן שימוש בית־הדין בסמכות 95, 97, 602
איסור אכיפת איסור דתי, התנהגות ואורח חיים דתיים (ראה איסורים דתיים)
חריגה מסמכות 88, 92, 95, 602
[ה]יחס בין הסעד לעילה 95, 97, 602
[פגיעה ב]כללי צדק טבעי 98
[צווים כלפי] צדדים שלישיים 66, 89, 98
[מטעמי] צדק ותיקונו של עולם 99, 98
[כלפי] פירוק שיתוף 86, 87, 88, 96, 109, 161, 579, 593, 594, 602, 616
פער בין המושג למציאות 55, 96, 115, 160, 161, 277, 297־298, 441, 539, 541, 594, 602
[כלפי] צדדים שלישיים 89, 98, 328
חופש הפרט 98, 99, 277
ראיות 527, 537
[בענייני] רכוש 93, 95, 96, 100, 602
[צו ל]מגורים משותפים 108
שלטון החוק
[ב]בית־הדין 66
תביעה
בבית־הדין
ביטולה 7, 8
דחייתה 7, 8, 9, 30, 31, 35
התלייתה 121, 157
מחיקתה 7, 8
סגירת תיק 7, 8, 9, 34, 35, 121
גירושין (ראה גירושין, תביעה)
מדור
תביעה נפרדת 597
מזונות ילדים
תביעה נפרדת 453—455
תיק (ראה תביעה)
תום לב
הגדרתו ותוכנו 603, 605
[על] הסכם ממון 417—419, 509
[על] זכות קנייינית 603, 604
[ב]כריכה 38
[ודרישת] כתב בחוזה 417, 418, 420, 431
[בענייני] סדרי דין ותקנות דיון 603
[בענייני] סמכות (ראה גם בית־משפט, שימוש לרעה בהליך שיפוטי) 7, 38, 97, 603
[כ]עקרון־על 418, 603
[ב]פירוק שיתוף 42, 237, 591, 603, 604, 605, 614
[על] פעולה משפטית 603, 604
שימוש לרעה בדין הדתי 160—163
שימוש לרעה בזכות 603, 604
תקיפת עקיפין (ראה בית־דין, פיקוח שיפוטי)
תקנת הציבור 51, 54—59, 61, 65, 135, 174, 176, 310, 315, 321, 323, 341, 376, 378, 457, 459, 487
אזרחית לעומת דתית 51, 54—59, 61, 65, 174, 176, 310, 315, 321, 323, 341, 376, 378, 500
[ב]הסכמים בין בני זוג 135, 457, 459, 471, 487, 496, 500
טובת הילד כ... (ראה גם טובת הילד) 310, 458, 601
שוויון האשה כ.. 118, 310
פסלות עדים כמנוגדת ל.. 48, 174

First edition 1990
First reprint 1996

ISBN 965-306-083-X

©

PAPYRUS
Publishing House
Tel-Aviv University, P.O.B. 39287
Printed in ISRAEL 1996

All Rights Reserved
No part of this book may be reproduced or utilized
in any form or by any means, electronic or mechanical,
including photocopying and recording,
or by any information storage and retrieval system,
without permission in writing from the publisher.

ARIEL ROSEN-ZVI

ISRAELI FAMILY LAW

THE SACRED AND THE SECULAR



PAPYRUS
Publishing House
Tel Aviv University

ARIEL ROSEN-ZVI

ISRAELI FAMILY LAW
THE SACRED AND THE SECULAR