

הלכת ה"כריכה" ו"מירון הסמכויות" והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה

מאת
אריאל רוזן-צבי*

א. פתח-דבר

בחודש כסלו תשמ"ז (דצמבר 1986), הגישה הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה ("ועדת שינבויים") את מסקנותיה לשר המשפטים. אחת מן השאלות הקשות שעמדה להכרעתה של "ועדת שינבויים" היא שאלת סמכות השיפוט בעניינים הכרוכים בתביעת הגירושים. כתב-הסמכות של הוועדה הטיל עליה, בין היתר, את התפקיד לבחון את הליכי ההתדיינות במשפטי אישות במטרה להציע דרכים להקלת סבלם של בעלי-הדין. מלכתחילה ראתה הוועדה בנושא ה"כריכה" עניין שבסמכותה. ברשימת הנושאים הכלליים, העמידה הוועדה על סדרי-יומה, עם תחילת עבודתה, את נושאי הסמכות. משהתעורר עניין ה"כריכה", באקראי, מספר פעמים כמהלך דיוני הוועדה, היה ברור שלא פתרון סוגיה זו לא יהיה ניתן להתגבר על חלק ניכר מן הקשיים שהם מנת-חלקם של המתדיינים בהליכים משפטיים בענייני אישות. זו אחת המכשלות העיקריות הרובצת לפתחם של המתדיינים.

יתרונה של "ועדת שינבויים" היה הרכבה המקצועי הבלתי-תלוי, בראשותו של שופט בית-המשפט המחוזי. משום כך, לא היתה הוועדה בת-חורין להיפטר מן העול הכבד שהוטל עליה. אולם, עקב חילוקי-דעות באשר לסמכותה עליפי כתב-המינוי, לא עסקה הוועדה במליאתה בסוגיית "מירון הסמכויות" (סוגיית ה"כריכה") בין ערכאות השיפוט הדתיות לאזרחיות. המלצות בסוגיה זו הוגשו לשר המשפטים בנספח מיוחד, שנכתב על-ידי כותב רשימה זו; נספח זה לא הועמד להכרעת הוועדה והוא משמש בסיס לרשימה זו.²

נקודת-המוצא המקצועית לנחיצות הסדר בסוגיית "מירון הסמכויות" כפולה:

1. בבחינת הדרכים להקלת סבלם של בעלי-הדין אי אתה רשאי להתעלם מאחד הגורמים המרכזיים לסבל זה.
2. הנצחת המצב הקיים תמנע את הסדרם היסודי של סדרי ההתדיינות ושל הליכי ההתדיינות בענייני אישות. התופעה של "מירון 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, והרי למטרה זו מונתה "ועדת שינבויים" ולמניעתן של תופעות כאלה הקדישה חלק ניכר ממאמציה. אם ימשיכו התיקונים המוצעים על-ידי "ועדת שינבויים" לעמוד

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

- 1 הוועדה מונתה על-ידי שר המשפטים ביום כד בכסלו תשמ"ג (10/12/82), ועם תכריח נמנו: השופט א' שינבויים (י"ר), השופט א' מלמד, עו"ד ש' בוקובסקי, עו"ד ע' הלל, עו"ד א' מנוסביץ, עו"ד א' קורץ, פרופ' נ' רקובר וכותב רשימה זו.
- 2 "הערות חברים בוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה בעניין הסמכות הנכרכת" מצורף כנספח לדו"ח "ועדת שינבויים".
- 3 בין יתר המלצותיה, ריכזו כל סמכויות כתיב-המשפט האזרחיים באגף לענייני משפחה

בצילו של "מירוץ הסמכויות", הם ייהפכו בחלקם, ואולי אף ברובם, ל"הלכתא דמשיחא". אין כל אפשרות לממש את המלצתה העיקרית של "ועדת שינבוים", דהיינו: ריכוז סמכויות בענייני משפחה בבית-המשפט המחוזי, כמתכונת בית-משפט למשפחה, בלי לבטל את הלכת ה"כריכה". המלצה זו והלכת ה"כריכה" הם תרתי דסתרי.

יתר-על-כן, תיקונים כאלה עלולים אף להחריף את "מירוץ הסמכויות", הואיל והם עשויים להוביל את כן-הזוג להקדמת המועד לנקיטת צעדים לא רצויים על-מנת ליהנות מיתרונות ההתדיינות בערכאה זו או אחרת או כדי להשיג את סיכולם של יתרונות כאלה.

היקף סמכותם של בתי-הדין הרבניים מוצג תמיד כבעיה פוליטית הקשורה לסטטוס קוו בענייני דת ומדינה.⁴ אין כל הצדקה עניינית להעמדה כזו של דברים. אולם, היא אשר היא המצב לגבי ייחודם של נישואים וגירושים דתיים ולגבי קיומה העקרוני של סמכות בתי-הדין הרבניים בענייני נישואים וגירושים, אין הסוגיה הספציפית של ה"כריכה" בתביעת גירושים עניין פוליטי הקשור ביחסי דת ומדינה. היא אף אינה עניין דתי. זו שאלה מקצועית, שפתרונה מתחייב, מנקודת-מבט משפטית, לשם הסדרת התווה ובוהו השורר בעניין זה, ומנקודת-מבט מוסרית, למניעת הסבל מן המתדיינים. מניעת עוול היא חובה דתית כשם שהיא חובה מוסרית-משפטית.

ב. הסמכות ה"כרוכה": כללי

סעיף 3 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (נישואין וגירושים), תשי"ג-1953,⁵ קובע, כי כל עניין הכרוך בתביעת גירושים 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. כתוצאה מן הכלל ודרך התפתחותו בפסיקה, נוצר מצב שלפיו חייב כן-הזוג המבקש להתדיין בעניין כלשהו בערכאה שיפוטית מסוימת דווקא לנקוט יוזמה, להזדרז ולהגיש תביעה. אם לא יעשה כן ובן-הזוג האחר יקדימו, יפסיד את היתרון שעשויה להעניק לו התדיינות בערכאה מסוימת.

בבית-המשפט המחוזי, כמתכונת בית-משפט למשפחה, זירוז הליכי דיון, סדרי דיון מיוחדים המאפשרים מעורבות מקצועית ויעילות דיונית תוך שימת דגש בטובת המשפחה וברוחחתה, מתכונת התדיינות הסוטה מן המסגרת האזורסרית הנהוגה בישראל כרוכ הליכים המשפטיים, מוסד לייעוץ ולפישור בתחילת הליכי התדיינות בענייני המשפחה וכן תיקונים בסוגיות הנוגעות ביחסי הורים וילדים, ענייני ממון ורכוש, הוצאה לפועל, אתיקה מקצועית של עורכי-דין וכיו"ב.

לסקירה ביקורתית של המלצות הוועדה, ראה: "A. Maoz, 'Family Law in Israel 1985-1986' *Diné Israel* (1986-1988) 155, 195-205, 13-14.

4 בשאלה זו ראה, בין היתר: מ' אונא, **בדרכים נמרדות (מ' חובב עורך, תשמ"ד): ד' ורהפטיג, חוקה לישראל דת ומדינה (תשמ"ח): א' דון יחיא, י' ליבמן, "הפרדה בין דת ומדינה: סיסמא ותוכן" מולד (תשל"ג) 71.**

א4 ס"ח 165 (להלן: חוק השיפוט).

ג. הברירה בין ערכאות השיפוט

בית־הדין הרבני מנקז אליו, בדרך־כלל, תביעות של בעלים, וזאת כתחומים השונים של ענייני המעמד האישי. בית־המשפט המחוזי משמש, בדרך־כלל, מחוז־חפץ לנשים.⁵ נסקור בקצרה, ובלי להתיימר למצות את הסוגיה, את הטעמים העיקריים לכך בעניינים שונים של המעמד האישי.

1. ענייני מזונות

- (א) שיעור המזונות הנפסק בבית־הדין הרבניים נמוך יותר, בדרך־כלל, מן המקובל בפסיקת בתי־המשפט המחוזיים.⁶
- (ב) הצמדת דמי־המזונות בבית־הדין, כאשר הבעל שכיר, היא לתוספת־היוקר, בעוד שבבית־המשפט ההצמדה כיום היא תמיד למדד־יוקר־המחיה.⁷ 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.
- (ג) משך דיון ארוך יותר בבית־הדין הרבני הפועל לטובת החייב במזונות ופוגע בזכות, האשה, שהיא הצד החלש יותר.⁸
- (ד) קושי בהשגת מזונות זמניים בבית־הדין הרבני. בית־הדין אינו מוציא ממון מיד

- 5 ראה גם: י' שילה, "חיפת סמכויות בין הערכאה הדתית לערכאה החילונית – המצוי והרצוי" עיוני משפט ב (תשל"ב) 646, 653.
- 6 "השוואת גובה דמי המזונות שנפסקו על ידי סוגי בתי הדין השונים מראה שכתי הדין הרבניים נוטים לפסוק מזונות נמוכים מאשר בתי הדין האחרים." מצוטט מתוך המחקר הרשמי של המוסד לביטוח לאומי: נשים המקבלות דמי מזונות כאמצעות המוסד לביטוח לאומי 1984 (המוסד לביטוח לאומי האגף למחקר ולתכנון, ירושלים, יוני 1985) 5.
- 7 במחקר נבדקו כ־7,000 תיקי מזונות. העובדה שהכנסת הנתבע לא הובאה בחשבון במסגרת המחקר אינה פוגמת כמהימנות ממצאיו, הואיל והמדובר בשכבה חברתית הומוגנית יחסית. גם העובדה 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 ממספר פסקי־הדין שנתנו בבתי־המשפט המחוזיים: שני שלישים לעומת שליש. ראה לוח 7, ע' 10 למחקר הנ"ל].
- 7 ראה: דו"ח המוסד לביטוח לאומי, לעיל הערה 6, 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.
- 8 ראה בעניין זה: א' רוזן־צבי, "מעמדה של האשה במשפחה בדין העברי" זכויות האדם בישראל קובץ מאמרים לזכרו של חמן שלח ז"ל (א' סברסקי עורכת, 1988) 109, 131-132.

החייב, דהיינו, אינו מחייב בעל במזונותיה של אשתו, ללא ראיות על זכותה של האשה ועל היקף החיוב. משום-כך, לא ניתן לקיים בבית-הדין הרבני הליך מקוצר ומהיר של דיון במזונות זמניים, כמקובל בבית-המשפט המחוזי. כל הליך בתביעת מזונות בבית-הדין הרבני מחייב הוכחות מלאות ומפורטות.

ה) בבית-הדין הרבני – בניגוד לבית-המשפט המחוזי – אין הבעל חייב לפרט את הכנסותיו ורכושו בדרך של הרצאת פרטים. אין 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.

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

ז) בית-הדין קשוב יותר לבקשות של בעלים להפחתת מזונות מטעמי שינוי נסיבות. בבית-המשפט תהיה קבלתה של תביעה כזו נדירה ביותר. הפסיקה סגרה כמעט הרמטית את הדלת לפני אפשרות של הפחתת מזונות בערכאה האזרחית.⁹

ח) דיני הראיות מכבידים יותר על התובעת, האשה, בבית-הדין הרבניים.¹⁰ מציאות משפטית זו מרעה את מצבה של האשה בבית-הדין הרבני לעומת בית-המשפט המחוזי. הדברים אמורים הן כאשר לעצם זכותה המהותית של האשה למזונות והן כאשר 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 לגירושים. ממילא עולה כוח המיקוח של הבעל. נוצר איפוא לחץ בלתי-הוגן על האשה, שהיא הצד החלש בדרך-כלל מבחינה כלכלית, לקבל את התנאים המוצעים על-ידי הבעל.

9 ראה: ע"א 259/75 שטראוס נ' שטראוס, פ"ד ל (2) 358.

10 הרב ע' יוסף, "חובת ההוכחה בדיני מזונות – על הבעל או על האשה" תורה שבעל פה (הרצאות בכינוס הארצי השנים-עשר לתורה שבעל פה) יב (תש"ל) יד. ראה עוד: א' רוזנצבי, "הרחקה מן הבית, הפרדה ומזונות – הצורך בגישה חדשה" הפרקליט לח (תשמ"ט – טרם פורסם) סמוך להערות 69-75, 87-97. סמוך להערה 87: "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 (תשמ"ד) 169, 188 ואילך. על תוצאות מטריאליות שונות, הן לעניין שיעור המזונות והן לעניין דיני הראיות, ראה גם: השופט ש' לויין בע"א 246/81 גוטהלף נ' גוטהלף, פ"ד לו (4) 673, 681 (להלן: עניין גוטהלף). בית-המשפט האזרחי אינו כפוף לדיני הראיות של הדין הדתי, ראה: ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה 1341, 1344.

2. עניינים רכושיים

- (א) בית־הדין הרבני דן בעניינים רכושיים על־פי הדין הדתי ואין הוא כפוף לדין האזרחי אלא במידה המתחייבת מתוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951.¹¹ משום כך, לא נוהגת בו הלכת השיתוף בנכסים, הפועלת בדרך כלל לטובת האשה.¹² בית־הדין נוהג לפסוק בדרך־כלל על בסיס הבעלות הרשומה בנכסים.¹³
- (ב) בית־המשפט מחיל את דיני החוזים והקניין האזרחיים על מערכת היחסים הרכושית ועל ההסדרים הממוניים בין בני־הזוג, כולל על רוב העניינים במסגרת הסכם גירושים,¹⁴ מה שאין כן בית־הדין הרבני.
- (ג) בית־הדין הרבני ממשיך לפסוק בפועל בעניינים מסוימים על־פי מוסדות משפטיים שבדין העברי, שלדעת בית־המשפט הגבוה לצדק אינם מהווים עוד חלק מן המשפט הנוהג בישראל.¹⁵

3. החוקת ילדים וחינוך ילדים

מערכת שונה של ערכים והשקפות־עולם מנחה בסוגיה זו את בית־הדין לעומת בית־המשפט. 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.¹⁶

10 א ס"ח 248.

- 11 ראה: בג"צ 323/81 וילוני נ' בית־הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו (2) 733, 740-738. ראה גם: מ' שאוה, הדין האישי בישראל (מהדורה שנייה, תשמ"ד) 197-203.
- 12 א' רוזנצבי, 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.
- 13 בג"צ 185/72 גור נ' בית־הדין הרבני האיזורי בירושלים, פ"ד כו (2) 765, 770; ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח (3) 197, 204. ראה גם: א' רוזנצבי, "על ספרו של פנחס שיפמן: דיני המשפחה בישראל, דיני המשפחה בישראל כמערכת כפולה מקבילה" משפטים טו (תשמ"ה-ו) 476.
- 14 כך, למשל, בנוגע לפירות נכסי מלוג וההשלכות הנודעות לכך על הקטנת היקף המזונות המגיעים לאשה. ראה: א' רוזנצבי, לעיל הערה 12, בע' 134 ואילך. שם, בע' 136, הערת־שולים 47, מפורטת פסיקה רבנית המפטירה כדאשתקד, כאילו הלכת פירות נכסי מלוג היא עדיין חלק מן המשפט הנוהג בישראל.
- 15 בד"מ 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח (1) 365, 401-409. על יישום שונה של טובת הילד בכל אחת מערכאות השיפוט, ראה: י' אנגלרד, "מעמדו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ד (תשל"ב-ג) 31, 49; פ' שיפמן, "טובת הילד בבית הדין הרבני" משפטים ה (תשל"ד) 421; א' מעוז, "השיפוט בעניני המעמד האישי של ספק יהודים" דיני ישראל ח (תשל"ז) קפט, רא"ב; א' שוחטמן, "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקיחה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני - עילה להתערבות בג"צ" משפטים טו (תשמ"ה-ו) 287, 312 ואילך.
- בית־המשפט העליון מרכה באחרונה להתערב בפסיקה בית־הדין הרבני, המעדיף שיקולים שכהשקפות־עולם והעדפות דתיות ומשליט אותם על עקרונות טובת הילד. ראה, בין היתר: בג"צ 181/81 מור נ' בית־הדין הרבני האיזורי חיפה, פ"ד לו (3) 94 (להלן: עניין מור); בג"צ

מאליו מובן, כי גישה זו 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 כאשר, למשל, הבעל "מורד" והאשה משתכרת, אך בשל מרדותו אין מגיעים לו מעשי-ידיה של האשה.

בענייני רכוש יועדף בית-הדין הרבני על-ידי האשה כאשר, למשל, רשום רוב הרכוש על-שמה. מקרה אחר שבו יהא בית-הדין הרבני עדיף לאשה הוא בבקשה למתן צו לסילוק ידו של הבעל מן הבית כאשר הוא מקיים קשרים קבועים עם אשה אחרת. בבית-המשפט המחוזי אין העילה הזו כשלעצמה מספקת לסילוק ידו של הבעל מן הבית.¹⁵ האשה עשויה לבחור בבית-הדין הרבני גם כאשר תוכל לסמוך על דין התזרת מתנות שנתנה לבעל במהלך הנישואים.

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. היעדר דרישות פורמליות בבית-הדין מקל על מתדיינים חסרי אמצעים. אשה יכולה לנקוט בהליכים בעצמה ובמהירות יחסית, אלא שאליה וקוץ בה. היעדר 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.

ד. הסמכות ה"כריכה": ניתוח ואפיון

1. המטרה וסיכולה

מטרת הלכת ה"כריכה" היתה למנוע פיצול דיונים ולגרום להסדר שלם ומשולב, אחיד ויעיל של כל העניינים הטעונים הסדר עם פקיעת קשר הנישואים.¹⁶

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 מעיקרה החלטה של בית-הדין הרבני המתירה לאם לרשום ילדים במוסד-חינוך דתי בניגוד לדעתו של האב, שהעדיף מוסד-חינוך חילוני).

על שאלת טובת הילד בכללותה, כשאלה הכוללת הכרעות ערכיות, ראה גם: ע"א 577/83 י"מ נ' פלונית, פ"ד לח (1) 461, 472.

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

17 למטרת ה"כריכה" ראה: ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1466; ע"א 501/64 וינשטוק נ' וינשטוק, פ"ד יט (1) 533, 537 (להלן: עניין וינשטוק); ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, פ"ד כו (1) 735, 740; ע"א 660/70 שלום נ' שלום, פ"ד כה (2) 701, 706 (להלן: עניין שלום).

בהביאו את הצעת חוק נישואין וגירושין (שיפוט בתי-דין רבניים), תשי"ג-1953,¹⁷ לדיון בקריאה הראשונה בכנסת, הטעים סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, את טעמי הלכת ה"כריכה":

"ראשית... פעמים אין הגט יכול להנתן בלי להסדיר את ענין המזונות, ושנית... הסדר ענין המזונות הוא לעיתים קרובות אחד התנאים והאמצעים למתן גט, כשצד אחד אינו רוצה בכך...
הנימוק השני... יש לתת לבתי הדין סמכות בענין 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 בענין הסדר-ביניים למזונות - הוא יכול להשהות את הפסקי-דין ובינתיים לפשר בין הצדדים ולהשתדל לחפש דרך לדחות את הכרעתם לתקופה מסוימת."¹⁸

למטרות אלה אין כיום שום קיום, כפי שנראה עוד בהמשך.¹⁹ אולם הלכה למעשה סוכלה מטרת ה"כריכה" מראשיתה, מעצם בריאתה. הטעם העיקרי לכך הוא המשך הפיצול בסמכות, על כל הפגמים שמביא פיצול כזה בעקבותיו.²⁰ תביעה שהוגשה לבית-המשפט האזרחי עובר ל"כריכת" עניין מסוים בתביעת גירושין נשארת בסמכותו של בית-המשפט גם לאחר ה"כריכה".²¹ כתוצאה מכך, כל אחד מן הצדדים מבקש לאחוז ידו ראשונה בערכאה הנראית נוחה לצרכיו והעשויה להגן ביתר-שאת על האינטרסים שלו.

יתר-על-כן, ברבות הימים, ידעה הלכת ה"כריכה" ממשלות 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" נהפכה למערכת כללים סבוכה ומורכבת המשמשת נושא לדיונים אין-ספור. מטרותיה נמצאו איפוא מסוכלות כליל.

2. כללי הלכת ה"כריכה" והמגמה לצמצום סמכות בית-הדין

בית-המשפט העמיד את הלכת ה"כריכה" על מסלול צר ומוגבל. מלכתחילה רווחו אסכולות שונות בבית-המשפט העליון,²² האחת מרחיבה²³ והאחרת מצמצמת.²⁴ בסופו

17 א"ח ה"ח 186.

18 ד"כ 14 (תשי"ג) 1408, 1411.

19 ראה להלן בטקסט סמוך להערה 86.

20 ראה להלן פסקה 5.

21 ראה: ע"א 104/54 הוניק נ' הניק, פ"ד ח 995, 996; ע"א 191/57 מנחס נ' מנחס, פ"ד יא 1349.

22 על האסכולות השונות בפרשנות הטעיף, ראה: י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 656-7, 663.

23 על גישה זו ראה במיוחד אצל י' קיסטר, בענין שלום, לעיל הערה 17, בע' 706. השופט קיסטר מוסיף שם (בע' 707, מול האות ג): "לפי דעתי אין על בית-המשפט לעודד ריבוי

של התהליך גברה ידה של האסכולה המצמצמת.²⁵ הגבלתה של הלכת ה"כריכה" רצמצומה מוצאים ביטויים כתחומים רבים ומגוונים: ראשית, הצבת מבחן ה"כריכה" המשולש: תביעת גירושים כנה, "כריכה" כדין ו"כריכה" כנה.²⁶ מטרת מבחן ה"כריכה" על שלוש זרועותיו היא כפולה: (א) יצירת אותו איוון נדרש בין שמירת זכות הברירה של האשה בענייני מזונות (מכוח סעיף 4 לחוק השיפוט) ושמירת סמכותו של בית-המשפט המחוזי בעניינים אחרים לבין סמכותו ה"כרוכה" של בית-הדין.²⁷ (ב) מניעת שימוש לרעה בכלי המשפטי של ה"כריכה". הוצאת עניין מסמכותו של בית-המשפט המחוזי באמצעות הגשת תביעת גירושים הינה מעשה קל ופשוט. בית-המשפט העליון סבר, כי יש להציב גדר ולסייג את האפשרות של הוצאת הסמכות מידי בית-המשפט המחוזי בקביעת מבחנים שיציבו את הגבול המותר. בית-המשפט קבע את מבחני ה"כריכה" כדי שתביעת הגירושים לא תשמש "כסות-עיניים" כלבד, דהיינו, תרגיל טקטי ליטול מן האשה את זכות ברירת השיפוט שהוענקה לה ולשמוט את סמכותו של בית-המשפט האזרחי. בית-המשפט חוזר על כך ונותן ביטוי לכוננתו זו כל אימת שעניין של "כריכה" מתברר לפניו.²⁸

- 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" [נההגשה שלי - א' ר' צ':] כן ראה: ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר, לעיל הערה 17, בע' 740.
- 24 גישה זו, באופן בולט, ראה אצל ח' כהן, בעניין שלום, לעיל הערה 17, בע' 709.
- 25 בית-המשפט עצמו מתייחס לכללי ה"כריכה" שקבע כצמצום, ראה: עניין גוטהלף, לעיל הערה 10, בע' 673.
- על מגמת הצמצום ראה: פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל (תשמ"ד) 44-45; פ' שיפמן, "על פיצול השיפוט בין תביעת מזונות-האשה לבין ענייני נישואין וגירושין" משפטים ד (תשל"ב-ג) 374, 377; י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 659.
- 26 על המבחן המשולש, ראה: ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, פ"ד לד (4) 155, 157; ע"א 863/80 בורמן נ' בורמן, פ"ד לה (3) 729; בג"צ 552/83 שליו נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד לח (2) 67, 73 (להלן: עניין שליו); עניין גוטהלף, לעיל הערה 10, בע' 679, 681. כן ראה: מ' שאוה, "על 'כרוך' ועל 'כנות' - היפסק מירון הסמכויות בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני" עיוני משפט ב (תשל"ב) 719.
- על כנות תביעת הגירושים, ראה: ע"א 120/62 מאירוביץ נ' מאירוביץ, פ"ד טו 2514, 2517; ע"א 279/68 זילברפניג נ' זילברפניג, פ"ד כב (2) 953, 954; ע"א 866/75 שביט נ' שביט (לא פורסם, נדפס במלואו אצל א' שינבויס, ב' דון-יחיא, דיני מזונות (תשמ"ה) כרך ב 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 (להלן: עניין שרגאי); 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.
- 27 ראה להלן בטקסט סמוך להערות 50-51, 55-57.
- 28 ראה, בין-היתר: בפסקי-הדין המפורטים לעיל בהערה 26 (תחת הכותרת: על כנות תביעת הגירושין) וכן להלן בטקסט סמוך להערות 53-54. טענת "כריכה", המוציאה סמכות מבית-המשפט המחוזי, צריך שתהא בתום-לב: ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח (2) 736; ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בניין, פ"ד מב (2) 278, 290.

שנית, במשך השנים הערים בית-המשפט על מבחן משולש זה, על מרכיביו השונים, כללים טכניים ודרישות שצמצמו עוד יותר את אפשרות ה"כריכה". כך, למשל, לא נחשבה בעבר תביעת גירושים לכנה אם הגירושים נדרשו כחלופה לתביעת שלום-בית.²⁹

כדי למלא אחר מבחן כנות ה"כריכה" ולהוכיח את כנותו, נדרש בעבר הבעל ה"כורך" לנקוב בתביעה ה"נכרכת" את סכום המזונות המוצע לאשה. יתר-על-כן, הסכום הננקב היה חייב להלום את הנסיבות, שאלמלא כן, לא נחשב לביטוי של כנות.³⁰ בתחום זה של הוצאת המבחן המשולש של ה"כריכה" מן הכוח אל הפועל וקביעת אמות-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, שסמנים של מלאכותיות דבקו בהן, ופינו מקומן לגישה גמישה ונוחה יותר לאפשרות ה"כריכה". כנות תביעת הגירושים וכנות ה"כריכה" נבחנות על-פי מבחנים מהותיים בנסיבות האינדיווידואליות של כל מקרה. כך, למשל, נקבע, כי לא כל תביעת גירושים חלופית לשלום-בית אינה כנה בהכרח. כנות תביעת הגירושים תיבדק באופן מהותי. הבדיקה תיעשה לאור הנסיבות הספציפיות ותיבחן התנהגות בני-הזוג.³¹

כנות ה"כריכה" תלויה ברצון הכן להתדיין ולא ברצון ה"מלאכותי" ברוב המקרים, לשלם מזונות.³² יותר הצורך בנקיבת סכום המזונות המוצע.³³ אף בקשה לפטור מחיוב המזונות במסגרת ה"כריכה" אינה שוללת את כנות ה"כריכה" אם העמיד הבעל ה"כורך" עילת-פטור סבירה מתשלום המזונות.³⁴ גם בהקשר זה הועדף מבחן מהותי על-פני

29 ע"א 279/68 זילברדפניג נ' זילברדפניג, לעיל הערה 26, בע' 954; עניין שרגאי, לעיל הערה 26; בפסיקה קודמת לא נשללה כנות ה"כריכה" בשל טעם זה, ראה: ע"א 120/62 מאירוביץ נ' מאירוביץ, לעיל הערה 26. ראה: א' שינבויס, ב' דון-יחיא, לעיל הערה 26, מע' 472 ואילך.

30 לצורך בנקיבת סכום המזונות, ראה: עניין שרגאי, לעיל הערה 26; ע"א 22/70 זעירא נ' זעירא, לעיל הערה 26. ברם ראה: ע"א 328/67 שרפסקי נ' שרפסקי, לעיל הערה 26, בע' 280. למרות שנקבע שה"כריכה" נועדה לשלול את ברירת הסמכות מן האשה, לא נשללה הסמכות ה"כרוכה" כאשר היתה תביעת הגירושים כנה. על כלל אחרון זה חזר בית-המשפט בע"א 384/85 בן-יאיר נ' בן-יאיר, פ"ד לט (4) 775, 780 (להלן: עניין בן-יאיר). על גובה הסכום הננקב, ראה: ע"א 181/71 לריאה נ' לריאה, לעיל הערה 26, בע' 759.

31 ע"א 866/75 שביט נ' שביט, לעיל הערה 26.

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

33 עניין שלום, לעיל הערה 17; ע"א 198/82 דותן נ' דותן, לעיל הערה 32. בע' 4; עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 74.

ראה גם: עניין בן-יאיר, לעיל הערה 30, בע' 781: "אי-ציון סכום מסוים, המוצע כתשלום מזונות בבקשת הכריכה, אין בו משום הוכחה על העדר 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."

34 ע"א 14/75 ברטל נ' ברטל, פ"ד כט (1) 810; ע"א 213/77 פיינברג נ' פיינברג, פ"ד לא (3) 831; עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 74.

דרישות טכניות ומלאכותיות.³⁵

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, עשויה כנות תביעת הגירושים להוות ברוב המקרים ראייה כמעט מכרעת לכנות ה"כריכה". שכן, כדברי השופטת: "לאור כנותה של תביעת הגירושין יש, לדעתי, להזהר בהסקת מסקנה של חוסר כנות בכריכת נושאים הנוגעים והחשובים לתביעה זו, כדי שיתבררו יחדיו."³⁶

התנאים שנקבעו על-ידי הפסיקה כנדרשים כדי להקנות לבית-הדין סמכות "כרוכה" בענייני רכוש זהים לאלה שנקבעו לצורך "כריכת" מזונות האשה. אולם דרכי ההוכחה של תנאים אלה שונות זו מזו עקב הנסיבות המיוחדות של כל סוג מקרים.³⁶ שלישי, צמצום נוסף נובע מן הפסיקה המחייבת "כריכה" מפורשת של חלק-הארי של העניינים כתנאי לקניית הסמכות על-ידי בית-הדין הרבני.³⁷ מכל רשימת

35 עניין בן-יאיר, לעיל הערה 30, בע' 779 (מול האות ז): "ובלבד שמשתכנע בית המשפט, שהבעל שואף בכנות וברצינות לפתרון קונסטרוקטיבי של שאלת הבטחת מזונות לאשתו."

כן ראה, למשל: ע"א 213/77 פיינברג נ' פיינברג, לעיל הערה 34, בע' 836, את עמדת השופט י' כהן, לפיה, כאשר מתברר שהאשה מוכנה לקבל גט ללא כל תנאי, עשויה ה"כריכה" של תביעת המזונות לא להיחשב לכנה אם קיים מניע אחר לקיום הדיונים.

ואולם ראה: רע"א 347/87 קפלן נ' קפלן, פ"ד מא (4) 587, בו קבעה השופטת מ' בן-פורת, כי הקדמת תביעת גירושים כמטרה להקדים ולרכוש סמכות שוללת את כנות "כריכת" תביעת המזונות (בעוד שאין היא שוללת את כנות תביעת הגירושים). לא ברור לי כיצד ניתן ליישב החלטה זו עם ע"א 328/87 שרפסקי נ' שרפסקי, לעיל הערה 26, בע' 280 (שקיבלה גושפנקא בעניין בן-יאיר, לעיל הערה 30, בע' 781 מול האות ז), בה אושרה כנות ה"כריכה" של תביעת מזונות אף-על-פי שנקבע כי נועדה לשלול מן האשה את ברירת הסמכות.

35א רע"א 275/87 פלד נ' פלד, פ"ד מא (4) 518.

36 על הזהות בתנאי "הכריכה" ובחינת האופן שבו נתמלאו התנאים, ראה: ע"א 866/75 שביט נ' שביט, לעיל הערה 26 (טענה בתום-לב כי לאשה אין זכות ברכוש ה"נכרך" אינה פוגמת בכנות ה"כריכה"); ע"א 617/78 בן יחזקאל נ' בן יחזקאל, פ"ד לג (1) 693, (הכחשת זכותה של האשה ברכוש ה"נכרך" אינה שוללת את כנות ה"כריכה"); ע"א 423/79 צברי נ' צברי, פ"ד לה (4) 242, 246-249 (להלן: עניין צברי) (לצורך "כריכה" נאותה אין להסתפק בניסוח סתמי. "כריכת" רכוש מחייבת התייחסות ספציפית יותר. בית-המשפט אינו קובע מסמרות על אופן האזכור של פרטי הרכוש, אך מצוין, כי באותו מקרה שבו מדובר על שני פרטי רכוש, שיש בכל אחד מהם משהו לא שגרתי, נדרשת התייחסות מיוחדת). הגישה המהותית אמורה ב"כריכת" ענייני מזונות כמו גם ב"כריכת" ענייני הרכוש, ראה: ע"א 866/75 שביט נ' שביט, לעיל: עניין צברי, לעיל הערה 12, בע' 106.

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

הצורך ב"כריכה" מפורשת של תביעת המזונות לאשה, ראה: ע"א 246/59 צור נ' צור, פ"ד יג 1741; עניין וינשטוק, לעיל הערה 17; ע"א 9/65 אלג'ם נ' אלג'ם, פ"ד יט (2) 257; עניין שרגאי, לעיל הערה 26.

ראוי לציין, כי בדיון בכנסת, בעת הבאת החוק לקריאה ראשונה, הטעים סגן שר הדתות,

העניינים נותר רק עניין אחד הכרוך אוטומטית בתביעת הגירושים, והוא החזקת קטינים.³⁸ אפילו צמרה של כבשת-רש זו גוזז כאשר הוצאו ענייני חינוך הקטינים מכלל החזקת הילדים. הצמצום הרביעי הינו איפוא החיוב לפרט במיוחד, במסגרת העניינים ה"נכרכים", את חינוך הילדים כתנאי ל"כריכה".³⁹

על הלכה זו, היוצרת הבחנה בין החזקת קטין לחינוכו, נמתחה ביקורת נוקבת בשל המלאכותיות שבה, בשל הקשיים שהיא גורמת ובשל הסיכוכים שהיא מעוררת.⁴⁰ 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 ל"כרוך" תביעה לחינוך הקטין, כשהיא לעצמה, במסגרת תביעת גירושים 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

ד"ר ז' ורפהטיג, את חשיבותה העקרונית והמרכזית של "כריכת" המזונות בתביעת גירושים. מדבריו עולה, כי "כריכה" כזו, עלימנת שתשרח את המטרות שהוצבו לה, מן הדין שתהיה אוטומטית (ראה: ד"כ 14 (תשי"ג) 1411). אולם הפסיקה קבעה דווקא שהחזקת ילדים תהיה "כרוכה" אוטומטית בתביעת מזונות.

לגבי הצורך ב"כריכה" מפורשת של עניינים רכשיים, כולל דירת-מגורים, ראה: ע"א 359/75 יהלומי נ' יהלומי, פ"ד לא (2) 25; ע"א 617/78 בן-יחזקאל נ' בן-יחזקאל, לעיל הערה 36; ע"א 139/75 פלדמן נ' פלדמן, פ"ד ל (1) 263; עניין צברי, לעיל הערה 36; בג"צ 566/81 עמרני נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד לו (2) 1, 6. השאלה, אם עתיד מגורי הצדדים בדירה המשמשת להם למגוריהם בעת הדיון הינה עניין ה"כרוך" מעצם טיבו וטבעו לתביעת גירושים, 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 בתליאביב, פ"ד מב (1) 105.

פירוט מלא של הפסיקה שהתמיהה בקו זה בעקבות ראה אצל: א' שינבויס, ב' דון יחיא, לעיל הערה 26, בע' 426-427 והערות שוליים שם.

על מגמת הצמצום הבאה לביטוי בהיבט זה, ראה: י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 659, וכן א' מעוז, "כרוך זה הכרוך על עקבנו" - על הכריכה בתביעת-הגירושין" עיוני משפט יד (תשמ"ט), ע' 101.

38 ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, לעיל הערה 17, בע' 1467, 1470; וראה עוד, בין היתר: ע"א 184/75 דויטש נ' דויטש, פ"ד כט (2) 525; עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 75. בעניין דויטש ושליו נקבע גם, כי בעניין הכרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת גירושים אין להחיל את מבחני ה"כריכה".

39 בג"צ 181/68 פלורסהיים נ' בית-הדין הרבני האיזורי בחיפה, פ"ד כב (2) 723; עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 75. על החיוב לפרט את עניין החינוך כדי להקנות סמכות "כרוכה" לבית-הדין, ראה: עניין מור, לעיל הערה 15, בע' 100; ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, לעיל הערה 15, בע' 385; ע"א 680/84 שני נ' שני, לעיל הערה 15, בע' 447.

40 ביקורת על ההבחנה, ראה: פ' שיפמן, לעיל הערה 15, בע' 423. ראה גם השופטת בן-פורת בעניין מור, לעיל הערה 15, בע' 106-107. הרהור מחודש בהלכה זו, בלי להכריע בעניין, ראה בדברי השופט מ' אלון: ביד"מ 1/81 נגר נ' נגר, לעיל הערה 15, בע' 385. על הקשיים ראה גם: עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 76.

ברוב המקרים של המקרים, כפי שראינו, פירוט מפורש של העניינים ה"כרוכים". 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 והשירות של בית-המשפט לבין כוחו של בית-הדין הרבני בעניינים ה"כרוכים". תכליתה היא צמצום הסמכות ה"כרוכה" וזו גם תוצאתה. היא קשורה איפוא בטבורה להלכת ה"כריכה" ואינה חלק מן הדין המהותי הנוגע ביחסי הורים וילדים בכלל ובסוגיית החזקת קטינים בפרט.

כשם שאין ללמוד משאר הכללים שנתייחדו להלכת ה"כריכה" (כגון כנות התביעה וכנות ה"כריכה" וכיוצא בזה) על התנאים הנדרשים לסמכותו המקורית של בית-המשפט המחוזי בענייני המעמד האישי, כך הדבר לגבי הלכה מגבילה זו, שבמרכזה ההבחנה בין החזקת ילדים לבין ענייני חינוך לשם הקניית הסמכות הכרוכה לבית-הדין הרבני.

דין אחד להלכת ה"כריכה" 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 מחייב הגיון הפסיקה שלא להרחיב את ההלכה במקום שהיא עלולה להשיג את המטרה הפוכה דווקא, דהיינו, את הגבלת הסמכות של בית-המשפט המחוזי. מה עוד, שהביקורת שספגה ההבחנה בשל הקשיים שהיא מעוררת מצדיקה את העמדתה בגבולות המתחייבים ממנה ואת מניעת הרחבתה על בית-המשפט המחוזי, כדי שלא להוסיף פיצול על פיצול וקושי על קושי.

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

לסיכום עניין זה: תביעה להחזקת קטין שהוגשה לבית-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.

עד כה הצבענו על ארבעה ביטויים של צמצום הלכת ה"כריכה". לאורם של אלה היה ניתן 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 ימצא בחוסר העקביות של הפסיקה בסוגיה זו ובריבוי הסתירות המאפיינ אותה. כפי שכבר הראנו וכפי שעוד ניווכח בהמשך, קיימת בצד המגמה של צמצום הלכת ה"כריכה" גם פסיקה המרחיבה אותה. הסבר אפשרי אחר לתופעה זו הוא אופיין 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 עימן ולעקוף אותן. הדבר נעשה בין עלידי כריכה מפורשת, מפורטת למדי, ובין

עלידי ניסוח מדוקדק של כתבי טענות והעמדה מתואמת של עניינים. תמישית, עניינים שהוצאו כליל מגדר ה"כריכה", וזאת אפילו תהא ה"כריכה" מפורשת. עם אלה נמנית תביעת הילדים למוזנותיהם.⁴¹ הלכה מצמצמת זו נקבעה למרות לשונו המפורשת של סעיף 3 לחוק השיפוט, ממנה נובע לכאורה, כי ניתן "לכרוך" גם תביעת ילדים למוזנותיהם,⁴² למרות שבעבר פורש הסעיף כמאפשר "כריכה" גם בסוג זה של עניינים.⁴³

שישית, הטלת נטל השכנוע לקיום מבחני ה"כריכה" ולהוצאת הסמכות מידי בית-המשפט המחוזי על הטוען ל"כריכה".⁴⁴ גם הלכה מצמצמת זו היא פרי ההתפתחות של העשור האחרון. בעבר רווחה גישה אחרת.⁴⁵

שביעית, המרת התנאי של "כריכה" בתביעת גירושים ל"כריכה" בפסק-גירושים. הפסיקה לא ראתה בהגשה של תביעת הגירושים תנאי מספיק ל"כריכה" בת-תוקף. היא דרשה, כי התביעה תסתיים בפסק-דין "חיובי". התוצאה היא, שכאשר נדחית תביעת הגירושים, נופלת עימה גם כל תביעה "כרוכה".⁴⁶

אולם, בעוד היד האחת של הפסיקה עוסקת בצמצום, מפרשת היד האחרת של הפסיקה, באותה ערכאה, את המונח פסק-גירושים בהרחבה ניכרת ובכך מצמצמת את הצמצום.⁴⁷

- 41 עניין שדגאי, לעיל הערה 26; ע"א 22/70 זעירא נ' זעירא, לעיל הערה 26; ר"ע 627/85 סינה נ' סינה, פ"ד מ (1) 101.
- 42 ראה דברי הנשיא שמגר: ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, לעיל הערה 26, בע' 157.
- 43 ראה, בין-היתר: בג"צ 170/56 רחמני נ' רחמני, פ"ד יא 247, 250; ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, לעיל הערה 17, בע' 1465. ראה גם: י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 661.
- 44 ע"א 118/80 גבעולי נ' גבעולי, לעיל הערה 26, בע' 157; ע"א 863/80 ברודמן נ' ברודמן, לעיל הערה 26; עניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 73; עניין בן-יאיר, לעיל הערה 30, בע' 779.
- 45 ע"א 14/75 ברטל נ' ברטל, לעיל הערה 34; ע"א 213/77 פיינברג נ' פיינברג, לעיל הערה 34, בע' 833.
- 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 לגירושים או ביטולה נופלת גם תביעה להחזקת קטין ה"כרוכה" בה.
- מאוחר יותר פותחה הלכה זו והורחבה ל"כריכת" ענייני רכוש, ראה: בג"צ 23/76 נאווי נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד ל (2) 514; ע"א 359/75 יהלומי נ' 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, לעיל הערה 36; בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית הדין הרבני האיזורי תל-אביב יפו, פ"ד לד (1) 443.
- השלב הבא של ההתפתחות הוא יישום ההלכה האמורה על תביעת מזונות, ראה: עניין גוטהלף, לעיל הערה 10. על שאלת הרחבת החולתה של ההלכה על סוגיית מזונות ש"נכרכו", ראה: א' רוזן-צבי, לעיל הערה 12, בע' 106-107.
- 47 כדי לעמוד בתנאי שקבע בית-המשפט העליון, לא חייב פסק-הגירושים להיות מנוסח קטיגורית בדרך של חיוב גט או כפייתו. די בו שיקבע כי הצדדים צריכים להתגרש או כי מצווה עליהם להתגרש (בג"צ 661/77 הבר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, לעיל הערה 46, בע' 329-330) או כל משמעות אחרת של פסק-גירושים המקובלת בדין הדתי, כגון, כי רצוי לתת

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

שמינית, בטלותם של פסקי-דין, כולל פסקי-דין למוזנות,⁴⁶ שניתנו בבית-הדין הרבני כמסגרת הדין בעניינים "כרוכים", כאשר תביעת הגירושים נדחתה. בית-המשפט ער לכך, שיש בהחלטתו משום הוספת נדבך לצמצום הלכת ה"כריכה", ודעת-הרוב מכוונת את פסקי-דינה למגמה זו.⁴⁷ המטרה: שמירת ברירת-השיפוט של האשה וסגירת פרצה אפשרית, דרכה יסתננו "כריכות" טקטיות, שישאו פרי בנעילת דלת הסמכות של בית-המשפט המחוזי בפני האשה.

או לקבל גט (בג"צ 644/79 גוטמן נ' בית הדין האיזורי תל-אביב יפו, לעיל הערה 46, בע' 447-448; בג"צ 635/82 וינברג נ' בית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד לו (4) 253, 258, 260; ע"א 798/82 זוני נ' זוני, פ"ד מ (3) 744, 749). הלכות אלה נקבעו אומנם בסוגיית רכוש ש"נכרך", אך כוחן יפה לכל העניינים ש"נכרכו". לעומת-זאת, כאשר מחליט בית-הדין שעל הצדדים לנהל משא ומתן לגירושים, לא יוכל להכריע בשאלות ה"כרוכות", ראה: בג"צ 379/80 פריד נ' פריד (לא פורסם).

48 עניין גוטהלף, לעיל הערה 10. בניגוד לעמדתו החולקת של הנשיא מ' שמגר. בר"ע 261/86 מרדור נ' מרדור, פ"ד מ (2) 307, מצדדת המשנה לנשיא, השופטת מ' בן-פורת, בדעת-המיעוט של הנשיא, אך היא משאירה את השאלה בצריך עיון. היקפה המדויק של הלכת גוטהלף אינו ברור. מה משמעות הקביעה שפסקי-המוזנות בטלז האם חיובו של הבעל נפסק לאלתר ועל האשה להפעיל את ברירת-השיפוט כדי לממש את זכותה או שמא רשאית האשה (אך לא חייבת) לראות את פסקי-הדין כמחייב. בחלופה אחרונה זו עשויות לבוא בחשבון מספר אפשרויות: א) בחירת האשה בהמשך קיומו של פסקי-הדין מהווה הפעלה, הלכה למעשה, של זכות-הברירה שעמדה לה, והיא תהיה כפופה לסמכותו של בית-הדין. ב) פסקי-הדין מחייב כל עוד לא שונה על-ידי הערכאה שאותה תבחר האשה במסגרת זכותה לפי סעיף 4 לחוק השיפוט. יחד עם זאת, אין היא קשורה עוד לבית-הדין שנתן את פסקי-המוזנות לא בכלל ההמשכיות וגם לא במעשה בית-דין, וממילא תוכל לתבוע את שינוי הפסק בבית-המשפט המחוזי גם בלי ששוננו הנסיבות. ג) פסקי-הדין מחייב כל עוד לא שונה על-ידי הערכאה שאותה תבחר האשה במסגרת זכותה לפי סעיף 4 לחוק השיפוט. אולם, לאחר שעבר זמן סביר ממועד מתן פסקי-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 לשינוי הקטיגורית של בית-המשפט, לפיה "פג מכאן ואילך [ודוק, לא רטרואקטיבית - א' ר' צ'] כוחו של החיוב במוזנות" (שם, בע' 681, מול האות ג). לשון זו מחייבת נקיטת הליך חדש מצד האשה כדי שתמשיך להיות זכאית לתשלום מוזנות מצד הבעל.

49 על הלכת גוטהלף ראה: א' שינבויס, ב' דון-יחיא, לעיל הערה 26, בע' 521-524. עניין גוטהלף, לעיל הערה 10, בע' 681-682. ממלא-מקום הנשיא (כתוארו או), בדעת-המיעוט שלו, מסתפק במבחן המשולש של ה"כריכה" ודוחה את הצמצום הנוסף של הלכת ה"כריכה", "המבחן החדש" כלשינו. לטענתו, מבחן זה הוא פתח להתדיינות נוספות "והשלכתו... על ריבוי ההתדיינות - גלויה לעין" (שם, בע' 679).

3. המדיניות המשפטית

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 השיפוט, לבין סעיף ה"כריכה", סעיף 3 לחוק השיפוט. היש להעדיף הוראה אתה על אחרת וכיצד 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.⁵⁰

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

"האשה היא הצד החלש יותר... החוק צריך לכוא לעזרת החלש כלפי החוק. החוק צריך לדאוג לכך שאנשים ימצאו תמיד במצב של שיוויון, ואם הוא רואה שצד אחד מקופח במציאות – הוא צריך לכוא להגנתו יותר מאשר להגנת הצד שאינו מקופח כל כך. לכן, בגלל אי-השיוויון הקיים במציאות, נותן החוק זכות זו של בחירה רק לאשה."⁵¹

אין כל היגיון לבטל או לפגוע בזכות-הברירה דווקא ברגע המכריע שבו נדרשת ההגנה על החלש, דהיינו, לעת משבר בחיי-הנישואים. מבחינה זו אין כל היגיון בהלכת ה"כריכה". מגמת הצמצום שנקטה בה ההלכה הפסוקה, בפירושו של סעיף 3 לחוק השיפוט, לאור האיוון הנדרש עם סעיף 4 לחוק, מתיישבת יפה עם המטרה החקיקתית של סעיף 4 לחוק השיפוט.

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. כפי שהראינו, מפעיל בית-המשפט טכניקות שונות ודרכי פירוש, לעיתים סבוכות או דחוקות,⁵² כדי לממש את מדיניותו השיפוטית. גישתו של בית-המשפט נבעה ממספר טעמים שונים והושפעה, בין-היתר, מתהליכים שונים. על אלה מבקש אני 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

50 על הצורך באיוון האינטרסים השונים המשתקפים בסעיף 4 לחוק השיפוט לעומת סעיף 3 לחוק השיפוט, כדי שלא לרוקן זכות-הברירה של האשה, ראה: בעניין וינשטוק, לעיל הערה 17, בע' 538; בעניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 73.

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

52 ראה השופט י' קיסטר, בעניין שלום, לעיל הערה 17, בע' 707.

המבחנים המצמצמים נועדו לוודא שה"כריכה" משרתת את התכלית שלה נועדה ולהגן על האשה ועל סמכותו של בית-המשפט האזרחי.⁵³ בית-המשפט נוכח לדעת, כי הלכת ה"כריכה" טומנת בחובה סיכונים לא מעטים למשפחה וליחידיה. היא עלולה להעניק אמצעי להשגת יתרונות בלתי-הוגנים דווקא ל"זריו" ול"חוטא".⁵⁴ הרחבתה היא בגדר שימת מכשול ולא בגדר התרת סבך. ג) ככל שנוצרה תבנית של שימוש ב"כריכה" כאמצעי טקטי, נפגע החלש בין בניהוג. צמצום ה"כריכה" היה בגדר הגנה על הצד החלש. ד) בצד כל אלה, לא ניתן להתעלם ממאבק הסמכויות העקרוני בין בית-המשפט לבית-הדין.⁵⁵ מאבק זה משפיע על הימנעות מהרחבת סמכותם של בתי-הדין הרבניים על-חשבון סמכותן של ערכאות השיפוט האזרחיות. הוראת סעיף ה"כריכה" הוגדרה על-ידי בית-המשפט במקרה אחד כ"מרחיקת-לכת".⁵⁶ 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 אף מוציא את הסמכות מבית-המשפט המחוזי, המקיים בידו את חזקת הסמכות הכללית.⁵⁷ המגמה היא איפוא להעמיד את ההריג בגבולותיו ולשמר את סמכותו של בית-המשפט עד כמה שאפשר.

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, משפיעה הימנעותם של בתי-הדין מלאזכר את חוקי המדינה, דבר הגורר אחריו שובל של טרזניה וביקורת,⁵⁸ 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,⁵⁹ עושה את שלה. ההתדיינות בבית-הדין, כאשר סמכותו אינה ייחודית, נתפשת כבאה לשרת את האינטרס הצר של המתדיין בלי לבחון ביסודיות ומתוך 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 גררו אחריהם מגמה מצרה

53 ראה לעיל בטקסט סמוך להערה 28 וכן לעיל הערה 26.

54 ראה מ' שאוה, לעיל הערה 26, בע' 725-726.

55 "כהן, שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז (תשל"ז) ראה: ו' שילה, לעיל הערה 5.

56 בעניין צברי, לעיל הערה 36, בע' 246.

57 בעניין שליו, לעיל הערה 26, בע' 73. על מגמה עקרונית כזו בנוגע לסמכות השיפוט של בית-הדין הרבני בכללותה, ראה: השופט ברנזון בבג"צ 3/73 כהנוף ג' בית-הדין הרבני האיזורי בתל-אביב, פ"ד כט (1) 449, 453: "מדובר בהענקת סמכות לבית-הדין שמחוץ למערכת בתי-המשפט האזרחיים הרגילים, וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר."

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

59 ראה להלן הערות 89-91 והטקסט הסמוך להן.

המאפיינת הליך של סגירת פערים בין הדין הדתי לבין המציאות הישראלית.⁶⁰ 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 השיפוט ושמירת ברירת-השיפוט של האשה.⁶¹

4. שינויי פסיקה והלכות סותרות

לנוכח שינוי המגמות והצורך בהפעלת טכניקות משפטיות ואמצעי פרשנות, לא ייפלא שההלכה עמדה וממשיכה לעמוד, כפי שכבר הראינו במפורט במהלך הדיון בכללי הלכת ה"כריכה" וניתוחם, בסימן של שינויי פסיקה תדירים, חוסר עקביות והלכות סותרות.⁶²

אייאפשר להתכחש לכך, שאפילו 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 מרתיקת-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.

במקרה אחד מוצדקת ההרחבה. היא מוכתבת מצורך ענייני ומשיקולים משפטיים ראויים. כוונתי למבחן רחב של המונח "תביעת גירושין" בסעיף 3 לחוק השיפוט, המאפשר את הרחבת הסמכות ה"כרוכה" של בית-הדין הרבני. בית-המשפט העליון העדיף את המשמעות הדתית של המונח ואת הפרשנות הניתנת לו בבית-הדין הרבני:⁶³

"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 בעניני גירושין."⁶⁴

במקרה אחר, אין ההרחבה מוצדקת והיא פוגעת באינטרסים ראויים ומעודדת תופעות בלתי רצויות מצד בית-הדין הרבני. אני מתייחס לשאלת הנסיבות והתנאים שבהם חוזרת

60 על סגירת פערים בתחום דיני המשפחה, ראה: א' רוזן-צבי, לעיל הערה 13, מע' 485 ואילך.

61 ראה גם: י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 655-656.

62 בעניין לריאה, לעיל הערה 26, בע' 759: "לא תמיד קל ליישב בין פסקי-הדין שניתנו בבעיה הנ"ל."

63 ראה הלכת עמרני, לעיל הערה 37, בע' 7: בעניין וינברג, לעיל הערה 47, בע' 258, 260; ע"א 155/83 ברמן נ' ברמן, פ"ד לח (2) 231, 233. כך, למשל, נכללת במונח "תביעת גירושין" גם בקשה משותפת לגירושים שהוגשה בהסכמה על-ידי הצדדים. כן ראה לעיל הערה 47.

64 בעניין עמרני, לעיל הערה 37, בע' 37.

לאשה ברירת-הסמכות על תביעה ש"נכרכה" בבית-הדין. כבר ראינו, כי חייבת תביעת גירושים מחזירה את הברירה לאשה. אולם, מעשה שביומיום הוא מצד בתי-הדין הרבניים לא להכריע בשאלת הגירושים, להשאיר את התיק תלוי ועומד ולהפנות את הצדדים לניהול משא ומתן ביניהם. יתר-על-כן, פעמים שהתיק נסגר ללא הכרעה בתביעה, דהיינו, אין התביעה נדחת, אין היא מתבטלת ואף אינה נמחקת. הנצחת סמכות ללא הכרעה שיפוטית היא שימוש בלתי-נאות מצד בית-הדין בסמכות ה"כריכה". היעדר 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, היה ניתן לצפות שבית-המשפט לא ייתן יד לתופעה זו. אולם בית-המשפט העליון נקט עמדה אחרת. במקרה אחד, בו הופנו הצדדים למשא ומתן ביניהם, קבע בית-המשפט, כי עניין המזונות ממשיך להיות תלוי ועומד לפני בית-הדין. במקרה אחר, בו נדחו התביעות "עד שיגיעו הצדדים לידי הסכם בתנאי הגירושין", קבע בית-המשפט העליון, כי -

"כרוך שבית הדין הרבני האיזורי, בצדק או שלא בצדק, לא היה מוכן לסגור את תיק הגירושין... דין תביעתה של המשיבה להדחות מחמת העדר סמכות (המוקנית לבית הדין הרבני מכוח כריכת עניני הרכוש בתביעת הגירושין, כל עוד תיק הגירושין לא נסגר)".⁶⁵

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

"יש לראות את החלטת בית הדין הרבני כויתור על סמכותו לדון בענינים שנכרכו

65 בעניין שרפסקי, לעיל הערה 26, בע' 280.

66 ר"ע 184/85 וועקנין נ' וועקנין (לא פורסם).

בהקשר אחר 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 במקרה זה הוגשה תביעת המזונות על-ידי האשה במסגרת הפעלת ברירת-השיפוט מכוח סעיף 4 לחוק השיפוט, ולא היתה זו סמכות שהוקנתה באמצעות "כריכה". ראה: ע"א 756/85 יעקב נ' יעקב, פ"ד מ (2) 637.

בעניין וועקנין הנ"ל פותחת המשנה לנשיא, השופטת מ' בן-פורת, פתח אפשרי לתקיפת החלטת בית-הדין: "יתכן שהמשיבה יכולה לתקוף את החלטתו של בית הדין... בפני בג"צ בטענה שחרג מסמכותו." הראינו לעיל, שהנצחת סמכות והעמדת הליכים בתוך "לימבו משפטי" הן שימוש בלתי-נאות בסמכות מצד בית-הדין. 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 צדק ומשום תיקונו של עולם, 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 פרינד נ' בית-הדין הרבני האיזורי ירושלים, פ"ד לב (2) 485; הלכת עמרני, לעיל הערה 37, בע' 10; בג"צ 7/83 ביארס נ' בית-הדין הרבני, פ"ד לח (1) 673, 686-687.

כתביעת הגירושין... אין לי ענין בהגדרה פורמלית של מצב התיק כיום בבית הדין הרבני. ענינית – התיק אינו קיים. כך יש לפרש עמדה מוזרה של בית הדין המכריז על עצמו שאינו מוכן להכריע בסכסוך בין בני זוג.⁶⁷

נראית לי עמדתו של בית-המשפט המחוזי מעמדתו של בית-המשפט העליון. החלטתו של בית-הדין הרבני מפרה את האיזון בין השימוש בבריית-האשה לבין הכוח להעניק סמכות "כרוכה". בית-המשפט העליון, בהחלטתו בעניין וועקנין, אינו פועל להשבת האיזון על מכונו. יוצא איפוא, כי דווקא הכרעתו של בית-המשפט המחוזי משרתת את המדיניות המשפטית הנקוטה בפועל על-ידי בית-המשפט העליון בסוגיית ה"כריכה".

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

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

המסר המעשי שעשוי 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, עלולה ההחלטה של בית-המשפט העליון לגרום, מבחינת התוצאה המעשית שבה, דווקא להשרשתן.

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

אנו נוכחים איפוא בית-רשאת, 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 הסוגיה והקושי הכפול, הן בקביעת מבחנים לגילוי כוונת ה"כורך" והן ביישום האינדיווידואלי.

יתר-על-כן, כדי להשיג את אחת המטרות המרכזיות של הכללים הפסוקים המגבילים, מניעת השימוש לרעה, מוטלת על בית-המשפט חובה להיות עירני וקשוב הן לדרכי העקיפה המקובלות של הכללים והן לנסיבות האינדיווידואליות. בסוגיה זו מנהל בית-המשפט מרדף בלתי-פוסק אחר אכיפת מטרות מדיניותו המשפטית, לנוכח אמצעי ההתחמקות מן הכללים המגבילים שמבקשים עורכי-הדין ודרכי-העקיפין שהם מוצאים לעצמם. הדברים חריפים במיוחד בסוגיה 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 רלוונטית מצד בית-המשפט חדשות לבקרים.

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

67 ה"פ 324/84 וועקנין נ' וועקנין (לא פורסם).

הסבר נוסף לתנועת המטוטלת ניתן למצוא בתנועה מפורמליון למהות, בה נעסוק בהמשך.

5. חוסר-הכרעה בשאלות מרכזיות

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. כך, למשל, שאלת היקפם של העניינים "בני-הכריכה" נשארה עדיין פתוחה בחלקה.⁶⁸ אפילו שאלה מרכזית, כמו לאיזו ערכאה הסמכות לקבוע את התקיימותם של תנאי ה"כריכה" ולמי המלה האחרונה במקרה של החלטות סותרות וממילא דיונים מקבילים בבית-המשפט ובבית-הדין, לא הוכרעה עדיין באופן סופי.⁶⁹ חוסר-בהירות שורר גם בשאלת ההשלכה של הלכת ה"כריכה" על תחולת הלכת העיקר והטפל בענייני נישואים.⁷⁰

68 המבחן של מה שנדרש "לחיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים" נזיל ופתוח. מצד אחד נקבע, כי אפילו עניינים שאינם ענייני המעמד האישי ניתנים ל"כריכה". ראה בעניין גולדמן, לעיל הערה 37, בע' 1091. מאידך גיסא הוכרע, כי סכסוך בנוגע לנכסים מסוימים בין בני-הזוג אינו ניתן ל"כריכה". ראה: בג"צ 127/64 רייצ'יק נ' בית-הדין הרבני, פ"ד יח (3) 337. על סוגיה זו בהרחבה, ראה א' מעוז, לעיל הערה 37, מע' ... ואילך; על היקף ה"כריכה", הדעות השונות, הפסיקה ומבחנים מוצעים, ראה: א' רוזןצבי, לעיל הערה 12, בע' 107-101.

69 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, 829, 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 מכחישה בתחום סמכותה. זו תוצאה הנראית לי כשלעצמי קשה. אינני רואה כיצד ניתן לגרוס, שכית 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 שתנתן הוראה לבית המשפט המחוזי, הפועל על-פי ההלכה הפסוקה, להמנע מלדון באותו נושא עצמו (לאור הקביעה של חוסר כנות)" [הדגשה במקור]. ראה גם רע"א 347/87 קפלן נ' קפלן, לעיל הערה 35, בע' 788ה.

בעניין שביט, לעיל הערה 26, השאיר השופט ח' כהן בצריך עיון את השאלה, אם ממצא של בית-הדין הרבני ישפיע על סמכותו של בית-המשפט המחוזי. דהיינו, אם ממצא של בית-הדין הרבני בדבר כנות ה"כריכה" מהווה מעשה-בית-דין (בבחינת השתק פלוגתא) בין אותם צדדים בעת הדיון בסוגיה דומה בבית-המשפט המחוזי.

אין ספק, כי בית-המשפט הגבוה לצדק רשאי להחיר את הקשר הגורדי ולהתערב בדיון או בפסיקה של בית-הדין הרבני, כאשר הוא מוצא שלא התקיימו תנאי ה"כריכה" ולא מולאו מבחני ה"כריכה" שנקבעו בפסיקתו של בית-המשפט העליון.

70 הלכת הטפל והעיקר קובעת, כי הטפל הולך אחר העיקר, דהיינו, כי הערכאה המוסמכת לדון בעניין העיקרי מוסמכת להכריע גם בעניינים הנלווים, גם במסגרת דיון בתביעת גירושים,

6. התנועה מפורמלזם למהות

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

השימוש בפורמלזם הינו אמצעי להשגת מטרה מהותית מוגדרת. משום כך, לא מפליאה הפנייה מאמצעים שיפוטיים טקטיים לבחינה המהותית. לאחר שהפורמלזם עשה את שלו, פרץ את הדרך ושירת את התכלית המהותית, ניתן לרכך את המבחנים, להגמיש אותם ולהעמידם בצל התכלית המהותית.⁷⁰

שירות מסוים לגישה זו עשה גם סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.⁷¹ אכן, נשמעו קולות בפסיקה שקראו ליישם את המבחן הטבוע בסעיף זה גם על הלכת ה"כריכה".⁷² יישום כזה יהיה מטבעו גמיש ופתוח יותר.

תהליך זה של מעבר למבחנים מהותיים, תחת אלה הפורמליים, אינו מיוחד סוגיה זו בלבד. בתקופה האחרונה נוכחים אנו לדעת, כי תהליך זה מאפיין גם תחומים אחרים, במיוחד בהקשר לסוגיית הסמכות במסגרת דיני המשפחה.⁷³

כמו במסגרת דיון בתביעה בעניין של נישואים. על הלכת הטפל והעיקר בכלל, ראה: בג"צ 642/82 ספדי נ' בית הדין הדרוזי, פ"ד לו (3) 381. כן ראה: פ' שיפמן, לעיל הערה 25, בע' 44-42; 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, ינואר 1985) 244-246 והאסמכתאות שם.

שאלת התחולה של הלכה זו על בית הדין הרבני נשארה בצריך עיון בעניין ברמן, לעיל הערה 63, בע' 235. השופט מ' בן-פורת נוטה אומנם לתשובה חיובית, לפיה הולך הטפל אחר העיקר בענייני נישואים כאשר הם נדונים בבית הדין הרבני, אך מעדיפה לא להכריע: על המגמה להכריע בחיוב בשאלה 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, מסחברת תשובה שלילית לשאלה מדבריו של מ' שאווה, לעיל הערה 26, בע' 722.

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

71 ע"א 693/83 שמש נ' רשם המקרקעין ה"א"ימו, 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 ההתדינות סביב אותו עניין."

71א ס"ח ע' 117.

72 השופט מ' אלון, אגב-אורחא, בע"א 700/81 מו נ' מן, פ"ד לח (2) 736, 742. על אפשרות השימוש בסעיף 39 לחוק החוזים כמנע נגד טענת חוסר סמכות, הלכת עמוני, לעיל הערה 37, בע' 9-10, מפי השופט מ' אלון.

73 מבחן מהותי ולא פרוצדורלי לצורך קביעת סמכות נמשכת ומידת המחויבות של הילדים בהסכם-גירושים של ההורים, ראה: ע"א 411/76 שר נ' שר, פ"ד לב (1) 449, 457; ע"א

בעבר עמד ד"ר א' מעוז על גישה שכינה גישה של "סוף מעשה במחשבה תחילה",⁷⁴ וכך הוא תיאר אותה:

"[ה]...מבחן... של בחינת התוצאה של פירושים אפשריים שונים במטרה לבחור בפירוש שיוביל לתוצאה הצודקת וההגיונית ביותר הינו מעשה שככל יום בבתי המשפט. בתחום ענייני המעמד האישי נוסף למבחן האמור כלל מעשי הנקוט בפסקים השונים. לפי כלל זה, מקום שאין סמכות שיפוט ברורה וחד-משמעית, יש ובית המשפט בוחר את התוצאות של מסירת הסמכות לבית הדין הדתי או לבית המשפט המחוזי וקובע את הפורום המוסמך בשים לב לפסיקתו המשוערת בענין הנדון.⁷⁵"

ה. הלכת ה"כריכה": השפעות מזיקות על המשפחה ותופעות הלוי בדיני המשפחה

הלכת ה"כריכה", המובילה ל"מירוץ הסמכויות" בשיטה המשפטית, יצרה תופעות קשות בהתדיינות בין בני-הזוג בענייני אישות במציאות הישראלית. היא היתה לנטל מכביד על המשפחה ועל רווחתה:

(1) הלכת ה"כריכה" מעודדת תופעה של חוסר-השלמה בין בני-הזוג ומהווה תמריץ שלילי לפיוס ביניהם. בני-הזוג, המעוניינים בהשגת יתרונות הנובעים מבחירת שיפוט זה או אחר, חוששים, כי יסכנו את יתרונם אם יתנו הזדמנות לצד האחר או ימתינו להסדר בדרכי-שלום. הם נתבעים לפעול מיידית לבחירת הפורום, שמא יקדימם האחר ויסכל את אפשרות הבחירה שלהם.

(2) כתוצאה מכך, שוררת חשדנות בין בני-הזוג והם נתפשים מלכתחילה ובאורח מידי להלך-רוח של התדיינות וחיפושים אחר הכרעה שיפוטית.

(3) הצורך להכריע בשלב מוקדם על נקיטת צעדים משפטיים ועל בחירת הליך שיפוטי מטיל על הצדדים נטל פסיכולוגי כבד. צורך זה מעביר את המוקד, מבחינת הצדדים, מהכרעה אישית חופשית להכרעה משפטית של עורכי-הדין כתוצאה מלחץ הנסיבות.

(4) הדחיפה להתדיינות היא הרסנית. הצדדים משחררים את כל מלאי התחמושת של הטענות. בעצת עורכי-דינם, טוענים הצדדים את מקסימום הטענות האפשריות ומרחיבים בכך את הקרע בין בני-הזוג בשעה של רגישות מיוחדת. במקום ליצור כלים להרפיית המתח ולתור אחר אמצעים להסדר מערכת היחסים, דוחפת השיטה המשפטית את הצדדים לתוך מערבולת של התדיינות, ושולחת אותם לדרך ללא חזרה.

(5) הלכת ה"כריכה" קיבלה מבנה משפטי מורכב ומסובך. היא עצמה נהפכה, מזומנות, לסלע-מחלוקת עיקרי. ממנה יצאה התדיינות מסועפת ועתירת זמן, ממון ושחיקה פסיכולוגית. יותר משהקלה הלכה זו על ההתדיינות בין בני-הזוג, הוסיפה משקולת כבדה

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.

74 א' מעוז, לעיל הערה 15, בע' קצג.

75 א' מעוז, שם, בע' קצב.

למשקל הבלתי־מבוטל של ההתדיינויות הקיימות. אירונית היא העובדה, שהלכה שהורתה ולידתה בניסיון לרכו ולפשט דיונים נהפכה היא עצמה למוקד של סכסוכים. מה שנועד להגן על המשפחה נהפך לשדה־קרב אכזרי ממש בין בני־הזוג. הסתבת הגוססת הנגרמת כתוצאה מכך פוגעת בהשגת פתרון מכובד ויעיל לטובת בני־הזוג, שיקומם העתידי וטובת המשפחה בכללותה. בתוך המסגרת השבירה של מערכת יחסים מתמוטטת נוצר סדק נוסף אליו חודרת התדינות מתישה ומסועפת. הלכת ה"כריכה" מטפחת את השנאה ומוינה אותה.⁷⁶

(6) הצדדים מבקשים לקנות סמכות בערכאה הרצויה לכל אחד מהם. תנאי לכך הוא הגשת תביעה מסוימת בעלת אופי מסוים וסממנים שהוגדרו על־ידי הדין. לשם מילוי התנאים, מכוון כל אחד מן הצדדים לדרישת הדין. כתוצאה מכך, מוסט הדיון האמיתי לכיוונים לא־ענייניים ולא רלוונטיים רק כדי למלא את מצוות הדין לשם קניית הסמכות.

(7) "מירוץ הסמכויות" מייקר את ההתדינות באופן ניכר. הוא מטיל על הצדדים נטל כספי נוסף, המכביד על המשפחה.

(8) "מירוץ הסמכויות" גורם בזבוז זמן שיפוטי יקר. הבזבוז כפול: במערכת השיפוט האזרחית ובמערכת השיפוט הדתית. בהיעדר תקנים לשיפוט ובעידן של קיצוצים תקציביים, נפגע האינטרס הציבורי. הפגיעה כפולה: הן באובדן כספי ניכר והן בהארכת משך ההתדינות של הציבור. במקומן של התדינויות מהותיות, מתרוצצים בני־הזוג במערכות השיפוטיות, מבזבזים משאבים כספיים, את זמנן של ערכאות השיפוט ואת זמנם שלהם.⁷⁷

(9) ההתדינות הפרלימנרית האמורה, המתקיימת בכפילות בשתי המערכות השיפוטיות, גוררת אחריה לעיתים קרובות החלטות סותרות ואי־התאמות. תוצאה זו לא רק מעמידה את הצדדים המתדיינים לפני קושי ענייני ומטילה אותם להתדינויות נוספות, אלא גם פוגעת באמון הציבור במערכת המשפטית.⁷⁸

(10) הואיל ו"מירוץ הסמכויות" מאפשר לצדדים להאריך מלאכותית את משך ההתדינות ולהתיש האחד את כוחו של האחר, פועל הוא להגדלת כוח־המיקוח של הפחות להוט לגירוש או של בעל העורף הכלכלי הבטוח יותר. בכך הוא מהווה גורם נוסף, לא־ענייני, המחליש את מעמדו של אחד הצדדים ללא הצדקה מהותית בנסיבות העניין

76 השופט אשר בע"א 41/79 שר נ' שר, לעיל הערה 73, בע' 457.

77 ראה גם: בג"צ 3/73 כהנוף נ' בית־הדין הרבני האיזורי בתל־אביב, לעיל הערה 57, בע' 454: "ריבוי 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 במערכת אחרת."

78 גם סוגיית מעשה־בית־הדין מכניסה מימד של הכרעות סותרות ומוסיפה שמן לגלגלי מכונית המירוץ הזוהרת בין הערכאות, בניגוד לאינטרסים האמיתיים של המשפחה ובעיקר של הילדים.

על תכססנות הנובעת מפיצול השיפוט וביקורת על הפרצה שיצר המחוקק ראה: בג"צ 206/70 שרגאי נ' שרגאי, פ"ד כד (2) 487, 491-492. כן ראה: פ' שיפמן, לעיל הערה 25, בע' 380. תכופות מוגשים גם ערעורים כפולים – לבית־המשפט העליון ולבית־הדין הרבני הגדול.

ומבלי שיהווה גורם רלוונטי למטרה זו.

(11) ראינו לעיל, כי כל אחת מן הערכאות, בית-המשפט המחוזי מזה ובית-הדין הרבני מזה, מחילה הוראות מטריאליות שונות בחלקן בתחומים זהים של התדיינות. אין שום הצדקה עניינית מבחינת הסמכות ואין כל הצדקה מבחינת הדין הדתי להפלות בין מתדיינים ולהחיל עליהם דין שונה בעניין זה על בסיס מועד הגשת התביעה. זה שיקול לא-רלוונטי, שמחירו אי-צדק, עיוותים חברתיים ועוול אישי, שאינו מצדיק את מה שנחזה להיות התועלת שבצידו, דהיינו: דיון מרוכז ואחיד בכל העניינים ה"כרוכים" לתביעת הגירושים בבית-הדין הרבני.

החלת דין זה או אחר לפי מועד פתיחת ההליך ושליטת זכויות מבין-זוג אחד על-ידי בן-הזוג האחר בשל בחירת פורום ההתדיינות יש בהן משום הפליה. מבחינת האינטרס של הצדק לצדדים המתדיינים, שהוא מטרת ההליך השיפוטי, הדתי והאזרחי גם יחד, תוצאה זו פגומה.

לא כל אדם מודע לזכויותיו. קביעת תוצאות לפי ברירה חד-צדדית של פורום היא בבחינת שימת ממשול 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.

הואיל ובחלק מן המקרים הגשת תביעת הגירושים היא מלאכותית ונועדה רק לקנות סמכות בבית-הדין הרבני כדי להביא לתחולת הדין שאותו מחיל בית-הדין, ו"לברוח", על-ידי שליטת 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.

ליבנו נעשה גם בהפליה כזו, הואיל ואנו רואים אותה כחלק בלתי-נפרד מן השיטה המשפטית שלנו. אך זו מציאות פגומה, שאין מקום לקבלה ואין הצדקה להשלים עימה. אם ניתן לתקן פגם זה – מן הראוי לעשות כן.

יש איפוא מקום לצעד של השוואת דין ודיון באותם עניינים (כגון: החזקת ילדים, מזונות והסדר רכוש) במהלך הנישואים ולעת גירושם. צעד כזה נדרש לא רק מטעמי צדק לצדדים ולא רק כדי למנוע תקלות הפוגעות בצדדים, אלא גם, כאמור, כדי להימנע מפגיעה בשיטה המשפטית ובתדמית הצדק שהיא יוצרת בעיני הציבור.

(12) מירוץ הסמכויות חושף נקודות תורפה של המערכת השיפוטית ומאפשר – כפרצה הקוראת לגנב – שימוש לרעה בהליכים שיפוטיים. הלכת ה"כריכה", על פגיעה, אחראית, בין-השאר, לתופעות של עשיית דין עצמי. הקושי בהשגת גירושים 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 ראייה באורח תקין וראוי; חטיפת ילדים; יצירת התגרונות מכוונות ומודרכות כדי להוציא את בן-הזוג מן הכלים ולהניעו להגיב בדרך שתאפשר 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, לעיתים גם תיקי בית-המשפט, ועיכוב המצאת כתבי בי דין לפי צורכי הצד התובע; ניסוח סנסציוני של כתבי-טענות ושימוש בפרסום בעיתונות כאמצעי-לחץ; הוצאת כל המיטלטלים מן הבית ללא הודעה מוקדמת; המצאת כתבי בי דין בדרך שיש בה הפצה מכוונת של התוכן המביך של כתבי-הטענות בקרב החברים לעבודה או בקרב מקורכים וידידים; איומים בהלשנות לשלטונות מס-ההכנסה ולמעביד.

המערכת הכפולה מהווה קרקע גידול נוח לשגשוגן של תופעות אלה. היא יוצרת תפר נוח, המזמין ניצול לרעה.

(13) בתהליך האמור יוצאים נפסדים ילדי בני-הזוג. הארכת תקופת-הביניים, שהיא תקופה של חוסר-ביטחון יחסי ושל מאבק קשה בין בני-הזוג, כתוצאה מהתדיינות בעניין הסמכות, הרסנית לתפקודם של הילדים הנגררים לתוך המערכות ומאריכה את יסוריהם, ואת הנעשה בתקופה זו קשה להשיב.

(14) דיון מפוצל בערכאות שונות בהיבטים שונים של יחסי בני-הזוג ממקד את הדיון בהיבט חלקי וצר של התסמונת ביחסי המשפחה של הצדדים. כתוצאה מכך, עניינה של המשפחה בכללותה ובעיותיה בשלימות אחת אינם עולים על שולחן הדיונים. כל עניין מתברר כתביעה אזורית נפרדת, בלי שתיחשף התמונה המלאה והשלמה ובלי שיידון ההקשר הכולל של מערכת היחסים במשפחה.

ריכוז כל הסמכויות בעניינים הנלווים לפני פרום אחד ומניעת הנזק שבפיצול הסמכויות יסייע להשיג את המטרה ששאפה הלכת ה"כריכה" להשיג, אך כשלה בהשגתה כבר בתחילת הדרך.

ללא ריכוז סמכויות, לא ניתן לדבר כלל על בית-משפט למשפחה, שהקמתו במתכונת מיוחדת המלצה על-ידי "ועדת שינבוים".⁸⁰ ממילא אין ההמלצה המרכזית של ועדה זו בת-השגה ואינה בתיישום ללא ביטול הלכת ה"כריכה" במתכונתה דהיום. תוצאות הרסניות אלה מחייבות את המסקנה, כי המצב הקיים אינו הרע במיעוטו אלא הרע במלואו.

1. דרכי-פתרון אפשריות

הכיוון של הפתרון היחיד האפשרי הוא ביטול "מירוץ הסמכויות" וקביעת ערכאת-שיפוט אחת, המוסמכת לדון בעניינים הנלווים לגירושים והנובעים מהתרת הקשר בין בני-הזוג. לערכאת-השיפוט האחרת תהיה סמכות מקבילה, שתקום בהסכמת כל הצדדים הנוגעים בדבר.⁸¹

דרכי-הפתרון האפשריות הן:

- (1) מסירת הסמכות המקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושים לבית-הדין הרבני, המוסמך ייחודית לדון בענייני הגירושים.
- (2) מסירת הסמכות המקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושים לבית-המשפט המחוזי, בלי לפגוע בסמכותו הייחודית של בית-הדין הרבני לדון בתביעת הגירושים. דהיינו, הפרדה מוחלטת של הסמכויות.

80 דר"ח "ועדת שינבוים", ע' 13-30.

81 ראה: י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 651.

(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 הגירושים. אם הוטלו בתוך הזמן הקצוב חיוב או כפייה לגט, תישמר סמכות בית-הדין. לעומת-זאת, אם לא הכריע בית הדין בתקופה זו, כאמור, תעבור הסמכות המקורית לבית-המשפט המחוזי. לבית-הדין הרבני תהיה סמכות מקבילה בלבד.

ז. דרך-הביניים ומגרעותיה

במחשבה ראשונה נראית הדרך השלישית כפתרון מפתה. היא משאירה את הסדר כל העניינים הכרוכים בגירושים לערכאה המוסמכת להכריע בתביעת הגירושים, ועם זאת יש בה תמריץ לבית-הדין לסיים את הדיון בתביעת הגירושים 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 מבזבז שהלך לאיבוד. משך הדיון בתביעות בענייני גירושים יוארך עוד יותר לעומת המצב הנוכחי. לבן-זוג, המבקש לעצמו יתרון בהענקת סמכות למערכת השיפוט הדתית, יהיה די בהגשת תביעת גירושים כדי להשיג מטרה זו. אם כך חזרנו לנקודת-המוצא, ומה הועילו חכמים בתקנתם? יתר-על-כן, פתרון כזה פוגע, ברוב הגדול של המקרים, באשה, בשל העדיפות המהותית שרוכש הבעל בהתדיינות בעניינים הכרוכים בבית-הדין הרבני.⁸²

על-פי הצעה זו, תוקנה לבית-הדין הרבני סמכות מרגע הגשתה של תביעת גירושים, 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 האזרחי. יתר-על-כן, באמצעות פתרון כזה יגבר חופש-התמרון בין הערכאות ותורחב אפשרות השימוש לרעה בהליכי בית-המשפט. גם הגשת תביעות-סרק לגירושים, כדי לסכל סמכות, עלולה להיות מעשה שביומיום. מכל האמור לעיל נראה, כי הסדר כזה אינו מביא כל פתרון בכנפיו אלא להיפך – הוא עלול אף להחריף את הבעיות. מכל מקום, אין הוא משפר את המצב הקיים.

ה. הפתרון המוצע: הפרדת הסמכויות והענקת הסמכות ה"כרוכה" לבית-המשפט המחוזי

1. כללי

נותרו שתי דרכי-הפתרון הראשונות. ביניהן יש לבחור. 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

82 ראה לעיל הערות 6-15 והטקסט הכמוך להן וכן פסקה ה(11).

את אלה מהליך הגירושים. רוצה לומר, אילושי 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 הגלויים לגירושים, להוציא, כמובן, את תביעת הגירושים עצמה. המלצה זו מתיישבת עם מעמדו של בית-המשפט המחוזי כערכאה המקורית והשירית בענייני המעמד האישי. היא גם מתחייבת למעשה מיישום הגיוני ושיטתי של המלצות "ועדת שינבויים" על ריכוז הסמכויות האזרחיות בכלל הסוגיות המשפטיות המתעוררות בענייני משפחה במחלקה לענייני משפחה בבית-המשפט המחוזי.

2. הפרדת סמכויות בין תביעת הגירושים לבין העניינים הנלווים

אין ספק בקיומו של יתרון בקביעת ערכאה אחת, שתכריע בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושים כמעמד הדיון בתביעת הגירושים עצמה ובעת ובעונה אחת עימה. אולם, הבחינה המעשית במציאות המשפטית הישראלית המיוחדת אינה מאששת יתרון כזה.

הקושי בהשגת גירושים ללא הסכמת הצדדים מותיר ממילא את ההכרעה בעניינים הממוניים והרכושיים להסדר בין בני-הזוג. בכך נעלם כליל היתרון שבהענקת סמכות לערכאה שעניינה הכרעה בתביעת הגירושים.

יתר-על-כן, כחלק ניכר מן המקרים, נמנע בית-הדין מהכרעה בענייני הממון והרכוש, מציע לצדדים להגיע ביניהם להסדר ומשאיר את התיק פתוח וללא הכרעה.

הקשר בין הגירושים לבין הסדר ענייני הממון והרכוש נהפך למלכודת לגבי בן-הזוג החפץ בגירושים. קשר כזה גורם לכך שחוטא יוצא נשכר בשני מובנים. ראשית, מעניק הוא לסרבן תמורה גבוהה על עקשותו ומחיר גבוה תמורת הסכמתו להתגרש. שנית, בשל יחסי-הגומלין שבין הדיון בסוגיית הגירושים לבין הדיון בסוגיות הנלוות, משאיר בידו בן-הזוג סרבן-הגט את הרכוש המשותף כל עוד לא נתן – או קיבל – את הגט,⁸³ ובכך מזין הוא עוד יותר את סרבנותו ומעניק תמריץ חיובי להתנהגות

83 מן הראוי לציין, כי לאור חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, לא ניתן לאזן משאבים אלא במועד התרת קשר הנישואים. הוראה זו חלה על שתי ערכאות השיפוט. ראה בעניין זה: מ' שאוה, לעיל הערה 11, בע' 217-221; א' רוזן-צבי, לעיל הערה 12, בע' 346-351; כן ראה את דכר-הביקורת של השופט י' כהן על מצב משפטי זה בע"א 2/77 אוזגי נ' אוזגי, פ"ד לג (3) 1, 31.

אחת מהמלצות "ועדת שינבויים" עניינה תיקון חוק יחסי ממון באופן שיתאפשר לבית-המשפט או לבית-הדין לאזן את המשאבים גם לפני התרת קשר הנישואים, אם יצדיקו זאת הנסיבות. ראה דר"ח הוועדה, בע' 34-39. ראה הצעה חמה בהצעת חוק יחסי ממון בין בני-זוג (תיקון), התשמ"ז-1987. הצעת חוק פרטית זו (ח"כ ח' רמון) הועברה לדיון מוקדם בוועדת החוקה חוק ומשפט, ד"כ (תשמ"ז) 4103. לאחר-מכן הוכנה עליידי הוועדה לקריאה ראשונה. כיום 10/3/87 אושרה ההצעה כמליאת הכנסת בקריאה ראשונה והועברה לוועדת החוקה חוק ומשפט, לדיון ולהכנה לקריאה שנייה ושלישית, ד"כ (תשמ"ז) 2119.

שלילית.

הפרדה בין השלבים השונים של ההתדיינות לא תועיל אולי למנוע כליל את הלחץ והסחטנות. כל עוד ימשיך הקושי בהשגת גירושים ללא הסכמת הצדדים להיות חלק מן השיטה המשפטית הישראלית, תתלווה אליו הסחטנות. אולם הפרדה בדיון בין הגירושים לבין שאר העניינים הנלווים, כשהעניינים הנלווים מרוכזים כולם בערכאה אחת, תשולל לפחות את היתרון הבלתי-מוצדק העומד לסרבני-הגט, היוצא נשכר בכך שכל הרכוש שצבר נשמר ברשותו.

זאת ועוד: רוב בני-הזוג מנסים להשיג לעצמם יתרונות רכשיים וממוניים במסגרת הליך הגירושים. אם ינותק הדיון בין השאלות הרכושיות והממוניות לבין שאלת הגירושים וכל ענייני הרכוש והממון יוכרעו ללא תלות במתן הגט או בקבלתו, לא יהיה עוד תמריץ לשלול את מתן הגט או להימנע מקבלתו. הליכי הגט יהיו במקרה כזה אקט פורמלי בלבד.⁸⁴

כך הוא סדר ההתדיינות במתוקנות שבשיטות המשפטיות.

אפילו נשאר עדיין תמריץ לבני-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.

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 הגירושים עצמו.

אין זיקה ישירה בין הגירושים לבין ההכרעה בכל המחלוקות בין בני-הזוג. עם ההכרעה בהן בערכאה אחת, ממילא פתוחה הדרך לגירושים. בכל השיטות בעולם אין זיקה מוכרחת בין מועד כריתת הקשר לבין הדיון בשאלות הנלוות, ובלבד שהדיון יהיה אינטגרטיבי ויביא בחשבון את תמונת המשפחה כולה.

הפרדה בין העניינים ה"כרוכים" לבין עניין הגירושים תהווה מעין חלופה לצד-הפרדה, המקובל בשיטות משפט שונות.⁸⁵ צו כזה רצוי במיוחד בשיטת משפט כשלנו, המתאפיינת בקושי להשיג גירושים ללא הסכמת הצדדים.

יש בהפרדת סמכויות, מחד גיסא, ובריכוז הסמכויות בכל העניינים הנלווים לגירושים, מאידך גיסא, משום התקרבות למודל של בית-משפט למשפחה. גם משום כך רצויה הצעה זו.

אין בהפרדת סמכויות כזו משום תמריץ לגירושים או ניצול לרעה של הגירושים מצד התובע, הואיל והדין המהותי עצמו צריך לשמש טריז נגד חששות כאלה. כך, למשל, משמש שיקולי-הדעת המוקנה לבית-המשפט מגן מפני שימוש בלתי-מוצדק בתביעות רכושיות או ממוניות מצד אחד מבני-הזוג נגד משנהו. הדין המהותי יביא בחשבון גורמים

תשמש תמריץ לפירוק מוקדם של הנישואים ומחשש לגט מעושה. אנו סבורים שטענות אלה מתוסרות כל בסיס. אין זה המקום לדיון ענייני כדי להפריך טענות אלה. המסקנה היתידה שניתן להסיק בהקשר לענייננו היא, כי מקומו הטבעי של דיון בחוק יחסי ממון, ככל שלב של ההליכים בין בני-הזוג, הוא בית-המשפט המחוזי.

84 י' שילה, לעיל הערה 5, בע' 653.

85 ראה: א' רוזן-צבי, לעיל הערה 10.

כאלה, אם אכן ימצא שיש מקום להגיע לפתרונות מסוג זה. זאת ועוד: ריכוז סמכויות מבטיח גם שינוי בדפוסי ההתדיינות בהליכים בין בני-זוג. הדפוס הקיים יומר במבנה דיוני ובתפישה עקרונית המקובלים בבית-משפט למשפחה. ממילא תיעלם 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. הפרדת הסמכויות שתיווצר, פרי הפרדת-הכוחות האמורה, אינה מהווה חיסרון במציאות הקיימת אלא יתרון דווקא.

3. הסמכות בעניינים הנלווים לגירושים לבית-המשפט המחוזי

לאחר שעברנו כברת-דרך זו, בשלים אנו להכריע בין החלופות השונות. אנו מעדיפים את הדרך הראשונה, דהיינו: מסירת סמכות מקורית לדון בכל העניינים הכרוכים בתביעת הגירושים לבית-המשפט המחוזי. לבית-הדין הרבני תהיה סמכות מקבילה בעניינים אלה. גמנה את עיקר טעמינו להעדפת החלופה האזרחית על-פני זו הדתית.

(א) מכל טעמינו של ד"ר ז' ורהפטיג, המובאים לעיל, להענקת סמכות "כרוכה" לבית-הדין הרבני דווקא,⁸⁶ לא נותר כיום למעשה מאומה.

ראשית, הואיל ואת ה"כריכה" מכצעים בדרך-כלל הבעלים, התובעים גירושים, לא בא מוסד המזונות לידי ביטוי כאמצעי ללחץ על הבעל למתן גט. לעיתים פועלת מניעת המזונות כלחץ על האשה, שהיא, בדרך-כלל, הצד החלש בין השניים. אולם לחץ כזה אינו מועיל הרבה לבעל. אשה העורכת את חשבון הרווח וההפסד יודעת, כי לאחר הגירושים לא תקבל מזונות וממילא לא ישתפר מצבה הכלכלי. בחשבון הכולל שהיא עורכת, קטן המשקל של מניעת המזונות כלחץ לגירושים.

שנית, תפקידו של בית-הדין כמתווך ומפשר אינו קיים הלכה למעשה. יתר-על-כן, המזונות כהסדר-ביניים אינם סגולה להתרככות ולמתשבה נוספת. והעיקר, כפי שהראינו לעיל, דווקא הלכת ה"כריכה" משמשת גורם המאיץ את הליך ההידרדרות במשפחה. הלכה זו היא המונעת מרווח-זמן של שיקול-דעת ומחשבה נוספת. טענת ד"ר ז' ורהפטיג, כי מטרת ה"כריכה" היא פיוס במשפחה והפעלת אמצעי-פישור בין בני-הזוג, מנותקת כליל מן המציאות ונשמעת כיום אירונית ואבסורדית.

(ב) השגת המטרה של ריכוז ממשי של כל הסמכויות הנלוות לגירושים בערכאה אחת מותירה את בית-המשפט המחוזי כערכאה היחידה הבאה בחשבון לשם כך. הטעם לכך הוא כדלקמן: סמכות בית-הדין בעניין השלם (כל הסכסוכים במשפחה והעניינים הנלווים לגירושים) מסוכלת עקב הפיצול הטבוע בשיטה הנוכחית. במהלך הנישואים מופקדת הסמכות המקורית, כחלק-הארי של העניינים האמורים, בבית-המשפט המחוזי. כל הליך שנפתח לפני הגשתה של תביעת גירושים, אליה "נכרכו" התביעות הנלוות, ממשיך להתנהל בבית-המשפט המחוזי. משום כך, חלק נכבד מן ההתדיינות בענייני המשפחה מתברר בבית-המשפט המחוזי.

לא ניתן לבטל את פיצול הסמכויות ולהעניק סמכות שלמה לבית-הדין הרבני בלי לשלול, הלכה למעשה, את רוב סמכויותיו של בית-המשפט המחוזי בהתדיינות בין

86 ראה בטקסט לעיל, סמוך להערה 18.

בני-זוג. שלילה כזו של סמכות היא בניגוד גמור להרמוניה המשפטית, דהיינו: תחולת דינים אורחיים-טריטוריאליים על מערכת היחסים בתוך המשפחה. אין היא עולה בקנה אחד עם הצורך החברתי והיא גם עומדת בסתירה למאווייו של רוב הציבור הישראלי.

מאידך גיסא, אם נפקיד בידיו של בית-המשפט המחוזי את הסמכות המקורית בכל העניינים הנלווים לתביעת הגירוש, 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-היתסים. על-ידי כך גם נסיר משיקולי-הדעת של המשפחה את כובדם של עניינים לא-רלוונטיים, המשתלטים כיום (בעידן השליטה של הלכת ה"כריכה") על התכנים, עושים את הטפל עיקר ודוחקים לשוליים את הבעיות המרכזיות החייבות להעסיק את המשפחה. מטרה נוספת שתושג, כפי שנראה עוד להלן, היא השוואת דינם של בני-הזוג המתדיינים בישראל בכל העניינים הנלווים לגירושם.

(ג) הואיל ובמהלך הנישואים מצויה הסמכות המקורית בענייני ממון ורכוש בין בני-הזוג בידי בית-המשפט האזרחי, תאפשר הענקת סמכות ייחודית בעניינים אלה לבית-הדין הרבני, לעת גירושם, השגת יתרון בלתי-הוגן לאחד מבני-הזוג על-ידי נקיטת הליך של גירושם. בעל-דין עשוי איפוא לנצל את המצב המשפטי לרעה ולפתוח בהליך שמטרתו היחידה או העיקרית עלולה להיות השגתו של יתרון כזה. התמריץ לניצול ההליך לרעה ימשיך להיות טבוע בשיטה.

יוצא איפוא, כי הליקויים הטבועים במצב הקיים ימשיכו לדבוק גם בחלופה של הענקת סמכות מקורית בענייני ממון ורכוש, במהלך תביעת גירושם, לבית-הדין הרבני. אם לתיקון המצב הקיים נשואות עינינו, לא ניתן לבחור בחלופה זו.

(ד) קבלת החלופה של ריכוז כל הסמכויות בעניינים הנלווים לגירושם בבית-המשפט המחוזי תוליך להשוואת סמכותן של ערכאות-השיפוט לעת גירושם לסמכותן במהלך הנישואים. השוואת הסמכות מביאה בעת ובעונה אחת גם להשוואת הדין המוחל על הצדדים.

כל ערכאה תזון בקטע מסוים של הסכסוך המשפחתי. למועד פתיחת ההליך לא תהיה כל השפעה לא על קביעת הסמכות ולא על הדין המוחל. הדין המועדף על בן-הזוג היוזם את ההליך לא יהיה עוד הפרס המוענק לו בתור "זוכה" שהצליח להקדים את בן-זוגו במירוץ לפירוק המשפחה. חלק ניכר מן המבוכה והסתירות, הגוררות עינוי-דין, ייעלם אם תוגשם השוואה כאמור.⁸⁷

הואיל ובית-המשפט המחוזי מקיים בידיו סמכות מקורית ושיורית בענייני המעמד האישי (שאינם בגדר ענייני נישואים או גירושם כהגדרתם בפסיקה) כל אימת שלא נכרכו בתביעת גירושם, והואיל והוא גם הערכאה המרכזית העוסקת בעניינים אלה בפועל, מחייבת השאיפה להשוואת הדין את קיומה של הסמכות בידיו בעניינים אלה גם לעת דיון בגירושם.

הואיל ורק בית-המשפט המחוזי יכול לתת תשובות כוללות, המאגדות את הדין הדתי עם הוראות המשפט האזרחי, ולהגיע בכך להסדר אחיד וכולל ולהענקת מלוא הזכויות

87 על פיצול הדין הנובע מ"מירוץ הסמכויות" ועל הנזקים החמורים הנגרמים עקב פיצול זה לצדדים המתדיינים, לרווחת המשפחה בכללותה ולשיטה המשפטית, ראה לעיל הערה 79, והטקסט הסמוך לה (לעיל פסקה ה(11) בטקסט).

למתדיינים, הוא מהווה את ערכאות השיפוט ההולמת והמתאימה. אין להיאחז במצב הקיים כמודל לחיקוי או להנצחה. לעת-פגרון יש למצוא תרופה כוללת.

(ה) בעת הצגתה של הצעת-החוק בקריאה הראשונה בכנסת, הפליג סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, בשבח ההתחרות החופשית בין הערכאות לשם השגת תוצאות טובות יותר:

"תהיה התחרות חופשית בין בית הדין לבין בתי המשפט ונגיע לכך, שבשניהם יהיה מירון לשיפוט מהיר וצודק."⁸⁸

עקרון ה"כריכה" מסכל השגת מטרה זו. יש להחזיר את עקרון ההתחרות החופשית גם לעת גירושם. תהיה ההתחרות בין ערכאות השיפוט לפי ברירת הצדדים גם לעת גירושם. מגבלה אחת יש להציב לבני-הזוג: לא יותר להם לפצל בין הערכאות, בהסכמה, את הדיון בעניינים הנלווים, אם ימצאו בית-המשפט או בית-הדין שהפיצול המוסכם פוגע בטובת המשפחה ובמיוחד בטובת הילדים.

(ו) בעת הצגתה של הצעת-החוק לקריאה ראשונה בכנסת, נאמר עוד מפי 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 ימצאו רוב ענייני המזונות – בבתי הדין או בבתי המשפט."⁸⁹

אכן, הגיע הזמן לראות כיצד התפתחו העניינים במשך למעלה משלושים ותמש שנה ולהסיק את המסקנות המתבקשות מן הממצאים.⁹⁰

מאז נחקק חוק שיפוט בתי-דין רבניים, הצביע הציבור הישראלי על הערכאה המועדפת בדרך של פתיחת תיקים משפטיים ואמר את דברו בעניין התחרות החופשית. למן שנת 1960 ועד שנת 1986, חל גידול של יותר מפי עשרים בתביעות המזונות בבתי-המשפט המחוזיים, ורק גידול של פי שלושה בתביעות כאלה בבתי-הדין הרבניים. נתונים 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".

בשנת 1960 התבררו בבתי-המשפט המחוזיים 194 תיקי-מזונות לעומת 3,925 תיקי-מזונות שהתבררו בהם בשנת 1986. לעומת-זאת, בשנת 1960, התבררו בבתי-הדין הרבניים 1,935 תיקי-מזונות לעומת 6,412 תיקים כאלה שהתבררו בהם בשנת 1986. ההפרש ביחס של תביעות המזונות בין בתי-הדין הרבניים לבתי-המשפט המחוזיים, שעמד

88 ראה דברי סגן שר הדתות דאז, ד"ר ז' ורהפטיג, ד"כ 14 (תשי"ג) 1411.

89 ד"כ 14 (תשי"ג) 1411.

90 דבריו של ד"ר ז' ורהפטיג נאמרו אומנם ביחס לברירת-האשה בסעיף 4 לחוק השיפוט, אך העיקרון המבוטא בהם יפה גם בהקשר לסמכויותיהן של ערכאות השיפוט במסגרת סעיף 3 לחוק.

בשנת 1960 על כ-97% לטובת בית-הדין, קטן עד שנת 1986 ועמד על כ-60% בלבד לטובת בית-הדין. היחס הולך ויורד באופן הדרגתי במשך השנים.⁹¹ הגידול ההדרגתי, העקבי והמשמעותי במספרן של תביעות המזונות הנדונות בבתי-המשפט המחוזיים, עלי-חשבונם של בתי-הדין הרבניים, מדבר בעד עצמו. הוא מעיד כאלף עדים על ברירת הציבור ועל העדפותיו. ממצאים אלה מחזקים את החלופה של הענקת סמכות לבית-המשפט המחוזי לדון בכל העניינים הנלווים לתביעת הגירושים.

(ז) כאמור, מקיים כיום בית-המשפט המחוזי בידיו סמכות לדון בחלק-הארי של דיני המשפחה. דברים אלה אמורים הן במהלך הנישואים והן לעת גירושם, אם נפתח ההליך בטרם הספיק צד "לכרוך" את העניין בתביעת גירושם. השינוי המוצע, היינו, העברת הסמכות בעניינים אלה לבית-המשפט המחוזי גם כשהם נלווים לתביעת גירושם, אינו פוגע מהותית בדין הדתי או בבתי-הדין הדתיים. השינוי המוצע מצמצם אומנם את תחום הסמכות של בית-הדין בקרות אירוע מסוים ובכך פוגע בכוחו של בית-הדין, אך אין בכך פגיעה מהותית או עקרונית, אלא טקטית בלבד. זה עניין של יוקרה מוסדית. יוקרה כזו אינה שקולה כנגד הפגיעות הממשיות בצדדים, שהמצב הקיים אחראי להן.

(ח) הפרדת-הכוחות אינה מצדיקה בחירת החלופה של התדיינות בבית-הדין הרבני דווקא גם מטעם אחר. כאמור, חלק נכבד מן העניינים הממוניים והרכושיים וכן ענייני הילדים נידונים על-ידי הדין האזרחי. בית-המשפט האזרחי הוא איפוא הגוף המתאים, מבחינת מסוגלותו, לדון בעניין והוא גם המוסד היעיל והראוי לעסוק בדין האזרחי, לפרשו, להחילו וליישמו.

בחלק גדול מענייני הרכוש והממון מוטלות על בית-הדין הרבני הוראות חוק טריטוריאליות "חילונית". ביחסי רכוש וממון – לפי חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951,⁹² וחוק יחסי ממון בין בני-זוג, התשל"ג-1973,⁹³ בעניינים הנוגעים בהחזקת קטינים – לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962,⁹⁴ אם יתעלם בית-הדין 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-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? מהי איפוא ההצדקה בדין הדתי או במשפט האזרחי להקנות לו את הסמכות המקורית? לא רק המוטיווציה העניינית, אלא גם ההשכלה המשפטית המתאימה,

91 הנתונים לקוחים מתוך סטטיסטיקה משפטית 1961, 1960 (סדרת פרסומים מיוחדים מס' 146, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תשכ"ג) לוח 19, ע' 32; לוח 35, ע' 64; סטטיסטיקה משפטית 1986 (סדרת פרסומים מיוחדים מס' 812, בהוצאת הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תשמ"ח) לוח 12, ע' 22; לוח 18, ע' 31.
על מגמה זו ראה גם: מ' דרורי, "סדרי דין חדשים בתביעות למזונות" הפרקליט לא (תשל"ז) 317, 337-338.

91 א ס"ח 247.

91 ב ס"ח 267.

91 ג ס"ח 1138.

המאפשרת התמודדות עם הוראות הדין האזרחי, אינה מצויה לרוב דיני בית-הדין. (ט) ענייני הממון והרכוש מסורים בדין הדתי, בעיקרו של דבר, להתנאת הצדדים והם מוסדרים על-פי מנהג המדינה. לא תהיה, לפיכך, שום פגיעה מהותית בדין הדתי, בתחום דיני האיסור וההיתר, אם תוקנה הסמכות לדון בענייני הממון והרכוש לבית-המשפט האזרחי גם כאשר תלויה תביעת גירושים ועומדת בבית-הדין, בין אם הוגשה סמוך להגשת תביעת הגירושים ובין אם הוגשה אחריה.⁹²

(י) אם נצרף לכל אלה את הטענות שעליהן עמדנו לעיל, בדבר יתרון הפרדת הכוחות, את המגמה המוכרת של בתי-הדין להניח ממילא את העניינים ה"כרוכים" בתביעת הגירושים להסדרם של הצדדים ולהימנע מהכרעות, ואת הפגיעה בזכויות הצדדים (בדין המהותי, החילוני) כתוצאה מן ההתדיינות בבתי-הדין, ניווכח, כי מן הראוי להעדיף את ההתדיינות בעניינים אלה בבית-המשפט המחוזי.

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 גירושים לאלה שבמהלך הנישואים.⁹³

92 על אפשרות ההתנאה ומנהג המקום, ראה: א' רוזן-צבי, לעיל הערה 12, בע' 124-127 והאסמכתאות שם.

על כוח ההתנאה של בני-זוג בעניינים ממוניים ורכשיים ועל זרכי ההתנאה ראה גם: תיק 4992/תשי"ד, פד"ר א 289; תיק 980/כו, פד"ר ז 353.

הטלת זכויות וחובות בענייני ממון ורכוש או בענייני קטינים על בני-זוג גם אינה נוגדת תפישה בסיסית של ענייני נישואים וגירושים. כשם שהמדינה עושה כן ורשאית לעשות כן בענייני ממונות ורכוש של כלל האוכלוסייה בישראל, החיה על פי אמות-מידה אלה, כך לא ייגרע חלקה של המשפחה. אין תחום ענייני הנישואים והגירושים, במובן הצר, מושפע מכל אלה אלא בעקיפין בלבד. כמה שונה רכישת דירה של רווקים מדירת בני-זוג נשואים מבחינת הכורח בהחלת דין-תורה על יחסי הממון והרכוש ביניהם?

93 עם-זאת יצוין, כי הלכת העיקר והטפל, פרי פיתוחה של הפסיקה (ראה לעיל הערה 70), תמשיך להיות חלק מדיני הסמכות.

כזכור, (לעיל הערה 70), עם חקיקת סעיף 3 לחוק השיפוט, נשארה השאלה של תחולת הלכה זו על בתי-הדין הרבניים בצריך עיון. אם תבוטל הלכת ה"כריכה", תחדש הלכת העיקר והטפל את ימיה כקדם בבתי-הדין הרבניים, אולם במסגרת הלכה זו ייבדק כל עניין לגופו ועל-פי נסיבותיו. כאשר ימצא צורך חיוני ואמיתי להכריע בטפל בכדי להגיע לעיקר, יהיה לבית-הדין כלי משפטי הולם להשגת התוצאה. אמצעי זה לא יהיה כלי-שרת בידי הצדדים וממילא לא יוכלו לעשות בו שימוש לרעה. הערכאה השיפוטית היא אשר תחלוש על האמצעי ותפעיל אותו בעת הצורך.
