

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 8533/13

העותרת :

פלונית

ע"י ב"כ עוה"ד מרסלה וולף ו/או אביגדור פלדמן
מרח' הוברמן 10 תל-אביב
טל' 6852220-03; פקס 6869775-03

נגד

המשיבים :

1. בית הדין הרבני האזורי הגדול
2. בית הדין הרבני נתניה
3. פלוני

ע"י ב"כ עוה"ד יי גלבוש ו/או דותן צור ואח'
מרח' גיבורי ישראל 10 א' אזה"ת פולג נתניה
טל' 8355702-09 פקס' 8355703-09

היועץ המשפטי לממשלה :

ע"י פרקליטות המדינה
רחוב קריית המדע 5, בניין 3B, הר חוצבים, ירושלים
טל : 6362002-02, פקס : 6467617-02

היועץ המשפטי לשיפוט הרבני :

עו"ד הרב שמעון יעקבי
הנהלת בתי הדין הרבניים
רח' כנפי נשרים 22, ירושלים
טל' 6582829/3; פקס 6582843

תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מוגשת תגובה לעמדת היועץ המשפטי לממשלה :

פתח דבר

1. בפתח הדברים אביע הערכה רבה ליועץ המשפטי לממשלה על שנתן את הסכמתו להגשת עמדה נפרדת משלי בעתירה זו. היועץ המשפטי לשיפוט הרבני בהיותו היועץ המשפטי להנהלת בתי הדין הרבניים הוא חלק ממערך היועצים המשפטיים למשרדי הממשלה ויחידות הסמך הממשלתיות, וככזה הוא כפוף מבחינה מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. ככלל, הייעוץ המשפטי לממשלה מדבר בקול אחד, ועל כן לאו מילתא זוטרתא היא שהיועץ המשפטי לממשלה מתיר להגיש עמדה שונה משלו. כך אירע בעבר בבג"ץ 9476/96 מאיר סרגובי, עו"ד נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (2006) שעסקה בסמכות בית הדין הרבני להתיר נישואין של בני זוג מעורבים, יהודי ואינו יהודי, בהסכמת בני הזוג. כך אירע גם בבג"ץ 1019/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (נמחקה ביום 13.3.2013) בעתירה שעניינה סמכות בית הדין לתת צו ירושה למרות התנגדות אדם שטען כי הוא היה למנוח בן זוג מאותו מין. מסתבר שהיו עוד איאלו עתירות שהיו בהן הבדלי ניואנסים וגישות בין היועץ המשפטי לממשלה ובין היועץ המשפטי לשיפוט הרבני, ודומה שהן או חלקן לא הצריכו חידוד עמדות בכתבי טענות. הסכמת היועץ המשפטי לממשלה להגשת עמדה חולקת משלי בפרשה זו מלמדת על מורכבות העניין העומד על הפרק, והיא ביטוי

פלורליסטי נאה, ראוי וסובלני של היועץ המשפטי לממשלה בחברה רבת-רבותית כשל ישראל.

2. היועץ המשפטי לשיפוט הרבני משמש לענייננו "קצינו של בית המשפט". הוא אינו מייצג את בתי הדין הרבניים כדרך עורך-דין המייצג את מרשו וכדרך פרקליט המייצג רשות של המדינה. בתי הדין הרבניים אינם מיוצגים לפני בג"ץ בעתירות המוגשות נגדם. ברגיל פסקי הדין של הערכאות שבית המשפט העליון מעביר תחת שבט ביקורתו אמורים לדבר בעד עצמם. ואולם בגלל המורכבות של דיני המשפחה בישראל פיתח בית המשפט העליון הנכבד את הפרקטיקה המבורכת שבמסגרתה מבקש בג"ץ את התייצבות היועץ המשפטי לשיפוט הרבני בעתירות המוגשות נגד בתי הדין הרבניים.

3. בתוך כך נוצר מצב שהיועץ המשפטי לשיפוט הרבני משמש גורם מקשר ומגשר בין בג"ץ ובין בתי הדין הרבניים. פרקטיקה זו תרמה באופן בולט להגברת האמון בין ערכאות השיפוט. הדבר בא לידי ביטוי מעשי, ראשית, בהפנמה של השיח המשפטי הישראלי ויישומו בפסקי הדין ובהחלטות של בתי הדין הרבניים ונראה שגם בהבנה והכלה של השיח ההלכתי בפסיקת בג"ץ, ואחרית – בירידה הדרמטית של כמות העתירות שניתן בהן צו מוחלט נגד בתי הדין הרבניים: בשלוש השנים 2002, 2003 ו-2004 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 25% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין, ואילו בשלוש השנים 2011, 2012 ו-2013 התקבלו בממוצע תלת-שנתי 2% מן העתירות לבג"ץ נגד בתי הדין.

4. בנוסף לתפקיד היועץ המשפטי להנהלת בתי הדין הרבניים משמש היועץ המשפטי לשיפוט הרבני בפועל מעין עוזר משפטי ראשי לדייני בתי הדין הרבניים, ובכך שונה תפקידו באופן מהותי מיועצים משפטיים של משרדי ממשלה אחרים. ככל תפקידים זה אינו פשוט במשטר של "הפרדת רשויות". מצד אחד, בגדר תפקידו כיועץ המשפטי של הנהלת בתי הדין הרבניים שהיא חלק מן הרשות המבצעת, מחויב היועץ המשפטי לשיפוט הרבני להנחיות היועץ המשפטי לממשלה. מצד שני, דייני בתי הדין הרבניים בהיותם חלק מן הרשות השופטת אינם מחויבים להנחיות היועץ המשפטי לממשלה, אשר הוא עצמו בעל-דין לפנייהם בענייני ירושה, בענייני קטינים ובכל ענין שרואה בו היועץ המשפטי צורך בהתייצבותו בפני בית הדין. בעזרה המשפטית שהיועץ המשפטי לשיפוט הרבני מגיש לדיינים אין הוא כבול בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, כשם שעוזרים משפטיים לשופטים אינם כפופים להנחיות אלה. מורכבות תפקיד היועץ המשפטי לשיפוט הרבני מחייבת לנהוג בממשקים שבין תחומים אלו – בתי הדין; בג"ץ; היועץ המשפטי לממשלה – בזהירות וברגישות. אקווה שלא ירחק היום שיערך בו בידול מעשי בין תפקיד היועץ המשפטי לשיפוט הרבני ובין תפקיד היועץ המשפטי להנהלת בתי הדין הרבניים, ואגב כך ייקבעו כללים ותקנון מתאים למערך נפרד של ייעוץ משפטי לשיפוט הרבני, לרבות כללים לעניין התייצבות לפני בג"ץ.

השאלות המשפטיות העולות בעתירה

5. היועץ המשפטי לממשלה הצביע על שלוש שאלות משפטיות העולות בעתירה: שאלת הסמכות להורות על עריכת ברית מילה; שאלת טובת הילד; ושאלת סמכותו של בית-הדין הרבני (במובחן מערכאה אזרחית) לדון בעניין. היועץ המשפטי לממשלה השיב בחיוב על השאלה הראשונה – ערכאה שיפוטית בישראל מוסמכת להכריע בחילוקי דעות בין הורים על עריכת ברית מילה. כך סברתי גם אני, ועל כן לא אוסיף דברים על אשר כתבתי בתגובתי המוקדמת. בשאלה השנייה, כמו היועץ המשפטי לממשלה גם אני סבור כי טובת הילד היא

השיקול המנחה את הערכאה המוסמכת בעת קבלת החלטה בדבר עריכת ברית מילה לקטין, אך נוטה אני מדרכו – לפחות במקרה זה – בתשובה לשאלה כיצד תגבש הערכאה המוסמכת את עמדתה ביחס לשיקול זה. חולק אני, עם כל הכבוד, על היועץ המשפטי לממשלה הסבור בתשובה לשאלה השלישית כי בית הדין הרבני לא היה מוסמך לדון בשאלת ביצוע ברית המילה לקטין בנסיבות המקרה הנוכחי.

טובת הילד

6. היועץ המשפטי לממשלה מצביע על הצורך בחוות דעת רפואית בטרם תורה ערכאה שיפוטית על ביצוע ניתוח או על נקיטת אמצעים רפואיים; על צורך בתסקיר עובד סוציאלי; על הצורך במעורבות באיכוף היועץ המשפטי לממשלה; על הצורך לשקול אפשרות למנות אפוטרופוס לדין. אף אני מסכים כי ברגיל אלו הם אמצעים ראויים כדי לעמוד על טובת הקטין. יחד עם זאת, אין לומר כי בכל מקרה שמתעוררת מחלוקת בעניינו של קטין יש צורך ככולם כאחד או אף ברובם. להלן אפרט את עמדתי.

חוות דעת רפואית

7. היועץ המשפטי לממשלה אינו טוען שיש צורך בחוות דעת רפואית כדי להכריע במחלוקת בין הורים לעניין עריכת ברית מילה לתינוק בריא בן שמונה ימים. נראה שלעניין זה אוחז הוא בעמדה שעריכת ברית בעתה ובזמנה אינה פעולה רפואית, כפי שהובעה עמדה זו בתשובת פרקליטות המדינה בבג"ץ 578/98 עמותה נגד חיתוכים באברי מין בתינוקות נ' שר הבריאות ואח' (30.5.99) – ציטטתי ממנה ארוכות בתגובתי המוקדמת. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי בתי הדין הרבניים סברו כי אין הכרח במתן חוות דעת רפואית לצורך עריכת ברית מילה מאחר שברית מילה היא פעולה שגרתית שאינה מחייבת ברגיל בדיקה רפואית קודם לכן, ואילו הוא סבור כי שגגה נפלה תחת ידי בית הדין הרבני בנסיבות המקרה הנוכחי מאחר שהקטין מושא העתירה הוא כיום בן למעלה משנה, ולפי הנטען, הפרקטיקה הרפואית המקובלת היא שיהיה צורך לבצע את הברית בהרדמה מלאה או בטשטוש, ומה גם שהקטין סבל בסמוך ללידה מבעיה קרדיולוגית (צרופה ג לנספח ע/13 לעתירה). עם כל הכבוד, נראה שעמדת בתי הדין מורכבת יותר מזו שקרא בה היועץ המשפטי לממשלה.

8. הנחת מוצא בסיסית לדיוננו היא שמצוות ברית מילה אינה דוחה פיקוח נפש. הרמב"ם פוסק: "אין מלין אלא ולד שאין בו שום חולי, שסכנת נפשות דוחה את הכל, ואפשר למול לאחר זמן ואי אפשר להחזיר נפש אחת מישראל לעולם" (רמב"ם הלכות מילה, א, יח). "וצריך ליוזר מאד באלו הדברים, שאין מלין ולד שיש בו חשש חולי דסכנת נפשות דוחה הכל, שאפשר לו למול לאחר זמן ואי אפשר להחזיר נפש אחת מישראל לעולם" (טור יורה דעה הלכות מילה סימן רסג; ההדגשה הוספה). וכך נפסק גם בשולחן ערוך (יורה דעה, רסג, א)

9. בהתאם לכך, בית הדין האזורי התנה את עריכת הברית בבדיקה רפואית של רופא מומחה מבית החולים "לניאדו" בנתניה – רופא שהוא גם מוהל (החלטה מיום ו' במרחשוון התשע"ד (10.101.2013) – נספח ע/1 לעתירה). מדובר במינוי מומחה שאמור לערוך ראיון מלא להורי הקטין ובדיקה קלינית מקיפה לקטין, ופשוט וברור כי העותרת רשאית ואף חייבת להציג בפניו את כל החששות הרפואיים בקשר לעריכת הברית לקטין ולהביא לפניו את כל חוות הדעת הנוגעות לעניין. בכך איזן בית הדין האזורי בין עמדת האב – "בדיון שנערך היום קבל האב כי האם מונעת מלערוך לבנם המשותף ברית מילה, לדבריו בגלל חשש מופרז ורחוק לבריאותו של הילד שנולד פג" (שם) – ובין עמדת האם. בית הדין חזר על החלטתו ביום י"ג במרחשוון התשע"ד (17.10.2013) (נספח ע/2 לעתירה). גם בהחלטה מיום כ"ב במרחשוון התשע"ד (26.10.2013) (נספח ע/3 לעתירה) מציין בית הדין האזורי כי ההפניה

לרופא מומחה מבית החולים "לניאדו" – "המפורסם גם כמוהל מומחה" – הייתה "כדי שיבדוק את כשירותו הרפואית של הקטין לעריכת ברית מילה" (עמ' 1 להחלטה בנספח 3/ע לעתירה). בית הדין האזורי מציין במפורש "... מטעמי זהירות הורינו לאם המבקשת לפנות לד"ר [א'] מבית החולים 'לניאדו' שיבדוק את הקטין ויראה אם הוא כשיר לעריכת ברית מילה. ד"ר [א'] הוא רופא בכיר וידוע כמוהל מומחה". בית הדין האזורי הסביר כי הוא מעדיף בדיקת רופא מומחה, גניקולוג, שהוא גם מוהל מומחה על פני בדיקה של רופא ילדים רגיל.

10. עם זאת, בדיון שנערך בערעור שהגישה העותרת הציע בית הדין הגדול למנות מומחה רפואי שיהיה מקובל על העותרת: "ברית מילה זה דבר חשוב אולי תגיעו להסכמה ונשלח אתכם לרופא מומחה שמקובל עליכם" (נספח 26/ע, עמ' 2, שורה 28). עוד הוסיף בית הדין הגדול: "ברור שאסור למול ילד חולה כשזה מסוכן וצריך לבדוק אצל רופא מומחה ואם יאמר שהחששות מוצדקות [כך במקור] אנו לא נסכים שימולו אותו אם זה מסוכן" (שם, שורות 41–42). ובהמשך: "זה [זו] בקשה לגיטימית של האבא – יש קונצנזוס במדינה על [ק]יום ברית מילה כמשהו יהודי ולא דוקא מבחינה דתית, לאבא יש הרגשה רעה שיש לו בן ערל שלא נימול. [ה]אם את רוצה כמה ימים לחשוב ולבדוק על רופא אחר מומחה?". כך גם בהחלטה שקדמה לפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול כתב בית הדין: "בית הדין מחליט להיענות לבקשת האשה, שבטרם שינתן פסק דין בערעור להמתין שבעה ימים לתשובת האשה וב"כ על הצעת בית הדין, כי תסכים שהברית מילה תיעשה על ידי בדיקה ופיקוח של רופא מוסמך שתבחר בו..." (נספח 28/ע לעתירה).

11. הנה כי כן, בתי הדין היו ערים כדבעי לצורך בחוות דעת רפואית בטרם תיערך ברית מילה לקטין מושא העתירה בנסיבותיו המיוחדות. זוהי טובת הילד וזהו דין התורה! אילו זו הייתה המחלוקת, לא הייתה מוגשת העתירה, שהרי בית הדין הגדול היה נכון למנות מומחה רפואי מוסכם חלף המומחה שמינה בית הדין האזורי. במובן זה יש לומר כי מבחינה מהותית ערעורה של העותרת לעניין חוות הדעת הרפואית הנדרשת בנסיבות העניין – התקבל. לפיכך ועם כל הכבוד, אין לקבל את טענת היועץ המשפטי לממשלה "שנפלה כאן שגגה תחת ידי בית הדין הרבני בהקשר זה".

12. היועץ המשפטי לממשלה מפנה לתמ"ש (ת"א) 39553-09-10 ט.ל. נ' ע.ה.ס., שם מינה בית המשפט לענייני משפחה שני מומחים רפואיים טרם קבלת החלטה ביחס לעריכת ברית מילה לקטין. בהחלטת בית המשפט צוין כי חלק מטענות האב באותה פרשה התייחסו לאשפוז של הקטין בבית החולים עקב התייבשות וחששו להידבקות של הקטין מתינוקות החולה ששהתה בחדרו והייתה חולה בשעלת. משסירבו ההורים לממן את התשלום למומחים הרפואיים החליט בית המשפט למשפחה להסתפק, "בשל הדחיפות", במכתבו של רופא הילדים בעניין. בית המשפט אינו מסביר מדוע "הדחיפות" אינה מאפשרת את עמידת בית המשפט על החלטתו המקורית לערוך בדיקה בידי שני המומחים שמינה או אחד מהם, ונקל לשער שבית המשפט היה ער לכוחות האכיפה שיש בידו ולסמכותו החוקית לעשות בהם שימוש ביזמתו אף ללא בקשת צד מן הצדדים. בסופו של יום הסתפק בית המשפט במכתב רפואי סתמי של רופא מומחה ברפואת ילדים שהמליץ על עריכת ברית בהקדם. לא נמסר כי באתיכוח היועץ המשפטי לממשלה שהשתתפה בדיון ביקשה להשיג על החלטתו של בית המשפט על שלא ראה לעמוד על עריכת חוות דעת רפואית כהלכתה. לעומת זאת, בענייננו, בשל עצמת השאלה הרפואית וקישורה לברית מילה, דרש בית הדין האזורי בדיקת רופא מומחה שהוא מוהל, ובית הדין הגדול קיבל למעשה את טענת העותרת והציע בדיקת מומחה שיהיה מקובל גם על העותרת. הצעה זו סוכלה בידי העותרת – היא ולא אחר – בעת שביקשה הכרעה בשאלת הסמכות ולא בשאלת טובתו של הילד.

13. היועץ המשפטי לממשלה טוען כי "בענייננו נכון היה, לכל הפחות, כי יישקל הצורך בהגשת תסקיר בעניין ברית המילה. מה גם שלבית-הדין הוגש תסקיר בעניין הסדרי הראייה בין ההורים". עם כל הכבוד, נראה שבנסיבות העניין אין בתסקיר סעד בעניין ברית המילה כדי לתרום להכרעה בעניין טובתו של הקטין.

14. מן התסקיר שהוגש לבית הדין בעניין הסדרי הראייה עולה כי מדובר במשפחה ישראלית נורמטיבית ובבני זוג המתמודדים עם קשיים אישיים שאינם קשורים כלל ועיקר להיבטים דתיים, חברתיים או אידיאולוגיים במובן הרחב. למרות שתסקיר העו"ס מאוד מפורט ועוסק באופן מעמיק בסכסוך המשפחתי, אין בו מילה וחצי מילה בעניין ברית המילה! אפשר להסיק מכך שבעת עריכת התסקיר הייתה עוצמת הסכסוך לעניין ברית המילה כה נמוכה עד שבני הזוג לא ראו צורך להביאה לפני פקיד הסעד. חיזוק לכך יש בדברי המשיב 3 לעתירה, הטוען בסעיף 6 לתשובתו כי הצדדים הסכימו לאורך כל הדרך על ביצוע המילה והעותרת עצמה אף פעלה לאיתור מוהל, אלא שהעניין התעכב עקב חששות העותרת ממצב בריאותו של הקטין, וכאשר אף בחלוף הבעיות הרפואיות ביקשה "להוסיף ולהמתין עם המילה באופן זמני עד שהילד יתחזק" – כך ממש עד לאחרונה.

15. מן החומר שנפרש לפני בית הדין הרבני עולה אפוא כי המחלוקת לעניין ברית המילה קשורה במידה זו או אחרת לחרדות של העותרת שמא ברית המילה תחשוף את הקטין בנסיבותיו המיוחדות לסיכונים רפואיים, וכן קשורה המחלוקת לעמדה אישית של העותרת המתנגדת עקרונית לעריכת ברית-מילה, עמדה שפיתחה העותרת, כנראה, תוך כדי ההליכים המשפטיים בפרשה זו.

16. והנה, לעניין הסיכונים הרפואיים אין צורך בתסקיר עו"ס, כי אם בחוות דעת רפואית. כבר הראינו לדעת כי בית הדין הגדול היה מוכן לשלוח את העניין למומחה רפואי שיהיה מקובל על העותרת. לעניין העמדה העקרונית, האידאולוגית, המתנגדת לעריכת ברית מילה נראה שאין בידי פקיד סעד כלים מקצועיים לחוות דעה או לתת המלצות. היועץ המשפטי לממשלה אף לא הסביר הכיצד היה בידי פקיד הסעד לתרום לאיכות ההכרעה בעניין טובתו של הקטין, בה בשעה שהמחלוקת נטועה בהשקפת עולם המסורה לבחירה חופשית אישית של כל אחד מן ההורים.

17. זאת ועוד: בתמ"ש 39553-09-10 הנ"ל, הייתה מחלוקת קשה בין ההורים בעניין עריכת ברית מילה בנסיבות חברתיות דומות לפרשה דנא – גם שם התנגד האב לעריכת ברית מילה מטעמים עקרוניים-אידיאולוגיים – ובית המשפט לענייני משפחה לא ראה לבקש תסקיר עו"ס ואף לא ציין בהחלטתו ששקל לבקש זאת. אין זאת אלא כי בית המשפט למשפחה סבר, בדומה לבית הדין הרבני הגדול, כי טובתו של ילד יהודי בישראל להיות מהול היא בגדר ידיעה שיפוטית, שאינה צריכה ראיות באמצעות תסקיר סעד!

18. לא למותר לציין כי בית הדין האזורי הכיר היטב את ההחלטה בתמ"ש 39553-09-10 הנ"ל, שהרי הוא שהביאה לידיעת ב"כ העותרת על אתר תוך כדי דיון (נספח ע/7 לעתירה, עמ' 2, שורה 17; נספח ע/13 לעתירה, סעיף 2.1) ואף הפנה אליה במפורש בהחלטתו (נספח ע/3 לעתירה). מדוע היה על בית הדין הרבני להורות על הגשת תסקיר סעד, אם בית המשפט למשפחה – הערכאה שהיועץ המשפטי לממשלה מעדיף על פני בית הדין הרבני – לא עשה כן בעניין דומה שבא לפניו?!

מעורבות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה

19. תקנות הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות (סדרי הדין וביצוע), תש"ל-1970, שהיועץ המשפטי לממשלה מפנה אליהן בסעיף 39 לעמדתו, אינן מופנות אל בתי הדין הרבניים, ונראה שהיועץ המשפטי לממשלה אינו מתכוון שהן חלות מכוח עצמן על בתי הדין הרבניים. נראה שהן הוצגו כמקור השראה.

20. עם זאת, באופן עקרוני אני תומך בהגברת מעורבות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה בתיקים שבהם מעורבים קטינים או חסויים והנדונים בבתי הדין הרבניים. אף הצעתי זאת בשנים עברו בכמה ישיבות שהתקיימו במשרד המשפטים. לצערי, אנשי משרד המשפטים לא גילו התלהבות – בלשון המעטה – ולו בגלל מצוקת כוח האדם הקיימת בשירות המשפטי הציבורי. ואולם מדי פעם פונים בתי הדין הרבניים אל ב"כ היועץ המשפטי לממשלה ומבקשים את התייצבותו או התייחסותו לעניין זה או אחר – והוא נענה לכך. השופט א' רובינשטיין אף ציין אפשרות לייצוג קטין במקרים חריגים ע"י היועץ המשפטי לממשלה: "איני שולל כשלעצמי, כי במקרים מסוימים – הם יהיו חריגים כמובן – ייוצג הקטין על-ידי היועץ המשפטי לממשלה" (בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים).

21. ואם נחזור לתמ"ש 10-09-39553 הנ"ל, בית המשפט מציין כי לא קיבל תגובה בכתב מב"כ היועץ המשפטי לממשלה לדיון הראשון שהתקיים בעניין ברית המילה, וכי הייתה התייצבות מטעם היועץ המשפטי לממשלה בדיונים הנוספים, אך לגופו של עניין אמרה באתיכוח היועץ המשפטי לממשלה "שאינה יכולה לגבש עמדה ללא חוות דעת רפואית". התייצבות ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לא תרמה אפוא דבר לפתרון שאלת עריכת ברית המילה, ובסופו של דבר הכריע בית המשפט על פי מכתב רפואי שהיה לפניו, מכתב שאף לא הגיע לדרגת חוות דעת רפואית!

22. נמצא שמעורבות היועץ המשפטי לממשלה עשויה לתרום מדי פעם, לא תמיד, להכרעה מושכלת של בית המשפט ובית הדין, אך היעדר מעורבותו אינה בהכרח פגם ובוודאי לא פגם משמעותי היורד לשורש סמכות בית הדין.

מינוי אפוטרופוס-לדין

23. בתי הדין הרבניים ממנים בעת הצורך אפוטרופוס-לדין. בית הדין היה מודע לאפשרות זו גם במקרה דנא, שהרי פסק הדין בתמ"ש 10-09-39553 הנ"ל היה לפניו בעת הדיון. לא בכדי בחר בית הדין שלא למנות אפוטרופוס-לדין – הוא למד מניסיונו של בית המשפט למשפחה שלא יהיה בכך כדי להועיל בנסיבות העניין. בית המשפט למשפחה מינה בעניינו אפוטרופוסית-לדין – עורכת-דין ותיקה ומוערכת העוסקת שנים רבות בדיני משפחה. היא ניסתה להביא את ההורים להסכמה על עריכת חוות דעת רפואית לקטין, אך ללא הצלחה. למרות בקשת בית המשפט, האפוטרופוסית-לדין סירבה להביע עמדה מה טוב לילד על סמך כללים ראייתיים מקובלים בדבר נטלים וחזקות בנסיבות של התנגדות עקרונית של אחד ההורים לעריכת ברית, ובהמשך אף ביקשה להתפטר מתפקידה. נראה שיש בכך כדי ללמד כי בהעדר חוות דעת רפואית במחלוקת כמו בענייננו, לא תהיה תרומה לדיון במינוי אפוטרופוס-לדין, ומאידך גיסא – אם קיימת חוות דעת רפואית התומכת או שוללת עריכת ברית מילה, מתייתר הצורך במינוי אפוטרופוס-לדין. כאמור, בענייננו הפנה בית הדין האזורי לבדיקת רופא מומחה שהוא גם מוהל, ובית הדין הרבני הגדול היה מוכן למנות מומחה רפואי שיהיה מקובל על העותרת.

24. **סיכומם של דברים**: בתי הדין הרבניים לא התעלמו מן הצורך בחוות דעת רפואית. אדרבא, הם הורו לעותרת להביא את הילד לבדיקה רפואית. מעורבות של גורמים נוספים לעניין עריכת ברית המילה, כמו עובד סוציאלי, באיכוף היועץ המשפטי לממשלה או מינוי אפוטרופוס־לדין לא היה בהם בנסיבות העניין כדי לתרום לאיכות ההכרעה לעניין טובת הקטין, כפי שבמבחן התוצאה לא היה בהם כדי לסייע לבית המשפט לענייני משפחה בפרשת תמ"ש 10-09-39553 הנ"ל. לפיכך, הגם שהדרך הנכונה היא כי בדיון בבית דין רבני יצורף במקרים מתאימים גם הקטין וימונה לו מייצגו שלו, וכמובן ישותפו עובדי רווחה בהתאם לצורך ואף יוזמן ב"כ היועץ המשפטי לממשלה כשהדבר נדרש – **העיקר הוא התמודדות אמיתית בכל מקרה לגופו עם טובת הקטין.**

(והשוו דברי השופט רובינשטיין בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (20.03.2013), סוף פסקה יז; לסקירה נרחבת לרבות משפט השוואתי על אפשרויות מינוי ייצוג עצמאי לקטין, ראו יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני משפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחדש" **משפטים** מא 255 (התשע"א) (להלן: כהן – מעמד הקטין), עמ' 305–312).

במקרה דנא היה פשוט לבתי הדין כי עצם עריכת ברית מילה היא בגדר טובתו של הקטין בדיוק כפי שסבר בית המשפט למשפחה במקרה שלו, ובאשר לבעיה הרפואית – נתן בית הדין הגדול מענה בהפניה לרופא מומחה שיהיה מקובל על העותרת.

סמכות בית הדין הרבני

25. היועץ המשפטי לממשלה אינו שולל את הטענה כי נושא ברית המילה קשור לנושא המשמורת (סעיף 94 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה). היועץ המשפטי לממשלה אף אינו שולל את הטענה כי נושא ברית המילה דומה לנושא החינוך (שם, סעיף 96). לעומת זאת, סבור היועץ המשפטי לממשלה – בלא שהביא לכך מקור מן הפסיקה – כי לא ניתן לכרוך טיפול רפואי בקטין בתביעת גירושין (שם, סעיף 98). מכוח סברתו זו, מתקשה היועץ המשפטי להבין מה קשר יש בין ברית מילה הנערכת למעלה משנה לאחר הלידה, והיא טעונה – לפי הטענה – הרדמה מלאה (או טשטוש), לעניין הגירושין (שם, סעיף 99). על כן עמדת היועץ המשפטי לממשלה היא כי השאלה אם יש לערוך ברית מילה הכרוכה בהרדמה או טשטוש וטעונה בחינת רופא, ראוי שתוכרע בידי הערכאה העיקרית שדנה בטיפולים רפואיים בקטין, שהיא בית המשפט האזרחי. בדרך לגיבוש דעה זו בחן היועץ המשפטי לממשלה את סוגיית הכריכה בתביעת גירושין – הכריכה המהותית והכריכה הפורמלית – ואת הפסיקה שעסקה בכריכת נושא חינוך הילדים בתביעת גירושין וכן הפנה לסוגיית מעמדו העצמאי של הקטין.

26. היועץ המשפטי לממשלה מציין כי אף שבפרשת **גולדמן** (ע"א גולדמן נ' גולדמן 8/59 פ"ד יג 1085) נפסק כי המבחן המהותי לכריכה הוא "עניין... אשר הכרעתו דרושה לשם חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים זה מזה", לא הוברר שם מהו גדרם של עניינים אלה. כדי לברר זאת מנסה היועץ המשפטי לממשלה להסתייע בפסיקת בית המשפט העליון, ובדרך הילוכו הוא מגיע למסקנה משלו כי אי אפשר לכרוך טיפול רפואי לקטין בתביעת גירושין, ולפיכך אי אפשר לכרוך עריכת ברית מילה לילד בגיל שהוא למעלה משנה הכרוכה בהרדמה מלאה או טשטוש. עם כל הכבוד, נראה לי שזו מסקנה מרחיקת לכת ואין היא עולה מפסיקת בית המשפט העליון.

27. בתגובתי המוקדמת עמדתי על התכלית של הכריכה: היא אינה מצויה בצורך להכריע בסכסוכים שבין הזוג עובר לגירושין דווקא, אלא באפשרות להכריע באלו **בערכאה אחת** אגב הגירושין. היכולת לכרוך בתביעת גירושין בבית הדין הרבני עניינים שאינם צריכים הכרעה מעצם טיבם וטבעם עם הגירושין דווקא – ובלבד שאלו ייכרכו במפורש – מלמדת

כי ההיגד "חיסול יעיל של יחסי בני הזוג המתגרשים" מכוון עצמו ליעילות במובן של מתן האפשרות לרכז את כל העניינים המצויים במחלוקת בין בני הזוג ערב הגירושין בערכאה אחת הדנה באופן ייחודי בענייני הגירושין, ולא דווקא בגלל שההכרעה באותם עניינים נדרשת לצורך ביצוע הגירושין גופם. הרי הכול מודים כי אלו אינם רק ענייני המעמד האישי – אפשר לכרוך גם ענייני רכוש; הרי הכול מודים כי אלו אינם רק עניינים שבין בני הזוג עצמם – אפשר לכרוך גם ענייני משמורת ילדים ומזונות ילדים; והרי הכול מודים שההכרעה עצמה של בית הדין בעניינים הכרוכים יכולה להינתן אחרי הגירושין – "אחרי" הגירושין, מופלג בזמן (ראו רש"י דברים יא, ל: "כל מקום שנאמר אחרי, מופלג הוא") – כל עוד לא סיים בית הדין הרבני את מלאכתו בגדרי סמכות ראשונית באמצעות מתן פסק דין.

28. ואמנם סעיף 3 לחוק שיפוט בתידין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג–1953, פורש בפסיקת בית המשפט העליון כמקנה סמכות לבית הדין הרבני הדין בענייני הגירושין לפסוק בכל מכלול הבעיות המתעוררות בקשר לגירושין (ע"א 456/70 אלכסנדר נ' אלכסנדר פ"ד כו(1) 735). "צוין, כי מטרתם המקורית של דיני הכריכה הייתה למנוע פיצול הדיון, והם נועדו לאפשר לערכאה אחת לפתור באופן ענייני ויעיל את כל העניינים הקשורים בפקיעת קשר הנישואין" (בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, מח (2) 221 (1994)). יתרה מזו, רצונו של המחוקק למנוע פיצול ההתדיינות בבעיות המתעוררות בין בני זוג בסמוך לגירושין הביא לקביעה כי בעל-דין יכול לגרום באמצעות כריכה כי תביעה אפשרית של הצד שכנגד, שבה הוא נתבע, תידון דווקא בבית הדין הרבני:

"לו הגיש הבעל תביעה לבית-משפט אזרחי, בישראל או מחוץ לישראל, ובה הוא מבקש שבית-המשפט יפסוק כי אין הוא חייב במזונות אשתו, כאשר אין פסק-דין המחייב אותו במזונות אלה, היה בית-המשפט דוחה אותו, על מנת שיתגונן אם וכאשר האישה תגיש נגדו תביעה כזאת. אך בית-הדין הרבני שונה ונבדל, לעניין זה, מכל בית-משפט. בית-הדין הרבני מוסמך לדון במסגרת תביעת גירושין, לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי הדין, גם "...בכל ענין הכרוך בתביעת הגירושין...". כלומר גם בעניין כמו מזונות, שבו התובע יכול להיות, בפועל, הנתבע. מה טעם לכך? הטעם בכריכה נעוץ ברצון למנוע פיצול ההתדיינות בין ערכאות שונות. [...] טעם זה מצדיק בעל-דין הכרוך עניין מסוים בבית-דין רבני כאמצעי למנוע הגשת תביעה באותו עניין על-ידי בעל-הדין האחר בערכאה אחרת." (ע"א 3868/95 ורבר נ' ורבר, נב (5) 817 (1998); ההדגשות הוספו).

וראו גם בג"ץ 409/72 חטאר נ' בית-הדין הדתי הדרוזי בחיפה, כז (1) 449 (1973) וע"א 139/75 פלדמן נ' פלדמן, ל (1) 263 (1975).

בדומה לכך ציין הנשיא ברק בבג"ץ 5679/03 פלוני נ' מדינת ישראל (9.5.2005) – העתירה שעסקה באפשרות לכרוך עניין בתביעת גירושין תוך כדי דיון ואף ללא הגשת כתב תביעה מפורש – כי "צרכי יעילות הדיון חייבו, איפוא, שבית הדין יקנה לעצמו סמכות נכרכת להכריע גם בעניינים אלה, כדי לפתור בשלמות את הסכסוך שבני בני הזוג" (ההדגשה הוספה).

29. נמצא כי עם כל הכבוד אין לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה בסעיף 83 להודעתו כי "ההבחנה בין רכישת סמכות מכוח הסכמת הצדדים לבין רכישת סמכות חרף מחאתו והתנגדותו של אחד מבני הזוג תומכת אף היא בפרשנות המצמצמת את היקף הנושאים, הניתנים לכריכה מכוח סעיף 3 לחוק, תוך מתן משקל הולם לאוטונומיה של הפרט ולמעריך ההסמכה המפורש בחוק הכשרות". לא זכיתי להבין מדוע אין ליתן משקל הולם ל"אוטונומיה של הפרט" המבקש דווקא לכרוך את כל העניינים שבמחלוקת בתביעת גירושין. וכי זה המבקש לכרוך אינו זכאי ל"אוטונומיה של הפרט"? ! פיצול ההתדיינות או

האחדת ההתדיינות בעניינים הכרוכים בגירושין הם עניין למחוקק, והוא אמר את דברו במפורש. בסעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים קבע המחוקק כי יש להעדיף את רצונו של בן הזוג המבקש לכרוך עניינים בתביעת גירושין על פני רצונו של בן הזוג שכנגד המעדיף לפצל את העניינים בשתי ערכאות. שינוי בכללי הכריכה מסורים לסמכות הכנסת – קיימות יזמות חקיקה בעניין זה – ויש להניח שבית המשפט יניח את העניין למחוקק לענות בו.

כן לא זכיתי להבין את ההפניה שעושה היועץ המשפטי לממשלה ל"מערך ההסמכה המפורש בחוק הכשרות", בה בשעה שהמחוקק קובע במפורש בחוק הכשרות כי "הוא אינו בא להוסיף על סמכויות השיפוט של בתי דין דתיים ולא לגרוע מהן; ומקום שבית דין דתי מוסמך על-פי דין לשפוט, יראו כל הוראה בחוק זה... שמדובר בה בבית משפט כאילו מדובר בה בבית דין דתי" (סעיף 79). האם אין זה "מערך הסמכה מפורש" לבית הדין הדתי? אתמהה!

30. היועץ המשפטי לממשלה מקפיד לציין כי הצורך בעניינינו בהרדמה מלאה או טשטוש הוא "לפי הנטען". כלומר, ייתכן שחוות דעת רפואית תקבע שאין צורך באלו, ולמצער די בהרדמה מקומית. אם כן, הרי גם לשיטת היועץ המשפטי לממשלה אין מקום לקבוע בשלב זה כי מדובר בטיפול רפואי. אין לומר שדי בהעלאת טענה בלבד – בלא שהוכחה – כדי לשלול את סמכות בית הדין הרבני (בהנחה שאין הוא מוסמך להורות על טיפול רפואי כשזה נכרך בתביעה גירושין – הנחה שאין אנו מסכימים לה). ואם אי אתה אומר כן, נתת יד לטפלולם של דיני הסמכויות בדרך חסרת תום לב. היעלה על הדעת כי כל אימת שיטען בעל דין כי יש צורך בחוות דעת רפואית בענייניו של קטין תישלל הסמכות הכרוכה מבית הדין הרבני?!

זאת ועוד אחרת: היועץ המשפטי לממשלה לא שלל את סמכות בית הדין הרבני להורות על עריכת ברית מילה כעניין הכרוך בגירושין אם אין הדבר מצריך טיפול רפואי. ברם גם לשיטתו הרי עיקרו של דבר הוא ברית המילה וההחלטה בדבר הצורך בהרדמה או טשטוש היא החלטה בעניין שהוא אגב הצורך להחליט על עריכת הברית. והלוא הלכה היא מלפני בית המשפט העליון כי לבית הדין סמכות אינצידנטלית להכריע אף בעניין שאינו בסמכותו באופן ישיר. כך למשל פסק בג"ץ כי אגב הדיון בעניין מזונותיו של קטין בבית הדין הרבני מוסמך הוא לקבוע באופן אינצידנטלי את אבהותו של הנתבע למרות שאין לבית הדין סמכות לדון בענייני אבהות (בג"ץ 168/56 חרל"פ נ' הרב א. ל. רביץ, פ"ד יא 168 (1957)). הברית היא העיקר וההרדמה או הטשטוש הם הטפל. והלוא הלכה היא מלפני בית המשפט כי הטפל ילך אחר העיקר: בג"ץ 17/51 שטינהרדט נ' יור וחברי בי"ד הרבנות, חיפה, פ"ד ה 661, 664; א' רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול, 64 בהערה 62).

כריכה בעל-פה במהלך הדיון

31. היועץ המשפטי לממשלה מסכים כי כריכה מאוחרת להגשת תביעת גירושין היא אפשרית, אך מצייין כי הפסיקה שהכירה בכך עסקה תמיד במקרים שהוגשה בקשה בכתב לבית הדין, בקשה שכריכה את העניין הנוסף וביקשה לדון בו (סעיף 65 לעמדתו). באשר לעמדתי כי תיתכן כריכה בעל-פה במהלך הדיון לפי תקנה לב לתקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג טוען היועץ המשפטי לממשלה כי עמדתי אינה נקייה מספק, כי ייתכן שדרך זו פגעה בזכות הטיעון של העותרת (סעיף 67 לעמדתו). אולם – מסכים היועץ המשפטי לממשלה – כי נראה שמדובר בפגם שניתן לתקנו באמצעות הגשה בקשה מאוחרת בכתב (סעיף 68 לעמדתו). אומר על כך כמה מילים.

בבג"ץ 5679/03 הנ"ל, שאוזכר גם ע"י היועץ המשפטי לממשלה, נראה שלא הוגשה תביעת רכוש בכתב. הדבר עולה מאזכור טענות העותר בפסקה 7 לפסק הדין: "בית הדין לא נתבקש לכך [לפסוק בענייני הרכוש – ש' י' על-ידי מי מהצדדים ולא הוגשה כל תביעת רכוש". לעומת זאת: "בהצעת המשיבה להסכם גירושין נכללה התייחסות מפורשת ומפורטת לכל העניינים הממוניים שבין בעלי הדין, לרבות ענייני רכוש, נכסים וחובות. נראה כי כך ראה את הדברים גם בית הדין הרבני" (פסקה 11 לפסק הדין). כלומר, הייתה הצעה להסכם גירושין שכללה התייחסות לענייני הרכוש אך ללא בקשה לפסוק כך. הכריכה נלמדה אפוא מכללא ולא בפירוש איתמר!

אכן, אין להקל ראש בזכות הטיעון. זוהי אשיה ראשונה במעלה של כללי הצדק הטבעי. איני מבטל מכול וכול את טרוניית העותרת על כי בתחילה הודיע בית הדין האזורי כי היא זכאית להגיב לבקשה לעריכת הברית תוך שתימנע שעות אך לאחר סיום הדיון נתן בית הדין החלטה לגוף הבקשה בלא להמתין לתגובה. יש צדק בטענה. יחד עם זאת, אין להתעלם כי בגוף ההחלטה הכפיף בית הדין האזורי את עריכת הברית לבדיקת מומחה, וכי בהמשך טענה באת-כוח העותרת ארוכות בעניין עריכת הברית (נספח ע/13 לעתירה) ובית הדין חזר ושקל את הדברים והוציא החלטה מפורטת (נספח ע/3 לעתירה).

זאת ועוד: גם אם הייתה פגיעה בזכות הטיעון – ובסופו של דבר הרי הפגיעה נרפאה – אין זו משפיעה על עצם הכריכה שכבר נעשתה בעל-פה בדיון. תוצאת הפגיעה בזכות הטיעון אינה ביטול סמכותו של בית הדין הרבני, אלא לכל היותר היא מחייבת לתקן את הפגיעה באמצעות מתן זכות טיעון.

כמו כן, בנוסף לבקשה בעל-פה במהלך הדיון הגיש המשיב 3 בקשה בכתב שעניינה עריכת ברית המילה ובה ביקש לאכוף את החלטת בית הדין (נספח ע/12 לעתירה). בקשה זו מצטרפת לבקשה בעל-פה בדיון בדומה לבג"ץ 5679/03 הנ"ל.

עוד לעניין האפשרות לכרוך תביעה במהלך דיון בעל-פה בבית הדין ראו אליאב שוחטמן, סדר הדין בבית הדין הרבני (תשע"א) ב, 345–346.

צמצום מלאכותי של סמכויות בתי הדין

32. היועץ המשפטי לממשלה מבקש ללמוד בסעיף 81 לעמדתו מגישתו של השופט חשין בבג"ץ 5507/95 עליוזה אמיר נ' בית הדין הרבני, פ"ד (נ) 321 לעניין כריכת חינוך ילדים בתביעת גירושין "בבחינת קל וחומר" לעניין כריכת ביצוע טיפול רפואי בקטין בתביעת גירושין. לעניין זה מצטט היועץ המשפטי לממשלה קטע מפסק הדין ומייחס אותו בטעות לשופט חשין, בה בשעה שאלו הם דברים שציטט השופט חשין מדבריו של פרופ' אריאל רוזן-צבי כדי לתמוך בהבחנה שעשה השופט חשין עצמו בין גדרי הסמכות הרחבים של בית המשפט האזרחי ובין גדרי הסמכות של בית הדין הדתי – ושעל כן אין לומר כי אם בבית הדין נעשתה הבחנה בין עניין המשמורת ובין עניין החינוך, ייעשה כן ממילא גם בבית המשפט האזרחי. ואולם אין ללמוד מכך כי פסיקתו של בית המשפט העליון אימצה את עמדתו המצוטטת של פרופ' רוזן-צבי על קרבה וכרעיה.

33. זאת ועוד: על ההבחנה שעשה השופט חשין בבג"ץ עליוזה אמיר קמו עוררין. ראו פ' שיפמן, "טובת הילד" בבית הדין הרבני" משפטים ה (תשל"ד) 421, 423 הערה 7. ראו גם כהן – מעמד הקטין, 274 הערה 49. עם כל הכבוד, נראה שהשופט חשין עושה כל טצדקי כדי לצמצם את סמכות בית הדין הרבני. השופט חשין קבע הנחה מלאכותית, שאם קדמה תביעה להחזקת ילדים בבית המשפט האזרחי לכריכת עניין החינוך בתביעת הגירושין בבית

הדין יש לראות את עניין החינוך כעניין הכלול ונבלע בתביעה להחזקת הבן. השופט חשין רואה בכך מסקנה ראויה ורצויה, שמאחדת היא ביד אחת – בידו של בית המשפט האזרחי – גם את הדיון בהחזקת הבן גם את הדיון בחינוכו. על דרך זה יימנע פיצול דיון בין החזקה לבין החינוך. השופט חשין קובע כי קיימת הבחנה בין משמורת פיזית (החזקה במובנה המצומצם) לבין משמורת רוחנית (חינוך). בזאת נבדלת משמורת פיזית ממשמורת רוחנית, שהראשונה הולכת מאליה אחרי תביעת הגירושין בעוד שהאחרונה אין בית-דין רבני קונה סמכות שיפוט בה, אלא אם נתבקש מפורשות לכך (בהנחה שמשמורת רוחנית הינה מן הנושאים ה"כרוכים"). התביעה לבית המשפט המחוזי הייתה לעניין החזקתו של הבן. החזקה זו כללה כאילו מעצמה גם את נושא החינוך, ומשקנה בית המשפט המחוזי סמכות בנושא החינוך, נשללה ממילא סמכותו של בית הדין לרון בנושא זה.

34. הנמקתו של השופט חשין מעוררת קשיים. במסגרת זו אעמוד אגב אורחא רק על שלושה מן הקשיים המתעוררים, ולעת מצוא – בהגיע מקרה מתאים – אבקש את בית המשפט הנכבד לעיין מחדש בהלכה שפסק השופט חשין בבג"ץ עליזה אמיר (ובהלכה שנפסקה בבג"ץ 181/68 פלורסהיים נ' בית הדין הרבני, כב (2) 723, שקדמה לה) – כדי למצוא נקודת איזון צודקת יותר וממילא נכונה יותר.

ראשית, מקובלנו כי סמכותו של בית המשפט נקבעת על פי הסעד המתבקש בכתב התביעה. הכיצד אפשר לומר כי עניין החינוך מסור לבית המשפט כאשר אין זכר למחלוקת בעניין זה בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט ואף לא התבקש כל סעד בנושא זה הן בכתב והן בעל-פה בדיון לפני בית המשפט?

שנית, נניח שבית המשפט פסק בעניין החזקת הקטין בלא שעלתה לדיון כלל ועיקר שאלת חינוכו. לאחר שניתן פסק דין שקבע את החזקת הקטין בידי אחד מבני הזוג, התעוררה מחלוקת חדשה בעניין חינוכו, ואחד ההורים כרך מחלוקת זו בגירושין. בבית המשפט אין כל תביעה תלויה ועומדת שאפשר במסגרתה לרון בנושא החינוך. מאחר שסוגיית החינוך לא נדונה לפני בית המשפט, אין לומר כי הוא "דן ופסק" בנושא החינוך, ועל פי פסיקת בית המשפט העליון ממילא אין לבית המשפט סמכות נמשכת לרון בנושא החינוך. אם כן, איך אפשר לומר שאין סמכות כרוכה, בגדרי סמכות ראשונית, לבית הדין לרון בנושא החינוך?

שלישית, מה יהיה במקרה שבו ענין החזקת הילדים נמסר לבית הדין בהסכמת הצדדים ללא כריכה חד-צדדית לגירושין – האם אפשר יהיה לומר, אליבא דהשופט חשין, שכאשר מדובר בהסכמה לסמכות בית הדין ולא בכריכה חד-צדדית, אין להבחין בין המשמורת הפיזית למשמורת הרוחנית?

וראו עוד לעניין השיקולים המהותיים הסמויים של השופט חשין: יחיאל ש' קפלן "מטובת הילד לזכויות הילד – ייצוג עצמאי של קטינים" משפטים לא 623, 677 ואילך; כהן – מעמד הקטין, 295. נראה כי השופט חשין בחר בדרכים יצירתיות כדי לצמצם את גבולות הסמכות של בית הדין הרבני. עם כל הכבוד, נראה שאין מן הראוי להמשיך במגמה זו, ובוודאי כך כאשר מדובר בעניין שאין לגביו "הלכה פסוקה" של בית המשפט העליון.

35. אכן, פיצול הטיפול בעניינם של ההורים וילדיהם בכל הקשור לענייני האפוטרופוס בערכאות שונות גורם להכבדה דיונית מיותרת ומזיקה, והוא עלול אף לפגום במתן החלטות ראויות. עם כל הכבוד, ההבחנה המגמתית שעשה השופט חשין אינה מתחשבת כראוי ברציונל זה. דומה שגישתו של השופט חשין לא קנתה לה אחיזה, וככלל נטייתו של בית המשפט העליון היא להביא להאחדת ההתדיינות בנושאים קרובים בענייני משפחה בערכאה

אחת, גם "במחיר" מסירתם לסמכות בית הדין הדתי. זו למשל הייתה גישת בית המשפט העליון מפי השופט ס' גובראן בבג"ץ 2621/11 פלונית נ' בית הדין השרעי לערעורים בירושלים (2011):

22. בהמשך לכך, אני מוצא לנכון להעיר כי תהיתי האם יש מקום להורות כי ככלל אין לפצל את הדיון בין ענייני המשמורת להסדרי ראייה. כך, ניתן לקבוע כי מרגע שהוקנתה הסמכות לערכאה מסוימת לדון בענייני המשמורת הרי שסמכותה חולשת גם על הסדרי הראייה בהיות האחרונה כאמור, בבחינת סוגיית-בת לראשונה. כך גם, משרכשה ערכאה כלשהי סמכות לדון בהסדרי הראייה, תהיה מקבילתה מנועה מלדון בענייני המשמורת לרבות הסדרי הראייה. [...] כלל כזה עשוי לתקן ולו במקצת את העוול הנגרם למשפחות רבות בעקבות הפיצול בשיפוט הנהוג בשיטתנו על השלכותיו הפוטנציאליות. [...] ובכל זאת, איני מוצא לנכון לקבוע כלל גורף בנושא לעת הזו."

נאמן לגישתו זו אמר השופט גובראן בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (20.03.2013) כי "אין מקום להפריד זו מזו סוגיות הכרוכות האחת בשנייה על פי טיבן [...] היגיון זה נובע מאותם השיקולים המצדיקים את אפשרות הכריכה, והם בעיקרם שיקולים של יעילות דיונית וכיבוד הדדי בין ערכאות".

על הצורך באיחוד הדיון בעניינים הקשורים קשר הדוק זה לזה, ראו גם החלטות השופט אסף זגורי בתיק תמש (נצ') 13-03-18328 א.מ נ' מ.א. (קטיץ) 24.5.13; בתיק תמש (נצ') 13-02-48662 מ.ע.נ נ' ס.א.ד (29.7.13); בתיק ה"ט 12-11-52618 א.ב. נ' י.ב. (16.12.12)

36. היועץ המשפטי לממשלה סבור כי התפיסה הבסיסית של המחוקק היא שהסמכות בענייני אפוטרופוסות נתונה מעיקר הדין לערכאה האזרחית ולא לערכאה הדתית, על כן מצווה הפרשן להיזהר ולא לפגוע שלא לצורך בסמכות שהמחוקק ראה לנכון להעניק דווקא לערכאה האזרחית (סעיף 97 לעמדתו). עם כל הכבוד הראוי, איני יכול להלום סברה זו. כבר הבאנו לעיל את סעיף 79 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות הקובע כי "...מקום שבית דין דתי מוסמך על-פי דין לשפוט, יראו כל הוראה בחוק זה... שמדובר בה בבית משפט כאילו מדובר בה בבית-דין דתי". קרי: המחוקק הסמיך במפורש את בית הדין הדתי ליישם את כל הוראות חוק הכשרות, לרבות הוראות לעניין טיפולים רפואיים, כאשר הוא מוסמך לשפוט בעניינם של הצדדים שלפניו.

אך מעבר לכך: בית משפט נכבד זה כבר הצהיר כי "בית הדין הדתי הוא חלק אינטגרלי של מערכת השיפוט בישראל" (בג"ץ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול מח (2) 221, 248). הגישה שראתה בבתי הדין הדתיים "בית דין מיוחד", בבחינת גוף חורג למערכת המשפט ואולי "סרח עודף", שיש לפרש את סמכויותיו בצמצום, הייתה נקוטה בבתי המשפט של המנדט הבריטי בעת שהשיפוט הדתי בענייני משפחה היה נתון לעדות הדתיות השונות – בתי הדין הדתיים לא היו אז חלק בלתי נפרד מן המערכת המשפטית – והיכולת של המשטר להתערב בבחירת הדיינים הייתה בלתי אפשרית או מזערית. מאז חקיקת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), התשי"ג–1953, חוק הדיינים, התשט"ו–1955 ובמיוחד מאז חקיקת חוק יסוד: השפיטה הקובע כי בתי הדין הדתיים הם חלק ממערכת המשפט, חייב הפרשן לשוות לנגד עיניו את חשיבות שילובו המלא והשוויוני של בית הדין הדתי בתוך מערכת המשפט. יש לתת תוכן מלא ואמתי להצהרה כי "בית הדין הדתי הוא חלק אינטגרלי של מערכת השיפוט בישראל". בג"ץ החיל זה מכבר על בתי הדין הדתיים את הנורמות המקובלות בבתי המשפט האזרחיים, אך ורק בשל היותם חלק מן המערכת השיפוטית. בגלל ש"בית הדין הרבני הוא חלק מבתי הדין במדינה" החיל עליו בג"ץ למשל את הדינים

הנוגעים להגנת הפרטיות, למרות שהמחוקק לא הפנה אותם במפורש לבתי הדין הדתיים (בג"ץ 6650/04 פלוני נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, סא (1) 581 (2006)). גישה זו אינה יכולה להיות חד-סטרית. היא חייבת לבוא לידי ביטוי גם בפרשנות גבולות הכריכה לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. שיקולים סמויים המשקפים רצון להצר את סמכויות בית הדין הרבני אך מן הסיבה כי הוא בית דין דתי וחשש מפני השיקולים הדתיים שיכול שהם מדריכים אותו – אינם ראויים. בית הדין הדתי רשאי להצהיר על עמדותיו הדתיות בגאון ובגלוי. אכן –

”משהפקיד המחוקק את ההכרעה בידי שופט בשר ודם, ומכל שכן משהפקיד את הפתרון בידי שופטים הנמנים עם שני סוגי מערכות שיפוט, שבידוע מראש שמצויות בהן תפיסות ערכיות שונות, ידע המחוקק, וסבר וקיבל, שהשופט או הדיין לא יתכחשו לערכיהם ולא יתעלמו מהם. מה שנדרש מהדיין ומהשופט, מכוח תפקידם השיפוטי ויושרם האינטלקטואלי, שבבוא להכריע בטובת הילד במקרה שלפניהם ייתנו את המשקל הראוי לנסיבות העובדתיות שבמקרה המסוים, ושהחלטתם תבוא רק לאחר שביררו את כל הנתונים העובדתיים ושקלו כל נזק אפשרי, שעלול להיגרם לשלומם של הילד מהכרעה זו או אחרת, ושלא ייתנו לשיקולים הערכיים משקל חריג ומוגזם, שאינו סביר, במכלול השיקולים בעת יישום עקרון טובת הילד במקרה אשר לפניהם” (בד”מ 1/81 יחיאל נגר נ' אורה נגר, לח (1) 365. 410–409 (1984)).

בתי הדין הרבניים בישראל פוסקים לפי דין תורה בגבולות הסמכות שהפקיד בידיהם המחוקק האזרחי. אך טבעי הוא כי השיח הלשוני והתרבותי של בית הדין יהיה השיח ההלכתי של בתי הדין לדורותיהם מאז מתן תורה לעם ישראל בהר סיני ועד לימינו שלנו. ההתלבטויות ההלכתיות של הדיינים בשאלות שלפניהם הן בראש ובראשונה אותן התלבטויות שהעסיקו את כל פוסקי הדורות בספרות השו”ת הענפה. אכן, בדרך הטבע קיים היזון חוזר בין התרבות הישראלית של ימינו ובין בתי הדין הרבניים. דייני ישראל בתוך עמם הם יושבים, והם ערים לתמורות הזמנים. יעידו על כך מאות ואלפי פסקי הדין שפורסמו מאז קום המדינה. עם זאת, תמורות אלו פסחו לפחות על מצווה אחת, והיא ברית המילה! מצווה זו עושים כל ישראל בשמחה! אסור שהוראת בית הדין תיתפס ככפייה דתית. הימנעותו של בית הדין האזורי מלהתייחס בהחלטתו לסוגיית טובת הילד אינה אלא משום שהוא ראה עריכת ברית מילה לילד יהודי בישראל כמילתא דפשיטא. מילתו של ילד יהודי בישראל עונה על טובת הילד והיא חלק מזכויות הילד בבחינת ביעתא בכוחתא. על כן, גם בית הדין הגדול התייחס לסוגיית הילד רק בקצירת האומר. אין עולה על הדעת כי בהגיע מצווה חשובה זו לפתחם של בתי הדין הרבניים לא ישיחו הם את אשר על לבם. התדהמה של הדיינים מן ההתנגדות המפתיעה לעריכת הברית באה לידי ביטוי בשיגם ובשיחם ובכתיבתם, וייתכן כי הם קיצרו במקום שהיה רצוי להאריך – בהסבר על אודות טובת הילד. יחד עם זאת, בהכרעתם קיבלו בתי הדין את עמדת האב לאו דווקא בגלל שזו מצווה דתית, אלא דווקא בגלל שזו טובת הילד המסוים שעניינו נדון לפני בית הדין.

לשונם של בתי הדין הרבניים היא לשון ההלכה והמשפט העברי. פסיקתם של בתי הדין הרבניים מעשירה בדרכי אבות את הפסיקה הישראלית ואת התרבות הישראלית, והיא בלתי נפרדת מהווייתם של ישראל בהיותה מדינה יהודית ודמוקרטית. ברוב רובם של המקרים נראה כי בית הדין קולע אל השערה גם לפי אמות המידה הקבועות בחוק ובפסיקה, ויעידו על כך מיעוט העתירות המתקבלות נגד בתי הדין הרבניים. כך למשל נאמר באחת הפרשות:

”הנהכיכך, התוצאה שחוק יחסי ממון מוליך אליה בנסיבות העניין, והתוצאה שהגיעו אליה ביתהדין האזורי וביתהדין הגדול היא אותה תוצאה עצמה, אף כי בתיהדין נזקקו להנמקה המבוססת על הדין העברי.

בהתחשב בכך שהתוצאה העולה מפסיקתם של בתי-הדין במקרה דנן מתיישבת עם הוראות חוק יחסי ממון, לא מצאנו מקום להתערב בהחלטות נושא העתירה" (בג"ץ 10605/02 גמליאל נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נח(2) 529 (2003)).

היה ובית הדין הדתי לא פעל על פי אמות המידה שנקבעו בחוק ובפסיקה, הרי שערי בג"ץ פתוחים לפני המבקש להלין על כך. מכאן ועד יצירת כללי פרשנות, גלויים או סמויים, המצרים את סמכות בית הדין הדתי אך ורק בשל היותו כזה – רחוקה הדרך, ומן הראוי שבית המשפט הנכבד יצהיר כי אבד הכלח על אותה גישה.

"התביעה העצמאית של הקטין"

37. היועץ המשפטי לממשלה סוקר בקצרה את סוגיית "התביעה העצמאית של הקטין" אך הוא עושה רק "למען שלמות התמונה" ומציין שיש בכך סטייה "מעט הצידה" מן השאלה המרכזית. אף אני אומר מילים אחדות בסוגיה זו, גם אני – למען שלמות התמונה.

כידוע, "לא אחת הגדירה הפסיקה תביעות אלו [המוגשות בשם הקטין] כפיקציה, בהתברר כי הקטין הוא כה קטין עד שאינו יודע כלל להביע צרכיו [...] והגשת ההליך ודאי אינה מיזמתו" (כהן – מעמד הקטין, 255). כך גם אמר השופט י' עמית בבג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (7.2.13):

"ההבחנה בין הקטין לבין ההורה המייצג אותו היא לעתים קרובות פיקציה. התביעה הראשונה מוגשת על ידי ההורה בשמו של הקטין, וגם התביעה השנייה מוגשת על ידי ההורה בשמו של הקטין, אך הפעם כתובענה נפרדת בכובע של תביעה עצמאית."

38. כנמסר, העותרת הגישה בקשה בעניין ברית המילה לבית המשפט לענייני משפחה, ובקשה זו נדחתה על הסף (נספח לתגובת המשיב 3; סעיף 8 לעמדת היועץ המשפטי לממשלה). בלי להיכנס לשאלת תחולת מעשה בית דין בענייננו, אין חולק כי אין תלויה ועומדת תביעה עצמאית של הקטין בעניין ברית המילה.

39. יתרה מזו, דוקטרינת התביעה העצמאית של הקטין מכוונת עצמה לשלב השני של התדיינויות אפשריות בענייני הורים וילדים – לאחר כריתת הסכם גירושין שקיבל תוקף של פסק דין, ובכך עסק פסק הדין בבג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים הנ"ל שאליו מפנה היועץ המשפטי לממשלה בסעיפים 89–91 לעמדתו. אין במעמדו העצמאי של הקטין כדי לצמצם את גבולות הסמכות של בית הדין לדון בענייני הקטין שנכרכו בגירושין כל עוד עניינים אלו תלויים ועומדים בבית הדין. הסוגיה נדונה בבג"ץ 6378/04 גיליאן שרעבי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (2004). בפרשה זו טענה העותרת כי בית הדין הרבני נעדר סמכות לדון בעניין החזקת הילדים – משני טעמים. האחד, כי משהחליט בית הדין הרבני על הגירושין ומשהצדדים אף התגרשו בפועל, פקעה סמכותו של בית הדין להוסיף ולדון בעניין החזקת הילדים. הטעם השני, שלילדים אישיות משפטית נפרדת ואין לפגוע באינטרסים שלהם על ידי התנהגות אפטרופסיהם הטבעיים. בג"ץ דחה את שתי הטענות.

באשר לטענה הראשונה בדבר פקיעת סמכות בית הדין עם הגירושין, נפסק כי משכך הבעל את עניין החזקת הילדים לתביעת הגירושין, הוא הקנה לבית הדין סמכות לדון בתביעה זו. אמנם הלכה היא, שהכריכה אינה מקנה לבית הדין סמכות נמשכת לדון בנושא החזקת

הילדים. אך הלכה זו חלה במקום שבו מדובר בתביעה חדשה שהוגשה לאחר הגירושין, שאז כבר אין מדובר "בסמכות שיפוט ראשונית מכוח כריכה בתביעת גירושין" –

"במקרה שלפנינו, נושא החזקת הילדים נכרך מלכתחילה בתביעת הגירושין והעובדה שבית הדין פיצל את הדיון ודן תחילה בעניין הגירושין, אינה פוגעת בסמכותו להמשיך ולדון בהחזקת הילדים, גם לאחר מתן ההחלטה בעניין הגירושין ואף אם בינתיים הצדדים התגרשו."

באשר לטענה השנייה, שהתבססה על מעמדו העצמאי של הקטין, הסביר בית המשפט, כי אמנם עצם הקניית הסמכות לבית הדין הרבני אינה יכולה לפגוע בזכויות הקטינים, שלהם אישיות משפטית עצמאית, ואינה יכולה לכפוף אותם להסכם שנעשה על-ידי הוריהם בעניין הגירושין, בו הוסדרו אגב כך גם עניינים הנוגעים לקטינים, בכלל זה נושא החזקה, בלא שטובת הילדים נבחנה כנושא אשר עומד בפני עצמו בנפרד מסוגיות הגירושין. אך –

"במקרה שלפנינו אין מדובר בהסכם בין ההורים, אלא בכריכת חד צדדית של אחד הצדדים (הבעל) את נושא החזקת הילדים בתביעת הגירושין, מה שהקנה לבית הדין הרבני (בשונה מבג"ץ 2898/03 ובג"ץ 1019/02) סמכות ראשונית לדון בהחזקת הילדים. בנסיבות אלה גם אין מקום להניח מראש, ועוד בטרם קוים דיון בעניין בפני בית הדין הרבני, שעניינם של הקטינים לא יזכה בדיון בפני בית הדין לתשומת לב ראויה ויידחה מפני שיקולי ההורים בהסדרת הגירושין. להיפך, העובדה שבית הדין כבר סיים לדון בנושא הגירושין, פותחת את הפתח בפני דיון ענייני שיתמקד בטובתם של הילדים בלבד, בלא לערב בעניין זה שיקולים הנוגעים להסדרת ענייני הגירושין שבין ההורים. בכך, כמובן, אין כדי לשלול את זכותם של הקטינים להיות מיוצגים בפני בית הדין הרבני, בנפרד מהוריהם. אם מי מהצדדים יבקש זאת, לא תהא מניעה מלהעלות את הנושא בפני בית הדין, אשר ישקול את הדרך בה יישמר האינטרס העצמאי של הילדים, לרבות האפשרות של מינוי אפוטרופוס-לדין שייצג את הילדים בפני בית הדין הרבני."

ניתן להסיק מן הדברים, כי בתחום 'הסמכות הראשונית' קונה בית הדין הרבני סמכות מכוח הכריכה לדון בעניין שהוצב לפתחו, ואין נפקות באותו שלב למעמדו העצמאי של הקטין. סמכות בית הדין בעניינם של הקטינים אינה נובעת מהסכמת ההורים כי אם מכוח הדין – מכוח כריכת עניינם בתביעת הגירושין לפי סעיף 3 לחוק שיפוט בתי דין רבניים. הכריכה פורשת אפוא את כנפיה אף על הילדים חרף מעמדם העצמאי.

40. הנה כי כן, אין בסוגיית מעמדו העצמאי של הקטין כדי לתרום דבר להכרעה בפרשה דנא. בענייננו מדובר בסמכות ראשונית: בכריכת נושא ברית המילה תוך כדי הדיון בתביעת הגירושין. ההליך טרם הסתיים; בית הדין האזורי הפנה את הקטין לבדיקת רופא מומחה; בית הדין הרבני הגדול הציע כי המומחה ייקבע בהסכמת העותרת – ההליך נמצא בעיצומו, ולבית הדין הרבני מסורה סמכות ראשונית לדון בעניין עד להכרעה סופית.

מי ימנה את המומחה?

41. ער אני לאפשרות כי בית משפט נכבד זה ישקול להחזיר את העניין לבית הדין הרבני כדי למנות מומחה ולהחליט מחדש על פי חוות הדעת במחלוקת לעניין ברית המילה. ייתכן כי בית המשפט הנכבד ישקול למנות בעצמו מומחה כדי לבדוק את טובת הקטין מושא פרשתנו. לפיכך אביא להלן מפסיקת בית המשפט העליון בהקשר זה.

בפרשת בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים נה (1) 453 (1998) קיבל בית המשפט עתירה נגד בתי הדין לאחר שעמד על כך שבית הדין לא בחן כראוי את טובת הילד. בג"ץ החזיר את העניין לבית הדין לדיון מחדש:

"החזרנו את הדיון לבית הדין הרבני האזורי להחלטה חדשה בנושא חינוכו של הבן, לאחר שבית הדין יקבל חוות דעת של מומחים באשר לדרך החינוך הראויה לטובת הבן" (שם, עמ' 456).

גם בפרשת בג"ץ 4238/03 בלה לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נח(1) 481, (2003), לאחר שבג"ץ החליט לקבל את העתירה, הוא הורה כי –

"בית הדין האיזורי יפנה לקבלת תסקיר של פקידת סעד או של גורם מקצועי אחר על מנת שתוצג בפניו חוות דעת בשאלה מהי המסגרת החינוכית הראויה עבור כל אחד מן הילדים. כל עוד לא נתקבלה החלטה אחרת, ימשיכו הילדים להתחנך במסגרות הלימודיות הקיימות" (שם, 489).

לדעתי, זו דרך המלך. אם בג"ץ סבור כי בית הדין חרג מסמכותו בכך שלא יישם נכונה את הדינים הנוגעים לטובת הילד, כי אז על בג"ץ להחזיר את העניין לבית הדין הרבני בליוי הוראות מתאימות. בג"ץ עצמו אינו ערכאה דיונית ואין הוא מוסמך לדון בעצמו בעניין המסור לסמכותו הייחודית של בית הדין הרבני. דיון לגופו של סכסוך בין צדדים שעניינם מסור לבית הדין הרבני חורג מהוראות סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

42. אך אין לכחד כי היו מקרים שבג"ץ ביקש חוות דעת משלימות ממומחים שמינה בית הדין או שבג"ץ מינה בעצמו מומחה בעתירה שהייתה מכוונת נגד בתי הדין הרבניים. בפרשת בג"ץ 11332/03 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים (26.07.2004) עמדו לפני בית הדין הרבני חוות דעת מנוגדות של פקידת הסעד ושל ד"ר מרדכי פרישטיק, ובית הדין העדיף את חוות הדעת של ד"ר פרישטיק. מדובר היה בבני זוג מעולי רוסיה שבעת נישואיהם היו "חוזרים בתשובה", ולאחר הגירושין חזרה האשה בשאלה, והחליטה על דעת עצמה לתת לילדה חינוך חילוני. האב דרש חינוך דתי, והסכים להתפשר על חינוך במוסדות "שובו" שבהם לומדים ילדים ממשפחות חילוניות. בג"ץ הורה (בהחלטה מיום 5.1.04) כי שני המומחים ימסרו לבג"ץ חוות דעת עדכניות, ושוב הייתה מחלוקת בין המומחים. בשלב זה החזיר בג"ץ את הדיון לבית הדין הגדול והמתין להכרעתו – ואין להתפלא על כך שהרי הסמכות העניינית מסורה הייתה לבית הדין הרבני ולא לבג"ץ. פסק הדין של בית הדין הגדול העדיף שוב את חוות דעתו של ד"ר פרישטיק, תוך מתן הנמקה רחבה מאוד (תיק רבני גדול) 2950-23-1 האם נ' האב (כ"ח סיון תשס"ד, 17.06.2004). לאור הנימוקים של בית הדין החליט בג"ץ לדחות את העתירה:

"עיינו בפסק דינו של בית הדין הרבני הגדול. פסק הדין הוא מקיף ורחב. הוא נכתב מתוך רגישות רבה לבעיה האנושית הקשה שבית הדין נתבקש להכריע בה. הוא ניתח את טובת הקטינה מהיבטים שונים. הוא הסתמך על פסיקתו של בית משפט זה. לא מצאנו כל עילה להתערבותנו בפסק דין זה. העתירה נדחת".

במילים אחרות: בג"ץ הורה למומחים שמינה בית הדין הרבני לתת חוות דעת משלימות, ולאחר שאלו ניתנו, החזיר את הדיון לבית הדין למתן פסק דין.

43. בבג"ץ 7098/05 פלונית נגד בית הדין הגדול בירושלים (30.8.2005) הורה בג"ץ בעצמו על קבלת תסקיר פקיד סעד בעניין טובת הקטין. במסגרת הסכם גירושין של בני זוג "חוזרים בתשובה" הוסכם כי הילד ייוותר במשמורת האם ויקבל חינוך חרדי. לימים חזרה האם

בשאלה, והיא ביקשה כי המסגרת החינוכית של הילד המצוי במשמורת תותאם לאורח חייה זה ותהיה אף היא חילונית. בית הדין הרבני האזורי קבע כי האם "הפרה באופן בוטה", את הסכם הגירושין בו התחייבה שהילד יקבל חינוך "חרדי-דתי". האם ערערה על פסק הדין לבית הדין הרבני הגדול, וזה קבע כי יש לקבל את הצעת הפרשה של האב, ולרשום את הילד לאחד משלושה המוסדות שאותם הציע: גן עירוני חב"ד גן לבונה, גן מעון חוה או מרכז חינוכי תורני חורב. בית הדין הוסיף וציין כי אף שלא היו בפניו או בפני בית הדין האזורי חוות דעת מקצועיות בעניין מוסד החינוך התואם את טובת הילד במקרה הנדון, יש לו בכגון דא ניסיון מצטבר המבוסס על חוות דעת מקצועיות שנתקבלו במקרים דומים. בג"ץ פסק כי בית הדין הרבני הגדול צדק בקובעו כי אין לראות בהסכם הגירושין חזות הכול ובצינו כי השיקול המרכזי והראשון במעלה הצריך להנחותו בכל הנוגע לסוגיית שיבוצו של הקטין למוסד חינוכי הוא – טובת הילד. אלא שבמקרים מעין אלו לא ניתן לקבוע מהו המוסד החינוכי המתאים בהסתמך על הניסיון שצבר בית הדין מעיון בחוות דעת מקצועיות במקרים דומים, שכן יש להסתמך על חוות דעת מקצועית המתאימה למקרה הספציפי. בשלב זה בג"ץ מינה בעצמו את המומחה ופסק על חינוך דתי – כהמלצת המומחה:

"נאמנים לגישתנו זו השלמנו את ההחסיר בית הדין במקרה הנדון, ולאחר שקיבלנו את התסקירים שצוינו לעיל, נחה דעתנו כי שילובו של הקטין לעת עתה במסגרת של חינוך ממלכתי-דתי, אכן תואמת את טובתו והיא מהווה מעבר נכון ונטול זעזועים מן המסגרת החינוכית שבה שהה עד כה."

בסיכומו של דבר החזיר בג"ץ את העניין להמשך טיפולו של בית הדין הרבני. (וראו גם בג"ץ 8543/03 פלוני נ' פלונית (28.01.2007), פסקה 4, שם מינה בג"ץ מומחה בהסכמת הצדדים לעניין מגורי ילדה וחינוכה ובסופו של דבר החזיר את העניין לבית הדין הרבני.)

44. בנסיבות הפרשה דנא, מאחר שבית הדין הגדול היה מוכן למנות בעצמו מומחה שיהיה מקובל על האם ומאחר שבג"ץ מתכנס בהרכב מורחב – דבר המכביד בדרך כלל על תיאום מועד לדיון נוסף – נראה לי שהדרך הנכונה תהיה שבג"ץ ימנה בעצמו את המומחה ויורה על החזרת העניין לבית הדין הרבני כדי שיחליט מחדש לאחר קבלת חוות הדעת ותגובות הצדדים לחוות הדעת.

בית דין מיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך

45. טרם אכלה לדבר אתיחס לאפשרות הקמת בית דין מיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך במועצה על א"י 1922–1945. בבג"ץ 6929/10 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (20.3.2013) דחה בית המשפט הנכבד את הרעיון להקים בית דין מיוחד לפי סימן 55 לדבר המלך. אני ער היטב לדברי המשנה לנשיא נאור שם בנושא ולדברים שאמרו שם השופט רובינשטיין והשופט הנדל. ברם, בעוד ששם מדובר היה בשינוי הלכות שהשתרשו בפסיקת בית המשפט העליון, בפרשה דנא מדובר בעניין שטרם פסק בו בית המשפט העליון. למרות שבתי הדין הרבניים אמרו בצורה נחרצת כי הסמכות בידם – דבר שעל פי הפסיקה מקשה על הקמת בית דין מיוחד – אין לראות זאת כמחסום בלתי עביר. הראיה: כבר היה לעולמים שבית המשפט העליון העביר ביזמתו עניין להכרעת בית דין מיוחד: בד"מ 1/50 סידים נ' יו"ר ההוצל"פ, ירושלים, פ"ד ח 1020, 1023 מול האות ד'. אציין כי לולא עמדת היועץ המשפטי לממשלה לא הייתי מציע זאת, מאחר שבמושכל ראשון גם אני סברתי, כמו בתי הדין הרבניים, שלא צריך להיות קושי בקביעת סמכות בית הדין הרבני לדון בעניין עריכת הברית כמו בכל עניין אחר שנכרך במפורש בתביעת גירושין. ואולם עקב עמדת היועץ המשפטי

לממשלה, ומאחר ואין פסיקה מפורשת בעניין, ולנוכח רגישות העניין העומד על הפרק, מן הראוי לשקול זאת בכובד ראש.

46. ארשה לעצמי בטרם חתימה עוד קמצוץ של "דבר תורה". העותרת טוענת כי יש להשאיר את ההחלטה אם לעשות ברית מילה בידי הקטין לעת שיהיה בגיר. המציאות היהודית מלמדת כי אבות יהודים העורכים ברית מילה לבניהם מאשררים בכך את הסכמתם לברית שנערכה להם בהיותם בני שמונה ימים. וכך בא הדבר לידי ביטוי בפסוקי "הרחמן" שנהוג לאומרם בסיום ברכתהמזון לאחר סעודת ברית המילה:

הֶרְחַמֵּן הוּא יִבְרַךְ אָבִי הַיֵּלֵד וְאִמּוֹ,
וַיִּזְכּוּ לְגַדְלוֹ וּלְחַנּוּכּוֹ וּלְחַכְמוֹ,
מִיּוֹם הַשְּׁמִינִי וְהַלְאָה יִרְצָה דָמוֹ,
וַיְהִי יְיָ אֱלֹהֵינוּ עִמּוֹ. אֲמֵן.

הֶרְחַמֵּן הוּא יִבְרַךְ בְּעַל פְּרִית הַמִּלָּה,
אֲשֶׁר שָׁשׁ לַעֲשׂוֹת צְדָק בְּגִילָה,
וַיִּשְׁלַם פְּעָלוֹ וּמִשְׁכַּרְתּוֹ כְּפוּלָה,
וַיִּתְּנָהוּ לְמַעַלָּה לְמַעַלָּה. אֲמֵן.

הֶרְחַמֵּן הוּא יִבְרַךְ רֵךְ הַנְּמוּל לְשִׁמוּנָה,
וַיְהִיוּ יָדָיו וְלִבּוֹ לְאֵל אֲמוּנָה,
וַיִּזְכֶּה לְרֵאוֹת פְּנֵי הַשְּׁכִינָה,
שְׁלוֹשׁ פְּעָמִים בְּשָׁנָה. אֲמֵן.

דרשנים שואלים מדוע בעל ברית המילה – הוא האב – זכאי ל"משפחתו כפולה"? ומשיבים: אין לדעת בשעת מעשה כדבר מוחלט אם הילד הנימול אכן מעוניין בברית, שהרי לא שואלים לדעתו. מתי אפשר להיוודע כי הנימול היה באמת מעוניין בברית שערכו לו – בעת שהאב עורך ברית לבנו. או אז נודע כי הברית שערכו לו הוריו בילדותו הייתה לרצונו. לכן, בשעת עריכת הברית לבן זכאי האב למשכורת כפולה, אחת על הברית שערך לבנו ואחת על אשרור הסכמתו לברית שנערכה לו בילדותו.

כאמור, ברית מילה לילד היא מצווה שעושים אותה כל ישראל בשמחה ובהדר. היא טובתו של ילד יהודי באשר הוא; היא זכותו של ילד יהודי באשר הוא. הכפייה בעניין זה היא אך לזרא. מי ייתן והעותרת תחגוג בשמחה ובטוב לבב יחד עם אבי הבן את עריכת ברית המילה לילדם הקטן, ויתקיים בהם: הֶרְחַמֵּן הוּא יִבְרַךְ אָבִי הַיֵּלֵד וְאִמּוֹ, וַיִּזְכּוּ לְגַדְלוֹ וּלְחַנּוּכּוֹ וּלְחַכְמוֹ!

47. לאור האמור בתגובתי המוקדמת ולאור האמור לעיל, דעתי היא שיש לדחות את העתירה בכפוף לאמור בסעיף 44 ו-45.

בס"ד, כ"ג באדר א תשע"ד (23/2/14).

הרב שמעון יעקבי, עו"ד
היועץ המשפטי לשיפוט הרבני