

גן התעתועים של "ענייני נישואין וגירושין"

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

המאמר דן בפסיקתו של בית המשפט העליון המצמצמת את סמכותו של בית הדין הרבני לדון בהפרתו של הסכם גירושין, שדינו כהסכם ממון לפי חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, אם ההפרה אירעה לאחר הגירושין. בחינה ביקורתית של פסיקה זו לאור העיון בחוק שיפוט בתי דין רבניים, התשי"ג-1953, ובחוק יחסי ממון בין בני זוג, מעלה שהסמכות לדון בכך אמנם נתונה לבתי הדין הרבניים. נכרכו בעיון זה דיונים בסוגיית ה"כריכה", בשאלת פירושו של המונח "ענייני נישואין וגירושין" ובשאלה אלו עניינים הוא מקיף. לכך נודעת חשיבות לעניין פירושם של סעיפים 3 ו-4 שבחוק שיפוט בתי דין רבניים הנ"ל, וממילא – לעניין סמכותן של הערכאות השונות באותם "עניינים". בסופו של המאמר בא דיון קצר בחובות ובזכויות הקמות מכוחם של נישואים אזרחיים.

א. סמכותו של בית הדין הרבני לדון בהסכם ממון שבין בני-זוג

1. פתיחה
 2. סמכות לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953
 3. חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973
- ב. תביעת מזונות לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953
- ג. נישואין אזרחיים

* פרופסור, מופקד הקתדרה על-שם הנרי ג' ופאני הרבני למשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** תודה מעומק הלב לידידי, ד"ר ישראל צבי גילת, עו"ד הרב שמעון יעקבי (היועץ המשפטי לשיפוט הרבני), ד"ר יצחק כהן, ד"ר שחר ליפשיץ, פרופ' סיליה פסברג ועו"ד ד"ר דב פרימר, וכן לקוראת האנונימית מטעם כתב העת, על שטרחה ועיינו בדברים וזיכוני בהערותיהם הטובות ומידעיותיהם הרבות.

א. סמכותו של בית הדין הרבני לדון בהסכם ממון שבין בני-זוג

1. פתיחה

במקרה אחד (להלן: "פרשת לוי") עסק בית המשפט העליון בעניינם של בני זוג שהתגרשו ובהסכם הגירושי, שקיבל תוקף של פסק-דין מידי בית הדין הרבני שדן בעניינם, הוסדרו ענייני הממון שביניהם, ונכלל בהסדר הסכם שיפוי. הסכם הגירושי הופר בידי האישה. בית הדין הרבני דן ופסק בתביעת האיש נגד האישה בדבר הפרת ההסכם, שהייתה מיוסדת על הסכם השיפוי שערכו. בית המשפט העליון פסק, שבית הדין הרבני פעל שלא בסמכות וכי הסמכות לדון בשאלה זו נתונה לבית המשפט האזרחי.¹ במקרה אחר (להלן: "פרשת אמיר") הוסיף בית המשפט העליון ופסק, שגם הסכמתם המפורשת של הצדדים להתדיין בבית הדין הרבני במקרה כזה אין בכוחה להקנות לו סמכות לעשות כן.² בית המשפט בחן כמה מקורות אפשריים לסמכות, שמהם אולי תיבנה סמכותו של בית הדין הרבני, וטען שאי-אפשר להסתמך עליהם. מקורות אלה נחלקו ל"סמכות מקורית" ול"סמכות שאינה ראשונית". האחרונה נחלקה ל"סמכות מכוח בוררות" ולצדד סמכויות מסוג זו "הטבועה", "הנמשכת", "הנגררת" ו"הנלווית", לשמותיהן ולענייניהן השונים. בכל האשכול האחרון לא נעסוק, אלא רק בשאלת ה"סמכות המקורית" ובה נעסוק בשתי אפשרויות לקיומה של סמכות כזו. האחת היא מכוחו של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושיין), התשי"ג-1953³ (להלן: "חוק שיפוט בתי דין רבניים"), והאחרת היא מכוחו של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973⁴ (להלן: "חוק יחסי ממון"). כפי שנראה, יש קשרים שונים בין שתי הסוגיות. לאחר מכן נעסוק בסוגיה מצרנית, העוסקת אף היא בחלוקת הסמכויות בין שתי הערכאות.

1 בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591 (1994).

2 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על(2)06 (2) 98 (2006).

3 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושיין), התשי"ג-1953, ס"ח 165.

4 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, ס"ח 267.

2. סמכות לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953

סוגיה זו נדונה בשני פסקי הדין. בראשון נדרש לה השופט מישאל חשין, ולדבריו:

אין מדברים אנו ב"ענייני נישואין וגירושין" (כלשון סעיף 1 לחוק שיפוט בתי הדין): הנישואין אינם עוד, בני הזוג נתגרשו, ומעשה הגירושין תם ונשלם.⁵

על כך יש להעיר כמה הערות. ראשית, דברים אלה יפים רק אם נניח שמשמעו של המונח "גירושין" הוא מעשה הגירושין בלבד. אכן, כך הייתה נטייתם של בתי המשפט לומר.⁶ אך מותר להטיל ספק בכך, שכן המונח "ענייני גירושין" רחב מן המעשה הכורת

5 פרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 603.

6 ראו דבריו המפורסמים של השופט זילברג בע"א 8/59 גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085, 1090 (1959): "הגירושין – בניגוד לנישואין – הם לא 'מוסד', אלא 'אקט', פעולה חד-פעמית, ואין לך שום 'ענין' של גירושין' חוץ מן הגירושין גופם". טיעון זה אינו משכנע: יש "עניינים" שהם של גירושין, שהם תלויים בגירושין, ש"עניינם" הוא הגירושין. בע"א 401/66 מרום נ' מרום, פ"ד כא(1) 673 (1967), נטען שגם הבטחה לגירושין היא עניין חוזי, ולכן הסמכות לדון בו נתונה לבית המשפט האזרחי, אך היא הוכרה לבסוף כ"ענין של גירושין", וזאת לאחר ציטוט ועימות עם האמור בפרשת גולדמן. למעלה מן הצורך הוסיף השופט ברנזון (בפרשת מרום, שם, בעמ' 689): "ייתכן שאף אפשר לראות בהסכם לגירושין עניין של נישואין, שהרי הסכם להפקעת נישואין, אף שהוא אינו מפקיע את הנישואין, הריהו נובע מהנישואין. רק זוג נשוי יכול לעשות הסכם כזה". אף שדבר זה אינו נכון לגופו, כי גם איש ואישה העומדים להינשא יכולים לעשות הסכם כזה שיחול לאחר שיינשאו זה לזו, הוא יכול להיות מיושם גם לעניין הסכם יחסי ממון: רק למי שיינשאו יש משמעות להסכם כזה. גם השופט זילברג עצמו (בג"ץ 76/57 ציריניחובסקי נ' יו"ר ההוצ"פ, פ"ד יא 706, 708 (1957)), סבר "שתביעת תשלום פיצויים לאשה נוסף על כתובתה היא... ענין של גירושין והן ענין של נישואין במובן סעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים" (ההדגשה אינה במקור). בית המשפט המנדטורי פירש את המונח "גירושין" באופן הכולל גם את חלוקת הרכוש בין בני הזוג המתגרשים, ראו ע"א 208/44 קומורניק נ' קומורניק, פל"ר 12 163 (1945). בבר"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457 (1961), לא נדונה שאלה זו במפורש, והיא נזכרה ברמז בלבד ואגב הדברים. כך נפסק לעניין ביטוי זה בחוק השיפוט של בתי הדין הדתיים הדרוזיים (בג"ץ 207/88 פ'חראלדין נ' בית הדין הדתי הדרוזי לערעורים, מג(2) 760 (1988)). אך בבג"ץ 9611/00 בדר מרעי נבאל נ' מרעי נדיה, פ"ד נח(4) 256, פס' 6 (2004), חזר בו בית המשפט מפסיקה זו, מפי השופטת דורנר, וקבע ש"ענייני הגירושין פורשו ככוללים רק את פירוק הקשר עצמו. עניינים אחרים, הנספחים לגירושין, הוכנסו לגדר הוראת הכריכה, כדי לאפשר בירור יעיל של הסכסוך במקרים מתאימים". השופטת הסתמכה לשם כך על פסקי הדין בעניין גולדמן ובעניין מרום הנ"ל. כאמור, אין הם אסמכתה יציבה כלל. השופט חשין הרחיק עוד לכת וקבע, "כי מושגי ה'נישואין' וה'גירושין' שבהוראת סעיף 4 לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, התשכ"ג-1962, עניינם ב'נישואין' וב'גירושין' – משמעם כפשוטם. כי אין באים בהם עניינים 'נלווים' ל'נישואין' ול'גירושין', כמוזנות,

עצמו, כשם ש"ענייני נישואין"⁷ רחבים מן המעשה המחולל את הנישואין, והם כוללים גם את יחסי הממון שבין בני הזוג, לפחות אלה שאינם מכוח "הסכם ממון" מפורש (וראו להלן).⁸ זכויות הממון של בני הזוג לאחר הגירושין כלולות במושג "ענייני גירושין". שנית, העובדה שהנישואין והגירושין כבר פסו מן העולם אינה מחייבת את המסקנה שאין עוד דבר מה שהוא מ"ענייניהם" של הנישואין והגירושין שהיו. אפילו לא נתעקש על פירוש זה, למרות שאכן יש להתעקש עליו, עולה קיומה של הסמכות לפי סעיף 3 לחוק הנ"ל, הקובע: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג". לכאורה, הזכויות ברכוש וההכרעה במחלוקות שיהיו בעניינן הן מן הדברים הכרוכים בגירושין. על כך משיב השופט חשין:

אין המדובר אף בעניין "הכרוך בתביעת הגירושין" (כלשון סעיף 3 לחוק שיפוט בתי הדין), ומאותו טעם עצמו ש"הגירושין" נסתיימו וממילא אין תביעת השיפוי נלווית ונכרכת בהם. כל עילות התביעה בנושא הגירושין ובלווייני הגירושין נבלעו ונטמעו כולן בפסק-הדין שאישר את ההסכם. תביעה לבית הדין הרבני עתה מייסדת עצמה על עילה חדשה שנושאה אכיפת הסכם, או: אכיפת פסק-דין-שבממון.... עילת האיש מיוסדת על הפרה שהיתה לאחר הסכם הגירושין – הפרת הסכם

כרכוש וכהחזקת ילדים" (שם, בעמ' 270). מכיוון שמהלכו של פסק הדין של השופט דורנר היה להקיש מן הפירוש המצמצם שניתן למונחים הנ"ל שבחוק השיפוט הרבני אל הפירוש שיש לתת להם בחוק השיפוט הדרוזי, ישוב עתה הפירוש שניתן בחוק האחרון וישליך גם על צמצום הפירוש של "ענייני נישואין" שבחוק השיפוט הרבני. כך יושלם המהלך הכולל לצמצם את סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לייסוד הקשר או לפירוקו ולא למכלול תכניהם, שהם הם המעמידים ומגדירים אותם; דברי פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** א' 35, 44 (מהדורה שנייה, 1995); וראו דברי השופט משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 378 (התשכ"ה), בה"ש 5: "בעצם יכול היה המחוקק שלא להזכיר כלל את ענייני הגירושין; שהרי כל עניין של גירושין הוא ממילא עניין של נישואין". וראו דבריו שהובאו להלן בה"ש 31; וראו גם בג"ץ 51/80 **כתן נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות**, פ"ד לה(2) 8 (1980); בג"ץ 148/84 **שמואל נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב**, פ"ד לט(4) 393 (1985); ע"א 592/83 **פורר נ' פורר**, פ"ד לח(3) 561 (1984).

7 וצ"ל "קידושין", שכן רק הם "נעשים". הנישואין הם מצב מתמשך, שאינו "נעשה" (למרות שיש לשונות בתלמוד המורים לכאורה לא כך). וראו דברי השופט זילברג, שהובאו לעיל בה"ש 6. ראו לשונו של השופט לנדוי בעניין **כתן**, לעיל ה"ש 6, ש"ענייני נישואין וגירושין" כוללים גם עניינים שאינם נובעים מנישואין וקידושין (!) כדמו"י דווקא".

8 בד"מ 1/55 **סידים נ' סידים**, פ"ד יב(2) 1121 (1958) (להלן: פרשת **סידים** או עניין **סידים**), וכך נפסק גם בבד"מ 1/50 **סידים נ' יושב ראש ההוצאה לפועל ירושלים**, פ"ד ח 1020 (1954), שהמונח "ענייני נישואין" רחב מן השאלות על תוקפם של הנישואין. אכן, פסיקה מאוחרת חלקה על כך, ראו להלן ה"ש 21 ולעיל ה"ש 6.

הגירושין ופסק-הדין – עצמו ועל-פי טיבם של דברים אין ניתן לכרוכה – כמו למפרע – בהסכם ובפסק-הדין שנתגבשו בעבר.⁹

נזכור, כי בפרשה הראשונה לא נכרכה ההפרה שתבוא בעתיד, ולכן השאלה היא אם מכוח העובדות כשלעצמן: ההסכם הנדון עכשיו, והפרתו – שתרחש ותידון בעתיד – אין לראותן כ"תביעות הכרוכות בגירושין". האם ההפרה, על התרופות שיינתנו בגללה: אכיפה ופיצויים, אינה חוטר מגזעו של ההסכם? הגדרתה של "העילה החדשה" שנושאה **אכיפת** (!) ההסכם על-ידי טיעון המאומץ מתחום הפרוצדורה, כביכול, אינה יכולה להסוות את מהותו של העניין ואת טיבו, שמדובר ב"תביעה הכרוכה בגירושין".

הטענה, ש"כל עילות התביעה... נבלעו ונטמעו כולן בפסק הדין שאשר את ההסכם", נוסחה באופן חד בידי השופט זוסמן:

תובענה על יסוד פסק-הדין למה הדבר דומה? לתובענה על יסוד פסק-בורר השמורה לצד.... כדרך שתובענה על יסוד פסק-הבורר אינה כפופה להוראות החוק הנ"ל, לא להלכות הסמכות שנקבעו בו ולא להוראות אחרות... כך מנותקת התובענה על יסוד פסק-דין של בית-משפט או בית-דין מן העילה המקורית, והיא מתבררת על-פי דרכה היא. לשון אחרת, הענין אינו עוד ענין של גירושין או ענין שנכרך בו, אלא הוא ענין של חיוב פסוק, ומקום בירורו בית-המשפט המחוזי.¹⁰

- 9 פרשת **לוי**, לעיל ה"ש 1, בפס' 12. אך ראו בג"ץ 8497/00 **פייג-פלמן נ' פלמן**, תק-על (1)00 (1)164 (2000), שם אושרה ההלכה שחלוקת הרכוש אינה כרוכה בתביעת הגירושין מטיבה ומטבעה. מכל מקום, בענייני הייתה זו כריכה בפועל.
- 10 ע"א 556/75 **צביק נ' צביק**, פ"ד לא (1) 7, 12 (1976). על סמכותה של ערכאה אזרחית ליתן פירוש לצוואה, שאושרה כדין על-ידי בית-דין רבני, ראו בג"ץ 35/59 **האפוטרופוס הכללי בישראל נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים**, פ"ד יג 929 (1959), שם יש להבחין בין נימוקו של הנשיא אולשן לבין זה של השופט זילברג. על "עילה חדשה" בעניין מזונות, המקנה סמכות לערכאה אחרת מזו שדנה בעניין תחילה, ראו דעת המיעוט של השופט חיים כהן בעניין **וינטור**, לעיל ה"ש 6, ואת הסתמכותו על בג"ץ 63/57 **עציון נ' בית-הדין הרבני האזורי, מחוז תל אביב-יפו**, פ"ד יא 1153 (1957), ואת הסתייגותו ופירושו של הרב א' גולדשמידט, שם, בעמ' 1481. כן ראו את דברי השופט זוסמן בע"א 138/64 **מוסס נ' מוסס**, פ"ד יח (3) 141 (1964). מאידך גיסא, ראו בג"ץ 38/54 **לבנוני (וייס) נ' יו"ר ההוצל"פ חיפה**, פ"ד ח 324, 326 (1954), שבו נאמר כי "בסמכותם של הרבנים לא נפסקה עם מתן הגט, אלא נתמשכה והלכה לה גם לאחר מכן. מטעם זה, כשפנתה האשה לבית-הדין הרבני בקובלנה, כי בעלה לשעבר אינו מקיים את תנאי ההסכם בעניין הילד... מוסמך גם מוסמך היה בית-הדין הרבני להיכנס בעבי הדיון בשאלה זו" (ההדגשה הוספה). הסמכות הנמשכת כוללת גם סמכות לדון בהפרת ההסכם גופו!

מבחינה פורמלית רגילה, לכאורה כך הוא, וההבחנה יפה לעניינים שונים, אלא שפסק הדין גופו הוא אכן "עניין של גירושין". הלוא דומה שגם השופט זוסמן יסכים שאם נכללה בפסק דינו של בית הדין הרבני הוראה בדבר חיוב בגט, הרי שהיא נותרת על כנה כ"עניין של גירושין" ואין היא יכולה להידון בערכאה אחרת. הוא הדין בשאר קביעותיו של בית הדין.

גם אין כל מניעה עיונית מלומר, שלא כל התביעות נבלעו ונטמעו בפסק הדין. מה שאכן "נבלע" הוא ההסכמה להתדיין בעתיד. כידוע, אין כל מניעה במשפטנו גם מלהתחייב לעשות מעשה בעתיד או לדבר שיתהווה בעתיד, כמו ערבות לחוב שייווצר בעתיד או בוורות בקשר עם זכויות עתידיות. ההסכם הוא עיקר הדברים והוא העילה הראשונה, אלא שאי-אפשר לתבוע ללא הפרה, ואין לעשות כן. ואף שגם ההפרה מכונה, לעתים, "עילת התביעה", הרי מקובלים אנו שכמה משמעויות יש למונח זה.¹¹ אין כל סיבה להשתמש במשמעות אחת כדי לשלול סמכות, ולא במשמעות האחרת, שהיא העיקרית, כדי להעניק סמכות.

נוכרי, שפעמים רבות מציע בית הדין לצדדים, ואלה מקבלים, לסדר את הגט מיד, ורק לאחר מתן הגט ידון בית הדין בשאלות הממוניות שבין בני הזוג.¹² דרך זו ננקטת דווקא כדי לנחק כל קשר בין הגט לבין ענייני הממון, כך שלא תהיה עוד כל עילה לביטול הגט בידי הבעל אפילו לא יהיה פסק הדין לרצון לו. מבחינה זו, הרי ההכרעה בענייני הממון כבר אינה דרושה לחיסול היעיל של ה"גירושין"!¹³ אכן, קודם למתן הגט היו הדברים כרוכים כראוי, אך האם רק בשל כך הם ראויים להמשיך ולהיחשב "כרוכים"?¹⁴ ומהו משך הזמן שיעבור בין מתן הגט לבין הפרת הסכם הגירושין שבו

- 11 יואל זוסמן **סדרי הדין האזרחי** פס' 110, בה"ש 142, פס' 277 (מהדורה רביעית, 1973); ע"א 728/79 קירור – **אגודה שיתופית חקלאית מרכזית למשקי עמק חפר והשומרון בע"מ נ' אלחמי זיד**, פ"ד לד(4) 126, 129 (1980).
- 12 ראו, לדוגמה, עניין **פורר**, לעיל ה"ש 6. השוו מנשה קליין ושמעון יעקבי "מתן גט והסדרי ממון – מה קודם?" **תחומין** כב 157 (התשס"ב).
- 13 לאחרונה ניתנו בבתי הדין הרבניים כמה פסקי דין שביטלו את הגיטין שניתנו על יסוד הסכמי גירושין שהופרו בידי הנשים, ראו: ערעור (גדול) 8894-21-1 **פלונת נ' פלוני**, פדאור 08(5) 13 (2008); תיק (אזורי ת"א) 9322-29-1 **פלונת נ' פלונית**, פדאור 06(23) 812 (2006); תיק (אזורי ת"א) 7164-21-1 **פלונת נ' פלונית**, פדאור 05(34) 707 (2005); ערעור (גדול) 7009-24-1 **פלונת נ' פלונית**, פדאור 06(22) 44 (2006). כך בוודאי הופך הסכם הגירושין להיות ל"עניין של גירושין"! ראו עניין **צירניחובסקי**, לעיל ה"ש 6.
- 14 בבג"ץ 6378/04 **שרעבי נ' בית הדין הגדול בירושלים**, תק-על(3) 04 1789 (2004), נכרכה סוגיית החזקת הילדים בתביעת הגירושין. בית המשפט העליון העיר, ש"העובדה שבית הדין פיצל את הדין ודן תחילה בעניין הגירושין, אינה פוגעת בסמכותו להמשיך ולדון בהחזקת הילדים, גם לאחר מתן ההחלטה בעניין הגירושין ואף אם בינתיים הצדדים התגרשו". אם כן נראה, שההחלטה בעניין הגירושין (בהסכמה או בחיוב) וביצועם היא בגדר "פסק דין חלקי" אף שגם במקרה זה "עניין

עדיין נראה אותם כאילו הם כרוכים? הרי אין לתת בכך מידה, ובאמת, כאמור לעיל, לעולם הדברים כרוכים.¹⁵

אכן, השופט חשין ממשיך ומתמודד גם עם האפשרות לכרוך עניינים שאינם מטיבם ומטבעם של הדברים, כריכה הנעשית במפורש ובכנות בידי הצדדים, שכידוע היא כרוכה בכריכה. הדברים נאמרו בהתפלמסות עם פסק-דין אחר, שבו קבעה השופטת בן-פורת כי לאחר שכבר יש פסק-דין המחייב את הבעל לגרש את אשתו, הכריכה בידי **צד אחד בלבד** –

אין בכוחה להקים סמכות לדון בענייני הרכוש בבית הדין הרבני...
האפשרות היחידה להעניק לבית-דין רבני סמכות לדון בענייני הרכוש של בני-הזוג בשלב שלאחר פסק הדין לגירושין היא, **ששני הצדדים יסכימו לכך**.¹⁶

השופט חשין מבחין בין הדברים:

בענייננו המדובר הוא בנושא **שלא ניתן היה** לכורכו מלכתחילה בתביעת הגירושין, והרי הסכם השיפוי עניינו, על פי עצם טיבו, בחילוקי דעות שלעתידי. משל למה הדבר דומה, לבעלי דין המתפשרים ביניהם בבית-משפט השלום, והמסכימים כי חילוקי דעות שיתגלעו ביניהם בעתיד יוכרעו על-ידי אותו בית-משפט, על אף שהסמכות לדון בחילוקי הדעות היא בידי בית-המשפט המחוזי. ומה הסכמתם של אלה השניים

הגירושין תם ונשלם", ולא עוד אלא שבית הדין מודיע לצדדים שהגט אינו תלוי כלל בשלב השני ובתוצאותיו (אך ראו בהערה הקודמת). אין אפוא מקום להבחין בין הדברים.

15 ראו, לדוגמה בעלמא, את דברי השופט זילברג בעניין **וינטור**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1469: "כאשר בני זוג מתגרשים זה מזה, הפירוד הוא, כמובן, לא לזמן אלא לתמיד; זו היא מהותה של כל תביעת גירושין. נמצא כי גם התביעה לשינוי הצו שניתן להחזקת הילד או למזונותיו – אף אם שם 'חדשה' ייקרא עליה – היא מכל בחינה שהיא **כרוכה** בתביעת הגירושין אשר בה ניתן הצו המקורי, וחלה עליה, פשוטה כמשמעה, הוראת סעיף 3 הנ"ל".

16 בג"ץ 402/87 **איזמן נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב**, פ"ד מב(1) 105, 109 (1987); בג"ץ 426/87 **שוקרי נ' מדינת ישראל**, מב(1) 732 (1988); כפי שצוטט בפרשת **לוי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 607. אם בית הדין הדתי ובית המשפט האזרחי הם בעלי סמכות מקבילה לדון ב"הסכם ממון" (ראו להלן), ולכן הסכמה להתדיין באחד מהם תקפה כהסכמה הקובעת סמכות מקומית, אזי, אכן, עצם הרעיון שההסכמה תקנה סמכות לבית הדין צריך עיון, ולשיטתו של בית המשפט דווקא. הלא הוא סבור שזכויות הקמות לפי חוקת השיתוף או לפי חוק יחסי ממון, או הסכם הנעשה לפיו, משתייכות לדיני החוזים ולדיני הקניין ושעל כן אין לבית הדין הסמכות לדון בהם. לשון אחר, אין הם ענייני נישואין או גירושין וגם אין הם נמנים עם "ענייני המעמד האישי", שרק בהם מוסמך בית הדין הרבני לדון אם ניתנה לכך הסכמת הצדדים.

לא תועיל, כן לא תועיל הסכמתם של בני-זוג כי סכסוכי-מומין שיתגלעו ביניהם בעתיד ידון ויכריע בהם בית הדין הרבני.¹⁷

כאמור לעיל, אין כל מניעה עקרונית מלכרוך מלכתחילה את התביעות העלולות להיווצר בעתיד בשל הפרת הסכם הגירושין. גם המשל אינו דומה כלל וכלל לנמשל, ואין הוא יכול לסייע להכריע בו כלל ועיקר. אכן, בית-משפט אזרחי אינו יכול לרכוש סמכות עניינית מכוחה של הסכמתם המשותפת של הצדדים,¹⁸ אבל בית הדין הרבני אינו כן; הלוא מכוחה של הלכת הכריכה החד-צדדית, ובוודאי מכוחה של כריכה (אפילו היא "חד-צדדית") המוסכמת על שני הצדדים, רוכש לו בית הדין הרבני סמכות בעניינים שללא הכריכה הם מצויים בסמכותה הייחודית של ערכאה אחרת! יכולת ספיחה זו, המבדילה אותו מן הערכאות האחרות, תעמוד לו בעת שבני הזוג יסכימו בהסכם גירושין שהם יידונו לפניו גם בסוגיה שיהיה טעם לדון בה רק בעתיד. ואמנם, בפסק-דין מאוחר יותר נפסק, תוך הפניה לפרשת **סימה לוי**, שאף ש"כלל הסמכות הנמשכת חל על תביעה לשינוי או לחיקון הסכם גירושין שאושר כפסק-דין, אך אין הוא חל על תביעה לפרשנות ההסכם או לאכיפתו... אין בכך כדי למנוע מצדדים להסכם פשרה להסכים במפורש כי אותה ערכאה שאישרה את ההסכם תהיה בעלת הסמכות לדון גם בכל המחלוקות העתידיות בנושאים הנזכרים בו. כך אירע בבג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הגדול... אך ראו בג"ץ 6103/93 הנ"ל (=פרשת **לוי**). בכוחה של הסכמת הצדדים אף להקנות סמכות לערכאה שונה מזו שהייתה מוסמכת לדון על פי כלל ההמשכיות".¹⁹

כאמור, אפילו צדק בית המשפט בפרשת **לוי**, ולא בית המשפט שדן בפרשת **ורבר** – לעניין הקניית סמכות עניינית לבית-משפט שאין בידיו סמכות כזו לאחר שאישר הסכם פשרה – הרי שלא צדק בעניין כוחו של בית הדין הרבני לרכוש סמכות כזו לפי הסכמתם של הצדדים. גם בפרשת **אמיר** נאמרו דברים בענייננו:

הפרה מאוחרת בעניין רכושי של הסכם גירושין לאחר גירושי הצדדים אינה ניתנת לכריכה בדיעבד בהסכם הגירושין ובפסק הגירושין שנתגבשו בעבר. משלב הגירושין ואילך, תביעות הקשורות בהפרות הסכם גירושין יוצאות מגדרם של ענייני המעמד האישי, ולכן בית הדין הרבני משולל סמכות לדון בהן, והסמכות לגביהן נתונה לערכאה האזרחית.²⁰

17 פרשת **לוי**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 604.

18 בית-המשפט דן בכך בהרחבה בפרשת **אמיר**, לעיל ה"ש 2.

19 בג"ץ 5385/95 **ורבר נ' ורבר**, פ"ד נב(5) 817, 837-838 (1998).

20 פרשת **אמיר**, לעיל ה"ש 2, בפס' 8.

כפי שנאמר לעיל, אפילו נסכים שהפרתו של הסכם גירושין נתונה, כשלעצמה, לשיפוטה של ערכאה אזרחית, אין בכך כדי לשלול את סמכותו של בית הדין הרבני שנוסדה על יסוד של כריכה מפורשת ומוסכמת, שנעשתה בזמן הגירושין. ואף שייכתן שהתביעה אינה עוד מענייני המעמד האישי לאחר הגירושין, הרי שאפשר לכוון במפורש בתביעת גירושין גם עניינים שאינם מענייני המעמד האישי. אך בדיונו בבדיעה הבאה תחת הכותרת: "סמכות בית דין מכוח הסכמת הצדדים", בית המשפט אינו מזכיר כלל את עניין הכריכה.²¹

21 בית המשפט עסק בס' 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, המכיר בהסכמת הצדדים כמקור לסמכות בית הדין בענייני המעמד האישי של יהודים על פי ס' 51 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל, 1922, חא"י ג 2738 או לפי פקודת הירושה, 1923, חא"י ב 1353 אך עניינים אלה אינם באים אגב גירושין ובדרך של כריכה. תיק (אזורי י-ם) 9613-64-2 **פלונת נ' פלוני**, פדאר 07(21) 613 (2007), דן בית הדין הרבני האזורי בירושלים בסמכותו לאור פסיקת בית המשפט העליון בפרשת **אמיר**. באותה פרשה, נקבע בהסכם הגירושין שעל הבעל להמשיך ולשלם את תשלומי המשכנתא. בשלב מסוים לאחר הגירושין הוא הפסיק לעשות כן, והאישה ביקשה שבית הדין יורה לו לשלם את התשלומים הללו ישירות לידיה כדי שהיא תוכל להעבירם לבנק. בית הדין קבע, שזו "פסיקתא טכנית", כי היעדרה של הוראה כזו בפסק הדין, הוא השמטה גרידא הניתנת לתיקון בידי הערכאה שנתנה את ההחלטה לפי אומד דעתם של הצדדים. עוד הוסיף בית הדין וקבע, כי גם אם היה זה שינוי מהותי, הרי שהוא נתון לסמכותו, שכן השינוי הוא בגדר "שינוי נסיבות" שבו רשאי בית הדין לדון בגלל הסמכות הנמשכת שיש לו. כך פסק גם בית הדין הרבני הגדול ערעור (גדול) 1-64-9688 **פלונת נ' פלוני**, פדאר 08(16) 548 (2008), בצטטו את פסק הדין שניתן בפרשת **אמיר**. בית הדין הגדול הוסיף וקבע, כי הואיל והדיונים "עסקו בראש ובראשונה בעניינים הקשורים בטובת הילדים [ובכך מוסמך בית-הדין לעסוק גם לאחר זמן, ב.ל.]... בנסיבות העניין דגן סוגיות אלה שלובות במידה מסויימת בסוגיה רכושית, אך הדיון בסוגיה הרכושית היה טפל לסוגיות העיקריות. הדין הוא כי 'הטפל הולך אחר העיקר'". לעניין זה ראו גם ע"א 336/68 **לויץ נ' לויץ**, פ"ד כב(2) 944 (1968). באותה פרשה הייתה הפלוגתה האמיתית אם נעשה ההסכם הנוסף המחייב את בני הזוג. השופט זוסמן סבר, שאלמלא נזכרה התוספת (=ההסכם הנוסף) במה שהוגש לבית הדין הרבני, הייתה הסמכות נתונה לבית המשפט המחוזי, הואיל וענייני הרכוש המשותף אינם כרוכים מטבעם ומטיבם בעניין הגירושין (והשוו עם האמור לעיל). לשיטתו, פשיטא שכך הוא הדין כאשר להסכם שנעשה בין בני הזוג לאחר מתן הגט, "שכן העילה נולדה לאחר מתן הגט" (שם, בעמ' 952). דומה שהשופט קיסטר סבר שם אחרת. לדבריו, "אם ברצון המערערת לקבל תיקון לפסק-דין זה של בית-הדין הרבני ולהכליל את תנאי התוספת להסכם כחלק מהסדר הגירושין – עליה להפנות בקשתה לבית-הדין הרבני, הן משום שהוא היה הטריבונול שדן בעניין והן משום שזהו 'עניין הכרוך בתביעת הגירושין' כאמור בחוק... וכל עוד לא שונה פסק-הדין הרבני הנ"ל יחייב פסק-דין זה את הצדדים, אלא אם כן הגיעו הצדדים להסכם אחר אחרי מתן פסק-הדין" (שם, בעמ' 949).

3. חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973

בפסקה קצרה דן השופט חשין ביחס שבין חוק יחסי ממון לבין הסוגיה שלנו, ואלה דבריו כולם:

ושמא נאמר רווח והצלה יעמדו לו לאיש מחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973? הנה כי כן, הוראת סעיף 2(ד) לחוק יחסי ממון בין בני זוג קובעת כי "הסכם בין בני זוג שאושר בפסק דין גירושין על ידי בית דין, דינו כדין הסכם-ממון שאושר לפי סעיף זה"; ומוסיפים סעיפים 11 ו-12 לחוק, ומעניקים סמכויות אלו ואחרות לבית-משפט או לבית-דין לעניין קיומו של הסכם-ממון. האם קנה בית-דין סמכות מקורית בהוראות אלו שבחוק יחסי ממון? לדעתנו התשובה היא בשלילה. לא נרד לפירושן של אותן הוראות שהבאנו מחוק יחסי ממון – אותן הוראות והוראות אחרות זולתן – ונספק עצמנו בהצביענו על הוראת סעיף 13(א) לחוק, ולפיה "חוק זה אינו בא לשנות מסמכות שיפוטם של בתי הדין הדתיים". כאומר: מה שהיה הוא שיהיה; ולעניין סמכותו של בית הדין הרבני נפנה מבטנו אל חוק שיפוט בתי הדין, ואליו בלבד!²²

יש לעיין בסוגיה זו בהרחבה, ולא לקצר בה. הוראותיו של חוק יחסי ממון מלמדות על טיבו ועל מהותו של החוק. אכן, יש לומר שהן נובעות מתפישתו של המחוקק את החוק הזה. בפשטות ובהגינות יש לומר, שחוק זה נמנה עם דיני המשפחה. הוא בא להסדיר את יחסי הממון בין בני הזוג (סעיף 1). בהצעת החוק כונה הסכם הממון שבין בני הזוג "הסכם נישואין", ורק בגלל שהיו כאלה שטענו ששם זה יאה רק לעניין הנישואין עצמם, כלומר לקידושין – שונו הדברים.

ודייקו: לא כל קשר ממוני בין בני הזוג נחשב כ"הסכם ממון" לעניין חוק זה, אלא רק הסכם כזה הבא להסדיר את יחסי הממון שביניהם (סעיף 1 לחוק). אין הכוונה לקשר

22 פרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 604. העניין לא נזכר כלל בפרשת אמיר. וראו דברי שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 35: "יש להניח, כי אף הזכויות הנוצרות לפי חוק יחסי ממון... לא יתפרשו ככלולות בגדר 'עניני נישואין'. זכויות אלו נובעות אמנם, למעשה, ממעמד הנישואין, אך החוק רואה אותן כאילו היו חלק מהסכם מפורש שנכרת בין בני הזוג". וראו דברי הנשיא ברק בבג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים**, פ"ד מח(2) 221, 223 (1994): "אכן, אילו ראינו בהלכת השיתוף חלק מ'עניני הנישואין', כי אז לא היה כלל צורך בדין הכריכה, וסמכות השיפוט של בית הדין הרבני בעניינים אלו הייתה ייחודית... על-פי גישה זו לא היה בית המשפט האזרחי מוסמך כלל לדון בענייני השיתוף, שהרי סמכות השיפוט הייחודית בעניין זה – מכוח היותו 'עניני' של נישואין – היא בבית הדין הרבני. גישה זו אין לקבלה. בית המשפט העליון עוסק בהלכות השיתוף זה למעלה משלושים שנים. הדיון בהן הוא בגדר סמכותו של בית המשפט האזרחי, שכן אין הן בגדר 'עניני נישואין וגירושין'...". אך תיאור המצב, ואפילו הוא נמשך שלושים שנה ויותר, אינו הופך אותו לנכון. מהתנהלותו של בית המשפט – אין להביא ראיה.

חד-פעמי, אלא רק לזה הקובע את המשטר הרגיל של יחסי ממון בתקופת הנישואין, או לפי עמדתה השונה של השופטת בן-פורת: "אם הוא צופה פני איוון משאבים בענייני ממון לעת מוות או גירושין".²³

כלומר, לא עצם העובדה שנוצרה עסקה בין בני הזוג היא זו שהופכת אותה לכפופה להוראות החוק, אלא **טיבה** של העסקה הוא המכריע. לכן, גם הסכם ממון שנערך בין אלה שעתידיים להיות בני-זוג, דהיינו הסכם שנערך קודם לנישואין אבל הוא נועד לקבוע את יחסי הממון שישררו ביניהם בתקופת נישואיהם, כפוף גם הוא להוראות החוק.²⁴ מכאן מתחייבת גם המסקנה שהסכם ממון כזה, שיעסוק ביחסי הממון שבין בני הזוג בתוך תקופת הנישואין, ויתנה, לדוגמה, על חובת המזונות, על מעשה ידי האישה וכדומה, יהיה נתון לסמכות שיפוט מקבילה. אכן, אם הסכם מפורש כזה לא נעשה, הואיל ואין החוק דן בו, תהיה הסמכות לבית הדין או לבית המשפט לענייני משפחה, לפי הנסיבות.

מן הטעם הנזכר, שהסכם ממון קובע את טיב היחסים הממוניים בתקופת הנישואין, גם שינויו של הסכם ממון, אף שהשינוי נעשה **לאחר** הגירושין בין בני הזוג, כפוף להוראות סעיף 1 סיפא לחוק, שעליו להיות בכתב וגם הוא חייב לקבל את אישורה של הערכאה שבני הזוג יבחרו בה.²⁵ אמרו מעתה, שהמונח "בני זוג" אינו מכוון למי שהם כעת בני זוג אלא לבני זוג לעתיד או לשעבר, ובלבד שההסכם מכוון את עצמו כלפי יחסי הממון שביניהם בשל התקופה שבה הם היו "בני זוג", כלומר, בתקופת הנישואין. לכן, כאמור, גם שינוי לאחר הגירושין הוא שינויו של "הסכם ממון". וכך גם הפרתו – זו הפרה של "הסכם ממון", דהיינו, "הסכם נישואין".

23 ראו ע"א 169/83 **שרעבי-שי נ' שרעבי-שי**, פ"ד לט(3) 776, 782 (1985). העמדה הראשונה הובעה בידי פרופ' רוזן-צבי, שדבריו הובאו בפסק הדין בעניין **שי**, בעמ' 781. וראו גם ת"א (מחוזי י-ם) 298/90 **קנובלר נ' קנובלר**, פ"מ תשנ"א (2) 309 (1990). יש להעדיף עמדה זו, שכן היא מכניסה תחת כנפי החוק גם את יחסי הממון שבין בני הזוג במהלך נישואיהם, שהם חשובים ומהותיים ביותר. ייתכן שהעמדה השנייה הושפעה מן ההצעה שעל דרך המחדל שמציע החוק, העוסקת אך ורק ביחסי הממון שלאחר פקיעת הנישואין. על מעמדה של הכתובה לפי חוק יחסי ממון ראו להלן ה"ש 31. על הוצאת נכס מסוים מהשיתוף ראו פרשת **שי הנ"ל**; בג"ץ 10605/02 **גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול**, פ"ד נח(2) 529 (2003). זוהי אפוא מתנה של זכויות בקשר עם נכס מסוים, ואין היא עוסקת במכלול יחסי הממון שבין בני הזוג.

24 כך עולה במפורש מס' 2(ג) לחוק יחסי ממון, הקובע: "בהסכם ממון שנכרת לפני הנישואין או בשעת עריכתם יכול אימות רושם הנישואין לבוא במקום אישור בית המשפט או בית הדין". וראו גם ס' 3(ב) לחוק יחסי ממון. וראו ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" **המשפט ג** 293 (התשנ"ו), לעניין שטרי שידוכין, שהם הם "הסכמי ממון" הנעשים קודם לנישואין. וראו מחלוקתם של השופטים גולדברג ובן-פורת בע"א 640/82 **כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לט(1) 673 (1985).

25 ע"א 419/84 **טוכמינץ נ' טוכמינץ**, פ"ד לט(1) 287 (1985); ע"א 486/87 **אבידור נ' אבידור**, פ"ד מב(3) 499 (1988).

יתר על כן: גם קביעת יחסי הממון שימשיכו לחול בין בני הזוג לאחר פרידתם – כמזונות שלאחר הנישואין הנוהגים בשיטה שבה אין בן-זוג חב דבר לבן-זוגו לאחר הפרידה הנקייה" (שלא כמו במשפט העברי שבה אין בן-זוג חב דבר לבן-זוגו לאחר הפרידה (ראו להלן), או כמו חובת הבעל המוטלת עליו לפי המשפט העברי לשאת בהוצאות קבורתה של אשתו למרות שלאחר המוות אין היא עוד "אשתו" במובן המדויק, אלא מי שהייתה אשתו – גם חובות אלה יסודן בנישואין והן חלות בשל הנישואין. אחת מן התכליות החשובות שלהן מכוונת דווקא אל תקופת הנישואין, אף שמועד קיומן הוא לאחריה. הטעם לכך הוא ממש כדבריו של השופט אגרנט, הדין בקביעת יחסי הממון שבין בני זוג במהלך נישואיהם:

דבר הסדרת יחסי הרכוש שיחולו בין הבעל לאשה במשך תקופת הנישואין, מן ההכרח שישפיע במישרין על היחסים האישיים שישררו ביניהם, בדרך כלל, אותו זמן; ובקביעת הסדר שכזה עשוי להיות תלוי שלום-הבית בין בני-הזוג. מפני כן, חשוב הוא לאין ערוך, כי יחסי הרכוש בין הבעל והאשה יהיו ברורים וקבועים החל מזמן הנישואין ולפיכך מוסדרים אותם היחסים, אם על-פי הסכמת בני-הזוג בקשר הנישואין גופו ואם – בהעדר הסכמה כזאת – מכוח חוק הנישואין שלהם.²⁶

וכך, כדי שלא תחשוש האישה שלא ימצא מיד מי שישא בהוצאות קבורתה, וגופתה תהא מושלכת לכלבים, הטילו על הבעל לשאת בהוצאות אלה; וכדי שלא יחשוש בן-זוג שהיה נטוש ובלי כוחות לאחר שנים של השקעה בבן-זוגו ובמשפחה שבנו יחדיו, הטילו תשלום של כתובה ושל פיצוי, או מזונות שלאחר גירושין; וכדי שלא יחשוש אדם שבן-זוגו נישא לו בשל כספו שצבר ושיצבור, וייתן עיניו באחר ויביא לו נדוניה נאה, התקינו את חוק יחסי הממון ואת האפשרות לערוך הסכם ממון. כל החששות האלה עלולים להשפיע על יחסיהם של בני הזוג במהלך נישואיהם. לכן, גם לאלה חשוב לאין ערוך שהם יהיו מוסדרים כראוי החל מזמן הנישואין, כאמור בדבריו של השופט אגרנט. חוק יחסי ממון בין בני זוג הוא, אם כן, חלק מ"חוק הנישואין" שלהם. כך נהוג בכל העולם מאז ומעולם, וכך צריך להיות גם בישראל.

כיצד קרה הדבר, שבמדינת ישראל ענייני הרכוש שבין בני-זוג אינם נמנים עם ענייני הנישואין? כפי שתיארתי במקום אחר,²⁷ שאלה זו התעוררה תמיד בקשר עם שאלת הסמכות לדון בעניינים אלה: האם היא נתונה לבית המשפט האזרחי או לבית הדין הדתי? כך קבע השופט לנדוי בהכרעו בדבר הסמכות לדון בהסכם שידוכין,

26 פרשת סדיס, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1132.

27 ליפשיץ, לעיל ה"ש 24.

כלומר: הסכם שתכליתו הייתה לקבוע את יחסי הממון שישררו בין בני הזוג במהלך נישואיהם:

יסוד החיוב נשאר בשטר השידוכין, בתור חיוב שהכלה קיבלה על עצמה מרצונה הטוב, מבלי שדיני הנישואין חייבוה לכך.²⁸

יתר על כן: כל חידושה של חזקת השיתוף שבין בני-זוג, שבאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון, מבוסס על היות השיתוף נעוץ בדיני חוזים, וכדברי השופט ברק:

על-פי פסיקתו של בית-משפט זה, שיתוף הנכסים בין בני-זוג אינו נובע מקשר הנישואין, ועל-כן אינו "עניין של נישואין", אלא נובע מהסכם מכללא בין בני-הזוג, והוא חלק ממשפטנו החילוני.²⁹

סיכומו של פרופ' אריאל רוזן-צבי המנוח מתאר היטב את הדברים:

היצירה השיפוטית הטהורה של הלכת השיתוף, שצידוקה המשפטי רופף, יוצרת משטר רכושי שלם... זוהי שותפות sui generis המורכבת מערב רב של מקורות משפטיים, כשהורתה ולידתה, לכאורה (!), בחיק דיני החוזים וגילגולה בדיני הקניין ובדינים אחרים תוך שימוש באנלוגיות לא מעטות לדיני השותפות. למעשה היא נעדרת בסיס עיוני של ממש... בית המשפט שם עצמו אפוטרופוס לכוונת הצדדים והוא מטלטל כוונה זו לכיוונים שונים.³⁰

אלא שכל הטיעון הזה הוא אחיזת עיניים: וכי מה אכפת לנו שיצירתו של ההסדר נעוצה בדיני החוזים או בדיני הקניין והשותפות? וכי בשל כך בלבד מפסיק העניין להיות "עניין של נישואין"? והלא חוזה הוא כלי ומכשיר טכני בלבד להשגתן של מטרות רבות ושונות. וכי בשל כך שמניה נרכשת על-פי הסכם לא ידון בעניינה אלא בית

28 פרשת **סידים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1226 (ההדגשה הוספה).

29 ע"א 2/77 **אוזני נ' אוזני**, פ"ד לג(3) 1, 27 (1979) (ההדגשה הוספה), וכהנה הרבה.

30 אריאל רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג** 296 (התשמ"ב). ראו גם דבריו של השופט צבי טל בע"א 2084/91 **יעקובי נ' יעקובי**, פ"ד מט(3) 529, בפס" 2 לפסק-דינו, עמ' 578 ואילך (1995). ראו גם שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד 627 (התשס"ה). בהרחבה על הגדרה "מיוחדת" של "כוונת הצדדים" ראו דברי אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** 391 (התש"ן). על קיצוץ גם בסמכותו הנמשכת של בית הדין ראו דבריו שם, בעמ' 381-382, בעניין פסיקת בית המשפט שהסדר בין ההורים בדבר מזונותיהם של הילדים אינו מחייב את הילדים עצמם: "הטכניקה הפרוצדוראלית 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 הסוגיה".

המשפט המוסמך לדרון ב"ענייני חברות" וכי בשל כך שמקרקעין נרכשו בהסכם לא יעסוק בשאלת הבעלות בהם אלא בית המשפט שהוסמך לכך? וכך הוא גם בעניינינו: אפילו נקבעים יחסי הממון בהסכם, לא תדרון בכך אלא הערכאה המוסמכת לדרון ב"ענייני הנישואין והגירושין" של בני הזוג. ועוד: הלוא הקידושין עצמם יסודם בהסכם, וכי גם הם לא יהיו עוד "עניין של נישואין"? ומה על הכתובה? הלוא גם היא נוצרת בהסכם ובהסכמת האיש והאישה?³¹ כפי שכבר נטען, סופו של ההליך מוכיח על תחילתו: בכמה וכמה פסקי-דין שלו הודיע בית-המשפט שאפשר כבר להתעלם מן ה"פיגום", שאיפשר מלכתחילה את הוצאת עניינים אלה מסמכותו של בית הדין הרבני ולהעבירם אל בתי המשפט, ולראות בכך דין מדיני המשפחה. אבל הואיל ואין

31 בעניין **צ'רניחובסקי**, לעיל ה"ש 6, נקבע שהכתובה היא "ענין של נישואין". השופט זילברג הוסיף שם, כי "תביעת תשלום פיצויים לאשה נוסף על כתובתה היא, לדעתי, הן ענין של גירושין והן ענין של נישואין במובן סעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים" (וראו דבריו שהובאו לעיל, בסוף ה"ש 6). בבג"ץ 2621/00 **לוי נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים**, פ"ד נד(3) 809, 814 (2000), נטה הנשיא ברק לעמדה שהכתובה היא עניין של נישואין, אך הותיר את הדבר בצריך עיון. לאחרונה (בע"מ 9700/02 **פלונית נ' פלוני**, תק-על(3) 2883 (2007)) עשתה כך גם השופטת נאור. לעומת זאת, השופטת ארבל קבעה (בפס' 19 לפסק הדין), ש"הדין העברי רואה את הכתובה לא רק חיוב ממוני אלא כדין מדיני האישות, בעל זיקה לנישואין עצמם, עד אשר נקבע שאסור לקיים את הנישואין ללא כתובה. יתכן שמסיבה זו רואים את הכתובה כ"ענייני נישואין" במובן סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים... (להלן: חשבד"ר) מאחר שהחוק מחיל את הדין העברי על נישואין בין יהודים, ודין זה מחייב את הבעל ליטול על עצמו את חיובי הכתובה כחוב מכוון הדין – סעיף 2 לחשבד"ר – אשר מפנה לדין העברי. כאמור, ס' 104(א)(4) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, ס"ח 63 (להלן: חוק הירושה), קובע במפורש שהכתובה הינה "עילה הנובעת מקשר האישות". אפילו נכונים דברים אלה, הם יכולים לחול רק על עיקר הכתובה ולא על תוספת הכתובה, הניתנת מרצונו החופשי של הבעל, וגם לא על כל החיובים הממוניים האחרים שאפשר להתנות עליהם, והם הרוב המכריע של חיובי הכתובה או "תנאי בית-דין". בין כך ובין כך, הספק אשר הוטל בדבר מעמדה של הכתובה כ"עניין של נישואין", ועמדתה של השופטת ארבל, הרואה את הכתובה כ"דין מדיני האישות", ורק משום כך היא "עניין של נישואין", מלמדים עד כמה קרוב הדבר להכריע שהכתובה, שהיא, למעשה, הסכם יחסי ממון בין בני זוג, קרובה להילקח תחת סמכותו של בית המשפט האזורי. ההיגיון, כביכול, שקבע כך לגבי הסכם ממון "רגיל" אינו יכול להיעצר לפני הכתובה. וראו גם להלן ה"ש 37. ראו גם את הדין בערעור (גדול) 1-22-9309 **פלונית נ' פלונית**, פדאור(32) 89 (2007). בעניין סמכותו של בית הדין לדרון בתביעות למזונות ולמדור מן העיזבון גם שלא בהסכמת הצדדים, לאור ס' 155(ה) לחוק הירושה, המשמר את סמכותו של בית הדין הקבועה בס' 4 לחוק השיפוט הרבני. נדונו שם הן הסמכות לדרון והן הסמכות להחלת הדין הדתי. בדין זה חזר בו דייני המיעוט, הרב דיכובסקי, מן העמדה שהביע בפרשת **לוי הנ"ל**, שאומצה בידי בית המשפט, שלפיה בית הדין הרבני אינו מוסמך לדרון במחלוקת שבין בן זוג לבין צד שלישי, ומעתה דעתו היא שהסמכות היא לבית הדין לעשות כן.

מהרהרים ומערערים עוד על הבניין הבנוי, נותרים עניינים אלה בסמכותו של בית המשפט האזרחי.³²

בית המשפט עסק בכך בכמה פרשיות, שבהן עלתה השאלה אם חזקת השיתוף באה בגדר המונח "תביעות בקשר עם נישואין וגירושין" שבחוק הפרוצדורה של בתי הדין המוסלמים העותמני, 1933. בעניין אחד פסק השופט יצחק כהן:

את הביטוי "תביעות בקשר עם נישואין וגירושין" שבאותו סעיף יש לפרש באותו האופן... היינו שביטוי זה כולל בתוכו תביעות בעלות אופי קנייני או כספי אך ורק אם תביעות אלה מקורן במעמד הנישואין או מבוססות על הגירושין. במקרה שלפנינו תביעתה של המשיבה אינה נובעת מקשר הנישואין... אלא מבוססת על ההלכה בדבר שיתוף בנכסים בין בני זוג, כפי שיצאה מבית משפט זה. הלכת השיתוף בנכסים מושגת על קיום הסכם מכללא בין שני אנשים החיים בצוותא, והנובע מאיחוד משאבים ביניהם. העובדה שבין אותם שני אנשים היה קיים קשר נישואין אינה אלא חלק ממכלול המרכיבים והראיות על קיומו....³³

32 ראו ליפשיץ, לעיל ה"ש 24; שחר ליפשיץ "על נכסי עבר, על נכסי עתיד ועל הפילוסופיה של חזקת השיתוף" **משפטים** לד' 627 (התשס"ה). מאז כתב בית המשפט "כי המחוקק לא הסמיך אותנו לבצע חלוקת נכסים לפי מה שבראה לנו צודק" (ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה(1) 561, 569 (1971)), לא נחקק כל חוק המאפשר לבית המשפט לעשות צדק עם הצדדים כפי שהוא הולך ועושה מכוחה של חקיקה שיפוטית.

33 ע"א 77/77 **ראבי נ' ראבי**, פ"ד לג(1) 729, 732-733 (1970). ראו גם ע"א 65/89 **אבראהים מוסטפא נ' מטוע**, פ"ד מד(4) 197 (1990). נשוב ונציין את שצינו בעבר (ליפשיץ, לעיל ה"ש 24), שחיובי הממון שבין בעל לאשתו הם חיובים רצוניים, בניגוד לנאמר ולמובא בעניין **סידיס**, לעיל ה"ש 8. "תנאי בית-דין" תוקנו למקרה שלא הייתה הסכמה בין הצדדים, ורובם ניתנים להתנאה (מלבד הזכות לפדיון ועיקר כתובה). גם חוק יחסי ממון קובע, מתוך היענות לעמדת המשפט העברי, שאם "לא עשו בני הזוג הסכם ממון, ואם עשו – במידה שהסכם אינו קובע אחרת, יראום כמסכימים להסדר איזון המשאבים לפי פרק זה, ויראו הסדר זה כמוסכם בהסכם ממון בעל תוקף שנתמלא בו הוראות סעיף 2". מבחינה זו, אין כל הבדל בין חובת המזונות לפי הדין האישי לבין הסכם הנערך בין בני הזוג בדבר פטור ממזונות, היקף החובה, וכדומה. ראו גם דברי בית המשפט בפרשת **סידיס**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1133 לעניין המשפט הצרפתי; "...בהסדר יחסי הרכוש בין בני הזוג, בחלקן מכוח חוק הנישואין ובחלקן מכוח הסכמתם הם...". "חלקם של בני הזוג הוא, שהם מצהירים על הסכמתם לתחולת החוק, ו"רק" אז הוא חל עליהם. כך תיאר גם בן ציון שרשבסקי **דיני משפחה** 29 (מהדורה רביעית, התשנ"ג), את המצב על-פי המשפט העברי: "חובות הבעל כלפי האשה מקורם בדין, ועם הנישואין הוא מקבל אותם עליו". אלא שניסוח זה אינו מדויק לחלוטין. החיובים הללו נזכרים בהלכה, והם כברירת מחדל וחלים על מי שאינו מתנה עליהם. הנישאים בלא להתנות במפורש אמנם נחשבים כמי שקיבלו אותם על עצמם.

לאור האמור לעיל, קשה מאוד לקבל טיעון זה ולהכחיש את המוכחש גם ניסיונו של בית המשפט לעשות שימוש בטיעון זה בעת שהחיל את חזקת השיתוף גם על הידועים בציבור³⁴ אינו עולה יפה: הידועים בציבור הם "המשפחה האזרחית" התחליפית לנישואין הדתיים, שבית המשפט עשה הרבה כדי להשוותה לצרתה. בין כך ובין כך, "בני הזוג" – הנזכרים בחוק יחסי ממון בין בני זוג – הם בני זוג הנשואים זה לזו על-פי דינם האישי. זאת אנו למדים מהוראת סעיף 2(א) לחוק, המגדירה את בית הדין הדתי כ"בית-הדין שלו סמכות השיפוט בענייני נישואין וגירושין", ומהוראת סעיף 5 הקובעת את הזכות לאיזון משאבים ב"פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן זוג". כאן אי-אפשר כלל לפרש את המונח "בן זוג" שלא בהקשר של נישואין.³⁵

לכן, אין לקבל את הטיעון הבא, שנשמע מפיו של השופט חשין:

הסכם שיפוי בתורת שכזה – וענייננו הוא בהסכם שיפוי – מסווג עצמו כחווה מסוג מיוחד – ונמנה הוא עם משפחת החוזים שמשפט החוזים הכללי שולט בו. ההסכם הוא חווה ככל החוזים, והפרתו היא הפרת חווה, קב ונקי. וכלשונו של השופט ברק בד"נ 4/82; קוט נ' ד' קוט (קטין) באמצעות אמו עטי אקנין ואח':

זכותו של בעל לשיפוי מאשתו וחובתה של זו לשפותו נובעות מהיחסים החוזיים שביניהם. אין זו חובה הקשורה בדיני מזונות. זו חובה חוזית, אותה נטלה האשה על עצמה, והרי היא מחייבת את האישה ככל חובה חוזית אחרת.³⁶

כי אפילו יסודו של הסכם כזה בדיני החוזים, אין הוא ככל חווה אחר. הרי גם אם ייכרת החווה בהצעה ובקיבול, כנדרש לפי חוק החוזים הכללי, ואפילו יבואו ההסכמות שלפיו במסמך בכתב חתום לתפארה בידי הצדדים, רשאים בני הזוג לחזור בהם ממנו כל עוד לא אושר כדין כמצוות חוק יחסי ממון בין בני זוג.³⁷ אין הוא "הסכם פרטי" לכל דבר

34 ראו ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984).

35 כפי שנעשה, לדוגמה, לעניין חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, ס"ח 156. ראו ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (2003). ראו גם ע"א 640/82 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ט(1) 673 (1985); ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1998); רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491 (2000), בדברי הנשיא ברק, המעיד באפשרות להחיל אפילו את חוק יחסי ממון גם על הידועים בציבור!

36 פרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 602-603.

37 ראו, לדוגמה, ע"א 51/81 בראור נ' בראור, פ"ד לה(4) 231, 236 (1981). הכתובה ותנאיה עונים באופן ברור על ההגדרה של "הסדר ממון" מן הבחינה העניינית. אך ס' 17 לחוק יחסי ממון קובע:

ועניין. הציבור, באמצעות בית המשפט (או בית הדין הדתי) מבקש לעיין בדרך יצירתו ובתוכנו, ולאשרו רק לאחר בחינתו (סעיף 2 לחוק). זהו חוזה שהוא מענייני נישואין וגירושין. יודגש, שלפי הלכת השיתוף, שלפיה השיתוף נוצר בעת הנישואין ואין הוא נדחה, כפי שהוא לפי החוק, הרי שאולי העניין הוא "עניין של נישואין" בלבד. אך אין להבחנה זו כל חשיבות של ממש.

כך מתפרשת לה בפשטות הגדרתו של החוק, כאשר הוא קובע את הצורך באישור ההסכם בידי ערכאה שיפוטית, הוא אומר:

2(א). הסכם ממון טעון אישור בית המשפט המחוזי (להלן – בית המשפט) או בית הדין הדתי שלו סמכות השיפוט **בענייני נישואין וגירושין של בני הזוג...**

מן הבחינה העניינית, הסמכות הראשונה היא של בית הדין הדתי בשל היותו המוסמך מכוח החוק לדון בענייני נישואין וגירושין, אלא שהמחוקק העניק לבית המשפט האזרחי סמכות מקבילה לעסוק גם הוא בכך, אם ירצו הצדדים או אחד מהם שקדם ותבע. הדבר דומה לענייני הסמכות המקבילה בענייני מזונות, ובמידה מסוימת לסמכות המקבילה שלפי סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, ולפי סעיף 155 לחוק הירושה, שבהם נדרשת הסכמת הצדדים להענקת הסמכות. אם הסכם פרטי לפנינו, אין מקום לצרף את בית הדין הדתי להוראות החוק.

לכן מובן הדבר מדוע ציין סעיף 13(א) לחוק יחסי ממון, שהוא "אינו בא לשנות מסמכות שיפוטם של בתי הדין הדתיים" – מה קודם לכן הם הוסמכו לדון ב"ענייני נישואין וגירושין", כך גם עכשיו. אכן, מה שהיה הוא שיהיה.

"אין בחוק זה כדי לגרוע מזכויות לפי חוק לחיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, או מזכויות האשה לפי כתובתה...". הצעת החוק ציינה במפורש שכתובה אינה בגדר הסדר ממון, הטעון כתב ואישור בית-דין או בית-משפט. אכן, חלק מזכויות האשה לפי כתובתה (במובן הרחב) הוא תנאי בית-דין (תקנות) שאינם נזכרים בכתובה הנוהגת, "הבבליית", הנכתבת והנמסרת לאישה, לכן הם אינם בכתב וצריכים חריגה מן החוק. ולפי ס' 1(ג) לחוק, "בהסכם ממון שנכרת לפני הנישואין או בשעת עריכתם יכול אימות רושם הנישואין לבוא במקום אישור בית המשפט או בית הדין". הואיל וזהו מעמדה של הכתובה, די באישור רושם הנישואין. וראו עניין **כהן**, לעיל ה"ש 24. לכאורה, זכויות הבעל, שאינן מעוגנות במסמך כתוב, אינן מוגנות באופן זה, ולכן הן אינן תקפות (וממילא אין תוקף גם לזכויות האשה שתוקנו כנגדן), וראו רוזן-צבי **יחסי ממון בין בני זוג**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 304-305. יצוין, כי העובדה ששטר הכתובה כולל (לרוב) רק את התחייבויות הבעל, וכי לפי ההלכה ההתחייבות היא לעולם חד-צדדית, אינה שוללת את היותה חוזה דו-צדדי במשקפיו של המשפט הישראלי הואיל והסמכתה של האישה ניתנה לעסקה.

חוק יחסי ממון מקפיד מאוד לציין תמיד את שתי הערכאות – האזרחית והדתית – כאחת בכל אחד מסעיפיו הרלוונטיים. שני סעיפים בלבד מיוחדים רק לבית הדין, האחד הוא סעיף 2(ד), שנזכר כבר לעיל:

הסכם בין בני זוג שאושר בפסק דין גירושין על ידי בית הדין, דינו כדין הסכם ממון שאושר לפי סעיף זה.

וכן סעיף 13(ב) לחוק:

בעניין שחוק זה דן בו ינהג גם בית-דין דתי לפי הוראות חוק זה, זולת אם הסכימו בעלי הדין לפני בית הדין להתדיין לפי הדין הדתי.

בסיפא, דומה אפוא הדיון בהסכם ממון לדיון לפי חוק הירושה, שבשניהם נדרשת הסכמת הצדדים לתחולת הדין הדתי בבית הדין.³⁸ אך מן הרישא אתה למד, שבכל מה שחוק זה אינו דן בו, הסכמת הצדדים אינה נדרשת, ובית הדין הדתי יוכל לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו. כך גם בכל הקשור להפרתו של הסכם ממון, כי בכך אין החוק דן.

לסעיפים 6(ג) ו-8 לחוק יחסי ממון נודעת חשיבות מיוחדת לביורר העניין שלפנינו. סעיף 6(ג) לחוק קובע:

באין הסכמה בין בני הזוג בשאלה מה מגיע מהאחד לשני או באיזו דרך יבוצע האיזון, יחליט בית המשפט או בית הדין לפי הנסיבות, ורשאי הוא לקבוע...

השאלה הנזכרת בסעיף 6(ג) תתעורר לרוב, ובאופן טבעי, כשמתבססת הזכאות לנכסים, והיא חלה "עם פקיעת הנישואין עקב גירושין או עקב מותו של בן זוג" (סעיף 5(א)). מכיוון שדוחק גדול הוא לומר שהוראותיו של סעיף זה חלות אך ורק כאשר המחלוקת מתגלה קודם לפירוק הנישואין, הרי לנו שבית הדין הדתי מוסמך לדון באיזון המשאבים גם לאחר גירושיהם של בני הזוג. הוא הדין בסעיף 8 לחוק, הקובע:

ראה בית המשפט או בית הדין נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, רשאי הוא, לבקשת אחד מבני הזוג שהוגשה **לאחר פקיעת הנישואין** לקבוע הוראות שונות באשר לנכסים שיאוזנו ולדרך האיזון.

38 לפי ס' 155(ג) לחוק הירושה, מוסמך בית-דין דתי, שאליו הועבר הדיון לפי הסכמה בכתב של הצדדים – כאמור בס' 151(א) לחוק זה – לדון לפי הדין הדתי הנוהג בו. משמע, שאין צורך בהסכמה מפורשת לעניין הדין שלפיו יפסוק בית הדין. לעומת זאת, בס' 27 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 293, מוסמך בית הדין הדתי לעסוק באימוץ לפי הסכמת מי שראוי לתת הסכמה כזו, אבל אין יכולת, אפילו בהסכמה, לשנות מהוראותיו של חוק האימוץ. וראו בג"ץ 8550/06 פלונית נ' בית-הדין הרבני הגדול ירושלים, תק-על 06(4) 5051 (2006).

כאמור, סעיף 2(ד) קובע כי:

הסכם בין בני זוג שאושר בפסק דין של גירושין על ידי בית הדין, דינו כדין הסכם ממון שאושר לפי סעיף זה.

מטבעו של הסכם גירושין הוא שרבות מהוראותיו מיועדות להתבצע לאחר הגירושין, בעת שבני הזוג כבר נפרדו זה מזו. גם זה הוא הסכם ממון כמשמעו בחוק, כדרכו של החוק לראות בכל הסדר ממון כהסכם ממון בין בני הזוג. המרכיב ההסכמי, המובלט בסעיף האמור, פניו הם כלפי העתיד. גם על הסכם כזה חלות הוראות 11 ו-12 לחוק, העוסקות ב"אמצעים לשמירת זכויות" וב"אישור לפעולה טעונה הסכמה", כניסוחן של כותרות השוליים של סעיפים אלה. האמצעים והאישורים מסורים לבית המשפט או לבית הדין. סעיפים 11 ו-12, לפי פשוטם, חלים על הסכם ממון בין שנעשה קודם לנישואין, בין במהלכם ובין לאחריהם (על דרך של שינוי הסדר האיזון או שינוי הסכם קודם), ועל אירועים שהתרחשו בין לפני הנישואין (ולאחר עשיית הסכם ממון), בין במהלכם של הנישואין ובין לאחריהם. סמכותו של בית הדין אינה מוגבלת לדון רק באותם הסכמים שהתביעה בגינם נעשתה במהלך הנישואין בלבד ולא לאחר פקיעתם. תמיד יהיו אלה "ענייני נישואין וגירושין".

בפרשת לוי הביע השופט חשין תהייה זו:

נשאל ונקשה: מדוע זה לא העלה בית הדין הרבני – הוא עצמו ומיוזמתו שלו – את סוגיית הסמכות? וכי שאלת הסמכות לא הזדקרה לפניו מאליה? לו הועמד בית-משפט אזרחי... לפני שאלה דומה אין ספק כי כל אחד מאלה היה מעלה מעצמו את שאלת הסמכות; ובמה נשתנה בית-דין רבני מבית-משפט אחר הפועל לפי חוק המדינה?³⁹

אך דומה, שבאופן אינטואיטיבי סברו הכול שלבית הדין הרבני הייתה, עקרונית, הסמכות לדון בכך אלמלא הועלתה קודם לכן הטענה בבית המשפט המחוזי. כך סברה גם באת-כוח האישה,⁴⁰ ומה לנו להלין על בית הדין?⁴¹ בפרשה השנייה סבר בית הדין –

39 פרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 616-617.

40 שם, בעמ' 600.

41 כך סברו, באופן פשוט ובלי להעיר על כך, שלושת השופטים שישבו לדון בבג"ץ 566/81 עמוני נ בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1 (1982). השופט חשין (בפרשת לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 611) ראה בו "יוצא דופן מעט", והוא "מאבחן" אותו. ייתכן, כמובן, שפתרונו של השופט חשין יפה מזה של שופטי ההרכב ההוא, ואילו היו הם רואים את דבריו, היו רואים את דבריו מדבריהם. אבל אי-אפשר להתעלם מהעובדה שכאשר הגיעה פרשה זו לידיהם הם לא עוררו את שאלת הסמכות והכירו בה במפורש, אם כי, אולי, שלא לצורך.

כי בית הדין הוא הערכאה שאישרה את ההסכם, והיתה התחייבות שכל הנושאים הכרוכים בהסכם ידונו אך ורק על ידי בית הדין הרבני, ולפיכך מאחר ושני הצדדים התחייבו בהסכם, וכמו כן בית הדין אישר ההסכם, לפיכך לבית הדין הסמכות לדון ולפסוק בנידון... ואין צורך שבית הדין יפסוק זאת משום בורר...⁴²

כך הובל הדיון לפסים של סמכות מסדר שני, והכול בגלל העלמת העין של שתי הערכאות מן המעמד המיוחד של הסכמי ממון בין בני זוג.

בפסקי הדין הנוכחים של בית המשפט העליון נמצא רק דיון טכני, יבש, "משפטי", פורמלי, המבסס את עצמו על סעיפים ועל תקדימים. אין בו "פרשנות תכליתית", ואין בית המשפט מדבר על מגמה המונחת ביסוד פסיקתו. כאשר מדובר בצמצום סמכות של ערכאה רשמית אחרת, הדבר צפוי. אכן, יש האומרים שפסקי הדין הללו הם "תלויי אג'נדה" (יש האומרים שכך הוא באשר לכלל פסק-דין, מי בגלוי ומי בסתר). בין הטוענים כך יש המגנים ויש המשבחים. יש הרואים בפסקי הדין הללו את המשכה של המגמה לקצץ ככל האפשר בסמכויותיו של בית הדין ב"ענייני נישואין וגירושין", וכיוון שניתנה הרשות – נפגעו גם סמכויותיו של בית הדין בענייני ממון שאינם בין בני זוג. ויש שראו בכך הגנה ראויה על הנשים מפני הפלייתן לרעה בידי בתי הדין ומפני סחיטתן בידי בעליהן, ועל כן הריעו לפסיקה. המטרה קידשה את האמצעים המשפטיים שננקטו כדי להגיע אליה. מאמר זה יוצא מההנחה שכוונותיהם של הכול רצויות בעיניהם, ואין הוא בוחן אלא את פירושו של החוק, לפי התנהלותו של בית המשפט עצמו. מגמתו של מאמר זה אינה להרחיב את סמכויותיו של בית הדין הרבני, והוא מכוון רק כלפי בחינת הפירוש שניתן לחוקים השונים בידי בתי המשפט.

נראה, שהצעות החוק שהוגשו לכנסת, כדי שזו תשיב לבתי הדין הרבניים את הסמכויות שניטלו מהם על ידי בג"ץ, מיותרת לפי פירושו המקורי של החוק. הדיונים בהצעות אלה, הנעשים מעל בימת הכנסת, בוועדותיה ובכלי התקשורת, הם הדרך הראויה לדיון כזה. ואילו התחרות של "משיכת החבל" של הסמכויות בבית המשפט

42 פרשת **אמיר**, לעיל ה"ש 2, בפס' 5. עניין הבוררות בא לעולם עקב הפרשנות שנתן היועץ המשפטי (דאז) לבתי הדין הרבניים לאחד מסעיפי הסכם הגירושין נושא הדיון. בית הדין הרבני הגדול דחה זאת. ואף על פי כן מצא בית המשפט העליון לנכון לעסוק בשאלה זו לגופה, ולקבוע שלבתי הדין הדתיים אין סמכות לפסוק כבוררים מכוח הסמכתם של הצדדים, בין בענייני ממון שבין בני זוג ובין בענייני ממון שבין צדדים שאינם בני זוג. שאלה זו לגופה טענה דיון במקום אחר. ייאמר עתה רק, שהסוגיה אינה יכולה להתמצות בטיעונים המשניים שהעלה בית המשפט נגד קיום בוררות מכוח הסמכת הצדדים בערכאה רשמית. על אלה ניתן להתגבר. הדבר קשור בשורשו בתפישה של השיטה את בתי המשפט שלה: האם כנותני שרות לציבור, אם לאו. ראו דפנה קפליוק **בוררות ושפיטה: על מקום הבוררות במערכת המשפט** (2008).

אינה ראויה, שהרי בין כה ובין כה שורת הדין מתקלקלת וניקיון הדעת נפגם וכבודם של החוק ושל השופט, של הדין ושל הדיין – חסר.

ב. תביעת מזונות לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953

ענייני נישואין – הואיל ובאו לידינו – נאמר בהם עוד דבר מה, הקשור לשאלה מהו היקף סמכותו של בית הדין הרבני לדון בתביעת מזונות. העיון יתמקד בסמכות שהייתה לבתי הדין לפי חוק שיפוט בתי דין רבניים. לשאלה זו הייתה חשיבות גם לאחר חקיקת חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, שלפי סעיף 19(א) שבו "חוק זה אינו בא להוסיף על סמכויות השיפוט של בתי-הדין הדתיים ולא לגרוע מהן; ומקום שבית דין דתי מוסמך על פי חיקוק לשפוט, יראו כל מקום בחוק זה שנאמר בו 'בית משפט' כבא לרבות בית-דין דתי." כמו כן, יש להכרעה בדבר סמכותו של בית הדין חשיבות גם על פי חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995.⁴³ סעיפים 14 ו-22 של חוק זה קובעים שבחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), ובחוק יחסי ממון בין בני זוג, בהתאמה, במקום "בית-המשפט המחוזי" הנוכח בהם יבוא 'בית-המשפט לענייני משפחה'.⁴⁴ וסעיף 25 לחוק האמור קובע כי "חוק זה איננו בא לגרוע מסמכויותיהם של בתי הדין הדתיים".⁴⁴

סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים קובע כי "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזורחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי-דין רבניים". סעיף 3 לחוק, שכותרתו: "שיפוט אגב גירושין", קובע:

הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג.

43 חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, ס"ח 393 (להלן: חוק בית המשפט לענייני משפחה).

44 על משמעותה של שמירת זכויות זו הן מבחינת היקפה והן מבחינת עומקה, שהסמכות שהייתה ייחודית נותרת כזו (ושלכך מסכים גם השופט חשין), ראו מנשה שאוה "היחס בין סמכותו של בית-המשפט לענייני משפחה לבין סמכותו של בית-הדין הרבני" הפרקליט מד 44 (התשנ"ח). שאלת צמצום סמכותו של בית הדין, שנקבעה בס' 25 לחוק בית המשפט לענייני משפחה. והכרסום בה בידי בתי המשפט שהוקמו לפי חוק זה, טעונה דיון נפרד. ראו גם פסק-הדין של בית-הדין הרבני עניין 2-9613-64 סלוני, לעיל ה"ש 21, בעמ' 7.

סעיף 4 לחוק, שכותרתו "שיפוט בעניני מזונות", קובע כך:

הגישה אשה יהודיה לבית דין רבני תביעת מזונות, שלא אגב גירושין, נגד אישה היהודי או נגד עזבונו, לא תישמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בעניין.

לכאורה, סעיפים אלה מלמדים על כך שבלי שהתקיימו התנאים המיוחדים הנקובים בכל אחד מהם, אין לבית-דין רבני סמכות לדון בענייני מזונות. על פני הדברים, לא יכול להיות כל ספק בכך שחובת תשלום המזונות של בעל לאשתו היא מ"ענייני נישואין וגירושין", הנזכרים בסעיף 1 לחוק השיפוט. לפי הדין היהודי, החובה חלה רק בזמן הנישואין ולא לאחריהם, והיא תלויה בקיומן של חובותיה הקמות עם הנישואין של האישה כלפי אישה (חובת המזונות לאלמנה יסודה בתקנה מיוחדת, ואף היא צריכה להשתייך ל"ענייני נישואין"). יש לחובה זו גם מאפיינים מיוחדים, המוציאים אותה מכלל חובה ממונית רגילה ל"חובה אישית", סוגיה שלא זה המקום להרחיב בה.⁴⁵ כך כתב גם השופט אסף, בהתייחסו לסעיף 51(3) לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל:

נוסף לזה יש, לדעתי, לראות את המזונות שהבעל חייב לתת לאשתו כ'דבר נישואין', שהרי זהו אחד החיובים העיקריים הנובעים מן הנישואין. וכך קובע הרמב"ם בהלכות אישות והמחבר בשו"ע אה"ע סי' סט: כשנושא אדם אשה מתחייב לה בעשרה דברים. אלו הם העשרה; מזונותיה, וכסותה, ועונתה, ועיקר כתובתה, ורפואתה, ולפדותה אם

45 ראו, לדוגמה, את דברי יהונתן אייבשיץ בני אהובה, הלכות אישות פרק י הלכה ב (התקע"ט): "אף שהוא (=חיוב המזונות) דאורייתא. מכל מקום אקרקפתא דגברא (=על ראש האדם) מוטל לעשות כחובתו – לזון אשתו ולהלבישה... הוא בכלל שאר החיובים המונחים עליו, כמו עונה, אבל בכל זה אין הוא בעל חוב שישתעבדו נכסיו לכך מן התורה, רק הוא כמו שמחוייב לתת צדקה. וכי בשל כך ישתעבדו נכסיו לכך?". ובעל 'פרישה', ארבעה טורים, חושן משפט, סימן צו סעיף קטן מא כתב: "שלא חייבו התורה ולא חכמים התורה חוב... אלא חייבו... להיות אשתו כגופו, דהיינו ליתן לה שארה כסותה כמו שמאכיל ומלביש נפשו". והוסיף ר' מאיר אבולעפיה (רמ"ה) והסביר: "גבי מזונות אשתו, דלאו ממונא אסקה ביה (=שלא ממון היא תובעת ממנו), אלא מזוני, חייב לזונה לפי כבודה". ולכן, אפילו אין לו אלא מזונות ליום אחד בלבד שניהם יאכלו כאחד, והבעל גם לא יוכל לטעון שיתירו לו מזון לשלושים יום כפי שמותירם לכל חייב במסגרת ההוצאה לפועל בעקבות תביעת חוב. המזונות אינם 'חיוב ממון' רגיל, אף שבדרך כלל הוא מתקיים בנתינת ממון. זו תפישה מיוחדת של החובה, היא מיוחדת למשפט העברי, וספק אם היא יכולה להתיישב עם החיובים הרגילים במשפט האזרחי הנוהג.

נשבת, וקבורתה, ולהיות ניוזנת מנכסיו ויושבת בביתו כל זמן אלמנותה⁴⁶.

השופט ש"ז חשין הסכים לכך באופן עקרוני, אך סבר שיש רק להוסיף כי, לאמיתו של דבר, הרי כל זכויותיה של האישה למזונות נובעות מתוך קשרי הנישואין הקיימים בינה לבין בעלה, אך –

השאלה היא אם המחוקק, לצורך קביעת סמכות בתי המשפט בתביעות הנוגעות למצב האישי, ראה את המזונות כעניין שבנישואין, או שייחד להם דין על אף היותם נובעים מקשרי הנישואין. דעתי היא, כי המחוקק ייחד להם מקום ולא התכוון לכלול אותם בתוך המסגרת הרחבה של 'ענייני נישואין', או לכרוך את דיניהם, לצורך הסמכות, בדינים החלים לגבי נישואין.⁴⁷

כוונתו למחוקק המנדטורי, שבסמך (1)51 לדבר המלך במועצה מנה את ענייני המעמד האישי, וקבע:

לצורך הוראות אלה ענייני המעמד האישי פירושים: דיונים בנוגע לנישואין או גירושין, אלימוני, מיינטנס...

הנה כי כן, "אלימוני או מיינטנס", הכוללים את ענייני כל חיובי המזונות (ונשוב לכך להלן) נפרדים מ"דיונים בנוגע לנישואין או גירושין". למרות זאת, סברו שופטי הרוב שהפן המהותי גובר ומזונות הם מ"ענייני נישואין".

כדעתם של שופטי הרוב בסוגיה זו, נקט כל ההרכב בדיון שנערך בבית הדין המיוחד בפרשה אחרת גישה שלפיה:

מעצם השימוש המפורש בביטוי זה על-ידי המחוקק המנדטורי בדבר המלך אין ללמוד בהכרח 'ראיה מן ההיפוך', מאחר ויתכן שכוונתו הייתה להדגיש את ההבחנה שהבחין, בחלקו את הסמכויות בין בתי

46 ע"א 376/46 רזנבאום נ' רזנבאום, (ב1) 235 (1949). הסכים עימו הנשיא זמורה, שם, בעמ' 252, בסוף פס' 28. וראו דבריו בעמ' 251-252, שם: "תמיד היה נפלא ממני, ולא ידעתי: אם תביעת אלמנה למזונות מעזובן בעלה היא תביעה בבחינת 'דבר נישואין'... ומשום כך בסמכותו המוחלטת של בתי-דין הרבנות, מדוע לא תיחשב גם תביעת האשה למזונות מבעלה החי ל'דבר נישואין'". ואכן, גם בתי המשפט, בעת שהם משיחים לפי תומם, נוקטים כך באופן פשוט ואינטואיטיבי, כגון באומרים לגבי תביעה לשלום-בית בין איש לאשתו, שנכללות בה "הזכויות והחובות הכרוכות בחיי אישות... כך הם, למשל, ענייני מזונות וכלכלה לאשה". – בג"ץ 49/57 כהן נ' כהן, פ"ד יא 1195 (1957); ע"א 174/83 סוחר נ' סוחר, פ"ד לח(2) 77 (1984) (ההדגשה אינה במקור).

47 פרשת רזנבאום, שם, בעמ' 262.

המשפט החילוניים והדתיים לגבי תביעות מסוגים של "אלימוני" ו"מיינטנס".⁴⁸

הואיל וסעיף 1 משמיע ריבוי, "ענייני נישואין", וסעיף 4 משמיע, כאמור, מיעות, הוקשה הדבר לשופט זילברג, שכתב על המילים "או נגד עזבונו" שבסעיף 4 הנ"ל את הדברים הבאים:

פשוטו של מקרא – מזונות האלמנה שהיא תובעת מן היורשין; מאידך גיסא נאמר: "לא תישמע טענת הנחבע שאין לבית דין רבני שיפוט בעניין", הוזה אומר, שאלמלי הוראת הסעיף היה בית הדין שומע ומקבל את הטענה. הא כיצד? הן "מזונות האלמנה" – כפי שהוחלט בשנת 1929 במשפט אלפרט – "ענין של נישואין" הם, ובענינים אלה יש לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בתביעה מכוח סעיף 1 של החוק.⁴⁹

ולכן, ומפני כבודו של החוק,⁵⁰ חש השופט זילברג הכרח "לעקם קצת את הכתוב" (כלשונו) ולהעמיד את הסעיף –

באלמנה התובעת מן העזבון מזונות שבעלה נתחייב בהם בחייו... מזונות אלה אינם "עניין של נישואין" שכן הם נמנו **לחוד** בסמך 51 של דבר המלך.

בלעדי "אוקימתא" זו שהיא – מודה אני – דחוקה במקצת, אינני רואה כיצד ליישב את הסתירה ההיא... לגבי "מזונות האלמנה", הלכה פסוקה היא **זה למעלה מעשרים ושמונה שנים** כי הם "ענין של נישואין", ואין להעלות על הדעת, כי האחראים לניסוח החוק לא ידעו על הלכה זו... משמע שהמדובר הוא במזונות הנחבעים על ידי האלמנה **שאינם** "מזונות האלמנה" במובן הטכני של מונח זה.⁵¹

48 עניין **סידים**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 1032. בתיק (אזורי ת"א) תשי"ז/4273 **אלמנת המנוח נ' בן אחות המנוח**, פד"ר ב 278 (התשי"ז), סבר בית הדין, שאם המדור המיוחד לאלמנה אינו בגדר חובת המזונות, ולכן אין סמכות לבית הדין לדון בו לפי ס' 4 לחוק השיפוט, או אז נתונה הסמכות לפי ס' 1 של חוק זה, כי חובת המדור לאלמנה היא מ"תנאי הכתובה", שהם עצמם "עניין של נישואין". ולא תהא כוהנת כפונדקית, שמזונות הם מדין הכריכה ומדור האלמנה – מן הסמכות הישירה. ראו גם 1-22-9309 **פלוגי**, לעיל ה"ש 31.

49 זילברג, לעיל ה"ש 6 (ההדגשות במקור), בהערה 58 הוא מעיר: "יהא זה, לדעתי, מאד בלתי הגיוני להניח, כי המחוקק, כאן, ב'דיבור אחד', יצר את הטענה מחד **וביטל** אותה מאידך, ודוק היטב".

50 ראו ברכיהו ליפשיץ "מבוא" **כתבי משה זילברג** ט (התשנ"ח).

51 שם, בעמ' 379 (ההדגשות במקור).

סתירה זו מצויה גם מכוחו של הרישא של סעיף 4, העוסק בתביעת אישה יהודייה למזונות מבעלה היהודי שלא אגב גירושין, וכן בין סעיף 1 לבין סעיף 3, המעניק סמכות שיפוט ייחודית לבין הדין הרבני ב"כל הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

באשר לרישא של סעיף 4 למד השופט זילברג,⁵² במהלך מפותל למדי, שענייני מזונות נשרו – לפחות מן הבחינה הפרוצדורלית – מ"ענייני נישואין וגירושין", הנכללים בסעיף 1 והנתונים לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני.

הדבר החל בשאלת פירושם של המונחים "אלימוני" ו"מיינטנס", הנזכרים בדבר המלך שנזכר לעיל. בערעור שנדון בפרשת **רוזנבוים** הנ"ל נקבע, בדעת הרוב, שהמונח "אלימוני" כולל כל תביעות מזונות של אישה, ובלבד שתהא מוגשת כל עוד בני הזוג נשואים זה לזו.⁵³ על המונח "מיינטנס" להתפרש אפוא כ"תביעת מזונות של אשה אחרי הפקעת קשר הנישואין".⁵⁴ בשל המחלוקת בין השופטים בערעור, הועברה כאמור השאלה לבית-דין מיוחד, ושם נפסק פה אחד כדעת הרוב שבערעור.⁵⁵

בפסקה האחרונה של פסק הדין שנתן בית הדין המיוחד נאמר:

בשעת כתיבת פסק דין זה הוחק חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ויש אולי להצטער, נוכח עובדה זו, על אשר הגענו למסקנה אליה הגענו. ואולם, לא ראינו אפשרות משפטית לפסוק את הדין, בעניין זה, בדרך אחרת, הואיל ומחובתנו היה לדון בו לפי מצב הדברים שהיה קיים לפני שאותו חוק נכנס לתוקפו.⁵⁶

מפרש השופט זילברג:

הכוונה היא כן **בעליל** לסעיף 4 של אותו החוק, בו נאמר: הגישה אשה יהודייה לבית דין רבני תביעת מזונות שלא אגב גירושין, נגד אישה יהודייה... לא תשמע טענת הנתבע שאין לבית דין רבני שיפוט בעניין...⁵⁷ חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים נעשתה "בין גברא לגברא", בין פסק הערעור של רוזנבאום לבין פסק דינו הסופי של בית הדין המיוחד.

52 זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 17 ואילך, עמ' 375-377.

53 שם, בעמ' 21.

54 שם, בעמ' 22 (ההדגשה אינה במקור).

55 שם, בעמ' 26, כתב: "בית הדין המיוחד סמך את ידו על הדעה שהובאה על ידי הנשיא בערעור רוזנבוים".

56 בד"ס 1/49 **רוזנבאום נ' רוזנבאום**, פ"ד ז 1037, 1063 (1953).

57 זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26 (ההדגשה אינה במקור).

מציעי החוק סברו – והיה להם אותה שעה על מה שיסמוכו⁵⁸ – כי אם אשה יהודיה מגישה נגד בעלה היהודי תביעת מזונות שלא אגב גירושין, תביעה זו "מינטננס" שמה, הנתונה לא לסמכותו הייחודית אלא לסמכותו המקבילה בית הדין הרבני... אך הנה עברו שלושה חודשים, ניתן פסק הדין בענין רוזנבאום, ובו קבע בית הדין המיוחד, כי כל תביעת מזונות של אשה נשואה – "אלימוני" היא ולא "מינטננס"!... נמצא כי כבר בשעת חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים ההשקפה המשפטית הנכונה היתה, כי אם אשה יהודיה נשואה מגישה נגד בעלה היהודי תביעת מזונות שלא אגב גירושין, יש לרבנים סמכות ייחודית בענין זה מכוח סעיף (1)53 של דבר המלך, וכל החשש ההוא... לשוא היה, והקביעה, כי לא תישמע – מיותרת היתה! שכן המדובר בסעיף 4 הוא באשה יהודיה שהגישה את התביעה נגד 'אישה' היהודי, משמע שבני הזוג עדיין **נשואים** זה לזו.

ברם – אנו כאן בחוק עסקינן, ובכל דבר חקיקה לא מניעו של המחוקק הם הקובעים, אלא דברי החוק גופו. נמצא כי משיצא מפורש מפי המחוקק הפסוק הנ"ל... נוצר בזה גופו מצב משפטי **חדש**, והוא: כי מעתה באמת **אין** לבית הדין הרבני סמכות **ייחודית** לדון בתביעת מזונות של אשה נשואה שלא אגב גירושין.⁵⁹

פירושו של דבר – וזהו הפירוש **היחיד** שאפשר לייחס לסעיף זה – כי בתביעת מזונות, שלא אגב גירושין, מצד אשה יהודיה נגד אישה יהודי, הברירה היא מעתה בידי האשה; רוצה – מביאה את דינה לפני בית הדין הרבני, רוצה – מגישה אותו אל בית המשפט האזרחי (המחוזי), בניגוד לתביעת מזונות אגב גירושין, אשר בה, לפי הוראת סעיף 3 של החוק, יש לבית הדין הרבני (כמו קודם) שיפוט ייחודי לדון בעניין.⁶⁰

58 ראו גם בעמ' 379. אך זו אמירה תמוהה: הרי תוצאת פסק הדין של הרוב בערעור שווה לתוצאה שהושגה בפסק הדין בבית הדין המיוחד. פסק הדין בערעור ניתן ביום 3.4.49 והצעת החוק הוגשה ביום 12.5.53. החוק עצמו התקבל באוגוסט 1953, ופסק הדין בבית הדין המיוחד ניתן ביום 18.11.53. מציעיה של הצעת החוק לא היו צריכים לכל "איצטגנינות" מיוחדת בעת שהעלו את הצעת החוק.

59 שם, בעמ' 376-377 (ההדגשות במקור). מעתה התייחד ס' 4, אם כי מן השלילה, כמקור הסמכות בענייני מזונות. לכן אפשר לומר, ש"מזונות האשה מעולם לא היו כלולים בביטוי זה (=ענייני נישואין)" כי המחוקק הקצה להם, כאמור, מקום נפרד, "כדברי שיפמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 34. האסמכתה לכך היא פסק דינו של השופט זילברג בעניין **גולדמן**, לעיל ה"ש 6, ראו הדיון שבהערה הנזכרת.

60 שיפמן, שם, בעמ' 27 (ההדגשה הוספה).

העולה מכל האמור, כי אף על פי שבית הדין המיוחד שלל את סמכותו של בית המשפט המחוזי... היא עדיין יכולה הייתה, אילו בחרה בכך, להביא עתה מחדש את תביעתה לפני אותו בית משפט גופו, בשל המצב המשפטי החדש שנוצר עקב תחולתו של חוק שיפוט בתי דין רבניים... לכך התכוונו, **אין ספק**, שופטי בית הדין המיוחד, בהביעם את צערם על המסקנה שהגיעו אליה בעניין זה.⁶¹

הנה כי כן, זהו המסלול ההגיוני והנחרץ של ההכרה בסמכותו העיקרית של בית המשפט המחוזי לדון בתביעות מזונות שלא אגב גירושין.

אלא שכל ההררים הללו תלויים בשערה חלשה מאוד. היה ברור לו לשופט זילברג, ש"המדובר בסעיף 4 הוא באשה יהודיה שהגישה את התביעה נגד 'אישה' היהודי, משמע שבני הזוג **עדיין נשואים** זה לזו".⁶² האומנם כך הוא?

סעיף 4 דן בשני מקרים שבהם אישה יהודייה מגישה "תביעת מזונות נגד אישה היהודי או נגד עזבונו". אם נשאל את עצמנו בפירוש, כפי שאנו אמנם עושים זאת בשתיקה, ב"עזבונו" של מי אנו מדברים, תהיה התשובה המובנת מאליה שהכינוי הנסמך במילה "עזבונו" מוסב למה שנאמר לעיל, כלומר שאנו עוסקים ב"עזבונו של אישה היהודי של האישה היהודיה התובעת את תביעת המזונות". עתה יעלה הקושי הבא: והרי אין הם נשואים עוד זה לזו, שהרי הבעל נפטר והתביעה מוגשת נגד עזבונו. על כורחנו עלינו לומר, שאין הכוונה במילים "אישה היהודי" שבהקשר זה אלא ל"מי **שהיה** אישה" של התובעת, אלא שעתה התגרשו. ואם כך הוא, יכול גם הרישא להתפרש בדרך זו, דהיינו שהאישה תובעת את מי שהיה בעלה כשהוא עודנו חי, ובסיפא מדובר עקרונית באותה תביעה, אלא שהפעם היא מוגשת נגד עזבונו של "מי שהיה אישה", כי בינתיים הוא הלך לבית עולמו.

כזכור, העמיד השופט זילברג את הסיפא של סעיף 4 "באלמנה התובעת מן העזבון את המזונות שבעלה נתחייב בהם בחייו". והלא ממש כך יכול היה לפרש גם בעניין מי שלא פרע את מזונותיה של אשתו בחייו, "כגון שהלך בעלה ולוותר ואכלה"⁶³ ואחר כך התגרשו, והגרשה תובעת ממנו את החוב.

נראה שהפתרון הטכני מצוי, כמו בהרבה מקרים אחרים, בבחינת ההיסטוריה של החקיקה, ובהשוואה בין הצעת החוק, כפי שהוגשה לכנסת, לבין נוסח החוק כפי שהתקבל בידי המחוקק. בהצעת החוק הוצע:

1. נישואין וגירושין בישראל **ייערכו** על פי דין תורה.

61 שם (ההדגשה הוספה).

62 שם, בעמ' 379; וכן כתב בעניין **גולדמן**, לעיל ה"ש 6.

63 שיפמן, שם, בעמ' 379.

2. לא **יפקעו** נישואין של יהודים בישראל אלא בגט פיטורין לפי דין תורה.
3. לבתי הדין הדתיים יהא שיפוט ייחודי בכל עניין הכרוך בגירושין של יהודים בישראל, לרבות **מזונות אגב גירושין**.
4. הגישה אישה יהודייה לבית דין רבני **תביעת מזונות** נגד בעלה, **אף אם לא אגב עניין גירושין**, לא תישמע טענת הבעל כי אין לבית הדין הרבני שיפוט בעניין.

ההצעה שונה מן החוק ומן המצב ששרר קודם להגשתה לפי דבר המלך במועצה, בכך שאין היא מעניקה לבית הדין הרבני סמכות "בענייני נישואין וגירושין". לפי נוסח זה ולפי הפסיקה שקדמה לו, אכן אין לבתי הדין הרבניים סמכות לדון בכל ענייני הנישואין. על רקע זה ברור שסעיפים 4 ו-5 להצעה באו להוסיף על סמכותם של בתי הדין הרבניים לדון גם בכל הכרוך בגירושין, לרבות "מזונות אגב גירושין"⁶⁴, וגם בתביעת מזונות שהגישה אישה "אף אם לא אגב עניין גירושין".

הסתירה נוצרה רק כאשר בניסוחו של החוק שבה הכנסת והרחיבה את סמכותו של בית הדין הרבני לדון בענייני נישואין וגירושין באופן כללי, ואילו סעיפים 3 ו-4 נותרו על מכונם בנוסח כעין זה שהיה בהצעת החוק. כך, כביכול, צמצמו סמכות זו מכללא על-ידי שנרמזו בסעיפים אלה על דבר קיומה העקרוני של סמכות של ערכאה אחרת לדון בכך. יש כאן גריעה מסמכות הייחודית של בית הדין הרבני, שאך זה עתה הוענקה לו, וזאת – בדרך בלתי מקובלת, אם כי בתום לב.

לכאורה, צריך להסיק ששגגה יצאה כאן מתחת ידו של המחוקק. מהי הגישה הראויה כלפי טעות שכזו? נראה, שדבריו של השופט זילברג בעת שהתייחס, לפי הבנתו, למה שאירע למחוקק בעת שחוקק את סעיף 4 לחוק השיפוט, יפים גם לשיטתנו. וכה כתב:

הורתו ולידתו של סעיף זה – בטעות מציעיו יסודה: רצו להרחיב על ידו את סמכות הרבנים, ולבסוף איגלאי מילתא למפרע, כי למעשה צמצמו והגבילו אותה. נתגלה הדבר, או אם ניתן להיאמר כך – "נתחוללה" הטעות למפרע, עקב פסק דין שניתן על ידי בית הדין המיוחד כשלושה חודשים אחרי פרסום החוק. אך מכיוון ש"שגגת מחוקק עולה זדון", ודברים שבלב אינם דברים גם ב"טרנסאקציות" תחיקתיות, הרי לא ההרחבה ה"רצויה" אלא ההגבלה **המצויה**, היא המחייבת את בתי הדין ובתי המשפט בארץ.⁶⁵

64 ראו להלן לפירושה של תביעה זו.

65 זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 375 (ההדגשות במקור); וראו לעיל בה"ש 51.

כאמור, המסקנה שהגיע אליה השופט זילברג אינה הכרחית ואינה משכנעת. לכן, אין זה רצוי לקבלה. מצד שני, יש לעשות כל מאמץ כדי ליישב את הסתירה-לכאורה הנזכרת. אכן, דרך אפשרית לפתרון כזה התווה השופט אסף בערעור בפרשת **רוזנבאום**, באומרו:

בזמן השלטון העותומני היו כל ענייני נשואין וגירושין ומזונות האשה, וכל הנביעות הכרוכות בחיי המשפחה, מסורים לשיפוטו היחיד של בית-הדין הדתי, ונחתכים על פיו. כשנכנסה הארץ תחת שלטונה של ממשלת המנדט... נמנעה בכוונה תחילה לנגוע בענייני המצב האישי... יש אפוא להניח, שדבר המלך במועצתו משאיר את מזונות האשה **בכל היקפן** לסמכות בית הדין הדתי, ובמלה "אלימוני" כוון ל"מזונות" במשמעותה הכוללת של מלה זו לפי הדין העברי, בין בזמן שהאשה יושבת בבית בעלה, בין בזמן של עזיבה מצד הבעל "המורד" ובין שנפרדו מתוך הסכם מפורש או מכללא, כל עוד שלא בוטלו הנישואין, ויחסי בעל ואשה קיימים עדיין ביניהם. "מיינטנס" בדבר המלך כוללת, בראש ובראשונה, כלכלת הבנים על ידי ההורים וכלכלת ההורים על ידי הבנים, ועם זה גם מזונות האשה שאחרי הגירושין, אם הוסכם על כך בין שני הצדדים לפני הגירושין ועל דעת כן הסכימה האשה לקבל את הגט, או מפני שהבעל לא סילק עדיין לאשתו הגרושה כתובתה, שלדעת רבים מן הפוסקים הבעל חייב במזונותיה (עי' טור וב"י ס' צ"ג), ולדעת כולם אם קיבל על עצמו להמשיך במתן מזונותיה עד שיחא בידו לסלק לה את הכתובה. סכסוכים הנופלים אחר כך, כתוצאה מהסכם זה או מן החיוב המוטל על הבעל, כאמור יש לתתם ענין לדין ודברים הנוגעים ל"מיינטנס". רק מתוך הנחה זו בפירוש המונחים הנזכרים אפשר להסביר ולהבין, למה נותן דבר המלך סמכות מלאה לביה"ד הדתי רק ב"אלימוני" ולא ב"מיינטנס": כל עוד שהנישואין קיימין נוגעות הטענות והתביעות בעסקי מזונות לחיי המשפחה ושלום הבית, הרי הן עניין לסמכותו היחידה של ביה"ד הדתי, ואילו מזונות שאחרי הגירושין, אחרי שהותרו קשרי האישות, או מזון הבנים וההורים, הם עניין לתביעה אזרחית רגילה שיש להגישה לפני בית-המשפט האזרחי, ורק אם שני הצדדים מסכימים לקבל על עצמם מרות ביה"ד הדתי הוא יכול לדון בה.⁶⁶

נראה שאפשר ליישם הבחנה זו גם באשר לסעיפי חוק השיפוט. סעיף 3 מרבה גם את "מזונות האשה וילדי הזוג" לעניין סמכותו של בית הדין. ההנחה המקובלת בפירושם

66 עניין **רוזנבאום**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 255 (ההדגשה במקור).

של "מזונות האשה" היא שהם מזונות כפשוטם, הנתבעים על ידי האישה עד לגירושין. כך כתב השופט זילברג:

הביטוי "לרבות" משמש במקורות לכלול דבר הדומה-ואינו-דומה... אין צורך ב"ריבוי" כאשר השנים דומים בהחלט, ואי אפשר לרבות כאשר הם שונים בהחלט. מה פירושו, איפוא, של הפסוק הנ"ל – לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג, אפילו, אם אינם כרוכים בתביעת הגירושין?

יתכן כי אמנם זו היא הכוונה, אף על פי שקשה לתאר מקרה בו לא יהיו כרוכים, ויתכן שהמחוקק כתב "כלפי המלעיגין"... פן ושמא יטען מישהו כי המזונות שהאשה תובעת לעצמה עד למתן הגט, או לילדים אחרי מתן הגט, אינם עניין הכרוך בתביעת הגירושין.⁶⁷

ברור מדברים אלה כי, לדעת השופט זילברג, תביעת מזונות לאישה היא "עניין של גירושין", והוא כרוך מטבעו בתביעת הגירושין, וכך יהיה בכל המקרים, "כי קשה לתאר מקרה בו לא יהיו כרוכים".⁶⁸ אך נמצאו "מלעיגין", שגם ההוראה המפורשת שבאה להוציא מליבם לא פעלה את פעולתה. כך קבע בית המשפט:

נשאלת השאלה אם המזונות כרוכים בתביעת הגירושין "לפי עצם טיבם וטבעם". בשאלה זו דן בית-משפט זה בפסק-דינו בע"א 501/64...⁶⁹, והגיע למסקנה כי "תביעת האשה למזונות אינה עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין", והטעם הוא כי אחרי מתן הגט אין

67 זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 372-374 (ההדגשות במקור).

68 ראו גם דברי השופט זילברג בע"א 246/59 צור נ' צור, פ"ד יג 1741 (1959): "אין ספק, כי גם מזונות לאשה ולילדי הזוג, האמורה בס' 3 הנ"ל, חלה עליה הוראת ס' 3 רק כאשר היא 'עניין הכרוך בתביעת הגירושין', כי הביטוי 'לרבות' אינו בא להוציא אלא דוקא לכלול במונח זה את התביעה ההיא... עניין מזונותיהן של האשה והבנות, אינו כאן עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו 'כרוך' בתביעת הגירושין של הבעל; שהרי לגבי אלה הוא אינו תובע כלל אלא נתבע. הוא, המערער, גם לא 'כרך' אותה בפועל ממש בעתירתו". ההבחנה האחרונה צריכה עיון, ואין כאן מקומו של העיון הזה. והשוו מה שכתב השופט זילברג בחוות-דעתו שנתן כיושב ראש הוועדה לבדיקת המעמד האישי של הקראים בשנת 1967 (ראו קורנאלדי **המעמד האישי של הקראים** נספח ב (התשמ"ד)). משה זילברג באין כאחד 291 (התשמ"ו)). בס' 1 להצעה לחקיקה כתב: "סעיף 1 בחוק זה יהיו למונחים הבאים המובנים האמורים בצידם. 'ענייני נישואין וגירושין' – כולל: הצהרת קיום נישואין, ביטול נישואין, החזרת חיי אישות, תביעת גירושין, מזונות אגב גירושין, החזקת ילדים ומזונותיהם אגב גירושין, כפיית גט, הצהרת כשרותו ופסולתו של הגט, הסכמי גירושין, החזרת נדוניה". ובס' 6 המוצע נקבע: "כל ענייני המעמד האישי של יהודים קראים בישראל, פרט לאלה שהוזכרו בס' 2 של החוק, יהיו בסמכותו של בית המשפט המחוזי, שיהא רשאי להחיל עליהם את הדין הקראי".

69 ע"א 501/64 **וינשטוק נ' וינשטוק**, פ"ד יט (1) 533 (1965).

האשה זכאית עוד למזונותיה מן הבעל: תביעתה להפקעת הנישואין מכאן ותביעתה למזונות מפני הנישואין מכאן, הרי הם "דבר והיפוכו" (כלשון השופט זוסמן, שם, בעמ' 538); ובה בשעה שבתובעה את גיטה מביעה האשה את רצונה להביא את נישואיה לידי גמר, הרי בתביעת מזונותיה נשענת האשה על עובדת נישואיה והמשך קיומם.⁷⁰

"וכי ישאל השואל, על שום מה פירש המחוקק והוסיף בסעיף 3 הנ"ל על הענינים הכרוכים בתביעת גירושין כאמור, ריבוי מפורש של מזונות האשה? הוה אמינא שדוקא מפני שהמזונות אינם, מעצם טיבם וטבעם, כרוכים בתביעת גירושין, בא המחוקק לרבותם כמפורש, אלא נראית לי (כפי שנראתה לבית-משפט זה בע"א 501/64 הנ"ל)

70 לתפוצתו של טיעון זה ראו גם ע"א 246/81 **גוטהלף נ' גוטהלף**, פ"ד לו(4) 673 (1982); ע"א 68/83 **הרמן נ' הרמן**, פ"ד לו(4) 414 (1983), ועוד. מן הבחינה המשפטית, טיעון זה נראה פגום. תביעתה של האישה למזונותיה לעולם היא מבוססת על "עובדת נישואיה והמשך קיומם" בשעת התביעה. היא אינה יכולה להיות "נצחית" ו"לצמיתות", כי המשך הנישואין אינו מובטח לנצח וכן בשל כך שהתביעה למזונות, כידוע, אינה סופית והיא יכולה להשתנות עם שינוי הנסיבות בכל עת. מה בכך שהאישה "מביעה את רצונה להביא את נישואיה לידי גמר"? והלא בינתיים, עד שיבוא לידי גמר, אם בכלל יבוא לידי גמר בעקבות תביעתה, נשואה היא ויכול להיות שהיא זכאית למזונות מבעלה. ראו גם ניסוחו של מנשה שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירון הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבית הדין הרבני" **עיוני משפט ב** 719, 725 (1972): "עילות המזונות בשני המקרים שונות: במקרה הראשון מבקשת היא מזונות עקב קיום קשר הנישואין ותוך התבססות עליו, ואילו במקרה השני... מדובר אך במזונות עד למתן הגט". למרות ניסוח "זוסמני" זה, אין הוא נכון; אין שוני בין העילות. בצדק הסתייגה השופטת מ' בן-פורת מטיעון זה בכותבה: "אודה שהרעיון כאילו תביעת המזונות מזה ותביעת הגירושין מזה הן תרתי דסתרי אינו מקובל עלי, בכל הכבוד הראוי. כל עוד הנישואין שרירים וקיימים זכאית האשה לדמי מזונות", רע"א 458/87 **פריאל נ' פריאל**, תק-על 87(4) 176 (1987). (תודתי לידידי, עו"ד ד"ר דב פרימר, על שהמציא לי את פסק הדין). וראו דבריו של השופט זוסמן בבר"ע 120/69 **שרגאי נ' שרגאי**, פ"ד כג(2) 171, 178 (1969): "ענין מזונות של אשה התובעת גט כמשמעותו בסעיף 3 הנ"ל אינו אלא מזונות עד למתן הגט, כל עוד האשה רואה עצמה ככולה בקשר הנישואין שהיא מבקשת להתיר, ולא מזונות המגיעים לאשה באשר היא אשתו של המשיב החייב במזונותיה עקב קיום הנישואין (וראה זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 374)". זו הבחנה חסרת בסיס. גם המזונות שעד למתן הגט יסודם במה שמגיע לאישה באשר היא אשתו של האיש. כך הוא גם במשפט האנגלי, כפי שנאמר בעניין **רחנבאום** לעיל, ה"ש 56, בעמ' 1050-1051: "אכן, מתן הצו לתשלום הקצבה של 'אלימוני' בא כתוצאה מהכרתו של בית-הדין הדתי בעובדה, שהאשה נאלצה לגור בנפרד מבעלה; ואולם יסודו האמיתי היה נעוץ בסטטוס של בעל ואשה, שלא פקע ונשאר בעינו חרף מתן פסק הפירוד... בתוקף אותו כלל של המשפט המקובל (שהבעל חייב לזון את אשתו – ב' ל')". ראו גם שם, בעמ' 1055. (ההפניה לדברי השופט זילברג איני יודע מה טיבה). דומה, שהבחנה זו באה לשרת את צמצום הסמכות של בתי הדין הרבניים, שאם התביעה למזונות לא נכרכה בפועל כי אז הסמכות תיוותר בידי של בית המשפט המחוזי.

דעתו של הפרופ' זילברג שכתב בספרו על המעמד האישי בישראל (עמ' 374)... אשר על כן יש לקרוא את הסיפה של סעיף 3 הנ"ל כאילו נאמר "לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג, אם נכרכו בתביעת הגירושין במפורש"⁷¹. אלא שהסיפא של דברי השופט כהן – "אם נכרכו בפועל" – אינו לפי דעתו של השופט זילברג ואינו מצוי בדבריו כלל. הוא סבור, כאמור, שתביעה זו כרוכה גם כרוכה, מטיבה ומטבעה דווקא, בתביעת הגירושין!

ברור שדיון זה מתבסס על ההנחה שלבית הדין הרבני יש סמכות לדון במזונות רק מכוח סעיף 3 ולפי תנאיו של סעיף זה, בין שנדרשת כריכה בפועל ובין שנסבור שהיא כרוכה מעצמה. אכן, אם נודה, כפי שראוי, שתביעה למזונות היא מ"ענייני נישואין", או-אז אין כל צורך בכריכה זו או אחרת, שכן הדבר מצוי ממילא בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לפי סעיף 1 לחוק השיפוט. מהי אפוא ה"תביעה למזונות האשה" הנזכרת בסעיף 3? לפי דברי השופט אסף שהובאו לעיל, ואשר עמדו לנגד עיני המחוקק בעת שנעשו הליכי החקיקה של חוק השיפוט, הכוונה היא לתביעה ל"מיינטנס" כפרשנותו האחרונה של בית המשפט, שהיא כוללת "כלכלת הבנים על ידי ההורים... ועם זה גם מזונות האשה שאחרי הגירושין". והרי זהו ממש ניסוחו של סעיף 3 דידן:

71 ע"א 9/65 אלגים נ' אלגים, פ"ד יט(2) 257, 259-260 (1965), מפי השופט ח' כהן (ההדגשה הוספה – ב' ל'). בהמשך הדברים מוסיף השופט וקובע, שהתביעה ל"מזונות זמניים" עד למתן הגט יכולה לגור בכפיפה אחת עם התביעה לגירושין. אכן, כאן הכוונה אינה ל"מזונות זמניים" השגורים, שמשמעותם היא פסיקתם על דרך של אמן המידי עד לדיון שלם שבו יובאו ראיות כרבעי, שאז הם ייהפכו ל"סופיים", אלא למזונות שייפסקו עד למועד הגירושין, ובמובן זה הם "זמניים". כאמור בהערה הקודמת, הבחנה זו אין לה קיום. הלכת אלגים לגופה קבעה, שאם בחרה האישה לתבוע את גירושה בבית-דין רבני, הרי שהסדר הטוב והנימוסים הטובים מחייבים שגם מזונותיה "הזמניים" יקבעו בידי בית הדין הרבני גם אם לא נכרכו בפועל בידי האישה. מהלכה ותיקה ונוהגת זו סטה בית המשפט בע"א 4864/90 שיר נ' שיר, תק-על(3) 91 (1991), ובד"נ 5162/91 שיר נ' שיר (לא פורסם). פסקי-דין אלה ניתנו בידי הנשיא שמגר, וגם הם נמסרו לי על ידי עו"ד ד' פרימר, שייצג את המערער באותה פרשה. בערעור נקבע, בלי להזכיר את הלכת אלגים כלל, שתביעת גירושין שהוגשה בידי האישה לבית הדין הרבני אינה יכולה לעכב את הדיון במזונותיה שתבעה בבית המשפט המחוזי. אין מקום כאן לדון בטעמו של בית המשפט לקביעה זו. החלטתו הקצרה של הנשיא שמגר, בדחותו את הבקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין שבערעור, מעניינת מאוד, ואלה דבריו: "המדיניות השיפוטית אשר באה לידי ביטוי בע"א 9/65 אלגים נ' אלגים... אכן לא אומצה בפסק הדין נשוא עתירה זו לדיון נוסף. אולם, אין המדובר על כלל משפטי-הילכתי נוקשה אלא על עניין אשר גם לפי האמור בע"א 9/65 נובע משיקול דעת, ובכגון דא אין מקיימים דיון נוסף; עיקרו של דבר, לטעמי הדרך שאומצה בפסק-הדין נשוא עתירה זו, רצויה יותר בדרך כלל בנסיבות דומות, ועל כן אין לשנותה. הבקשה נדחת." בע"א 422/67 ניסימוב נ' ניסימוב, פ"ד כא(2) 755 (1967), ציין השופט ח' כהן, שהשופט י' שילה, אשר דן בערכאה הראשונה, ביקש לשנות את הפסיקה שקבעה שמזונות אינם דבר הכרוך מטיבו ומטבעו בגירושין, אלא שייחשבו ככרוכים מכללא. השופט כהן לא שוכנע לעשות כן.

"לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג". אך בעוד שהשופט זילברג סבר שהכוונה ל"מזונות שהאשה תובעת לעצמה עד למתן הגט, או לילדי הזוג לאחר מתן הגט",⁷² הרי שלדעת השופט אסף, יש להקיש את שתי התביעות זו לזו ולומר: מה זו – התביעה למזונות הילדים – לאחר הגירושין, אף זו – התביעה למזונות האישה – לאחר הגירושין. כאמור, אלה הם ממש ה"מיינטנס", כמוסבר לעיל. הסתירה סולקה אפוא, והדברים מרווחים.⁷³ בכך יש תמיכה בטענה שהועלתה בראשית הדברים, שהסדרים כספיים מוסכמים שניהגו לאחר הגירושין אף הם נחשבים כ"ענייני נישואין וגירושין", ואין ההסדרים הבאים לאחר גירושין שונים מאלה הבאים לאחר מיתת הבעל; הכול מכוון להסדרים הבאים לאחר "פקיעת הנישואין", כלשונו של חוק יחסי ממון בין בני זוג.

להשלמת הדיון בסעיף 3 יש להוסיף גם דיון בנקודה נוספת. פשוטו של סעיף עוסק בעניינים "הכרוכים בתביעת הגירושין", כלומר, במה שנתרבה בסעיף זה, כנזכר לעיל. עם הגשת התביעה לגירושין הופכים העניינים הכרוכים בה להיות בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. פשיטא, שבית הדין לא ידון אלא במה שיביאו הצדדים לפניו. אלא שאם יחליט מי מהם להעלות עניין "כרוך" כזה לדיון, אל בית הדין יביא אותו – ולא יוכל להביאו אל ערכאה אחרת. סמכותה של ערכאה זו לדון בעניין ניטלה ממנה עם הגשת התביעה לגירושין לבית הדין הרבני. כאמור, זהו פשוטו של סעיף.⁷⁴ דא עקא, שבית המשפט העליון הוסיף על סמכותו של בית הדין שניתנה לו על-פי החוק בעניינים הכרוכים מעצמם בתביעת הגירושין גם עניינים שנכרכו בפועל בתביעת הגירושין. וכדבריו הידועים של השופט זילברג:

"ענין הכרוך בתביעת הגירושין". נראה לי, כי המקסימום שאפשר להכניס לגדרו של מונח זה הוא (1) עניין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין; (2) כל עניין אחר, ולא דווקא עניין של המעמד האישי, כגון פינוי דירה משותפת אשר בפועל ממש "נכרך" על ידי בן הזוג בתביעת הגירושין הקונקרטית שהוגשה על ידו (או על ידי יריבו) לבית הדין הרבני, ואשר הכרעתו דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה.⁷⁵

בית המשפט התכוון לטובה כדי שבני הזוג, ה"עומדים בפני בית הדין הרבני ומתדיינים בעניין הגירושין, יוכלו להסדיר בבת אחת כל ענייניהם במשרד הרבנות, ולא יצטרכו

72 לעיל ה"ש 68.

73 וזאת, להבדיל מס' 5 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, הקובע במפורש: "תבעה אשה מיבמה בבית דין רבני מתן חליצה, יהא לבית הדין שיפוט ייחודי בענין התביעה לרבות מזונות לאשה עד יום מתן החליצה".

74 ראו יצחק כהן "שיפוט רבני ושיפוט חילוני" דיני ישראל ז' רה (התשל"ו), האומר שבעת שקרא לראשונה את ס' 3 לחוק השיפוט הוא לא עורר בעיניו כל קושי.

75 עניין גולדמן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1091.

לפנות לפני מתן הגט או לאחרה, לערכאות אחרות... 'הרחבת שיפוטו של בית הדין הרבני באה למנוע פיצול הדיון בעניינים השונים העולים מהפקעת הנישואין'.⁷⁶ אלא שהוספתה של סמכות מכוח כריכה מפרשת, שאינה נזכרת בחוק,⁷⁷ יחד עם רצונו של בית המשפט לצמצם סמכות זו, גרמו לכך שגם –

עניינים שניתן היה לצפות כי לכרוכים מאליהם יחשבו, נדרשו לכריכה מפורשת: כך לגבי מזונות האישה וכך לגבי הרכוש המשותף ואף ביחס לדירת המגורים.⁷⁸

הכלל הפשוט צריך להיות: מה שכרוך בתביעת הגירושין, לפי העניין של כל מקרה ומקרה, הריהו מצוי בסמכותו של בית הדין הרבני ממילא עם הגשתה של התביעה לגירושין, ובלי צורך בכריכה מיוחדת ומפורשת; גם אם העניין כבר נדון בערכאה אחרת, שבאופן רגיל היא בעלת הסמכות לדון בה, סמכותה לדון בעניין זה נשללת ממנה ועוברת לבית הדין כדי לאפשר "חיסול יעיל" של כל המחלוקות שבין בני הזוג. אילו זכה בית הדין הרבני – כך היו צריכים לדון. וכדבריו של השופט ברנזון:

השאלה הניצבת בפנינו היא שאלה של סמכות בלבד, וברור לנו שאין להכריע בה על-פי התוצאות האפשריות של הדיון בתביעה בבית-הדין הרבני, כי אם על-פי החוק המעניק את הסמכות. החוק הנוגע לענייננו הוא סעיף 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים.⁷⁹

וכך היה נפסק באחת מירוץ הסמכויות הידוע לשמצה, ו"הכרוך" לא היה נכרך עוד על עקבינו. גם שאלת הכנות על שלוחותיה הייתה יכולה להצטמצם מאוד, וספק אם הייתה עולה כלל על הפרק. דברים שכתב השופט זמורה בערעור בפרשת **רוזנבאום** הנזכרת⁸⁰

76 דברי השופט ח' כהן בעניין **אלג'ם**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 260-261, המצטט את השופט זילברג בעניין **וינטר**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1466, ואת דברי השופט זוסמן בעניין **וינטרוק**, לעיל ה"ש 69. זהו גם הרציונל שביסוד כינונו של בית המשפט לענייני משפחה.

77 ראו דברי השופט י' כהן בע"א 184/75 **דויטש נ' דויטש**, פ"ד כט(2) 525 (1975), על כך שלשונו של החוק מדברת על דבר "הכרוך" ולא על דבר שהצדדים כרכו אותו. ראו אשר מעוז "כרוך" זה הכרוך על עקבנו – על הכריכה בתביעת הגירושין "עיוני משפט" יד 101, 115 בה"ש 66 (1989), שהביא גם את דברי הרב ש' דיכובסקי, שציין גם הוא עובדה זו שבחוק כתוב "כרוך", כלומר הדבר כרוך מעצמו, מטיבו ומטבעו, ולא "נכרך" בידי התובע.

78 מעוז, שם, בעמ' 115.

79 בג"ץ 3/73 **כהנוף נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב**, פ"ד כט(1) 449, 452 (1974). אמנם, וכפי שהעיר השופט קיסטר בפסק דינו שבאותה פרשה, אין השופט ברנזון חף מן הניסיון לצמצם את סמכותו של בית הדין הרבני, וראו גם את פסק דינו בבג"ץ 29/71 **קידר נ' בית הדין הרבני האזורי תל-אביב יפו**, פ"ד כו(1) 608 (1972).

80 עניין **רוזנבאום**, לעיל ה"ש 46.

יפים לענייננו. לאחר שהוא סוקר את חלוקת הסמכויות בין בתי הדין הרבניים לבין בתי המשפט האזרחיים, כפי שהייתה בזמנו (אך חלוקה זו מסובכת היטב גם היום),⁸¹ כתב:

אני מרשה לעצמי לומר, שתוצאה זו אין פירושה מערכת סמכויות נבונה וסדירה כי אם גן תענועים, וחזקה על מחוקק שבזה לא רצה.

ייתכן שהשימוש במונח "גן תענועים" במקום "מבוך", שהייתה מילה ידועה עוד הרבה קודם לזמנו של הנשיא זמורה, מבקש להשמיענו גם את הצליל המקראי של "והייתי בעיניו כמתעתע". רצוי גם לזכור ולהזכיר, שאמרתו המפורסמת והמצוטטת כל כך של הנשיא זמורה – "אמת ויציב, אמת עדיף" – בפרשת **רוזנבוים** נאמרה.

סיכום ראוי של הגישה מצוי בפסק דין אחד של בית המשפט העליון (מפי השופט כך):

לדעתי ההיגיון מחייב, כי בית הדין הבא להחליט בעניין מתן צו לגירושין, והסבור, כי לא יהא זה מין הצדק לתת צו כזה בלא שיובטחו כדבריו, צורכיהם החומריים של הצדדים או מי מהם, לא יהא מנוע מלצרף לצו הגירושין גם הוראות ותנאים ממוניים, הנראים לו חיוניים להבטחת מטרות אלה, וכי הוראות ותנאים כאלה הם ל"ענין גירושין" ייחשבו?⁸²

ובפרשה דומה סבר אותו השופט:

באשר הוכח בפני בית הדין, כי הרכוש בו מדובר נרכש בתקופת הנישואין, בפרי עבודתם המשותפת של בני הזוג, האם אין זה טבעי, ואף חיוני, ששופטי בית הדין יוכלו לקבוע, בתנאי לאישור הגירושין, שעתידה הכלכלי של האשה יובטח בצורה הוגנת, באמצעות חלוקה סבירה של המקרקעין שנרכשו בעת החיים המשותפים?

81 ראו, לדוגמה, את הסיכום בספרו של השופט יואל זוסמן **סדר הדין האזרחי** 12 ואילך (מהדורה שביעית, 1995).

82 בג"ץ 642/82 **ספדי נ' בית הדין הרחי הרווי לערעורים**, פ"ד לז(3) 381 (1983). ראו גם דברי השופט זילברג, לעיל ה"ש 6, בעמ' 371-372: "רצה המחוקק לומר בזה, כי כאשר הוגשה תביעת גירושין, תהא לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בכל **ענין** הכרוך בתביעה זו, ואפילו אם אותו 'ענין' אינו כלל מעניני המעמד האישי... והיכי תמצי טפל שאינו מעניני המעמד האישי? – חיוב פינני, מצד הבעל או מצד האשה, של הדירה המשותפת." (ההדגשות במקור).

האם הבטחת מקום מגורים נאות לשני בני הזוג ומניעת קיפוח כלכלי של אף אחד מהם אינן חלק אינטגרלי של אישור הגירושין עצמו?⁸³

לאחר מכן בדק בית המשפט ומצא שזהו הדין גם לפי סעיף 3 לחוק השיפוט הרבני, "ובלבד שהענין הנוסף נכרך בפועל על די אחד המתדיינים בתביעת הגירושין, ושהקשר בין התביעה העיקרית והתביעה הטפלה איננו רופף ומלאכותי מדי".⁸⁴ אכן, לדעתנו, אין צורך בכריכה בפועל כדי להעניק סמכות לעניינים כאלה, אלא שאם עניינים מסוג זה עולים, אין הם יכולים לעלות אלא בבית הדין הדתי, שלו נתונה הסמכות הייחודית מעת שהוגשה אליו תביעה לגירושין.

והנה, בפרשה מאוחרת יותר, שינה בית המשפט העליון פסיקה זו וצמצם את סמכותו של בית הדין הדרוזי על-ידי השוואתה לסמכותו המצומצמת של בית הדין הרבני לפי הפרשנות ההולכת ומצמצמת את הסמכות הזו.⁸⁵ התפישה הפשוטה והטבעית נסוגה מפני הפרשנות המאולצת שניתנה לחוק השיפוט הרבני. הואיל ובית המשפט חש שהגיון הדברים מחייב שינוי לכאן או לכאן, הוא בחר לקצץ גם בסמכויותיו של בית הדין הדרוזי.

נשוב לפירושם של סעיפי חוק השיפוט ואל סעיף 4 שבו, הדין בתביעת מזונות שהגישה אישה שלא אגב גירושין נגד אישה היהודי או נגד עזבונו. תביעה זו נעשית "שלא אגב גירושין", כלומר, שלא לפי הנסיבות של סעיף 3 לאותו חוק. אבל נראה שאפשר לפרש שסוג התביעה דומה: תביעה למזונות לתקופה שאחר הגירושין. נראה שהסעיף אינו מדבר בתביעת אישה למזונות מבעלה ובתביעת אלמנה למזונות מעזבון בעלה שמת בעת שהיו נשואים זה לזו, אלא במי שהתגרשה מבעלה וזכתה במזונות ממנו גם לתקופה שלאחר גירושיה. תביעה למימוש זכותה זו, המוגשת לאחר הגירושין, נקראת כאן "שלא אגב גירושין", בניגוד לזו הנזכרת בסעיף 3. תביעה זו יכולה להיות מוגשת נגד האיש, אם הוא בחיים, או נגד עזבונו, אם מת לאחר הגירושין.⁸⁶ תביעה רגילה של אלמנה נגד עזבון בעלה אינה עניין לכאן, שכן הואיל והיא "עניין של גירושין" ממילא היא מסורה לסמכותו של בית הדין הרבני.

אין מקום לטעון שפירוש זה הוא קשה הואיל והוא עוסק במקרה חריג. יש לזכור שאין הוא קשה יותר מן הפירוש שהציע השופט זילברג גם לפי השיטה הנהגת. כל הפוסל – יפסול במומו. מה עוד שזוהי, כאמור, הצעה פשוטה יותר.

83 עניין פ'חראדין לעיל, ה"ש 6, בעמ' 66; בג"ץ 6193/98 קרור (חלבי) נ' נעים, פ"ד נג(2) 625 (1998), שם נפסק שהחזקת ילדים כרוכה מטבעה בתביעת הגירושין גם לעניין חוק השיפוט הדרוזי. ראו גם עניין וינטר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 1469; ע"א 488/89 נופרבר נ' נופרבר, פ"ד מד(4) 293 (1990).

84 שם, והאסמכתאות שצוטטו בפסק הדין.

85 עניין בדר מערי נבאל, לעיל ה"ש 6. וראו הדין שם.

86 נזכור שבהצעת החוק, תביעה נגד העיזבון לא הוזכרה כלל. וראו לעיל, בסמוך לה"ש 59.

ג. נישואין אזרחיים

באחד מפסקי הדין האחרונים שלו עסק הנשיא (בדימוס) ברק במעמד של נישואין אזרחיים שנערכו בקפריסין בין גבר לאישה יהודים, שהם אזרחי מדינת ישראל ותושביה.⁸⁷ לפני בית המשפט העליון הייתה עמדת בית הדין הרבני הגדול, שלפיה מכירה ההלכה היהודית בכך שהצדדים נשואים זה לזה ב"נישואין של בני נוח". בני זוג כאלה מתגרשים לפי הקבוע בסעיף 1 לחוק השיפוט. "ענייני גירושין" של יהודים כולל גם גירושין שלא בדרך של "גט"⁸⁸. והרסיף בית המשפט ואמר:

בני זוג אלה אינם נשואים אמנם כדת משה וישראל ואין הם זקוקים לגט. עם זאת, הם נשואים לפי הלכות בני נוח, אשר הינן חלק מן המשפט העברי, והם זקוקים לפסק-דין של גירושין. גט וגירושין אינם היינו הך. מטעם זה אין גם מקום לטענה, כי הפנייה לבית הדין הרבני בתביעת גירושין המתבססת על היות הנישואין האזרחיים בטלים ומבוטלים לפי המשפט העברי הינה "על פניה נטולת תום לב וכנות".⁸⁹

לעומת זאת, בית המשפט לא היה מוכן להכיר בסמכותו של בית הדין הרבני לדון גם בענייני הממון הכרוכים בגירושין. הטעם שניתן לכך הוא שהואיל ובית הדין הרבני קבע שנישואי בני נוח אלה אינם יוצרים חיוב של מזונות הרי –

במצב דברים זה, כריכה של ענייני הממון לתביעת הגירושין אינה "כריכה כנה"; היא כריכה שכל מטרתה אינה אלא שלילת הזכות לחיוב ממוני. בן זוג יהודי שבחר להינשא בטקס אזרחי מחוץ לישראל ופונה לבית דין רבני שאינו מכיר בגילויים של סטטוס הנישואין במישור החיובים בין בני הזוג, אינו פועל "בכנות" אם הוא מבקש להביא גם את ענייני הממון והרכוש בפני בית הדין הרבני. במצב דברים זה, בכריכת ענייני הרכוש טבוע שימוש לרעה בכלי המשפטי של "כריכה".⁹⁰

לכאורה, יש כאן הנחת המבוקש: אם לבית הדין הרבני מוקנית סמכות הרי שאין לאישה זכות ממונית, ולכן אין לומר שתכליתה של הפנייה לבית הדין "אינה אלא שלילת הזכות לחיוב ממוני". באותה מידה ניתן היה לומר שפניית האישה לבית המשפט האזרחי עושה שימוש לרעה בכלי המשפטי של פנייה לבית המשפט, שעה שכל תכליתה היא לחייב את הבעל בחובת ממון שאין הוא חייב בה. מי שבחרה להינשא בחו"ל בנישואין

87 בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, תק-על 06(4) 1748 (2006).

88 שם, בפס' 29 לפסק-הדין.

89 שם.

90 שם, פס' 31.

אזרחיים יכולה לדעת שבית הדין הרבני אינו מכיר בחיובים אישיים שבין בני הזוג, כפי שידועים בציבור היו יכולים לדעת זאת עד שבית המשפט אמר אחרת. אכן, לפי האמור לעיל, אין צורך כלל בכריכה, כנה ושאינה כנה, בענייני מזונות משום שהם בגדר "ענייני גירושין". לכן, עניינם הוא בסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני לפי סעיף 1 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, כאמור לעיל. בין כך ובין כך, אין לומר על מי שמבקש מערכאה שיפוטית בישראל להחיל דין הנוהג בישראל שהוא נוהג שלא בתום לב. זאת ועוד: אפילו לשיטה הנוהגת בעניין הסמכות בענייני מזונות יש לומר, שהואיל ואדם חייב במזונות בן זוגו לפי הדין האישי החל עליו,⁹¹ והואיל ועל דעתו של בית המשפט התקבלה העמדה שנישואין אזרחיים כאלה נישואין הם לפי המשפט העברי, שהוא הדין האישי החל על בני הזוג, והואיל והדין האישי אינו מכיר בחובת המזונות במקרה זה, אין מקום לחייב את הבעל במזונות. כך נפסק בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו,⁹² כפי שנזכר בידי בית הדין הרבני הגדול בענייננו,⁹³ ובדין וכראוי נפסק כך.

נציין עוד, שהואיל ומעתה נחשבים אלה שנישאו בנישואין אזרחיים בחו"ל כ"בני זוג", שנישואיהם פוקעים במיתת בן הזוג או על-ידי פסק-דין של גירושין, יחולו עליהם הוראות חוק יחסי ממון בין בני זוג.

לפי עמדת הנשיא ברק, נשללה סמכותו של בית הדין הרבני בגלל תוצאותיה האפשריות של פסיקתו. ומיד הוטל התפקיד על בית המשפט האזרחי, ולא על המחוקק, לפתח את תחום דיני המשפחה האזרחיים. כמה השתנו הדברים מאז אמר השופט ברנזון כי "השאלה הניצבת בפנינו היא שאלה של סמכות בלבד, וברור לנו שאין להכריע בה על-פי התוצאות האפשריות של הדיון בתביעה בבית-הדין הרבני, כי אם על-פי החוק המעניק את הסמכות",⁹⁴ ועד לדברים הללו שלפיהם התוצאה היא הקובעת את הסמכות. לדברי הנשיא, בית המשפט האזרחי יוכל לעשות כן בעזרתם של דיני החוזים בכלל, ועקרון תום הלב בפרט. המזונות "האזרחיים" יבטיחו את רמת חייו של בן הזוג "החלש" ויאפשרו את שיקומו לאחר הגירושין.⁹⁵ כך יהיה מצבם של אלה שנישאו בחו"ל שונה, ויש שיאמרו – עדיף, ממצבם של אלה שנישאו בארץ כדת משה וישראל, שאז, לפי הדין הרגיל, אין הבעל חייב במזונות גרושתו, והאישה אינה חייבת במזונות בעלה לעולם.

91 ס' 1 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, ס"ח 72.

92 עניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בפס' 8.

93 שם.

94 עניין כהנוף, לעיל ה"ש 79.

95 עניין פלונית, לעיל ה"ש 87, בפס' 42.

אכן, כאשר נתחדש החידוש בבית הדין הרבני הגדול, ואלה שנישאו בנישואין אזרחיים נחשבים כ"בני זוג", מטלה זו מונחת מעתה גם לפתחם של בתי הדין הרבניים, ובהיעדרו של גוף הלכתי מחוקק, הם אלה החייבים לפתח דיני משפחה שיחולו על אלה שמסורים לשיפוטם ושהדין האישי הרגיל אינו מעניק להם זכויות וחובות ממוניות. אכן, בתי הדין והלכה התיאורטית כבר החלו לתת את הדעת על כך עוד כאשר סברו שאין בנישואין האזרחיים ולא כלום מבחינת קשרי אישות. כבר הוצע שאף שלפי ההלכה אין חלים חיובי ממון "מכוח דין הנישואין" הדתי, יש ויש מקום להחילם מכוח מנהג המקום, כלומר – דין מקום הנישואין, שמשמעו הוא הסכם מכללא:

מנהגי המקום בו נישאו בני הזוג בנישואין אזרחיים כוללים מטבע הדברים הסכם מפורש או מכללא לפיו הבעל מקבל עליו לזונה, או ליתר דיוק על בני הזוג לפרנס זה את זה... במושג זה של הסכם למזונות מכירה ההלכה גם ללא קשר עם מעמד האישות.⁹⁶

וכך פסק הרב עוזיאל כי יש לחייב את הבעל במזונותיה מכח נימוקים אלה: אף הסוברים שאין חשש לקידושין והיא אינה צריכה אפילו גט, יודו שהגבר חייב לספק לאשה זו מזונות על סמך הסכם מכללא לעשות כן כשנישאו בנישואין אזרחיים; אם לפי דיני הערכאות חייב האיש לפרנסה, גם בית הדין הרבני יחייבו לעשות כן.⁹⁷

הנה כי כן, מי שיכרוך את עניין המזונות בתביעה לגירושין מנישואין אזרחיים שהוגשה בבית הדין הרבני, לא יוכל עוד להיחשב, לכל הדעות, כמי שפועל שלא בתום לב. וגם זאת יתחדש לבתי הדין, שאם דין הנישואין במקום עריכתם קובע מזונות לבעל מאשתו, וכן הוא קובע תשלום מזונות גם לאחר הגירושין, יש להכיר גם בחיובים אלה. לפי דברינו לעיל, לתביעה זו מוכן מקום מרווח בסעיפים 3 ו-4 לחוק השיפוט והן יוכלו להתברר כדבר שבשגרה, ולא כחריג, בנישואין שנערכו כדת משה וישראל.

96 יששכר מאיר מזוז "נישואין אזרחיים ותוצאותיהן" **שנתון המשפט העברי** ג-ד 233, 257 (התשל"ו-התשל"ז). וראו האסמכתאות שהובאו שם.

97 שם, בעמ' 261. תשובתו של הרב עוזיאל היא בשו"ת משפטי עוזיאל, חלק ד, סימן עז. וראו המשך הדיון של הרב מזוז בשאלת הצורך בהכרה בשינוי המעמד האישי כדי ליצור חיוב ממוני. הוא מסיק, שגם הסבורים שיש צורך כזה, וכי נישואין אזרחיים אינם יוצרים מעמד כזה, גם הם יודו בתוקפה של ההתחייבות הזאת למזונות. ראו גם זלמן נחמיה גולדברג "חיוב מזונות בנישואין אזרחיים" **תחומין** כד 188 (התשס"ד). כל שכן שכך הוא לשיטתו של בית הדין הרבני הגדול, ששינוי כזה במעמד האישי אמנם חל: "לכל הדעות יש כאן מציאות של בני זוג החיים ביחד כבעל ועשה, ובמנהגי אותה מדינה [הם] נקראים נשואים. תהיה הגדרת מעמדם מה שתהיה, יש לראותם כפי שרואה אותם המדינה ההיא... ועל כן יש להחיל עליהם את המנהגים הממוניים הקיימים על פי הדין של המדינה בה נישאו" (שם, בעמ' 262).

החוק נולד תחילה לפי ערכי מוסר, צרכים חברתיים ופשרות פוליטיות. מאז הוא חי גם חיים משלו ויש לו גם חוקיות פנימית להתפתחותו. לעתים, הפעלתה של חוקיות פנימית זו בידי בתי המשפט מובילה את החוק אל מחוזות שלא נחזו בלידתו. כך ראוי. ולעתים, זוהי הפעלה שאינה נכונה של חוקיות זו ואין היא אלא חוקיות נחזית. יכול להיות שאין היא אלא גילוי של התופעה שציין אותה השופט קרדוזה בממרה מפורסמת: "חצאי אמיתות של דור אחד נוטים... להמשיך את עצמם... בחוק כאמיתות שלימות של דור אחר, כאשר חזרה מתמדת מביאה לכך שסייגים, אשר בעבר נחשבו למובנים מאליהם... נשכחים".⁹⁸ כדי להימנע מטעויות כאלה יש לשוב ולהאיר את הראשונות. ולעתים, חוקיות-כביכול זו מגויסת בכוונה להצדקתם של ערכים, של צרכים ושל קווי מדיניות חדשים. לא תמיד ראוי שהדבר ייעשה בידי בתי המשפט. הדינים הצומחים מתהליך כזה עלולים להביאנו אל גן-תעתועים ולפקפוק בעצם הצדקתו של ההליך השיפוטי.⁹⁹

98 Allegheny Coll. v. National Chautauqua County Bank, 159 N.E. 173, 174 (N.Y. 1927).

99 ראו דבריו הנכוחים של איתן לבונטין "מגדל הפורח באוויר: הלכת פונק-שלוזינגר ודיני מרשם האוכלוסין" **משפט וממשל** יא 129, 133 (התשס"ח), "למאמץ שיפוטי כזה ראוי שיהיו גבולות. בית-משפט אינו גוף פוליטי או אידיאולוגי הנותן דרור לרצונותיו. מבתנו הראשון הוא מבחן הביקורת המשפטית. ומטרה שיפוטית כלשהי, ולו גם טובה ונחוצה, אינה יכולה לקדש את האמצעים המובילים אליה... תוצאה הנראית צודקת אינה יכולה להיות מעוגנת בהלכה שלפי אמות-מידה משפטיות היא שגויה ובלתי-משכנעת. אופי ההליך וטיב ההנמקה הם-הם מותר המשפט מן הפוליטיקה והאידיאולוגיה, ובהם – ולא בתוצאה המושגת – טמונה עיקר הלגיטימציה של הכרעה שיפוטית." וראו מאמר זה, לעיל, בעמ' 126.