

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב"ה

תיק 1264329/1

בבית הדין הרבני הגדול ירושלים

לפני כבוד הדיינים:

הרב שלמה שפירא, הרב צבי בן יעקב, הרב דניאל אדרי

המערערת: פלונית (ע"י ב"כ עו"ד איילת חן)

נגד

המשיב: פלוני (ע"י ב"כ עו"ד אסתר אלמדון)

הנדון: הסכמה למסור ענייני הילדים להכרעת בורר והסמכת בורר את בית הדין – העדר תוקפן

פסק דין

א. לפני בית הדין מונח ערעורה של האם על החלטות בית הדין האזורי, החלטות שקבעו שאין סמכות לבית הדין לדון בתביעה לאחר שבחרה להגיש את התביעה לבית המשפט ולא לבית הדין.

בית הדין הוסיף שאף אם תביעה זו (של המשמורת, הסדרי השהות וענייני החינוך) התגלגלה בהמשך לצו מניעה שהוציא האב, צו שאסר עליה לשנות את מקום מגוריה, התביעה התפתחה לדיון כולל על הסדרי השהות והמשמורת, כשהאם שיתפה פעולה עם הליך זה. במעשיה אלו האם היא שנתנה סמכות לבית המשפט ולכן בית הדין הרבני מנוע מלדון בענייני הילדים.

בית הדין שמע את דברי הצדדים בקשב רב. מסתבר שהתביעה והערעור הוגשו ממניעים אמוציונליים שנגרמו גם מתוצאות הפסיקה שקיבלו הערכאות השיפוטיות ובעיקר ממצבם הרוחני ודרך החיים שמנהלים כיום ילדי הצדדים, דרך חיים שאינה תואמת את דרך החיים של הצדדים בעת נישואיהם וכנראה גם לא לעת הגירושין. עם זאת הערעור שלפנינו הוא לעניין קביעת הסמכות השיפוטית. וחובתנו להכריע בסוגיה משפטית זו במנותק ממצבם הרוחני של ילדי הצדדים כיום, שלטענת האם הוא בכי רע (ואין ספק שעל פי החומר שבתיק אורח חייהם של הילדים השתנה מאוד, ואולי מן הקצה אל הקצה, מאורח החיים של הצדדים בעת הנישואין).

חובתנו להבהיר: בדיון שאל בית הדין פעמים מספר, בין את כוח האם ובין את כוח האב, מהיכן נובעת סמכותו השיפוטית של בית הדין לדון בסוגיה זו. שאלה זו נותרה תלויה באוויר ולא קיבלה מענה, ומסתבר שגם באות כוח הצדדים אינן מודעות לעניין זה וכפי שיתבאר.

נקדים תחילה את העובדות: הצדדים נישאו בשנת 98 מנישואין אלו נולדו שלושה בנים. הצדדים התגוררו בישוב [ב']. עקב משבר בין הצדדים, שכנראה נגרם בעטיו של המשיב, החליטו הצדדים להתגרש, נערך ביניהם הסכם גירושין, כנראה בעזרתו של הרב [א'] – רב היישוב [י'], ההסכם נחתם ביום כ"ו במרחשוון תש"ע (13.11.09). בהסכם נקבעו משמורת הילדים אצל האם, מזונותיהם והסדרי שהות מפורטים ונרחבים לאב.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

בסעיף 12 להסכם נקבע שהאישה והילדים יגורו בדירת הצדדים ביישוב [ב'], דירה שתעבור לבעלות האישה.

בסעיף 22 להסכם נקבע:

בכל מקרה של מחלוקת ו/או סכסוך שיתגלעו בין הצדדים בגין הסכם זה (לרבות ביצועו ו/או פרשנותו) יפנו הצדדים לבורר שימונה על ידי הרב [א'] (רב היישוב [ב'] המכהן כיום) ואשר החלטתו תהיה סופית ומוחלטת.

הבורר הנ"ל לא יהיה כפוף לסדרי דין ולדיני ראיות ולא יהיה חייב לנמק את החלטתו. חתימת הצדדים על הסכם זה, כמוה כחתימה על הסכם ושטר בוררות המסמיכים את הנ"ל להיות בורר כאמור.

הבורר הנ"ל יהיה רשאי למנות בורר במקומו והצדדים מסכימים כעת לקבל על עצמם מינוי זה באותו אופן שהסכימו לעיל לגבי מינוי של הנ"ל בעצמו.

נוסח ההסכם מורה שכוונת הצדדים הייתה להביאו לאישור בפני בית הדין הרבני. בפועל הובא ההסכם לאישורו של בית המשפט, קיבל תוקף של פסק דין ביום ג' בטבת תש"ע (20.12.09), והצדדים התגרשו בכ' בשבט תש"ע (6.1.10).

בשנת 2014 פנה האב לבית המשפט וביקש להוציא צו האוסר על האם לעבור עם הילדים לירושלים, מכיוון שמעבר זה סותר את סעיף 12 להסכם. צו זה התבקש כסעד להבטחת הסדרי השהות שנקבעו בהסכם הגירושין. ביום כ"ז בסיוון תשע"ד (25.6.14) הוצא צו האוסר על האם לעזוב את [ב'] ולעבור לירושלים. בית המשפט דן בבקשה זו, ואף הוגש תסקיר שבחן בקשה זו.

לאחר זמן ביקשה האם להפסיק ההליך בבית המשפט ולהעביר עניין זה לבוררות על פי סעיף 22 להסכם. בית המשפט דחה את בקשתה משני טעמים: א. עניין מעבר הדירה אינו כלול בהסכם ולכן אין זו מחלוקת בעניין פרשנות ההסכם וביצועו; ב. ההליך בבית המשפט נמצא בעיצומו ולקראת סיומו, ואין מקום להעבירו לבוררות בשלב זה. בית המשפט אף חייב את האם בהוצאות בגין בקשה זו. בסופו של דבר אסר בית המשפט על האם לעבור לירושלים. הוגש ערעור על החלטה זו והערעור נדחה. בינתיים האם נישאה וילדה בן נוסף, עקב שינוי הנסיבות ביקשה האם בבית המשפט המחוזי לאשר לה לעבור לירושלים, בית המשפט המחוזי הורה לזרז את ההליך בבית המשפט לענייני משפחה.

ביולי 2019 הגישה האם בקשה לבית המשפט לאשר לה לעבור לירושלים עם הילדים [...] האב התנגד למעבר בטענה שמעבר שכזה יצמצם הסדרי השהות שלו עם הילדים. נערך דיון ביום כ"ב בתמוז תשע"ט (25.7.19) בדיון העלה האב הצעתו להעברת משמורת הילדים אליו. בהחלטתו לא אישר בית המשפט לאם לשנות את מקום מגוריה והפנה את הצדדים למכון שלם לקבלת חוות הדעת מקצועית בנושא זה. למרות החלטת בית המשפט עברה האם באוגוסט 2019 לירושלים. עקב מעבר זה פנה האב לבית המשפט וביקש להוציא צו להעברת הילדים למשמורתו. ביום כ' באב תשע"ט (21.8.19) נענה בית המשפט לבקשתו והוציא צו המורה שהמשמורת הזמנית תהיה בידי האב. במסגרת הליך ערעור על החלטה זו בבית המשפט המחוזי ביום ח' בתשרי תש"ף (7.11.19) הגיעו הצדדים להסכמה בעניין ההסדרים הזמניים וכן הסכימו שחוות הדעת של מכון שלם תעסוק גם במקום לימודי הילדים וכן בסוגיית המשמורת והסדרי השהות. ביום ט' בטבת תש"ף (6.1.20) ניתנה חוות הדעת מכון שלם הממליצה על משמורת משותפת ועל הסדרי השהות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

ב. ביום כ"ג בשבט תש"ף (18.2.20) הגישה האם לבית הדין האזורי תביעה למשמורת הילדים. בכתב תביעתה טענה האם שלבית המשפט אין סמכות לדון בענייני המשמורת מכיוון שמעולם לא הוקנתה לו הסמכות בנושא זה ולא הוגשה תביעה לבית המשפט בעניין זה. לדבריה הבורר הוא שאמור להכריע בענייני המשמורת והבורר מינה את בית הדין לדון. בכתב תביעתה מגוללת האם באריכות את הנזק הרוחני שייגרם לילד בלימודיו במוסדות החינוך החילוני. מסיבה זו, לדבריה, בית הדין הוא שאמור לדון בעניינים אלו.

כאמור בית הדין דחה את תביעת האם על הסף. אין ספק שבית הדין האזורי צדק בהחלטתו. הגשת תביעת האם לבית הדין הייתה הגשת תביעה בחוסר תום לב. והיא מקבילה ודומה לבקשתה בשנת 2014 להעביר הדיון בשינוי מקום המגורים מבית המשפט להכרעת בורר, וכפי שכתב אז בית המשפט בהחלטתו מיום כ"ח בשבט תשע"ה (17.2.15) שהבקשה הוגשה כשההליך התקרב לסיומו. ואכן מאז התנהל ההליך בנוגע להעברת מקום המגורים בבית המשפט.

כאמור, בשנת 2019 נפתח הליך חדש נוסף עקב שינוי הנסיבות, נישואי האם ולידת הבן.

אם לדעת האם הסמכות לדון בעניינים אלו נתונה לבורר היה עליה להגיש בקשה לבית המשפט לקיים את ההליך המחודש בפני בורר. עם זאת יש לומר שבקביעת בית המשפט בהחלטתו הנזכרת מיום כ"ח בשבט תשע"ה (17.2.15), שעניין העתקת מקום המגורים לא נכלל בהסכם, יש להסביר את התנהלותה באייהגשת בקשה זו, מפני שבית המשפט כבר חיווה דעתו בנושא זה. אומנם לאור הנסיבות שיצרה האם במעבר על דעת עצמה לירושלים – מעבר שיתכן שלא היה מקום לכתחילה למנוע ממנה לעשותו אחרי הגירושין, מפני שלדעתנו אין להגביל זכות האם להמשיך את חייה לעבור להיכן שתחפוץ ובעיקר אחרי שנישאה – אף שכמובן מעבר זה משפיע בהכרח על המשמורת – בפרט אם המעבר נובע מצרכיה ולא נועד לפגוע בזכות האב להסדרי השהות, ומכל מקום בעקבותיו) התעורר עניין המשמורת שגרר בעקבותיו אף עניין החינוך של הילדים. אכן משורת הדין דיון בנושא זה מצריך אולי פתיחה פרוצדורלית של תיקים בפני הערכאה הדנה בעניינים אלו, או אם נקבל את טענת האם, העלאת הנושא בפני הבורר. על האם היה לטעון לפני בית המשפט שעניינים אלו אמורים להיות נידונים בפני בורר על פי הסכם הגירושין, אך בפועל האם לא העלתה טיעון שכזה בפני בית המשפט, ולכאורה כל הפנייה להוצאת צו המונע את מעבר האם וכן בקשתה לאשר לה לעבור נדונו במסגרת הרחבה של משמורת והסדרי השהות שנגררים לה ענייני החינוך.

כבר בהחלטת בית המשפט מיום כ"ב בתמוז תשע"ט (25.7.19) המפנה את הצדדים למכון שלם ניתנה הוראה שהמכון יגיש את המלצתו גם בעניין המסגרות החינוכיות, האם לא העלתה טענה כלשהי כלפי הוראה זו, ושתיקתה מהווה הסכמה לסמכות בית המשפט בעניינים אלו. ובפרט שלאחר מכן בדיון בבית המשפט ביום ח' בתשרי תש"ף (7.11.19) ניתנה הסכמת הצדדים (כמבואר בפרוטוקול) להרחבת חוות הדעת הן לענייני החינוך והן לענייני המשמורת. העלאת הטיעונים בפני הרשות השיפוטית, בדיון שמהותו נובעת מענייני המשמורת והסדרי השהות, מהווה הקניית סמכות (אם נצרכת הקניה שכזו בנסיבות המקרה וכפי שיתבאר). אף שאולי פרוצדורלית תידרש פתיחת תיק נוסף, מכל מקום לכאורה ההכרעה בעניינים אלו צריכה להיות המסד לפסיקה בתביעה העיקרית ומשכך עצם הגשת התביעה כוללת בתוכה בירור והכרעה בעניינים אלו.

לאור האמור אין ספק שהאם נהגה בחוסר תום לב בהגשת תביעתה לפני בית הדין הרבני. מטרת הגשת התביעה הייתה, כאמור בהחלטת בית הדין, 'מקצה שיפורים' לאחר שהבינה

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שמסתבר שבית המשפט יאמץ המלצות מכוון שלם. לפיכך בנסיבות אלו ודאי שאין לבית הדין סמכות לדון בתביעות המתנהלות בפני בית המשפט אחרי שהצדדים קיבלו סמכותו.

ג. משורת הדין היה עלינו לסיים את פסק דיננו במקום זה, ואולי לא היינו צריכים לבאר הדברים באופן מפורט כל כך מפני שאין ספק שבית הדין האזורי צדק בקביעתו לגבי נסיבות הגשת התביעה. עם זאת חובתנו להבהיר שבנסיבות המקרה שלפנינו, אף אם בית המשפט לא היה דן בנושאי המשמורת והחינוך, לא הייתה אפשרות להקנות סמכות לבית הדין בהגשת התביעה אף אם הייתה מוגשת לפניו תביעה למשמורת או לקביעת ענייני החינוך.

בני הזוג שלפנינו לא הגישו תביעות בעניינים שביניהם בעת הגירושין. הצדדים הגיעו להסכמות, גיבשו הסכם גירושין והביאוהו לאישור בפני בית המשפט. משבך לא הייתה ערכאה שיפוטית שדנה ופסקה בעניין כלשהו מענייני הצדדים. הערכאה השיפוטית, בית המשפט בנידון דיון, אישרה ונתנה תוקף של פסק דין להסכם. אישור הסכם על ידי ערכאה שיפוטית אינו מקנה לה סמכות נמשכת לדון בעניין מהעניינים שנזכרו בהסכם. וכפי שנקבע פעמים רבות בפסיקה האזרחית ובפסיקת בתי הדין – עיין בג"ץ 8578/01 חליוה נ' חליוה, פ"ד נו(5) 634, 641:

אין באישור ההסכם כפסק דין לפי סעיף 2(ב) לחוק יחסי ממון ולפי סעיף 3(ג) לחוק בית המשפט לענייני משפחה, כשלעצמו, כדי להקנות לבית המשפט סמכות דיון נמשכת בסוגיה.

ועיין עוד בבג"ץ 6929/10 שבו נקבע:

[...] צמד המילים "דן ופסק" או מילים בעלות משמעות דומה. משמעותו של תנאי זה בקצרה היא כי:

במקום בו דנה ופסקה אחת הערכאות מכוח סמכות שיפוט מקורית, לגופה של סוגיה בעלת אופי מתמשך, אותה ערכאה תמשיך להחזיק בסמכות שיפוט כלפי התדיינות נוספת בסוגיה.

(דברי פרשת פלונית (2010), בפסקה 11).

זהו כלל ידוע ומושרש בדיני המשפחה [...] לפי כלל זה, בין היתר, 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" (ע"א 413/85 רוט, קטינה נ' רוט, פ"ד מ(1) 825, 839 (1986) [...]).

משכך לאחר אישור הסכם בבית המשפט לא הייתה לרשות שיפוטית כלשהי סמכות נמשכת לדון בענייני הצדדים שהוזכרו בהסכם, בכלל זה ענייני המשמורת והחינוך שהוזכרו במפורש בהסכם הגירושין. מעתה תובענה המוגשת בעניינים אלו צריכה להיות מוגשת לערכאה שלה יש סמכות לדון באותו עניין. סמכות בית הדין לדון בתביעות המוגשות בפניו נקבעה בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג – 1953 הקובע:

3. הוגשה לבית דין רבני תביעת גירושין בין יהודים, אם על ידי האשה ואם על ידי האיש, יהא לבית דין רבני שיפוט יחודי בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין, לרבות מזונות לאשה ולילדי הזוג [...]

9. בענייני המעמד האישי של יהודים כמפורט בסעיף 51 ל"דבר המלך במועצתו על ארץ ישראל 1922–1947" או בפקודת הירושה, אשר בהם אין לבית דין רבני שיפוט יחודי לפי חוק זה, יהא לבית דין רבני שיפוט לאחר שכל הצדדים הנוגעים בדבר הביעו הסכמתם לכך.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

על פי סעיף 3 לחוק כשצד מן הצדדים מגיש תביעה וכורך בה את העניינים הכרוכים בגירושין הדבר מקנה סמכות לבית הדין. יש עניינים שצריכים להיכרך במפורש, כגון מזונות וחלוקת רכוש, אך משמורת הילדים והסדרי שהות כרוכים מעצם טיבם וטבעם בגירושין, ולכך במקרים אלו קונה בית הדין סמכות עם הגשת התביעה לגירושין אם לא הוקנתה סמכות מוקדמת בנושא זה לערכאה אחרת. וכמו שנקבע בפסיקתו של בית המשפט העליון בע"א 8/59 (גולדמן נ' גולדמן, פ"ד יג 1085(2), 1091: בד"מ 1/60 וינטר נ בארי, פ"ד טו (2) 1457, 1467). כאמור במקרים אלו הסמכות נקנית בעת הגשת תביעת הגירושין או בעת הגשת התביעה הכרוכה.

במקרים אלו סמכות בית הדין לדון בכל העניינים שנכרכו, אף אם הצדדים התגרשו לפני שבית הדין החל לדון בתביעות הכרוכות. אם בית הדין קנה סמכות והוא אף דן ופסק קנויה לבית הדין הסמכות הנמשכת לדון בשינוי החלטותיו גם אחרי הגירושין, הדברים סוכמו בפסק הדין בבג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא (1) 259 (2006).

בנידון דידן לא הוגשה תביעה בעניין משמורת הילדים או חינוך ובית הדין לא דן מעולם בעניינים אלו, ומשכך לא קנה בית הדין סמכות נמשכת בנושא זה. ואף אם היה מאשר את הסכם הגירושין, כפי שנראה שהייתה כוונת הצדדים בעת חתימתו, הדבר לא היה מקנה סמכות נמשכת וכאמור לעיל.

משכך הדרך היחידה להקניית סמכות לבית הדין עתה היא באמצעות סעיף 9 לחוק דהיינו בהסכמת הצדדים. חובתנו להדגיש שהסמכות על פי סעיף 9 היא סמכות עיקרית ולא סמכות אגב כריכה המוזכרת בסעיף 3 לחוק. משכך, משקנה בית הדין סמכות על פי סעיף זה, סמכותו היא סמכות מקבילה לסמכות שהייתה נתונה לבית המשפט לולי הסכמת הצדדים.

ד. כבר ביארנו בפסק דין אחר (בתיק 1146232/1) שמשמעות סעיף 9 לחוק היא שסמכות בית הדין נקנית בהסכמת הצדדים. דוק בדבר: הסכמת כל הצדדים, ללא צורך בהגשת התביעה. (מוכן שתוצרן הגשת תביעה כדי שבית הדין יזדקק לתביעה, אך הצורך הגשת התביעה אין משמעותו כשל הצורך בהגשת תביעה על פי סעיף 3 לחוק, שהגשת התביעה היא הקובעת את סמכות בית הדין). הסכמת הצדדים מקנה את הסמכות, תהא בשעה שתהא, ואף שעדיין לא הוגשה תביעה לבית הדין. משכך הסכמת הצדדים בהסכם הגירושין להגיש את תביעותיהם לבית הדין, אף אם לא אושרה כפסק דין, מקנה סמכות לבית הדין לדון בכל תביעה שישגיש מי מן הצדדים לפניו, על פי סעיף 9 לחוק בתי דין רבניים. עיין שם בראיות שהבאנו לאשש קביעה זו.

לפיכך אילו היו הצדדים קובעים בהסכם הגירושין שכל העניינים שביניהם יידונו בעתיד לפני בית הדין הרבני, היה הדבר מקנה סמכות לבית הדין לדון בכל ענייניהם לפי סעיף 9 לחוק ולא היה ביכולתו של צד מן הצדדים לחזור בו מהסכמתו.

עם זאת גם במקרה שכזה, הסכמת שני הצדדים להעביר סמכות לבית המשפט הייתה מפקיעה את סמכות בית הדין כמו שביארנו בפסק הדין הנ"ל, שהרי אחר שהקנו סמכות לבית הדין חזרו בהם והקנו סמכות לבית המשפט, דבר זה מתבאר בע"א 159/82 (ויזנסקי נגד רידר פ"ד לו(4) 757), שם נפסק שאם בהסכמת הצדדים או על ידי התנהגותם הועבר הדין לערכאה אחרת – בטל כלל הסמכות הנמשכת:

הצדדים עצמם – על פי הסכמה ביניהם או בהתנהגותם – יכולים להביא לכך שאותה רשות שהעניין הובא לפניה ראשונה תחדל לדון בעניין והעניין יועבר לדיון אל רעותה. אם, למשל, הוגשה תביעה לבית הדין הרבני אך זו בוטלה, או התיק בבית הדין "נסגר", אין כל מניעה שבית משפט מחוזי יזקק לתביעה שתוגש אליו (ראה: ע"א 438/78 [6]). כך הוא גם המצב, אם

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

פסק בית הדין הרבני בתביעת גירושין והסדיר בפסק הדין 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. על כגון דא נאמר בע"א 534/73 [7], בעמ' 492 מול האות ו, על ידי כבוד השופט ויתקון:

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.

אומנם מכיוון שסעיף כזה לא קיים בהסכם שבין הצדדים, בית הדין הרבני משולל סמכות לדון בעניינים אלו עתה, אלא אם יקנו לו שני הצדדים סמכות בהתאם לסעיף 9 הנ"ל. מעתה אף אם לא היה נערך הליך שיפוטי כלשהו בין הצדדים בבית המשפט, הגשת תביעת האם לבית הדין בעניינים אלו לא הייתה מקנה סמכות לבית הדין ללא הסכמת האב.

נוסף שכאמור אף אם היה סעיף בהסכם הגירושין שהיה מקנה סמכות לבית הדין—בנסיבות המקרה שלפנינו, שהצדדים הופיעו בבית המשפט והקנו לו סמכות לדון בענייני המשמורת והחינוך וכמו שכתבנו, דבר זה לכשעצמו היה מפקיע את סמכות בית הדין כפי שנכתב בפסק דין (ויז'נסקי נגד רידר) הנזכר.

לאור האמור: בנסיבות תיק זה בית הדין משולל סמכות ומנוע מלדון בענייני המשמורת הסדרי השהות והחינוך.

ה. עם זאת האם טוענת בתביעתה:

סעיף 22 להסכם קבע:

בכל מקרה של מחלוקת ו/או סכסוך שיתגלעו בין הצדדים בגין הסכם זה (לרבות ביצועו ו/או פרשנותו) יפנו הצדדים לבורר שימונה על ידי הרב [א'] (רב הישוב [ב'] המכהן כיום) ואשר החלטתו תהיה סופית ומוחלטת [...] הבורר הנ"ל יהיה רשאי למנות בורר במקומו והצדדים מסכימים כעת לקבל על עצמם מינוי זה באותו אופן שהסכימו לעיל לגבי מינוי של הנ"ל בעצמו.

מעתה, לדעתה, מכיוון שענייני המשמורת והחינוך הוזכרו בהסכם, בניגוד לעניין שינוי מקום המגורים (שלא נזכר בהסכם כקביעת בית המשפט), הסמכות נתונה לבורר או למי שימנה, והבורר מינה את בית הדין הרבני לדון במקומו. ומעתה עולה שהצדדים שהקנו סמכות לבורר שללו את הסמכות מבית המשפט ואף מבית הדין (שהרי לטענתם בית הדין יפעל מכוחו של הבורר ולא מכוח סמכותו הטבעית בחוק). תפיסה זו נשענת על ההנחה שבני זוג יכולים ברצונם להתנות ולקבוע את הגורם שידון בכל המחלוקות שיתעוררו ביניהם, ומשכך הצדדים שלפנינו קבעו שבורר מוסכם הוא זה שיכריע בכל המחלוקות שביניהם.

הנחה זו אינה נכונה. יכולתם של הצדדים לקבוע את הגוף שידון בפתרון הסכסוכים שביניהם נכונה רק לגבי סכסוכים הנוגעים להם בלבד ולא בסכסוכים שהמחוקק קבע את הדרך לפתרונם. במקרים שכאלו הסכמת הצדדים לא תעלה ולא תוריד, הגוף שיוסמך להכריע בהם הוא מי שלו נתונה הסמכות החוקית. ונבאר את הדברים:

נקדים תחילה את מה שכתב הרה"ג אליהו הישריק בפסק דין במוטב אחר של בית דינו, בפסק דין מיום ל' בשבט תשע"ז (26.2.17) בתיק 9/970523. בפסק דין זה מובהרת סמכותו של בורר ככלל וההשלכה לעניין סמכותו בענייני קטינים. וזו לשון פסק הדין:

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

מוסד ה"בורר" – "בוררות" הוא הליך המיועד להעברת הסכסוך הקיים בין שני צדדים ואשר פתרונו על דרך כלל הוא "במגרשו" של בית הדין או בית המשפט. הצדדים בהסכמתם קובעים את ה"בורר" כמי שהם מקבלים את סמכותו ואת הכרעתו בכל הנוגע לסכסוך שביניהם. בבחירתם בדרך זו של "בוררות" מנתקים הצדדים את הסכסוך שביניהם מערכאת השיפוט ומעבירים את הסמכות לידי הבורר.

האם דרך זו מתאימה לכל סוגי הסכסוך הקיימים בין שני צדדים?

התשובה לכך היא שלילית.

הכלל בזה הוא כי ככל שהדבר, בעיקרו, תלוי אך ורק בין שני הצדדים לסכסוך ובכוחם הם לקבל, בהסכמה, כל החלטה בנושא העומד במחלוקת לגופו של עניין, הרי שבנושא זה יוכלו הצדדים למסור את העניין להכרעה במסגרת של בוררות [...]

אין הדבר כן לגבי כל הנוגע לטיפול בילדים. ההלכה והחוק הטילו את האחריות לקטינים על בית הדין (או בית המשפט). בית הדין מופקד על שמירת הקטינים ועליו מוטלת הדאגה לדאוג לטובת הקטינים [...] האב והאם – למרות חובתם ובגלל חובתם – אינם הפורום המוסמך לקבוע מהי טובתו של הילד. רק בית הדין (או בית המשפט) מופקד על ראייה אמיתית ועניינית של שלום הילד וטובתו. "טובת הילד" ביחס לאב ולאם היא דיון על **צד שלישי**, דהיינו קביעה מה טוב וראוי לילד. על כך אין לאב ולאם בעלות ובמקרה כזה עובר הדבר לשטח השיפוט של בית הדין (או בית המשפט) [...] החוק עצמו התייחס לכך ואינו מאפשר כלל להורים "להסכים" על מתווה כל שהוא בנושא הנוגע לילדים קטינים, ללא שמתווה זה יובא לפני בית הדין או בית המשפט, ייבדק על ידו ויקבל את אישורו [...]

הבורר יונק את סמכותו ממי שנתנה לו, קרי: הצדדים בסכסוך. אך כל זאת יכול להיעשות כאשר ביד הצדדים עצמם יש את הסמכות. ככל שלצדדים עצמם אין את הסמכות – כיצד יעבירו דבר שאין להם לידי הבורר [...]

סיכומם של הדברים הובא בספרה של פרופ' סמדר אוטולנגי, בוררות דין ונוהל (חלק א, מהדורה רביעית תשס"ה – 2005 עמ' 164):

מה לגבי תביעה להחזקת הילדים? הגישה הכללית לעניין זה היא בשלילה.

ההנמקה לכך היא כי בית המשפט הוא שיקבע את מקום החזקת הילדים בהסתמך על עקרון טובת הילד וזאת בהתעלם מכל הסכם נוגד אחר בין הצדדים. יש לזכור את הוראת סעיף 24 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962, לפיה: 'היו הורי הקטין חיים בנפרד [...] רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהא האפוטרופסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין'.

מהוראה זו משתמע כי נושא החזקת הקטינים מצוי גם הוא בתחום סמכותם ההסכמית של הצדדים: ברם בהמשך הסעיף נאמר כי 'הסכם כזה טעון אישור בית המשפט, ומשאושר, דינו לכל עניין זולת ערעור כדין החלטת בית המשפט'. בגלל הצורך באישור בית המשפט להסכם זה, ברור כי עניין זה אינו מצוי בתחום האוטונומיה המוחלטת של הצדדים, ולכן גם לא יוכלו למוסרו להכרעת בוררות.

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

(הדגשות אינן במקור.)

הדברים הנ"ל מתוך הפסיקה המשפטית חדים וברורים ומצטרפים לדעת הפסיקה ההלכתית בעניין זה [...]

לפיכך נקבע בפסיקה הנ"ל כי ככל שמונה בורר "לכל ענייני הסכם הגירושין", כפי המופיע לפעמים בהסכמים אלו, אין הדבר תופס אלא ביחס לחלק הממוני הרכושי בלבד אך אינו חל מעיקרו במעמד של "בורר" על כל ענין הנוגע לילדים הקטינים. כל החלטה שלו בעניין זה אינה ברת-תוקף כלל.

עד כאן לשון חלק מפסק הדין הנוגע לענייננו.

אנו סומכים את שתי ידינו על קביעה זו. והעולה ממנה לנידון דידן: לסעיף 22 בהסכם הגירושין יש תוקף לגבי כל העניינים שבין הצדדים עצמם, כגון ענייני הרכוש. אך בעניינים שנוגעים לילדים – משמורת הסדרי שהות וענייני החינוך וכו' – עניינים שצריכים בחינת ואישור רשות שיפוטית, עניינים הנוגעים לקטינים, שבהם ההורים מתנהלים כאפוטרופוסיהם ושבהם הרשות השיפוטית חייבת לבחון אם האינטרסים של הקטינים נשקלו, לאשר את הסכמות ההורים, לשנות ההסכמות או לתת הכרעה שיפוטית כשאינן הסכמות – בזה לא תועיל הסכמת ההורים למינוי בורר, מפני שאין הדבר בסמכותם והרשות האחראית לאשר עניינים אלו היא רשות שיפוטית. הרשות השיפוטית היא שבסמכותה למנות, ומוסד ה"בורר" אינו קיים בכל מה שנוגע לילדים הקטינים.

גם כאשר הצדדים עצמם מינו אדם המקובל עליהם. ואף אם בית הדין ממנה מאן דהוא לבצע הליכים כאלו או אחרים הנוגעים לקטינים, אין בית הדין רשאי ואינו יכול כלל להשיל מעליו את החובה והאחריות לילדים קטינים. מעמדו של אותו אדם שמונה הוא כשל יועץ לבית הדין בביצוע הליכים שוטפים, הוא משמש ידו הארוכה של בית הדין, אך אין בידו להחליט על דעתו ללא הסכמת בית הדין או בית המשפט. אכן לפעמים בית הדין מאציל סמכויות לפקידי סעד או לכל אדם אחר. אך אלו יכולים לפעול רק כידו ובשליחותו של בית הדין ולא במקומו.

משקבענו שבעניינים אלו אין סמכות להורים למנות בורר, אין מקום לפרש שסעיף 22 להסכם יחול על הסעיפים המדברים בעניינם של הקטינים. ומשאינן תוקף למינוי הבורר לעניינים אלו שבהסכם, אף שלעניין סעיפים אחרים בהסכם הנוגעים לצדדים בלבד חל מינויו, ברור שאין ביכולתו של הבורר למנות בורר אחר שיבוא בנעליו. משכך אין שום משמעות למה שכתב הבורר שהוא ממנה את בית הדין כבורר, שהרי 'כל מידי דאיהו לא מצי עביד לא מצי משוי שליח'. ואדרבה, המצב המשפטי הפוך: לבית הדין הסמכות למנות 'בורר', אך ל'בורר' אין סמכות כלשהי. לפיכך תביעת האם שבית הדין ידון בעניינם של הילדים מפני שהבורר מינהו – אין לה שחר, מפני שכאמור: לבורר שמונה אין סמכות כלשהי בענייני הקטינים. משכך, כאמור, כל תביעת האם שהוגשה לבית הדין היא תביעה מופרכת.

מלבד האמור חובתנו להבהיר:

בית הדין הוא רשות שיפוטית במדינת ישראל. בית הדין דן ופוסק בעניינים שבהם העניק לו המחוקק סמכות. כידוע על פי פסיקת בג"ץ 8638/03 (בג"ץ סימה אמיר) בית הדין מנוע מלדון בבוררויות. ועיין מה שהארכנו בזה בתיק נתניה 293357/1.

בורר אינו יכול למנות במקומו לא את בית הדין ולא את בית המשפט, הרשויות השיפוטיות במדינת ישראל דנות – כל אחת במה שהפקיד המחוקק בידה. בזה ותו לו. הרשות השיפוטית

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

שואבת את סמכותה החוקית (לא ההלכתית) מן המחוקק, במה שהקנה לה סמכות היא תדון וחובתה לדון, במה שלא הוקנתה לה סמכות חוקית אין היא יכולה לדון מבחינה חוקית, ומשכך לדעתנו יש גם מניעה הלכתית מלדון בעניינים אלו.

לכן: אף לו הייתה לבורר סמכות לדון בדברים על פי חוק הבוררות, ואף לו היה הוא רשאי למנות בורר במקומו, אין ביכולתו למנות כבורר רשות שיפוטית כלשהי – לא את בית הדין ולא את בית המשפט. משכך אין תוקף חוקי כלשהו למינוי שמינה כביכול הרב [א'] את בית הדין לשמש כבורר.

ו. להשלמת התמונה בעניין זה של סמכות רשות שיפוטית לדון חובתנו להבהיר:

סמכותה של רשות שיפוטית היא על פי הכללים שקבע המחוקק. במקרים שבהם יש לשתי רשויות שיפוטיות סמכות ייחודית עקרונית לדון – הרשות השיפוטית שאליה הוגשה התביעה היא שקונה את הסמכות, אם הגשת התביעה הייתה על פי הכללים שקבע המחוקק. הסמכות נקנית רק על ידי הגשת תביעה בפרוצדורה המקובלת. הסמכות לדון במקרים שכאלו היא גם החובה לדון, ואין באפשרותו של מאן דהוא להפקיע סמכות שהקנה המחוקק.

משכך גם אם הצדדים הגיעו להסכמה שלפיה אחת מהרשויות השיפוטיות תדון בעניינם של הצדדים, כגון שקבעו שבית המשפט ידון בכל ענייניהם מכאן ולהבא, הסכמה זו אינה יכולה לאיין את הסמכות שהקנה המחוקק. לפיכך גם לאחר הסכמה שכזו אם בסופו של דבר אחד הצדדים יגיש תביעתו לבית הדין הרבני, בית הדין הוא שקנה סמכות לדון וההסכמה הקודמת לסמכות בית המשפט אין לה משמעות חוקית – עיין מה שנפסק בזה בע"א 1981/90 אהרן נגד אהרן. ועיין מה שהרחבנו בפסק דין במו"ב אחר של בית הדין הגדול בתיק 1146232/1, ואין כאן מקום לשנות הדברים.

מסקנות

המסקנות העולות מכל האמור לעיל הן כדלהלן:

- א. בית הדין דוחה הערעור.
 - ב. בנסיבות תיק זה בית הדין הרבני משולל סמכות לדון בענייני המשמורת וחינוך הקטינים.
 - ג. אין צו להוצאות. המזכירות תחזיר למערערת את הסכום שהפקידה כערובה לשמיעת הערעור.
 - ד. עם פסק דין זה מורה בית הדין לסגור את התיק.
 - ה. מותר לפרסם את פסק הדין בהשמטת שמות הצדדים.
- הרב שלמה שפירא

מצטרפים למסקנות.

הרב דניאל אדרי

הרב צבי בן יעקב

נפסק כאמור.

ניתן ביום י"ד באלול התש"ף (3.9.2020).

הרב דניאל אדרי

הרב צבי בן יעקב

הרב שלמה שפירא

מדינת ישראל

בתי הדין הרבניים

עותק זה עשוי להכיל שינויי ותיקוני עריכה