

יכין

המרכז למחקרים אסטרטגיים לאומיים

הצמצום והכרסום בסמכויותיהם וכוחם של בתי הדין הרבניים

ראש תחום: הרב יאיר קרטמן

חוקר: הרב יעקב יקיר

תמוז תשפ"ג | יוני 2023

צמצום וכרסום סמכות בית הדין הרבני

- בג"ץ כפה את ביה"ד הרבני הגדול לדון בניגוד לדין התורה, בניגוד לחוק, למרות שחוק שיפוט בתי הדין קובע את תחום סמכותם של בתי הדין הרבני, ומסמיך אותם לדון על פי דין התורה.
- בג"ץ ביטל דה פקטו את קיומו של 'ביה"ד המיוחד' - מוסד שיפוטי שעוגן בחוק, אשר תפקידו היה בירור גבולות הסמכות של בית המשפט ובית הדין הרבני. בכך הפך עצמו בג"ץ לדן יחידי בשאלת גבולות הסמכויות, בניגוד לחוק.
- בג"ץ פגע בסמכות בתי הדין הרבניים בנושא בירור יהדות ומנע מהם רישום טעוני בירור במאגר.
- בג"ץ כרסם בסמכות בתי הדין הרבניים בעניינים הכרוכים בגירושין, כגון מזונות הילדים וחינוכם, וקבע שבתי הדין אינם יכולים לדון בהם כלל.
- בג"ץ הפקיע מבתי הדין הרבניים את הסמכות לדון בעניינים אזרחיים למרות ההסכמה בין הצדדים לדיון באופן של בוררות.

במקרים אלו פעל בג"ץ בניגוד לאמור בחוק, ובניגוד לעקרון כיבוד הרשויות אל מול מערכת משפטית מקבילה. מגמת צמצום בתי הדין הרבניים על ידי בג"ץ בוצעה באופן מכוון:

> "אין לשכוח כי מדובר בהענקת סמכויות לבית דין שמחוץ למערכת בתי המשפט האזרחיים הרגילים וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר ואם יש מקום לשני פירושים עדיף את הפירוש המצמצם ולא המרחיב את הסמכות... אם פירוש זה מביא לצמצום הסמכות של בית-הדין הרבני, אני חייב לבחור בו". (השופט צבי ברנזון)

המחקר העלה כי בעבר העלו משפטנים בכירים הסתייגויות ממגמה זו הן מצד חוסר סמכותו של בג"ץ והן מצד פרשנות הנסיבות ההיסטוריות ומשמעות החוק:

> "דומה כי השופט ברנזון מצהיר על כלל פרשנות חדש ..כסבור הייתי כי סמכות של בית דין, אם כי היא מחוץ לסמכות בתי המשפט הרגילים, טעונה פירוש על פי כוונת המחוקק" (פרופ' פנחס שיפמן)

> "...לא מדינת ישראל הקימה את בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל... המחוקק הישראלי, כאשר בא בשנת תשי"ג (1953) לקבוע תחום שיפוטם של בתי-דין רבניים, מצא גם הוא לפניו בתי-דין קיימים ועומדים. חוק שיפוט בתי דין רבניים אינו מקים בתי-דין רבניים. הוא אך נותן גושפנקא ממלכתית לשיפוטם של בתי-דין הקיימים זה מכבר..." (השופט צבי טל)

> "פסיקה זו בטעות יסודה, ומן הראוי שבית המשפט העליון יסטה ממנה". "שהרי אותה חלקה דלה, כבשת הרש, שנשארה בתחום סמכות שיפוטו, הוא צריך לדון בה, כפי שנהגו בתי הדין בישראל בכל הדורות, לפי המשפט העברי" (השופט מנחם אלון)

מוצע להשיב לבתי הדין את הסמכויות המוקנות להם על פי החוק, ולחזק את מעמדם כרשות שופטת מקבילה שאינה כפופה לבית המשפט העליון.

מבוא

1. בכמה הזדמנויות פעלו שופטי בג"ץ, לכאורה ללא סמכות מוקנה, במגמה לצמצם ולכרסם בסמכויות בתי הדין הרבניים, למרות שמדובר על פי חוק במערכת שיפוט עצמאית שאינה כפופה לבג"ץ. על פי דבריו של שופט העליון צבי ברנזון ניתן להסיק כי המהלך לא נעשה בדרך מקרה אלא מתוך כוונה ומגמה ברורה לצמצם את סמכויות בתי הדין הרבניים:

> "אין לשכוח כי מדובר בהענקת סמכויות לבית דין שמחוץ למערכת בתי המשפט האזרחיים הרגילים וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר ואם יש מקום לשני פירושים עדיף את הפירוש המצמצם ולא המרחיב את הסמכות... אם פירוש זה מביא לצמצום הסמכות של בית-הדין הרבני, אני חייב לבחור בו".

2. עיקר הכרסום בסמכותם ובכוחם של בתי הדין הרבניים, נעשה בשני אופנים:
   א. פרשנות החוק באופן השומט את סמכות בית הדין הרבני לדון בנושא ספציפי.
   ב. קביעה כי חובה על בתי הדין לפסוק שלא על פי הדין הדתי.

3. מחקר זה סוקר נקודות רבות בתהליך זה ומציע תיקוני חקיקה להתמודדות עם חלקן:
   א. היעלמותו של ביה"ד המיוחד – ביטול המוסד המשפטי שדן במחלוקות על היקף סמכויות בין בית המשפט לבין בית הדין.
   ב. הצורך בכריכה בפועל – כרסום הסמכות הייחודית שהייתה לבתי הדין בכל עניין הקשור לגירושין.
   ג. מזונות הילדים – הגדרת מזונות הילדים כעניין שלא ניתן לכורכו לתביעת הגירושין.
   ד. חינוך הילדים – הגדרת חינוך הילדים כעניין שלא ניתן לכורכו מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין.
   ה. הסכמת הצדדים בעניין שאינו מעמד אישי – ביטול סמכות בתי הדין לדון כבוררים.
   ו. החובה לפסוק על פי הדין והפסיקה האזרחית – ביטול הסמכות לדון עפ"י דין התורה.
   ז. הידוק הביקורת על בתי בדין – (פס"ד 'פלונית נ' פלוני' המכונה בג"ץ 'הבוגדת').
   ח. מחיקת הנאמנות מהגדרת המשפחה, גם במקום בגידה ממושכת.
   ט. סמכות בתי הדין בענייני הקדשות דתיים – הפקעת הסמכות לדון בענייני הקדש דתי שנוצר לפני בי"ד שרעי עד 1922.
   י. סמכות בתי הדין לעניין בירורי יהדות וכשירות לנישואין - מניעת רישום טעוני בירור במאגר.

4. מוצע לחוקק 3 הצעות חוק בנושא זה:
   א. הצעת חוק שיפוט בהסכמה.
   ב. תיקון סע' 8 לחוק יחסי ממון.
   ג. תיקון חוק שיפוט בתי הדין להדגשת סמכות הפסיקה עפ"י התורה.

ראשי פרקים

א. פתיחה

ב. החקיקה בתחום סמכות בתי הדין הרבניים

ג. הצמצום והכרסום בסמכותם ובכוחם של בתי הדין הרבניים על ידי בית המשפט העליון

1. היעלמותו של ביה"ד המיוחד – ביטול המוסד המשפטי שדן במחלוקות על היקף סמכויות בין בית המשפט לבין בית הדין.
2. הצורך בכריכה בפועל – כרסום הסמכות הייחודית של בתי הדין בכל עניין הקשור לגירושין.
3. מזונות הילדים – ביטול כריכת המזונות לתביעת הגירושין.
4. חינוך הילדים – ביטול כריכת חינוך הילדים לתביעת הגירושין.
5. הסכמת הצדדים בעניין שאינו מעמד אישי – ביטול סמכות בתי הדין לדון כבוררים.
6. החובה לפסוק על פי הדין והפסיקה האזרחית – ביטול הסמכות לדון עפ"י דין התורה.
7. הידוק הביקורת על בתי בדין – (פס"ד 'פלונית נ' פלוני' המכונה בג"ץ 'הבוגדת').
8. מחיקת ערך הנאמנות מהגדרת המשפחה גם במקום בגידה ממושכת.
9. סמכות בתי הדין בענייני הקדשות דתיים – הפקעת הסמכות לדון בענייני הקדש דתי שנוצר לפני ב"ד שרעי עד 1922.
10. מעמד וסמכות בתי הדין לעניין בירורי יהדות וכשירות לנישואין – מניעת רישום טעוני בירור במאגר.

ד. סיכום

ה. מסקנות והמלצות

פתיחה

מערכת בתי הדין בישראל מהווה מרכיב מרכזי ומשמעותי בהנהגת העם מימי צאתו ממצרים והתהוותה של האומה הישראלית. כללי בחירת הדיינים והדינים אשר על פיהם יש לדון נקבעו בימי קדם, והתפתחו במהלך כל הדורות עם פסיקותיהם של בתי הדין בישראל עת ישב בארצו, ואף בהיותו מפוזר בכל קצוות הגולה. הציווי האלוקי וההכרה בחשיבותו של משפט צדק בעם נתנו תוקף, מעמד, כבוד וחשיבות למעמדם של בתי הדין.

בתי הדין דנו בכל תחומי המשפט, למעט בעת ובמקום שהיהודים היו נתונים תחת שלטון אחר שצמצם את סמכויותיהם (יש לציין שבתקופות שונות אף תחת שלטון שאינו יהודי, העדיף השלטון המקומי לתת ליהודים את כל סמכויות המשפט בעניינם של היהודים, כדוגמת היהודים שחיו בבבל בתקופת התלמוד).

בעת אשר שלט בארץ ישראל השלטון העותומני, ניתנה לבתי הדין היהודיים סמכות שיפוט ייחודית בתוך עדתם בתחום של דיני המשפחה[1], אולם לא נמנעו בתי הדין מלדון גם ביתר תחומי המשפט[2]. עם כניסתה לשלטון של ממשלת המנדט הבריטי, נערכו שינויים רבים בסדרי השלטון. ממשלת המנדט השאירה את ענייני המעמד האישי לשיפוטם של בתי הדין כמפורט בסימן 51 לדבר המלך במועצתו, כאשר בחלק מענייני המעמד האישי ניתנה סמכות מקבילה גם לבתי המשפט האזרחיים[3], ובחלקם ניתנה סמכות ייחודית לבתי הדין היהודיים[4]. בשאר תחומי המשפט לא ניתנה לבתי הדין סמכות רשמית המאפשרת לכפות את פסקי הדין שלהם, אלא מכוח חתימה על שטר בוררות[5].

עם קום המדינה והקמתה של מערכת משפט ממלכתית, המשיכו בתי הדין הרבניים לפעול באותה מתכונת, ולאחר שנים מועטות נקבעו סמכויותיו של בית הדין הרבני בחוק מיוחד[6]. במהלך השנים, חלק מענייני המעמד האישי הקבועים בסימן 51 בוטלו. גם המעט שנותר בסמכותם של בתי הדין הרבניים הלך והתמעט.

בית המשפט העליון הלך ונגס בסמכויות אלו פיסה אחר פיסה, בעיקר על ידי כך שפירש את החוק באופן המצמצם את סמכויותיו של בית הדין. צמצום הסמכויות נעשה מתוך מגמה מוגדרת לצמצם את סמכויות בתי הדין הרבניים וכפי שהדברים באים לידי ביטוי בקביעתו של שופט בית המשפט העליון צבי ברנזון[7]:

> אין לשכוח כי מדובר בהענקת סמכויות לבית דין שמחוץ למערכת בתי המשפט האזרחיים הרגילים וכידוע סמכות כזאת יש לפרשה בצמצום ככל האפשר ואם יש מקום לשני פירושים עדיף את הפירוש המצמצם ולא המרחיב את הסמכות... אם פירוש זה מביא לצמצום הסמכות של בית-הדין הרבני, אני חייב לבחור בו.

עמדה זו של שופטי בית המשפט העליון החלה עוד קודם לפסק דין זה אלא שכאן הדברים הובעו בגלוי. ביקורת על עמדה זו וניסיון לתת הסבר לקיומה, משמיענו פרופ' שיפמן[8]:

> דומה כי השופט ברנזון מצהיר על כלל פרשנות חדש והוא פירוש מצמצם ככל האפשר של סמכות בית הדין הרבני. עד כה פעלו, אולי, לפי מגמה זו חלק מן השופטים, אך עתה הוצהר עליה בגלוי ובפה מלא. כסבור הייתי כי סמכות של בית דין, אם כי היא מחוץ לסמכות בתי המשפט הרגילים, טעונה פירוש על פי כוונת המחוקק. מסופקני אם בית המשפט העליון פועל, למשל, בדרך פרשנות מצמצמת בדיני סמכויות של בתי דין אחרים בעניני המעמד האישי. דומה

1 ברוך ברכה "מעמדם האישי של חסרי עדה דתית מוכרת" **עיוני משפט** א 158 (1971).
2 ניתן ללמוד על כך מספרות השו"ת באותה תקופה שעסקה גם בתחום דיני הממונות.
3 סימן 47 לדבר המלך דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל.
4 סימן 53 שם.
5 תקנות כנסת ישראל סעיפים 6(1), 10(ד).
6 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.
7 בג"ץ 3/73 כהנוף נ' כהנוף, פד"י כ"ט (1) 449, 453 (1975).
8 פנחס שיפמן "סמכות בית דין בנישואין וגירושין שנערכו מחוץ לישראל" **משפטים** ו 372, 375 (1975)

כי כאן הופעלה פעמים רבות דווקא דרך הפרשנות המרחיבה, אך לאמיתו של דבר סובל הדיון השיפוטי בשאלת סמכויות השיפוט של בתי דין רבניים מן הרגישות שחלק מן השופטים מגלה לבעיות כפיה דתית, חופש המצפון וכדומה, בקרב האוכלוסיה היהודית דווקא.

עד כדי כך מגמה זו השתרשה בבית המשפט העליון, עד שגם כאשר לא היה צורך בנקיטת פירוש מצמצם מבין שני פירושים אפשריים, בכל זאת בית המשפט הוציא את הפירוש היחיד והברור מידי פשוטו, על מנת ליטול את הסמכות מבית הדין הרבני. לשם כך, בית המשפט מוכן לעיתים אף ללהטט בפרשנותו ולהמציא חילוקי חילוקים ונימוקים מחודשים כפרשנות החוק, שאין כל קשר בינם לבין דבריו של המחוקק. וזאת, על מנת להביא לידי ביטוי את המגמה, אשר לפי השקפתם ראוי היה לה שתתעצב מדינת ישראל.

כך הלכה והתפתחה לה השיטה של בית המשפט העליון, אשר בד בבד עם ביטול פסקי דין של בתי הדין הרבניים בדרך של פרשנות מצמצמת, החל בשלב מסוים אף לבטל פסקי דין מחמת היותם נוגדים את 'עקרונות העל של השפיטה' ובכך להכפיף את בתי הדין הרבניים לעקרונות אלו. אמנם נמצאו בין השופטים כאלו אשר ביקשו לשמר את סמכויותיהם וכוחם של בתי הדין בחלקה הקטנה שעוד נותרה להם, אך שופטים אלו היו בודדים.

כבר נכתב רבות[9] על עניין סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים ועל נקודות החיכוך בינם לבין בתי המשפט. מטרתנו שלא להתמקד רק בעניין מסוים, אלא לתת סקירה על כלל הנושאים שבהם צמצם וקיצץ בית המשפט את סמכותם וכוחם של בתי הדין במהלך השנים.

א. החקיקה בתחום סמכויות בתי הדין הרבניים

צמצום סמכויות בתי הדין החל כבר עם המעבר מהחוק המנדטורי לחוק הישראלי.

סעיף 51 המקורי לדבר המלך במועצתו כלל רשימה של נושאים בענייני המצב האישי שבהם יש לבית הדין סמכות שיפוט:

"עניני מצב אישי פירושם תביעות בענין נישואין או גטין, מזונות, כלכלה, אפטרופסות, כשרות יוחסין של קטנים ואימוצם, איסור השימוש ברכושם של אנשים שהחוק פסל אותם, ירושות, צוואות ועזבונות והנהלת נכסי אנשים נעדרים."

בנוסף לכך סעיף 53 (ו) המקורי לדבר המלך קבע כי לבתי הדין הרבניים תהיה סמכות שיפוט בלעדית בעניני נישואין וגיטין, מזונות וקיום צוואות.

בשנת 1953 עוגנו סמכויותיו של בית הדין הרבני בחוק מיוחד - חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן: חשבד"ר). סעיף 1 לחוק החדש החליף את סעיף 53 הנ"ל וקבע כי שיפוט ייחודי יהיה לבתי הדין בענייני נישואין וגירושין אך השמיט את עניין קיום הצוואות[10].

בשנת תשכ"ה חוקק חוק הירושה העוסק בענייני ירושה, צוואות ועזבונות. בחוק הירושה נקבע בסעיף 151 כי בית המשפט הוא המוסמך לפי חוק זה. כך הוצאו עניינים אלה, שבעבר היו חלק מענייני המצב האישי, מסמכותו של בית הדין הרבני. אמנם על פי סעיף 155 (א) לחוק הירושה, רשאי בית הדין לתת צו ירושה וצו קיום צוואה ולקבוע זכויות למזונות מן העזבון, אך רק אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה, הביעו בכתב את הסכמתם לכך.

פרופ' שיפמן מציין כי[11]: "מרשימת ענייני המעמד האישי שבסימן 51 לדבר המלך במועצה נמחקו בינתיים מספר ענינים במפורש, ואילו ענינים אחרים איבדו חשיבותם או עיקר חשיבותם כעניני המעמד האישי, אף על פי שלא נמחקו מן הרשימה ההיא". בין העניינים אלו

9 ראו למשל מאמריו של הרב דייכובסקי: "סמכות בתי הדין הרבניים בראי פסיקת בתי הדין" **דיני ישראל** י' – י"א, ט (תשמ"א – תשמ"ג); "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" **מאזני משפט** ד 261 (תשס"ה); "בתי הדין ובתי המשפט – תחומי חיכוך" **תחומין** כד 51 (תשס"ד).

10 בנוגע לשיפוט הייחודי בענייני מזונות, פוצל העניין לשני סעיפים בחשבד"ר. בסעיף 3 לחשבד"ר נקבע כי הסמכות בעניין מזונות אשה או ילדים, יכולה להיות אגב תביעת גירושין: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג". ובסעיף 4 לחשבד"ר נקבעה הסמכות -שאינה ייחודית- בעניין מזונות אשה גם שלא אגב גירושין: "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 בענין".

11 פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 29 (1995).

מונה שיפמן, את אימוץ ילדים שהוסדר טריטוריאלית בחוק אימוץ ילדים תשמ"א-1981, את הירושות, צוואות ועזבונות שהוסדרו באופן מלא בחוק הירושה - תשכ"ה-1965, ועניני אפוטרופסות שהוסדרו בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות - תשכ"ב-1962.

ב. הצמצום והכרסום בסמכותם ובכוחם של בתי הדין הרבניים על ידי בית המשפט העליון

עיקר הצמצום והכרסום בסמכותם ובכוחם של בתי הדין הרבניים נעשה על ידי בית המשפט העליון בשני אופנים - האחד, על ידי פרשנות החוק באופן השומט את סמכות בית הדין לדון בנושא ספציפי. השני, באופן עקרוני ומהותי, כאשר בית המשפט מאפשר כביכול לבית הדין לדון בנושא, אך מחייב אותו שלא לפסוק על פי הדין הדתי אלא על פי החוק האזרחי ועל פי הפסיקה של בית המשפט העליון, כך שבפועל בית הדין מאבד את ייחודיותו ועצמאותו, וכפי שיפורט להלן:

ג 1. בית הדין המיוחד – ביטול המוסד המשפטי שדן במחלוקות על היקף סמכויות בין בית המשפט לבין בית הדין.

המחוקק המנדטורי נתן דעתו לכך שתהיינה מחלוקות בדבר היקף הסמכות של בתי הדין הרבניים וקבע כבר בסיפא של סעיף 55 לדבר המלך במועצתו כי: "כל אימת שמתעוררת שאלה באם משפט מסויים הוא משפט של מעמד אישי בגדר שיפוטו הייחודי של בית דין דתי, או לא, יובא הענין לפני בית דין מיוחד שאופן הרכבו ייקבע עפ"י פקודה".

הרכבו של בית הדין המיוחד נקבע בסעיף 9(1) לפקודת בתי המשפט (תקון), 1940:

"בית-המשפט המיוחד הנזכר בסעיף 55 מדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1947-1922, יהא מורכב משני שופטים של בית המשפט העליון ומהנשיא של בית הדין הגבוה ביותר בישראל של כל עדה דתית אשר לפי טענת צד מן הצדדים למשפט יש לו לאותו בית-דין השיפוט היחיד בדבר, או מדיין שימונה ע"י אותו נשיא".

סדר הדין בבית הדין המיוחד נקבע במשפט הישראלי בפרק כט לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, בסעיפים 396-393, כשסעיף 393 קובע:

> "היה ספק בענין פלוני אם אין הוא ענין של מעמד אישי שבתחום שיפוטו הייחודי של בית דין דתי, יביאו בעלי הדין הנוגעים בדבר, או בית המשפט שבו נתעורר הספק, את השאלה לפני בית הדין המיוחד כאמור בסעיף 9 לפקודת בתי המשפט, 1940, על ידי תזכיר שיישלח לרשם בית המשפט העליון". בשאר הסעיפים מפורטים ענייני פרוצדורה בבית הדין המיוחד.

אם כן, התקנה היא ברורה: כאשר עולה שאלה האם נושא מסוים הוא בתחום סמכותו של בית הדין הרבני, אין ההכרעה בכך מסורה לבית המשפט העליון אלא לבית הדין המיוחד.

פרופ' אשר מעוז מתייחס לסתירה העולה לכאורה בין סעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד 'השפיטה' המעניק סמכות פיקוח לבית המשפט הגבוה לצדק על בתי הדין הרבניים, לבין הוראת סימן 55 לדבר המלך במועצה ולתקנות סדר הדין האזרחי. על כך הוא משיב כי[12]:

> "בית המשפט העליון אכן מוסמך 'לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בעניין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בעניין פלוני שלא לפי סמכותם' אך אין הוא מוסמך לקבוע את תחומי סמכותם. סמכות זו נתונה לבית הדין המיוחד".

הוא סוקר את ההיסטוריה של הצעות החוק שעלו בעניין בית הדין המיוחד ומסיק כי[13]: "ניסיונות שנעשו לבטל כליל את בית הדין המיוחד או למצער להמירו בהרכב מיוחד של בית המשפט העליון כשלו". עוד הוא מסיק[14], כי בית דין המיוחד, על אף הרכבו הבלתי מאוזן אינו נתון תחת כנפיו של בית המשפט העליון.

12 אשר מעוז "רקוויאם לבית הדין המיוחד", בתוך **ספר טירקל – פרקי הגות, עיון ומשפט**, 494 (2020). במאמרו הוא סוקר את השלבים שהובילו להיעלמותו של בית הדין המיוחד.

13 שם, בעמ' 490.

14 שם, בעמ' 496.

אלא שההזדקקות לבית הדין המיוחד במשך השנים הפכה לנדירה עד כי בשלב מסוים נעלמה כליל, כשאת המהלך הזה הוביל בית המשפט העליון בכמה דרכים. הדרך האחת היא התעלמות מפסיקותיו של בית הדין המיוחד והדרך השנייה היא צמצום הזדמנויות הפניה לבית הדין המיוחד.

נתמקד כעת בצמצום הזדמנויות הפניה. השופט זוסמן קבע[15] כי רק הערכאה הדנה בתיק שלפניה יכולה להעביר את הדיון לבית הדין המיוחד ולא הצדדים. בהסתמך על הלכה זו קבע גם השופט ברק, בבקשה שהוגשה לפניו על ידי הצדדים, להביא בפני בית דין מיוחד שאלה הקשורה לסמכותו של בית דין רבני לדון בעניינו של הקדש[16]:

> דינה של בקשה זו להידחות. הטעם לכך הוא זה: העברת עניין לבית דין מיוחד אינה יכולה להיעשות על פי בקשת הצדדים בלבד. העברה זו נעשית מכוח החלטה שיפוטית. בית משפט או בית דין - שבפניו נתעוררה השאלה אם עניין מסויים הוא מענייני המעמד האישי הנתון לסמכות שיפוט ייחודית של בית דין דתי - רשאי להעבירו לבית דין מיוחד. המעביר הוא בית משפט או בית הדין, ולא צד או צדדים.

אלא שקביעה זו של שופטי העליון סותרת את לשונו המפורשת של סעיף 393 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 הקובע:

> היה ספק בענין פלוני אם אין הוא ענין של מעמד אישי שבתחום שיפוטו הייחודי של בית דין דתי, יביאו בעלי הדין הנוגעים בדבר, או בית המשפט שבו נתעורר הספק, את השאלה לפני בית הדין המיוחד.

פרופ' מעוז מציין[17] כי נשיאי בית המשפט העליון לא היו עקביים בגישתם, כפי שניתן לראות בעניין פודהורצר[18], שם הנשיא ברק הקים בית דין מיוחד לבקשת אחד הצדדים.

אך מה שצמצם ביותר את יכולת הפניה לבית הדין המיוחד והפיכתה ללא רלוונטית הייתה פסיקתו של השופט ברק בענין מעטוף. באותו מקרה, שתי הערכאות - בית-הדין הרבני ובית-המשפט לענייני משפחה, קבעו, כל אחת בנפרד, כי הן מוסמכות לדון בעניין בית מגורים. בית-הדין הרבני הוסיף כי כיוון שיש מחלוקת בינו לבין בית-המשפט לענייני משפחה, יש להעביר את המחלוקת בעניין הסמכות לבית-הדין המיוחד. השופט ברק חידש בפסק דינו שהעברה לבית דין מיוחד יכולה להיעשות רק כל אימת שלערכאה הדנה במקרה יש ספק אמיתי בשאלת הסמכות שאין לה עליו תשובה, אך אם הספק הוא רק מחמת שיש מחלוקת בין עמדותיהן של שתי ערכאות ולערכאה שרוצה להעביר יש תשובה לשאלת הסמכות, אזי, בטלה חוקיות ההעברה[19]:

> כל אימת שהערכאה שהחליטה על ההעברה לא הסתפקה בהצגת השאלה המועברת, אלא הוסיפה והציגה תשובה חותכת לגוף השאלה, ואף נתנה לתשובה זאת לבוש של החלטה מחייבת. במצב דברים כזה קבלת ההחלטה לגוף שאלת הסמכות שומטת מניה וביה את חוקיות העברת השאלה לבית-הדין המיוחד. היא מצביעה על כך שמבחינתה של הערכאה המעבירה לא נותרו שאלה או ספק אמיתיים בנוגע לסמכות... קיומה של סתירה בין החלטות של ערכאות שונות בשאלה של סמכות איננו עילה להקמת בית-דין מיוחד כל עוד הסתירה אינה יוצרת ספק אמיתי אצל אחת הערכאות לגבי סמכותה.

לדעתו של ברק במקרה כזה יש להעביר את ההכרעה למערכת האזרחית בדרך של ערעור או עתירה על אחת משתי הערכאות הנוגעות בדבר. ביקורת נוקבת על פסיקה זו כתב הרב דייכובסקי, כשהוא מדמה אותה כמסמר אחרון ב'ארון המתים' של בית הדין המיוחד[20]:

> האם אסור לבית הדין הרבני לומר שיש לו תשובה? ואם אכן יש לו תשובה, האם עליו להסתיר את התשובה ולהעמיד

---

15 המ' 637/76 **כלאף נ' כלאף**, פ"ד לא(1) 161, 163 (1976). וראה הרב שמחה מירון "בית הדין המיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך ותעלומת נדירותו", **דיני ישראל** י' – י"א, רמח - רנ (תשמ"א - תשמ"ג) במאמרו הוא מבקר את פסיקתו זו של השופט זוסמן בהיותה מתעלמת מהפסיקה שקדמה לה שפסקה ההיפך מדעתו.

16 בי"מ 1919/98 **בורוכוב נ' הראשון לציון** (פורסם בנבו 22.6.98)

17 לעיל הערה 12 בעמ' 515.

18 בד"מ 5257/94 **פודהורצר נ' קופרשטוק** (פורסם בנבו, 19.9.1996).

19 בד"מ 3414/00 **מעטוף נ' מעטוף**, פ"ד נה(ה) 495, 506-507 (2001).

20 הרב דייכובסקי, תחומין, לעיל הערה 9 בעמ' 57-58.

> פנים, כאילו אינו יודע דבר?...בבתי הדין ובבתי המשפט יושבים דיינים ושופטים ברי דעת, ומותר שיהיו להם תשובות משלהם. אלא שאינם יכולים לפעול לפי הבנתם, משום ששופטים ברי דעת כמותם, סבורים אחרת. אינני סבור שיש מקום במערכת המשפט, לשופטים ולדיינים שהם בבחינת יודעים לשאול, ואינם יודעים להשיב... החלטתו של כבוד הנשיא סותמת את הגולל על בי"מ, יהי זכרו ברוך.

גם פרופ' מעוז[21] תמה מאוד על נימוקו של ברק. לדעתו, שאלה כנה של סמכות מתעוררת במיוחד כשיש ויכוח בין שתי ערכאות הנוגעות בדבר ולשם כך הוקם בית הדין המיוחד, ולא כדי לייעץ לערכאה המתחבטת בעניין סמכותה. מעוז מביא ראיה לכך שזו הדרך הנכונה לפרשנותו של סעיף 55 לדבר המלך, מסעיף 4 לפקודת בתי דין אזרחיים ודתיים (שיפוט) שנחקקה סמוך לחקיקתו של דבר המלך, הקובע: "נחלקו בית משפט דתי ובית משפט אזרחי בשאלה אם הענין הנידון הוא ענין של וקף בגדר שיפוטו הבלעדי של בית דין דתי, יועבר הענין לבית המשפט המיוחד המאוזכר בסעיף 55 של דבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922". מסעיף זה מוכח כי העברה לבית הדין המיוחד היא כאשר יש ויכוח בין הערכאות הנוגעות בדבר למי מבניהן סמכות השיפוט.

דייני בית הדין הרבני הגדול היו ערים לגישתו של השופט ברק, בהיותו נשיא בית המשפט העליון, ביחס להקמת בית דין המיוחד. גישה זו באה לידי ביטוי בהחלטות נוספות שלו המונעות הקמת בית דין זה, והקובעות שאת השאלה הנידונה יש להכריע במערכת האזרחית. באחד מפסקי הדין הם מעירים כי על פי החוק אין לנשיא בית המשפט העליון כל סמכות בשאלת הקמתו של בית דין מיוחד[22]:

> פרק כ"ט לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, אשר עוסק בפרוצדורה של בית הדין המיוחד, אינו מעניק כל סמכות לנשיא בית המשפט העליון. מובא שם כי תזכיר המיועד לבית הדין המיוחד יישלח לרשם בית המשפט העליון, אשר יזמין את בעלי הדין להתייצב בפני בית הדין המיוחד בתאריך שייקבע. מדובר בסמכות שהיא טכנית בעיקרה, ולא נראה שיש בידו הסמכות להחליט אם לכונן את בית הדין המיוחד, וגם לא להעביר את ההכרעה בשאלה זו לנשיא בית המשפט העליון.

סוף דבר הוא, שגישתו ופסיקותיו של בית המשפט העליון גרמו לכך שבתקנות סדר הדין האזרחי החדשות, שנכנסו לתוקפן בשנת תשפ"א הושמט כל עניין בית הדין המיוחד[23].

נשוב כעת לעסוק בכרסום בסמכויותיו של בית הדין הרבני עצמו.

ג 2. הצורך בכריכה בפועל – כרסום הסמכות הייחודית של בתי הדין בכל עניין הקשור לגירושין.

סעיף 3 לחשבד"ר קובע כי: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

מטרתו של הסעיף היא להרחיב את סמכותו של בית הדין על מנת לסיים את עניין הגירושין בבת אחת, וכפי שקבע השופט קיסטר[24]:

> "כוונתו של המחוקק בחקיקת סעיף 3 ... היתה להקנות לבית הדין הרבני סמכות לדון בכל הבעיות הקשורות בגירושין כדי לאפשר לפתור בבת אחת את כל הבעיות הקשורות בגירושין או שבני הזוג עשויים לתלות בפתרונן את מתן או קבלת הגט".

21 לעיל הערה 12 בעמ' 528.

22 בתיק מספר 1-21-4280 מבית הדין הגדול (פורסם בנבו, 11.07.2005) בהרכב הדיינים הרבנים: עמאר, דיכובסקי ואיזירר.

23 וראה בהערה 234 למאמרו של פרופ' מעוז לעיל הערה 12 שציין כי השופט בדימוס שילה גל נימק את ההשמטה בכך שכיום כמעט ולא עולה שאלה חדשה המצריכה הקמתו של בית דין מיוחד וככל שתתעורר שאלה כזו ניתן יהיה להגיש בקשה על פי דבר המלך ובהתאם לתקנות החדשות. בהקשר לגורלו של בית הדין המיוחד לאחר פסיקותיו של בית המשפט העליון, מפנה מעוז להערתה של השופטת נאור בבג"ץ 6929/10 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול** (20.03.2013): "ניתן לתהות אם מנגנון בית הדין המיוחד עודנו רלבנטי לימינו אנו. כידוע, שורשיו של מנגנון זה הם בתקופת המנדט, בטרם נקבעו החוקים המסדירים את פעולותיהם של בתי הדין ובתי המשפט לענייני משפחה ובטרם נפסקו ההלכות הרבות והחשובות בעניין סמכותם של אלו".

24 ע"א 666/70 **שלום נ' שלום**, פ"ד כה (2) 701, 706.

פשטות לשונו של סעיף זה מורה כי ישנם עניינים הכרוכים באופן טבעי בתביעת הגירושין, ובהם יש לבית הדין הרבני שיפוט ייחודי, ואין הוא זקוק לכריכה בפועל או הסכמת איזה מן הצדדים[25]. יתירה מזו, מדייק השופט זילברג בספרו העוסק בניתוח סעיפי החשבד"ר, כיון שיש לבית הדין סמכות לדון בעיקר – תביעת הגירושין – ואף הטפל לה נגרר אחריה, ממילא יש לקבוע שהמחוקק בא להרחיב את סמכות בית הדין הרבני ולהשמיענו26: "כי כאשר הוגשה לבית הדין תביעת גירושין תהא לבית הדין הרבני סמכות ייחודית לדון בכל ענין הכרוך בתביעה זו ואפילו אם אותו "ענין" אינו כלל מענייני המעמד האישי".

ביתר ביאור כתב השופט זילברג בפסק הדין בעניין גולדמן[27] כי המונח "ענין הכרוך בתביעת הגירושין" כולל שני עניינים: "(1) ענין אשר לפי עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין; (2) כל ענין אחר, ואפילו לאו דוקא ענין 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".

כלומר, עניינים שמעצם טבעם כרוכים בגירושין אינם צריכים כריכה בפועל. עניינים שאינם מענייני המעמד האישי, אך הכרעתם דרושה לשם סיום יחסי בני הזוג, יש צורך לכורכם בפועל כדי שבית הדין יקנה בהם את סמכות השיפוט.

אלא שבמשך השנים שלאחר מכן, סירסה פסיקת בתי המשפט את פרשנותו של השופט זילברג לדברי החוק, ולמעשה הצריכה תמיד כריכה בפועל, כפי שהיטיב לבטא זאת פרופ' מעוז[28]:

> נוסחת גולדמן, שבאה להרחיב סמכותם של בתי־הדין, נמצאה מצרה אותה, וזאת בניגוד לכוונתו של הוגה. עניינים שניתן היה לצפות כי לכרוכים מאליהם ייחשבו נדרשו לכריכה מפורשת: כך לגבי מזונות האשה וכך לגבי הרכוש המשותף ואף ביחס לדירת המגורים. נתייחד רק עניין החזקת הילדים, שאיתרע מזלו והגיע לדיון ולהכרעה לפני בית־הדין המיוחד, ונפסק שהוא כרוך מטיבו ומטבעו בתביעת־הגירושין וכי אין צורך לכורכו בפועל. לגבי שאר העניינים נהפך מבחנו של השופט זילברג, למעשה, ממבחן אלטרנטיבי למבחן קומולטיבי: לא די לו לעניין שיהיה ממין העניינים הכרוכים אלא הוא אף טעון כריכה בפועל.

כיון שהכריכה בפועל הפכה להיות מבחן מחייב בכדי שבית הדין הרבני יקנה סמכות שיפוט, הוסיפה הפסיקה וקבעה גם שלשה תנאים מצטברים כדי להגדיר מה נחשבת כריכה בפועל, המכונים גם בשם 'המבחן המשולש'[29]: א. תביעת הגירושין צריכה להיות כנה. ב. הכריכה נעשתה כדין. ג. הכריכה כנה.

ככל שנוקפות להן השנים, בית המשפט העליון נוטה להוציא מתחת ידי בתי הדין את סמכות השיפוט אפילו במקרים של כריכה בפועל, וכפי שניווכח להלן.

ג 3. מזונות הילדים – ביטול כריכה המזונות לתביעת הגירושין

האם נושא מזונות הילדים הינו ענין הכרוך מעצם טבעו בתביעת הגירושין? האם יש צורך לכורכו בפועל? ואולי לא ניתן לכורכו כלל?

לשונו של סעיף 3 לחשבד"ר מורה לכאורה באופן ברור כי מזונות ילדים כרוכים בתביעת הגירושין: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג".

---

25 ראה אשר מעוז "'כרוך' זה הכרוך על עקבנו – על הכריכה בתביעת הגירושין" **עיוני משפט** יד 101 (1989) שציין בהערה 66 לדברי הרב דיכובסקי 1293/תשל"ו (לא פורסם): "לפי הפירוש הפשוט כוונת המחוקק היא להעניק סמכות ייחודית לביה"ד הרבני בתביעת הגירושין, כולל הנושאים הכרוכים בה והנובעים ממנה, מבלי שיהא צורך לכרוך אותם בפועל. אילו היה צורך בכריכת הדברים בפועל, אזי נוסח הסעיף הנ"ל היה צריך להיות: 'בכל ענין אשר נכרך בתביעת הגירושין'".

26 משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 371 (תשי"ח).

27 ע"א 8/59 **גולדמן נ' גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1091 (1959).

28 לעיל הערה 12. וראה גם פרופ' ברכיהו ליפשיץ "גן התעתועים של 'ענייני נישואין וגירושין'" **משפחה במשפט** ב התשס"ט: "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... וכך היה נפסק באחת מירוץ הסמכויות הידוע לשמצה, ו"הכרוך" לא היה נכרך עוד על עקבינו.

29 ע"א 118/80 **גבעולי נ' גבעולי**, פ"ד לד(4) 155, 157 (1980).

הבנה פשוטה זו בלשון החוק הייתה ברורה גם לשופטי בית המשפט העליון, וכפי שדייק השופט ש' ז' חשין בעניין רחמני[30]:

> בסעיף 3 שבו מדובר על גירושין, הנתון לשיפוטו הייחודי של בית-הדין הרבני, נאמר במפורש כי שיפוט ייחודי זה משתרע על כל 'ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג'. כאן לא הסתפק המחוקק בביטוי הסתמי 'מזונות', וציין במפורש, כי מזונות לילדי הזוג אף הם בכלל הענינים הנתונים לשיפוטו הייחודי של בית-הדין הרבני, בבואו לדון בתביעת גירושין. בסעיף 4, לעומת זה, לא השתמש המחוקק במלים 'לאשה ולילדי הזוג'; ללמדך שבדיבורו 'תביעת מזונות שלא אגב גירושין' התכוון למזונות האשה בלבד ולא למזונותיהם של ילדי הזוג.

גם השופט זילברג בבית הדין המיוחד בעניין וינטר[31] הסתמך על דברי השופט חשין וקבע שמזונות ילדים כרוכים מעצם טבעם וכי זו הפרשנות של סעיף 3:

> פירושו של דבר, כי מזונות הילדים אפילו אם הם נדרשים על-ידי הילדים גופם, ולא ההורים המתגרשים, נחשבים ל"ענין הכרוך בתביעת הגירושין.

זילברג קובע כי אף תכליתו של החוק מובילה לאותה פרשנות ועל כן לבית הדין יש סמכות ייחודית לדון במזונות הילדים בין אם נתבעו על ידי הילדים בין אם נתבעו על ידי הוריהם:

> וזה הוא, לדעתי, הרעיון החדש המונח ביסודו של הסעיף הנ"ל... הגט ניתן איפוא בהסכמת שני הצדדים, אבל ברור הדבר, כי לא בכל מקרה שואפים שניהם בכל נפשם ובכל מאדם להיפרד זה מזו. על-פי רוב ובנוהג שבעולם, אחד מבני-הזוג הוא הדורש את הגט, והשני כרגיל מציג לו תנאים מסויימים... לכן... קבע המחוקק הישראלי, כי בית-הדין הרבני יהא מוסמך לדון ולהכריע בכל ענין הכרוך בתביעתה גירושין, כדי שבני-הזוג יוכלו להסדיר בבת- אחת את כל ענייניהם במשרד-הרבנות, ולא יצטרכו לפנות, לפני מתן הגט או לאחריו, לערכאות אחרות. ודבר זה מחייב, ככורח המציאות, כי הרבנים יהיו מוסמכים להכריע בעת מתן הגט גם בדבר החזקתם של ילדי בני הזוג וגם בדבר מזונותיהם, וכי הכרעה זו תחייב לא רק את בני-הזוג המתגרשים אלא גם את הילד גופו.

בסוף שנות הששים ניתן פסק דין בבית המשפט העליון בעניין שרגאי, אשר נקט בגישה פרשנית הפוכה והנוטה מדרך הפרשנות הפשוטה לסעיף 3 שהייתה נהוגה עד אז. השופט זוסמן שכתב את פסק הדין התעלם מהגישה שהייתה נהוגה עד אז וטען כי לדעתו מזונות ילדים יכולים להיתבע בשני אופנים, או על ידי אחד ההורים כתביעה להשבת הוצאות, או על ידי הילד עצמו, וסעיף 3 המעניק סמכות ייחודית לבית הדין הרבני בתביעה 'כרוכה' עוסק באופן הראשון בלבד – רק בתביעה להשבת הוצאות[32]:

> כידוע, ניתן לתבוע מזונות לילדים בשתי דרכים. ההורה, המוציא (או עומד להוציא) יציאות למזונות הילד, יכול לתבוע השבתם ממי שחייב לזון את הילד, ואם הייתה אישה תובעת גט, יכול שתביעת מזונות שכזאת תהא כרוכה בתביעת גירושין, ועקב כך תהא בסמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני, מכוח סעיף 3 לחוק שיפוט בתי־דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953...
>
> אך הילד יכול בעצמו לתבוע מזונותיו מן ההורה החייב בכך. זוהי תביעת מזונות של ממש, ולא רק תביעה להשבת יציאות... תביעת מזונות של הילד, בין אם הוא מיוצג על־ידי האם ובין על־ידי אפוטרופוס אחר, לעולם לא תהא בגדר סמכותו הייחודית של בית־הדין הרבני, ומפאת השוני האמור אף אינה יכולה להיות 'כרוכה' בתביעת גירושין כאמור בסעיף 3 הנ"ל.

30 בג"ץ 170/56 **רחמני נ' רחמני, בית הדין הרבני האזורי, תל אביב-יפו** פ"ד, יא 247, 250 (1957).

31 בד"מ 1/60 **וינטר נ' מסיה בארי**, פ"ד טו 1457, 1467 (1961).

32 בר"ע 120/69 **שרגאי נ' שרגאי**, פ"ד כג(2) 171, 177-176 (1969)

משמעות הדברים היא שעד אז, בין אם המזונות היו נתבעים על ידי הילד עצמו ובין אם היו נתבעים על ידי הוריו, נחשבו המזונות ל"ענין הכרוך בתביעת הגירושין" ובסמכות ייחודית של בית הדין, ולפחות ניתן היה לכורכם בפועל לתביעת הגירושין. לעומת זאת, מהלכת שרגאי ואילך, צומצמה סמכות בית הדין רק למקרה ספציפי, כשאחד ההורים תובע את השני להשיב לו את הוצאות המזונות שהוציא.

בהתייחסו לשינוי בגישה במשמעותו של סעיף 3 שחל בהלכת שרגאי, מסכם פרופ' רוזן צבי[33]:

> הלכה מצמצמת זו נקבעה למרות לשונו המפורשת של סעיף 3 לחוק, שממנה נובע לכאורה, כי ניתן לכרוך גם תביעת ילדים למזונותיהם. יצויין כי בעבר פורש הסעיף כמאפשר כריכה גם בסוג זה של עניינים.

גם פרופ' מעוז מסיק כי[34]:

> כריכת מזונותיהם של הילדים בתביעת־הגירושין בין ההורים לא רק שהיא מוכתבת עלי ידי לשונו של סעיף 3 אלא אף רצויה, ברוב המקרים, לגופה". לדעתו יש בפסיקותיו האחרונות של בית המשפט "משום הבעת אי אמון בבית־הדין הרבני, כי ייטיב לעמוד על משמר טובתם של הילדים, והרי שמירה זו 'היא נר לרגלו של בית־המשפט' ואין בית הדין הרבני יוצא מכלל זה.

בסיכומו של דבר הוא קובע[35]:

> לא מצאנו לא הצדקה פורמלית אף לא עניינית לצמצום סמכותם של בתי־הדין הרבניים בעניין מזונות הילדים, ואין מנוס מן ההנחה, כי צמצום זה מקורו בעובדה שאין דעתו של בית המשפט העליון נוחה מן הטיפול של בתי־ הדין בסוגיה זו לגופה.

הלכת שרגאי חזרה ונתאשררה בספטמבר 2019 בבע"מ 7628/17 פלוני נ' פלונית, בפסק דינו של השופט מזוז בדעת הרוב כנגד השופט הנדל שהיה בדעת מיעוט. השופט מזוז נוקט גם הוא בגישה המצמצמת את סמכות בתי הדין[36]:

> סמכות הדיון מכוח "כריכה" יש בה משום הרחבה של סמכותו הענינית של בית הדין "על חשבון" סמכותו המקורית של בית המשפט האזרחי. הרחבה כזו טומנת בחובה השלכות שליליות לא מעטות, ועל כן יש לנקוט בגישה של פרשנות זהירה ומצמצמת לגבי הוראות מעין אלה.

לטעמו הלכת שרגאי באה להבטיח תכליות וערכים שיכולים להישמר רק אם הסמכות תהיה בידי בית המשפט[37]:

> הלכה זו אינה משקפת אך פרשנות לשונית-תכליתית של הוראת סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין אלא היא מבקשת גם לקדם ולשמר תכליות וערכים מהותיים, אשר לדעתי תומכים ומחייבים את המסקנה שאין לסטות ממנה. התכליות המהותיות העיקריות שביסוד מניעת כריכת מזונות ילדי בני הזוג בתביעת גירושין הן: שמירת והבטחת זכויות הקטין לבל ייפגעו במסגרת הסכסוך בין ההורים, מניעת שימוש במזונות הילדים כמנוף לחץ לפגיעה בזכויות בן הזוג (לרוב, בת הזוג) אגב הגירושין, ומניעת "מירוץ סמכויות" בין ההורים לענין זה.

בדבריו אלו הוא חוזר על העמדה המביעה אי אימון בבתי הדין הרבניים ובשמירת והבטחת זכויותיהם של הילדים על ידם. לעומתו השופט הנדל סבר כי הלכת שרגאי אינה אחידה ועקבית. יתרה מכך, הלכת שרגאי היא מוטעית, שכן עיון בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים, כמו גם בהיסטוריה החקיקתית שלו, מעלה כי לשונו סובלת "רק פרשנות אחת", ולפיה ניתן לכרוך מזונות ילדים במסגרת תביעת גירושין לפי סעיף 3 לחוק, וכי גם בחינה תכליתית תומכת במסקנה זו. תכלית הכריכה היא[38]:

> להקל על בעלי הדין המבקשים לסיים את יחסיהם הזוגיים, במובן שהם יוכלו לדון במכלול ההיבטים הקשורים לכך בפני

33 אריאל רוזן-צבי **דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול** 58 (תש"ן).
34 לעיל הערה 25 בעמ' 113.
35 שם בעמ' 114.
36 בע"מ 7628/17 **פלוני נ' פלונית** (פורסם בנבו, 22.9.2019) בפסקה 15 לפסק דינו של השופט מזוז.
37 שם בפסקה 16.
38 שם בפסקה 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

> ערכאה אחת. זאת בצורה היעילה והמהירה ביותר. סבורני כי אי-מתן אפשרות לבית הדין לדון במזונות ילדים מכוח כריכה תמנע הגשמה של מטרה זו. זאת משום שבכל מצב בו הליך הגירושין נעשה בבית הדין, ממילא ובהכרח יאלצו בני הזוג לפנות גם לבית המשפט לצורך קביעת המזונות ככל שיש להם ילדים משותפים.

חיזוק נוסף לפרשנות זו נמצא לדעתו בפרשנות הנוהגת למעשה, כפי שניתן לראות במחקר האמפירי שערך היועץ המשפטי לשיפוט הרבני. על פיו, בשנים 2010-2012 הוגשו מאות תביעות גירושין לבתי הדין הרבניים שאליהן נכרכו גם מזונות ילדים.

לסיכום הדברים, **מזונות ילדים שהיו נחשבים עפ"י לשון החוק ותכליתו לעניין הכרוך מעצם טבעו ומהותו לתביעת הגירושין ובסמכות בית הדין הרבני, הפכו, בניגוד לחוק, על פי פסיקת בג"ץ לעניין שלא ניתן לכורכו אפילו בפועל, והוצאו מסמכותם של בתי הדין הרבניים**[39].

ג 4. חינוך הילדים – ביטול כריכת חינוך הילדים לתביעת הגירושין

כאמור לעיל, נושא החזקתם של הילדים נפסק במפורש בבית הדין המיוחד בעניין וינטר כי הוא כרוך מעצם טיבו וטבעו בתביעת הגירושין, אך מה הדין ביחס לחינוך הילדים?

בית הדין הרבני[40] סבר כי חינוך הילדים הוא בכלל החזקתם ואין להפריד ביניהם, שכן שאלת חינוכם קשורה באופן הדוק לשאלת החזקתם. לעומת זאת, עמדת בג"ץ קבעה בעניין פלורסהיים[41] כי קביעת מוסד החינוך של הילדים אינו ענין של חזקה ואינו כרוך "על-פי עצם טיבו וטבעו" בתביעת הגירושין. לשיטת בג"ץ זהו ענין של אפוטרופסות, ועל כן ההכרעה בו, במקום בו האפוטרופסים חלוקים, לא נמסרה לבית-הדין הרבני. כך גם קבע מאוחר יותר השופט מ' חשין בבג"ץ עליזה אמיר, תוך שהוא מסביר כיצד זה יתכן שתביעה להחזקת קטין בבית המשפט האזרחי תכלול דיון בשאלת חינוכו של הקטין, ואילו בתביעה להחזקת קטין בבית הדין הרבני לא ניתן לכלול את שאלת החינוך[42]:

> שלא כנושא החזקת ילדים - נושא שתו אופי של דחיפות ומיידיות טבוע בו - נושא חינוכם של ילדים הוא מן הנושאים שניתן להמתין בהכרעתם... מכאן נבין מדוע זה נושא החינוך אין הוא - בהכרח - "לפי עצם טיבו וטבעו" כרוך בתביעת הגירושין; שכן ניתן להכריע בו גם לאחר הגירושין ובנפרד מן הגירושין...בית הדין הרבני הוא בית-דין מיוחד, ומכאן שהמבקש להראות כי ניטלה סמכות מבית המשפט הכללי וכי אותה סמכות יוחדה לבית הדין הרבני - עליו ה"נטל" להראות כי כך נעשה. לשון אחר: בתי המשפט האזרחיים - ובהם בית המשפט המחוזי - הינם אבריה הראשיים והעיקריים של הרשות השופטת; והמבקש לקפח את סמכותם, לשלול את סמכותם, להצר ולהגביל את

---

39 ראה במאמרו של מעוז לעיל הערה 12 בעמ' 503, הטוען כי ההבחנה לעניין זכותו העצמאית של הקטין לתבוע את מזונותיו בערכאה שתראה לו, חלחלה אף לתחום החזקתו, תחום שהיה ברור מאז הלכת וינטר בבית הדין המיוחד כי הוא כרוך מעצם טבעו לתביעת הגירושין. הוא סוקר באריכות פסקי דין אשר בהדרגה סטו מהלכת וינטר ומסיק כי: "התוצאה היא שהלכת וינטר רוקנה מתוכנה גם אם לא בוטלה בפועל". וראה עוד הערת אגב של השופט עמית בעת כהונתו בבית המשפט המחוזי בבר"ע (חי') 1926/04 **פלוני נ' אלמוני**, פ"מ(2) 212, 226 (2004): "מבלי לקבוע מסמרות, דומני כי ראוי לחזור ולהרהר שמא הגיעה העת ליישם את ההבחנה הקיימת לגבי מזונות – שלפיה תביעת הילד מהווה תביעה נפרדת ועצמאית מתביעת ההורה, גם בנושא החזקת הילד. למצער, יש לבחון אם הגיעה העת לסטות מביד"מ 1/60 הנ"ל (להלן – הילכת וינטר [4]), שלפיה החזקת הילדים היא נושא שלפי "עצם טיבו וטבעו כרוך בתביעה של גירושין", כך שהמבחן המשולש של הכריכה, יחול גם בנושא זה". ואכן בבג"ץ 2898/03 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול פ"ד נח(2) 550, 565 (2004), נקבע כי אף במקום שהייתה כריכה מפורשת של משמורת הילדים ואפילו הוסכם מראש במפורש בין ההורים לתת סמכות לבית הדין בעניין זה, אין הסכמתם מחייבת את הילדים והם יכולים לפנות באופן עצמאי לבית המשפט: "המסקנה המתבקשת היא כי אף אילו היו העותרת והמשיב מסכימים במסגרת הסכם הגירושין ביניהם להקנות לבית-הדין הרבני סמכות שיפוט נמשכת בנוגע למשמורת הקטינות ולמקום מגוריהן, היה בהסכמה זו כדי לחייב את ההורים, אך לא היה בה כדי לכבול את הבנות. לפיכך היו הקטינות עצמאיות לבחור את הערכאה הרצויה להן לשם דיון בתביעתן". וראה דבריו החריפים של הרב דייכובסקי במאזני משפט לעיל הערה 9 בעמ' 277, שבבג"ץ זה נעקרה שארית הפליטה שנותרה בידי בתי הדין בנוגע למשמורת הילדים והפכה את הדיון בבית הדין לעקר: "המשמעות הברורה של פס"ד זה... כי ערכאה חוקית במדינת ישראל, השואבת את סמכותה מן החוק כפי שבתי המשפט שואבים את סמכותם מן החוק, הפכה להיות 'סרח עודף' מיותר. כיצד ניתן לחייב את הציבור להתדיין בערכאה משפטית לגיטימית, כאשר הדיון הוא וירטואלי בלבד, והצד המעוניין יכול אם ירצה להתחיל את כל המשחק מחדש בבית המשפט, ופסקי הדין שניתנו ע"י ערכאה מוסמכת שווים כחספא בעלמא".

40 פד"ר יב עמ' 30.

41 בג"ץ 181/68 **הדסה פלורסהיים נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד כב(2) 723, 727 (1968).

42 בג"ץ 5507/95 **עליזה אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה**, פ"ד נ(3) 321, 333-331 (1996).

> סמכותם, שומה עליו לתלות עצמו בהוראת חוק מפורשת וחד-משמעית... מעיקרו של דין אפוא מוסמך הוא בית המשפט המחוזי לדון בנושא חינוכם של ילדים, וסמכותו עומדת לו מכוח החוק במישרין. במובן זה שונה הוא בית המשפט המחוזי מבית הדין הרבני, שלעניינו של זה האחרון רק אמירה מפורשת ומפורטת בכתב תביעה של גירושין תקנה לו סמכות.

בנוגע לשאלה, האם ניתן לכרוך בפועל את עניין חינוך הילדים, מציינת השופטת נאור כי[43]: "בהזדמנויות שונות, חזר וציין בית משפט זה כי ספק אם ניתן לכרוך מחלוקות בדבר חינוך ילדים של בני זוג המתגרשים זה מזה בתביעת גירושין". כלומר, לא רק שעניין חינוך הילדים אינו בכלל החזקתם, אלא שזהו גם עניין שההורה לא יכול לכורכו כלל כשמוסדר עניין הגירושין בבית הדין.

ג 5. הסכמת הצדדים בעניין שאינו מעמד אישי – ביטול סמכות בתי הדין לדון כבוררים

על פי סעיף 9 בחשבד"ר עניינים שאינם בגדר סמכותו הייחודית של בית הדין הרבני, אך הם ענייני מעמד אישי או ירושה, יכולים להיות נידונים בבית הדין בהסכמת שני הצדדים הנוגעים בדבר. אולם האם יש קונסטרוקציה חוקית אחרת המאפשרת לבתי הדין הרבניים לדון בעניינים שאינם מעמד אישי או ירושה, כגון בדיני ממונות?

בתקופת ממשלת המנדט, בשלהי שנת 1927 נקבעו תקנות כנסת ישראל ושם בסעיף 3 הוגדרו מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות המקומיות כמוסדות כנסת ישראל. בסעיף 6(1) נקבעה סמכותן המשפטית של לשכות הרבנות: "כל לשכת רבנות תשמש בית דין רבני ממדרגה ראשונה באותם המקומות שייקבעו ע"י מועצת הרבנות הראשית, ותהיה לה אותה הסמכות המסורה לבתי הדין של כנסת ישראל בישראל עפ"י כל דבר מלך במועצתו או עפ"י כל פקודה או עפ"י כל חוק אחר של מדינת ישראל".

עוד נקבע בסעיף 10(ד) לתקנות כי מועצת הרבנות הראשית ולשכות הרבנות רשאיות: "ליישב עפ"י הוראות פקודת הבוררות הנוהגת מזמן לזמן, כל סכסוכים בין יהודים מקום שנכתב שטר בוררין על ידי שני הצדדים".

כלומר ניתנה למוסדות אלה סמכות לדון כבוררים בכל ענין כולל ענייני הממונות כאשר הצדדים הסכימו לחתום על שטר בוררות, אף שמדובר במוסדות ייצוגיים של כנסת ישראל.

מבחינה מציאותית, במשך עשרות שנים עד לפסק הדין בבג"ץ סימה אמיר[44] שניתן בשנת 2006, בתי הדין הרבניים היו דנים בדיני ממונות מכוח חוק הבוררות כשהצדדים היו חותמים על שטר בוררות, ופסקי הדין היו נאכפים לאחר שאושרו בבית המשפט המחוזי, כמו כל פסק דין שניתן בבוררות. אמנם בית הדין לא ראה את סמכותו לדון מכוח שטר הבוררות, אך לא היה ניתן לאכוף את פסק הדין ללא חתימה על שטר הבוררות. וכפי שהדגיש זאת הרב דיכובסקי[45]:

> בבתי הדין הרבניים נידונים גם דיני ממונות. דיון כזה מתקיים – בהעדר סמכות חוקית – בהסכמת הצדדים ובחתימה של שטר בוררות.

> במסגרת אחד מפסקי הדין הללו קבענו כי חתימה על שטר בוררות אינה תנאי לסמכות בית הדין. סמכותו של בית הדין נובעת מן החוק האלוקי של 'ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם' ומכוח שליחותם של חכמינו הקדמונים. על כן כל יהודי שומר מצוות כפוף באופן טבעי לשיפוטו של בי"ד רבני. חתימה על שטר בוררות נועדה רק לספק כלים לביה"ד לביצוע פסק דינו, אולם אין בכך תנאי לסמכותו השיפוטית של ביה"ד (תיק מג/14603)

פסה"ד בעניין 'סימה אמיר' עסק בהסכם גירושין שאושר בבית הדין והופר לאחר מכן. בהסכם נקבע כי אם לאחר הגירושין יתגלעו חילוקי דעות בין בני הזוג, בני הזוג מתחייבים להגיש את התביעה לבתי הדין הרבניים בלבד.

---

43 בג"ץ 9539/00 **איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים**, פ"ד נו(1) 125, 132 (2002).

44 בג"ץ 8638/03 **סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** (פורסם בנבו, 6.4.2006)

45 ש' דיכובסקי "בתי דין רבניים-ממלכתיים: בעיותיהם והישגיהם" **דיני ישראל** יג-יד, ז, טז (תשמ"ו-תשמ"ט).

בפסק דינה דנה השופטת פרוקצ'יה בשאלה האם יכול בית הדין הרבני לקנות סמכות ולדון בעניין מכוח הסמכת הצדדים כבורר על פי חוק הבוררות. פורקצ'יה ניתחה את היסודות לסמכות בית הדין הרבני וקבעה כי מכיוון שבית הדין הרבני הינו ערכאת שיפוט ממלכתית, אשר הוקמה מכוח החשבד"ר, חל עליו עקרון החוקיות ואין לו סמכות אלא במה שהחוק מקנה לו, והחוק נתון לפרשנות ההלכה הפסוקה. החוק קובע בסעיף 9 לחשבד"ר שלבית הדין הרבני יש סמכות לדון בהסכמת הצדדים בענייני המעמד האישי או ירושה וממילא ברור שעניינים אחרים שאינם מופיעים בחוק אינם בסמכותו.

בנוגע למקור סמכות מתקנות כנסת ישראל קובעת השופטת כי עם קום המדינה חדלה "כנסת ישראל" כמשמעותה בעת שלטון המנדט, להתקיים, ונפסקה[46] כבר הלכה בבית המשפט כי לתקנות אלה שוב אין עוד תוקף.

השופטת מציינת קשיים נוספים בנוהג של בתי הדין לדון מכוח בוררות[47]:

> נוצר בפרקטיקה זו טשטוש תחומים בפעולת בית הדין עצמו ביחס לבסיס הדיוני עליו מושתתת הכרעתו: האם מדובר בהכרעה המצויה במסגרת סמכותו הממלכתית של בית הדין, הכפופה לביקורת בית המשפט הגבוה לצדק... או שמא מדובר בסמכות לבר-סטטוטורית, הבנויה על תשתית אחרת שמקורה בהסכמת הצדדים, ונתונה לביקורת ערכאה שיפוטית אחרת, כגון בית המשפט המחוזי על פי חוק הבוררות?... יתר על כן, המציאות בה בית המשפט המחוזי עשוי לפקח מכח חוק הבוררות על החלטות בית הדין הרבני בתורת בורר עלולה לפגוע באיזון הראוי בין הערכאות, ולהביא להחרפת המתח בין זרועות השיפוט האזרחיות לדתיות... בית הדין הרבני, המתיימר לפעול כבורר בין צדדים, פועל עדיין תחת הכסות והסממנים של תפקידו הממלכתי. הוא עושה שימוש לצורך כך במערכת הפיסית והארגונית של בית הדין, במימון המדינה... והתקציב הממשלתי משמשים אותו גם לפונקציה זו, שאינה, על פי טיבה, בעלת אופי ממלכתי. את הזמן שעליו להקדיש לענייני המעמד האישי שבגדר תפקידו הרשמי הוא מקצה בחלקו לפונקציה שיפוטית אחרת שאינה מטעמה של המדינה.

פסק הדין חולל שינוי יסודי וגזר על בתי הדין הרבניים להפסיק את אשר נהגו מקדמת דנא לדון בענייני ממון, ועורר סערה בבתי הדין. כחודש לאחר מכן הגיב בית הדין הגדול באחד מפסקיו לבג"ץ סימה אמיר[48]:

> עלינו לציין במאמר מוסגר, שפסיקת בג"ץ מהווה פגיעה קשה ב"סטטוס קוו" וביחסי בתי הדין עם בתי המשפט. בתי הדין הרבניים לא נולדו עם הקמת המדינה. בתי דין אלו קיימים מאז מעמד הר סיני... בארץ ישראל היו בתי דין רבניים במשך אלפי שנים. בתקופת המנדט הבריטי ובתקופה העותומנית שימשו בתי הדין הרבניים בכל הפונקציות השיפוטיות, והיתה להם סמכות שלטונית לפסוק ולבצע. מדינת ישראל קיבלה את בתי הדין הרבניים כיצור חי וקיים, אלא שהעניקה להם סמכות פורמלית בקטע צר של דיני משפחה. אולם בתי הדין המשיכו להתקיים במלוא מעמדם בכל התחומים האחרים בהסכמת הצדדים. הדרך הפורמלית לביצוע פסק הדין נעשתה באמצעות שטר בוררות, שמטרתו היתה לאפשר לזוכה להפעיל את פסק הדין באמצעות ההוצאה לפועל. בג"ץ ורשויות המשפט האחרות כיבדו וביצעו את פסקי הדין הללו מאז קום המדינה, ללא עוררין. בכל הפעמים שהנושא עלה לדיון משפטי, לא עוררו סמכותו ומעמדו של ביה"ד בנושאים אלו. יש לציין שאזרחים שומרי מצוות מצווים לפי ההלכה להתדיין בבי"ד רבני, והם עושים זאת בהסכמה של שני הצדדים. האלטרנטיבה המוצעת להם לפנות לבתי דין פרטיים, שהמצב בחלק גדול מהם אינו מניח את הדעת, פוגעת ביכולתם של שומרי מצוות לקיים את מצוות הדת כראוי.

---

46 ע"פ 427/64 **יאיר נ' מדינת ישראל**, פד"י יט(3) 402.

47 לעיל הערה 44 בפסקה 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

48 בית דין הגדול, תיק מס': 1 - 24 – 5305, פס"ד רל' במאגר המקוון. בהרכב הדיינים הרבנים: דיכובסקי, בן שמעון, בר שלום. דברים מעין אלה משמיענו השופט צ' טל שהיה בדעת מיעוט בבג"ץ 3269/95 **כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים** , פ"ד נ(4) 590, 617 (1996): "בתי-דין לפי דין תורה קיימים ועומדים בישראל מימות עולם. חכמינו מזכירים את בית-דינו של משה רבנו ... וממנו ואילך נמשכת שלשלת הקבלה ונמשך די תורה, בלא הפסק, עד ימינו אלה. ... בית הדין הרבני שבדורנו, גם הוא חוליה בשלשלת זו. בניגוד למה שיכול להשתמע מדברי חברי, השופט זמיר, ומפי הפסיקה שהביא, לא מדינת ישראל הקימה את בית הדין הרבני. בית הדין הרבני קדם לתקומתה של מדינת ישראל. ... המחוקק הישראלי, כאשר בא בשנת תשי"ג (1953) לקבוע תחום שיפוטם של בתי-דין רבניים, מצא גם הוא לפניו בתי-דין קיימים ועומדים. חוק שיפוט בתי דין רבניים אינו מקים בתי-דין רבניים. הוא אך נותן גושפנקא ממלכתית לשיפוטם של בתי-דין הקיימים זה מכבר. ... פירוש הדבר שהמחוקק ניצל מכשיר קיים, בית-דין רבני, והעניק לו שיפוט ייחודי ממלכתי בענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל, ושיפוט מקביל, בהסכמת כל הצדדים, בשאר ענייני המעמד האישי. בעניינים אלו, ובהם בלבד, פועל בית הדין הרבני כמוסד שלטוני וכאורגן רשמי של המדינה. האם בכך ניטל ממנו או נגרע ממנו כוחו שהיה לו מאז ומקדם?! סבורני שאין הדבר כך".

גם בכנס הדיינים-התש"ע נמתחה ביקורת קשה מפיו של פרופ' שוחטמן על בג"ץ 'סימה אמיר', שהגדיר אותו "טעות בדבר משנה" וכך הוא סיכם את עמדתו[49]:

> פסק-הדין בפרשת סימה אמיר, בו נעקרה מבתי-הדין הרבניים סמכות רבת-שנים, המעוגנת בחוק, לשמש כערכאת שיפוט דתית, בהסכמת הצדדים, תוך התעלמות מן הגיבוי שקיבלו בתי-הדין הרבניים במרוצת השנים מהמערכת המשפטית כולה, ותוך מתן פירוש לסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה, המתעלם מן ההיסטוריה החקיקתית של החוק ומדברי חקיקה אחרים, המאשרים את הכרת המחוקק במעמדו הייחודי של בית-הדין הרבני, הרשאי לפעול בשתי הפונקציות גם יחד: גוף שיפוטי שמכוח החוק, וערכאת שיפוט דתית שמכוח הסכמת הצדדים, הוא בגדר של "טעות בדבר משנה"... על המחוקק לומר את דברו, ולהחזיר לבתי-הדין הרבניים את מעמדם מימים ימימה. זהו צורך של הציבור שומר תורה ומצוות במדינה, הנצרך – מבחינה הלכתית – לשירותיו של בית-דין קבוע (הנבחר על-ידי המדינה ורשויותיה, ומכוח הסכמת הציבור), הדן דין תורה, לצורך הכרעה בסכסוכים אזרחיים ועוד. זהו גם צורך של מדינת-ישראל, כמדינה יהודית, לדאוג להמשך יישומו ופיתוחו של המשפט העברי על-ידי הגופים השיפוטיים הממלכתיים שלה.

היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים, עו"ד שמעון יעקובי, אף הוא מתח ביקורת על בג"ץ סימה אמיר בכנס הדיינים תש"ע. בין יתר נימוקיו הוא קובע כי ניתן לעגן את הסמכות לדון כפונקציה שיפוטית דתית גם בסיפא של סימן 83 לדבר המלך במועצה על ארץ ישראל: "כל עדה דתית תיהנה מעצמאות בעניינים הפנימיים של העדה, בכפוף לכל פקודה או צו". סימוכין נוספים

הוא מוצא בתקנות הדיינים (אגרות), התשי"ז-1957, העוסקות גם בגביית אגרה בתיקי בוררות הנדונים בבתי הדין הרבניים. יעקובי אף דוחה את הקשיים שהציגה השופטת פרוקצ'יה בנוהל הבוררות בבתי הדין[50]:

> הטענה שכאילו בית הדין הרבני היושב כבורר, עושה שימוש במשאבי המדינה ללא סמכות או כי יש בכך פגיעה בתפקוד בתי הדין על חשבון דיונים בעניני גירושין, הינה נטולת בסיס. ...תיקי ממונות היו תמיד חלק בלתי נפרד מכלל התיקים של בתי הדין, והם נשקלו כדבר שבשגרה בדיוני התקציב של כל שנה לקראת תקציב השנה הבאה. חוקי תקציב המדינה הסדירו כדין את היבטי התקציב של בתי הדין הרבניים ובכלל האמור נשקלו הצרכים עקב תיקי בוררות הנפתחים בבתי הדין הרבניים מאז ומתמיד.
>
> הטענה שכאילו עלול להיווצר בלבול בין ישיבת בית הדין כבורר לבין ישיבתו כערכאת שיפוט אינה יכולה לעמוד. על פי החוק, בית משפט שלום יכול לשבת כבורר בדונו בתיקי תביעות קטנות. אם מוכרת בחוק הסכמת צדדים למסור מחלוקות ביניהם להכרעת בית משפט שלום לתביעות קטנות כבורר, ואין בכך כדי לטשטש את המציאות כי מדובר בהכרעה במסגרת בוררות, והסכם בוררות לעניין זה הינו בר תוקף, ניתן לעשות כן גם לגבי בית דין רבני. לטענת "הטשטוש" אין אפוא אחיזה.

יעקובי מסכם, כי הזכות להישפט על ידי מוסד דתי מדינתי בעניינים שבין אדם לחברו כאשר שני הצדדים מסכימים על כך, מבטאת את חופש הגישה לערכאות שהינה זכות יסוד במשפט הישראלי. בתי הדין הפרטיים אינם נותנים מענה הולם לכך[51] ובמקומות רבים בארץ אינם בנמצא.

במהלך השנים מאז בג"ץ סימה אמיר נעשו כמה ניסיונות לתקן את המצב בחקיקה ואף היו דיונים בהצעות חוק בנושא זה בוועדת חוקה חוק ומשפט, אך הטיפול בכך נעצר שם. בפועל, המצב כיום הוא שבתי הדין הרבניים אינם דנים בעניני ממונות.

---

49 א' שוחטמן, **כנס הדיינים תש"ע** 178,136 עורכים: א' צ' שינפלד, ש' יעקבי ור' רכס (תשע"ב). לדעתו הסיבה שעד שנת 1990 לא העלתה המערכת המשפטית ספקות בנוהג זה היא: "ההבנה ששררה אז בקרב המערכת המשפטית כולה הייתה, שבשבתו כבורר, אין בית-הדין הרבני פועל כבית משפט של המדינה, ועל-כן אינו מוגבל לסמכויות שהוקנו לו בחוק. לפי תפיסה זו, בשבתו כבורר, אין בית-הדין הרבני פוגע בעיקרון החוקיות, באשר במעמדו כערכאת שיפוט דתית, אינו מחויב כלל למסגרת הסמכויות שנקבעה לו בחוק שיפוט בתי דין רבניים".

50 שם בעמ' 192.

51 וראה עמיחי רדזינר "בית הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית הדין הרשמי" **משפט וממשל** יג 271 תשע"א. במאמרו הוא מסביר כיצד פסיקתו של בג"ץ פוגעת קשות במעמדו ההלכתי של בית הדין הרבני המדינתי בעיני הציבור הנזקק לשירותיו של בית דין דתי, שמבחינתו בית הדין המסורתי בעם ישראל אמור לטפל במכלול הסכסוכים המשפטיים ובמיוחד בדיני הממונות. פגיעה זו גרמה לעלייה במעמדם ההלכתי של בתי הדין הפרטיים.

ג 6. החובה לפסוק על פי הדין והפסיקה האזרחית – ביטול הסמכות לדון עפ"י דין התורה.

עד כה עסקנו בפגיעה בבתי הדין באופן שבית המשפט נטל מבתי הדין סמכויות שהיו בידם או פירש בפרשנות מצמצמת את סמכותם. הפגיעה שתוצג להלן מהותית ונוגעת לעצם תוכן הפסיקה של בתי הדין. ייחודיותם של בתי הדין ניטלה מהם גם במה שמוסכם על הכל שיש להם סמכות לדון.

מאז ומעולם בתי הדין הרבניים פסקו את הדין בעניינים שבאו לפניהם על פי דין תורה. כאמור, בתקופת המנדט ועם הקמת המדינה צומצמה סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים לעניינים מסוימים ונקבעה מאוחר יותר בחוק כסמכות שיפוט ייחודית, הכוללת את ענייני הנישואין והגירושין וכל עניין הנכרך בגירושין, לרבות ענייני רכוש בין בני זוג. בחוק אמנם לא היה מפורש על פי איזה דין יפסקו הדיינים, אך היה ברור ומובן מאליו, כי הדיינים פוסקים בעניינים שבסמכותם על פי דין תורה שלפיו הוכשרו להיות דיינים.

גם בפסיקת בית המשפט העליון היה ברור כי: "הסמכות המורחבת שניתנה לבתי־הדין הרבניים עם פרסום חוק נישואין וגירושין, לא היתה "סמכות לשם סמכות" בעלמא, אלא: **סמכות למען שינוי תוכן**, כדי להבטיח את שימושו הנכון והמדוייק של חוק מסויים, הוא: דיני ישראל. ביקשו את "הקנקן" והתכוונו ל"מה שיש בו""[52].

ההלכה הפסוקה בבית המשפט העליון הייתה כפי שנקבע בבג"ץ וילוזני[53]:

> הסמכות, שהוענקה לבתי הדין הרבניים לפי חוקי המדינה, היא לדון - בעניינים שנמסרו לסמכות שיפוטם - על-פי המשפט שלפיו דן בית הדין הרבני, היינו המשפט העברי, פרט למקרה שמצויה הוראת חוק מיוחדת, המופנית אל בית הדין הרבני והקובעת מפורשות, כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראת חוק זו.

כך לדוגמא, סעיף 7(ב) לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 וסעיף 13(ב) לחוק יחסי ממון, הקובעים מפורשות כי על בית הדין לדון על פי אותו חוק.

גם מאוחר יותר כשעלתה סוגיה זו שוב לדיון - על פי איזה דין יפסוק בית הדין הרבני בעניינים שבסמכות שיפוטו - קבע השופט אלון כי[54]:

> התשובה על כך ברורה. 'הדין הולך אחר הדיין', ובהיעדר הוראת חוק מפורשת אחרת, ידון בית הדין לפי הדין הדתי שלפיו הוא דן. הלכה זו מקובלת היא מימים ימימה.

אלא שבבג"ץ 'בבלי'[55] שניתן לאחר פחות משנה, נהפכה הקערה על פיה.

השופט אהרן ברק קבע כי ההלכה שהייתה מקובלת במשך 54 שנה ונקבעה בבית המשפט העליון, לא הייתה אלא אמרת אגב ויסודה בטעות. על בית הדין הרבני בדונו בענייני רכוש הנכרכים בעניין הגירושין להכריע על פי המשפט האזרחי הכללי, כולל על פי הלכותיו של בית המשפט העליון. המשמעות היא שגם בחלקה הדלה שנותרה בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים חויבו הדיינים לפסוק על פי החוק והפסיקה האזרחיים, משל היו עוד ערכאה אזרחית או סניף של בית המשפט.

השופט אלון הגיב בחריפות למהפכה שחולל ברק[56]:

> מהפכה חדשה באה לעולם! וכדרכה של מהפכה הנשק הוא לא קונוונציונלי. אמירות ופסיקות קודמות של בית המשפט העליון, שהן גוף פסק הדין ויסודו, נהפכות לאמרות אגב. ואם לא די בכך, הרי, כך נקבע, אמרות אלה בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן, שומר משפטו ירחק מהן...לבוא ולומר לשופט שכתב את פסק הדין שדבריו נאמרו דרך

---

52 השופט זילברג בע"א 238/53 **בוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד ח 4, 19 (1954).

53 בג"ץ 323/81 **וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים** פ"ד לו(2) 733, 739-738 (1982).

54 בג"ץ 609/92 **בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד מז(3) 288 (1993).

55 בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד מח(2) 221 (1994).

56 מ' אלון '"אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן' – ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב" **רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית** 361, 375, 381 (מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר עורכים) תשנ"ח.

> אגב, כשברור ממה שכתוב ומודפס שלא כך הדבר, זו בוודאי איננה מסמכותו הראויה של שופט. לדעתי עם כל הכבוד, מוטב לומר בגלוי כי הכוונה היא לשנות סדרי בראשית ולהפוך את הקערה על פיה, מאשר להציג את הדברים כך שפסיקה ברורה נהפכת לאמרת אגב.

שלושה ימים בלבד לאחר מתן פסק הדין בבג"ץ בבלי, ניתן פסק דין נוסף של השופט ברק בבג"ץ 'לב' העוסק בשיקולים שעל בית הדין לקחת בחשבון, שעה שהוא מחליט על צו עיכוב יציאה מן הארץ. פסק דין זה הכפיף את בתי הדין לעקרונות החוק והפסיקה האזרחית גם בתחום סדרי הדין וקבע כי[57]:

> סמכותו הטבועה של בית-דין רבני לקבוע סדרי דין בכלל, וסדרי דין בדבר עיכוב יציאה מהארץ בפרט, מוגבלת על-פי האיזון הראוי בין הערכים, האינטרסים והעקרונות המאפיינים את המשפט הישראלי... בכך יובטח כי ערכי היסוד ועקרונות היסוד, המונחים בתשתית שיטת המשפט שלנו, יזכו להגנה ולהגשמה אחידה בגדרי הדין הדיוני בפני כל ערכאות השיפוט בישראל .

משמעות הדברים היא שלאחר פרשיות בבלי ולב, בית הדין יכול לפסוק על פי המשפט העברי רק בנושאים של נישואין וגירושין במובנם הצר, ומי שיקבע את מידת צרותו יהיה כפי הנראה בית המשפט העליון וכהוראתו המצמצמת של השופט ברנזון שהבאנו בראשית דברינו[58].

דברים נוקבים בדבר סופה של מערכת המתנתקת לגמרי ממסורת ישראל משמיענו השופט אלון[59]:

> את מקורות המשפט העברי למדו, לומדים וילמדו מאות אלפים – זקנים, טף ונוער – יום יום, שעה שעה, בארץ וברחבי העולם... מערכת משפטית שאינה יונקת משורשי העבר, וחיה ויונקת ממערכות של אומות וארצות אחרות, אינה משתלבת בהיסטוריה זו, וגורלה ועתידה כגורלן ועתידן של תרבויות שונות שבני העם הזה חיו על פיהן במשך תקופות מסוימות ושלא נקלטו כנכסי ברזל שלה. כך עלה בגורלה של ההתייוונות בימים קדומים ושל תופעות מקבילות ודומות בדורות האחרונים.

ג 7. הידוק הביקורת על בתי הדין – (פס"ד 'פלונית נ' פלוני' המכונה בג"ץ 'הבוגדת').

בג"ץ בבלי עודנו משפיע בסוגיות ערכיות שעולות בפני בתי הדין. לאחרונה עסק בית הדין האזורי בחיפה בסוגיה של חלוקת רכוש בין בני זוג כשבמוקד הסכסוך הייתה דירת מגורים שנבנתה על מגרש אותו קיבל הבעל בירושה. אף שעל פי חוק יחסי ממון אין נכס מעין זה (להלן: נכס חיצוני) נכלל באיזון המשאבים, מצאה לה הפסיקה דרך לקבוע כי בתנאים מסוימים גם נכס חיצוני יאוזן בין הצדדים. הלכה זו מכונה 'הלכת השיתוף הספציפי'. העיקרון העומד בבסיס הלכה זו הוא שישנם מצבים שמוכח בהם שהייתה כוונה לשתף את בן או בת זוג בנכס חיצוני וממילא בעת גירושין יחלקו ביניהם את הנכס בשווה.

בית הדין הגדול הפך את פסיקת בית הדין האזורי וקבע כי לא הוכחה כוונת שיתוף. בדברי אחד מהדיינים הועלתה טענה מסייעת אך לא מכריעה, כי מאחר והאישה בגדה בבעלה, טענת שיתוף דרך ציר ה'שיתוף הספציפי' אינה קבילה. האישה עתרה לבג"ץ כשעיקר טענתה היא שהפסיקה קבעה כבר כהלכה שאין להכניס שיקולי נאמנות מינית בחלוקת רכוש בין בני זוג. שניים משופטי בג"ץ קבעו שאין להתערב בפסק דינו של בית הדין, אך השופט עמית, בדעת המיעוט, קבע כי פסק דין זה מסיג את שיטת המשפט לימים של טרום הלכת בבלי, מאחר שנראה מפסק בית הדין "כי מעשה הבגידה של העותרת, הוא שהיטה את הכף לחובתה. בכך התיימר בית הדין להחיל את הדין הדתי על ענייני רכוש, בניגוד להלכה הפסוקה, ובכך חרג הוא מסמכותו[60] " ועל כן צריך "וראוי לחזור ולומר את הדברים

57 בג"ץ 3914/92 **לאה לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו** פ"ד מח(2) 492, 510 (1994).

58 לעיל ליד הערה 7.

59 לעיל הערה 56 בעמ' 404.

60 פסקה 7 לפסק דינו של השופט עמית.

בקול ברור וצלול: ענייני הרכוש בין בני הזוג אינם חלק מענייני הנישואין והגירושין עליהם חל הדין הדתי... הלכת בבלי היא אבן פינה במשפטנו, וכוחה במותניה גם בחלוף למעלה מחצי יובל[61]".

בכך לא תם ונשלם העניין. ארגוני הנשים לחצו לבקשת דיון נוסף בבג"ץ ובמקביל הגישו בקשה להצטרף כידידי בית המשפט[62]. הבקשה אושרה על ידי נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות לדיון נוסף מורחב בהרכב של תשעה שופטים[63]. בדיון הנוסף הפך בג"ץ את החלטתו בהרכבו הקודם כאשר ששת שופטי הרוב ובראשם הנשיאה דואגים להזכיר, כל אחד בנפרד, כי הלכת בבלי היא המצפן שצריך לכוון את בתי הדין הרבניים בענייני חלוקת רכוש בין בני זוג.

ג 8. מחיקת ערך הנאמנות מהגדרת המשפחה גם במקום בגידה ממושכת.

ביה"ד הרבני הגדול[64] קבע כי בגידת סתר ממושכת מובילה ל'שיתופיות מוחלשת' שיש בה כדי להשפיע על מועד הקרע ועל אופן חלוקת הרכוש תוך שימוש בסעיף 8 לחוק יחסי ממון. ביה"ד קבע כי ממועד הנישואין ועד מועד התבססות הקשר עם הגבר הזר, איזון הנכסים יהיה באופן שווה, ואילו מ'בגידת הסתר' ועד מועד הגשת תביעת הגירושין, איזון הנכסים יהיה ביחס של 80% לאיש ו־20% לאישה.

ביה"ד הדגיש כי הבסיס לקביעה זו הוא עובדתי ולא ערכי. השאלה אינה מי אשֵם בפירוק הנישואין אלא עובדתית – מה היה מצב השיתופיות בין בני הזוג במהלך הנישואין. מצב שבו אחד מבני הזוג מנהל מערכות יחסים מקבילות לאורך זמן רב, ובמיוחד בלא ידיעת בן הזוג האחר, יש בו כדי ללמד על חולשתה של השיתופיות ביניהם.

ביה"ד הוסיף כי לדעתו בגידה מוסתרת מבן הזוג משמעה למעשה כפיית שיתוף על בן הזוג, אשר אין לפניו כל המידע הרלוונטי המאפשר לקבל החלטה מושכלת בעניין המשך הנישואין.

בעתירתה, האישה טענה כי הן בית הדין הרבני הגדול, והן בית הדין הרבני האזורי, ביססו את הכרעתם לעניין חלוקת הרכוש בין הצדדים על שיקולי נאמנות מינית בלבד, בניגוד לפסיקת בית המשפט, ובניגוד לתכליתו של חוק יחסי ממון. משכך, קמה עילת התערבות בפסקי הדין בעניינה. העותרת טענה בנוסף כי בהתאם לדין האזרחי אין להעניק משקל לשיקולי אשם במסגרת הדיון שנוגע לחלוקת הרכוש בין בני זוג שנפרדו, ובפרט לשיקולי נאמנות מינית במסגרת חיי הנישואין.

השופט פוגלמן כתב בפסה"ד[65]: "בית משפט זה קבע לא אחת כי אי - נאמנות מינית, כשלעצמה, אינה מצדיקה חריגה מן ההסדרים לעניין חלוקת הרכוש בין הצדדים, וכי אין לאשם היחסי בפירוק חיי הנישואין נפקות לעניין חלוקת הרכוש". לדעתו: "אי - נאמנות מינית ממושכת אינה שקולה ל"חיים כפולים". לשיטתו, רק למערכת ממונית מקבילה למשק הבית עשויות להיות השלכות בחלוקת הרכוש הזוגי.

מסקנתו הייתה כי אין לסטות מהחלוקה השוויונית שנקבעה בחוק, והוא הורה כי פסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול ושל בית הדין האזורי מבוטלים:

> "בעיני, לא היה מקום ליתן משקל להתנהלות זו של העותרת בחלוקת הרכוש ביניהם. קביעה זו צועדת בתלם פסיקתנו שמפרידה בין שיקולי אשמה לבין חלוקת הרכוש בין בני הזוג בפירוק החיים המשותפים... אשר על כן, אציע לחבריי לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולהורות כי פסקי הדין של בית הדין הרבני הגדול ושל בית הדין הרבני האזורי – מבוטלים".

61 פסקה 12-11 לפסק דינו של השופט עמית.

62 הבקשה לדיון נוסף הוגשה על ידי התוכנית לסיוע משפטי לנשים בענייני משפחה במרכז רקמן לקידום מעמד האשה. בקשת ההצטרפות כידידי בית המשפט הוגשה על ידי: מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל, נעמת תנועת נשים עובדות ומתנדבות, מבוי סתום וקולך – פורום נשים דתיות ושדולת הנשים בישראל.

63 דנג"ץ 8537/18. לאחר אישור הבקשה הגישו גם ארגונים נוספים בקשה להצטרף כידידי בית המשפט ובהם תנועת בוחרים במשפחה וארגון תורת המדינה.

64 תיק 992261/3.

65 בג"ץ 19/8463.

משמעות פסק הדין היא שבעיניו של בית המשפט מוסד המשפחה הוא כעין משק בית ותו לא. בית המשפט מחק את חובת הנאמנות לאישות בין איש לאשתו מתוך הגדרת המשפחה. לדידו, אפילו בגידה מתמשכת ונסתרת, 'חיים כפולים' בליבת הגדרת המשפחה, אינה פרמטר בדיני המשפחה. לא זו אף זו, בית המשפט מחייב את בתי הדין לקבל הגדרות אלה ולפסוק על פיהן.

ג 9. סמכות בתי הדין בענייני הקדשות דתיים - הפקעת הסמכות לדון בענייני הקדש דתי שנוצר לפני בי"ד שרעי עד 2291

בתקנות דבר המלך במועצתו, שהיוו את הבסיס המשפטי למנדט הבריטי, הוענקה בשנת 1922 סמכות שיפוט ייחודית לבתי הדין הרבניים בנוגע ליצירתם וניהולם של הקדשות שנוסדו בפני בתי הדין הרבניים. בשנת 1925 נקבעה פקודת בתי הדין האזרחיים והדתיים (שיפוט). בסעיף 2 לפקודה ניתנה הזדמנות למי שייסד הקדש בפני בית דין שרעי בתקופה העות'מנית להמירו להקדש אזרחי. לגבי הקדשות שלא הומרו, נקבע בסעיף 3 כי הסמכות לדון בענייני ההקדש תהיה לבית הדין הדתי של העדה שהמקדיש השתייך אליה. לאור זאת ראו עצמם בתי הדין הדתיים מוסמכים לדון בענייני הקדשות דתיים שנוסדו על ידי בני עדתם בפני בתי הדין השרעיים עד שנת 1922 ושלא הומרו להקדשות לצרכי צדקה.

סוגיה זו הובאה לדיון כבר בתקופת המנדט הבריטי בפני בית הדין המיוחד, שפסק במחלוקות בענייני סמכויות שבין בתי הדין הדתיים לבתי המשפט האזרחיים. בבד"מ 1/43 נקבע כי הסמכות לדון בניהולו של הקדש שנוסד בתקופת השלטון העות'מני בבית הדין השרעי כאשר המקדישים הם חברי עדה דתית אחרת ולא המירו את ההקדש להקדש לצרכי צדקה, נתונה לבתי הדין הדתיים מהעדה הדתית של המקדישים, לפי הוראות סעיף 3 לפקודת השיפוט.

בשנת 1958 החליט בג"ץ 59/58 לעניין הקדשות של נוצרים כי הלכת בד"מ 1/43 בטעות יסודה, ולכן הוראותיה בטלות מעיקרן. בשנת 1963 בע"א 262/62 בית המשפט העליון אימץ את ההלכה שנקבעה בבד"מ 1/60 לפיה בית המשפט העליון אינו יכול לפסוק בניגוד לפסיקה שנקבעה בבית הדין המיוחד, ועל כן ההלכה שקבע בית הדין המיוחד בבד"מ 1/43 היא הקובעת.

בשנת 1996 בבד"מ 5257/94 פודהורצר נ' קופרשטוק, התבקש בית הדין המיוחד להכריע בשאלה, האם שאלות המתייחסות לניהול הקדש שנוצר על ידי יהודי בשנת 1913 לפני בית דין שרעי, מצויות בסמכותו של בית דין רבני או בסמכותם של בתי המשפט האזרחיים.

נקבע כי כיוון שבג"ץ 59/58, קבע כי סעיף 3 לפקודת השיפוט בטל, הרי שבלית ברירה יש לקבוע כי אין הוראה חוקית המסמיכה את בתי הדין הרבניים לדון בהקדשות דתיים שנוסדו בתקופת השלטון העות'מני בפני בית הדין השרעי. הוראות סעיף 3 לפקודה חורגות מהסמכות שניתנה לבתי הדין הדתיים בדבר המלך ולפיכך הן בטלות. לאור בטלות הפקודה, הסמכות לדון בענייני אותם הקדשות ניתנה לבית המשפט המחוזי.

הרב יוסף נדב, חבר ההרכב בבית הדין המיוחד בעניין פודהורצר שהיה בדעת המיעוט וסבר כי יש סמכות לבתי הדין לדון בהקדשות אלו, כתב:

> "מדובר כאן בשינוי הלכה הנוהגת למעשה מאז קום המדינה, ועוד לפני כן. כל רשויות המדינה ראו בהלכה שנפסקה בבד"מ 1/43 הלכה מחייבת ופעלו לפיה, לפחות לגבי בתי הדין הרבניים. ענינם של מאות הקדשות שהוקמו בתקופה העותומנית מצוי בשיפוטם של בתי דין רבניים בהתאם להלכה המשפטית האמורה, וניתנו בתיקים אלו פסקי דין רבים, וכמו כן אפוטרופסים שמונו בתיקים אלה על ידי בתי הדין הרבניים ביצעו פעולות משפטיות רבות בשם ההקדש".

חשוב לציין כי השופט שלמה לוין, שכתב את פסק הדין פודהורצר וביטל את סמכות בתי הדין, קבע כי יש להעניק לבתי הדין סמכות זו בחקיקה:

> "התוצאה שאליה הגעתי היא שאין אנו (בד"מ פודהורצר. ק"י) מוסמכים לדון בנושא שהועבר להכרעתנו. הגעתי לתוצאה זו שלא ברצון, אנוס על פי הדין. לדידי, אין הבדל של ממש בין הטיפול בבית הדין הרבני בהקדשים שנערכו לפניו לפי סימן 53 (3) לבין הקדשים שנערכו על-ידי יהודים לפני בית דין שרעי לפני שנת 1922 שלא לטובת

מוסלמים. שיקולים שבאינטגרטיביות של השיטה המשפטית מצדיקים שאותה ערכאה תדון בהקדשים משני הסוגים. מן הראוי שהמחוקק יתן את דעתו על עניין זה"[66].

המצב שנוצר הוא שבתי הדין הדתיים אינם רשאים עוד לדון בענייני אותם הקדשות, אף שמדובר בהקדשות שבתקופת השלטון העות'מני לא הייתה אפשרות חוקית להקימם בפני בתי הדין הדתיים זולת בית הדין המוסלמי. הקדשות בהם המקדישים או האפוטרופסים על ההקדש פעלו בהסתמכם על הפקודה, ובחרו שלא להמיר את ההקדש להקדש אזרחי. במשך השנים ועד לבד"מ פודהורצר הובאו ענייניהם של אותם הקדשות בפני בתי הדין הדתיים, והדיונים לגביהם התנהלו בבתי הדין. בנוסף לכך, משמעות פסק הדין היא שהחלטות שיפוטיות שניתנו מאז נכנסה הפקודה לתוקפה ועד למתן פסק דין פודהורצר -אשר במציאות פעלו לפיהן- הפכו לחסרות תוקף.

מדובר בסוגיה בה בג"ץ התעלם מפסיקת בד"מ שקבע סמכות לבתי הדין והכפיף את בד"מ לפסיקתו, דוגמא נוספת של הצרת צעדיהם של בתי הדין ע"י בג"ץ.

ג 10. מעמדם וסמכותם של רבנים לעניין בירורי יהדות וכשירות לנישואין – מניעת רישום טעוני בירור במאגר

בשנת התש"ע (2010) קבעו חֲבֶר דייני בית הדין הרבני הגדול ומועצת הרבנות הראשית לישראל הנחיות לבירור יהדות לצורך נישואין או עקב גירושין. סע' 2(א) בהנחיות קובע: "לא יאשר רב רושם נישואין עריכת חופה וקידושין ללא בירור יהדותם של בני הזוג לפי הנחיות אלה". ביום ח' בכסלו תשע"ז (8.12.16) נחתם תיקון להנחיות על ידי הרבנים הראשיים לישראל, ונוסף סע' 12א.

בסע' 12א נכתב: "טעוני בירור יהדות: א. אגב דיון בבית הדין עלה חשש לעניין יהדות קרוב משפחה של צד לדיון (להלן – צד שלישי) יודיע בית הדין לצד השלישי כי אגב הדיון שהתקיים לפניו עלה צורך אפשרי בבירור יהדותו לעניין נישואין על פי דין תורה, וכי הוא רשאי להצטרף כצד לדיון ולהשמיע את טענותיו או לבקש לברר את העניין בנפרד. ב. הודיע הצד השלישי על הסכמתו לדיון בעניינו, הוא יצורף כבעל דין נוסף יוזמן לדיוני בית הדין; הסכמה של קטין יכול שתינתן באמצעות הורין. ג. לא הודיע הצד השלישי על הסכמתו לדיון בעניינו, יורה בית הדין על רישומו ברשימת טעוני בירור יהדות. ד. מי שרשום ברשימת טעוני בירור יהדות רשאי בכל עת להגיש לבית הדין בקשה לבירור יהדותו".

לאור הערות והשגות של גורמים משפטיים שונים, שונה סעיף 12א הנ"ל ונקבע נוהל חדש שלא התייחס ישירות לטעוני בירור ולרשימתם.

בצו ביניים שהוצע בבג"ץ 6483/17 קבע בית המשפט: "מוצא בזאת צו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם :א. מדוע לא ייקבע כי הוראות סעיפים 2א ו-12א להנחיות בירור יהדות, התש"ע – 2010 הן הוראות אשר פוגעות באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד חוקתיות של בעל דין בהליך לבירור יהדותו ושל קרובי משפחתו, אשר לא היו צד להליך זה, וזאת ללא כל סמכות שבחוק .ב. מדוע לא ייקבע כי הכללת פרטיהם האישיים של קרובי משפחתו של בעל דין כאמור, במסגרת החלטות בית הדין הרבני, במטרה לערוך חיפוש ממוחשב לשם איתור עתידי של פרטים אישיים אלו, יוצרת מאגר מידע פסול שפוגע באופן בלתי מידתי בזכויות יסוד חוקתיות של קרובי משפחתו של בעל הדין, וזאת ללא כל סמכות שבחוק. תצהירי תשובה יוגשו בתוך 60 ימים".

בסופו של דבר נאלצה הרבנות הראשית וכן בתי הדין להיכנע בפני בג"ץ ולשנות את הנחיות בירור היהדות ולהגיע להסכמה עם העותרים כנגדם, הסכמה שקיבלה תוקף של פסק דין בבג"ץ ביום יג' באב תשפ"א (22.07.21).

משמעות הדברים היא כי בג"ץ מונע מבתי הדין לעמוד על שמירת קהל עדת ישראל מהתבוללות. מצב בו בית הדין או רב רושם נישואין יידרש לעצום את עיניו כאשר עולה בפניו חשש לגבי יהדותו של אדם איננו רצוי, ועל פי דין תורה מוטלת חובה על בית הדין לפעול באופן אקטיבי למנוע נישואין אסורים. זו דוגמא נוספת כיצד בג"ץ אינו מאפשר לבתי הדין לפעול כראוי בתחום המעמד האישי הנתון לסמכותם.

66 שם, בסעיף 7 לפסק הדין.

סיכום

בג"ץ צמצם וכרסם בסמכויות בתי הדין הרבניים בתהליך מודע ומתמשך, בניגוד לנאמר בחוק.
בג"ץ רואה בבתי הדין הרבניים סוג של נטע זר בתוך מערכת המשפט הישראלית.
בג"ץ פעל בשתי דרכים להצר את סמכויות בתי הדין:
נטילת תחומי שיפוט מבתי הדין.
התערבות בפסיקה עצמה.
מוקדי צמצום הסמכויות המרכזיים הם:
ביטול הטריבונל המשפטי שהיה אמור להכריע ביחס לתחומי הסמכות של בתי הדין ובתי המשפט.
צמצום הנושאים שהיו כרוכים בגירושין והפיכתם לבלתי ניתנים לכריכה - מזונות, חינוך.
שלילת יכולת הדיון בעניינים אזרחיים בהסכמה.
הכרח לדון על פי תפיסת המשפחתיות של בג"ץ.
הפקעת הסמכות לדון בדיני הקדשות.
פגיעה בסמכות בירורי יהדות.

מסקנות והמלצות

יש להשיב לבתי הדין את הסמכויות המוקנות להם על פי החוק ולחזק את מעמדם כרשות שופטת מקבילה ולא כפופה.
כשלב ראשון לחיזוק מעמד בתי הדין מוצע לקדם שלוש הצעות חוק:
חקיקת חוק 'שיפוט בתי דין לממונות' המאפשר סמכות שיפוט לבתי הדין בדיני ממונות כתיקון לבג"ץ 'סימה אמיר'.
תיקון סע' 8 לחוק יחסי ממון, והכנסת נאמנות מינית כמרכיב בנסיבות המיוחדות.
תיקון חוק שיפוט בתי הדין להדגשת סמכות הפסיקה עפ"י התורה, כתיקון לבג"ץ בבלי.