

סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג: על כיבוד הדדי, על מבחן הסיכול ועל מבחן ה"דן ופסק" – מודל חדש

יצחק כהן*

מאמר זה מעיין מחדש בדוקטרינת הסמכות הנמשכת בגלגול ההתדיינות השני, לאחר הסכם שאושר בגלגול ההתדיינות הראשון. המאמר בוחן את מכלול המקרים שבהם הסוגיה עשויה להתעורר, ומבקש לשרטט לראשונה את המבחן הקובע להפעלת דוקטרינת הסמכות הנמשכת – מבחן ה"דן ופסק". המאמר משרטט את גבולותיו ואת מגבלותיו של מבחן זה על-פי הדין הפוזיטיבי בישראל. כחלק משרטוט המבחן, המאמר עובר בחלקו השני לעיון ביקורתי בכמה עניינים. ראשית, המאמר טוען כי חל ערבוב בפסיקה בין מבחן הדן ופסק לעניין תביעתו העצמאית של הקטין לבין מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת של ערכאה לאחר אישורו של הסכם. המאמר טוען כי הרציונלים בשני העניינים שונים, וכי אין זה נכון להקיש מזה על זה, כפי שהפסיקה עושה לא אחת. ערבוב זה גם מביא לידי כך שמבחן הדן ופסק, השייך על-פי טיבו וטבעו למשפחת הכללים, נהפך למבחן הנתון לשיקול-דעת, כאילו היה בן למשפחת הסטנדרטים. שנית, המאמר עומד על פרצות פרשניות למבחן הדן ופסק, וטוען כי ההבחנות הדקות הנעשות בין נושאים שונים בהסכמי הגירושים עלולות לייתר את המבחן ולעקרו מתוכו. שלישית, המאמר מבקש לקרוא תיגר על עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול – שני הרציונלים של דוקטרינת הסמכות הנמשכת – וטוען כי אף שהם באים לתקן, הם נמצאים מקלקלים. באופן

* פרופסור למשפטים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חוקר-אורח באוניברסיטת קולומביה, ניו-יורק, ארצות-הברית, בשנים 2012–2013; מרצה-אורח באוניברסיטת מקגיל, מונטריאול, קנדה, בשנת 2013; מרצה-אורח במכון עזריאלי באוניברסיטת קונקורדיה, מונטריאול, קנדה, בשנת 2014; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. על הערות טובות ומחכימות אני מבקש להודות (על-פי סדר אלפביתי) לד"ר רות זפרן, לעו"ד טל חבקין, לפרופ' ברכיהו ליפשיץ ולשופט בית-המשפט העליון יצחק עמית. כמו-כן אבקש להודות לקורא החיצוני וכן לעורכי כתב-העת **משפט ועסקים** אורן חייקין וליאור גולדווסר ולחברות המערכת אבישג סלומון ומיכל פיננס.

פרדוקסלי, יש בהם כדי להנציח את הפער הקיים בין פסיקתו של בית-הדין הרבני לבין זו של בית-המשפט האזרחי, ובכך אף להחריף את מירוץ הסמכויות בגלגול ההתדיינות הראשון. המאמר מסכם מבט ביקורתי זה בהצעה למודל חדש בדוקטרינת הסמכות הנמשכת.

מבוא

פרק א: המסגרת הנורמטיבית

1. הסמכות המקורית של בית-הדין הרבני ובית-המשפט לענייני משפחה
 2. הסמכות הנלווית – הסמכות הנמשכת
- (א) הרציונל שביסוד הסמכות הנמשכת

פרק ב: הדין הפוזיטיבי בבית-הדין הרבני

1. הסכם ובו תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי
2. הסכם ללא תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי
3. הסכם הכולל תניית שיפוט הנוגדת את כלל הסמכות הנמשכת

פרק ג: מבחן הדן ופסק

1. התפתחותו של מבחן הדן ופסק
2. מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת ומבחן הדן ופסק לעניין תביעתו העצמאית של קטין

פרק ד: הנושאים והפעולות הנכללים בגלגול ההתדיינות השני – פרצות פרשניות למבחן הדן ופסק

1. הפעולות המשפטיות בגלגול השני
 - (א) שינוי, תיקון או ביטול אל מול פרשנות ההסכם ואכיפתו
 - (ב) אכיפה
2. הנושאים הנכללים בגלגול השני ומבחן הריחוק
 - (א) האם חינוך הילדים נכלל במשמורתם?
 - (ב) האם הסדרי ראייה נכללים במשמורת?
 - (ג) האם המבחן להבחנה בין נושאים הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי?

פרק ה: מבט ביקורתי על הרציונלים שביסוד הסמכות הנמשכת והצעה למודל חדש

1. הסמכות הנמשכת אינה משרתת את הרציונל שעומד בבסיסה
2. עקרון הכיבוד ההדדי מנציח את הפער בין הערכאות ומחריף את מירוץ הסמכויות
3. מודל חדש: עקרון הכיבוד ההדדי בין מותבים

סיכום

מבוא

בשנים האחרונות אנו עדים למספר גדול של עתירות המוגשות לבית-המשפט העליון בעניין הסמכות הנמשכת לאחר אישור הסכם בין בני-זוג. מספרם הרב של המקרים שנידונו, ריבוי המשתנים שעל-פיהם הכריע בית-המשפט ומורכבותם של הניואנסים שבהם דיברה הפסיקה קוראים לשרטוטו מחדש של מבחן ה"דן ופסק" (להלן: מבחן הדן ופסק) – המבחן הקובע להפעלתה של דוקטרינת הסמכות הנמשכת. מבחן הדן ופסק קובע כי כאשר ערכאה מסוימת דנה ופסקה בנושאים שהם מטיבם ומטבעם נושאים נמשכים, יש לשוב אל אותה ערכאה עם קרות שינוי בנסיבות. הגדרת היקפו של מבחן הדן ופסק לוטה בערפל. כיום בית-המשפט מכריע ממקרה למקרה, במבט לאחור ולא באופן צופה פני עתיד, בהתאם לשיקול-דעתו של המותב היושב לדין, וללא מבחן ברור ומוגדר. עיון עמוק יותר מגלה כי לא רק שהמבחן אינו משורטט כדבעי, הוא גם עומד על יסוד רעוע, ובמקום לתקן, הוא נמצא מקלקל. מבחן זה מנציח את הפער הקיים בין הערכאה הדתית לערכאה האזרחית, ומחריף למעשה את מירוץ הסמכויות.

מאמר זה אינו עוסק במירוץ הסמכויות הרגיל, כי אם בסמכות בגלגול השני, לאחר שהדיון הראשון נחתם והסתיים בהסכם גירושים. הפסיקה והספרות מכנות לעיתים גם נושא זה "מירוץ סמכויות", אולם לטעמי אין זה המונח ההולם והנכון. מונח זה הוטבע לסיבוב ההתדיינות הראשון, ושם מקומו, באשר שם מתנהל מירוץ של ממש, ומי שהגיע ראשון, לעיתים אף בהפרש של דקות, מקנה סמכות לערכאה שאליה הגיע ראשון.¹ מבחן הזמן הוא אפוא המבחן הקובע. גם המונח "מירוץ ההחלטות", שהוטבע בסוגיית הכריכה כדין לתביעת הגירושים, אינו מונח הולם ונכון לסוגיה דנן.² בסוגיית הכריכה כדין נקבע כי הערכאה שתחליט ראשונה אם התביעה שהוגשה בבית-הדין הרבני הוגשה ונכרכה כדין היא אשר תקבע היכן יתנהל ההליך. מבחן הזמן הוא אפוא המבחן הקובע גם בסוגיית הכריכה כדין. לעומת אלה, בדוקטרינת הסמכות הנמשכת אין משמעות למבחן הזמן. אין משמעות למועד פתיחת ההליך השני, וגם לא למועד קבלת ההחלטה על-ידי מי מהערכאות. אין משמעות לראשוניות, וגם לא לשאלה מי הגיע קודם. המבחן הקובע לעניין הסמכות העתידית הוא משפטי-פרשני גרידא, ומתייחס לעובדות שכבר התרחשו בסיבוב ההתדיינות הראשון. המבחן שנקשר בפסיקה לסוגיה זו הוא מבחן הדן ופסק, והוא אשר מפעיל ומזין את דוקטרינת הסמכות הנמשכת על שני הרציונלים שביסודה – עקרון הכיבוד הדדי בין הערכאות ומבחן הסיכול.

מאמר זה גם אינו עוסק במקרים שבהם הערכאה דנה, שמעה ראיות והכריעה בפסק-דין לא על-דרך ההסכם. באלה הערכאה שדנה רוכשת לה סמכות נמשכת. באלה מבחן הדן ופסק מתקיים ללא ספק, והסמכות נמשכת לאותה ערכאה גם בדיון העתידי. מאמר

1 ראו, למשל, בג"ץ 58/08 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה, פס' 17 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 21.1.2010).

2 בג"ץ 8497/00 פייג-פלמן נ' פלמן, פ"ד נז(2) 118 (2003).

זה עוסק במקרים שבהם ערכאה מאשרת הסכם מבלי שקיימה כל דיון או לאחר שקיימה דיון חלקי בלבד. השאלה העומדת לפתחנו היא אם אישור זה או דיון חלקי זה עונים על מבחן הדן ופסק, ואם יש בהם כדי למנוע ערכאה אחרת מלדון בסוגיה עתידית מחשש שתסיג את גבולה של הערכאה הראשונה. דומני כי הדיון במקרים המסתיימים בהסכם חשוב יותר מהדיון במקרים המסתיימים בהכרעה, כאשר רוב תביעות הגירושים בישראל מסתיימות בהסכם, בפרט מכיוון שגט מותנה בהסכמה וברצון, ואי־אפשר להקימו באמצעות הכרעה משפטית.³ סיום ההליך בהסכם הוא אפוא המצב הרווח בדיני המשפחה בישראל.

המאמר נושא חמישה פרקים. פרקו הראשון מנתח את המסגרת הנורמטיבית של הדיון, את מקורות הסמכות המקורית־הראשונית ואת מקורות הסמכות הנלווית־הטבועה של בית־הדין הרבני ובית־המשפט האזרחי. הפרק גם עומד על הרציונלים שביסודה של דוקטרינת הסמכות הנמשכת – עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול. פרק זה משמש תשתית נורמטיבית לדיון בארבעת הפרקים שלאחריו. הפרק השני עוסק בדיון הפוזיטיבי ומנתח את מכלול המקרים שבהם מתעוררת שאלת הסמכות הנמשכת: בין אם נפתחה תביעה לפני אישור ההסכם ובין אם לאו; בין אם התקיים דיון, נשמעו ראיות ונחתם הסכם ובין אם לאו; בין אם מדובר בהסכם גירושים ובין אם מדובר בהסכם ממון. הפרק השלישי עובר לדיון הנורמטיבי, מנתח את מבחן הדן ופסק ומנסה לשרטט לו קווים מנחים. מבחן זה לא הוגדר עד היום באופן מובנה, והוא מוכרע "אד הוק", ממקרה למקרה, ללא מודל קבוע ואחיד. פרק זה טוען כי הפסיקה מערבבת לעיתים בין מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת לבין מבחן הדן ופסק לעניין תביעתו העצמאית של הקטין, וטעות בידה. הפרק הרביעי עומד על פרצות פרשניות למבחן הדן ופסק העלולות למעשה לייתרו ולעקרו מתוכן. ייתכן שפרצות פרשניות אלה גם יביאו לידי כך שבית־המשפט העליון יצטרך להכריע בעתיד בסוגיה אשר עד כה לא הגיעה לפתחו, והיא איזו ערכאה מוסמכת להכריע אם מבחן הדן ופסק התקיים אם לאו. לאור הגדרתו החדשה והמהודקת יותר של מבחן הדן ופסק, ועל רקע הדיון בפרצות הפרשניות העלולות

3 זאת, בין היתר, על־פי הכתוב בספר דברים כד 1: "...והיה אם לא תמצא חן בעיניו... וכתב לה ספר פרידת ונתן בידה ושלחה מביתו". על־סמך כתוב זה קובעת המשנה, במסכת יבמות, פרק יד, משנה א: "אינו דומה האיש המגרש לאשה מתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו". ראו גם את דברי התלמוד: בבלי, יבמות קיב, ע"ב; בבלי, גיטין מט, ע"ב. כן ראו את דברי הרמב"ם במשנה תורה, גירושין, פרק א, הלכה ב, וכן שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיט, סעיפים ג ו־ו. כידוע, חלקה הראשון של הלכה זו שונה על־ידי רבנו גרשום מאור הגולה במאה העשירית, על ידו הסכימו חכמי כל הדורות, וכיום אין האישה יוצאת אלא לרצונה. ראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיט, סעיף ו: "יכול לגרשה בלא דעתה. הגה... וכל זה מדינא, אבל ר"ג ג = רבנו גרשום] החרים שלא לגרש אשה שלא מדעתה, אם לא שעברה על דת ... ואפי' אם רוצה ליתן לה הכתובה, אין לגרשה בזמן הזה שלא מדעתה...". כן ראו את דברי הרמ"א בשולחן ערוך, אבן העזר, סימן סו, סעיף ג, כי לנוכח שינוי הלכה זה יש מקום לייתר את הכתובה: "אם כן בזמן הזה במדינות אלו, שאין מגרשין בעל כרחיה של אשה משום חרם רבינו גרשום... היה אפשר להקל בכתיבת הכתובה, אבל אין המנהג כן ואין לשנות."

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

לייתרו, בא הפרק החמישי וכופר בעיקר: הוא קורא תיגר על הרציונלים עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול, וטוען כי כוונתם רצויה אך יישומם בפועל אינו ראוי. הפרק ממשיך ומציע מודל חדש להסדרת הסמכות בגלגול ההתדיינות השני, לאחר שגלגול ההתדיינות הראשון תם ונחתם בהסכם שאושר על-ידי ערכאה שיפוטית. למעשה, כל אחד מהפרקים דן בהיבט אחר ושונה של מבחן הדן ופסק, על משוכותיו השונות. המאמר מנסה להתמודד עם משוכות אלה, ומציע דרכים שונות לפתרון וליישבן. דרכים אלה מגבשות ומשרטטות מבראשית את מבחן הדן ופסק. הפרק החמישי הוא הדרמטי ביותר בהקשר זה, והוא צומח ועולה מתוך התמודדויות אלה. פרק זה מציע לעבור ממודל פרצדורלי-מוסדי של נמשכות ושיבה אל אותה מעטפת מוסדית למודל מהותי-פרסונלי של נמשכות ושיבה אל אותו מותב ספציפי שפסק בדיון הראשון. כלומר, כאשר אותו מותב ספציפי שדן ופסק בגלגול ההתדיינות הראשון נמצא לפנינו ומכהן גם בעת גלגול ההתדיינות השני, רק אז יש לשוב אליו. אם לא כן, אין טעם בשיבה אל אותה מעטפת מוסדית, ויש לשוב לכללי הסמכות המקורית.

פרק א: המסגרת הנורמטיבית

כידוע, סמכותה של ערכאה שיפוטית נרכשת משני מקורות עיקריים: סמכות מקורית-ראשונית וסמכות נלווית-טבועה. הראשונה מוסדרת בחקיקה ראשית,⁴ ואילו השנייה – בעקרונות שנקבעו בפסיקה.⁵ בשני הסעיפים הראשונים בפרק זה אנתח בתמצית את המקורות הללו. בסעיף השני אעמוד גם על הרציונל העומד ביסודה של דוקטרינת הסמכות הנמשכת.

1. הסמכות המקורית של בית-הדין הרבני ובית-המשפט לענייני משפחה

עם קום המדינה הייתה סמכות השיפוט בכל ענייני המעמד האישי, לרבות ענייני נישואים וגירושים, מסורה במקביל גם בידי בתי-הדין הדתיים וגם בידי בתי-המשפט המחוזיים.⁶

4 חוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק בית-המשפט לענייני משפחה), וחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג-1953 (להלן: חוק השיפוט).

5 במקרה של בית-הדין יש סמכות נוספת, שאכנה "סמכות חלופית", היונקת מכוח הדין הדתי. ראו את דבריו של השופט טל בבג"ץ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590, 620 (1996): "בית הדין פועל בכל עת ב'כובע' המסורתי שלו מימות עולם, בין בענייני נישואין וגירושין ובין בענייני ממונות וקהל." ראו גם את דעתם החולקת של חבריו להרכב, וכן בבג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 152 (1986).

6 סימן 47 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947. כן ראו ע"א 238/53 כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4 (1954); מנשה שאוה הדין האישי בישראל כרך א 189 (מהדורה ג מורחבת, התשנ"ב).

כחלוף שנים ספורות נחקק חוק השיפוט, ובו נקבע כי ענייני נישואים וגירושים של יהודים יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי־דין רבניים.⁷ סמכות השיפוט בכל שאר ענייני המעמד האישי של יהודים נשארה במקביל בידי בתי־המשפט האזרחיים ובתי־הדין של העדות הדתיות. סימן 51 לדבר המלך מגדיר את ענייני המעמד האישי, וכולל בהם את הסוגיות העיקריות הנידונות בהליכי גירושים: מזונות אישה וילדים, אפטרופסות, משמורת ועוד.⁸

סמכויותיו המקוריות־הראשוניות של בית־הדין הרבני נקבעו בחוק השיפוט, והן בנויות משני נדבכים: סמכויות ייחודיות מכוח החוק, וסמכויות מקבילות לאלה של הערכאה האזרחית הנקנות מכוח הסכמת הצדדים. הסמכויות הייחודיות כוללות ענייני נישואים וגירושים,⁹ וכן עניין שנכרך כדין בתביעת הגירושים, לרבות מזונות אישה וילדים.¹⁰ בעניין **גולדמן** נקבע כי יש סוגיות הכרוכות לפי טיבן וטבען בהליכי גירושים, ואותן אין צורך לכרוך מפורשות. לעומתן, יש סוגיות שיש צורך לכרוך מפורשות לתביעות הגירושים.¹¹ בעניין **וינטר** נקבע כי משמורת ילדים הינה סוגיה מהסוג הראשון, דהיינו, כזו שכרוכה מעצם טיבה וטבעה בתביעת הגירושים.¹² בהתחשב בכך, בית־הדין הרבני רוכש סמכות לדון בענייני החזקת ילדים מייד עם הגשת תביעת הגירושים. אם הוגשה תביעת גירושים לבית־הדין, ומי מבין הצדדים כרך בה עניינים נוספים, אזי בית־הדין קנה לעצמו סמכות ייחודית לדון בנושאים שנכרכו, ובלבד שהכריכה נעשתה כדין.¹³

- 7 ראו ס' 1 לחוק השיפוט. הדין החל יהיה הדין הדתי. ראו את דבריו של השופט זוסמן בעניין **כהן ובוטליק**, שם, בעמ' 36: "המחוקק סתם ולא פירש לפי איזה משפט ידונו בתי־הדין הרבניים בעניינים אלה. אך נעלה מכל ספק הוא, כי התכוון לא רק להעביר את השיפוט מבית־המשפט האזרחי לבית־הדין הדתי... אלא שרצה גם להחיל, לגופו של ענין, את דיני ישראל על עניינים אלה."
- 8 עם השנים הוצאו עניינים מסוימים מההגדרה של ענייני המעמד האישי והוסדרו בחוק אזרחי־טריטוריאלי, הפונה לכלל העדות הדתיות. כאלה הם, למשל, ענייני האימוץ וענייני הירושה. חוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960, ס"ח 317, ציווה על מחיקת המילים "ואימוצם של קטינים" מהרשימה של ענייני המעמד האישי שבסימן 51 לדבר המלך במועצתו. בשנת 1981 קיבלה הכנסת את חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, ס"ח 1028, אשר ביטל את החוק משנת 1960 ובא במקומו. כמו־כך, ס' 156(ב)(1) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, מצווה על מחיקת שלושה עניינים מהרשימה של ענייני המעמד האישי: "ירושות, צוואות ועזבונות". עוד ראו שאוה, לעיל ה"ש 6, בעמ' 190.
- 9 ס' 1 לחוק השיפוט: "ענייני נישואין וגירושין של יהודים בישראל אזרחי המדינה או תושביה יהיו בשיפוטם הייחודי של בתי דין רבניים."
- 10 ס' 3 לחוק השיפוט: "הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האישי, היא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה וילדי הזוג."
- 11 ע"א 8/59 **גולדמן נ' גולדמן**, פ"ד יג 1085, 1091 (1959).
- 12 ביד"ם 1/60 **וינטר נ' בארי**, פ"ד טו 1457, 1468 (1961).
- 13 ראו פרשת **גולדמן**, לעיל ה"ש 11; רע"א 9357/96 **הר נ' הר**, פ"ד נא(2) 618, 621 (1997); פרשת **פלמן**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 132; בג"ץ 2232/03 **פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי תל־אביב־יפו**, פ"ד

הדרך השנייה שבה בית-הדין הרבני עשוי לרכוש סמכות שיפוט מקורית היא כאמור מכוח הסכמת הצדדים לפי סעיף 9 לחוק השיפוט. הסעיף מקנה לבית-הדין סמכות מקבילה בענייני המעמד האישי אם ניתנה לכך הסכמה של כל הצדדים הנוגעים בדבר. ההסכמה לסמכותו של בית-הדין יכולה להיות מפורשת – בכתב או על-פה – והיא יכולה להיות הסכמה מכללא המוסקת, למשל, מעצם הופעתו של הנתבע בבית-הדין מבלי שהביע התנגדות לסמכותו של בית-הדין (או לפחות הסתייגות ממנה) בהזדמנות הראשונה.¹⁴ הסכמת הצדדים אינה יכולה, כשלעצמה, להקנות סמכות לבית-הדין הרבני, אלא אם כן היא הוכרה על-פי החוק כמקור סמכות ראשוני.¹⁵

לעומת זאת, בית-המשפט לענייני משפחה רוכש סמכות מקורית בענייני המעמד האישי באופן פשוט יותר. בית-משפט זה נתפס בפסיקה כאיברה הראשי של המערכת, ולכן סמכותו אינה מותנית בכריכת הסוגיה לתביעת גירושים ואינה מותנית בהסכמת הצדדים.¹⁶ סמכותו מוסדרת בסעיף 1 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, וכוללת את כל ענייני המעמד האישי ואף מעבר להם, דוגמת תביעה אזרחית בין בני משפחה. סעיף 25 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה מסדיר את היחסים בין הערכאות בסוגיות שבהן יש סמכות מקבילה לבית-הדין הרבני ולבית-המשפט האזרחי. המבחן הקובע איזו ערכאה תדון בגלגול ההתדיינות הראשון הוא מבחן הזמן, כלומר, היכן הוגשה התביעה לראשונה. זהו מירון הסמכויות על רגל אחת.¹⁷

-
- סא(3) 496, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006); ס' 25 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.
- 14 ראו בג"ץ 9539/00 איתן נ' בית-הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נו(1) 125, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ביניש (2001); בג"ץ 141/71 הספל נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד כה(2) 471, 474–473 (1971); בג"ץ 409/72 חטאר נ' בית-הדין הדתי הדרוזי בחיפה, פ"ד כז(1) 455, 449 (1973); משה זילברג **המעמד האישי בישראל** 45 (מהדורה ד, התשכ"ה); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 44 (מהדורה שנייה, 1995).
- 15 כפי שאכן הוכרה בס' 9 לחוק השיפוט בנוגע לענייני המעמד האישי. ראו עוד בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 6.4.2006) להלן: הלכת אמיר.
- 16 בג"ץ 5507/95 אמיר נ' בית הדין האזורי בחיפה, פ"ד נ(3) 321, 334 (1996): "בתי המשפט האזרחיים... הינם אבריה הראשיים והעיקריים של הרשות השופטת; והמבקש לקפח את סמכותם... שומה עליו לתלות עצמו בהוראת חוק מפורשת וחד-משמעית."
- 17 על מירון הסמכויות בגלגול ההתדיינות הראשון ראו, מבין רבים, מנשה שאוה "על 'כרוך' ועל 'כנות' – הייפסק 'מירון הסמכויות' בענייני מזונות בין בית המשפט המחוזי לבין בית הדין הרבני?" **עיוני משפט** ב 719 (1972); אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ו'מירון הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" **עיוני משפט** יד 67 (1989); אשר מעוז "'כרוך' זה הכרוך על עקבנו" – על הכריכה בתביעת הגירושין" **עיוני משפט** יד 101 (1989). ביום כ' בסיוון התש"ע (2.6.2010) מינה שר המשפטים ועדה לבחינת הסוגיה של מירון הסמכויות בין בתי-הדין הרבניים לבית-המשפט האזרחי. מחבר המאמר הופיע לפני הוועדה ומסר את רעיונותיו לביטול המירון או למצער לצמצומו. בסופו של יום התפרקה הוועדה מבלי שפרסמה מסקנות או המלצות. מאמר זה אינו עוסק אומנם במירון

זהו המצב המשפטי כיום גם לגבי בתי-הדין השרעיים והכנסייתיים. תיקון מס' 5 לחוק בית-המשפט לענייני משפחה העניק לבתי-המשפט לענייני משפחה סמכות מקבילה לדון בכל ענייני המעמד האישי של מוסלמים ונוצרים, למעט ענייני נישואים וגירושים, שבהם סמכותם של בתי-הדין הדתיים היא ייחודית.¹⁸ עד התיקון הוקנתה לערכאות השרעית והכנסייתית אוטונומיה שיפוטית בענייני המעמד האישי של המוסלמים והנוצרים בישראל (בהתאמה), ולא התאפשר לבעלי-דין אלה חופש בחירה בין המערכת הדתית למערכת האזרחית. התיקון השווה את מעמדם של מתדיינים אלה למעמדם של מתדיינים יהודים. כאשר עניין נמצא בסמכותן העניינית של שתי הערכאות, תוקנה הסמכות לערכאה שאליה הוגש העניין מלכתחילה. גם מתדיינים מוסלמים ונוצרים חוסים אפוא כיום תחת המשטר המשפטי המכונה "מירוץ הסמכויות".¹⁹ לפיכך מאמר זה רלוונטי באותה מידה גם למערכות הדין הדתי הללו.

לבסוף אבקש לעמוד על סמכות נוספת, שהתחדשה בחקיקה מאוחרת יותר. לטעמי, אפשר לאפיינה כסמכות מקורית, באשר אף היא מוסדרת בחקיקה. כוונתי היא לסמכות שהקנה המחוקק לבית-הדין הרבני או לבית-המשפט לענייני משפחה לאשר הסכמים בענייני מעמד אישי ובענייני רכוש אף ללא הגשת תביעה. הוראת החקיקה המקנה סמכות זו נמצאת בחוק יחסי ממון בין בני-זוג.²⁰ הוראה דומה נוספת קבועה בסעיף 3(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה.²¹

2. הסמכות הנלווית – הסמכות הנמשכת

ככלל, משהגיע הליך לסיומו, מוצתה סמכותה המקורית של הערכאה ועברה מן העולם.²² כדי שתוכל לשוב ולהידרש לסוגיות שנידונו לפנייה, עליה לקנות את סמכותה

הסמכויות בגלגול ההתדיינות הראשון, אך דומני כי המודל המוצע בסופו עשוי לצמצם את המירוץ גם בגלגול הראשון.

18 חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 5), התשס"ב-2001, ס"ח 16 (להלן: התיקון), הוסיף לחוק בית-המשפט לענייני משפחה את ס' 3(ב), הקובע כי "בית המשפט לענייני משפחה יהא גם הוא מוסמך לדון בענייני משפחה של מי שנקבעה לגביו סמכות שיפוט ייחודית בסימנים 52 או 54 לדבר המלך".

19 בדברי ההסבר להצעת חוק בית המשפט לענייני משפחה (תיקון מס' 4) (השוואת סמכויות שיפוט), התשנ"ח-1998, ה"ח 570, הובהר כי "מטרת התיקון המוצע היא להשוות את סמכויות השיפוט הייחודיות הנתונות לבתי הדין השרעיים והכנסייתיים ביחס למוסלמים ולנוצרים, לאלה הנתונות לבתי הדין הרבניים ביחס ליהודים, ולבתי הדין הדרוזיים ביחס לדרוזים... יש להבטיח גם לכל אזרחי ישראל הזדמנות שווה לפנות לסעד לבתי המשפט האזרחיים בענייני משפחה".

20 חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973 (להלן: חוק יחסי ממון).

21 וזו לשונו: "כל ענין שלגביו נתונה לבית המשפט לענייני משפחה סמכות לפי חוק זה, גם אישור הסכם בקשר אליו במשמע, אף אם אינה תלויה ועומדת אותה שעה תובענה לגביו, ובית המשפט יהיה רשאי ליתן להסכם תוקף של פסק דין".

22 בג"ץ 6378/04 שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (פורסם בנבו, 19.8.2004); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול 33 (1990).

ממקור אחר. ההלכה הפסוקה הכירה בקיומן של סמכויות נלוות הטבועות בערכאה השיפוטית, אשר נגזרות מסמכותה המקורית מכוח החוק ומקנות לה כוח שיפוט לחזור ולדון בעניין שכבר הכריעה בו בעבר. כזו היא, למשל, סמכותה של ערכאה משפטית לבטל פסק-דין שנתנה אם הוא מבוסס על הסכם בין הצדדים שמתברר כי נפל פגם בכריתתו.²³ כזו היא גם הסמכות לבטל פסק-דין שניתן בהסכמה אם לאחר מתן פסק-הדין חל שינוי מהותי בנסיבותיו ההופך את המשך קיומו לבלתי-צודק.²⁴ אחד הביטויים של הסמכות הנלווית אשר רלוונטי לענייננו הוא סמכות נמשכת. בתנאים מסוימים, מקום שבית-הדין או בית-המשפט דן בעבר בנושא מסוים, תוכר סמכותו הנמשכת לחזור ולדון בו. סמכות זו רלוונטית רק בעניינים בעלי אופי מתמשך. הדוגמות המובהקות לעניינים מתמשכים באופיים, שהם משתנים ודינמיים מעצם טבעם, הן החלטות בנושאים של מזונות אישה,²⁵ מזונות ילדים²⁶ ומשמורת.²⁷ הערכאה שדנה בסיבוב הראשון בעניינים אלה היא המוסמכת לדון בהם גם בסיבוב ההתדיינות השני, אף שהעילה במקורה (בגלגול ההתדיינות הראשון) הייתה מסורה לסמכותן המקבילה של שתי הערכאות. כלומר, אם בעל-דין "בחר" להביא את עניינו לפני ערכאה מסוימת, וזו דנה בענייניו ונתנה פסק-דין "מתמשך",²⁸ אזי סמכותה של אותה ערכאה הולכת ונמשכת גם בגלגול ההתדיינות השני.²⁹ דוקטרינת הסמכות הנמשכת לא נועדה לשנות את כללי הסמכות הראשונית, והיא יכולה לחול רק כאשר מלכתחילה התקיימה סמכות מקורית כדין.³⁰

- 23 ראו למשל, בג"ץ 124/59 גלאובהרדט נ' בית הדין האזורי, חיפה, פ"ד יג 1490 (1959); ע"א 151/87 ש. ארצי, חברה להשקעות בע"מ נ' רחמני, פ"ד מג(3) 489, 488–498 (1989).
- 24 ראו, למשל, ע"א 442/83 קס נ' קס, פ"ד לח(1) 767, 771 (1984); ע"א 116/82 לבנת נ' טולידאנו, פ"ד ט(2) 729, 732 (1985); ע"א 219/87 רחמני נ' שמש הרר, חברה קבלנית לבנין בע"מ, פ"ד מג(3) 489, 498–500 (1989); ע"א 9318/03 שובל נ' גרי אלכסנדר בע"מ, פ"ד נט(1) 828 (2004); וכן יואל זוסמן סדרי הדין האזורי 549 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).
- 25 ע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז 2617, 2624 (1963).
- 26 בג"ץ 59/53 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ, ביהמ"ש המחוזי, ירושלים, פ"ד ז 1142, 1147 (1953).
- 27 פרשת וינטר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1468. כן ראו בג"ץ 6193/98 קדור (חלב) נ' קאדי מדיהב של בית-הדין הדרוזי בעכו, פ"ד נג(2) 625, 629–630 (1999), וכן זוסמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 21–22.
- 28 אין די בכך שהעניין יהיה בעל אופי נמשך, אלא יש צורך שגם התוצאה הסופית בפסק-הדין תהא נמשכת, כלומר, נושאת פניה לעתיד – למשל, חוב המשולם מדי חודש בחודשו או חיוב המתחדש מדי יום ביומו, כגון משמורת ילדים. ראו ע"א 15/64 מוזס נ' מוזס, פ"ד יח(3) 141 (1964).
- 29 וכך נאמר בהקשר זה בפרשת ג'ראח, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2626: "לכאורה, ניתנה בידי האשה ברירה, רצתה – פונה בתביעת מזונות אל בית-דין רבני; רצתה – פונה אל בית-המשפט המחוזי... ואולם משהשתמשה בבירתה וניתן לה פסק הולך ומתמשך, לביצוע בעתיד... שינויו או ביטולו הם בגדר סמכות[ה] של אותה ערכאה ממנה יצא."
- 30 בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 591, 608 (1994) להלן: הלכת לוי. סביר להניח כי במקרה שהסמכות לא נרכשה כדין, לא תהיה חובה לשוב אל אותה ערכאה, מכיוון שפסק-דין שבית-משפט פוסק בחוסר סמכות עניינית בטל, באשר מדובר בעניין של כשרות. ראו אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 16 (מהדורה עשירית, 2009).

יש תנאים שבהם מותר לפתוח הליך בגלגול שני על-אף העיקרון של מעשה בית-דין.³¹ בתמצית, הדבר מתאפשר כאשר התרחש שינוי נסיבות מהותי באחת משלוש העילות הנמשכות.³² מאמר זה אינו עוסק בתנאים אלה, באשר אין הוא עוסק במישור המשפט (הדין), אלא במישור השיפוט (הסמכות). כלומר, נקודת המוצא של המאמר היא שהצדדים רשאים לפתוח הליך שנית, והשאלה שהוא עוסק בה היא למי במצב זה תהא הסמכות מסורה (שיפוט). לכל ערכאה שיפוטית יש מטבע ברייתה סמכות "טבועה" לדון בעניינים נוספים הנוגעים בהליך שלפניה. סמכות "טבעית" זו כשמה כן היא, ואין הוראת חוק מפורשת המסדירה אותה.³³ לנוכח העובדה שסמכות זו אינה מוסדרת מפורשות בחקיקה, השימוש בה חייב להיעשות במשורה ובזהירות.³⁴ כאמור, רשימה זו עוסקת בסמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לאחר שאושר הסכם והסתיים ההליך הראשוני. אף סמכות זו אינה מוגדרת מפורשות בחקיקה, והיא נובעת מכוח סמכותה הטבועה של ערכאה שיפוטית לדון שנית בנושא שכבר נידון לפניה בעבר. זהות הערכאה בגלגול ההתדיינות השני הוכרעה למעשה בגלגול ההתדיינות הראשון.

(א) הרציונל שביסוד הסמכות הנמשכת

דוקטרינת הסמכות הנמשכת חלה במצבים שבהם בית-המשפט דן ופסק מכוח סמכות מקורית לגופה של סוגיה בעלת אופי מתמשך, כך שמן הראוי שהוא ימשיך להחזיק בסמכותו בהתדיינות נוספת בין בני-הזוג באותה סוגיה.³⁵ דוקטרינה זו נובעת מעקרון הכיבוד והכבוד ההדדיים שעל בתי-המשפט ובתי-הדין הדתיים לנהוג אלה באלה. עיקרון זה חיוני לקיומה של מערכת שיפוט תקינה, במיוחד בתחום הרגיש של ענייני המעמד האישי, שבו שתי ערכאות שיפוטיות מתרוצצות בקרבה של המערכת

-
- 31 על העיקרון של מעשה בית-דין ראו, בתמצית, ע"א 246/66 קלוזנר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968); עניין רחמני, לעיל ה"ש 24, בעמ' 497; ע"א 9085/00 שטרית נ' אחים שרבט חברה לבנין בע"מ, פ"ד נו(5) 475, 462 (2003); נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 12-3 (1991).
- 32 מזונות אישה, מזונות ילדים ומשמורת. ראו את מאמרי יצחק כהן "עילת חלוקת הרכוש המשפחתי כעילה נמשכת? עיון מחודש בדיני המשפחה בישראל" משפחה במשפט 1-381 (2015).
- 33 ראו, למשל, את דבריו של השופט ברנזון בד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89, 96 (1974); בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, פס' 8 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ברק (1994); ע"א 6185/00 חנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 366, פס' 15-16 לפסק-דינו של השופט חשין (2001).
- 34 ראו, למשל, את דבריו של השופט מצא בע"א 230/87 שקולניק נ' זכאי, פ"ד מו(3) 279, 285 (1992): "אך כשם שראוי לו לבית המשפט שלא להירתע מעשיית שימוש בסמכותו הטבועה... כך מוטל עליו להישמר מפני עשיית שימוש בסמכות האמורה במקרה שבו אין ההימנעות מכך מובילה לאי-צדק ברור ובוולט..". ראו גם רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 263 (1999), וכן את דבריו של השופט מצא בע"א 4845/95 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(2) 639, 646 (1995): "...הכלל הוא, שבסמכותו הטבועה אין בית המשפט משתמש אלא במקרים שבהם נדרש הדבר באופן חיוני, למטרה הכרחית שאין בידי בית המשפט להשיגה במסגרת סמכותו הרגילה..".
- 35 בג"ץ 637/77 פריזון נ' בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד לב(2) 485, 489 (1978).

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

המשפטית.³⁶ עיקרון זה הוא בגדר חריג לכללי הסמכות הראשונית.³⁷ תכליתו העיקרית היא הצורך בהרמוניה בין ערכאות השיפוט בהתקיים סמכות מקבילה ביניהן, ומניעת התרוצצות של בעלי-דין מערכאת שיפוט אחת לאחרת.³⁸ כך נאמר בהקשר זה בפרשת **ג'ראח**:

"שאם לא תהא למי שנתן את פסק-הדין סמכות ייחודית החולשת על הענין בעתיד, ייווצר אצלנו אותו מצב בלתי נסבל של התערבות הדרית בפסקי-דין בין בתי-משפט שונים, והפרעה בביצועם, שהיה קיים באנגליה עד לפני כמאה שנה."³⁹

השופט לוי בחר לבסס דוקטרינה זו על הרציונל של מבחן הסיכול.⁴⁰ לדידו, הכרעה שיפוטית שניתנה בעבר כדין ובסמכות עלולה להימצא מסוכלת מקום שהפרשה שבה ומעסיקה את הערכאות. חשש זה מעמיק באורח ניכר מקום שסוגיה משפטית מונחת להכרעתן של ערכאות בעלות סמכות שיפוט מקבילה. דוקטרינת הסמכות הנמשכת, ולצידה הכלל המשלים בדבר עניין תלוי ועומד (lis alibi pendens),⁴¹ שואבים מעקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות, שנועד להבטיח את היכולת לממש הכרעות שיפוטיות שניתנו, ולמנוע דיסהרמוניה בהכרעות המתקבלות.⁴² לדברי השופט לוי:

"הדעת נותנת, כי אם יונח לאותה ערכאה לשוב ולהידרש להכרעה שיצאה תחת ידיה, יקטן הסיכון מפני סיכולה של זו, או מפני סיכולו של הקן השיפוטי שנקטה, והוא רלוונטי אף אם השתנו הנסיבות באופן שאינו מאפשר עוד להיזקק לאותה הכרעה."⁴³

לצורך התמודדות עם הקשיים האמורים פותחה דוקטרינת הסמכות הנמשכת,⁴⁴ שלפיה לא תדון ערכאה בסוגיה שכבר נידונה על-ידי ערכאה אחרת. הלכה זו חלה על

36 ראו בד"ם 1/81 נגר נ' נגר, פ"ד לח(1) 397, 365 (1984).

37 ראו, למשל, בג"ץ 8578/01 חליוה נ' חליוה, פ"ד נו(5) 641, 634 (2002); פרשת איתן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 133; ע"א 3203/91 אזולאי נ' אזולאי (פורסם בנבו, 23.10.1995).

38 הלכת אמיר, לעיל ה"ש 15, פס' 14 לפסק-הדין.

39 פרשת ג'ראח, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2626. ראו גם בש"א (חד') 644/06 מ.כ. נ' א.כ. (פורסם בנבו, 26.2.2006).

40 בג"ץ 4111/07 פלונית נ' פלוני, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 27.7.2008) (להלן: פרשת פלונית א).

41 ראו את דבריו של השופט זמיר בבג"ץ 5385/95 ורבר נ' ורבר, פ"ד נב(5) 835, 817 (1998).

42 ראו, למשל, פרשת נגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 398; ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 212, 205 (1992).

43 פרשת פלונית א, לעיל ה"ש 40, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי.

44 ראו גם בג"ץ 669/82 בן צבי נ' בית הדין הרבני האזורי, חיפה, פ"ד לח(2) 716, 719 (1984).

כלל בתי-הדין הדתיים, לרבות בתי-הדין השרעיים והכנסייתיים, וכמובן על בית-המשפט לענייני משפחה.⁴⁵ ההכרה הסטטוטורית בצורך במערכת משפטית רגילה לצד מערכת משפטית דתית מחייבת שכל אחת משתיהן תזכה במקום משלה תוך תחימת גבולות ברורים ביניהן.⁴⁶ דוקטרינת הסמכות הנמשכת נועדה אפוא לשמור על הסדר והכיבוד ההדדי במערכת המשפט, לטובתם של בעלי-הדין המתדיינים בערכאות השונות.⁴⁷ לכאורה עקרון הכיבוד ההדדי הוא ניטרלי, ואין בו הבחנה בין בית-הדין הרבני לבית-המשפט האזרחי. כלומר, העיקרון שלפיו הערכאה בגלגול השני אמורה לא להסיג את גבולה של הערכאה שדנה בגלגול הראשון תקף לגבי שניהם. אולם, בהינתן שבררת-המחדל היא שהשיפוט הוא בידי הערכאה האזרחית, דוקטרינת הסמכות הנמשכת, מטיבה ומטבעה, עשויה לסייע לבית-הדין לרכוש סמכות בגלגול ההתדיינות השני יותר מכפי שהיא מסייעת לבית-המשפט האזרחי. האחרון ממילא ירכוש סמכות כל אימת שלא התקיימו תנאים ספציפיים לסמכותו הנמשכת של בית-הדין הרבני. לכן בפרק הבא אבחן את סמכותו של בית-הדין הרבני, הנתפסת בפסיקה כסמכות החריגה במערכת. כדי שערכאה זו תרכוש סמכות, עליה לעמוד בתנאים ספציפיים. אם ימצא שהתנאים לא התקיימו, אזי כבררת-המחדל הסמכות שייכת לבית-המשפט לענייני משפחה.⁴⁸

פרק ב: הדין הפוזיטיבי בבית-הדין הרבני

1. הסכם ובו תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי

בני-הזוג מניחים הסכם גירושים לפני ערכאה שיפוטית. אותה ערכאה מאשרת אותו. בחלוף זמן, עקב שינוי נסיבות, אחד הצדדים מבקש לדון מחדש באחת הסוגיות שסוכמו בהסכם הגירושים. מטבע הדברים ייגש אותו בן-זוג אל הערכאה אשר למיטב הבנתו היא הנוחה לו ביותר. בהנחה שהוא מבקש לשוב ולשטוח את טענותיו לפני הערכאה הראשונה שדנה בעניינו, האם יש בידה סמכות מקורית בגלגול ההתדיינות השני? ואם אין, האם יש בידה סמכות נמשכת? הסכמתם של צדדים להביא את עניינם לפני ערכאה מסוימת בגלגול ההתדיינות הראשון אין פירושה שאותה ערכאה קנתה לעצמה סמכות להידרש אף לגלגוליו המאוחרים של אותו עניין.⁴⁹ מקום שהצדדים הסכימו לכבול את עצמם גם בעתיד לסמכותה של הערכאה שלפניה באו בראשונה, יקום לה הכוח לשוב

45 ראו גם פרשת קדור (חלבי), לעיל ה"ש 27.

46 בג"ץ 1318/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים (פורסם בנבו, 23.11.2011).

47 בג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול, פס' 19 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 20.3.2013) (להלן: פרשת פלונית ב).

48 ראו הלכת אמיר, לעיל ה"ש 15.

49 ראו פרשת ורבר, לעיל ה"ש 41, בעמ' 838.

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

וליהדרש לעניין.⁵⁰ סמכות מקורית זו יכולה להתגבש בזמן עריכת ההסכם הראשוני בדמותה של תניית שיפוט בהסכם הגירושים. היא יכולה להתגבש גם עובר לגלגול ההתדיינות השני. תניית שיפוט או הסכמה עובר להליך השני, המבוססות על סעיף 9 לחוק השיפוט, מייתרות את ההיזקקות לדוקטרינת הסמכות הנמשכת. תניית שיפוט בנוגע לדיון עתידי מאיינת את זכותם של הצדדים לבחור בעתיד את הערכאה הרצויה להם על-פי כללי הסמכות המקורית. יודגש, עם זאת, כי הסכמה לשיפוט בנוגע לסוגיה אחת בהסכם הגירושים אינה מלמדת על שאר הסוגיות בהסכם. המבקש להקנות סמכות לערכאה מסוימת בכלל הסוגיות ידאג לכלול זאת בתניה מפורשת וכוללת או יתייחס לכל סוגיה וסוגיה בנפרד.⁵¹

תניית שיפוט בנוגע לדיון עתידי רלוונטית רק כאשר המחוקק מאפשר להקנות סמכות בהסכמה באותה סוגיה. כך, למשל, תניית שיפוט המקנה סמכות עתידית לבית-הדין בנושא רכושי היא חסרת תוקף.⁵² נושא רכושי אינו עניין מענייני המעמד האישי, ולכן אינו נכלל בסעיף 9 לחוק השיפוט.⁵³ כך, למשל, בהלכת אמיר הסכימו בני-הזוג כי אם יתגלעו חילוקי-דעות ביניהם, הם מתחייבים להגיש את התביעה לבית-הדין הרבניים בלבד. כעבור זמן חויב האב בהגדלת מזונות הילדים. בתגובה הגיש האב תביעה לבית-הדין הרבני "לפסק דין הצהרתי וביצוע בעין" של הסכם הגירושים, וביקש להשיב לידו את מחצית הדירה שהעביר לידי האישה, מאחר שהעברה זו נעשתה בתנאי שמזונות הילדים לא יוגדלו. בית-הדין קבע כי הסמכות מסורה לו, הן מחמת שהוא זה שאישר את

50 ע"א 534/73 טנהולץ (כהן) נ' כהן, פ"ד כח(2) 492, 490 (1974); ע"א 159/82 ויזנסקי נ' רידר, פ"ד לו(4) 763, 757 (1982).

51 פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, פס' 23 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור: "בהקשר זה לשון הסכם הגירושין היא מפורשת: ההסכמה בדבר הקניית הסמכות לבית הדין נוגעת להסדרי הראייה בלבד, בעוד מזונות הקטין מופיעים בסעיף נפרד ותחת כותרת נפרדת, וללא כל אזכור של הערכאה שתדון בעתיד במחלוקת בנוגע למזונות."

52 ראו הלכת לוי, לעיל ה"ש 30.

53 קביעה זו אינה כה פשוטה. בתחילת דרכה של הפסיקה נקבע כי ענייני רכוש שמקורם ביחסי הנישואים הינם חלק מ"ענייני נישואין וגירושין". ראו ביד"ם 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ח 1020 (1954), וכן ביד"ם 1/55 סידים נ' סידים, פ"ד יב 1121, 1132 (1958). אולם לאחר-מכן יוחד המונח לעניינים הנוגעים בתוקפם של הנישואים והגירושים, ולא בענייני רכוש. ראו בג"ץ 202/57 סידים נ' הנשיא וחברי בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד יב 1528 (1958), שבו נקבע, בהסתמך על ס' 2 לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951, כי אין עוד תחולה למוסד של נכסי מלוג במדינת-ישראל. בעקבות חקיקתו של סעיף זה קבע השופט ח' כהן, בבג"ץ 185/72 גור נ' בית-הדין הרבני האזורי, ירושלים, פ"ד כו(2) 765, 769 (1972), כי "נשרר מענייני הנישואין... נכסי האשה וזכויות הבעל (או 'המשפחה') בהם". כן ראו את התייחסותו של השופט ברק לטענתו של השופט א' לון בע"א 2/77 אזוגי נ' אזוגי, פ"ד לג(3) 1, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ברק (1979). ראו גם ביקורת נוקבת במאמרו של ברכיהו ליפשיץ "תוכן וקליפה בהלכת שיתוף הנכסים" המשפט ג 239, 244 (1996) הטוען כי "העניין עצמו ממשיך להיות עניין מענייני הנישואין, אלא שלכלל היותר דרך קביעתן של הזכויות באותם נכסים צריכה להיות שונה ולהעשות על-פי ההנחיות שניתנו על-ידי בתי-המשפט".

ההסכם (סמכות נמשכת) והן מחמת תניית השיפוט המוסכמת (סמכות מקורית). בית- המשפט העליון דחה קביעה זו, ותחתיה קבע כי עסקינן בסוגיה רכושית, היוצאת מכלל הסמכות בהסכמה ומכלל הסמכות הנמשכת.⁵⁴

בעניין עמרני ניתנה הלכה שאינה מתיישבת עם הלכת אמיר ועם ההלכות המתקבלות חדשות לבקרים בנוגע לתניית שיפוט בנושא רכושי. בני-הזוג חתמו על הסכם גירושים בבית-הדין הרבני. בהסכם נקבע כי בכל בעיה עתידית הם יפנו לבית-הדין הרבני. הבעל הפר את ההסכם, והאישה פנתה לבית-הדין הרבני. זה קבע כי הסמכות מסורה לו, והורה לבעל לפנות את הדירה. בעתירתו לבית-המשפט העליון טען הבעל כי בית-הדין משולל סמכות, מכיוון שאי-אפשר לכרוך את נושא הדירה, כמו-גם את נושא הרכוש כולו, לתביעת גירושים שאינה קיימת. בית-המשפט העליון דחה את העתירה בקובעו כי אפשר לכרוך רכוש להסכם הגירושים, כשם שאפשר לכרוכו לתביעת גירושים, וכי דירת המגורים היא מן השאלות הכרוכות באופן ישיר ואמיץ בגירושי בני-הזוג. בית-המשפט העליון אף דרש קל וחומר: אם אפשר לכרוך את תביעת הרכוש לתביעת הגירושים באופן חד-צדדי ולכפות את הסמכות על בן-הזוג האחר, בוודאי אפשר לעשות זאת בהסכמה במסגרת תניית שיפוט, ובית-הדין קונה בכך סמכות עתידית ונמשכת.⁵⁵

קביעות אלה אינן מקובלות בפסיקה. ראשית, המונח "תביעת גירושין" שבסעיף 3 לחוק השיפוט פורש בצמצום, עד כדי קביעה כי רק לתביעת גירושים שהסתיימה בפסק-דין לגירושים אפשר לכרוך, אך לא לתביעה שלא הסתיימה בפסק-דין לגירושים.⁵⁶ הסכם גירושים בוודאי אינו שקול אפוא לתביעת גירושים. שנית, לאור הלכת לוי, ובעקבותיה הלכת אמיר, נושא רכושי אינו מענייני המעמד האישי, ולכן אי-אפשר לכוללו בתניית שיפוט.⁵⁷ הוא גם אינו מתמשך לפי אופיו וטבעו, ולפיכך אי-אפשר לרכוש בו סמכות נמשכת.

גם במסגרת אישורו של הסכם ממון בני-הזוג יכולים להביע את הסכמתם באשר לערכאה שתדון בענייניהם הממוניים אם יתגרשו. אף תניות שיפוט שאושרו לא לפני ערכאה משפטית זכו בהכרה משפטית. כך, למשל, בעניין וקנין הסכימו בני-הזוג, בהסכם שנחתם לפני נטריון, כי סמכות הדיון בענייני המזונות תהא נתונה לבית- המשפט האזרחי בלבד. בשלב ההתדיינות טענה האישה כי הואיל והסכם הממון לא הוגש לאישורה של ערכאה שיפוטית, אין בתניית השיפוט כדי לחייבה. בית-המשפט דוחה טענה זו ואומר כי "סעיפים הסכמיים שענינם במזונות האישה – להבדיל מענייני רכוש בין בני-הזוג – עשויים להיות בעלי תוקף מחייב אף בלא שאושרו כלל, קל וחומר

54 הלכת אמיר, לעיל ה"ש 15.

55 בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1, פס' 10 לפסק-דינו של השופט אלון (1982).

56 ראו בג"ץ 661/77 חבר נ' בית-הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב(3) 324, 327 (1978); ע"א 617/78 בן יחזקאל נ' בן יחזקאל, פ"ד לג(1) 693, 695 (1979).

57 בפרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, הניח היועץ המשפטי לשיפוט רבני, הרב עו"ד שמעון יעקובי, את הלכת עמרני, לעיל ה"ש 55, לפני בית-המשפט העליון, אך הדבר לא שכנעו לשנות מן ההלכה המקובלת.

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

כאשר ההסכם אושר על-ידי נוטריון.⁵⁸ כלומר, הסכם ממון בין בני-הזוג שאושר על-ידי נוטריון לפני הנישואים בהתאם לסעיף 2(ג1) לחוק יחסי ממון, ובו הסכימו בני-הזוג למסור את סמכות השיפוט לערכאה מסוימת, תקף ומחייב לכל דבר ועניין. הוא הדין, כמובן, לגבי כל הנייות השיפוט בהסכמי ממון שאושרו לפני ערכאה שיפוטית.

2. הסכם ללא תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי

המקרה של הסכם ללא תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי הינו מורכב יותר מקודמו. כאשר הדיון מגיע בגלגול התדיינות שני לבית-הדין הרבני, יש לבחון את מקורות סמכותו. סמכות מקורית מכוח כריכה אין בידיו, מכיוון שסעיף 3 לחוק השיפוט אינו רלוונטי בשלב זה. סמכות מקורית מכוח הסכמת הצדדים אין בידיו, מכיוון שאין תניית שיפוט בין הצדדים, כאמור. בני-הזוג יכולים להסכים במועד הדיון השני לסמכותו של בית-הדין הרבני מכוח סעיף 9 לחוק השיפוט. האם אופייה של ההסכמה בגלגול ההתדיינות השני הוא כאופייה בגלגול ההתדיינות הראשון? בעניין הספל נקבע, בנוגע לגלגול הראשון, כי ההסכמה יכולה להיות בשתיקה או בהתנהגות.⁵⁹ לעומת זאת, ייתכן שבגלגול ההתדיינות השני נדרשת הסכמה משמעותית יותר. במקרה אחר נאמר בהקשר זה כי "ההסכמה לסמכות נמשכת אפשר שתיעשה מבעוד מועד, ולחלופין בשלב מאוחר. אולם, לצורך רכישתה המאוחרת, לא די בעובדה שבעל-דין נטל חלק בהתדיינות בערכאת המשך, אלא יש להראות כי עשה כן בלא שהביע, מייד כשהיה הדבר בידו, הסתייגות מן הסמכות".⁶⁰ אם כוונת הציטטה אכן להחמיר את דרישת ההסכמה שבשתיקה בגלגול השני, אזי איני רואה לכך טעם. אוסיף ואומר כי הצעות החקיקה שהועלו לאחרונה חותרות להשוויית הליכי הגירושים המתקיימים לפני בית-הדין הרבני להליכי ירושה, שבהם נדרשת הסכמה בכתב מצד כל בעלי-הדין.⁶¹ אם יתקבלו הצעות

58 בג"ץ 6866/03 וקנין נ' בה"ד הרבני האזורי נתניה, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 2.10.2003).

59 פרשת הספל, לעיל ה"ש 14.

60 פרשת פלונית א, לעיל ה"ש 40, פס' 12 לפסק-דינו של השופט לוי. כן ראו בג"ץ 573/77 ז"ק נ' בית-הדין הרבני האזורי תל-אביב-יפו, פ"ד לב(1) 281, 289 (1977).

61 ס' 155(א) לחוק הירושה קובע כי "...מוסמך בית הדין הדתי שהיה לו שיפוט בעניני המעמד האישי של המוריש, לתת צו ירושה וצו קיום צוואה ולקבוע זכויות למזונות מן העזבון, אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך". כן ראו הצעת חוק ביטול מרון הסמכויות (תיקוני חקיקה), התשע"ג-2013, פ/1639/19. כנגד זה יש הצעות הבאות להרחיב את סמכותו של בית-הדין הרבני, אף שהן כוללות דרישת כתב. ראו, למשל, הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים) (תיקון מס' 2) (סמכויות שיפוט בעניינים אחרים) (הוראת שעה), התשס"א-2001, ה"ח 600. ההצעה מציעה להוסיף, לאחר ס' 9 הקיים, את ס' 9א בזה הלשון: "בעניין אזרחי היכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים תהיה לבית דין רבני סמכות שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם בכתב לכך."

אלה, ההסכמה לסמכות בית־הדין הרבני תדרוש הסכמה בכתב, והלכת הספל תבוטל גם ביחס לגלגול ההתדיינות הראשון.

בין כה ובין כה, ובהנחה שאין הסכמה בגלגול ההתדיינות השני, האפשרות הנוספת לרכישת סמכות היא הסמכות הנמשכת. לשם רכישה יש לעמוד במבחן דן ופסק. על דקויותיו של מבחן זה ועל שרטוטו המלא אעמוד להלן בפרק ג, אך באופן כללי אומר כי אישורו של הסכם בערכאה משפטית ללא דיון לגופו של ההסכם אינו נחשב דיון מהותי בתוכנו,⁶² ולכן אינו מקיים את התנאי של דן ופסק.⁶³ אין באישור הסכם הגירושים, כשלעצמו, כדי להקנות לבית־הדין הרבני סמכות שיפוט נמשכת.⁶⁴

בהעדר כריכה, בהעדר הסכמה בין הצדדים ובהעדר דיון לגופו של ההסכם, ענייני המעמד האישי מצויים מחוץ לגדרי סמכותו של בית־הדין. אמו של הקטין, אביו ואף הקטין עצמו רשאים להגיש תביעה בגין שינוי נסיבות, אך מכיוון שבית־הדין הרבני נטול סמכות לדון בעניין, מקומה של תביעה כזו הוא בבית־המשפט לענייני משפחה.⁶⁵ מקרה מורכב יותר מכל המקרים הקודמים הוא הסכם ממון שאושר בלא תניית שיפוט הנוגעת בדיון עתידי. אחלק את הדיון במקרה זה למסגרת הנורמטיבית, לתיאור הדין הפוזיטיבי ולהצעת הדין הנורמטיבי.

תפקידו של בית־משפט שהוגשה לו בקשה לאישור הסכם ממון בין בני־זוג הוא פורמלי גרידא. בית־המשפט אינו בוחן את תוכנו של הסכם הממון המובא לפניו, ואין הוא אמור לאשר את תוכנו. לפיכך אישור הסכם ממון אינו מצריך דיון מהותי לגופן של הסוגיות הנכללות בו. כל שבית־המשפט עושה הוא מתן אישור להסכם, לאחר שנוכח כי בני־הזוג עשו אותו בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו, כאמור בסעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון.⁶⁶ באופן דומה יש לפרש אף את סעיף 3(ג) לחוק בית־המשפט לענייני משפחה בנוגע לאישור הסכם בין בני־זוג.⁶⁷

השאלה הנשאלת היא אם ערכאה שאישרה הסכם ממון באופן פורמלי, מבלי שנדרש

62 ראו, מבין רבים, ע"א 359/75 יהלומי נ' יהלומי, פ"ד לא(2) 25, 26 (1977); פרשת פלמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 136.

63 ראו, למשל, פרשת חליווה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 640; פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, פס' 12 ו-15 לפסק־דינה של המשנה לנשיא נאור.

64 ראו בג"ץ 8543/03 פלונית נ' פלונית (פורסם בנבו, 28.1.2007); בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון, פס' ח לפסק־דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 14.2.2008) (להלן: פרשת פלוני א).

65 פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, פס' 13 לפסק־דינה של המשנה לנשיא נאור.

66 ראו, למשל, ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 213 (1999); ע"א 543/82 שטרן נ' שטרן, פ"ד לו(4) 752, 756 (1982); ר"ע 359/85 קון נ' קון, פ"ד לט(3) 421, 422 (1985).

67 ראו, למשל, פרשת חליווה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 640: "בעניינם של העותר והמשיבה הסביר בית־המשפט לענייני משפחה את משמעות הסכם הממון ביניהם, אישר אותו ונתן לו תוקף של פסק־דין לאחר שנוכח כי בני־הזוג עשו את ההסכם בהסכמה חופשית ובהבינם את משמעותו ואת תוצאותיו. זאת, בלא שהתנהל דיון מהותי בסוגיות הממוניות הנכללות בהסכם."

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

כל דיון לפני האישור, רוכשת בעקבות זאת סמכות נמשכת. הפסיקה חלוקה בסוגיה זו. בפרשת **חליווה** נאמר כי "אין באישור ההסכם כפסק-דין לפי סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון ולפי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לעניני משפחה, כשלעצמו, כדי להקנות לבית-המשפט סמכות דיון נמשכת בסוגיה".⁶⁸ קביעה זו מיישרת קו עם הפסיקה הרווחת בהסכמי הגירושים, הדורשת עמידה במבחן הדן ופסק לשם רכישת סמכות נמשכת.

לעומת זאת, בפרשת **פלונית א**, המובילה את מבחן הסיכול בהקשר של דוקטרינת הסמכות הנמשכת, נקבע כי לגבי הסכם ממון, שבו בית-המשפט ממלא תפקיד פורמלי בלבד, אין צורך בעמידה במבחן הדן ופסק לשם רכישת סמכות נמשכת. לאחר שבית-המשפט דן בהרחבה במבחן הדן ופסק השגרתו, הדורש דיון, הוכחות והכרעה כתנאי לרכישת סמכות נמשכת, הוא מונה את החריג לכלל זה, וכך הוא כותב:

"במקרה שבו ניתן פסק-דין, המעגן כלשונו הסכם ממון בין הצדדים (ולהשקפתו גם אותו חלק בהסכם רחב יותר, הנדרש לעניני ממון), מתקיימת באופן חלקי סמכות נמשכת גם בלא שהוכרע דבר."⁶⁹

חריג זה אינו כולל עתירה לאכיפתו או לפירושו של הסכם ממון, אשר אינה מקימה סמכות נמשכת לערכאה המקורית.⁷⁰ בית-המשפט בפרשת **פלונית א** פוסק כך גם הלכה למעשה, ואומר כי ההסכמים שהניחו בני-הזוג לפתחו של בית-הדין הרבני לא עסקו בעניני ממון, כי אם בהסדרי משמורת. אישור ההסכמים בערכאה הרבנית לא הציבם אפוא במגרשו של החריג לכלל, המקנה לבית-הדין סמכות לדון בעתירות לשינויים בהסדרי המשמורת גם בעתיד. סמכות נמשכת תוכר אפוא רק אם לגיבוש הסכמי המשמורת קדם הליך משפטי של דיון ובירור, כלומר, עמידה במבחן הדן ופסק.

יש לבחון מהו הדיון הרצוי בסוגיה זו. לדעתי, הקביעה כי בנוגע ליחסי הממון שבהסכם אפשר לשוב אל הערכאה המאשרת אף ללא עמידה במבחן הדן ופסק, וכי בנוגע לשאר העניינים שבהסכם אפשר לשוב אל אותה ערכאה רק בהתקיים התנאי של דן ופסק, היא קביעה בעייתית. היא עלולה להביא לידי פיצול סמכויות בגלגול ההתדיינות השני. כלומר, חלק מהנושאים בהסכם יידונו בערכאה אחת, וחלקם באחרת. מציאות רווחת היא שבני-זוג מאשרים הסכם ממון לפני ערכאה ללא דן ופסק. בהתאם להלכת **פלונית א**, בדיון עתידי, אשר ייתכן אף שהוא גלגול ההתדיינות הראשון, בעניני

68 שם, בעמ' 641. ראו גם פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 64.

69 פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 40, פס' 10 לפסק-דינו של השופט א' א' לוי. ראו גם ע"א 394/88 מאיר נ' מאיר, פ"ד מד(2) 471, 475 (1990); פרשת **אזולאי**, לעיל ה"ש 37, פס' 4 לפסק-דינו של השופט אור.

70 ראו, למשל, ע"א 556/75 צביק נ' צביק, פ"ד לא(1) 7, 11 (1976); פרשת **ורבר**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 838.

הממון יצטרכו בני-הזוג לשוב אל הערכאה המאשרת, אך בשאר הנושאים הם יצטרכו לפעול על-פי כללי הסמכות המקורית. על הבעייתיות בפיצול סמכויות בין ערכאות שונות באותם נושאים ועם אותם בעלי-דין הרחבתי במקום אחר בהיבט של סדרי הדין האזרחי.⁷¹ דומה כי בדיני משפחה הפיצול חמור פי כמה, והוא היה אחד הגורמים שהניעו את המחוקק לחוקק את חוק בית-המשפט לענייני משפחה.⁷² יתר על כן, החריג לכלל שנקבע בפרשת פלונית א יאלץ את בית-המשפט בגלגול ההתדיינות השני לברר מה היה מקור הסמכות הראשונית של הערכאה שאישרה את ההסכם. אם סמכותה נבעה מכוח חוק יחסי ממון, אזי לפי החריג יש לשוב אל הערכאה המאשרת; אם מקור סמכותה היה סעיף 3(ג) לחוק בית-המשפט לענייני משפחה, אזי גם כאן, אף שאין מדובר ביחסי ממון בלבד, יש לשוב אל הערכאה המאשרת, באשר הסעיף אינו דורש חקירה ובדיקה לפני האישור. את מקור הסמכות לאשר הסכם גירושים הכולל סוגיות שאינן יחסי ממון בין בני-זוג ניתן למצוא, לטעמי, בסעיף 79א(ב) לחוק בתי-המשפט.⁷³ אם הערכאה הראשונה אישרה את הסכם הגירושים מכוח הוראה זו, אזי רק דן ופסק ישיב את העניין לערכאה המאשרת.⁷⁴ ברם, סעיף 79א(ב) לחוק בתי-המשפט רלוונטי רק כאשר הסוגיות הונחו לפני בית-המשפט בסמכות מקורית ותוך כדי ההליך גובש ההסכם. אך מהו מקור הסמכות כאשר הסכם גירושים הכולל סוגיות רבות מעבר ליחסי הממון מונח לפני בית-הדין הרבני, והוא מתבקש לאשרו מבלי שקדם לכך הליך משפטי? פרשת פלונית א מתקשה באיתור מקור הסמכות. הלוליינות הפרשנית שהיא נוקטת מעידה על הקושי:

“על-פי חוק, מוסמך בית-הדין הרבני לדון 'בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושים' [סעיף 3 לחוק השיפוט]... מקל וחומר הוא הדבר, שעה שבני-הזוג כורכים יחדיו

71 ראו את מאמרי יצחק כהן "הלכת פיצול הסעדים בין בתי משפט שונים והלכת העיקר והטפל – בין המצוי על תקלותיו לרצוי על תקותיו" הפרקליט נ(1) 229 (2008). ביקורת עקרונית זו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון. ראו, בין היתר, ע"א 5639/13 סגל נ' ורמז (פורסם בנבו, 14.8.2014); רע"א 3749/12 בר-עז נ' סטר (פורסם בנבו, 1.8.2013).

72 ראו משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת יישום דיני המשפחה 20 (1986): "ריכוז סמכויות ייעל את המערכת, ימנע כפילויות בדיון ובהכרעות שיפוטיות, יאפשר פתרון שיטתי ומגובש יותר, יקצר את ההתדיינות, וכפועל יוצא יביא לפתרונות טובים יותר...". הדברים צוטטו בפסקי-דין לא-מעטים, שאחד הבולטים מביניהם הוא רע"א 6558/99 חבס נ' חבס, פ"ד נד(4) 337, 342 (2000), וכן בדברי ההסבר להצעת חוק לתיקון דיני המשפחה (ריכוז סמכויות השיפוט), התשנ"ה-1994, ה"ח 152.

73 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט).

74 ייתכן שתשמע טענה כי ס' 2(ד) לחוק יחסי ממון הוא מקור הסמכות לאישור הסכם גירושים, וכי על-פי החריג לא יהיה צורך בדן ופסק כדי לרכוש סמכות נמשכת. לדעתי, יש לדחות טענה זו. דקדוק בלשונו של הסעיף מלמד כי הוא מניח הנחה של סמכות מוקדמת, ועל גביה בונה נדבך של השוואה בינה לבין אישורו של הסכם ממון.

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

את הסוגיות הנלוות לגירושים, בהסדר שהם מניחים לפתחו של בית-הדין הרבני למען יעוגן כפסק-דין...⁷⁵

לא ברור כיצד נרכשת סמכות מכוח קל וחומר. במקרים שבהם בית-הדין הרבני נוטל לעצמו סמכות ממקורות שאינם חקיקה מפורשת, טוענים נגדו את עקרון החוקיות, הקובע כי אין סמכות לערכאה אלא זו המוקנית בחוק.⁷⁶ כאן התהפכו היוצרות, ובית-המשפט העליון מצמיח סמכות לבית-הדין מכוח קל וחומר. לחיזוק טענתי אפנה להחלטה שנקבעה בעניין הבר, שלפיה כאשר תביעת הגירושים נדחית, כל הכרוך אליה נשמט מסמכותו של בית-הדין, מכיוון שאין כביכול כל מקור סמכות להחזיק את הכרוך.⁷⁷ והנה כאן בית-המשפט העליון מפתח מקור סמכות לתביעות שלא מצאו את דרכן בעד הדלת הראשית של הסמכות המקורית. היה אפשר אולי להיעזר בסעיף 9 לחוק השיפוט כמקור הסמכות של הערכאה המאשרת, אלא שההסכמים המונחים לאישורו של בית-הדין הרבני כוללים בתוכם על-פירוב נושאים רכושיים, וסעיף 9 אינו חל עליהם.

פיצול זה של מקורות הסמכות לאישור הסכם בין הנושאים השונים גורר אותנו לסוגיה נוספת שיש לגביה אי-בהירות, והיא אילו סוגיות יכולות להיכנס תחת הכותרת "הסכמי ממון", ואילו סוגיות אינן נכנסות תחתה, כי אם תחת "הסכמי גירושים". כך, למשל, בעניין וקנין נאמר כי הסכם המסדיר מזונות אישה אינו צריך אישור בית-משפט, באשר אין הוא הסכם ממון.⁷⁸ לעומת זאת, בעניין חליוה נאמר כי "יש לפרש אף את סעיף 3(ג)... לחוק בית המשפט לעניני משפחה בנוגע לאישור הסכם בין בני-זוג המתייחס למזונות אישה כחלק מן היחסים הממוניים-כספיים בין הצדדים".⁷⁹ סוגיה זו אניח לשעתה.

מכל מקום, מסקנתי היא שאין לצעוד בנתיב של הלכת פלונית א, כלומר, אין להחריג את הסכמי הממון מהסכמי הגירושים, ויש להחיל את מבחן הדן ופסק – שאותו אשרטט לקמן – גם על הסכמי הממון. אישור פורמלי לא יקנה סמכות נמשכת לערכאה המאשרת, הואיל ולא קמה תשתית המצדיקה את החשש מפני הסגת גבולה של ערכאה אחת על-ידי ערכאה אחרת.

3. הסכם הכולל תניית שיפוט הנוגדת את כלל הסמכות הנמשכת

בהנחה שצמחה סמכות נמשכת כדין באחד המקרים דלעיל, יש לבחון אם אפשר להתנות עליה או שמה היא דין קוגנטי. כך, למשל, אם בני-הזוג התדיינו בסוגיה נמשכת בערכאה אחת, אך בהסכם שאושר ביניהם הם הסמיכו בכל דיון עתידי את הערכאה האחרת, האם

75 פרשת פלונית א, לעיל ה"ש 40, פס' 6 לפסק-דינו של השופט לוי.

76 ראו, למשל, פרשת כץ, לעיל ה"ש 5, וכן הלכת לוי, לעיל ה"ש 30, והלכת אמיר, לעיל ה"ש 15.

77 פרשת הבר, לעיל ה"ש 56. ראו גם פרשת בן יחזקאל, לעיל ה"ש 56.

78 פרשת וקנין, לעיל ה"ש 58.

79 פרשת חליוה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 640.

תועיל תניית שיפוט זו להוצאת עניינם מסמכותה הנרכשת של הערכאה שדנה בו ראשונה? כמו־כן, האם הסכמה בין הצדדים עובר לגלגול ההתדיינות השני תועיל להוצאת העניין מסמכותה הנרכשת של הערכאה שדנה בו בגלגול הראשון? בפרשת **טננהולץ (כהן)** נחלקו דעות השופטים בעניין זה. השופט ויתקון השיב על שאלות אלה בחיוב, באומרו:

“אינני רואה כל סיבה, לא במשפט ולא בהגיון, מדוע אין הצדדים יכולים לוותר על ייחודיות הסמכות שהם עצמם הקנו קודם לכן לבית־הדין ולהסכים ביניהם להתדיין בבית־המשפט המחוזי, אשר, מבחינת החוק גרידא, מוסמך אף הוא לדון בסכסוכם.”⁸⁰

השופט קיסטר, בדעת מיעוט, חלק על דעתו של השופט ויתקון:

“אני סבור... שאם הסמכות הוענקה לבית־הדין הרבני מכוח ההתדיינות בפניו בהסכמת הצדדים, או בכריכת העניין בקשר לגירושין, אין היא יכולה עוד להיות מוקנית לבית־המשפט המחוזי מכוח הסכמה אחרת של הצדדים. מבחינה זו אין כל חשיבות לכך שבאופן עקרוני מוסמך בית־המשפט המחוזי לדון בהחזקת ילדים.”⁸¹

פסקי־דין מאוחרים מפנים לעניין **טננהולץ (כהן)** ולמדים ממנו הלכה כדעתו של השופט ויתקון, שלפיה צדדים רשאים להסכים אחרת ממה שנקבע לפי כללי הסמכות הנמשכת.⁸² לטעמי, פסיקה רווחת ומקובלת זו בעייתית בשלושה היבטים. ראשית, היא

80 פרשת **טננהולץ (כהן)**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 492.

81 שם, בעמ' 494. השופט קיסטר ממשיך וכותב פרט חשוב נוסף לעניין דנן: “החשיבות של היות הנושא הנדון נתון לסמכות מקבילה של שתי המערכות היא במישור המניעות. מכיון שהסמכות נתונה באופן עקרוני ורק יתכן שיש עובדות **ששוללות** אותה, מנוע אותו צד, שהצדק דורש שיהיה מנוע, מלטעון שעובדות כאלה נתקיימו; במקום שאין כל אפשרות שתהיה סמכות לבית־משפט מסויים, לא תעזור כל מניעות ליצירתה של סמכות כזאת” (שם, ההדגשות במקור). כלומר, ערכאה אינה קונה סמכות מכוח מניעות, וכל הדיון מתקיים רק מכיוון שלשתי ערכאות יש סמכות מקבילה.

82 ראו, למשל, בג"ץ 2621/11 **פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים**, פס' 22 לפסק־דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 27.12.2011) (להלן: פרשת **פלונית ג**) (“כל זאת אלא אם שוב הסכימו שני הצדדים לוותר על סמכותה של הערכאה לה הסכימו לראשונה ולהעביר את עניינם לערכאה המקבילה”). גם בפרשת **בן צבי**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 720, נקבע כי בעלי־הדין רשאים, בהסכמה הדדית, לבקש שינוי ודיון נוסף לפני ערכאה שיפוטית שהם מסכימים עליה עתה, ולא דווקא לפני אותה ערכאה שיפוטית שכבר דנה בעניין. כך נקבע גם על־ידי השופט זמיר בעניין **ורבר**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 838 (“בכוחה של הסכמת הצדדים אף להקנות סמכות לערכאה שונה מזו שהייתה מוסמכת לדון על־פי כלל המשכיות”; מצוטט גם בפרשת **פלוני א**, לעיל ה"ש 64, פס' ג לפסק־דינו של השופט רובינשטיין), וכך נקבע גם על־ידי השופט אור בפרשת **ויזנסקי**, לעיל ה"ש 50, בעמ' 763 (“הצדדים עצמם – על־פי הסכמה ביניהם או בהתנהגותם – יכולים להביא לכך, שאותה רשות,

אינה מתיישבת עם הרציונל של עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול. אין מקום להרשות לצדדים להעניק את הסמכות לערכאה אחרת מזו אשר דנה, שמעה ראיות והכריעה בענינם, מחשש שערכאה אחת תסיג את גבול רעותה. בפרט קיים חשש שהערכאה האזרחית תהפוך את החלטתה של הערכאה הדתית או להפך, ואין לאפשר להסכמת הצדדים להתגבר על חשש כבוד זה. מה שמונח ביסודו של חשש זה הוא שלא רק טובתם האישית של הצדדים נמצאת על כף המאזניים (ואולי כלל לא!), אלא הכיבוד ההדדי בין הערכאות, בזבז משאבים ועוד, ואין לאפשר לצדדים לפגוע בערכים אלה.

שנית, העיקרון הרווח בסדר הדין האזרחי הוא שצדדים אינם יכולים להתנות על כללי הסמכות העניינית. בהתאם לכללי הפרוצדורה האזרחית, הסמכות העניינית של ערכאות משפטיות היא קוגנטית.⁸³ סמכותן של הערכאות מוקנית להן על-ידי המחוקק, ולא מכוח הסכמתם של הצדדים. אומנם, במקרה של סמכות נמשכת לא המחוקק העניק את הסמכות, כי אם ההלכה הפסוקה, אך זו סמכות מכוח הדין, ואין היא שואבת את כוחה מכוח הסכמתם של הצדדים. אשר על-כן לא ברור כיצד הסכמת הצדדים יכולה לשנותה. ניחא מקום שהמחוקק עצמו הכיר בהסכמת הצדדים כמקור לקביעת הסמכות, כפי שהכיר למשל, בתנאים מסוימים, בעניין הסמכות המקומית.⁸⁴ במקרה כזה הנכונות להכיר בהסכמת הצדדים כמקור לסמכות כזו נובעת כל-כולה מהחוק. לא כך הוא לגבי הסמכות העניינית. דרך כלל, אין החוק מכיר בכוחה של הסכמת בעלי-הדין לשנות מכללי הסמכות העניינית.⁸⁵ כללים אלה לא נקבעו לנוחותם של הצדדים, וממילא אין הם רשאים לשנותם ככל שיחפצו. ראוי לציין כי מבחינה מעשית, כאשר שני צדדים מסכימים על סמכות אחרת, אין לכאורה מי שיטען נגד סמכותה של הערכאה בגלגול השני. אולם במשקפי הסמכות העניינית, בית-המשפט אמור לעורר את הטענה מיוזמתו, אף בניגוד להסכמתם או לשתיקתם של הצדדים.⁸⁶

שלישית, בפרשת **שרגאי** נאמר כי בעבר היה אפשר להעביר תיק מבית-הדין הרבני

שהעניין הובא לפניו ראשונה, תחדל לדון בעניין, והעניין יועבר לדיון אל רעותה... כך הוא גם המצב, אם פסק בית הדין הרבני בתביעת גירושין, והסדיר בפסקו גם את עניין החזקת הקטינים, ומכוח כלל ההמשכיות מסורה הייתה לו הסמכות לשוב ולדון בעניין החזקתם, אשר התעורר כעבור זמן, אך הצדדים, מתוך הסכמה ביניהם, החליטו לפנות לבית המשפט המחוזי". כן ראו ע"א 84/81 **גולדפרב נ' גולדפרב**, פ"ד לו(3) 253 (1982).

83 ראו זוסמן, לעיל ה"ש 24, בעמ' 77, הכותב כי "בעוד שהסמכות העניינית אינה ניתנת להתנאה, תופס ההסכם לגבי הסמכות המקומית". כן ראו רע"א 2339/92 **עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' חי**, פ"ד מו(3) 777, 780 (ב) (1992).

84 תק' 5 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סד"א), קובעת כי אם קיים הסכם בין בעלי-הדין על מקום שיפוט, תוגש התובענה לבית-המשפט שאותו מקום מוסכם מצוי באזור שיפוט.

85 ראו הלכת **אמיר**, לעיל ה"ש 15, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

86 אכן, פסק-דין שניתן בחוסר סמכות עניינית בטל מעיקרו, באשר מדובר בעניין של כשרות. ראו גורן, לעיל ה"ש 30, בעמ' 16.

מבלי שזה היה יכול להתנגד לעניין.⁸⁷ אולם המצב המשפטי השתנה מאז, וכיום התקנות אינן מאפשרות להעביר תיק מסמכותו של בית-הדין הרבני ללא הסכמתו.⁸⁸ הסכמת הצדדים לא תועיל אפוא בעניין זה. סבורני כי תמיכה בעמדת עולה בעקיפין מתוך דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת פלוני א:

"אכן, נפסק כי תביעה 'לתיקון, לשינוי או לביטול הסכם ממוני שאושר כפסק-דין... ככלל תוגש לערכאה שאישרה את ההסכם'... אך מעבר לצורך אציין כי כשם שערכאה אחרת מוסמכת (אם לא נרכשה סמכות נמשכת, או בהסכמת הצדדים) לדון בתביעה חדשה בגין שינוי נסיבות... יתכן שאין לנקוט גישה נוקשה גם ביחס לאותם מקרים בהם התבקש בהסכמה שינוי בהסכם המקורי. כל זאת בכפוף לעקרון הכיבוד ההדדי, שהוא – וצריך להיות – נר לרגלי כל הערכאות העוסקות בנושאים אלה, וגם ימנע ככל האפשר 'כרכור' בין הערכאות..."⁸⁹

מדברים אלה משתמע כי הכלל הוא שבשינוי נסיבות הצדדים חייבים לשוב אל אותה ערכאה שדנה בעניינם, והדבר אינו נתון לבחירתם. ציטטה זו מציעה לרוך כלל זה, ואומרת כי ייתכן שאין צורך לנקוט גישה כה נוקשה, וכי בהסכמה אפשר להקנות סמכות לערכאה האחרת. ברם, זו בוודאי אינה צריכה להיות הגישה הרווחת. אם כן, שלושת הטענות דלעיל מובילים למסקנה כי אין לאפשר לצדדים להוציא את עניינם מסמכותה של ערכאה שכבר רכשה סמכות נמשכת בעניין.

פרק ג: מבחן הדן ופסק

בחלקו הראשון של התת-פרק הראשון של פרק זה אציע לראות את מבחן הדן ופסק כציר ארוך, ואמקם עליו את הפסיקות השונות שניתנו בעניין. בחלקו השני של התת-פרק הראשון אצביע על הסתירות בפסיקה בנוגע למבחן הדן ופסק. בתת-פרק השני אצביע על בלבול שחל בין מבחן הדן ופסק לענייני הקטין לבין מבחן הדן ופסק לענייני הסמכות הנמשכת.

87 בג"ץ 206/70 שרגאי נ' בית-הדין הרבני הגדול, ירושלים, פ"ד כד(2) 487 (1970).

88 ראו תק' עח לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג, י"פ 2299: (1) בעל-דין הרוצה לבטל, בכל שלב משלבי הדיון, תביעה או בקשה שהוגשה על-ידו – יגיש בקשה בכתב לכך לבית-הדין שלפניו הוגשה התביעה או הבקשה... (6) ההחלטה אם לקבל את הבקשה, כאמור, או לדחותה מסורה לשיקול-דעתו של בית-הדין."

89 פרשת פלוני א, לעיל ה"ש 64, פס' יא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

1. התפתחותו של מבחן הדן ופסק

פרק זה מתמקד בקווים המנחים למבחן הדן ופסק. במבט ראשון נראה כי מדובר במבחן השייך למשפחת הכללים, ולא למשפחת הסטנדרטים.⁹⁰ מטיבו ומטבעו הוא נורמה סגורה, ואין הוא תלוי במבחן של סבירות או כנות וכיוצא בהן.⁹¹ אולם עיון מעמיק מגלה כי גבולותיו של המבחן לוטים בערפל, ונתונים לשיקול-דעת נרחב של בתי-המשפט כאילו היה המבחן נורמה פתוחה. בפרק זה אנסה להגדירו בעזרת קווים מנחים ולהשיבו למקומו הטבעי – משפחת הכללים.

אציע לראות את מבחן הדן ופסק כציר ארוך הנע בהדרגה משמאל לימין. בקצה השמאלי עומדים המקרים שבהם הסכם גירושים בין בני-זוג אושר ללא כל דיון וללא כל התערבות מצד הערכאה המאשרת. במקרים אלה דרישותיו של מבחן הדן ופסק אינן מתקיימות, והחשש להסגת גבולה של ערכאה משפטית אחת על-ידי חברתה אינו מתקיים. כזה הוא, למשל, המקרה בעניין חליווה.⁹² בבית-המשפט לענייני משפחה לא נערך דיון לגופן של הסוגיות הממוניות והכספיות הנכללות בהסכם בין בני-הזוג, וההסכם אושר כלשונו כפי שנוסח על-ידי באי-כוח הצדדים. בית-המשפט קובע כי בהתחשב בכך אין באישור ההסכם כפסק-דין, כשלעצמו, כדי להקנות לבית-המשפט סמכות דיון נמשכת בסוגיה.⁹³

אם ננוע צעד ימינה על הציר של מבחן הדן ופסק, נפגוש את עניין איתן. בעניין זה יש עליית מדרגה קלה במעורבותו של בית-הדין הרבני לפני אישורו של הסכם הגירושים בין בני-הזוג. השאלה שנידונה הייתה אם בית-הדין הרבני רכש סמכות נמשכת לדון בסוגיית חינוך הבנות שנכללה בהסכם הגירושים שאושר על-ידיו. בית-המשפט העליון בודק את הפרוטוקולים של הדיון שנערך בבית-הדין, וקובע כי אמירותיו של הבעל תוך כדי דיון בדבר שאיפתו כי בנותיו ילמדו בחינוך מסוים, מבלי שבית-הדין הציג לפניו שאלה, אין בהן כדי להקנות לבית-הדין סמכות נמשכת. גם דיון בתביעת גירושים שבמהלכו הבעל אומר באילו תנאים הוא יסכים לגט, ובמסגרת זו מעלה את שאיפתו ומשאלתו היכן ילמדו בנותיו, אינו מקנה סמכות עתידית לבית-הדין הרבני בנושא זה.⁹³ אם נמשיך לנוע ימינה על הציר של מבחן הדן ופסק, נפגוש בעליית מדרגה קלה נוספת בעניין פלוני א. גם כאן הפסיקה מכריעה כי אין בנסיבות המקרה כדי להצדיק

90 להבחנה בין נורמות מסוג של סטנדרטים לבין נורמות מסוג של כללים ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" משפטים יז 321 (1987).

91 ראו, למשל, את דבריו של הנשיא ברק בעניין רוקר, לעיל ה"ש 34, בעמ' 279: "מעצם מהותו, עקרון תום-הלב מהווה אמת-מידה 'פתוחה' המשקפת את תפיסות היסוד של החברה הישראלית באשר להתנהגות ראויה בין בני-אדם. הקטגוריות של תום-לב לעולם אינן סגורות; לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים. תום-הלב מכניס לשיטתנו יסוד של גמישות המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים."

92 פרשת חליווה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 641.

93 פרשת איתן, לעיל ה"ש 14, פס' 4 לפסק-הדין.

הקניית סמכות נמשכת לערכאה אשר אישרה את ההסכם ונתנה לו תוקף של פסק-דין, וכך ההכרעה מוסברת:

"תביעות המשיבה [האישה] אמנם היו תלויות בפני בית המשפט לענייני משפחה – אך הוא לא דן בהן לגופן. הצדדים לא טענו בפני בית המשפט – ופעולתו התמצתה בהפנייתם ליחידת הסיוע ובאישור ההסכם שהושג שם. על פניו דומה כי לא נרכשה סמכות נמשכת (ככל שיש משמעות לסמכות זאת בענייני רכוש). העותר אמנם טוען כי יש לראות את ההתדיינות שנערכה ביחידת הסיוע כדיון לגופו בבית המשפט – אך אין להיעתר לטענה זו, שכן הסמכות הנמשכת מתייחסת לחזרה לבית המשפט... ולא ליחידת הסיוע..."⁹⁴

פרשת פלונית א בניסוחה השלילי – כלומר, בקביעה מה אינו נחשב דין ופסק – ממשיכה לנוע ימינה על הציר של מבחן הדן ופסק. בית-המשפט מחווה את דעתו ביחס לנקודות נוספות על הציר, וקובע כי גם הן אינן עונות על דרישותיו של מבחן הדן ופסק. וכך הוא כותב:

"בית-הדין האזורי לא לקח חלק בעיצוב תנאיהם של ההסכמים, לא דן ולא בירר דבר בענינם של הצדדים. אפילו קדמו לאישורם של ההסכמים ישיבות בפניו, במהלכן הוצגו לו ההסכמים ונעשה ניסיון למנוע את הגירושים, אין לכך דבר עם קיומו של דיון מן הסוג האמור."⁹⁵

כעת אעבור לקצה הימני של מבחן הדן ופסק, ואבחן אילו תנאים עונים על דרישותיו ומקנים סמכות נמשכת לערכאה שדנה בגלגול הראשון. ובכן, בקצה הימני של הציר ניצבת סדרה של הכרעות המעמידות אותנו על הגדרה ברורה כביכול של מבחן הדן ופסק. כך, למשל, פרשת פלונית א בניסוחה החיובי – כלומר, בקביעה מה נחשב דין ופסק – קובעת כי "התנאי הראשון הוא, כי ההחלטה המקורית ניתנה לאחר בירור ושקילה. עליה לשקף הליך של דיון משפטי, שבמהלכו נשמעו או הוגשו טיעוני הצדדים, נקבעו ממצאים ונתקבלו הכרעות"⁹⁶. כלומר, פרשת פלונית א – אשר חידדה את החלק השמאלי על ציר הדן ופסק, כפי שראינו בפסקה הקודמת – מחדדת בעבורנו גם את הנקודה הימנית ביותר על ציר הדן ופסק, המקימה את החשש להסגת גבולה של ערכאה על-ידי חברתה, ודורשת קביעת ממצאים וקבלת הכרעות לאחר הליך של בירור ודיון

94 פרשת פלוני א, לעיל ה"ש 64, פס' ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

95 פרשת פלונית א, לעיל ה"ש 40, פס' 14 לפסק-דינו של השופט לוי.

96 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי. כן ראו ע"א 811/80 בלום נ' שטרן, פ"ד לה (3) 757, 761 (1981); בג"ץ 6012/96 גרייבר (סגל) נ' בית הדין הרבני האזורי אשדוד, פ"ד נ (5) 397, 401 (1996).

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

משפטי. בהעדר הכרעה אשר קם חשש כי תסוכל על-ידי ערכאת-ההמשך, ולו בשוגג, אין בסיס רעיוני להכרה בקיומה העתידי של הסמכות. הדרישה שיתקיים דיון בסוגיה, שייקבעו לגביה ממצאים ושתתקבל בה הכרעה חוזרת בפרשיות נוספות, ומלמדת כי זהו תנאי בלעדיו אין לרכישת סמכות נמשכת. פרשת פלונית ב בניסוחה החיובי עומדת אף היא על הקצה הימני של ציר הדן ופסק, ומיישרת קו עם דרישה זו:

"בשאלת הסמכות הנמשכת קיומו של דיון והכרעה שיפוטית הוא העניין, ולא עצם העובדה שהושגה הסכמה בסופו של הליך... אין בענייננו כל הכרעה שיפוטית מהותית, זולת אישור טכני של ההסכם... בית הדין אישר את ההסכם שהוגש לו – הא ותו לא. אף אם הפעיל את ידיעתו השיפוטית בכך שנחה דעתו ששיעור המזונות עומד ברף המינימאלי הנדרש, הוא לא הכריע במחלוקת כלשהי. משכך גם אין חשש שהחלטה שיפוטית עתידית תסיג את גבולה של החלטה שיפוטית קודמת: תהא הערכאה אשר תדון בתביעה אשר תהא, הסכם הגירושין המאושר הוא שיעמוד לבחינתה, ולא החלטה המהווה תוצר של הכרעה ושקילה של ערכאה שיפוטית."⁹⁷

מלבד העובדה שפרשה זו מחדדת שוב את הקצה הימני של ציר הדן ופסק, אגב אורחה היא משמיעתנו בנוגע לנקודות נוספות על הציר העומדות שמאלה הימנו. כך, בירור של בית-הדין כי המזונות עומדים ברף הדרוש אינו עומד במבחן הדיון וההכרעה השיפוטיים.

חמש ההלכות הללו מלמדות כי לשם רכישת סמכות נמשכת יש צורך בדיון, בקביעת ממצאים ובהכרעה. זהו הקצה הימני של ציר הדן ופסק. כל התנאים העומדים משמאל לו – ובכלל זה הצגת מסמכים וטיוטות, שאלות, משאלות, הערות, בירורים, מלאכתה של יחידת הסיוע, הפעלה של ידיעה שיפוטית וכיוצא בהם – אינם עונים על דרישותיו של מבחן הדן ופסק, ולפיכך אין בהם כדי להקנות סמכות נמשכת לערכאה שקיימה אותם. כל עוד אין מדובר בדיון, בקבלת ממצאים ובהכרעה, אין מקום לחשש מהסגת גבולה של החלטה שיפוטית קודמת.

אילו עצרנו כאן, היה המבחן ברור דיו, ומחמיר ביחס לערכאה המבקשת לרכוש סמכות נמשכת. ברם, סדרה נוספת של קביעות גורמת לטשטושו של מבחן זה. ניתוחן של קביעות אלה מלמד כי לעיתים גם נסיבות העומדות משמאל לקצה הימני של מבחן הדן ופסק ייחשבו כעונות על תנאיו. וכך נאמר בפרשת פלונית ב:

"חברתי המשנה לנשיא הטעימה כי רעיון 'הסמכות הנמשכת' או 'מבחן הסיכול' אינו מתקיים כאן, במקרה שבו מעורבות בית הדין, כלשוני שלי, היא 'רזה'

97 פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, פס' 19 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

ביותר, בשונה מפרשת... **וינטר**⁹⁸... שבה קיים בירור לגופם של דברים. ומשעסקינן במזונות ילדים ציינה, חברתי כי היה צורך בדיון קונקרטי באשר לטובת הקטינים בצד ענייניהם של הוריהם (בג"ץ 2898/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**⁹⁹...).¹⁰⁰

פסקה זו קובעת, על-דרך ההפניה להלכת **פלוגית ד**,¹⁰¹ כי סמכות נמשכת מתקיימת כאשר התקיים בירור לגופם של דברים או כאשר התקיים דיון קונקרטי בעניינם של הילדים. המונחים "קביעת ממצאים" ו"קבלת הכרעות" נעדרים מציטטה זו. ההלכות שסקרנו לעיל לימדונו כי דיונים ובירורים ללא ממצאים והכרעות ממוקמים משמאל לקצה הימני של ציר הדין ופסק, ואינם עונים על תנאיו. מן הפסקה כאן, לעומת זאת, משתמע כי ההכרעה ושמיעת הראיות אינן תנאי בלעדיו אין – דיון קונקרטי או מעורבות קצת יותר מ"רזה" עומדים במבחן הסמכות הנמשכת.

קביעה נוספת בפרשת **פלוגית ב** מתעלמת מהתנאים הברורים של דיון, ממצאים והכרעה. על-דרך ההפניה להלכות **רוט**¹⁰² ו**איתן**¹⁰³ נקבע כי "אישור של הסכם בענייני משפחה בערכאה משפטית ללא דיון לגופו של ההסכם איננו נחשב כדיון מהותי בתוכנו, ולכן איננו מקיים את התנאי של 'דן ופסק'".¹⁰⁴ משמעותו של "דיון לגופו של הסכם" אינה ברורה דייה, אך נראה כי גם היא עומדת משמאל לקצה הימני של מבחן הדין ופסק, הכולל דיון, קביעת ממצאים וקבלת הכרעות.

הלכה נוספת בכיוון זה היא הלכת **פלוגית ה**,¹⁰⁵ המלמדת אף היא כי מבחן הדין ופסק שנקבע בהלכות דלעיל אינו כה חד-משמעי. וכך נאמר בה:

"גם בהנחה שבית הדין הרבני רכש סמכות מקורית בסוגיה של הסדרי ראייה, בית הדין הרבני לא 'דן ופסק' בה. כל שעשה בית הדין הרבני הוא להעניק תוקף של פסק דין להסכם בין האב לאם בעניין הסדרי הראייה. אומנם, בית הדין עיין בהסכם ואף שאל קצרות את הצדדים האם הוא לטובת הילדים. לכן, ברי כי לא התעלם מטובתם של האחרונים באשרו את ההסכם. ואולם, בהיעדר דיון מהותי

98 פרשת **וינטר**, לעיל ה"ש 12.

99 בג"ץ 2898/03 **פלוגית נ' בית הדין הרבני הגדול**, פ"ד נח(2) 563, 550 (2004) (להלן: פרשת **פלוגית ד**).

100 פרשת **פלוגית ב**, לעיל ה"ש 47, פס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

101 פרשת **פלוגית ד**, לעיל ה"ש 99.

102 ע"א 413/85 **רוט, קטינה נ' רוט**, פ"ד מ(1) 835, 839 (1986).

103 פרשת **איתן**, לעיל ה"ש 14.

104 פרשת **פלוגית ב**, לעיל ה"ש 47, פס' 15 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור.

105 בג"ץ 6021/10 **פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים** (פורסם בנבו, 4.10.2010) (להלן: פרשת **פלוגית ה**).

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

לגוף הסוגיה לא די בכך על מנת לקבוע כי בית הדין 'דן ופסק' בשאלת הסדרי הראיה...¹⁰⁶

פסקה זו קובעת, שוב על-דרך ההפניה להלכת פלונית ד, כי "דיון מהותי לגוף הסוגיה" יקנה סמכות נמשכת. המונחים "קביעת ממצאים" ו"קבלת החלטות" נעדרים גם מציטטה זו. גם טיבו והיקפו של "דיון מהותי" נותרו מעורפלים. בפשטות, שאלות שאינן קצרות, המשקפות דיון שלם, אף ללא שמיעת ראיות, קביעת ממצאים וקבלת הכרעות, ייחשבו מספיקות למבחן הדן ופסק.

ובכן, שלוש הקביעות האחרונות אינן צועדות בקו אחד עם הדרישות החד-משמעיות למבחן הדן ופסק בכל חמש ההלכות הראשונות. יתר על כן, לא די שלוש הקביעות האחרונות חורגות מהמבחן הברור שנוצק בהלכות הראשונות, הן עצמן אינן יוצרות מבחן ברור אחר, ובכך הן מקשות את מלאכת שרטוט גבולותיו של מבחן הדן ופסק. האם אפשר ליישב את הקביעות הללו אלה עם אלה? בפשטות אפשר לומר כי הקביעות הללו משקפות חילוקי-דעות בין שופטי בית-המשפט העליון, ופועל יוצא מכך הוא שיקול-דעת רחב לערכאות הדיוניות. החסרונות שבמסקנה זו ברורים. דווקא מקום שיש שתי ערכאות שונות בעלות סמכות מקבילה, השיטה המשפטית אמורה לשאוף לשרטט מבחן אחיד וברור שלאורו יצעדו שתי הערכאות. לשם כך הרשו לי להציע את ההבחנה המתוארת בחלק הבא.

2. מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת ומבחן הדן ופסק לעניין תביעות העצמאית של קטין

לטעמי, הסתירות שתוארו לעיל בין סדרות ההלכות נובעות מבלבול שחל בפסיקה בין שני מונחים זהים. הפסיקה משתמשת באותו מונח – "מבחן הדן ופסק" – לשני עניינים שונים: מבחן הדן ופסק הקובע לעניין תביעתו העצמאית של קטין, ומבחן הדן ופסק הקובע לעניין הסמכות הנמשכת. דא עקא, מבחינים אלה מבוססים על רציונלים שונים, ולכן דרישותיהם שונות. לדעתי, שלוש הקביעות האחרונות ערבבו זה עם זה, למדו מזה על זה, גזרו דרישות שונות למבחן הדן ופסק בעניין הסמכות הנמשכת, והציבו לו גבולות שונים מאלה שהוצבו לו בחמש ההלכות הראשונות. בערבוב זה, לטענתי, טמונה טעותם.

מבחן הדן ופסק בעניין הקטין נולד מחמת החשש שמא יזניחו הורים את ענייניו של הקטין במסגרת מאבקם האישי. המבחן בא לוודא כי ענייניו של הקטין לא ייבלעו בעניינים שבין הוריו וכי האינטרסים שלו לא יקופחו.¹⁰⁷ תשובה שלילית למבחן הדן

106 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת נאור.

107 ראו, למשל, ע"א 42/49 משקה נגד משקה, פ"ד ג 88 (1950); ע"א 404/70 עברון נ' עברון, פ"ד כה (1) 379, 373 (1971). ראו גם המ' 413/65 לאהר נ' לאהר בשם עצמה ובשם ילדיה הקטינים, פ"ד יט(3) 153, 151 (1965).

ופסק בענייני הקטין מביאה לידי כך שההכרעות או ההסכמות שבין הוריו אינן מחייבות אותו, והוא רשאי לפתוח הליך נפרד בעניינו בערכאה אשר יחפוץ, אף ללא הצבעה על שינוי נסיבות.¹⁰⁸ תשובה חיובית למבחן הדן ופסק בענייני הקטין תביא לידי כך שהקטין ייחסם מלתבוע תביעה משל עצמו, וממילא ייחסם מלבחור לו ערכאה אחרת. לעומת זאת, מבחן הדן ופסק לצורך הסמכות הנמשכת נולד מחמת החשש שמא ערכאה אחת תסיג את גבול רעותה, שמא תפתח החלטות שניתנו על-ידי חברתה אף מבלי להיזקק לעילה של שינוי הנסיבות. תשובה שלילית למבחן הדן ופסק בהקשר זה שוללת את סמכותה הנמשכת של ערכאה בדיון השני. תשובה חיובית למבחן הדן ופסק בעניין הסמכות הנמשכת אינה שוללת את הדיון השני, כי אם קובעת את מקומו – אותה ערכאה שדנה בעניין בגלגול הראשון.

מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת מציב סטנדרט גבוה, הכולל דיון, קביעת ממצאים וקבלת הכרעות. לעומת זאת, מבחן הדן ופסק לעניין הקטין אינו מתעקש על קביעת ממצאים וקבלת הכרעות, כי אם מסתפק בדיון נפרד בעניינו של הקטין. מבחן הדן ופסק לעניין הקטין יתקיים גם כאשר ערכאה תפעיל את ידיעתה השיפוטית או תערורן דיון מהותי ותדאג כי ענייניו של הקטין לא נפגעו ולא קופחו – תנאים שאין בהם די לעניין הסמכות הנמשכת.¹⁰⁹ הייתכן אפוא כי עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות חשוב בעיני הפסיקה מעניין הפגיעה בקטין, שבראשון היא דרשה הכרעות של ממש ואילו באחרון היא הסתפקה גם בדיון כזה או אחר? אם נביט על מבחן הדן ופסק לעניין הקטין באספקלריה של עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות, ייתכן שנמצא בכך תשובה. באופן פרדוקסלי, החמרה במבחן הדן ופסק לעניין הקטין, כגון דרישת ממצאים והכרעות, תקל על הקטין לפתוח הליך שנית, ותגביר את החשש שהערכאה השנייה שבה יבחר הקטין תסכל את החלטת הערכאה שדנה בעניינו בגלגול הקודם. כלומר, החמרה במבחן הדן ופסק בעניין הקטין תגביר את החשש – שאכן מתממש פעמים רבות – שערכאה אחת תסיג את גבול חברתה.¹¹⁰ לעומת זאת, הקלה בתנאיו של מבחן הדן ופסק לעניין הקטין מקטינה את הסיכוי שיורשה לו לפתוח הליך שנית, ומגבירה את הכיבוד ההדדי בין הערכאות.

אם כן, אם נחמיר ונחיל בעניין הקטין את מבחן הדן ופסק המקובל בעניין הסמכות הנמשכת, נקל על הקטין לפתוח תיק שנית בעניינו, והדבר רק יגביר את הפגיעה בכיבוד ההדדי בין הערכאות. אולם על רקע זה עולה השאלה אם לא כדאי להחיל בעניין הסמכות הנמשכת את המבחן המקובל בעניין הקטין, אשר מקנה לערכאה הראשונה סמכות נמשכת ביתר קלות. האם ראוי ליצור אחידות והרמוניה בפסיקה ולמזג את שני מבחני הדן ופסק למבחן אחד?

108 ראו בהרחבה את מאמרי יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בידי המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (2011).

109 שם, תת-פרק ב.4. כן ראו רע"א 6308/98 פלדמן נ' פלדמן (פורסם בנבו, 2.12.1998).

110 ראו, למשל, את עובדות המקרה בהלכת אמיר, לעיל ה"ש 15.

דומני כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. המבחנים הללו, הנושאים כאמור אותו שם, צועדים בשני צירים מקבילים. מבחן הדן ופסק לעניין הקטין אינו מתעניין בתהליך ההכרעה, כי אם בתוצאת ההליך. המבחן בוחן אם התוצאה שהתקבלה – בין בהסכמה בין בתהליך של הכרעה – מגינה על האינטרס של הילד, ואם היא משקפת פסיקה מקובלת בעניינו. כפי שטענתי גם במקום אחר, המבחן בעניין הקטין צריך להיות מהותי, ולא פרוצדורלי.¹¹¹ לעומת זאת, מבחן הדן ופסק בעניין הסמכות הנמשכת מתעניין בתהליך עצמו, ופחות בתוצאה. התשובה למבחן היא חיובית כאשר התוצאה התקבלה בדרך של קביעת ממצאים וקבלת הכרעות, ודי בכך. אין זה משנה מה התוצאה – אם היא סבירה ומקובלת בנסיבות העניין או אם היא קיפחה את מי מהצדדים. תוכן הפסיקה אינו נבחן כלל, כי אם אופיו וטיבו של ההליך. במובנים מסוימים, המבחן בעניין הסמכות הנמשכת הוא אפוא פרוצדורלי יותר ומהותי פחות. מזווית נוספת, אם לא היה תהליך של הכרעה אך התוצאה שאליה הגיעו בעניין הקטין היא טובה וסבירה, אזי מבחן הדן ופסק מתקיים, והקטין ייחסם מלפתוח תביעה בעתיד. לעומת זאת, בעניין הסמכות הנמשכת, אם לא היה תהליך של הכרעה, מבחן הדן ופסק אינו מתקיים, ואין סמכות נמשכת, תהא התוצאה אשר תהא.

האם אפשר למצוא נקודות חפיפה בין שני המבחנים, שבהן נאמר, למשל, כי תשובה חיובית לאחד תספק תשובה חיובית גם לאחר. חפיפה כזו עשויה לשרת את בית-המשפט, באשר היא תמנע את הצורך בעריכת בדיקה כפולה למבחן הדן ופסק כאשר שני העניינים מונחים לפניו. אבחן זאת משני הכיוונים: האם יש מקום לומר כי תשובה חיובית למבחן הדן ופסק שיש בה כדי לחסום את תביעתו העצמאית של קטין תהא תשובה חיובית גם למבחן הדן ופסק לטובת הסמכות הנמשכת? דומני כי על שאלה זו יש להשיב בשלילה, מכיוון שבעניין הקטין אין צורך בהכרעה של ממש בעוד מבחן הסמכות הנמשכת הוא חמור יותר ודורש ממצאים והכרעות. מאידך גיסא, האם אפשר לטעון כי תשובה חיובית למבחן הדן ופסק בעניין הסמכות הנמשכת, הדורש הכרעה של ממש, תהא תשובה חיובית גם למבחן הדן ופסק לענייניו של קטין? על שאלה זו דומני כי יש להשיב בחיוב, ובמקרה כזה ייחסם הקטין מלפתוח את תביעתו שנית.

לסיכום-ביניים, מבחן הדן ופסק לעניין הקטין עניינו בתוצאה, ולא בתהליך; ואילו מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת עניינו בתהליך, ולא בתוצאה. מבחן הדן ופסק לעניין הקטין הוא מבחן מהותי, ולא פרוצדורלי; ואילו מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת הוא מבחן פרוצדורלי, ולא מהותי. מבחן הדן ופסק בעניין הקטין חמור מרעהו ובו-בזמן קל ממנו: חמור, כי יש חשיבות לתוצאה; קל, כי לא חשוב כיצד היא התקבלה. מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת חמור מרעהו ובו-בזמן קל ממנו: חמור, כי נדרשת הכרעה; קל, כי אין חשיבות לתוצאת ההכרעה.

לחיזוק הבחנותיי אלה, שיש להן השלכות משמעותיות על שרטוטו של מבחן הדן ופסק, אבקש להפנות לשתי הלכות שעסקו אך ורק בענייניהם של קטינים ואכן הציבו

111 ראו כהן, לעיל ה"ש 108. המלצתי זו התקבלה בבית-המשפט העליון בבג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.2013) (להלן: פרשת פלוני ב).

דרישות קלות מהדרישות שהוצבו לעיל למבחן הדין ופסק בעניין הסמכות הנמשכת. כך, בפרשת פלוני ב, העוסקת בשאלה אם תביעה שהובאה בשם קטינים היא תביעתם העצמאית, כותב השופט המלומד יצחק עמית:

"...מפרוטוקול הדיון... נחזה כי בית הדין שמע את טענות הצדדים לגבי השתכרותם ולגבי צרכי הקטינים, גם אם הדיון 'התפזר' לנושאים נוספים כפי שקורה לא אחת בדיונים מעין אלה, ולבסוף הביא בית הדין את הצדדים להסכם החדש. אציין כי בהסכם החדש אנו מוצאים תיקון בכתב יד, ובמקום 'הבעל' או 'האיש' ו'האשה' נכתב 'האב' ו'האם'... מה שעשוי אף הוא ללמד כי ההסכם נערך בכובעם של השניים כהורי הקטינים. לכן, גם לשיטתם של המבקשים להרחיב את מוסד התביעה העצמאית, ואפילו על פי הגישה הפרוצדוראלית, לא ניתן לומר כי בית הדין לא נתן דעתו למזונות הקטינים."¹¹²

השופט עמית מבקש להוכיח כי גם ההסכם שנחתם בין הצדדים בגלגול ההתדיינות הראשון עונה על מבחן הדין ופסק, וכך הוא כותב:

"אציין כי מפרוטוקול הדיון עולה שאין מדובר בהסכם מוגמר שהביאו הצדדים לאישורו של בית הדין, אלא בהסכם גירושין שהוכתב לפרוטוקול, ככל הנראה בעזרתו ועל דעתו של בית הדין. לכן, אין מקום לטענה כי אישור בית הדין את ההסכם היה בגדר פעולה טכנית בלבד. מקום בו בית המשפט או בית הדין היה מעורב באופן פעיל בגיבוש ההסכם, ניתן להניח כי בחן את הסכם הגירושין לגופו בעת שאישרו..."¹¹³

דומני כי השתלשלות העניינים המתוארת בשתי הציטטות לעיל רחוקה מלענות על תנאי הדין ופסק של הסמכות הנמשכת, באשר לא היו כאן הגשת ראיות, קבלת ממצאים והכרעה. הכיצד אפוא משיב השופט עמית באופן חיובי על מבחן הדין ופסק? תשובתי היא שפרשת פלוני ב עוסקת בעניינם של קטינים, ולפי השרטוט שהצעת, דרישותיו של מבחן זה קלות מאלה של מבחן הדין ופסק לעניין הסמכות הנמשכת. ראייה זו אף מתיישבת עם קביעתו של השופט עמית בפרשה זו כי המבחן בעניינו של הקטין אמור להיות מהותי, ולא פרוצדורלי.

כך היה גם בהלכת רוט. בסיטואציה דומה, שבה התקיים דיון נפרד בעניין מזונות הילדים, נקבע:

"אולם אם עניין המזונות סוכם בהסכם נפרד, אשר מובא גם לאישורו של בית המשפט המחוזי כהליך שהוקדש אך ורק למזונותיהם של הקטינים, אין להבין,

112 שם, פס' 22 לפסק-הדין.

113 שם.

מדוע סברה הערכאה הראשונה, כי לא נתקיים דיון נפרד בעניינו של הקטין, או מדוע סבר, כי העניין לא נשקל על-ידי בית המשפט בנפרד מן הסכסוך בין ההורים.¹¹⁴

גם מן הדברים כאן משתמע כי די בדיון נפרד בהסכם – ללא ראיות, ממצאים והכרעה שיפוטית – להשיב בחיוב על מבחן הדן ופסק בעניין הקטין. כעת אשוב לשלוש הקביעות העוסקות למעשה במבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת אך מפנות מבלי משים להלכות פלונית ד ורוט, העוסקות במבחן הדן ופסק לעניין הקטין. הגזרה השווה שערכו קביעות אלה מעניין הקטין לעניין הסמכות הנמשכת מכבידה את מלאכת שרטוט גבולותיו של מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת. אכן, אם אנטרל את הקביעות הללו – שבחסותן נכנסו תנאים נוספים המקיימים לכאורה את דרישת הדן ופסק, כגון דיון מהותי, דיון קונקרטי, דיון נפרד בענינם של הילדים, שהינם מונחים מעורפלים כשלעצמם – תקל עלינו מלאכת שרטוט של מבחן הדן ופסק. לענייני סמכות נמשכת מבחן זה כולל ראיות, ממצאים והכרעות, והוא הקצה הימני של הציר. כל התנאים העומדים שמאלה הימנו – ובכלל זה שאלות, התעניינות, שינוי בהסכם, סיוע בעיצוב ההסכם ועוד, בין על-ידי בית-המשפט ובין על-ידי יחידת סיוע – אינם מקימים תשתית לחשש מפני הסגת גבולה של הערכאה בדיון הראשון.

דומני כי שרטוט זה משיב את מבחן הדן ופסק אל משפחת הכללים, אל משפחת הנורמות הסגורות, ומצמצם את שיקול-הדעת של הערכאות הדנות בכך. אף-על-פי-כן חוששני כי לא ירחק היום שבו יכריעו שתי הערכאות, הדתית והאזרחית, באופן שונה ביחס למבחן זה: הערכאה שדנה בגלגול הראשון ומעוניינת שהדיון יישאר אצלה גם בגלגול ההתדיינות השני תטען כי הדיון שקיימה בגלגול הראשון עונה בהחלט על מבחן הדן ופסק; ואילו האחרת תטען כי הדיון שהתקיים אצל הערכאה הראשונה אינו עונה על מבחן הדן ופסק, ולכן הסמכות מצויה בידה שלה. אר-אז תישאל השאלה החלטתו של מי מהם היא המכרעת. שאלה זו מזכירה את הלכת פלמן, שבה קבע בית-המשפט העליון כי כל ערכאה רשאית להחליט בעניין הכריכה הכנה, וכי הערכאה שהכריעה קודם היא אשר תקבע, למעט מקרים חריגים.¹¹⁵ אולם הלכת פלמן עסקה בנורמה מסוג סטנדרט, קרי אמת-מידה פתוחה, שהיא כר פורה לשיקול-דעת שונה מערכאה לערכאה. תקוותי היא כי שרטוט גבולותיו של מבחן הדן ופסק כפי שהובא כאן, אשר השיב את המבחן אל משפחת הכללים, ימנע החלטה דומה להלכת פלמן, שיעילותה מוטלת בספק רב.

114 פרשת רוט, לעיל ה"ש 102, בעמ' 839–840.

115 פרשת פלמן, לעיל ה"ש 2.

פרק ד: הנושאים והפעולות הנכללים בגלגול ההתדיינות השני – פרצות פרשניות למבחן הדן ופסק

פרק זה יחולק לשני סעיפים. הסעיף הראשון יעסוק בפעולות המשפטיות הנכללות בגלגול ההתדיינות השני, כלומר, שינוי, תיקון, ביטול, פרשנות ואכיפה של פסק־הדין. אראה כי ביחס לחלק מהפעולות המשפטיות אין הפסיקה דוברת לשון אחידה, ואציע ביקורת על הגישה הרווחת בפסיקה. הסעיף השני יעסוק במבחן הריחוק, שלפיו ככל שהסוגיה הנידונה בגלגול השני רחוקה מהסוגיה שנידונה בגלגול הראשון, בעיית הכיבוד ההדדי הולכת ופוחתת, ועל-כן לא יהיה הכרח לשוב אל אותה ערכאה בגלגול ההתדיינות השני.

1. הפעולות המשפטיות בגלגול השני

(א) שינוי, תיקון או ביטול אל מול פרשנות ההסכם ואכיפתו

הנושאים שבכותרת חולשים למעשה על כל דוקטרינת הסמכות הנמשכת. בהינתן שהשבנו בחיוב על מבחן הדן ופסק, מה הסמכות הנמשכת כוללת בגלגול ההתדיינות השני? מהן הפעולות המשפטיות שדוקטרינת הסמכות הנמשכת מתירה לבית־המשפט בגלגול השני לעשותן אף ללא מקור סמכות אחר? ובכן, הגישה הרווחת בפסיקה היא כי סמכות נמשכת נועדה לאפשר לערכאה המשפטית בגלגול השני לשנות, לתקן או לבטל את ההכרעה שיצאה מתחת ידיה בגלגול ההתדיינות הראשון, בכפוף, כמובן, לשינוי שחל בנסיבות שהחלטה הראשונה ייסדה עצמה עליהן. מלבד זאת, גם השגות בנוגע לכשרותו של הליך אישורו של פסק־דין או בנוגע לתוקפו של האישור שניתן, אף ללא שינוי נסיבות, מקומן להתברר בערכאה המאשרת.¹¹⁶ כך, למשל, טענה כי ההסכמה של בעל־דין הוצאה ממנו באמצעים פסולים, וכי יש לבטל לפיכך את ההסכם, מן הראוי שתתברר לפני בית־המשפט שלפניו הובעה ההסכמה.¹¹⁷

הסמכות הנמשכת לעניין פרשנות ההחלטה ואכיפתה נותרה מעורפלת. מתברר כי בעניין זה אין הפסיקה דוברת לשון אחידה. הגישה הרווחת היא כי הסמכות הנמשכת אינה כוללת את פרשנותה של ההחלטה.¹¹⁸ כלומר, לא הוכרה סמכות טבועה של ערכאה שיפוטית, אזרחית או דתית, לחזור ולהפעיל את סמכותה המקורית כדי לפרש פסק־דין שניתן על־ידיה. ערכאה שאישרה הסכם ממוני בין בני־זוג כפסק־דין אינה רוכשת סמכות נמשכת בנוגע לפרשנות ההסכם או לאכיפתו, להבדיל מתביעה

116 ראו, למשל, פרשת פלונית ב, לעיל ה"ש 47, פס' 10 לפסק־דינה של המשנה לנשיא נאור.

117 ע"א 164/71 צפניה נ' צפניה, פ"ד כו(1) 518, 515 (1972).

118 ראו, למשל, הלכת לוי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 612; הלכת אמיר, לעיל ה"ש 15, פס' 25 לפסק־דינה של השופטת פרוקצ'יה; דבריו של השופט כהן בעניין צפניה, לעיל ה"ש 117, בעמ' 517, שאליו הצטרף השופט ויתקון.

לתיקונו, לשינויו או לביטולו של ההסכם.¹¹⁹ חשוב לזכור כי הסמכות לתקן, לשנות או לבטל הסכם בין בני-זוג היא רק כאשר מבחן הדן ופסק מתקיים. אולם אין סמכות לערכאה לפרש את פסק-דינה שלה אף כאשר מבחן הדן ופסק מתקיים. לעומת זאת, השופט לנדוי כותב, בדעת מיעוט בעניין **צפניה**, כי גם פרשנותו של פסק-הדין נכללת בסמכותה הנמשכת של הערכאה שנתנה את פסק-הדין.¹²⁰ כמובן, אם מבחן הדן ופסק אינו מתקיים, והערכאה הסתפקה באישורו של ההסכם, אזי גם לדעת השופט לנדוי אין מוקנית לערכאה סמכות לפרש את פסק-הדין שיצא מתחת ידה, מכיוון שאין לערכאה זו שום יתרון על ערכאה אחרת במתן פרשנות להסכם. על עמדתו זו של לנדוי מיתוספת ההלכה בעניין **עמרני**, שלפיה פירושו של הסכם ממוני נתון לסמכותה הנמשכת של הערכאה שדנה בו, ככל עניין "שלא הגיע... לפתרון סופי ומוחלט".¹²¹

אבקש לבקך את הגישה הרווחת בארבעה היבטים. אתחיל בהיבט המינוחי. ההבחנה בין שינוי, תיקון וביטול לבין פרשנות היא הבחנה דקה מאוד שיסודותיה רעועים. האם יש פרשנות שאין בה שינוי? אם כן, מה צורך יש לנו בפרשנות? כל פרשנות אוחזת בכיוון מסוים של האמור במסמך, ועולה ממנה תוצאה מסוימת אשר שונה מהתוצאה העולה מפרשנויות אחרות האוחזות בכיוונים אחרים של האמור במסמך. התוצאות בוודאי אינן זהות, שאם לא כן אין אנו נזקקים לפרשנות. תהליך הפרשנות נועד לקבוע מי מהפירושים הקיימים והסבירים נכון, ומשמעו שינוי מפירוש אחד לפירוש אחר. כך, למשל, בפרשת **צפניה** ההסכם שאושר בבית-הדין קבע כי "הדירה" היא בבעלות הבעל. כעבור זמן התעוררה שאלה אם "הדירה" כוללת גם את "המשק" הצמוד אליה. תביעה לפרשנות המונח "דירה" באופן שיכלול גם את המשק כמוה כתביעה לשינוי לכל דבר ועניין. בכל פרשנות יש אפוא מימד של שינוי. לטעמי, הדברים נכונים גם בכיוון ההפוך – בכל שינוי יש מימד של פרשנות. כאשר בית-המשפט מתבקש לשנות פרט מפרטי ההסכם, שלב מוקדם לכך הוא פרשנות המונח שבהסכם. אינך משנה אם אינך מפרש, ואינך מפרש אם אינך משנה.

שנית, בהיבט של האחידות וההרמוניה עם השיטה בכללותה, לא ברור מהי ההצדקה לא לפנות לאותה ערכאה שכתבה את פסק-הדין כדי שתבהיר את עמדתה כאשר הלשון אינה חד-משמעית. לפי חוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, החולש על כלל ההליכים בשיטה, הסמכות להבהיר פסק-דין מסורה בידי אותה ערכאה שכתבה אותו. היה אם רשם ההוצאה לפועל נתקל בנורמה שאינה ברורה בפסק-הדין, עליו לפנות לאותה

119 ראו פרשת **מאייר**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 475; ע"א 3695/96 **צייטלין נ' טשינגל** (פורסם בנבו, 9.4.1997); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 378.

120 דברי השופט לנדוי בפרשת **צפניה**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 519: "בבקשתו הנוכחית מבקש המשיב לפרש את פסק-הדין של בית-הדין הרבני, לפי כוונתם של הצדדים ושל בית-הדין בעת נתינתו. דבר זה נתון גם הוא לסמכותו הייחודית של בית-הדין, כי הוא אשר נתן את פסק-הדין..."

121 ראו פרשת **עמרני**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 8. בית-המשפט בפרשת **פלוגית א**, לעיל ה"ש 40, סבור כי הלכה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה הרווחת, ולפיכך הוא מגיע למסקנה כי אין לראות בהלכת **עמרני** דין מחייב.

ערכאה ולברר מה הייתה כוונתה.¹²² אין אומרים כי הואיל ופסק־הדין יצא מתחומה של הערכאה השיפוטית, אין לה כעת כל יתרון בפירושו של פסק־הדין. אין המחוקק מסמך את רשם ההוצאה לפועל לפרש בעצמו את ההחלטה, אף שהוא האחראי לביצועה. אדרבה, המחוקק מחייבו לשוב אל אותה ערכאה כדי שזו תפרש את ההחלטה שיצאה מתחת ידה, וכך ראוי בעיניי גם בעניין דנן.

שלישית, בהיבט המעשי, ואולי התכסיסני, ההבחנה הדקה בין פרשנות לבין שינוי, תיקון וביטול עלולה ליתן כוח בידי התובע להשפיע על סמכות הדין על-ידי אופן ניסוחו של הסעד המבוקש. תובע המעוניין להביא את תביעתו השנייה לפני הערכאה הראשונה שאישרה את ההסכם ינסח את תביעתו כתביעה לתיקון או לשינוי, ואילו בעל-דינו המתנגד לסמכותה של הערכאה הראשונה יטען בכתב הגנתו כי מדובר בתביעה לפרשנות ההסכם. אומנם הוצע בפרשת חליווה לבחון את הסעד ואת אופיו המרכזי במשקפיים מהותיים,¹²³ אך מיהי הערכאה המוסמכת לבחון אם הסעד הנעתר הוא פרשנות או שינוי – הערכאה שבה נפתח ההליך השני או שמא הערכאה הטוענת לסמכות נמשכת?

רביעית, בהיבט של ניהול התביעה ועקרון הכיבוד ההדדי, יש לזכור כי תביעה לשינוי ההסכם אינה מתנהלת כתביעה לפרשנותו. הראשונה דורשת הוכחת שינוי נסיבות, מה שאין כן השנייה. אם כך, מן הסתם, התובע הזהיר יעתור בתחילה לסעד הקל יותר, סעד הפרשנות, ואם פרשנותו של בית-המשפט תהא בניגוד להבנתו, הסעד החלופי שיבוקש יהא שינוי ההסכם. כאן יפרט התובע את שינוי הנסיבות המצדיק לטעמו את שינויו של ההסכם. במצב משפטי תקין, תביעה זו לסעד חלופי אמורה להיות מוגשת במסמך אחד ולהתברר בערכאה אחת. לא כן על-פי הגישה הרווחת לגבי מבחן הדן ופסק. על-פי גישה זו, על התובע לפצל את תביעתו: לסעד הפרשנות יהא עליו לעתור בערכאה אחרת מזו שדנה בגלגול הראשון, ואם זו תפרש את ההסכם באופן שאינו מתיישב עם ההבנה או האינטרס של התובע, יהא עליו להגיש את תביעתו לשינוי – או לבקש מהערכאה האחרת להעביר את תביעתו – אל הערכאה שדנה בגלגול הראשון, כדי שזו תחליט בסעד השינוי. כיצד תנהג כעת הערכאה שדנה בגלגול הראשון כאשר הערכאה האחרת מכתיבה לה פרשנות שונה של ההסכם שהיא עצמה גיבשה אך לפני זמן קצר? האם היא תקבל פרשנות אשר מנוגדת בעיניה לעובדות ולראיות שהיא הייתה שותפה בכירורן, למשא-ומתן שהיא הייתה שותפה בניהולו ולהכרעות שהיא קיבלה? אין שום מקור משפטי המחייב אותה לקבל את הפרשנות של הערכאה האחרת, שכן מדובר בערכאות מאותה דרגה. עקרון התקדים המחייב או המנחה אינו יכול לחייבה מכיוון שאין הבדל בין הערכאות מבחינה מדרגית.¹²⁴ העיקרון של מעשה בית-דין אינו

122 ס' 12 לחוק ההוצאה לפועל קובע כי "היה רשם ההוצאה לפועל סבור שפסק הדין או חלק ממנו טעון הבהרה לשם ביצועו, רשאי הוא לפנות בכתב לבית המשפט שנתנו כדי לקבל הבהרה".

123 פרשת חליווה, לעיל ה"ש 37, בעמ' 642.

124 ראו ס' 20(א)–(ב) לחוק-יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78.

יכול לחייבה מכיוון שהוא נעדר תחולה בבית-הדין הרבני. גם עקרון הכיבוד ההדדי אינו יכול לחייבה לאחר שפרשנותה שלה להסכם שגיבשה בין כתליה לא כובדה. לטעמי, ההבחנה בין שינוי ותיקון לבין פרשנות היא הבחנה סמנטית, אשר מתאימה לדיון אקדמי תיאורטי, אך לא לניהול תביעות ביומיום. קשה להבין הבחנה דקה-מן-הדקה זו לא על רקע מאבק הסמכויות העקוב בין בית-הדין הרבני לבית-המשפט האזרחי בשיטה הישראלית, והניסיון לצמצם את סמכותו של בית-הדין הרבני. אך עלינו לשאול את עצמנו בכנות אם הבחנות כאלה מעוררות כיבוד הדדי בין ערכאות או שמא הן כרו פורה להמשך המאבק על סמכויותיהן. מלבד זאת, את הגישה הרווחת, שאינה כוללת בסמכות הנמשכת את פרשנות ההסכם, קל יותר לקבל כאשר מבחן הדן ופסק אינו מתקיים (שאו אין כאמור גם סמכות לתיקון ולשינוי), אך קשה להבין מדוע תישלל סמכות לפרשנות מערכאה אשר דנה ופסקה, שמעה ראיות, קבעה ממצאים וקיבלה החלטות, ואשר יתרונה בפרשנות ההסכם על כל ערכאה אחרת אינו מוטל על-כן בספק. סבורני כי המודל שאציע בפרקו האחרון של המאמר ייתן מענה לקושיות אלה.

(ב) אכיפה

דיון דומה – אם כי לא זהה – לזה שקיימנו לעיל בעניין הפרשנות נכון גם ביחס לאכיפה. בפרשת **חליווה** נאמר כי אכיפה דינה כפרשנות: עתירה לאכיפתו או לפירושו של הסכם ממון אינה מקימה סמכות נמשכת לערכאה המקורית.¹²⁵ לעומת זאת, בפרשת **פלונית א** נקבע כי "הדיון בבקשה לאכיפת ההכרעה (ובלבד שאינה כרוכה בצורך לפרש את פסק-הדין הנאכף) מסור, כך נדמה, לערכאה המקורית".¹²⁶ בית-המשפט המשיך ואמר כי יש להניח לשעתו את היחס בין פרשנות ההסכם לבין הקביעה כי בנסיבות מתאימות ניתן לפנות לערכאה שנתנה תוקף של פסק-דין להסכם פשרה בבקשה לאוכפו על-פי פקודת בזיון בית משפט.¹²⁷

יש לתמוה על כך שהלכת **פלונית א** כוללת בסמכות הנמשכת את הדיון בעניין האכיפה רק בתנאי שהוא אינו כרוך בפרשנות. האין תהליך אכיפתו של הסכם כרוך מניה וביה בפרשנותו? אף אם נניח שלא, הרי לא יעלה על הדעת שבמהלך אכיפתו של פסק-הדין יהא על הערכאה המשפטית בעלת הסמכות הנמשכת לאכיפה להשהות את תהליך האכיפה כל אימת שתידרש פרשנותה של נורמה, ולפנות לערכאה אחרת על-מנת שזו תפרש בעבורה את ההסכם שהתגבש בין כתליה שלה. דרישה זו אינה מתיישבת עם הכיבוד ההדדי בין ערכאות, ומהלך כפוי זה לא יתרום לשימורו. אם הערכאה האחרת תפרש את ההסכם באופן שונה מהערכאה שגיבשה אותו, לא סביר שהראשונה תאכוף אותו כפי הבנתה של רעותה, ולא כפי הבנתה שלה. על-כן הגיוני יותר למסור לערכאה האוכפת את פסק-הדין גם את הסמכות לפרשו. מזווית אחרת, הבה נתבונן על הסכם הכולל תניית שיפוט שלפיה יש להתדיין לפני הערכאה שדנה. כעת נניח שאחד מבני-

125 פרשת **חליווה**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 642. ראו גם עניין **צביק**, לעיל ה"ש 70.

126 פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 40, פס' 9 לפסק-דינו של השופט לוי.

127 לעניין זה ראו רע"א 3888/04 **שרבט נ' שרבט**, פ"ד נט(4) 49, 61 (2004).

הזוג מגיש את התביעה בניגוד לתניה, ואילו בן-הזוג האחר טוען בכתב הגנתו כי לפי תניית השיפוט יש לפנות לערכאה שדנה ראשונה. במצב זה לא סביר להשמיע נגדו טענה כי מדובר באכיפת התניה ולפיכך אין לערכאה הראשונה סמכות לדון בכך.

לנושא האכיפה יש סוגיה-בת שנולדה בשתי הלכות בולטות – הלכת לוי והלכת אמיר. הראשונה עניינה בתניית שיפוי שבה התחייבה אישה בהסכם הגירושים שאם תגיש נגד בעלה תביעת מזונות בשם הילדים, היא מתחייבת לשפותו. ההסכם אושר בבית-הדין הרבני. האישה תבעה מזונות בבית-משפט אזרחי, ובעקבות זאת הגיש האיש תביעה לשיפוי בבית-הדין הרבני. הלכת לוי קבעה כי "הסכם שיפוי... מסווג עצמו כחוזה מסוג מיוחד, ונמנה הוא עם משפחת החוזים... תביעה לבית הדין הרבני עתה מייסדת עצמה על עילה חדשה שנושאה אכיפת הסכם, או: אכיפת פסק-דין שבממוץ".¹²⁸ במילים אחרות, הלכת לוי קבעה כי אכיפת תניית שיפוי היא עילה רכושית, וככזו אין היא אחת מהעילות הנמשכות, וממילא אין לבית-הדין הרבני סמכות נמשכת.¹²⁹

הלכת אמיר עוסקת גם היא בתניית שיפוי, שקבעה כי היה אם תגיש האישה תביעה להגדלת מזונות הילדים, היא תשפה את האיש בכך שתחזיר לו מחצית מן הדירה. בית-המשפט לענייני משפחה הגדיל את מזונות הילדים. האיש הגיש תביעה לבית-הדין, ובה עתר לאכיפת תניית השיפוי ולקבלת מחצית הדירה. בית-המשפט העליון קובע כי עילת תביעתו של הבעל הינה תביעה רכושית לאכיפת תניית שיפוי חוזית בהסכם גירושים. בית-המשפט ממשיך וקובע כי תביעת הבעל הינה תביעה לביצוע בעין של הסכם הגירושים ולאכיפתו, ולא לביטולו. בית-הדין, לדברי בית-המשפט, לא קנה סמכות לדון בעניין מכוון עקרון הסמכות הנמשכת, שכן הכרעה בנושאי מומן היא הכרעה סופית, ואינה עניין לסמכות נמשכת.¹³⁰

פרופ' ליפשיץ תוקף הלכות אלה. לדבריו, החוזה הוא מכשיר טכני בלבד להשגת מטרות, אך לא הוא הקובע את תוכן התניה, ולמעשה בשני העניינים מדובר בעניין מענייני נישואים.¹³¹ מלבד זאת, גם אם נושא זה נראה כאכיפה של ההסכם, הוא רק מוסיף ומערפל את סוגיית האכיפה בהקשר של סמכות נמשכת, שכן מהלכות לוי ואמיר עולה, להבנתי, שאכיפה יכולה להיות מוקנית לאותה ערכאה שדנה בגלגול הראשון. בשני המקרים הספציפיים הללו תוכן האכיפה עסק בעניינים רכושיים כביכול, שאין בהם תחולה לכלל הסמכות הנמשכת, אך ככלל סמכות נמשכת תחלוש גם על נושא האכיפה.

128 הלכת לוי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 602–603.

129 מעניין שתק' י (3) לתקנות הדין בבתי-הדין הרבניים בישראל (אשר עוסקת אומנם בסמכות מקומית, ולא בסמכות עניינית) אינה מבחינה כלל בין העילות השונות, וכולן נמשכות מבחינתה. שמא הדבר נובע מאופיו של הדין הדתי, שבו נפקד מקומו של כלל סופיות הדין? ראו להלן ה"ש 155. למקורן הסטטוטורי של תקנות אלה ולמשקלן ראו בג"ץ 4976/02 היועץ המשפטי לממשלה נ' בית-הדין הרבני האזורי נתניה, פ"ד נו"ד (5) 345, 353 (2002); בג"ץ 1912/97 ריש נ' מועצת הרבנות הראשית לישראל, פ"ד נב"ד (5) 650 (1998).

130 הלכת אמיר, לעיל ה"ש 15.

131 ברכיהו ליפשיץ "גן התעועים של 'ענייני נישואין וגירושין'" משפחה במשפט ב (2009) 107.

2. הנושאים הנכללים בגלגול השני ומבחן הריחוק

את הסעיף הנוכחי אבקש לפתוח בציטטה מפרשת **פלונית א**, שבה הוצבו שני תנאים אשר בהתקיימם תינתן לערכאה שנתנה את ההחלטה המקורית סמכות נמשכת לדון בה. התנאי הראשון שהוצב הוא מבחן הדן ופסק המחמיר, שבו דנו בפרק הקודם,¹³² ואילו לגבי התנאי השני נאמר כך:

"התנאי השני להכרה בקיומה של סמכות נמשכת הוא שהסוגיה המאוחרת קרובה במידה מספקת לזו המקורית, עד כי נשמר צביונו המתמשך של הענין, שהוא המצדיק שיבה אל הערכאה אשר בראשונה... גם לענין זה יפה מבחן הסיכול, שכן החשש מפני סיכולה של ההכרעה המקורית או של רוחה מצטמצם ככל שגדל המרחק בינה לבין הסוגיה החדשה שעל הפרק."¹³³

וכך נאמר גם בפרשת **ג'ראח**:

"ריחוק בין המחלוקת שפרצה ובין המחלוקת הקודמת שחוסלה, מבחינת הזמן, הוא לבד נותן שהדיון בבית-המשפט לא יתפרש כהסגת גבולו של בית-הדין, שדן בענין הקודם."¹³⁴

הריחוק ששתי הציטטות לעיל מדברות עליו יכול שיתבטא בתוכנה של המחלוקת, בזוהותם של בעלי-הדין,¹³⁵ בפער זמנים שהתגלע, ואפילו במרחק גיאוגרפי.¹³⁶ בשני הסעיפים הבאים אעמוד על תוכן המחלוקת, ואנתח נושאים שבהם התעוררה השאלה אם הם שונים מהנושא המקורי שנידון בגלגול הראשון במידה שמאיינת את תחולתו של מבחן הסיכול לגביהם.¹³⁷ סוגיה זו חשובה מאין כמוה בהקשר של מבחן הדן ופסק, מכיוון שככל שהבחנה בין הנושאים השונים תלך ותהא דקה יותר כן יסוכל מבחן הסיכול יותר ויותר, ועקרון הכיבוד ההדדי יכובד פחות ופחות. הכרעה של ערכאה

132 ראו לעיל תת-פרק ג1.

133 פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 40, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי. ראו גם רע"א 158/89 **ברכיה, מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ נ' ביטון**, פס' 6 לפסק-דינו של השופט אור (פורסם בנבו, 22.2.1994).

134 פרשת **ג'ראח**, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2626–2627.

135 ראו, למשל, ע"א 737/88 **חרותי נ' חרותי** (פורסם בנבו, 31.12.1988).

136 ראו עניין **ורבר**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 836.

137 במאמרי לעיל ה"ש 108, בפרק א4, טענתי כי הפיצול בין נושאים מתקיים גם בעניין תביעתו העצמאית של הקטין, וכי בכך הפסיקה הולכת ומרחיבה את היקף המקרים שבהם תחול זכות הקטין למעמד עצמאי. צמצום ההבחנה בין הנושאים השונים יוביל לצמצום זכותו של הקטין למעמד עצמאי.

היושבת לדין בגלגול ההתדיינות השני כי הנושא שלפניה אינו זהה לנושא שנידון בגלגול הראשון משמעה שלילת סמכותה הנמשכת של הערכאה הראשונה ומסירת הסמכות לערכאה המחליטה כיום. ניגוד העניינים כאן חריף וכולט לעין. הוא עלול להטות את שיקול-דעתה של הערכאה האחרת, המבקשת לרכוש סמכות, או למצער לעורר את אי-אמונו של הציבור בכנות החלטתה. לטעמי, לא ירחק היום שגם בסוגיה זו תתעורר השאלה איזו ערכאה מוסמכת לקבוע אם נושא אחד קרוב לאחר במידה שיש בה כדי להקים תשתית לחשש הסיכול. להלן אנתח במבט ביקורתי הבחנות שכבר נערכו בפסיקה בין נושא לנושא.

(א) האם חינוך הילדים נכלל במשמורת?

בעניין איתן התעוררה השאלה אם נושא חינוך הילדים הוא חלק מנושא המשמורת,¹³⁸ ואף אם אין הוא חלק מהמשמורת, אם הוא עילה נמשכת אשר כלל ההמשכיות רלוונטי לגביה. במקרה זה הסתיימה תביעת הגירושים בין בני-הזוג מבלי שבית-הדין דן ופסק בנושא החינוך. עיון בפרוטוקול הדיונים שהתקיימו בבית-הדין בנוגע לתביעת הגירושים העלה כי לא נערך דיון של ממש בשאלת חינוכן של הבנות. ההמלצה שניתנה בחוות-הדעת של העובדת הסוציאלית עסקה במשמורת הבנות, ולא בחינוכן, ועיון בהסכם הגירושים שנחתם בין בני-הזוג הוביל אף הוא למסקנה כי שאלת חינוכן של הבנות לא הוכרעה. לנוכח זאת הורה בית-המשפט העליון על איתחולתו של עקרון הסמכות הנמשכת בסוגיה זו של חינוך הבנות. כלומר, בית-המשפט אינו מכריע אם חינוך הוא נושא מתמשך או שמא נושא סופי, אך הוא בוודאי מכריע שמשמורת אינה כוללת חינוך, כלומר, שמשמורת פיזית אינה כוללת משמורת רוחנית. למעשה, נושא זה הוכרע עוד בעניין פלורסהיים,¹³⁹ אלא ששם הוא הוכרע לעניין הכריכה, ולטעמי כל נושא ונושא מונע מרציונלים שונים, ואין להקיש מנושא לנושא. הא ראייה שההכרעה בעניין אמיר קבעה כי בבית-המשפט האזרחי משמורת כוללת חינוך, אך בבית-הדין הרבני משמורת אינה כוללת חינוך.¹⁴⁰ לסיכום, בעניין הסמכות הנמשכת עניין איתן מבחין בין משמורת לחינוך, והבחנה זו מחלישה את ההצדקה לעקרון הכיבוד ההדדי, ומצמצמת אפוא את הסמכות הנמשכת.

(ב) האם הסדרי ראייה נכללים במשמורת?

בפרשת פלונית ה נקבע כי רכישת סמכות בנושא הסדרי הראייה אינה מצמיחה סמכות נמשכת בנושא המשמורת, הואיל ומדובר בשני נושאים נפרדים, על-אף הקשר העמוק

138 פרשת איתן, לעיל ה"ש 14.

139 בג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית-הדין הרבני האזורי בחיפה, פ"ד כב(2), 723, 727 (1968). בית-המשפט העליון קובע כי נושא חינוכם של הילדים, להבדיל ממשמורתם, אינו כרוך, על-פי עצם טיבו וטבעו, בתביעת הגירושים.

140 עניין אמיר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 331.

ביניהם.¹⁴¹ לעומת זאת, בפרשת פלונית ג נקבע כי נושא הסדרי הראייה נכלל בנושא המשמורת.¹⁴² בפרשה זו נחתם הסכם בין בני-הזוג, אשר אושר בבית-הדין הרבני. ראש-הפרק שכותרתו "משמורת ילדים" עסק בענייני אפטרופסות, משמורת והסדרי ראייה. ציון הערכאה המוסמכת לדון בסכסוך עתידי נמצא בסעיף אשר דן בהסדרי ראייה ואינו מתייחס למשמורת. אף-על-פי-כן קבע בית-המשפט העליון כי מיקומה של סוגיית הסדרי הראייה בתוך ראש-הפרק שכותרתו "משמורת ילדים" מלמד על היותן סוגיות הקשורות זו לזו בקשר הדוק. עוד קבע בית-המשפט כי ההסכם עצמו מלמד כי בני-הזוג ראו בסוגיית הסדרי הראייה חלק בלתי-נפרד מענייני המשמורת, שכן אין זה הגיוני שהם באו בהסכם לסיים את כל המחלוקות ביניהם ובתוך כך ביקשו להפריד בין הסוגיות. בית-המשפט ממשיך ואומר כי הפרשנות הטבעית של ההסכם רואה בסוגיית הסדרי הראייה מעין "סוגיה-בת" של סוגיית המשמורת כולה, וכי בהעדר אינדיקציה מפורשת לכך, אין מקום לייחס לצדדים כוונה לפיצול הדיון בסוגיות הללו.

בית-המשפט אינו עוצר במבחן הסובייקטיבי, המתחקה אחר אומד דעת הצדדים, אלא בוחן את ההסכם גם במשקפיים אובייקטיביים. לדידו, המסקנה כי אין לפצל את הסוגיות מתיישבת גם עם תכליתו האובייקטיבית של ההסכם, כהסכם שנחתם בין צדדים סבירים, המעוניינים, מטבע הדברים, בטובת בנותיהם.¹⁴³ אי-אפשר להסדיר את סוגיית הסדרי הראייה מבלי שנקבעו קודם לכן הסדרי המשמורת. קשה לאתר תכלית או היגיון לפיצול הסמכות לדון בסוגיות הללו בין שתי ערכאות שונות. לפיכך, אם הצדדים מסכימים כי ערכאה מסוימת תוסמך לדון בהסדרי הראייה בעתיד, סביר שהם יסכימו כי היא תדון בכלל ענייני המשמורת.

בית-המשפט בוחן את הסוגיה גם במשקפיים של מדיניות משפטית ראויה. לדידו, פיצול הדיון בסוגיות השונות הנוגעות כולן באותו תא משפחתי הינו בעייתי כשלעצמו, שכן כל סוגיה מושפעת מן האחרות ומשפיעה עליהן. לדעת בית-המשפט, הפרדתה של סוגיית הסדרי הראייה מנושא המשמורת חמורה פי כמה. כך, למשל, כל אימת שהערכאה הדנה בענייני המשמורת תשנה את החלטתה בהתאם לנסיבות החדשות, ייאלצו הצדדים לפנות גם לערכאה המקבילה על-מנת להסדיר מחדש את הסדרי הראייה בהתאם ל"מצב המשמורת" החדש. לדעת בית-המשפט, יש מקום לקבוע כי מרגע שהוקנתה הסמכות לערכאה מסוימת לדון בענייני המשמורת, תחלוש סמכותה גם על הסדרי הראייה, בהיות האחרונה בבחינת סוגיה-בת של הראשונה. בית-המשפט מתייחס גם לכיוון ההפוך, ואומר כי גם הסוגיה-הבת תגרור את הסוגיה-האם, כלומר, משרכשה

141 פרשת פלונית ה, לעיל ה"ש 105, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת נאור: "המשיב כלל לא ביקש מבית הדין הרבני האזורי משמורת על הילדים. כל שביקש הוא הסדרי ראייה. הסדרי הראייה צריכים להיקבע בשים לב למקום המשמורת ולהיתר ההגירה שאיפשר להוציא את הילדים מהארץ. גם בשל כך שלא הוגשה תביעה למשמורת לא היה מקום לכך שבית הדין הרבני הגדול יקבע כי נושא המשמורת נתון לסמכות מערכת בתי הדין הרבניים."

142 פרשת פלונית ג, לעיל ה"ש 82, פס' 19 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.
143 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי – פרשנות החוזה 393 (2001).

ערכאה כלשהי סמכות לזון בהסדרי הראייה, תהיה מקבילתה מנועה מלזון גם בענייני המשמורת. בית-המשפט אינו מוצא לנכון לקבוע הלכה בפרשה זו, מכיוון שאומד דעת הצדדים כבר הובילו לתוצאה הרצויה.¹⁴⁴

במחלוקת זו שבין ההלכות אני מצדד בהלכת **פלונית ג.** לטעמי, בית-המשפט היה צריך לומר דברים ברורים יותר, ולקבוע כי יש לאחד נושאים שיש ביניהם קשר כה הדוק כמו נושא המשמורת ונושא הסדרי הראייה. כלל כזה עשוי לתקן, ולו במקצת, את העוול הנגרם ממילא למשפחות רבות בעקבות הפיצול בשיפוט הנהוג בשיטתנו, על השלכותיו הפוטנציאליות. יפים לענייננו דבריו של פרופ' רוזן-צבי:

”עקב אכילס של השיטה הישראלית הוא החלקיות של ההתבוננות בשבר המשפחתי בעיני כל אחת מערכאות השיפוט, המוסמכות לעסוק בעניין כלשהו מענייני המעמד האישי. דיון מפוצל בערכאות שונות בהיבטים שונים של יחסי בני הזוג – ממקד את הדיון בהיבט חלקי וצר של התסמונת ביחסי המשפחה של הצדדים.”¹⁴⁵

דברים אלה נכתבו עוד בטרם הוקם בית-המשפט לענייני משפחה. אכן, מטרת הקמתו של בית-המשפט לענייני משפחה הייתה לרכז את כל הסמכויות לפני שופט אחד,¹⁴⁶ אלא שמטרה זו לא הוגשמה במלואה. אומנם, בית-המשפט לענייני משפחה החליף את הערכאות האזרחיות השונות שעסקו בסכסוך המשפחתי, אך עדיין מתקיים פיצול סמכויות בינו לבין בית-הדין הרבני. אין מקום להוסיף על פיצול מרכזי זה, ויש לצמצמו במקומות שבהם הדבר אפשרי. פיצול סוגיית המשמורת לחלקיקי סוגיות, כגון סוגיית החינוך וסוגיית הסדרי הראייה, עלול להכשיל את עקרון הכיבוד ההדדי. חלקיקיותן של הסוגיות עלולה להידרדר עד למקרה המתואר בפרשת **בן צבי**, שבו טען אחד מבני-הזוג כי סמכותה הנמשכת של הערכאה הראשונה בסוגיית המשמורת הינה רק עד הגיע הילד לגיל שש, שכן זהו תוכן ההסכם שהונח לפניו. בית-המשפט העליון דוחה טענה זו, וקובע כי אין מקום לפצל נושא לתקופותיו השונות. בית-המשפט מציין כי ייתכן אומנם שבעלי-הדין הגיעו להסכם ביניהם רק עד הגיע הילד לגיל שש, אך אין לכך ולא כלום עם עניין הסמכות שהוקנתה לבית המשפט. זו, מרגע שהוקנתה, הוקנתה גם לגבי שאלה שתתעורר לאחר הגיע הקטין לגיל שש.¹⁴⁷ זו לטעמי הגישה הראויה גם בשאלת היחס שבין הסדרי ראייה למשמורת בהקשר של סמכות נמשכת.

144 פרשת **פלונית ג.**, לעיל ה"ש 82, פס' 21 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

145 רוזן-צבי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 129.

146 ראו בהרחבה לעיל ה"ש 72.

147 פרשת **בן צבי**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 720.

משפט ועסקים יט, תשע"ו סמכות נמשכת בדיני המשפחה לאחר אישור הסכם בין בני-זוג

(ג) האם המבחן להבחנה בין נושאים הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי?

האם ההבחנה בין נושא לנושא היא עניין למבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי? האם נקודת-מבטם הסובייקטיבית של הצדדים תשפיע על החלטת בית-המשפט בשאלה אם להפריד נושא אחד מרעהו או לראותם כקרובים דיים להקים סמכות נמשכת מזה לזה? בפרשת פלונית ג נראה כי המבחן הוא כפול – סובייקטיבי ואובייקטיבי – שכן הן נקודת-מבטם של הצדדים משפיעה על ההחלטה והן שיקולי מדיניות ומבחנים אובייקטיביים. בשאר ההלכות, דוגמת איתן ופלונית ד, נראה כי המבחן הוא אובייקטיבי. לדעתי, הגם שבאופן עקרוני יש מקום להתחשב בנקודת-מבטם של בני-הזוג, ומבחן סובייקטיבי הוא אמיתי יותר, הוא הופך את ההכרעה לפרטנית ולמשתנה ממקרה למקרה. הדבר עלול להכניס את המערכת המשפטית לפרשנות נוספת בכל הליך גירושים, בפרט כאשר עסקינן בבני-זוג מתגרשים שאין ביניהם הסכמה ברוב הנושאים. לכן, לטעמי, המבחן הסובייקטיבי עלול להזיק, ועל-כן יש לאמץ את המבחן האובייקטיבי.

דבר נוסף שחשוב לבחון הוא אם הערכאה הרוכשת סמכות במשמורת רוכשת סמכות גם בהסדרי ראייה, ואם הערכאה הרוכשת סמכות בנושא הסדרי הראייה רוכשת סמכות גם בענייני משמורת. במילים אחרות, האם הסוגיה-האם (משמורת) גוררת את הסוגיה-הבת (הסדרי ראייה וחינוך), והאם הסוגיה-הבת גוררת את הסוגיה-האם? ככל שתלך ותפחת ההבחנה בין הנושאים, נשיב בחיוב על שאלות אלה. במודל שאציע בסופו של המאמר אתייחס גם לשאלה זו.

פרק ה: מבט ביקורתי על הרציונלים שביסוד הסמכות הנמשכת והצעה למודל חדש

1. הסמכות הנמשכת אינה משרתת את הרציונל שעומד בבסיסה

בפתח הדברים חשוב לזכור כי ההלכה הפסוקה יצרה בעניינה של הסמכות הנמשכת שני מוסדות חריגים: האחד הוא מוסד העילה הנמשכת, שהינו חריג לעיקרון של מעשה בית-דין;¹⁴⁸ והאחר הוא כלל ההמשכיות, שהינו חריג לכללי הסמכות המקורית.¹⁴⁹ למעשה, אלה שני מוסדות נפרדים. השני אומנם תלוי בראשון, אך אין הראשון כופה את השני. היה אפשר בהחלט לקבוע כי עילה היא נמשכת, כך שניתן לדון בה שוב עם כל שינוי של נסיבות, אך בגלגולה השני יחולו כללי הסמכות המקורית, הקבועים בחקיקה. אלא

148 ראו בהרחבה לעיל ה"ש 31.

149 פרשת פלונית ה, לעיל ה"ש 105, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת נאור: "סמכות נמשכת זו מהווה חריג לכלל הקובע ברירה חופשית בין ערכאות ונשענת על רציונל כיבוד הדדי בין ערכאות...". כן ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 33.

שההלכה הפסוקה ראתה לנכון ליצור מוסד נוסף לטובת העילה הנמשכת, ולטובת כלל צרכניה ומשאביה של מערכת השיפוט, והוא כלל ההמשכיות, שלפיו במקרים של תביעה לשינוי, לתיקון או לביטול של פסק-דין יש לשוב אל אותה ערכאה שנתנה אותו. לדעת, המוסד הראשון הוא חריג יותר, באשר הוא סותר עיקרון בסיסי יותר בשיטה – מעשה בית-דין. אולם גם השני חורג מכללים ברורים של סמכות מקורית בפתיחת תובענה. ככלל, משהגיע הליך לסיומו, מוצתה סמכותה המקורית של הערכאה הדנה, והסמכות לדון בתביעות חדשות של הצדדים אמורה להיקבע שוב לפי עקרון הבחירה החופשית בין הערכאות.¹⁵⁰ כדי להצדיק מוסד חריג כזה, יש צורך אפוא ברציונלים מבוססים.¹⁵¹ בשורות הבאות הרשו לי לקרוא תיגר על מושג אשר מושרש בפסיקה עד כדי כך שבתיה-המשפט חוזרים עליו כמעט מדי יום מבלי להרהר על-אודותיו. ברם, ירידה לעומק מגלה כי הוא עומד על רציונל רעוע וכי עיקרו חסר מן הספר. לנוכח מקובלותו אנסח את הדברים הבאים בזהירות, ואתחיל מן היסוד. מה מבחן הסיכול אומר, ומהו החשש שהפסיקה מוטרדת מפניו? החשש הוא שבגלגול השני תסיג ערכאה את גבולה של חברתה ותפתח לדיון את ההחלטות שזו נתנה בגלגול הראשון. וכך נאמר בפרשת **פלונית א בניסוחה החיובי של הטענה**: "הדעת נותנת, כי אם יונח לאותה ערכאה לשוב ולהידרש להכרעה שיצאה תחת ידיה, יקטן הסיכון מפני סיכולה של זו, או מפני סיכולו של הקו השיפוטי שנקטה, והוא רלוונטי אף אם השתנו הנסיבות באופן שאינו מאפשר עוד להיזקק לאותה הכרעה."¹⁵² לכן יש לשוב בגלגול השני אל אותה ערכאה שדנה בגלגול הראשון, כדי שזו תבחן רק את שינוי הנסיבות המונח לפנייה ותקבע אם הוא מצדיק את שינוי ההחלטה הראשונה אם לאו.

בעשרות הפסיקות, ואולי מאות הפסיקות, המיישמות את עקרון הכיבוד ההדדי אין בעלי-הדין נדרשים לשוב אל אותו מותב ספציפי שישב בגלגול ההתדיינות הראשון: לא לאותו הרכב ספציפי כאשר עסקינן בבית-הדין הרבני, ולא לאותו שופט ספציפי כאשר עסקינן בבית-המשפט האזרחי (להלן: המותב).¹⁵³ החשש מפני סיכול ההחלטות נפתר

150 ראו פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 40, פס' 7 לפסק-דינו של השופט לוי; פרשת **פלונית ג**, לעיל ה"ש 82, פס' 16 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

151 ראו באופן דומה בג"ץ 1745/13 **פלוני נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים**, פס' כח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.1.2014): "אכן, הואיל ועקרון הסמכות הנמשכת הוא החריג, מטעמים של מדיניות משפטית מקום בו קיימת עמימות עובדתית בשאלה האם התקיים התנאי הראשון לצורך רכישתה של סמכות זו, תיטה הכף לעבר הכלל ולא לעבר החריג. במלים אחרות, על הטוען לתחולתו של החריג לשכנע כי אכן התקיימו תנאיו."

152 פרשת **פלונית א**, לעיל ה"ש 40, פס' 8 לפסק-דינו של השופט לוי.

153 בעבר נקבע, בערעור שרעי 249/2010, כי הסמכות לשנות שיעור מזונות נתונה לבית-הדין אשר פסק את המזונות. אולם בפסק-דין שניתן לאחרונה בבית-הדין השרעי לערעורים, חזר בו בית-הדין מפסק-דינו הקודם, וקבע כי הסמכות נתונה לכל בית-דין שרעי. זאת, על-סמך עיון מחודש בס' 9 ר"ח לפרוצדורה השרעית העות'מאנית משנת 1917. ראו אוסאמה חזבון "שינוי הלכה: תביעה לשינוי שיעור המזונות בסמכות כל בית דין שרעי" **עת סיוע** 2 (2013) index.justice.gov.il/Units/Siuamishpaty/NewsLetters/NewsLetter2/family/Pages/mbmn.aspx

לכאורה על-ידי שיבה אל אותה מעטפת מוסדית ותו לא. הסמכות הנמשכת מוקנית לאותה ערכאה שדנה בדיון הראשון גם אם שבים למותב אחר. מן הסתם אלה רוב-רובם של המקרים, בין היתר לנוכח הסיכוי הגבוה שאותו מותב פרש, מונה לערכאה גבוהה יותר או מסווג כיום לתיקים מסוג שונה באותה ערכאה. אם כך, מה התכלית בשיבה אל אותה ערכאה אם השיבה היא למותב אחר? האין מותב אחר עלול אף הוא להסיג את גבולו של המותב הקודם, אף-על-פי ששניהם שייכים לאותה מעטפת מוסדית? מותב אחר עלול בהחלט לראות את ההחלטה הקודמת של רעהו כלא-ראויה, להתחבט בה ולפתוח אותה מחדש. הוא עלול לסכלה עוד בטרם יבחן את שינוי הנסיבות המובא לפניו. מי מבטיחנו אפוא שמותב אחר היושב באותה ערכאה לא יסכל את פסק-דינו של קודמו? אם אין חובה לשוב אל אותו מותב ספציפי, אין יתרון לערכאה האחת על הערכאה האחרת. מותב אחר מסתמך על הפרוטוקולים הקודמים שמעולם לפני כן לא ראה, ולא על זכרונו מניהול ההליך. אם כך, מה לי אם המעטפת סביבו היא בית-הדין הרבני או בית-המשפט האזרחי? חשש הסיכול חי וקיים, ומותר הערכאה האחת על חברתה – אין.

לאחרונה התפרסמו המלצותיה של ועדת שיפמן בנושא מזונות ילדים, והן מתארות בהרחבה את הפער בפסיקת המזונות אף בין שופטים באותה ערכאה אזרחית.¹⁵⁴ פער זה נכון על אחת כמה וכמה ביחס להרכבים בבית-הדין הרבני, אשר עקרון התקדים המחייב אינו מחייבם כלל, וגם לא העקרונות של מעשה בית-דין ושל השתק פלוגתא.¹⁵⁵ דיני בית-הדין הרבני מצווים לפעול על-פי ראות עיניהם בכל תיק ותיק, בהתעלם ממה שפסקו קודמיהם. אם כך, אין טעם להשיב את בעלי-הדין אל אותה ערכאה אם איננו מחייבים אותם לשוב אל אותו מותב שדן בעניינם.

אוסף ואקשה: מה אם פסק-הדין בגלגול ההתדיינות הראשון התקבל בערכאת ערעור, בין בבית-הדין הרבני הגדול ובין בבית-המשפט המחוזי – האין חשש שהשיבה אל הערכאה הדיונית, אף אם מאותה מעטפת מוסדית, תביא לידי סיכול החלטתה של

154 משרד המשפטים דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל 25 (2012): "חוסר האחידות בנוגע לחובת המזונות קיימת בתוך אותה ערכאה עצמה וקיימים הבדלים מהותיים בין השופטים, בהתאם לתפיסת עולמם האישית. כך, למשל, ישנו חוסר אחידות בולט בנוגע להיקף החובה הייחודית של האב לספק את 'הצרכים הכרחיים' של ילדיו, ששופטים שונים מעניקים תוכן שונה לאותם 'צרכים הכרחיים' ומותירים, אפוא, עמימות רבה בעניין זכות זו." כן ראו מור יוגב ואיילת גלעדי "אמא תני לי: שוויון במזונות ילדים" הארת דין ג 1, 6 (2006) weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawatch1/lawatchF/gilionC/%D7%901%20%D7%94%D7%90%D7%A8%D7%A%D7%95%D7%95%D7%99%D7%95%D7%9F.htm; תמ"ש (משפחה י-ם) 2480/04 ב.ס. נ' נ.מ., פס' 29 לפסק-דינו של השופט גרינברגר (פורסם בנבו, 8.6.2006).

155 העיקרון של מעשה בית-דין אינו קיים כלל במערכת בתי-הדין הרבניים. ראו תק' קכה-קכט לתקנות הדיון בבתי-הדין הרבניים בישראל, וכן את דבריו של הדיין גולדשמידט בפרשת וינטר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 1487 לפסק-הדין. כן ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 36 והאסמכתות שם. לדיון רחב בתקנות האמורות בהיבט זה ראו לאחרונה תיק (אזורי רח') 2235-24-2 פלוני נ' פלונית (לא פורסם, 9.10.2007).

ערכאת הערעור? שאלה זו מתחזקת במקרה שבו ערכאת הערעור הפכה את החלטתה של הערכאה הדיונית בגלגול ההתדיינות הראשון – האין חשש שהערכאה הדיונית בגלגול ההתדיינות השני תשוב לפסק־דינה הקודם ותסיג את גבולה של ערכאת הערעור? יתר על כן, בבית־הדין הרבני ראינו כי ערכאה דיונית חולקת על ערכאה ערעורית אף באותו גלגול, גם לאחר שהאחרונה אמרה את דברה והחזירה את התיק לערכאה הדיונית כדי שזו תדון בו לפי הוראותיה.¹⁵⁶ אין אפוא מי שיבטיח כי לא כך יקרה כאשר ישוב עניין שנית אל אותה ערכאה.

אויסף ואשאל: כיצד עקרון הכיבוד ההדדי מתיישב עם כללי הסמכות המקומית? נניח שלאחר הסכם הגירושים שינו בני־הזוג את מקום המגורים שלהם ושל ילדיהם, וכבר אינם דרים באותו מחוז שיפוט של הערכאה שדנה בגלגול הראשון. הסמכות המקומית לדון בעניינם מסורה כעת לבית־דין או לבית־משפט במחוז שיפוט אחר מזה שבו התנהל הדיון הראשון.¹⁵⁷ האם עליהם לשוב אל אותה ערכאה ספציפית שדנה בעניינם בגלגול הראשון, אף אם לפני מותב אחר, או שמא עליהם לשוב רק אל אותה מעטפת מוסדית, ואין זה משנה לאיזו ערכאה בפועל? בהעדר אמירה מפורשת בדוקטרינת הסמכות הנמשכת לא נראה כי אפשר לסטות מכללי הסמכות המקומית שנקבעו בתקנות. לפיכך יש להניח כי הכוונה היא לשוב אל המעטפת הכוללת, ולא אל אותה ערכאה ספציפית,¹⁵⁸ מה־גם שכעניין של מדיניות משפטית ראויה לא יעלה על הדעת שבני־זוג אשר שינו את מקום מגוריהם ישוּבו להתדיין בערכאה הספציפית שדנה בעניינם בזמנו אף שכיום היא אינה נמצאת בקרבת מקום המגורים שלהם ושל ילדיהם. אם כך, שבה וצפה השאלה העקרונית: מה יתרונה של ערכאה המשתייכת לאותה מעטפת מוסדית, אף אם היא נמצאת במחוז שיפוט אחר, על ערכאה המשתייכת למעטפת מוסדית אחרת?

לכאורה אפשר ליתן מענה פשוט לשאלות אלה, על־פי דברי השופט לוי בפרשת

פלונית א:

“אותו חשש מעמיק באורח ניכר מקום בו מונחת סוגיה משפטית להכרעתן של ערכאות בנות סמכות שיפוט מקבילה, המחזיקות בכללי החלטה נבדלים, כפופות למסורות משפטיות אחרות ונוהגות על־פי דינים שונים.”¹⁵⁹

156 ראו, למשל, בג"ץ 214/64 בסן נ' דייני בית־הדין הרבני הגדול לערעורין, פ"ד יח(4) 309 (1964).
157 ראו תק' 258 לתקנות סד"א לעניין סמכותו המקומית של בית־המשפט לענייני משפחה. כן ראו תק' י(1) לתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים בישראל לעניין סמכותו המקומית של בית־הדין הרבני, הקובעת כי “תביעה בין בני־זוג בענייני אישות תוגש לבית־הדין הרבני של מקום־המגורים האחרון של בני־הזוג”.

158 ראו, למשל, תק' י(3) לתקנות הדיון בבתי־הדין הרבניים בישראל: “הסתיים הדיון בהחלטה סופית אחרת בתיק העיקרי – תהא בידי אותו בית־דין הסמכות לדון בשינוי אותה החלטה אם אחד הצדדים ממשיך לגור באיזור שיפוטו של אותו בית־דין.”

159 פרשת פלונית א, לעיל ה"ש 40, פס' 8 לפסק־דינו של השופט לוי.

אמירה זו בעייתית בעיניי עד-מאוד, ועימה אפתח את הדיון בסעיף הבא.

2. עקרון הכיבוד ההדדי מנציח את הפער בין הערכאות ומחריף את מירון הסמכויות

ההנחה המבוטאת בדבריו לעיל של השופט לוי, המשקפים את הרציונל של עקרון הכיבוד ההדדי, היא כי בית-הדין הרבני ובית-המשפט האזרחי דנים על-פי דינים שונים, מסורות שונות וכללי החלטה נבדלים. לפיכך, אליבא דהשופט לוי, אם בני-זוג החלו להתדיין לפני ערכאה מסוימת, עליהם להמשיך להתדיין לפנייה. היינו מבינים את דבריו אלה של השופט לוי ביתר בהירות אילו בית-הדין הרבני היה אמור לפסוק לפי דין דתי ואילו בית-המשפט האזרחי היה אמור לפסוק לפי דין אזרחי. ההיגיון אכן היה מורנו אז כי החלטה שניתנה בבית-הדין הרבני בגלגול הראשון תשוב ותיבחן באותה ערכאה גם בגלגול השני, כדי להבטיח שהחלטה שהתקבלה לפי דין דתי לא תיבחן כעת לפי דין אזרחי, ולהפך. אילו אכן היו הערכאות אמורות לדון על-פי דינים שונים, כ-אז החרשתי. דא עקא, אין הדבר כן, שהרי בכל הסוגיות הנמשכות – מזונות הילדים, מזונות האישה והמשמורת – הדין אמור להיות אותו דין, בין בבית-הדין הרבני ובין בבית-המשפט האזרחי. בשתי הערכאות סוגיית מזונות הילדים וסוגיית מזונות האישה אמורות להידון לפי דין דתי,¹⁶⁰ ואילו סוגיית המשמורת אמורה להידון לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובהתאם לעיקרון טובת הילד.¹⁶¹ לא אמור להיות אפוא שוני מהותי בין הערכאות.¹⁶²

אפשר כמובן להשיב כי הדין הוא אכן אותו דין, אך בית-הדין הרבני ובית-המשפט שונים זה מזה בפרשנות ובאמות-המידה. אם זו אכן ההשקפה העומדת ביסודו של עקרון הכיבוד ההדדי, אזי עיקרון זה משלים למעשה עם העובדה שיש הבדל בין הערכאות, ואף מנציח אותו.¹⁶³ במקום להכריז כי פסיקותיהן של הערכאות המשפטיות כפופות

160 ראו ס' 2 ו-3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, הקובעים כי אדם חייב במזונות בן-זוגו ובמזונות הילדים הקטינים שלו לפי הוראות הדין האישי החל עליו. ס' 19 קובע כי חוק זה חל גם על בתי-הדין הדתיים.

161 ראו ס' 25 וס' 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962.

162 ראו פרשת **פלונית ב**, לעיל ה"ש 47, פס' ג לפסק-דינו של השופט רובינשטיין: "ונוכח, כי תודה לאל פחת מירון הסמכויות בשנים האחרונות, ובצדק גם ציין הרב יעקבי כי בתי הדין נוהגים על פי חוק יחסי ממון בין בני זוג... ועל כן לא אמור להיות שוני מהותי בין פסיקתם הרכושית לזו של בתי המשפט לענייני משפחה; הכורכים כדין, זו זכותם ויש לכבד זאת."

163 ראו, למשל, בג"ץ 5969/94 **אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה**, פ"ד נ(1) 370, פס' 11 לפסק-דינו של השופט גולדברג (1996). בפרשה זו נקבע כי אין לאכוף על בית-דין רבני את הפרשנות של הערכאות האזרחיות לגבי היקפה ומאפייניה של חובת המדור המוטלת על הבעל, הואיל ומדובר במחלוקת לגיטימית בין שני גופים הנהנים מסמכות מקבילה באותו עניין. בעקבות פסיקה זו נקבע כי זכות האישה למדור ספציפי קיימת אך ורק בבית-הדין הרבני. אכן, במקרים שבהם האישה חפצה

לאותו חוק ואמורות להיות מיושמות באותה צורה ובאותו אופן, וכי התוצאות העולות מהן אמורות להיות אותן תוצאות או ללא שוני מהותי ביניהן, עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות מודיע קבל עם ועדה כי לפנינו שתי ערכאות שאינן פועלות באמת על-פי אותו דין. עוד אומר העיקרון לבעל-הדין: לא רק שאני מודע לכך שהערכאות אינן פועלות על-פי אותו דין, אלא שאם נלכדת בערכאה אחת בגלגול ההתדיינות הראשון, אין לך דרך מילוט הימנה, ועליך לשוב ולהילכד בה גם בדיון השני, בדיון השלישי וכן הלאה. בכך, למעשה, מבלי משים ואף בניגוד לכוונתו לעודד כבוד הדדי בין הערכאות, בית-המשפט העליון מחריף באופן פרדוקסלי את מירוץ הסמכויות ביניהן בשתיים. ראשית, הוא מצהיר כלפי כולי עלמא כי אכן יש הבדל בין פסיקותיהן של הערכאות, והוא מוסיף ואומר לבני-הזוג במשתמע: אל תדמו בנפשכם כי הערכאות מגיעות לאותן תוצאות. הן לא. לכן אל תהססו ואל תמתינו לפיוס עם בן-זוגכם, אלא מייד עם פרוץ המשבר ביניכם מהרו, הגישו תביעה והקנו סמכות לערכאה הנוחה לכם, באשר התוצאה בה, כבר בגלגול הראשון, תהיה שונה מזו שתתקבל בערכאה האחרת. כך, למשל, הלכת אקנין תוכיח כי פרשנות שונה ותוצאה שונה מאיצות את מירוץ הסמכויות.¹⁶⁴ שנית, עקרון הכיבוד ההדדי, בניגוד לכוונתו המקורית, מעביר מסר נוסף לבני-הזוג ומצווה אותם במשתמע להילחם בחריפות-יתר על סמכותה של הערכאה בגלגול הראשון, מכיוון שאותה ערכאה תמשיך להיות בעלת הסמכות גם בדיונים הבאים. כלומר, במקום שבו נלכדתם, שם גם תישארו בגלגולי ההתדיינות השני, השלישי וכולי, עד תום הסכסוך ביניכם. לכן, אם חשבתם להמתין שמה ישוב שלום-הבית על כנו, ונמנעתם מלרוץ ולפתוח הליך משפטי מתוך הנחה שבמקרה הגרוע ביותר תוכלו להגיע בדיון העתידי לערכאה הנוחה לכם ולאזן את תוצאות הדיון הראשון – טעות היא בידכם. במקום שבו יתקיים הדיון הראשון יתקיימו גם הדיונים הבאים.

מזווית אחרת, כאשר בן-הזוג האחד ניגש להתייעץ עם עורך-דינו אם להקדים ולפתוח הליכים בערכאה זו או אחרת או להמתין לפיוס עם בן-זוגו, מה ישיב לו הלה? לנוכח עקרון הכיבוד ההדדי, עורך-הדין צריך להדריכו כדלקמן: "הישמר לך! לערכאה שתיבחר ראשונה על-ידי מי מהצדדים יש משמעות בגלגול ההתדיינות הראשון; יתר על כן, יש לה משמעות גם בגלגול ההתדיינות השני ובבאים אחריו." ואם ישאלו בן-הזוג "הכיצד? הרי שתי הערכאות דנות לפי אותו דין, פועלות על-פי אותם סטנדרטים, מתייעצות עם מומחים בענייני טובת הילד ועוד", ישיב לו עורך-הדין: "עקרון הכיבוד ההדדי עומד ומעיד אחרת. בהחזיקו בעיקרון זה, בית-המשפט העליון מודיע הלכה למעשה כי מדובר בערכאות שונות, בעלות פסיקות שונות. אלמלא כן לא היה חשוב כל-כך לבית-המשפט העליון לאן תיגש בגלגול ההתדיינות השני."

יתרה מזו, עקרון הכיבוד ההדדי משמיענו כי ההבחנה בין הערכאות אינה הבחנה בין מותבים, כי אם היא הבחנה מוסדית. ההנחה המשתמעת מעקרון הכיבוד ההדדי היא כי

להישאר באותו מדור שבו היא דרה עובר לגירושים, היא ממהרת להגיש את התביעה בבית-הדין הרבני.

כל ההרכבים באותה מעטפת מוסדית מגיעים לאותן תוצאות: במעטפת המוסדית של בית-הדין הרבני כל ההרכבים, כולל אלה של ערכאות הערעור, מגיעים לאותה תוצאה; ובמעטפת המוסדית של בית-המשפט האזרחי כל השופטים, כולל הרכבי הערעור, מגיעים לאותה תוצאה, אשר במקרים רבים שונה מהתוצאה שאליה מגיעים בבית-הדין הרבני. עקרון הכיבוד ההדדי מניח כי בין כל השופטים באותה מעטפת יש מעין הסכם בלתי-כתוב ובלתי-מוצהר שלפיו כל מותב באותה מעטפת מוסדית יגן וישמור על התוצאה שאליה הגיע רעהו בגלגול הראשון ולא יסכלה. עיקרון זה מבקש ליצור כבוד הדדי בין הערכאות, אך הוא עצמו אינו מכבד את המותבים באותן ערכאות כמי שמסוגלים להגיע לתוצאה שונה מהתוצאה שאליה הגיעו קודמיהם באותה ערכאה. ההנחה המשתמעת מעקרון הכיבוד ההדדי, כי כל השופטים באותה ערכאה יגיעו לאותה תוצאה, היא הנחה בעייתית בעליל. היא מצמצמת וממזערת את תפקידו של היושב לדין, רואה אותו כפועל על-פי כללים טכניים ללא שיקול-דעת, ומניחה כי אך טבעי הוא שהוא יגיע לאותן תוצאות שאליהן הגיע קודמו היושב באותה מעטפת מוסדית.

יתר על כן, עקרון הכיבוד ההדדי מניח מבלי משים כי יש מעין "אחוות יחידה" בין המותבים מאותה מעטפת מוסדית, כך שלא זו בלבד שהאחד לא יסכל את החלטתו של רעהו מאותה מעטפת מוסדית, כל המותבים מהמעטפת המוסדית האחרת חשודים כמי שיסכלו אותה. בעיניי, הנחות משתמעות אלה נוגדות את הכלל שאין מרות על השופטים אלא מרות החוק.¹⁶⁵ אם נעמיק יותר נאמר כי ההנחה שביסוד מבחן הסיכול משמיטה גם את הטעם לפנות לערעור באותה ערכאה, מכיוון שכעת למדנו כי אותה ערכאה משתדלת לכאורה להגן על ההחלטות של חברתה מאותה מעטפת מוסדית ולא לסכלן.¹⁶⁶ בשולי הדברים אעיר כי אילו הניח מבחן הסיכול כי ערכאה אחת עלולה לשנות את מה שערכאה קודמת פסקה מכיוון שיש להן כללי פסיקה שונים ומסורות שונות, אזי איני רואה טעם מדוע עקרון הכיבוד ההדדי אינו חל גם במקרה הבא:

"בנסיבות המקרה, תביעות המשיבה אמנם היו תלויות בפני בית המשפט לענייני משפחה – אך הוא לא דן בהן לגופן. הצדדים לא טענו בפני בית המשפט –

165 ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבירדו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין".

166 מעניין שגם שאלת המבנה הפיזי אינה נטולת חשיבות. כך, למשל, נקבע כי ערעור על רשם באותו בית-משפט, על-פי ס' 96 לחוק בתי-המשפט, אינו נחשב ערעור לעניין הלכת **חניון חיפה** (ר"ע 103/82 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ**, פ"ד לו(3) 123 (1982)), ולכן ערעור על הרשם ולאחר-מכן על בית-המשפט אינו נחשב ערעור בגלגול שלישי. ברע"א 8420/96 **מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, פ"ד נא(3) 789, 795 (1997), נאמר בהקשר זה כי "הרשם ושופט בית-המשפט המחוזי שייכים לאותה ערכאה, משל היו שני חדרים באותה קומה, והרעיון האמור אינו תופס בנסיבות אלה" (ההדגשה במקור).

ופעולתו התמצתה בהפנייתם ליחידת הסיוע ובאישור ההסכם שהושג שם. על פניו דומה כי לא נרכשה סמכות נמשכת...¹⁶⁷

יש להניח כי ההסכם שגובש ביחידת הסיוע שלייד בית-המשפט האזרחי, אשר גם אושר על-ידי בית-המשפט, מתיישב יותר עם הגישה האזרחית. אין טעם אפוא להעביר את הדיון לבית-הדין הרבני בגלגול השני. באותו אופן, בית-הדין הרבני מפנה לעיתים את בני-הזוג לרבנים מחוץ לבית-הדין, כדי שייפגשו עימם וינסו להגיע בעזרתם לפשרה. לעיתים על בסיס זה מוכתב הסכם הגירושים ומקבל את אישורו של בית-הדין.¹⁶⁸ על-פי הפסיקה לעיל, לא יהיה זה אפוא נכון לומר כי בית-הדין הרבני רכש סמכות נמשכת במקרה כזה.

3. מודל חדש: עקרון הכיבוד ההדדי בין מותבים

בשורות הבאות אבקש להציע מודל חדש שישרת טוב יותר את התכליות שביסודה של דוקטרינת הסמכות הנמשכת, קרי, עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול (להלן: המודל המוצע). לטעמי, עקרון הכיבוד ההדדי ומבחן הסיכול צריכים להיות מהותיים-פרסונליים, ולא פרוצדורליים-מוסדיים כפי שהם כיום. כלומר, כאשר אותו מותב ספציפי – אותה פרסונה – אשר דן ופסק בגלגול ההתדיינות הראשון מכהן גם בעת גלגול ההתדיינות השני, וניתן לשוב אליו, יש לשוב אליו ללא עוררין. סמכות נמשכת זו תחסוך משאבים למערכת ותמנע סיכולן של החלטות, מכיוון שאותו מותב בוודאי לא יסכל את ההחלטה שהוא עצמו נתן בגלגול הראשון. כאן מתמצה למעשה עקרון הכיבוד ההדדי המיושם כיום בפסיקה. אך בעיניי אין זה היתרון המשמעותי של השיבה אל אותה ערכאה. את היתרון המשמעותי אני מוצא בכך שאותו מותב מכיר את בני-הזוג, על רגישויותיהם, מכאוביהם, משאלות-ליבם, תכסיסיהם ועוד. אותו מותב זוכר לרוב גם את מה שאינו מופיע בפרוטוקול היבש והקר. אותו מותב זוכר את האמוציות, הבכיות, הצעקות וגמגומי החקירה של מי מבעלי-הדין, אשר לרוב אין להם ביטוי בפרוטוקול. אותו מותב אינו רואה רק את שורות ההסכם המונח לפניו כעת בגלגול ההתדיינות השני, כי אם גם את השורות שנשמטו ממנו לפני החתימה. אותו מותב רואה את הכתוב בין השורות לא פחות מכפי שהוא רואה את השורות עצמן.

יתר על כן, שיבה אל אותו מותב ספציפי בגלגול השני תמריץ את בני-הזוג להתנהל באופן ראוי יותר, ביודעם כי המותב היושב לדין הוא אותו מותב שישב בעניינם בפעם הקודמת. יש להניח כי בעל-הדין יירתע מפתיחת הליך בטענת-שווא לשינוי נסיבות ביודעו כי הוא אמור להתייצב לפני אותו שופט או לפני אותו הרכב. כך, למשל, אם התרחש כעבור זמן שינוי נסיבות אשר עלה ונידון בשעת הדיון הראשון, ובית-המשפט התייחס אליו במהלך עיצוב ההסכם, יאבד הטעם לפתוח הליך שנית, מכיוון שאותו

167 פרשת פלוני א, לעיל ה"ש 64, פס' ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

168 ראו פרשת איתן, לעיל ה"ש 14.

מותב לא יורה על שינוי ההחלטה. לעומת זאת, שיבה אל מותב אחר, הגם אם באותה מעטפת מוסדית, פותחת פתח לניצול העובדה שהשופט אינו מכיר את פרטי התיק. בעיניי זהו יתרונו המשמעותי של מבחן הסיכול, והוא עונה על מבחן ההתייעלות השיפוטית.

יש להפוך אפוא את עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות לעקרון הכיבוד ההדדי בין מותבים. המודל המוצע אינו עוסק בכיבוד המעטפת המוסדית, כי אם בכיבוד המותב היושב בתוכה. כאשר המותב שדן בגלגול הראשון אינו מכהן עוד באותה ערכאה, אין טעם לשוב אל אותה מעטפת מוסדית. המודל המוצע נותן אמוץ בכל שופט ושופט, ומאמין כי הוא ניגש לכל מקרה ומקרה בלב פתוח. המודל המוצע מניח כי כל שופט בוחן כל מקרה לגופו, מבלי להיות כבול להחלטות של קודמו. המודל המוצע אינו מניח כי מותב אחר באותה מעטפת מוסדית יעשה מאמץ להגן על החלטה שיצאה על-ידי קודמו מאותה מעטפת מוסדית רק משום היותה כזו. באותה מידה אין הוא מניח כי המותב ישתדל לסכל החלטה שלא יצאה מאותה מעטפת מוסדית רק בשל היותה כזו. המודל המוצע יוצא מנקודת-הנחה כי המותבים בבית-הדין הרבני ובבית-המשפט האזרחי הם מקצועיים ובעלי שיקול-דעת עצמאי, וכי אין הם ניגשים לתיקים שלפניהם עם "אחוות יחידה" מובנית, כפי שמשמע ממבחן הסיכול ומעקרון הכיבוד ההדדי במתכונתם הנוכחית. אין מרות על השופטים מלבד מרותו של החוק, ואין הם חשודים אפוא ברחישת סולידריות יתרה להחלטות קודמיהם מאותה מעטפת מוסדית ככאלה.

היכן אפוא יתנהל גלגול ההתדיינות השני כאשר המותב הראשון אינו מכהן עוד ביום ההתרחשות של שינוי הנסיבות? כאן המוסד החריג של כלל ההמשכיות מאבד את הצדקתו ותוקפו. נשללת ממנו התשתית המוצקה הנדרשת להקמתו, ולפיכך יש לשוב לכללי הסמכות המקורית, כלומר, לפעול בהתאם להוראות החקיקה הקובעות את הסמכות בדיון הראשון. היתרון הטמון בגלגול ההתדיינות השני כאשר הוא מתנהל על בסיס סמכות מקורית בלבד הוא ביטול מירון הסמכויות. אסביר. לרוב, בגלגול ההתדיינות השני תביעות הגירושים הסתיימו להן זה כבר, ולפיכך אי-אפשר לכרוך להן סוגיות נוספות. אין תחולה לסעיף הכריכה משאין לפנינו תביעת גירושים שהכריכה יכולה להסתמך עליה. אם יסכימו בני-הזוג להביא את עניינם לפני בית-הדין הרבני, עומד לרשותם סעיף 9 לחוק השיפוט. בהעדר הסכמה בין בני-הזוג, יתקיים הדיון בבית-המשפט האזרחי. מודל זה יחליש אפוא את מירון הסמכויות גם בגלגול ההתדיינות הראשון, באשר הוא יצמצם את המקרים שבהם יש הכרח לשוב אל אותה ערכאה בגלגול ההתדיינות השני. כלומר, כל עוד בעל-דין, או ליתר דיוק עורך-דינו, יודע כי מסירת הסמכות לערכאה בגלגול הראשון תביא לידי מסירתה לאותה ערכאה גם בגלגול השני, הוא יעשה מאמץ כביר לקבוע את הערכאה בגלגול הראשון, וירון לפתוח את הדיון בערכאה הנוחה לו. לעומת זאת, לפי המודל המוצע, השיבה אל אותה ערכאה בגלגול השני תהיה אך ורק כאשר מכהן בה אותו מותב שישב ודן בגלגול הראשון. בהעדרו, אין טעם לשוב אל אותה ערכאה, וממילא הדיון הראשון לא יהיה מעתה ואילך כה גורלי, מכיוון שבחלק לא-מבוטל של המקרים יתנהל הגלגול השני בהתאם לכללי הסמכות

המקורית, ביתרון אחד עצום: אין תביעת גירוש ועל-כן אין כריכה, וממילא אין מירון.¹⁶⁹

בפסקות הבאות אבקש להתמודד עם כמה אתגרים שמודל זה עשוי לעורר. הדרישה לשוב אל אותו מותב עלולה לעורר חשש באשר ליכולתו של הלה לשמוע את הדיון בלב פתוח. נושא דומה התעורר בפרשת **הרשקוביץ**.¹⁷⁰ בפרשה זו התקיים הדיון הראשון בתביעת הגירוש לפני מותב של שלושה דיינים, ואילו הדיון השני התקיים לפני הרכב שכלל שני דיינים מההרכב הראשון ודיין אחר. בסוף הישיבה השנייה ניתן פסק-דין שהייב את האישה להתגרש. האישה עתרה לביטול פסק-הדין בטענה של הרכב שונה. הנשיא ברק קבע כי אכן החובה היא לאותו הרכב דיינים לכל אורכו של הדיון. לנוכח ההרכב המשתנה, פסל בית-המשפט העליון פה אחד את פסק-הדין של בית-הדין הרבני. בשלב השני פנה בית-המשפט העליון לשאלה אם נכון להחזיר כעת את הדיון להרכב הראשון. החשש היה שמא שני הדיינים שכבר פסקו בדין בעקבות הישיבה השנייה לא ייגשו לעניין בלב פתוח. הנשיא ברק קבע בדעת הרוב כי אין לחשוש שמא הדיינים לא ייגשו בלב פתוח לעניין. השופט חשין, לעומת זאת, העיד כי אף הוא כשופט היה מתקשה לחזור בו מהחלטתו הקודמת: "כך הוא האדם. ודיין, כמוהו כשופט, הוא אדם."¹⁷¹

חשש זה מטופל לטעמי גם בתקנות סדר הדין האזרחי (סד"א). התקנות הנוגעות בערכאת הערעור קובעות כי במקרה שבו בית-המשפט בערכאה קמא לא הכריע בפלוגתא פלונית, בית-המשפט שלערעור רשאי לנסחה ולהעבירה לדיון לבית-המשפט בערכאה הקודמת. כלומר, כאן התקנות אינן חוששות שמא בית-המשפט בערכאה קמא יחטא בלב סגור בהערכת העדות לאחר שכבר נתן פסק-דין.¹⁷² לעומת זאת, בתקנה סמוכה נקבע כי אם התיר בית-המשפט שלערעור הבאת עדויות נוספות, הוא יכול לגבותן או להורות לבית-משפט אחר לגבותן ולשולחן אליו. כלומר, תקנה זו מורה על גביית העדות בבית-משפט אחר, ולא בערכאה קמא שנתנה את פסק-הדין.¹⁷³ נראה כי תקנות אלה משקפות את המתח שנידון בפרשת **הרשקוביץ**.

169 תוצאת-לוואי של הצעתי היא פגיעה מסוימת בסמכותו של בית-הדין הרבני בגלגול השני, בהעדר אפשרות לכריכה. איני שמח עם תוצאה זו, מכיוון שלטעמי שמירת הסטטוס-קוו בין בית-הדין הרבני לבית-המשפט לענייני משפחה היא חשובה להמשך תפקודם היעיל ולהעלאת רמת האמון ביניהן. אולם כנגד פגיעה זו יש לטעון, ראשית, כי הפעלת המודל החדש תהא שוויונית, כלומר, דוקטרינת הסמכות הנמשכת תשונה באותה מידה גם בבית-המשפט האזרחי, והפגיעה תהא אפוא מידתית, ובוודאי לא חד-כיוונית. שנית, קריאתי לא להפריד בצורה מלאכותית בין נושא המשמורת לנושא הסדרי הראייה, וכן בין הנושא של שינוי, תיקון או ביטול של פסק-דין לבין הנושא של פרשנותו ואכיפתו, תוך קביעה כי סמכות נמשכת באחד תוליד סמכות נמשכת גם באחר, מאזנת פגיעה זו כדבעי. ודוק.

170 בג"ץ 10769/03 **הרשקוביץ נ' בית-הדין הרבני האזורי, פתח תקווה**, פ"ד נח(4) 272 (2004).

171 שם, פסק-דינו של השופט חשין.

172 ראו תק' 455 לתקנות סד"א.

173 ראו תק' 458 לתקנות סד"א.

אולם דומני שלא הדיון בפרשת הרשקוביץ ולא המתח המשתקף בתקנות הערעור נוגעים בענייננו. הן בפרשת הרשקוביץ והן בתקנות הערעור מבקשים מאתו מותב לדון באותה סוגיה שכבר פסק בה בעבר. במושא דיוננו, לעומת זאת, אין מבקשים מהמותב שישיב לדון באותו עניין שכבר פסק בו, כי אם מביאים לפניו סוגיה חדשה – סוגיה של שינוי נסיבות. לטעמי, גם השופט חשין היה מסכים כי במקרה כזה אין שום בעיה להחזיר את התיק לאותו מותב, מכיוון שאותו מותב מתבקש כעת לדון בסוגיה חדשה, ואין חשש שמא "יינעל" על החלטתו הראשונה. החלטתו הראשונה אינה עומדת כמכשול לפניו מכיוון שגם אם פסק סכום מזונות מסוים, לא תהיה לו בעיה לשנותו אם יוכח לפניו כעת כי חל שינוי בנסיבות שהובילו לפסק-הדין הראשון.

פרשה דומה נוספת נידונה בעניין ווגיאל.¹⁷⁴ בפרשה זו בג"ץ קובע כי "כאשר ישיבות בית-הדין עוסקות באותו עניין, כל ישיבה וישיבה צריכה להתקיים בפני אותם שלושה דיינים. דיון בהרכב משתנה כמוהו כדיון בהרכב חסר. פגם זה עולה כדי פגיעה בכללי הצדק הטבעי".¹⁷⁵ הבעיה כאן אינה בעיה של לב פתוח, כי אם של סמכות פונקציונלית. אם אכן נדרוש כי אותו מותב בן שלושה דיינים ישיב גם בתיק הנסיבות המשתנות, לא יהיה זה פשוט, מכיוון שדיינים מתחלפים, ויהיה קשה להעמיד אותו הרכב בדיוק גם בחלוף שנתיים או שלושה.¹⁷⁶ אין ספק שזהו אחד האתגרים שהמודל המוצע כאן ניצב בפניהם. שמא יהיה אפשר להגמיש את הדרישה לאותם שלושה דיינים ולהסתפק בכך שרק אחד או שניים מהם ישיבו בהרכב השלושה שידון בעילה הנמשכת? גם דיון אחד מתוך הרכב של שלושה עשוי להשיא בעבורנו אותם יתרונות של חזרה אל אותו מותב, שכן אותו דיון יכיר את הצדדים וידע לנבכי נפשם, והודות לכך הדיון עשוי להתנהל באופן אחר. בל נשכח שבבית-המשפט האזרחי די לנו בשיבה אל אותו שופט יחיד.

אתגר נוסף שיש להתמודד עימו הוא הגבול בזמן שממנו ואילך לא נדרוש מבעלי-הדין לשוב אל אותו מותב פרסונלי. בהינתן שיתרונו של המודל המוצע הוא בהפניית הצדדים אל אותו מותב שזוכר את בעלי-הדין, על מניעיהם, שאיפותיהם, ומאוייהם, ייתכן שבחלוף כמה שנים ילך נימוק זה וייחלש, ולא יהיה עוד יתרון בשיבה אל אותו מותב שפגש את הצדדים בראשונה. לנוכח זאת מוצע לקבוע גבול של שבע שנים, אשר ממנו ואילך אין כבר צורך להיזקק לאותו מותב ויש לפנות לכללי הסמכות המקורית. הערה כזו נאמרה גם בפרשת ג'ראח, ולפיה לאחר שנים מספר ניתן לראות את העילה כעילה חדשה, ולא כעילה נמשכת, וממילא התביעה היא תביעה חדשה.¹⁷⁷ הציר של מבחן הדין ופסק ששרטטנו בפרק השלישי רלוונטי כמובן גם למודל

174 בג"ץ 1135/02 ווגיאל נ' בית-הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נו(6) 14 (2002).

175 שם, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן.

176 ראו לעניין קושי זה את דבריו של הרב דיכובסקי במאמרו שלמה דיכובסקי "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאוני משפט ד 261, 273 (2005).

177 פרשת ג'ראח, לעיל ה"ש 25, בעמ' 2626–2627.

המוצע, אלא שתחת המעטפת המוסדית יבוא כעת אותו מותב ספציפי שדן בדיון הראשון. כלומר, כאשר השופט אשר קבע ממצאים, קיבל החלטות, הכריע הכרעות ועמד בתנאי הדן ופסק מכהן באותה ערכאה בעת שינוי הנסיבות – יש לשוב אליו. אך אם בדיון הראשון אישר המותב את ההסכם בלא דן ופסק, אזי אין בידו סמכות נמשכת. אם התקיים דן ופסק אך אי־אפשר להרכיב שוב את המותב המקורי, אין טעם לשוב אל אותה מעטפת מוסדית רק כדי לפגוש מותב אחר.

המודל המוצע מבקש ליתן מענה גם לשאלות שהעליתי במאמר זה. כך, למשל, תהיתי לגבי נכונות החלוקה שלפיה הסמכות הנמשכת רלוונטית רק לשינוי, לתיקון ולביטול, ולא לפרשנות ולאכיפה. המודל החדש מציע כי אם אותו מותב ספציפי מכהן גם בעת גלגול ההתדיינות השני, ומתקיימים בו מבחני הדן ופסק, אזי אין טוב ממנו לניהול דיון לא רק בשינוי, בתיקון וביטול של ההסכם, אלא גם בפרשנותו ובאכיפתו. אותו מותב ספציפי מכיר את ההסכם לפני ולפנים, והוא המוסמך ביותר לתקנו ולפרשו. אכן, אם אי־אפשר להרכיב שוב אותו מותב לצורך הדיון בגלגול ההתדיינות השני, או אם לא מתקיים דן ופסק, אזי אין טעם לשוב אליו או אל מותב אחר דווקא באותה ערכאה – לא לענייני פרשנות וגם לא לענייני תיקון או שינוי. באלה ובאלה אין יתרון למותב בערכאה פלונית על מותב בערכאה אלמונית. אך אם אפשר להרכיב אותו מותב, אזי אין מקום לקיים פיצול בין שינוי ותיקון לבין פרשנות ואכיפה. נוסף על כך, המודל המוצע שואף לאחד סוגיות קרובות, כגון הסדרי ראייה ומשמורת, ולראותן כסוגיה אחת. סמכות נמשכת לגבי סוגיה אחת תוליד סמכות נמשכת גם לגבי חברתה. המודל המוצע שואף לצמצם את פיצולי הדיונים בין הערכאות, ומעדיף להעביר את כלל ענייניהם של בני־הזוג בגלגול ההתדיינות השני אל אותו מותב שדן ופסק בהם בגלגול ההתדיינות הראשון. המודל המוצע נמנע מלחלק חילוקים דקים בין פרשנות לשינוי, בין אכיפה לפרשנות, או בין משמורת לבין הסדרי ראייה וחינוך, ובכך הוא מונע גם את המחלוקת הפרשנית בין הערכאות.

אם כן, המודל המוצע מרחיב ומצמצם. הוא מרחיב את הסוגיות שבגינן יש לשוב אל אותה ערכאה, וכולל בהן לא רק שינוי, תיקון וביטול של ההסכם, אלא גם פרשנות ואכיפה שלו. הוא מרחיב גם את מידת הקרבה בין נושאים שונים, כהסדרי ראייה ומשמורת. מאידך גיסא, הוא מצמצם את האפשרויות לשוב אל אותה ערכאה רק למקרים שבהם אותו מותב שדן ופסק בגלגול הראשון יושב באותה ערכאה. אמרו מעתה: עקרון הכיבוד ההדדי יהא בין המותבים, ולא בין הערכאות.

סיכום

מאמר זה מעיין מחדש בסוגיית הסמכות הנמשכת בגלגול ההתדיינות השני לאחר הסכם שאושר בגלגול ההתדיינות הראשון. המבחן הקובע להפעלת דוקטרינת הסמכות הנמשכת הוא מבחן הדן ופסק. עמידה בתנאיו תביא לידי כך שהערכאה שדנה בגלגול

הראשון תרכוש סמכות נמשכת בגלגול ההתדיינות השני. התנאים לעמידה במבחן הם קיום דיון, קביעת ממצאים וקבלת הכרעות בנושאים שהינם נמשכים מעצם טבעם. זהו המבחן המקובל בפסיקה, וככזה ניתן לכאורה לשייכו למשפחת הכללים, באשר על-פי טיבו וטבעו הוא מתאפיין במאפיינים של נורמה סגורה. דא עקא, עיון מדוקדק בפסיקותיו של בית-המשפט העליון בשנים האחרונות מגלה כי המבחן שרוי כיום בערפל מוחלט, ומסור אפוא לשיקול-דעתן של הערכאות שדנות בו. המאמר מתמודד במבט ביקורתי עם פסיקות אלה, ומבקש לשרטט את המבחן מחדש.

ראשית, המאמר בוחן את מכלול המקרים שבהם הסוגיה עשויה להתעורר, ובכלל זה הסכמי גירושים והסכמי ממון הכוללים תניית שיפוט, וכן הסכמים שתניה זו נעדרת מהם. בתוך כך המאמר עומד על ההבחנה הקיימת בפסיקה בין הסכמי גירושים להסכמי ממון, שלפיה באחרונים אין צורך לעמוד בתנאים המקובלים של מבחן הדן ופסק. המאמר ממליץ לזנוח הבחנה זו, באשר היא עלולה לפצל את הדיון בגלגול ההתדיינות השני.

שנית, המאמר טוען כי חל ערבוב בפסיקה בין מבחן הדן ופסק לעניין תביעתו העצמאית של קטין לבין מבחן הדן ופסק לעניין הסמכות הנמשכת של ערכאה. המאמר טוען כי הרציונלים בשני העניינים הם שונים, ועל-כן אין זה נכון להקיש מזה על זה, כפי שהפסיקה עושה לא אחת. ערבוב זה גם מביא לידי כך שמבחן הדן ופסק נהפך לנורמה פתוחה, משל היה בן למשפחת הסטנדרטים. המאמר משרטט את מבחן הדן ופסק כציר ארוך אשר בקצהו הימני עומדים התנאים אשר יענו בחיוב על מבחן הדן ופסק, ואילו כל התנאים העומדים משמאלו, ובכלל זה אלה שייבאה הפסיקה מעניין הקטין, ייחשבו כמי שאינם מקימים את התשתית לחשש להסגת גבולה של הערכאה שדנה בגלגול הראשון, ועל-כן כמי שאינם עונים בחיוב על מבחן הדן ופסק.

שלישית, המאמר עומד על פרצות פרשניות למבחן הדן ופסק, וטוען כי ההבחנות הדקות הנעשות בין סוגיות שונות בהסכמי הגירושים עלולות לייתר את המבחן ולעקרו מתוכן. בתוך כך המאמר קורא לא להבחין בין שינוי, תיקון וביטול לבין פרשנות ואכיפה, ולהחיל על כולם את הסמכות הנמשכת מרגע שימולאו תנאי המבחן. כמו-כן המאמר מציע לצמצם את המרחק בין נושאים אשר קרובים זה לזה מעצם טבעם, כגון נושא הסדרי הראייה ונושא המשמורת, ולקבוע כי סמכות נמשכת באחד תוליד סמכות נמשכת גם באחר.

רביעית, המאמר מבקש לקרוא תיגר על עקרון הכיבוד ההדדי בין ערכאות ועל מבחן הסיכול, וטוען כי אף שהם באים לתקן, הם נמצאים מקלקלים, וכי באופן פרדוקסלי יש בהם כדי להנציח את הפער הקיים בין פסיקת בית-הדין הרבני לבין זו של בית-המשפט האזרחי, ובכך אף להחריף את מירוץ הסמכויות בגלגול ההתדיינות הראשון. המאמר טוען כי ההנחות המובלעות בעקרון הכיבוד ההדדי הן בעייתיות עד-מאוד. העיקרון מצהיר במשתמע – ומשלים עם העובדה – שבית-הדין הרבני ובית-המשפט האזרחי פועלים על-פי דין שונה, אף שהם אמורים לדון לפי אותו דין. העיקרון גם מניח כי כל המותבים היושבים באותה ערכאה לא יסכלו את ההחלטות שיצאו מתחת ידיהם של מותבים אחרים מאותה מעטפת מוסדית. באותה מידה העיקרון מניח במשתמע כי כל

המותבים היושבים באותה ערכאה יסכלו את ההחלטות שיצאו מתחת ידיהם של מותבים מהמעטפת המוסדית האחרת. עיקרון זה מבקש ליצור כבוד הדדי בין הערכאות בזמן שהוא עצמו אינו מכבד את שיקול-הדעת של המותבים היושבים באותה ערכאה כמי שעשויים להגיע להחלטה שונה מזו שהגיעו קודמיהם באותה מעטפת.

המאמר מסכם מבט ביקורתי זה בהצעה למודל חדש. המודל מציע כי עקרון הכיבוד ההדדי יהיה מהותי-פרסונלי, ולא פרוצדורלי-מוסדי. המודל מציע כי עקרון הכיבוד ההדדי יהיה בין מותבים, ולא בין ערכאות, וכי מבחן הסמכות הנמשכת יופעל וייושם רק כאשר אותו מותב שדן בגלגול הראשון קיים גם בגלגול השני. המאמר מתמודד עם כמה אתגרים שמודל חדש זה עשוי להיתקל בהם, ומנסה ליתן להם פתרון.