



משפחה במשפט

כתב העת של המרכז לזכויות הילד והמשפחה
במרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט", הוד השרון

מערכת כתב העת

העורכים

פרופ' אביעד הכהן ד"ר בנימין שמואלי
פרופ' רונה שוז ד"ר איילת בלכר-פריגת

רכז המערכת

עו"ד עדן כהן

חברי המערכת

הלל אביחי, שרון איילון, גיא אקוקה, מירית בן דוד, ענבר חמדי,
טל מרגלית, צליל עוקבי, שקד קוממי, לי קליין

עריכה לשונית

עברית: יהודית ידלין
אנגלית: מרסי גולדשטיין

כרך ו-ז

התשע"ג-התשע"ד – 2013–2014

הוצאת המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט"

ת.ד. 261, הוד-השרון 4510201 • טל' 09-7750342 • פקס 09-7750375

www.mishpat.ac.il

כל הזכויות שמורות למרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט".
ניתן לצטט או להעתיק רשימות או חלקיהן בתנאי שיפורסם שם המחבר
ושם כתב העת.
הציטוט והאזכור ייערכו על פי כללי האזכור האחיד בכתביה המשפטית
(מהדורה שנייה, 2013).

כתב העת "משפחה במשפט" מכיל מאמרים מתחומי דעת (דיסציפלינות) שונים הנוגעים
לדיני המשפחה (דיני זוגיות, דיני הורים וילדים ומשפחות חדשות).
מתקבלים מאמרים העוסקים ביחסי משפחה ומדינה, ההשקה בין
דיני המשפחה לתחומי משפט אחרים (כגון דיני קניין, דיני עונשין, דיני נזיקין,
ומשפט בין-לאומי) ועוד.

רשימות ניתן להגיש למערכת כתב העת "משפחה במשפט" באמצעות דואר אלקטרוני:
journal@mishpat.ac.il
לרשימות יש לצרף את שם המחבר, תוארו וכותרת הרשימה בעברית ובאנגלית,
וכן תקציר בן כחצי עמוד ותוכן עניינים.

הפקה וסדר: ענת זקון

הוצאה לאור:
נבו הוצאה לאור בע"מ
טל' 02-9992099





משפחה במשפט

התשע"ג-התשע"ד – 2013–2014

כרך ו-ז

תוכן העניינים

בית הדין הרבני, בתי המשפט האזרחיים ופסיקותיו של הרב דיכובסקי – דבר העורכים.....1	שקד קוממי, עדן כהן, בנימין שמואלי, רונה שוז, איילת בלכר-פריגת
9.....	"להציל עשוק מיד עושקו": לדמותו של דיין בישראל – על פועלו ההלכתי והשיפוטי של הרב שלמה דיכובסקי.....9 אביעד הכהן
85.....	אלימות נגד נשים כעילה לגירושין.....85 אליאב שוחטמן
167.....	זכויות הילד מול זכות הבעל להתנות תנאים בגט.....167 שרה מרקוביץ'
217.....	"ותנהג את בנותי כשבויות חרב?!" – על פסיקת בתי הדין הרבניים בטענת "מאיס עלי" באמתלא מבוררת.....217 יהודה יאיר בן מנחם
263.....	תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בישראל לאור עקרונות המשפט העברי: מחילוקי דעות בין בית המשפט לבית הדין לפשרה המשכינה שלום.....263 יחיאל קפלן

381	עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה נמשכת ? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל יצחק כהן
431	"אם תרצו – אין זו עגונה": תפקידם של בתי המשפט, הכנסת והיועץ המשפטי לממשלה אביעד הכהן
505	הסדרת יחסי אישות בין בני זוג בהסכמה בהלכה היהודית יחזקאל מרגלית
543	רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה ? על שאלת ההכרה ההלכתית בנישואין אזרחיים ומשמעותה בעקבות פרשת 'בני נח' אבישלום וסטרייך
579	אכן, רטוריקה בלבד : תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך עמיחי רדזינר
605	על הדין והדיין : תשובה לעמיחי רדזינר אבישלום וסטרייך
615	על משולש היחסים : בג"ץ, היועץ המשפטי לממשלה ובתי הדין הרבניים איל ינון
637	'אחרי רבים להטות' – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים רפאל יעקובי

בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי שערי מדע ומשפט • הוד השרון

נשיא המרכז האקדמי: פרופ' בנימין שרדני דיקן המרכז האקדמי: פרופ' אביעד הכהן
מנכ"ל המרכז האקדמי: יהודה (הודי) ליברמן

הסגל האקדמי

מרצי פנים	השופט רפאל יעקובי	עו"ד יעקב יניב
פרופ' אביעד הכהן – דיקן	השופטת ד"ר עדנה קפלן-הגלר	עו"ד רונן יצחק
ד"ר לימור עציוני – סגנית דיקן	השופט יאיר תירוש	עו"ד הדס ישראל-שכטר
פרופ' שמשון אטינגר	ד"ר רוסו דותן	עו"ד נגה לוי
פרופ' חמי בן נון	ד"ר אסף הראל	עו"ד עמית לוי
פרופ' ישראל גלעד	ד"ר לאה ויזל	עו"ד אברהם ללום
פרופ' מיכל טמיר	ד"ר מושיק לביא	עו"ד יהושע למברגר
פרופ' פמלה לאופר-יוקוליס	ד"ר עו"ד רו"ח שלמה נס	עו"ד צרויה מידר-לוזון
פרופ' יעל רונן	עו"ד איריס אגסי מימון	עו"ד אופיר סטרשנוב
פרופ' רונה שוז	עו"ד שי אהרונוביץ	עו"ד מיכה פטמן
ד"ר תהילה אלון	עו"ד לילך אילון אפל	עו"ד מיה פילוס
ד"ר ויקטור בוגנים	עו"ד ציון אמיר	עו"ד שלמה ציפורי
ד"ר איילת בלכר-פריגת	עו"ד אלישי בן יצחק	עו"ד אורי קורב
ד"ר מיכאל בריס	עו"ד מיכל בן יצחק	עו"ד צבי קניגסבוך
ד"ר עמוס הרמן	עו"ד שרון בן צבי-אברהם	עו"ד יובל קפלינסקי
ד"ר חגי ויניצקי	עו"ד הילה ברקל	עו"ד שלמה רבינוביץ
ד"ר דפנה לביא	עו"ד זמירה גולדנר	עו"ד ניר רהט
ד"ר הילי מודריק אבן חן	עו"ד ניר גנאינסקי	עו"ד ענבל רובינשטיין
ד"ר חיים שיין	עו"ד גלאובך ליאורה	עו"ד מיה רוזנפלד
	עו"ד רו"ח טארק דיביני	עו"ד ריקי שחר פורת
	עו"ד שרון דרורי	עו"ד נורית שני אברבנאל
	עו"ד עודד הכהן	עו"ד אהרון שפרבר
	עו"ד אדי ווסר	עו"ד שלומי תורג'מן
	עו"ד אורי זעירא	
	עו"ד עדי חן	

מרצי חוץ

פרופ' ניסים ארניה
השופט נתנאל בנישו
השופט מנחם הכהן

על המרכז לזכויות הילד והמשפחה

בשלהי שנת 2004 הקים המרכז האקדמי "שערי משפט" את המרכז לזכויות הילד והמשפחה כמרכז אקדמי ייחודי למחקר ומידע בנושא זכויות הילד והמשפחה. המרכז מהווה מרכז מחקר, מידע, כנסים וימי עיון, ובית יוצר לרעיונות חדשים ולדיון בדילמות שעל סדר היום בסוגיות שונות, משפטיות וחברתיות, הקשורות ביחסי הגומלין שבין זכויות ילדים, הורים ומשפחה. המרכז שואף לקדם דיון ציבורי, משפטי וחברתי בסוגיות הנוגעות לזכויות הילד ולענייני משפחה. לשם כך, עורך המרכז כנסים וימי עיון ומקדם מחקר, הצעות חוק, ופרסומים אקדמיים בנושאים קשורים. פעילויות המרכז מיועדות לא רק למשפטנים, אלא גם לאנשי דיסציפלינות אחרות השמים במרכז מחקרם או פעילותם ילדים ומשפחותיהם. מנהלות המרכז הינן פרופ' רונה שוז וד"ר איילת בלכר-פריגת, מרצות במרכז האקדמי שערי משפט. המרכז מהווה נדבך נוסף בשרשרת פעילויות שהמרכז האקדמי מקדמת במישורים שונים. כתובת האינטרנט של המרכז : www.mishpat.ac.il (דרך לשונית "מחקר").

חוקת המרכז לזכויות הילד והמשפחה

1. הילד הוא אדם, ועליו לזכות בזכויות אדם בזכות ולא בחסד, הכול בהתאם להתפתחותו וברוח אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, שמדינת ישראל חתמה עליה ואשררה אותה.
2. יש להקפיד על מתן כבוד לילד ועל שיתופו לפי גילו ולפי כשריו המתפתחים, בכל עניין חברתי, ציבורי ומשפחתי הנוגע לו. הדבר מתבטא הן בזכות השימוע והטיעון ובמתן משקל ראוי לדעותיו של הילד בהליכים משפטיים הנוגעים לסכסוכים במשפחה, והן בהתייחסות החברתית הנאותה לצרכיו, כולל התאמת שירותים ומתקנים לצורכי הילד, ברוח דוח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה (ועדת כבוד השופטת סביונה רוטלוי).
3. זכויות הילד וטובתו צריכות להיות השיקול הראשון במעלה בכל סוגיה חברתית, ציבורית ומשפטית הקשורה לילד ולמשפחתו. עם זאת, יש לבחון את זכויות הילד גם לאור השתייכותו המשפחתית, התרבותית והקהילתית. זכויות הילד נמצאות במרכז. אולם, יש להביא בחשבון גם את זכויות ההורים, זכויות חברים אחרים בתא

המשפחתי וגם את זכויות המשפחה, שהיא היחידה המרכזית, הבסיסית והחשובה ביותר בחברה, כגוף נפרד ועצמאי.

4. יש לשאוף להכריע בסכסוכים בין ילדים לבין הורים במישורים השונים בדרכים אלטרנטיביות, כגון טיפול או גישור, מתוך הנחה, כי דרכים אלה ייטיבו יותר עם הילד והמשפחה. כמו כן יש לשאוף להעביר התדיינויות פליליות בעבירות במסגרת המשפחה לבית המשפט לענייני משפחה.

יבואו על התודה והברכה:

פרופ' אביעד הכהן, דיקן בית הספר למשפטים במרכז האקדמי, פרופ' בנימין שרדני, נשיא המרכז האקדמי ויהודה (הודי) ליברמן, מנכ"ל המרכז האקדמי, על שותפות אמיצה לרעיונות וסיוע פעיל בהגשמתם ועל תמיכה בהוצאתו לאור של כתב העת.

עו"ד עדן כהן, רכז המערכת, על עבודה מאומצת ומועילה.

חברי מערכת כתב העת: הלל אביחי, שרון איילון, גיא אקוקה, מירית בן דוד, ענבר חמדי, טל מרגלית, צליל עוקבי, שקד קוממי ולי קליין.

ואחרונים חביבים – הכותבים, שלולא פרי עטם כרך זה לא היה יוצא לאור.

העורכים

בית הדין הרבני, בתי המשפט האזרחיים ופסיקותיו של הרב דיכובסקי – דבר העורכים

מאת

שקד קוממי*, עדן כהן**, בנימין שמואלי***,
רונה שוז,**** איילת בלכר-פריגת*****

כרך זה מוקדש לפועלו השיפוטי של אב"ד הרבני הגדול לערעורים – הדיין הרב שלמה דיכובסקי – לרגל פרישתו מכס השיפוט לאחר שלושים ושלוש שנות דיינות. הרב דיכובסקי, המזוהה עם הגישה הליברלית מבין דייני בתי הדין הרבניים, נחשב לפורץ דרך אשר אפשר בין היתר מציאת פתרון לסוגיות הגיור והעגונות הסבוכות, ופסיקותיו בבית הדין הרבני הפכו לשם דבר גם בבתי המשפט האזרחיים. בשנת 1974 נבחר הרב דיכובסקי למשרת דיינות, אז החל לשמש דיין ואב בית הדין בבתי הדין האזוריים בתל-אביב ובאשדוד. בהמשך מונה לדיין בבית הדין הרבני הגדול והחל להקל את סבלן של העגונות ומסורבות הגט. במהלך כהונתו בבית הדין הגדול בלט קולו הכמעט ייחודי והצלול של הרב דיכובסקי בזכות מציאת פתרון הלכתי לסוגיות העגונות ומסורבות הגט ובהתייחסות עדינה למתח המורכב שבין מערכות המשפט השונות.¹ מאמריו הרבים ומאות פסקי הדין שיצאו מתחת ידו הפכו להלכות המנחות הן את בתי הדין הרבניים והן את בתי המשפט, בישיבתם לדין. לאחר פרישתו לגמלאות בינואר 2009 קרא הרב דיכובסקי במכתב גלוי לדייני בתי הדין הרבני שלא לחשוש מלפסוק לקולה ולנקוט ניסוח לא מתלהם כלפי בג"ץ ויתר

* חבר מערכת, סטודנט שנה ג, המרכז האקדמי "שערי משפט".

** עורך דין, רכז מערכת כתב העת משפחה במשפט.

*** ד"ר, מרצה בכיר, יוזם ומייסד כתב העת משפחה במשפט ועורכו המשותף.

**** פרופ', עורכת משותפת של כתב העת משפחה במשפט.

***** ד"ר, מרצה בכירה, עורכת משותפת של כתב העת משפחה במשפט.

1 ראו למשל תיק (גדול) 022106561-21-1 הדין והדיין 1, 7 (9.9.1999); תיק (אזורי י-ם) 054855317-64-2 (גדול) 1-21-064815061 (לא פורסם, 21.2.2002); ערעור (גדול) 054855317-64-2 (לא פורסם, 24.6.2001); תיק (אזורי י-ם) 028130870-25-1 (לא פורסם, 20.12.1999).

הערכאות האזרחיות.² כן קרא הרב דיכובסקי לבתי הדין הרבניים האזוריים לכבד את החלטות בית הדין הרבני הגדול חרף היעדרו של תקדים מחייב במשפט העברי.³ בחודש מרץ 2009 קיימה מכללת שערי משפט כינוס מיוחד ורב-משתתפים לרגל פרישתו של הרב דיכובסקי מכס השיפוט.⁴ בכינוס גילה נשיא בית המשפט העליון לשעבר פרופ' אהרן ברק כי כבר בשנת 1994 הציע לרב דיכובסקי להתמנות לשופט בבית המשפט העליון, וזאת מתוך הערכתו הגדולה אליו כמשפטאי מובהק. אולם לאחר שנועץ ברבותיו, בחר הרב דיכובסקי להמשיך לשמש דיין.

בשנת 2010, כשנה לאחר פרישתו מכס הדיינות, מונה הרב דיכובסקי למנהל זמני של בתי-הדין הרבניים. המינוי נמצא מבורך בעיני רבים, שסברו כי הרב יידע היטב לנווט את ספינת בית הדין הרבני גם מכיוון זה. בשנת 2011 הפך מינוי זה למינוי של קבע. באוגוסט 2014 פרש הרב דיכובסקי מתפקידו כמנהל בתי הדין הרבניים, לאחר ארבע שנות כהונה.⁵

כך כפול זה, המוקדש לכבוד הרב דיכובסקי, כולל תריסר מאמרים אשר חלקם נוגע במישרין לשיטתו של הרב דיכובסקי או לפסיקותיו וחלקם קשור לכך בעקיפין, אך רובם ככולם קשורים קשר הדוק לדרכו הרוחנית-ההלכתית, שבאה לידי ביטוי בהנהגתו על כס הדיינות. הרב דיכובסקי גילה בפסיקותיו אומץ הלכתי, פתיחות מחשבתית וקריאת המציאות המשתנה תדיר – תכונות הכה נצרכות לדיין. רגישותו הרבה לסבלם של הנתונים במצוקה, למסורבות גט, לטובתם של ילדים בהליך המשפטי העלול לפגוע בהם – כל אלה קיבלו ביטויים בפסיקותיו הרבות ובדיונים המגוונים אשר עמדו לפניו. את המאמרים בכרך ניתן לחלק לשלושה חלקים מרכזיים המאפיינים שלושה נושאים מרכזיים שעמם מתמודד הדיין בשבתו בבית הדין, ומאמר נוסף המעניק זווית ראייה פנימית יותר להליך הפסיקה.

החלק הראשון עוסק ביחסם של בתי הדין הרבניים לבעיות הצצות בתא המשפחתי, הן בין בני הזוג המתדיינים עצמם והן בינם לבין הסובבים אותם. החלטות הוותיק גורל הן מנת חלקו של בית הדין הרבני, העוסק תדיר בסוגיות שבינו לבניה, ועול כבד מונח על כתפי הדיינים הדנים כבדיני נפשות ממש.

2 נועם שרביט "תפסקו לקולא ואל תתגורו בבג"ץ" גלובס 21.1.2009 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000418926.

3 שם. על היעדרו של תקדים מחייב במשפט העברי ראו זרח ורהפטיג "התקדים במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-105 (התשל"ט-התש"ס).

4 הכינוס לכבוד הרב דיכובסקי נערך ביזמתו של דיקן המרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט" פרופ' אביעד הכהן.

5 יאיר אטינגר "בעקבות ויכוח עם הרב הראשי, לבני מחזקת את שליטתה בבתי הדין הרבניים" הארץ 14.8.2014 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.2406854.

החובה הברורה והטבעית של בני זוג לנהוג כבוד זה בזה על מנת להנהיג שלום, אחווה ורעות ביניהם נדרשת לעתים לתמיכה ולסעד של גורמים חיצוניים שונים, ובהם משפחות בני הזוג, חבריהם הקרובים וכן אנשי המקצוע הסובבים את המשפחה. אך לעתים אחד הצדדים מפר חובה זו מסיבות שונות, ולכך לעתים השלכות קשות. אליאב שוחטמן⁶ סוקר את חובותיו של בית הדין הרבני ואת תפקידו לטפל נכונה במקרים כאלה אשר מצאו את דרכם אל שערי בית הדין. הוא דן במקורות הלכתיים רבים כדי לאפשר לדיינים לתת מענה מהיר וצודק לבן הזוג הנמצא במצוקה. המבט ההלכתי הרחב פותח ביחס שהמשפט העברי מחייב בן זוג לנהוג בבן זוגו מבחינות שונות וממשיך בדיון במקרים ספציפיים של חיים במחיצת בן זוג אלים ופתרונות הלכתיים שעל בית הדין לנקוט בטיפול בבעיות אלו.

עליית קרנן של זכויות נשים במישורים החברתיים השונים, ובהם גם בתוך המשפחה, מביאה את בתי הדין הרבניים להתמודד עם סוגיות חדשות ועם דרישת הכרה והתייחסות משפטית שווה בין שני בני הזוג גם בערכאה זו. נוסף על כך, ההכרה ההולכת ומתפתחת בארץ ובעולם בזכויות עצמאיות לילד מעניקה לילד מעמד בתוך המסגרת המשפטית. בסיטואציה של גירושין יש לכך לעתים חשיבות רבה במיוחד, והדבר מצריך את בית הדין להיענות לאתגר הניצב בפניו.

כך, לעתים עקרונות הלכתיים צריכים לעבור בחינה מחדש. מאמרה של שרה מרקוביץ⁷ מציע לבחון את העיקרון ההלכתי של זכות הבעל להתנות תנאי בגט כנגד פגיעה אפשרית, מהפעלת זכות זו, בזכויות הילדים תוך כדי המאבק בין הוריהם בעניין הגט. מרקוביץ נעזרת בפסיקות רבות שבהן מגלה הרב דיכובסקי את תמיכתו בגישה המקלה לעניין זה בקרב הפוסקים, המגבילה את זכותו של הבעל להתנות תנאי הגט, לצורך מציאת פתרון הוגן והולם שאינו פוגע בזכויותיהם של הילדים.

טענת ה"מאס עלי", המאפשרת לאישה בלבד לטעון כי מאסה באישה ועל כן רוצה היא גט, נדונה במאמרו של הדיין הרב יהודה יאיר בן מנחם.⁸ על מנת שהדיינים לא יבואו לכלל טעות בהחלטה קריטית זו אם לקבל את טענת ה"מאס עלי", סוקר המחבר מקרים רבים שבהם יכולים הדיינים להיקלע לטענת ה"מאס עלי" לצד הכרעות דין שניתנו בבתי הדין השונים, ומציע למעשה לבתי הדין כיצד לפעול באותם מקרים שונים.

6 אליאב שוחטמן "אלימות נגד נשים כעילה לגירושין" משפחה במשפט ו-1 85 (2013)–2014.

7 שרה מרקוביץ "זכות הבעל להתנות תנאים בגט מול זכויות הילד" משפחה במשפט ו-1 167 (2013)–2014.

8 יהודה יאיר בן מנחם "ותנהג את בנותי כשבויות חרב?!" – על פסיקת בתי הדין הרבניים בטענת 'מאס עלי' באמתלא מבוררת" משפחה במשפט ו-1 217 (2013)–2014.

החלק השני של המאמרים בכרך זה עוסק באינטראקציה שבין בתי הדין הרבניים ובין בתי המשפט לענייני משפחה. אין זה סוד כי בין שתי הערכאות שוררת מתיחות רבה עד כדי פגיעה בסמכויות הבלעדיות הניתנות למי מביניהן.⁹ ערך השלום הוא אחד העיקרים החשובים ביהדות. גדול כבוד השלום, עד כי הסכים ריבוננו של עולם שיימחה שמו על המים ולו כדי להשכין שלום בני הזוג.¹⁰ בימי קדם היה תפקידו של המנהיג, בין היתר, להשכין שלום בעם.¹¹ כמו אז גם היום, בין תפקידיהם של האמונים על קיום החוק – השופטים והדיינים – נמצא גם השכנת שלום בין אדם לחברו ובייחוד בין איש לאשתו. במכתב הפרדה שכתב הרב דיכובסקי לחבריו הדיינים בעת שפרש לגמלאות¹² ביקש מעמיתיו שלא להתגרות בערכאות האזרחיות. ראייה זאת היא שהביאה, בין היתר את נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק להציע לרב דיכובסקי להשתתף בוועדה שתגשר על נקודות החיכוך בין בתי המשפט לענייני משפחה לבין בתי הדין הרבניים, ושתפתור את בעיית מירוץ הסמכויות.¹³ יש להניח גם שעמדותיו של הרב דיכובסקי הן שהביאו את מקבלי ההחלטות למנותו כאמור למנהל בתי הדין הרבניים כדי לסייע בגישור על המתחים שבין הערכאות השונות. אך על מנת להשכין שלום בצורה הטובה ביותר בתחתונים (המתדיינים), קודם עלינו לדאוג להשכין שלום בעליונים (ערכאות הדיון השונות).¹⁴ יחיאל קפלן¹⁵ מציע דרך של שלום בין ערכאות השיפוט השונות העוסקות בחיי האישות של בני הזוג. דרך האמצע והפשרה המוצעת במאמר סבה סביב בעיית פניית האישה לבית המשפט האזרחי לצורך קבלת פיצויי נזיקין גבוהים נגד בעלה סרבן הגט, היוצרת לפי בית דין הרבני חשש לגט

- 9 ראו למשל פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א 20–21 (מהדורה שנייה, 1995).
- 10 ויקרא רבה ט, ט: "תני רבי ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה, אמר הקדוש ברוך הוא ימחה במים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו".
- 11 בדרך השלום היה מפורסם למשל אהרן הכהן שהיה אוהב שלום ורודף שלום. ראו משנה, אבות א, יב; אבות דרבי נתן יב, ג-ד.
- 12 לעיל ה"ש 3.
- 13 ענבל בר און "נשיא בית המשפט העליון לשעבר חושף: 'הצעתי את דיכובסקי לעליון' News1 מחלקה ראשונה 25.3.2009 www.news1.co.il/ArticlePrintVersion.aspx?docId=195148&subjectID=1
- 14 זאת בפרפרזה על האמור בויקרא רבה ט, ט: "בר קפרא אמר חורי: גדול שלום – מה אם העליונים שאין להם לא קנאה ולא שנאה ולא תחרות ולא מצות וריבות ולא מחלוקת ולא עין רעה – צריכין שלום, הה"ד (=ההוא דאמר) 'עושה שלום במרומיו' (איוב כה 2), התחתונים שיש בהם כל המדות הללו עאכ"ו (=על אחת כמה וכמה)".
- 15 יחיאל קפלן "תביעות נזיקין בגין סרבנות גט בישראל לאור עקרונות המשפט העברי: מחילוקי דעות בין בית המשפט לבית הדין לפשרה המשכינה שלום" משפחה במשפט ו-ז 263 (2013–2014).

מעושה שלא כדיון, הפסול מבחינה הלכתית. בעיה זו גוררת ניסיונות של ערכאות השיפוט משני צדי המתנס לנכס לעצמן את האחריות לטיפול בתביעות הנזיקין בין בני הזוג. במסגרת הפתרונות השונים שסוקר קפלן הוא מציג גם את הצעתו של הרב דיכובסקי לפתרון הבעיה.

ידוע ומקובל הוא שדיני המשפחה מתאפיינים בדינמיות רבה, ועל כן מעצם טבעם לא תמיד שייך בהם כלל "סופיות הדיון". אך על פי הפסיקה¹⁶ לא כל עילה משפטית מאפשרת פתיחתו של תיק מחדש. במצב הקיים יש לעתים בלבול ואי-בהירות בשאלה אילו עילות יוכלו לבסס פתיחת תיק מחדש ואילו לא. יצחק כהן¹⁷ בוחן זאת בעקבות שתי הלכות אשר נקבעו בפסיקה (לוי¹⁸ ואמיר¹⁹) על "עילה רכושית שאינה עילה נמשכת" – עילות שסוגו כרכושיות (כגון תניית שיפוי בהסכם גירושין), וככאלה אינן עילות נמשכות, דהיינו עילות המאפשרות את פתיחתו מחדש של תיק באותה הערכאה החתומה על ההחלטה האחרונה – ועוררו את הצורך בבחינה מחודשת של עקרון "עילת המשכיות" במתכונתה הנוכחית. הלכות אלו קיבעו ביתר שאת את הפגיעה במעמד המשפטי והשיפוטי של בתי הדין הרבניים, שכן הן שוללות מבתי הדין את סמכות השיפוט בגל ההתדיינות השני. המחבר אף מציג שני פתרונות לבעיה הקיימת לדעתו בדין הנוכחי. הפתרון האחד מרחיב את מוסד העילה הנמשכת, ואילו האחר קורא לביטולו.

החלק השלישי בכרך זה עוסק בשינויים המתרחשים בתוך בתי הדין הרבניים באשר לנושאים שונים הקשורים ליחסים בין בני הזוג, במציאת פתרונות בתוך מערכת המשפט האזרחית ובמגמות חדשות בתוך בתי הדין.

על אחריותם של בתי הדין הרבניים במתן מזור למצוקתן של נשים עגונות ומסורבות גט ועל השפעתם הרבה על נשים אלו מדובר רבות, וביקורת רבה הופנתה אל עבר הדיינים על שאינם משתמשים דיים בפתרונות ההלכתיים הרבים אשר עומדים לרשותם.²⁰ אביעד הכהן מציג במאמרו²¹ את תרומתן של המערכות האזרחיות דווקא –

- 16 דברי הנשיא אגרנט בע"א 246/66 קלודנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968).
- 17 יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה נמשכת? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" משפחה במשפט ו-ז 381 (2013–2014).
- 18 בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591 (1994).
- 19 בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
- 20 ראו למשל את דברי השופט יצחק שילה כפי שצוטטו בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 164/67 היועץ המשפטי לממשלה נ' אברהם, פ"ד כב(1) 37, 29 (1968); פנחס שיפמן שפה אחת ודברים אחדים: עיונים במשפט, הלכה וחברה 115–142 (2012); אביעד הכהן "הטלת סנקציות על משפחתו של סרבן גט" פרשת השבוע 358 (פרשת ניצבים, התשס"ט).
- 21 אביעד הכהן "אם תרצו – אין זו עגונה: תפקידם של בתי המשפט, הכנסת והיועץ המשפטי לממשלה" משפחה במשפט ו-ז 431 (2013–2014).

לא רק בתי המשפט האזרחיים או בג"ץ אלא גם הכנסת בחקיקה והיועץ המשפטי לממשלה – במתן סעד לאותן נשים דרך השימוש במרחבים משפטיים וחברתיים אחרים על מנת להקל את סבלן. המאמר בוחן כמה דרכים שבהן יכולות המערכות האזרחיות לפעול ואת מידת התערבותן במקרים השונים. בכך מקנה המאמר תמונה מקיפה, אזרחית, העומדת כיום לרשותן של מסורבות הגט בנסותן להסיר מעליהן את העול הכבד של נישואין שאינם רצויים עוד ותלויים כמעט לחלוטין בבעל לצורך סיומם בהליך בבית הדין הרבני.

יחזקאל מרגלית²² חוקר את אחת משלוש המצוות שחייב הבעל כלפי אשתו – מצוות ה"עונה" – ובוחר בחינה מחודשת את מה שנראה כחייב די כולל של הבעל במצווה זו. מרגלית פונה לדברי האמוראים ולסוגיות בתלמוד הירושלמי בנושא כדי להבליט הסתכלות מחודשת על הקוגנטיות של מצוות העונה, וסבור כי לעומת מערכת המשפט החילונית, המעדיפה להתערב כמה שפחות במה שמתרחש בחדר המיטות של בני הזוג, הרי שהמערכת הדתית נוקטת מגמה שונה לחלוטין.

מחלוקת מפורסמת בין בתי המשפט האזרחיים לבין בתי הדין הרבניים נוגעת לסוגיית ההתייחסות לנישואין אזרחיים. בתי הדין הרבניים דורשים במקרה כזה גט לחומרא ובכך למעשה מעגנים את הנישואים הללו בדין הדתי, כנגד רצונם של בני הזוג. פסק הדין הרבני בעניין "בני נח", שניתן בהרכב בראשות הרב דיכובסקי ושבנו נקבע כי זוג הנישא בנישואים אזרחיים אינו צריך גט אלא אך התרה שיפוטית של הנישואין בידי בית הדין הרבני,²³ היה למהפכה של ממש בגישת בתי הדין הרבניים בישראל לסוגיה. במאמרו של **אבישלום וסטרייך**²⁴ מובאים הקונפליקטים הרבים, האפשרויות השונות ותקווה אחת, הטמונים כולם בהלכה זו מפי הרב דיכובסקי. וסטרייך טוען כי מתוך התייחסותם למעשה של יתר הדיינים להלכת "בני נח" במקרים עוקבים ניתן לתהות אם בכלל יש כוונה מאחורי הלכה זו, או שמא אין זוהי אך אצטלה בעלמא שנועדה לנכס לבתי הדין זכויות דיון רחבות יותר. עוד טוען וסטרייך כי גם בשל התעלמותם לכאורה של הדיינים מהלכה זו באי-הימנעותם בפועל כיום מלפסוק גט לחומרא במקרה של נישואים אזרחיים, עדיין יש קבלה של עקרונות אזרחיים אחרים – דוגמת קריטריונים של גירושין ללא אשם וקבלת דוקטרינות אזרחיות בסוגיות חלוקת הרכוש וחובת המזונות – אל תוך כותלי בית הדין הרבני.

22 יחזקאל מרגלית "הסדרת יחסי אישות בין בני זוג בהסכמה בהלכה היהודית" משפחה במשפט ו-ז 505 (2013–2014).

23 תיק (גדול) 4276/03 ח' ש' נ' ח' י' (פורסם בנבו, 11.11.2003).

24 אבישלום וסטרייך "רטוריקה ומהות ירדו כרוכין זה בזה? על שאלת ההכרה ההלכתית בנישואין אזרחיים ומשמעותה בעקבות פרשת 'בני נח'" משפחה במשפט ו-ז 543 (2013–2014).

שיתוף הפעולה בפרשת "בני נח" בין הרב דיכובסקי לנשיא בית המשפט העליון אהרן ברק בעניין נישואים אזרחיים יכול שאינו מייצג את עמדת בית הדין הרבני הגדול. במאמר התגובה של עמיחי רדזינר²⁵ למאמרו של וסטרייך נטען שפסיקתו של הרב דיכובסקי ניתנה לאור מקרה חריג ונקודתי אשר דרש פסק דין שכזה, שכן פסק הדין נכתב בתגובה לדרישת בג"ץ לצורך הצדקה בדיעבד של פסיקה שכבר נעשתה ומתוך חשש גדול של בית הדין הרבני מאיבוד סמכויות. למעשה טוען רדזינר שבית הדין הרבני הגדול נמצא אך בתחילת דרכו להכרה בנישואין אזרחיים או למצער בדרך התרתם (פירוקם) של נישואים אלו. רדזינר מבקש להראות באמצעות נימוקים הלכתיים וסקירת התנהלותם של דייני בתי הדין הרבני ואף מדבריו של הרב דיכובסקי עצמו החתום על פסק הדין, שזוהי באמת רק "רטוריקה שתכליתה השגת סמכות שיפוטית" – שזוהי למעשה חשש שהעלה וסטרייך במאמרו.²⁶ תגובתו של רדזינר זכתה לתגובת נגד של וסטרייך.²⁷

הסדרת היחסים בין בתי הדין הרבניים לבין המוסדות המשפטיים האזרחיים הנדונה ברשימתו של איל ינון,²⁸ מי ששימש בעת כתיבת הדברים יועץ בכיר ליועץ המשפטי לממשלה וכיום הוא היועץ המשפטי לכנסת, היא מורכבת וטעונה. הרשימה נוצרה במקור מתוך שיח דברים שנאמר בכינוס דיינים בשנת 2007, שבו נכח בין היתר הרב דיכובסקי. השיח, על חלקיו השונים, מאיר את דרכי החשיבה והפעולה של היועץ המשפטי לממשלה בנוגע להחלטות בתי הדין הרבניים, את יחסו לערכאה המקבילה, הלא היא בית המשפט לענייני משפחה, ובעיקר את הרצון העז של היועץ המשפטי לממשלה ובג"ץ מחד ושל היועץ המשפטי לשיפוט הרבני ובתי הדין הרבניים מאידך, לעבוד בשיתוף פעולה מלא ואמתי. ייחודה של הרשימה בכך שהיא מבטאת באופן הישיר ביותר את מחשבותיהם הכנות והעמוקות של הדיינים מחד ושל המחבר מאידך בבחינת "שיחת חולין של תלמידי חכמים, צריכה תלמוד".²⁹

לבסוף, השופט רפאל יעקובי³⁰ מספק הצצה חטופה למתרחש מאחורי כס השיפוט ובוחר אם כל האמצעים כשרים בידי השופט על מנת להכריע את הדין לכיוון הרצוי לו.

- 25 עמיחי רדזינר "אכן, רטוריקה בלבד: תגובה למאמרו של אבישלום וסטרייך" משפחה במשפט ו-1 579 (2013-2014).
- 26 וסטרייך, לעיל ה"ש 24, בטקסט הסמוך להערה 110 במאמרו.
- 27 אבישלום וסטרייך "על הדין והדיין: תשובה לעמיחי רדזינר" משפחה במשפט ו-1 605 (2013-2014).
- 28 איל ינון "על משולש היחסים: בג"ץ, היועץ המשפטי לממשלה ובתי הדין הרבניים" משפחה במשפט ו-1 615 (2013-2014).
- 29 בבלי, עבודה זרה יט, ע"ב.
- 30 רפאל יעקובי "אחרי רבים להטות" – על הרכבים שיפוטיים ותחבולות שופטים" משפחה במשפט ו-1 637 (2013-2014).

האם הצטרפותו של שופט לדעת הרוב בניגוד לדעתו האמתית על מנת להשיג תוצאה שבה הוא מאמין היא בגדר תחבולות המותרות בדין, או שמא זו למעשה פגיעה מוסרית במוסד השפיטה? יעקובי נעזר בשלושה פסקי דין המספקים הצצה לגישות שונות המוחזקות בידי השופטים בבתי המשפט האזרחיים בישבם במותב. לכאורה נראה שתחבולות אלו הן פרי יצירת השופטים בשעת נתינת הפסק בלבד, אך מהתייחסותו של השופט אליהו מצא לסעיף 80(ב) לחוק בתי המשפט,³¹ דומה שיש למצוא עוגן לתחבולות אלו אף בחוק עצמו.³²

נוסף על כך מביא יעקובי את עמדתו של המשפט העברי, שאף הוא נחלק לכמה שיטות, ובהן גם מציג את דעתו של הרב דיכובסקי בעניין זה.

כולנו תקווה כי סדרת המאמרים בכרך זה תעשיר את עולם הכתיבה האקדמית והמעשית בבעיות חשובות העולות בדיני המשפחה בבתי הדין הרבניים ובבתי המשפט האזרחיים. קריאה מועילה ומהנה!

31 [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

32 דנ"א 3730/03 אברהם רובינשטיין ושות' חברה קבלנית בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה חולון (פורסם בנבו, 29.5.2003).