



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1555/05

בפני: כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ד' ברלינר

העותר: יחזקאל לוי

נגד

המשיבים: 1. בית הדין הרבני האזורי מחוז תל-אביב
2. בית הדין הרבני הגדול
3. רבקה לוי

עתירה למתן צו על תנאי

בשם העותר: בעצמו

בשם המשיבים 1-2: עו"ד שמעון יעקבי

בשם המשיבה 3: עו"ד רחל לוברמן

פסק-דין

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. לפנינו עתירה לביטול פסק גירושין שהוציא בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, בהרכב של שני דיינים, בטענה כי ניתן בהרכב חסר, וכן לביטול פסק דינו של בית הדין הרבני גדול, אשר דחה את ערעור העותר על פסק דין זה.

הרקע העובדתי

2. העותר והמשיבה 3 (להלן - המשיבה) נשואים זה לזו משנת 1988, והם הורים לשתי בנות. ביום 20.11.01 הגישה המשיבה, לראשונה, תביעת גירושין, בבית הדין

הרבני האזורי בתל אביב. תביעתה נדחתה בפסק דין שניתן בידי שני דיינים, משנקבע כי אין בידי המשיבה הוכחות לביסוס טענותיה כנגד בעלה.

3. ביום 9.12.03 הגישה המשיבה תביעת גירושין חדשה. הדיון בה, אשר התקיים ביום 2.3.04, נערך בפני אותו מותב שני הדיינים - הרב נחום שיינין והרב שמעון מלכה. בתחילת אותו דיון, העלה העותר טענה מיקדמית לפיה אין מקום לדון בתביעה בהרכב חסר אשר ישב לדין. בית הדין הורה לעותר לנמק בכתב מדוע אין לדון בתביעה בהרכב שניים, ואיפשר למשיבה להגיב על כך. כן נקבע, כי אם יוחלט שיש מקום לדון בתביעה בהרכב כאמור, יתקיים הדיון במועד מאוחר יותר.

4. ביום 8.6.04 התקיים דיון נוסף בתביעת הגירושין, וגם בפעם זו בפני הרבנים שיינין ומלכה. בפרוטוקול הדיון צויין כי הצדדים מקבלים עליהם את בית הדין בהרכבו הנוכחי. הפרוטוקול מלמד עוד כי באותו דיון טענו הצדדים לגופה של תביעת הגירושין.

5. פסק הדין בתביעה ניתן ביום 13.6.04, והוא חתום בידי הרבנים שיינין ומלכה. מפאת חשיבותו נביאו כלשונו:

"לאחר שמיעת דברי הצדדים, שקיבלו על עצמם את ביה"ד בהרכבו הנוכחי בדיון האחרון, ולאור כל החומר שבפנינו בנסיבות הנוכחיות, ולאור האמור בתסקיר לשכת הרווחה מיום ט"ז תמוז תשס"ג, ולאחר שנראה לביה"ד שאין רצונו של הבעל בשלום בית, אי לכך ביה"ד מחליט ופוסק: בנסיבות אלו, על הצדדים להתגרש".

6. העותר ערער על פסק הדין לבית הדין הרבני הגדול, ובית הדין (בהרכב הדיינים הרב שלמה דיכובסקי, הרב שלמה בן שמעון, והרב עזרא בר שלום) אישר ביום 28.11.04 את פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי, בזו הלשון:

"שמענו את דברי המערער, ולא מצאנו בדבריו כל עילה לביטול פסק הדין. הצדדים הסכימו במפורש להרכב חסר, כך נאמר בפרוטוקול ביה"ד האזורי, ואין לנו סיבה לפקפק בכך. טענת המערער כי רצונו בשלום בית, אינה סבירה בנסיבות שבהן מתגוררים הצדדים בחדרים נפרדים, ואין כל מגע ביניהם מעבר לדיונים משפטיים. אכן, המערער אישר בפנינו, כי אמר בעבר שלא ייתן גט לאשתו כל חייו. זו אמירה קשה מאוד, המצביעה על

אדם שגמר אומר להחזיק באשתו בכוח, ולמנוע ממנה את חירותה, ויהי מה. הדברים אינם עומדים לזכותו, ולהיפך, מצביעים באופן ברור על הכיוון היחיד שהוא גירושין. הערעור נדחה. בית הדין האזורי מתבקש להמשיך בדיונים, כדי שהמערער ייתן גט לאשתו. הדיונים בבית הדין האזורי יתנהלו בהרכב מלא".

7. בחלוף כחודשיים לאחר מתן פסק הדין בערעור, הגישה המשיבה בקשה לבית הדין הרבני האזורי למתן צווי הגבלה לפי חוק בתי הדין הרבניים (קיום פסק דין של גירושין). התשנ"ה-1995, ובסמוך לאחר מכן הגישה גם תביעה לבית המשפט לענייני משפחה למזונות מדין מעוכבת.

8. בעתירה זו מבקש העותר כי נורה על ביטול פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי מאחר שניתן בהרכב שני דיינים, וכן על ביטול פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בערעור, אשר אישר את תוקפו של פסק הדין, ועל החזרת הדיון להרכב אחר בבית הדין הרבני האזורי, לצורך ניהולו מבראשית.

9. בעקבות דיון בעתירה, ניתן צו על תנאי בבית משפט זה, המורה למשיבים ליתן טעם מדוע לא יבוטלו פסקי הדין של בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הרבני הגדול.

טענות הצדדים

10. טענתו העיקרית של העותר היא, כי פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בטל מעיקרו מאחר שניתן בהרכב חסר, ותוך חריגה מסמכות. הטענה היא, כי מוטל על בית הדין הרבני לדון בשלושה דיינים בכל שלבי הדיון, החל בשמיעת הטענות וכלה במתן פסק הדין. על כן, בקיום דיון בהרכב המונה שני דיינים בלבד, חרג בית הדין הרבני מסמכותו, והוציא מתחת ידו פסק דין הנגוע בפגם היורד לשורש סמכותו. פגם כזה אינו בר-תיקון, בין על-ידי שתיקת בעל דין, ובין על-ידי הסכמה מפורשת או מכללא להרכב חסר. יתר על כן, העותר טוען כי הוא דרש בתחילת ההליך לקיים את הדיון המשפטי בהרכב מלא, אך לא נענה. הפגם המהותי שנפל בפסק דינו של בית הדין הרבני האזורי עקב קיום הדיון וההכרעה במושב חסר מחייב, לטענת העותר, גם את תוצאת בטלות פסק דינו של בית הדין הגדול, אשר אישר את אותו פסק דין.

לגוף הענין טוען העותר, כי לא היה מקום לדיון בתביעת הגירושין השניה שהגישה האשה, באין טענות עובדתיות, או ראיות חדשות, שנוספו מאז נדחתה תביעת הגירושין הראשונה. הוא מעלה גם טענות בעלות אופי דיוני, ובכללן, כי לא קיבל את תגובת המשיבה לטענה הטרומית ששטח בפני בית הדין הרבני האזורי בדיון שהתקיים ביום 2.3.04. בנוסף, טען כי שגה בית הדין הרבני האזורי באופן ניהול ההליך, שכן לא נשמעו עדים, והדיינים חקרו בעצמם את בעלי הדין. כן נטען, כי פסק דינו של בית הדין אינו כולל את העובדות החשובות, את טענות הצדדים ואת ההנמקה להכרעה, כפי שנדרש לכלול.

11. המשיבה טוענת כי יש לדחות את העתירה. לדבריה, ניתן לדחותה על הסף, בשל חוסר ניקיון כפיו של העותר, אשר לא ביקש את ביטול שני פסקי דין בעניינם של בני הזוג, שניתנו על-ידי בית הדין הרבני האזורי בהרכב חסר, אך בשל כך שתוצאותיהם הניחו את דעתו. כמו כן, שלא כטענת העותר, בפתח הדיון, שלאחריו ניתן פסק הדין נשוא העתירה, קיבלו הצדדים בהסכמה את הרכבו החסר של בית הדין, והסכמה זו מרפאה את הפגם. לטענתה, הפסיקה לפיה אין להכיר בהסכמת בעלי הדין למותב חסר כמרפאה את הפגם נוגעת לדיונים שיפוטיים שנערכו לפני תיקון מספר 11 לחוק הדיינים, התשט"ו-1955 (להלן - חוק הדיינים או החוק). תיקון זה קובע כי בית הדין הרבני האזורי מוסמך לדון בהרכב של דיון אחד בכל עניין עליו הסכימו בעלי הדין. מקל וחומר, כך לטענת המשיבה, כי ניתן לדון בהסכמה בעניין כזה בהרכב של שני דיינים.

לגוף הענין טוענת המשיבה, כי ניתן היה להגיש את תביעת הגירושין השניה, בשים לב לטענות העובדתיות החדשות שנוספו מאז הוגשה התביעה הראשונה. חרף בקשת העותר מבית הדין לדחות את תביעתה השניה על הסף, החליט בית הדין לדון בה. העותר לא ביקש לחקור את המשיבה, או להביא הוכחות נוספות מטעמו, ועל כן רשאי היה בית הדין ליתן את פסק דינו על בסיס החומר שהובא לפניו. פסק הדין מנומק בהנמקה קצרה, אך מספקת.

12. עמדת היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים, עו"ד שמעון יעקבי, היא כי מקום בו מוסמך בית הדין הרבני על-פי החוק ליתן החלטה בדיון אחד, מוסמך הוא ליתן החלטה בהרכב שני דיינים, כמו כן, הוא הודיע לבית המשפט כי הנהלת בתי הדין הרבניים פועלת לתיקון החקיקה, אשר תעגן עקרון זה במפורש בחוק.

13. מושכלות ראשונים הם כי התערבות בית משפט זה בהחלטות בתי דין רבניים מוגבלת למקרים קיצוניים של חריגה מסמכות, פגיעה בעקרונות צדק טבעי, סטייה מהוראות חוק המכוונות לבית דין דתי, או כאשר נדרש סעד מן הצדק, מקום שהענין אינו בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר (סעיפים 15(ג) ו-ד(4) לחוק יסוד: השפיטה; בג"צ 5182/93 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות, פד"י מח(3) 1, 6-8 (1994); בג"צ 1842/92 בלויגרונד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פד"י מו(3) 423, 438 (1992); בג"צ 8638/03 אמיר נ' ביה"ד הרבני הגדול (לא פורסם, 6.4.06) (להלן - פסק דין אמיר)).

14. פרשה זו מעלה לדיון סוגיה של חריגה מסמכות פונקציונלית של בית הדין הרבני בהקשר לדיון והכרעה בתביעת גירושין במותב חסר הבנוי על שני דיינים. עילה של חריגה מסמכות פונקציונלית מצויה בגדר העניינים בהם מופעלת ביקורת שיפוטית של בית משפט זה על בית הדין הרבני.

15. השאלות העומדות להכרעתנו הן שלוש:

האחת - האם מוסמך בית הדין הרבני לנהל את דיוניו, ולקבל את הכרעותיו בהרכב של שני דיינים?

השניה - האם הסכמת בעלי הדין, במפורש או על דרך ההתנהגות, עשויה לרפא פגם של הרכב שיפוטי חסר?

השלישית - מקום שנפל פגם מהותי בהרכב חסר של בית הדין, האם תוצאתו היא בהכרח בטלות מעיקרא של ההליך, או שמא יש להחיל על ענין זה את עקרון "הבטלות היחסית", ואם כן, מה נפקותו של עקרון זה במקרה שלפנינו.

דיון בבית הדין הרבני בהרכב חסר

16. בית הדין הרבני מהווה ערכאת שיפוט ממלכתית, אשר הוקמה מכוח חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953 (להלן - חוק שיפוט בתי דין רבניים). חוק זה הוא המקנה לבית הדין הרבני את כוחו ואת סמכויותיו. בהיותו ערכאת שיפוט

ממלכתית, מוגדרים גבולות סמכותו של בית הדין על-פי חוק המדינה. בדומה לכל ערכאת שיפוט ממלכתית, כך גם לבית הדין הרבני, אין אלא את אותן סמכויות וכוחות שיפוט שחוק המדינה העניק לו. "החוק הוא שהקימה, הוא שהגדיר את סמכויותיה, והוא שייחדן לה" (פסק דין אמיר, שם, בפסקה 12).

17. בהקנתו סמכויות שיפוט לערכאות המשפט טומן החוק בחובו גם מגבלות של כוח השיפוט, שכן כל סמכות אשר לא הוקנתה לערכאת השיפוט ממילא מצויה מעבר לכוחה ולסמכויותיה. זהו, בתמצית, גרעין עקרון החוקיות, הנמנה על מאפייני השלטון הדמוקרטי, אשר עליו מושתתת חוקיות פעולתה של מערכת השלטון, וערכאות השיפוט בכלל זה.

18. בבחינת גדרי סמכותו של בית הדין הדתי, ההנחה היא כי נתונות בידו הסמכויות שהוענקו לו בחוק, כפי שאלה פורשו בהלכה הפסוקה, ואין לו אלא את אשר הדין נתן בידיו (בג"צ 26/51 מנשה נ' יו"ר וחברי בית הדין הרבני בירושלים, פד"י ה' 714, 719 (1951); בג"צ 3269/95 כץ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פד"י נ(4) 590, 602 (1996) (להלן - פרשת כץ)). "זהו תמציתו של עקרון החוקיות, העומד בבסיס המינהל, ובבסיסה של מערכת השיפוט" (פרשת כץ, שם, בעמ' 607). עקרון זה חל על מערכת השיפוט על כל שלוחותיה, בהיותה בנויה על נורמות משותפות המאחדות אותה, ועל עקרונות דומים החלים על שופטים ודיינים, אשר אלה כאלה נימנים על הרשות השופטת (בג"צ 732/84 חה"כ צבן נ' השר לענייני דתות, פד"י מ(4) 141, 152 (1986)).

19. ההסדר הסטטוטורי הקובע את הרכב המותב הנדרש לדון בענין מסוים נגזר במישרין מהסמכות הפונקציונלית. ואכן, חוק יסוד: השפיטה, שהוא דבר חקיקה בעל מעמד-על חוקתי, קובע בסעיף 23(7) לו כי "העניינים שבהם ידונו בתי המשפט לדרגותיהם בשופט אחד, בשלושה או ביותר" ייקבעו בחוק.

20. סטייה מדרישת החוק בדבר מספר שופטי המותב בערכאה השיפוטית הדנה מהווה חריגה מסמכות פונקציונלית. החלטה שיפוטית הניתנת בעקבות דיון בהרכב חסר נגועה בפגם היורד לשורש הסמכות הפונקציונלית (בג"צ 7/83 ביארס נ' בית הדין הרבני האזורי חיפה, פד"י לח(1) 673, 687 (1984) (להלן - ענין ביארס)). כבר מקדמת דנא התייחסה ההלכה הפסוקה לדיון בהרכב חסר כנגוע בפגם היורד לשורש הסמכות, ולהחלטה הניתנת על-ידי הרכב כזה כנטולת סמכות וכבטלה מעיקרא (בג"צ 3520/95

צוברת נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פד"י נ(5) 50, 53 (1996) (להלן - ענין צוברת)).

וכבר נאמר:

"לדיון בבית הדין האזורי בהרכב חסר השלכה מרחיקה... הרכב חסר הינו הרכב חסר סמכות פונקציונלית. פסק דין שניתן בעקבות דיון, ולו גם דיון חלקי בהרכב חסר הינו בטל ומבוטל. אין לו תקנה ומרפא..." (בג"צ 1750/91 מסלתי נ' בית הדין הרבני האזורי, פתח-תקווה, פד"י מה(5) 360, 362 (1991) (להלן - ענין מסלתי)).

21. החובה לקיים דיון שיפוטי בהרכב מלא משתרעת באורח רציף על כל שלבי הדיון השיפוטי עצמו, ועל שלב ההכרעה והחתימה על פסק הדין (ע"א 410/85 חמד נ' חמד, פד"י מ(1) 110 (1986)). כך למשל, החלטה הניתנת על-ידי הרכב שופטים שונה מזה שניהל את מהלך הדיונים הינה החלטה שיש בה פגם (ענין צוברת, שם, בעמ' 54; יצחק זמיר "הרכב חסר בבתי דין מינהליים" משפטים ד 585, 608 (תשל"ב-לג)). מעבר לפגם המהותי בסמכות השיפוטית, גם "הצדק ומראית פני הצדק עלולים להיפגע מקום בו פסק הדין ניתן על ידי הרכב שונה מזה שהתורשם מחומר הראיות בתיק" (ענין צוברת, שם, בעמ' 54; וכן בג"צ 10769/03 הרשקוביץ נ' בית הדין הרבני האזורי פתח תקווה, פד"י נח(4) 272, 275-276 (2004) (להלן - ענין הרשקוביץ)).

22. מדברים אלה עולה המסקנה הבאה: דרישת החוק ביחס לגודל המותב האמור לדון בענין פלוני מחייבת, ויש לקיימה ככתבה וכלשונה. סטייה מדרישה זו פוגמת פגימה מהותית דיון שיפוטי שנתקיים והכרעה שיפוטית שנתקבלה, ועשויה לגרור אחריה תוצאה של בטלות מעיקרא של הליכים שיפוטיים אלה. את דרישת החוק בענין גודלו של ההרכב יש לקיים לאורך כל ההליך השיפוטי, ובכלל זה בשלב ההכרעה והחתימה על פסק הדין. דרישה זו יורדת לשורש סמכותה הפונקציונלית של הערכאה השיפוטית, והיא מהותית לקיומה (השוו אליאב שוחטמן "דיון בהרכב חסר ופסיקה לקויה בשאלת טובת הילד בבית הדין הרבני - עילה להתערבות בג"צ?" משפטים טו 287 (תשמ"ו)).

דרישת הרכב הדיינים בבתי הדין הרבניים

23. דרישת הרכב הדיינים בבתי הדין הרבניים מעוגנת בסעיפים 8(ה) ו-1(ה) לחוק הדיינים, הקובעים כדלקמן:

- ”(ה) בית דין רבני אזורי ידון בשלושה; אולם בענין מן העניינים הבאים, שקבע השר בתקנות בהסכמת נשיא בית הדין הרבני הגדול, ובאישור ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, הוא ידון בדיין אחד, אם לא הורה נשיא בית הדין הרבני הגדול הוראה אחרת לענין מסוים:
- (1) עניינים שלא על ריב;
 - (2) צווים לעיקול נכסים או לעיכוב יציאה מהארץ;
 - (3) כל ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שידון בדיין אחד;
 - (4) ענייני סדר ומינהל;
 - (5) עניינים הנדונים במעמד צד אחד.

(ה) בבית הדין הרבני הגדול ובבית הדין הרבני האזורי, במשפטים בהם הוא דן בשלושה, תהא ליושב ראש בית הדין, על אף האמור בסעיפים קטנים (ב) ו-1(ה), הסמכות לדון לבדו בבקשות לצווי ביניים, לצווים זמניים, ולהחלטות ביניים אחרות, וכן בענייני סדר ומינהל, ורשאי הוא להסמיך לדון בעניינים כאמור חבר אחר של בית הדין”.

24. עיקרו של חוק הדיינים הוא כי בית הדין הרבני האזורי דן בשלושה, בכפוף לכך שבעניינים מסויימים שפורטו בו ידון בדיין אחד, אם נקבע כך בתקנות. דברי ההסבר לחוק הבהירו את הרקע לתיקון:

”בשל מחסור בדיינים, נאלץ בית הדין, לעיתים, לשבת בהרכב חסר באותם עניינים אשר דין תורה מתיר זאת, וכאשר הצדדים הסכימו לכך. ואולם בית המשפט העליון קבע כי נוכח הוראת החוק הקיימת, אין תוקף להחלטה של בית הדין בהרכב חסר, אף כשהצדדים הסכימו לו. מוצע להסמיך את בית הדין הרבני האזורי לדון בדיין אחד בעניינים המנויים בהצעה... הצעה זו נועדה לייעל את ההליכים בבתי הדין הרבניים האזוריים” (הצעת חוק הדיינים (תיקון מס' 11), התשמ"ח-1988, הצ"ח 1898, 268).

25. בתקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), תש"ן-1990 (להלן - תקנות הדיינים), נקבעה שורה של עניינים שבהם רשאי בית הדין הרבני לדון בדיין אחד, במסגרת החוק המסמיך.

26. נציין עוד, כי ערכאות השיפוט הרבני מונחות גם על-פי תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל, התשנ"ג (להלן - תקנות הדיון), שהותקנו על-ידי מועצת הרבנות הראשית לישראל וחבר דייני בית הדין הרבני הגדול.

בהוראות הרלבנטיות לענייננו, קובעות תקנות הדיון כי "בית-דין יושב בהרכב של שלושה דיינים, להוציא מקרים שבהם רשאי בית הדין לדון, מבחינת ההלכה, בפחות משלושה" (תקנה ד(1)). בהמשך התקנות, מפורטים מקרים בהם רשאי בית דין אזורי לדון בהרכב של פחות משלושה, ואלה הם: עניינים שלא על ריב; צווים לעיקול נכסים; עניין שהסכימו עליו הצדדים, כאשר על-פי ההלכה, ניתן לוותר על הרכב שלושה; ענייני סדר ומינהל; עניינים הנדונים במעמד צד אחד (תקנה ד(2)). עוד קובעות התקנות, כי "כל החלטה וכל פסק דין יחתמו על-ידי כל הדיינים שישבו בדין" (תקנה קיא(1)); וכי "כל החלטה, למעט החלטה דיונית, שניתנה תוך מהלך המשפט, צריכה להיות כתובה ומנומקת" (תקנה קיד).

27. חשוב להבהיר, כי תקנות הדיון כפופות לחקיקה הראשית החלה על בתי הדין, ואינן יכולות לחרוג ממנה. לפיכך, כל הסדר בתקנות הדיון החורג מהוראות החוק הראשי איננו תקף מבחינה משפטית. ההסדר המחייב מבחינה משפטית הוא זה הקבוע בסעיפים 8(ה) ו-1(ה) לחוק הדיינים, והוא היוצר את המסגרת הנורמטיבית המחייבת לצורך קביעת הרכבי בית הדין הרבני בעניינים השונים שבתחום שיפוטו.

28. מכל האמור עולה, אפוא, כי הרכב הדיינים האמור לדון בענין פלוני מוסדר באופן מלא בחוק הדיינים ובתקנות הדיינים. ככלל, ההרכב הנדרש מונה שלושה דיינים. בצד כלל זה, נקבעו מספר חריגים שפורטו בחוק, אשר מאפשרים, בהתקיימם, דיון שיפוטי בהרכב של דיון אחד.

29. הדיון וההכרעה בבית הדין הרבני בהרכב שני דיינים בלבד איננו מוכר, בין בחוק הדיינים, ובין בתקנות הדיינים שהותקנו על-פיו. הוא חורג חריגה מהותית מההסדר החקיקתי המסדיר את סוגיית הרכב בית הדין הרבני. מטעם זה, דיון והכרעה בבית הדין הרבני בהרכב שני דיינים נגוע בפגם מהותי היורד לשורש הסמכות הפונקציונלית של בית הדין, ומביא לבטלותם של ההליכים, לרבות הכרעה שניתנה במסגרתם (השוו חוות דעת נציבת תלונות הציבור על שופטים, ט' שטרסברג-כהן מיום 6.6.06 מס' 508/04, מס' 573/04, מס' 448/05 ועוד).

הסדרים סטטוטוריים ספציפיים המאפשרים דיון במותב של שניים בערכאות שיפוט שונות

30. מעבר לנדרש יצויין, כי המחוקק הכיר במפורש, בהקשרים שונים, ובערכאות שיפוט שונות, באפשרות לקיים דיון, או להשלים דיון וליתן הכרעה בהרכב שניים, גם במקום שהענין מחייב בדרך כלל דיון במותב שלושה. עם זאת, אפשרות כזו מחייבת הסדר חקיקתי מפורש. כך, למשל, סעיף 18(א) לחוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969 קובע כי בית הדין האזורי ידון בשלושה, שהם שופט כאב בית דין ושני נציגי ציבור. בנסיבות מסוימות, יכול לדון השופט כדן יחיד (סעיף 18(ב) ו-18(ג)). סעיף 22 לחוק זה קובע כי, אם לא הגיע נציג ציבור לדיון בבית הדין לעבודה, רשאי בית הדין, מנימוקים שיירשמו, לקיים את הדיון בהעדרו. כן נקבע באותו הקשר כי אם "נשאר המותב במספר זוגי, והיו הדעות שקולות, תכריע דעתו של אב בית הדין"; סעיף 6א(א) לחוק הקאדים, התשכ"א-1961, קובע כי "בית הדין השרעי לערעורים ידון בשלושה, ואולם אם מספר הקאדים המכהנים בו פחת משלושה או שנבצר מאחד מהם לשבת בדין, רשאי בית הדין לערעורים לדון בשניים". סעיף 8(א) לחוק בתי הדין הדתיים הדרוזיים, תשכ"ג-1962 קובע כי "בית דין ידון בשלושה, אולם אם מספר הקאדים מד'הב המכהנים בו פחת משלושה, או שנבצר מאחד משניים מהם למלא תפקידם, רשאי בית הדין לדון באחד". הוראה דומה קיימת בס"ק (ב) לגבי בית הדין לערעורים: "בית הדין לערעורים ידון בשלושה, אולם אם מספר הקאדים מד'הב המכהנים בו פחת משלושה או שנבצר מאחד מהם למלא תפקידו, רשאי בית הדין לערעורים לדון בשניים" (ראו גם סעיף 18(ג) לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961; סעיפים 27 ו-28 לחוק שמאי מקרקעין, תשס"א-2001; וסעיפים 16 ו-17 לחוק בתי דין מינהליים, תשנ"ב-1992).

31. ההסדרים החקיקתיים המאפשרים במקרים מסויימים חריגה מחובת דיון והכרעה בהרכב שלושה, קשורים קשר הדוק בצרכים מעשיים שנוצרו אגב הדיון השיפוטי, בין עקב נבצרות, ובין מטעמים אחרים. בכל מקרה אחר שאינו מוסדר באופן מפורש בחוק, דיון בהרכב שונה מכפי שנקבע בחוק אינו נשען על תשתית סמכות נורמטיבית, ומתנהל בהעדר סמכות פונקציונלית. אכן, "בית משפט או בית דין הדנים בעניין פלוני, חייבים לדון בו על-פי ההרכב הקבוע בחוק. משנקבע המותב, אין לדון בו בהרכב חסר. כלל גדול הוא, כי בית משפט יכול לפעול רק במלוא ההרכב שנקבע לו בחוק" (בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פד"י מט(1) 661, 711 (1995); ע"א 2518/02 סמיון נ' שר הבריאות, פד"י נז(1) 778, 784 (2003) (להלן - ענין סמיון)).

32. הסוגיה הנוגעת להרכבים חסרים של גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים מעלה, בעיקרה, צורך באיזון בין שתי מגמות סותרות: מחד - הצורך הבסיסי לדון ולהכריע

בעניינו של אדם במותב שלם, תוך שיתוף כל חברי ההרכב בשיקול הדעת ובחשיבה המתחייבים לצורך הכרעה. בענין זה, אין הרי משקל מותב שלושה כמותב של דן יחיד או מותב שניים, והדבר בולט במיוחד כאשר גורלו האישי של בעל הדין עשוי להיות מושפע מתוצאות ההכרעה. מנגד, יש לתת משקל למגמה האחרת שיסודה בשיקולי יעילות דיונית וצורך להתמודד עם אילוצים טכניים רבים הכרוכים בהפעלת המערכת השיפוטית. המתח הקיים בין החשיבות שיש לייחס לקיום הליך שיפוטי בהרכב שלם לבין האילוצים הדיוניים המחייבים פתרונות מעשיים, מוליד איזונים שונים בהסדרים החקיקתיים הנוגעים למותבים בערכאות השיפוט למיניהן, בהתאם לטיב הענין הנדון, לעוצמת ההשפעה על גורלו של האדם שעניינו עומד להכרעה, ותוך התחשבות באינטרס המערכתי הכולל (עש"מ 9345/05 מדינת ישראל נ' חסון (לא פורסם), 13.11.07) (להלן - ענין חסון); על"ע 11/86 בן-חיים נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב-יפו, פד"י מא(4) 99 (1987) (להלן - ענין בן-חיים)).

33. אין הכרח בעניינו לרדת לעומק משמעותה והשלכותיה של הגישה התומכת במתן אפשרות לקיים, בנסיבות מסוימות, דיון שיפוטי וליתן הכרעה שיפוטית בהרכב שניים - בין בבית הדין הרבני ובין בערכאות השיפוט הרגילות. לפי התפיסה שהיתה מקובלת עד כה, הרכבים בערכאות שיפוטיות בנויים בדרך כלל, משופט אחד או ממספר גדול יותר, בלתי זוגי, של שופטים. מתכונת זו מאפשרת מיזוג בין צרכים מעשיים של מערכת המשפט עם מתן מענה לצרכי הדינמיקה הטבעית בקבלת הכרעות שיפוטיות, כאשר קיים שוויון בסיסי במשקל דעות השופטים, ונדרשת הכרעת רוב ומיעוט במקרה של חילוקי דעות. הרכב זוגי של שופטים או דיינים עלול להביא באופן טבעי לקושי בתהליך קבלת ההכרעה כאשר אין אחדות דעים, או, לחלופין, לחייב סטייה מהותית מעקרון שוויון המשקל הניתן לדעות השופטים, או לחייב צירוף שופט או שופטים להרכב, כאשר נתגלעו חילוקי דעות בהרכב בעל מספר זוגי בשלב ההכרעה. כנגד קשיים אלה בהליך קבלת ההחלטה השיפוטית, עומדים שיקולי ייעולה של מערכת השיפוט על כל ערכאותיה, בעיקר נוכח עומס ההליכים ההולך וגובר, המביא עמו עיכובים משמעותיים במועדי דיונים ומתן הכרעות שיפוטיות. יש להניח כי סוגיות מהותיות אלה הנוגעות להיקף המותב המוסמך לדון במחלוקת שיפוטית מסוימת תתבררנה בשעתן ובמקומן.

34. לענין השאלה הראשונה שהצבנו, קרי: האם מוסמך בית הדין הרבני לנהל את דיוניו, ולקבל את הכרעותיו בהרכב של שניים, התשובה היא בשלילה. החוק המסמך והתקנות שהותקנו על-פיו הם הקובעים את הרכב המותב של הערכאה השיפוטית

המוסמך לדון בענין פלוני. כך ביחס לבית משפט רגיל וכך ביחס לבין בית דין רבני. לא ניתן לסטות מקביעות החוק והתקנות בענין זה, וסטייה כזו מהווה פגיעה מהותית בסמכות הפונקציונלית של ההרכב הדין, ומכתימה את ההליך כולו בפגם מהותי. קביעות החוק והתקנות הנוגעות להרכב הנדרש פורשות כנפיהן על כל שלבי הדיון, ובכללם - על שלב הטיעון, ושלבי ההוכחות, ההכרעה והחתימה על פסק הדין (בג"צ 1135/02 וזגיאל נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פד"י נו(6) 14, 19 (2002) (להלן - ענין וזגיאל); ענין הרשקוביץ, שם, בעמ' 275-276; ענין צוברא, שם, בעמ' 53-54; בג"צ 6334/96 אליהו נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב, פד"י נג(2) 153, 168-169 (1999) (להלן - ענין אליהו, שם, בעמ' 170)).

דיון והכרעה בהרכב שניים מקום שהחוק מחייב הרכב שלושה נגועים בפסול מהותי, ותוצאתם המשפטית היא בטלות.

הסכמת בעלי הדין להרכב שונה מהקבוע בדין

35. שאלה היא, האם הסכמת בעלי הדין לדיון והכרעה שיפוטיים בהרכב שונה מן המתחייב בחוק או בתקנות על-פיו, עשויה לגבור על הפגם שנפל בסמכות הפונקציונלית של ערכאת השיפוט.

36. התשובה לשאלה זו היא בשלילה.

במסגרת עקרון החוקיות, אין נפקות להסכמת הצדדים בענין הנוגע לסמכות פונקציונלית של ערכאה שיפוטית, אלא אם ובמידה שהחוק עצמו נתן תוקף ומשקל להסכמה כזו. כך למשל היה החוק נכון להכיר בהסכמת הצדדים כגורם העשוי להקנות סמכות שיפוט לבתי הדין הרבניים בעניינים של מעמד אישי שלגביהם לא הוקנתה לו סמכות ייחודית (סעיף 9 לחוק שיפוט בתי דין רבניים; פסק דין אמיר, שם, פסקאות 13, 15). לעומת זאת, בעניינים שבהם לא נתן החוק משקל נורמטיבי להסכמת הצדדים, אין להסכמה כזו תוקף כאמצעי המכשיר סטייה מהסדר חקיקתי מחייב, הנוגע לפעילותה, למעמדה, ולהרכבה של ערכאה שיפוטית. ברוח זו נקבע בפסק דין אמיר כי הסכמת הצדדים להסמיך בית דין רבני לשמש בורר בין הצדדים לא תועיל להקנות לו סמכות כזו משלא הונחה לכך תשתית על-פי החוק; כן נפסק לאורך שנים כי הסכמת הצדדים להתדיין בפני מותב שופטים או דיינים שאינו תואם את היקף ההרכב שנקבע בדין אינה מרפאה את הפגם. עקרון החוקיות, המורה כי לרשות

שיפוטית מוקנות אך הסמכויות הנתונות לה על-פי החוק, שולל מתוכו אפשרות סטייה מעקרון זה, אלא אם כן החוק עצמו הכיר באפשרות כזו.

37. במצב המשפטי הקיים נכון לעת זו, החוק והתקנות נותנים תוקף להסכמת הצדדים לצורך דיון בדיין אחד בבית הדין הרבני (סעיף 8(ה)(3) לחוק הדיינים, ותקנה 1 לתקנות הדיינים). בנסיבות העונות על תנאי התקנה האמורה, הסכמת הצדדים להרכב דיין אחד מעוגנת כחלק מההסדר הקיים בדין, וניתן לה משקל משפטי מלא. אין בנמצא הסדר הנותן תוקף להסכמת הצדדים למותב המונה שני דיינים, ולפיכך הסכמה כזו אינה בת תוקף להכשיר הרכב כזה.

38. חשוב עוד להבהיר, כי הסכמה להרכב חסר שניתנה על-ידי בעל דין אינה יוצרת השתק ומניעות כלפיו לצורך העלאת טענת חוסר סמכות של ההרכב החסר שדן והכריע בענין שבמחלוקת. מאחר שהסכמה אינה יכולה להקנות סמכות לערכאה שיפוטית במקום שהחוק לא היקנה לה כוח כזה, נתינתה גם לא תכשיר דיון שיפוטית שהתנהל בלא סמכות, וגם טענת מניעות בענין זה לא תישמע. כבר נפסק, כי "...אם הסכמה מפורשת אין בה כדי להעניק סמכות - ונזכור שסמכות היא אבן-הראשה - הסכמה מכללא והשתק ומניעות לא כל שכן שאין בכוחם להעניק סמכות. השתק ומניעות וויתור עשויים לשמש תחליף להסכמה, אך אין בכוחם לכסות על חוסר סמכות" (בג"צ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פד"י מח(4) 591, 617 (1994) (להלן - ענין לוי)).

39. הועלתה טענה נוספת שעיקרה בפרשנות הדין, ולפיה התוקף שניתן בחוק הדיינים להסכמת בעלי הדין לצורך קיום דיון בהרכב דיין אחד מכשיר מאליו ומכללא הסכמה דומה להרכב של שני דיינים, בבחינת "טובים השניים מן האחד". זאת, למרות שאין הוראה מפורשת בחוק הנותנת תוקף להסכמת בעלי הדין למותב שניים. פרשנות זו אינה יכולה להתקבל. לתפיסה זו לפיה המעט כולל את המרובה בענין מניינו של מותב שופטים בערכאה שיפוטית אין יסוד בפרשנותו של החוק, בין על-פי מילותיו, ובין על-פי תכליתו. תפיסה זו אינה מתיישבת עם עקרון החוקיות, ועם מקומה של סוגיית ההרכב כענין היורד למהות הסמכות הפונקציונלית של מוסדות השיפוט.

מעבר לכך, השוני בין הרכב זוגי להרכב בלתי זוגי בדיון שיפוטית המתנהל בפני ערכאת שיפוט איננו מצטמצם להבדל מספרי של השופטים או הדיינים היושבים לדין, אלא הוא טעון שאלות היורדות לעומק הדינמיקה בקבלת הכרעות שיפוטיות. שאלות

אלה מורכבות הן, ואינן מסתכמות במענה לצרכים מעשיים והגברת היעילות של מערכת השיפוט בלבד. בכל מקרה, הכרה במותב בהרכב זוגי של שופטים מחייבת הסדרה לא רק מהבחינה החוקית והחוקתית אלא גם מהבחינה המעשית, בכל הקשור לסדרי הדיון בהרכב שניים ודרך קבלת ההכרעות במצבים כאלה.

40. לסיכום הדברים ניתן לומר: הסכמת בעלי דין להרכב חסר של בית דין רבני, ככל שאינה נשענת על ההסדר הקבוע בחוק ובתקנות, אינה מועילה להכשיר את הפגם הטמון בחוסר הסמכות הפונקציונלית שערכאת השיפוט לוקה בה עקב דיון והכרעה במותב חסר, כדברי השופט מ' חשין:

”במקום שבו נושא ההתדיינות אינו מצוי בסמכותו של גוף שיפוט פלוני, כל הסכמה שבעולם אין בכוחה להעניק לאותו גוף סמכות שהחוק אינו מעניק לו; החוק הוא שנתן, והחוק הוא שיקבע ויקח” (ענין לוי, שם, בעמ' 617).

לפסק דין הניתן בהרכב חסר אין תקנה, אפוא, גם אם נתקבל בהסכמת הצדדים (ענין מסלתי, שם, בעמ' 362; ענין ביארט, שם, בעמ' 687; בג"צ 8754/00 רון נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י נו(2) 625, פסק דינו של השופט ד' ביניש בעמ' 663-662 (2002)).

לאור כל האמור, הטענה לפיה הסכמת העותר לדיון והכרעה בהרכב חסר של בית הדין מכשירה את הפגם אינה יכולה להתקבל. גם דין טענות השתק ומניעות להידחות.

41. אין מנוס מן המסקנה כי פסק הדין שניתן על-ידי בית הדין הרבני האזורי בהרכב של שני דיינים ניתן בחריגה מסמכותו הפונקציונלית של בית הדין. כמו כן, פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול לוקה בטעות בהכשירו את פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי, שלקה בפסול, כאמור.

מהלכי חקיקה בסוגיית הרכבים בערכאות שיפוט

42. ראוי לציין, כי במרץ 2008 פורסמה הצעת חוק הדיינים (מס' 24), התשס"ח-2008 המציעה שינויים בסעיף 8(ה) ו-1(ה) לחוק הדיינים (הצ"ח הממשלה 377, התשס"ח, עמ' 506). במקום סעיף 8(ה) ו-1(ה) לחוק הקיים, מוצע להסמיך את השר, בשיתוף

גורמים נוספים, לקבוע בתקנות הוראות לענין מספר הדיינים שידונו בבית הדין האזורי בסוגים שונים של עניינים. כן מוצע באותו הקשר להגדיר "הרכב" - כ"הרכב של שני דיינים או יותר" (סעיף 1 להצעה). הצעת החוק אינה מתמודדת ואינה מנתחת בדברי ההסבר את משמעות האפשרות כי ייקבע מותב שניים בבית הדין הרבני, על מלוא מורכבותה.

אשר לערכאות השיפוט הכלליות, בחוק בתי המשפט (תיקון מס' 52), התשס"ח-2008 (ס"ח 2169, התשס"ח, עמ' 668) הוכנסו שינויים מסויימים בהרכבים בבית המשפט המחוזי, והורחבה האפשרות במצבים שונים לדון בהרכב של דן יחיד, תוך סטייה מהכלל הרחב המורה על דיון בשלושה (סעיף 37 לחוק בתי המשפט ננוסח משולב), התשמ"ד-1984 (להלן - חוק בתי המשפט)). ראוי לציין, כי התיקון האמור לחוק בתי המשפט לא יישם את הצעת החוק בתי המשפט (תיקון מס' 46), התשס"ח-2007 (הצעת חוק ממשלה 341, התשס"ח, עמ' 211) אשר הציעה, בין היתר, לתקן את סעיף 37 באופן שערעורים על פסקי דין של בית משפט שלום בעניינים אזרחיים יידונו בבית המשפט המחוזי בהרכב של שניים, בכפוף להסדרים נוספים שנקבעו שם.

תוצאות הפגם, והשלכת תורת הבטלות היחסית

43. בעבר, שלטה במשפט הישראלי התפיסה המסורתית לפיה חריגה מסמכות פונקציונלית של רשות שיפוטית או מינהלית גוררת אחריה בהכרח בטלות מוחלטת של פעולה שנעשתה במסגרתה. עם השתרשותה של תורת הבטלות היחסית, ניתנו בידי בית המשפט אמצעים להפריד במקרים מתאימים בין הפגם שנפל בפעולה לבין תוצאתו של הפגם, כדי למנוע נזק כבד אפשרי לבעלי הדין, לערכאות השיפוט ואף לציבור בכללו. החלת תורת הבטלות היחסית על מקרה נתון מחייבת התחשבות מיוחדת בנסיבותיו הפרטניות, ובכלל זה, באופי הפגם שנפל ומידת חומרתו, והשפעת תוצאות הפגם על המתדיינים, על הרשות הנוגעת בדבר, ועל הציבור (בג"צ 10455/02 בועז אלכסנדר אמיר נ' לשכת עורכי הדין, פד"י נז(2) 729, 738-739 (2003) (להלן - ענין בועז אלכסנדר אמיר)).

עמד על כך השופט זמיר:

"המשמעות העיקרית של תורת הבטלות היחסית היא, שבכל מקרה בו נפל פגם משפטי, אם בפסק דין של בית משפט ואם בהחלטה של רשות מינהלית, בגדר הסמכות

או מחוץ לסמכות, יש לבדוק את נסיבות המקרה, בראש ובראשונה את מהות הפגם, ולהתאים את הסעד שיינתן על ידי בית המשפט לכל הנסיבות. אשר על כן, אפשר, כי בנסיבות מסוימות פגם מסוים, בגדר הסמכות או מחוץ לסמכות, יצדיק מתן סעד מסוים, כגון, הצהרה על הבטלות של פסק הדין או ההחלטה, ואילו בנסיבות אחרות, אותו פגם יצדיק מתן סעד אחר" (רע"פ 2413/99 גיטפן נ' התובע הצבאי הראשי, פד"י נה(4) 673, 685 (2001) (להלן - ענין גיטפן)).

44. עקרון הבטלות היחסית, המאפשר לבית המשפט לדון בנפרד בתוצאות החלטה בטלה, מהווה כלי של מדיניות משפטית, אשר בית המשפט רשאי להפעילו או להימנע מהפעילו, תוך התחשבות במכלול רחב של גורמים ובהם - נסיבותיו של המקרה הנתון, בחינת ההשלכות האפשריות של ההכרעות החלופיות, והשפעת ההחלטה על כלל הגורמים המעורבים במישרין או בעקיפין בהכרעה ועשויים להיות מושפעים על-ידה, והציבור הרחב. "לא תמיד ניתן להגיע להכרעה המגלה התחשבות יחסית שווה בכל הגורמים כולם, ולעיתים חשיבותו של אחד או חלק מהאינטרסים המתנגשים יקבלו משקל עודף" (ענין בועז אלכסנדר אמיר, שם; כן ראו ע"א 1842/97 עיריית רמת גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת-גן בע"מ, פד"י נד(5) 15, 22 (2000); בג"צ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פד"י נ(2) 177, 194 (1996); ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לו(1) 337, פסק דינו של השופט א' ברק בעמ' 362-363 (1981)).

45. תורת הבטלות היחסית חלה גם על פגמים מסוג חריגה מסמכות (ענין גיטפן, שם, בעמ' 686; ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פד"י נ(1) 793, פסק דינו של השופט זמיר, בעמ' 816-817 (1996) (להלן - ענין סוסן); ע"פ 6143/03 פורטל נ' מדינת ישראל, פד"י נח(2) 614, 620-621 (2004)). גם אם פסול מסוג חריגה מסמכות נחשב לפגם בעל חומרה מיוחדת, ראוי לבחון את השלכתה של תורת הבטלות היחסית גם על פסול מסוג זה, ולהעריך את אופי החריגה מסמכות שאירעה, ואת השלכתה על בעלי הדין ועל הציבור הרחב (ענין גיטפן, שם, בעמ' 686-687). התייחס לכך השופט י' זמיר:

"אכן, יש שחריגה מסמכות של ערכאה שיפוטית תחייב את המסקנה, אם בשל חומרת החריגה, ואם בשל נסיבות אחרות, כי פסק הדין בטל ומבוטל מיסודו. אך יש שהחריגה תהיה פורמאלית ושולית בלבד, ואילו הבטלות תוביל, בנסיבות המקרה, לתוצאות חמורות ביותר.

במקרה כזה אין הכרח לומר כי ייקוב הדין את ההר" (ענין סוסן, שם, בעמ' 817).

46. במסגרת תורת הבטלות היחסית, תוצאות הפגם הנילוה לדיון שיפוטי ולמתן החלטה שיפוטית בחריגה מסמכות נקבעות על-פי מארג רחב של שיקולים ובהם - חומרת הפגם שנפל, היות הפגם מהותי או טכני, העוול שנגרם למי מבעלי הדין עקב הפגם, סוג ההליך וסדר הדין המתנהל בו, וההשלכה הציבורית הנובעת מפסילת תוצאות ההחלטה, או מקיומן (ענין סמיון, שם, בעמ' 5-784).

על פגם הנובע מדיון והחלטה בהרכב חסר של ערכאה שיפוטית נפסק:

"אמת, ברוב המקרים יביא הרכב חסר לבטלות ההליך כולו, נוכח חומרת הפגם והשלכותיו הן על בעלי הדין; הן על האינטרס הציבורי. במקרים אלו, אפילו הסכמת הצדדים לא תועיל, אולם לא תמיד כך יהא הדבר. תיתכנה נסיבות שמדובר בהן בפגם טכני-שולי, בלא שנגרם עיוות דין לבעל דין, ובלא פגיעה של ממש באינטרס הציבורי. במקרים אלו, ניתן לשקול תוצאה יחסית של הפגם, שלענין מסויים תראה את ההליך כתקף למרות הפגם שנפל בו" (ענין סמיון, שם, בעמ' 785).

47. בהערכת מכלול השיקולים הנוגעים לשאלת הפעלתה של תורת הבטלות היחסית על נסיבות מקרה קונקרטי, נקודת המוצא היא כי תחול התוצאה הטבעית של הפגם - קרי: בטלות הפעולה מעיקרא - אלא אם שיקולים כבדי משקל המתנגשים עם תוצאה זו מצדיקים לסטות ממנה.

48. בעת האחרונה, דן בית משפט זה בערעור על גזר דינו של בית דין למשמעת של עובדי המדינה אשר ניתן בהרכב חסר של שניים מתוך שלושת חברי המותב שניהלו את הדיון והרשיעו את הנאשם. בית משפט זה קבע כי בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, כמו בתי דין אחרים לסוגיהם, פועלים במסגרת מערכת השיפוט בישראל, וככאלה הם יצירי החוק, ושואבים מעמדם וסמכויותיהם מכוחו. הדיון וההכרעה בהרכב חסר של בית הדין מותרים רק מקום שהחוק המסדיר את פעולת בית הדין התיר זאת. סטייה מכך אפשרית רק במקרים המפורשים בחוק (ענין סוסן, שם, בפסקה 10). קביעות חוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963 ביחס למותב בית הדין מחייבות, ואין להוסיף או לגרוע עליהן. דיון והכרעה בבית דין למשמעת בהרכב חסר, בלא הסמכה מפורשת לכך בחוק, עלולים להביא לפגם שורשי בהליך, ולביטול מעיקרא (ראו גם בש"פ 5988/03 אמארה נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 20.7.03); על"ע

2443/04 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין נ' בלום, פד"י נט"ו (5) 433 (2005); עש"מ 1168/02 פלאח נ' שירות המדינה, פד"י נו"ו (6) 197, 4-203 (2002)). בענין חסון, בו ניתן גזר דין בהליך משמעת בפני בית הדין למשמעת של עובדי המדינה כשהוא יושב במושב חסר, בוטל גזר הדין, והענין הוחזר לבית הדין למתן גזר דין חדש בהרכב מלא.

מן הכלל אל הפרט

49. בענייננו, נפל פגם מהותי בדיון ובהכרעה של בית הדין הרבני האזורי, אשר קיים את דיוניו, ונתן את פסק דינו בהרכב חסר, במושב של שני דיינים במקום שנדרש מושב שלושה. גם בהנחה כי בפתח אחד הדיונים בפני בית הדין הרבני הביע העותר הסכמה למושב החסר, או לא הביע התנגדות מפורשת לקיום הדיון בהרכב שניים, הסכמתו לענין זה אינה תופסת, מאחר שלא ניתן לה כל משקל נורמטיבי לצורך הכרה בתקפות הסטייה מדרישת ההרכב שנקבעה בו. על-פי החוק והתקנות, עשויה הסכמת בעלי הדין להכשיר דיון שיפוטי בדין יחיד, אולם אין הסכמה יכולה להכשיר דיון בשניים בלא שיש לכך עיגון בחוק. פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול, המאשר את פסק הדין של הערכאה הדיונית, נגוע בטעות, משהוא נותן תוקף לפסק בית דין רבני המשקף חריגה מהותית מסמכותו הפונקציונלית. בנסיבות אלה, יש לראות את פסקי הדין של בית הדין הרבני האזורי, ואת זה של בית הדין הרבני הגדול, כבטלים.

50. שאלה היא האם יש להחיל על ענין זה את תורת הבטלות היחסית, באופן שחרף בטלותן של ההחלטות האמורות לא תבוטלנה תוצאותיהן, כולן או חלקן. השיקולים הרלבנטיים לענין זה הם, בעיקרם, אלה:

51. מחלוקת בענייני גירושין הן מהעניינים הגורליים והכאובים ביותר בחיי אדם. אין זה מקרה כי הכרעה בהם ניתנה בחוק למושב שלושה של בית הדין הרבני. דיון והכרעה בהרכב חסר בענין גורלי מסוג זה עשויים לפגוע פגיעה ממשית בתקינות ההליך, שכן נגרעת מן ההליך שותפות שלושה דיינים בחשיבה ובשיקול הדעת בנושא מהותי זה של המעמד האישי. התוצאות הוותיקות הגורל של הליך גירושין מחייבות בהקשר הענייני עמידה קפדנית על דרישת מושב תלתא, כפי שנקבע בדין. וכבר נאמר-

"אין דומה הליך הכרעה בשלושה, להליך הכרעה בשניים מבחינת הדינמיקה הבסיסית של דרך קבלת ההחלטה, ואין דומה אופי השיח, מרחב ההיוועצות,

ויכולת ההיזון ההדדי בין חברי ההרכב השלם לזה המתקיים בהרכב מקוטע" (ענין חסון, שם, בפסקה 17).

(כן ראו בג"צ 4057/00 ישקר בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י נה(3) 734, 746-7 (2001); ענין בן-חיים, שם).

מנגד, עולים שיקולי יעילות דיונית, חסכון במשאבים ובכוח אדם, והסכמה בפועל של הצדדים לדיון בהרכב החסר, גם אם בשלב יותר מאוחר של הדיון.

52. ברור ונהיר עניינה של המשיבה לסיים את הליכי הגירושין בהם החלה לפני שנים רבות, ואשר עברו שלבים ותהליכים שונים. מנגד, אין להתעלם מכך כי העותר העלה כבר בפתח הדיון בתובענת הגירושין השניה את הטענה כי ההרכב החסר של בית הדין פסול לשבת לדיון. רק בהמשכו של ההליך, נרשם בפרוטוקול בפתח אחד הדיונים כי הצדדים מקבלים את בית הדין בהרכבו החסר. אין זה ברור מתוך הרישום אם העותר הבין אז את מלוא משמעות הדיון בהרכב החסר, ואת השלכתו המשפטית מבחינת תוקפם המשפטי של הדיון והכרעות בתי הדין הרבניים.

53. ענייננו כאן בהליך פגום בפגם יסודי של חריגה מסמכות, אשר אפיין את ההליך בבית הדין הרבני האזורי, וקיבל גושפנקה בבית הדין הרבני הגדול. אין מדובר בפגם שולי-טכני, אלא בפסול היורד לשורש הסמכות, אשר אינו ניתן לריפוי בהסכמת הצדדים. חומרת הפגם גוברת, משמדובר בערכאת שיפוט ממלכתית, הכפופה לחוקי המדינה באופן הפעלת סמכויותיה. הפגם לא הצטמצם לערכאה הדיונית, אלא נמשך והתעצם כאשר הוכשר בידי ערכאת הערעור בבית הדין הרבני הגדול.

54. חומרה נוספת ומיוחדת נילוית לפגם המתמשך של דיון ומתן הכרעה שיפוטית בהרכב חסר נוכח העובדה כי איננו מדברים בסוגיה חדשה הפוקדת לראשונה את מערכת בתי הדין הרבניים או את מערכת השיפוט הכללית. לאורך שנים רבות, חזרה על עצמה התופעה הפסולה של דיון בהרכב חסר בבתי הדין הרבניים, ואף העסיקה את בית המשפט הגבוה לצדק במקרים לא מעטים. פסיקתו העיקבית של בית משפט זה היתה ועודנה כי תופעה זו של דיון במותב חסר בבית הדין הרבני פוסלת מעיקרא את הדיון ואת ההכרעה השיפוטית. הוראות הדין, וההלכה המשפטית המפרשת אותן, ברורות וידועות, אלא שלא תמיד הן מקויימות על-ידי בתי הדין. תופעה זו של דיונים במותבים חסרים בבתי הדין הרבניים העסיקה גם את נציבת תלונות הציבור על שופטים במספר ניכר של תלונות שהוגשו אליה בסוגיה זו. בשנת 2006 חזרה הנציבה

והתריעה על תופעה זו, ועל החובה להפסיקה, ולקיים את הוראות החוק בענין הגודל הנדרש למותבי הערכאות השיפוטיות. ענין לנו באינטרס מערכתי-ציבורי-כללי, רב-היקף ורב-משקל, המחייב התמודדות עם תופעת הרכבים חסרים בבתי הדין, החוזרת על עצמה חדשות לבקרים, בלא שלקחי המקרים הקודמים נלמדים ומיושמים. הצורך לעמוד על כך שערכאת שיפוט תפעל בגדר סמכויותיה, ולא תיטול לעצמה סמכות שלא ניתנה לה, ובמקרה זה - לדון ולהחליט במותב חסר - הוא חיוני בנסיבות של תופעה זו, במיוחד לאור ההפרות החוזרות ונישנות בענין זה, והעדר הפקת לקחים מן העבר. לא למותר לציין, כי גם בתחומי שיפוט אחרים ניכרת נכונות רחבה של בתי הדין לעסוק בעניינים שאינם בגדר הסמכות העניינית המוקנית להם, תוך הסתייעות בהסכמת הצדדים, אף שלא ניתן בחוק כל משקל נורמטיבי להסכמה כזו (השוו למשל סוגיית פעולתם של דיינים כבוררים בבית הדין מכוח הסכמת הצדדים, שעלתה בפסק דין אמיר, שם). טיבה הרחב והכולל של תופעה זו מחייב גישה מחמירה וקפדנית במיוחד לצורך יישום עקרון החוקיות בפעולתן של ערכאות השיפוט, ובכלל זה, בכל הנוגע להרכב מותבי השיפוט.

55. בנסיבות המתוארות, ובגדרי השיקולים הרלבנטיים לענין, גובר בענייננו האינטרס הציבורי המבקש לאכוף כראוי את כללי השיפוט והסמכות הקבועים בחוק, בשם עקרון החוקיות ושלטון החוק. מתן הכרה בתוצאות פסקי הדין נשוא עתירה זו חרף הפגם שנפל בסמכות בית הדין האזורי, יחתור תחת יסודות הסמכות החוקית הנתונה לבית הדין הרבני, ועשוי אף לשמש תמריץ חיובי להמשך הפרת החוק גם להבא. לתוצאה כזו אין להסכים. הפגם שנפל בדיוני בתי הדין הרבניים ובהחלטותיהם בשתי הערכאות צריך להביא, לאחר הערכת מלוא השיקולים הרלבנטיים, לתוצאה הטבעית המתבקשת, והיא - בטלות מעיקרא של הדיונים וההחלטות שניתנו על-ידי בית הדין הרבני האזורי בפרשה זו, בשל מותבו החסר. משכך, בטל אף פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול בערעור (ענין וזגיא, שם, בעמ' 20; ענין אליהו, שם, בעמ' 172; ענין הרשקוביץ, שם, בעמ' 276; ענין מסלתי, שם, בעמ' 363). משהגעתי למסקנה זו, אינני נדרשת לדון ביתר טענות העותר בעתירתו.

תוצאה

56. נוכח כל האמור, אציע להפוך את הצו על תנאי שניתן בעתירה זו למוחלט, ולקבוע כי הדיונים ופסקי דינם של בית הדין הרבני האזורי ובית הדין הרבני הגדול בפרשה זו בטלים. הדיון בתביעת הגירושין של המשיבה יוחזר לבית הדין הרבני האזורי, אשר ידון בו מלכתחילה בהרכב שלושה, כקבוע בחוק.

אציע שלא ליתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ברלינר:

אני מסכימה לאמור בחוות-דעתה של חברתי השופטת א' פרוקצ'יה. צר לי על הטלטלה הנוספת עבור המשיבה, הכרוכה בביטול פסקי הדין של בית הדין הרבני האיזורי בתל-אביב ובעקבותיו בית הדין הרבני הגדול, עדיין אני סבורה כי אין מנוס מביטול פסקי הדין.

ניתן רק לקוות, כי ההליכים בבית הדין הרבני יקבעו בהקדם האפשרי, תוך מתן משקל לזמן הרב שחלף.

ש ו פ ט ת

השופטת מ' נאור:

1. אני מסכימה עם חברתי השופטת פרוקצ'יה כי דיון בהרכב חסר של שני דיינים מהווה פגם בהליך וכי אין מדובר בדבר של מה בכך. נוטה אני גם לקבל את העמדה כי הסכמת הצדדים למותב המונה שני דיינים אין בה, ככלל, כדי להכשיר את הפגם. משקל רב בהקשר זה יש לדעתי ליתן להיעדרם של כללי הכרעה כאשר עסקינן בשני דיינים (השוו: סעיף 22(ב) לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969). נראה שגם הדין העברי אינו תומך בהכרעה של שניים כפי שמציין השופט רובינשטיין ב- בע"מ 7593/06 פלונית נ' פלוני, פסקה ח(1) (טרם פורסם, 22.10.2006) (להלן: עניין פלונית) החלטה אליה עוד נדרש בהמשך. ואולם, בנסיבות המיוחדות של העניין שלפנינו מושתק לדעתי העותר מלהעלות את טענותיו בעניין ולכן דין עתירתו להדחות. אבאר.

2. לשם הנוחות אחזור על העובדות החשובות לביאור השקפתי בעניין: המשיבה 3 (להלן: האישה) הגישה ביום 20.11.2001 תביעת גירושין נגד העותר (להלן: התביעה הראשונה). תביעה זו נדחתה ביום 17.2.2002 בהחלטה של שני דיינים לאחר שנקבע כי הצדדים הסכימו לדיון בהרכב חסר. העותר לא העלה בזמנו כל טענה כנגד החלטה זו. העותר מצידו ביקש מבית הדין הרבני שיכריזו על האישה כמורדת. גם עניין זה נדון

לפני שני דיינים שהחליטו ביום 25.6.2002 כי על האישה "לחזור לחיות בשלום-בית עם בעלה [...] אם לא תקיים האמור [...] יחליט ויפסוק ביה"ד בבקשה של הבעל להכריז עליה כמורדת". גם החלטה זו מבוססת, על פי הכתוב בה, על הסכמת הצדדים לדיון בפני הרכב חסר וגם נגד החלטה זו לא העלה העותר בזמנו כל טענה. ביום 20.2.2003 ניתנה החלטה נוספת של בית הדין הרבני בתביעת העותר להכריז על האישה כמורדת. גם החלטה זו ניתנה על ידי שני דיינים בהתבסס על הסכמת הצדדים ונקבע בה כי נוכח טענות האישה על התנהגות העותר כלפיה ייערך תסקיר של לשכת הרווחה. ושוב, העותר לא העלה כל טענה כנגד החלטה זו. ביום 9.12.2003 הגישה האישה תביעה חדשה לגירושין. טענה מרכזית שהעלה העותר כנגד תביעה זו היא ש"אין לדון בתביעה, היות והנסיבות לא השתנו וכל הטענות נטענו בעבר אם באמצעות התביעה מיום 20.11.2001 ואם במסגרת הדיון שנערך במסגרת התביעה ביום 17.2.2002". בדיון הראשון שנערך בתביעת הגירושין החדשה ביום 2.3.2004 ביקש העותר דיון בפני הרכב "שלם" ואכן באותו היום לא נערך דיון בתביעת האישה לגירושין. ואולם, בדיון הנוסף שנערך בתביעה ביום 8.6.2004 צויין בפרוטוקול מפורשות כי הצדדים קיבלו על עצמם את בית הדין בהרכבו החסר. העותר לא חזר עוד על טענותיו בעניין. בפסק הדין בו התקבלה תביעת הגירושין חזר בית הדין על כך שהצדדים "קבלו על עצמם את ביה"ד בהרכבו הנוכחי". גם בית הדין הרבני הגדול התייחס לכך בדחיית ערעורו של העותר ונקבע כי "הצדדים הסכימו במפורש להרכב חסר, כך נאמר בפרוטוקול ביה"ד האזורי, ואין לנו סיבה לפקפק בכך".

3. העולה מכל האמור הוא כי העותר הסכים להרכב של שניים והדבר נקבע עובדתית על ידי בתי הדין. נראה כי העותר הבין את משמעות הסכמתו והיה מודע לבעייתיות שבהרכב שניים ולראיה שבדיון שנערך ביום 2.3.2004 ביקש הוא הרכב "שלם" אלא שעל בקשתו זו לא חזר לאחר מכן אלא דווקא הסכים להרכב חסר. יתר על כן, וזה העיקר, על אף שדחיית תביעת הגירושין הראשונה שהגישה האישה נעשתה ביום 17.2.2002 בשני דיינים סמך עליה העותר בניסיונו לדחות את תביעת הגירושין החדשה שהגישה. ועוד: גם כאשר בית הדין הרבני בהרכב של שני דיינים הורה לאישה לחזור לחיות עם העותר, שאם לא כן תוכרז כמורדת, הסתמך העותר על כך. אשר על כן, לדעתי, לאחר שהעותר נקט בגישה זו שמשמעותה היא למעשה כי אין לדידו פגם בדיון שנערך בהסכמה בפני שני דיינים אין לאפשר לו לטעון כעת את היפוכו של דבר, דהיינו כי דיון בפני שני דיינים הוא פסול אף אם ניתנה הסכמה לכך. השתק זה מחייב לטעמי לדחות את העתירה.

4. ב- בג"ץ 3250/05 סלימאן נ' הארכיבישוף בולוס סייאח (טרם פורסם, 23.2.2009) נדונו יחדיו שתי עתירות והתעוררה גם כן שאלה של סמכות ערכאה דתית. דובר שם בערכאת ערעור דתית היושבת מחוץ לתחומי מדינת ישראל. העותר שם טען כי "העובדה שערכאת הערעור הדנה בעניינם של תושבי ישראל יושבת בלבנון, שהיא מדינת אויב, מביאה לפגיעה חמורה בזכויותיו הדיוניות". בית משפט זה מפי השופט גרוניס (בהסכמת הנשיאה ביניש וחברתי השופטת פרוקצ'יה) קבע כי "מדובר בסיטואציה יוצאת דופן" אך הוחלט לבסוף לדחות את העתירות מחמת טענת השתק. וכך נאמר שם:

"לאחר ששקלנו בדבר באנו לכלל דעה כי אין אנו נדרשים להכריע, בגדר התיק הנוכחי, בשאלות העקרוניות הלא פשוטות המתעוררות בנוגע לסמכות ההסדרה הפנימית של עדה דתית בכלל, וביחס למצב לפיו בתי דין של עדה דתית בדרג הערעור פועלים מחוץ לשטח המדינה בפרט. זאת, מן הטעם שיש לקבל את הטענה כי עומד כלפי העותר השתק. כזכור, פנה העותר ביום 27.1.04 בבקשה לעיון מחדש בפסק דינו של בית הדין המרוני לערעורים מיום 4.3.02. הבקשה נדונה בפני בית הדין המרוני לערעורים וביום 1.2.05 ניתן פסק דינו המורה על הפחתת סכום המזונות החודשי לסך 1,000 ש"ח ופריסה של החוב בגין מזונות העבר. על סמך פסק דין זה, הגיש העותר בקשות שונות ללשכת ההוצאה לפועל. העותר טוען, כי את הבקשה לעיון מחדש הוא הגיש למזכירות בית הדין המרוני בחיפה מתוך הנחה שהיא תידון בפני בית דין בארץ. גם אם אכן כך הוא, לאחר שניתנה החלטתו של בית הדין המרוני לערעורים ביום 1.2.05 היה העותר מודע לכך שבקשתו לעיון מחדש הועברה על ידי הארכיבישוף ללבנון. בשלב זה לא העלה העותר כל טענה נגד מהלך זה. להיפך, העותר ראה בפסק דינו של בית הדין המרוני לערעורים פסק דין תקף ואף טען כי צומחים לו מכוחו סעדים שונים. הגשת פסק הדין ללשכת ההוצאה לפועל משמעה, בנסיבות העניין, הצגת עמדה לפיה ההליכים שקדמו לנתינת פסק הדין - ביניהם העברת הדיון בערעור לבית הדין בלבנון - היו תקינים. משהוצגה עמדה כזו על ידי העותר אין הוא רשאי להישמע כעת בטענה הפוכה, היינו, כי אין זה ראוי שערעורים על פסקי דינו של בית הדין המרוני בדרגה הראשונה יישמעו בפני בית הדין המרוני לערעורים הנמצא בלבנון (השוו, רע"א 4224/04 בית ששון בע"מ נ' שיכון עובדים והשקעות בע"מ, פ"ד נט(6) 625 (2005))."

5. פסק דין זה שדחה את העתירות שם מחמת השתק מבוסס אפוא על כך שהעותר שם ראה את פסקי הדין שניתנו מחוץ לישראל כתקפים ותקינים ואף טען כי הם

מצמיחים לו סעדים שונים ולכן אין הוא רשאי להישמע בטענה הפוכה. הלכה זו יפה לדעתי גם לענייננו, כאשר העותר סמך על דחיית תביעת הגירושין הראשונה ועל החלטתו של בית הדין להורות לאישה לחזור לחיות עמו על אף שנעשו בשני דיינים ואין לאפשר לו כעת לטעון את היפוכו של דבר. יפים לעניין זה גם דברי השופט מ' אלון:

“על מקרה כגון זה, ואף פחות משווע מאשר בעניין שלפנינו, נפסק וחזר ונפסק בבית-משפט זה, מקדמת דנא, כי יש להשתיק את העותר – המעלה טענת חוסר סמכות בשלב כה מאוחר – ולמנוע הימנו הוכחת העובדות, שיש בהן כדי לגלות, בדיעבד, את חוסר הסמכות של בית הדין הרבני” (בג”ץ 566/81 עמרני נ’ בית הדין הרבני הגדול, פ”ד לז(2) 1, 9 ה-ז (1982)).

6. אין זו הפעם הראשונה שבית משפט זה נתקל בטענות העוסקות בהרכב חסר של שני דיינים בבית הדין הרבני ודוחה את העתירה מחמת השתק תוך ביקורת על עצם עריכת דיון בהרכב של שניים. כך ב- בג”ץ 8872/06 פלוני נ’ בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 20.12.2006) טען העותר כי בית הדין הרבני האזורי ישב בחלק מההליך בהרכב חסר של שני דיינים ובית משפט זה מפי השופט רובינשטיין אליו הצטרפו חברתי השופטת פרוקצ’יה והשופט ג’ובראן דחה את הטענה מחמת השתק. וכך נקבע בפסק הדין:

“לגבי טענת העותר כי חלק מהדיינים נערכו בהרכב חסר, אציין כי בתגובת המשיבה לעתירה נטען שהעותר הסכים לקיים את הדיון בפני ההרכב (והסכמה כאמור משתמעת אף מפרוטוקול הדיון). ברם, אוסיף כי לא מכבר עמד בית משפט זה על הבעייתיות שבדיון בהרכב של שני דיינים – ולוא גם בהסכמה – ואף צוין כי מדובר במצב ‘בלתי נסבל’ (בע”מ 7593/06 פלונית נ’ פלוני (טרם פורסם)). הסוגיה אינה מתעוררת במקרה שלפנינו (בין היתר מאותם טעמים שבהחלטה הנזכרת, שעיקרם השתק ותום לב), אך על בתי הדין הרבניים ליתן דעתם לכגון דא, ויפה שעה אחת קודם.” (שם, פסקה ה).

7. פסק דין זה מבוסס, כפי שנכתב בו, על ההחלטה בעניין פלונית, שהוזכרה גם בראשית דבריי, והוא ניתן בסמוך לאחריה. בעניין פלונית התעוררה גם כן הסוגייה של דיון בהסכמה בפני הרכב של שני דיינים. השופט רובינשטיין דחה (בדן יחיד) מחמת השתק בקשת רשות ערעור שהוגשה בעניין וכך קבע:

"אין זו פעם ראשונה בה יארע, כי אדם נותן הסכמתו בהליך, אך משלא נחה דעתו מהחלטה שיפוטית מבקש הוא להיסוג. המבקשת נתנה את הסכמתה לדיון בפני הרכב השניים, ולאחר שניתנה הכרעה שלא נשאה חן בעיניה בחרה לכפור בסמכותו. ועוד, בנסיבות היה עליה למצות את טענות הסמכות במסגרת ערעור לבית הדין הרבני הגדול, אך היא בחרה לנסות ולבטל את סמכות בית הדין באמצעות פניה לבית המשפט לענייני משפחה - שם יתכן שציפתה לגישה נוחה יותר. בנסיבות אלה סבורני כי המשיבה מושתקת מלהעלות טענות כלפי סמכות בית הדין." (שם, פסקה ו(2))

8. בענייננו ההשתק אינו נובע רק מההסכמה לדיון בהרכב של שניים אלא גם, ובעיקר, בשל ההסתמכות על החלטות נוספות שהתקבלו בין הצדדים בהרכב של שניים ובמניעת אפשרות לטעון דבר והיפוכו. חברתי השופטת פרוקצ'יה הפנתה (פסקה 38) לדברי השופט מ' חשין ב- בג"ץ 6103/93 לוי נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד מח(4) 617, 591 (1994) לפיהם הסכמה ומניעות אין בכוחם לכסות על חוסר סמכות ואולם דברים אלה נאמרו במקרה של היעדר סמכות עניינית. יתר על כן, השופט חשין עצמו עמד בעניין לוי על כך שבמובן הרחב היבט של הסכמה יכול שיביא להשתק ומניעות:

"בכך נשתנה ענייננו מעניינים אחרים שנדונו בהלכה (לרבות בפרשת עמרני שלעיל), שבענייננו לא יצרה האישה כל 'מצג' של הסכמה להתדיינות - לא מצג מפורש ולא מצג מכללא - וממילא אין האיש יכול לטעון כי שינה מצבו לרעה בהסתמכו על מצג האישה. יתירה מזאת: מאותו טעם עצמו, אין מעמדה של האישה כמעמדם של מתדיינים במקומות אחרים, שלא התנגדו לסמכותו של בית הדין הרבני, ורק לאחר התדיינות וחיוכם בדין, אמרו הם לתקוף את סמכותו." (שם, בעמ' 615 ד-ה).

9. ואכן, המגמה בשנים האחרונות היא של ריכוך "הכלל בדבר בטלותו של הליך שהתקיים בחוסר סמכות ובדבר האפשרות לעורר טענת חוסר סמכות בכל עת" (רע"א 4779/05 בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ נ' בן דוד, פסקה 7 (טרם פורסם, 15.3.2007)). השופט רובינשטיין התייחס לכך בעניין פלונית בקובעו:

"ביחס למערכת המשפט האזרחית מקובל היה שטענה של חוסר סמכות עניינית היורדת לשורשו של ההליך המשפטי, ניתן להעלותה בכל שלב של הדיון, אולם לאחרונה מתחזקת והולכת בפסיקת בתי המשפט המגמה, שלא להיזקק לטענת העדר סמכות עניינית הנטענת

באיחור' (רע"א 11183/02 אבנר כלפה נ' רזיה זהבי, פ"ד נח(3) 49 - השופט טירקל; ראו גם ע"א 1049/94 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' חאג' אחמד סמיר, פ"ד נ(5) 820). 'גישה זו איננה מצטמצמת לשיקולים מעשיים של יעילות המערכת הדיונית בלבד, אלא שורשיה נובעים מתפיסה רחבה יותר של מניעות שיסודה בחובת תום לב ומניעת שימוש לרעה בהליכי בית המשפט על ידי צד המפסיד במשפט, המעלה לראשונה בערעור טענת העדר סמכות ענינית של הערכאה הדיונית' (ע"א 1662/99 חזקיהו חיים נ' אליהו חיים, פ"ד נו(6) 295 - השופטת פרוקצ'יה; רע"א 11220/04 אמיר מוקלד (קטיו) נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (לא פורסם)). דומה כי דברים אלה יפים בקל וחומר כאשר המבקשת הסכימה מפורשות לסמכות ההרכב, כשהיא מיוצגת ומודעת לבעייתיות."

10. "ריכוך" זה אין מקורו אך בהיבטים של יעילות הדיון אלא יונק הוא מתפיסה רחבה יותר של מניעות ותום לב המביאים בנסיבות שלפנינו למסקנה כי דין העתירה להדחות. אכן קשה לקבל כי צד לדיון ינהל דיון לגופו של עניין ורק לאחר קבלת תוצאות הדיון יעלה, לפתע, טענה של סמכות. ודוק: בית משפט זה כבר החיל תפיסה זו של מניעות לא רק בהליכים אזרחיים אלא גם לגבי עתירות שעוררו את שאלת סמכותם של בתי הדין הרבניים. כך ב- בג"ץ 3213/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 6.2.2008) על אף שנטענה טענת חוסר סמכות לא שעה לה בית המשפט וקבע מפי השופט רובינשטיין ובהסכמת חברתי השופטת פרוקצ'יה והשופט פוגלמן:

"אכן, בפרשת סימה אמיר נקבע כי ככלל אין בית הדין מוסמך לדון בתביעות שעניינן הפרה מאוחרת, או פרשנות, של הסכם גירושין בענייני רכוש. ברם, במקרה שלפנינו טענה זו לא הועלתה בפני בתי הדין בשתי הערכאות. בנסיבות אלה, קשה להלום מצב בו השלימה העותרת עם פסק דינו של בית הדין האזורי שאימץ את עמדתה - אך משהתקבל ערעור המשיב, מעוררת היא טענת חוסר סמכות.

'אין זו פעם ראשונה בה יארע, כי אדם נותן הסכמתו בהליך, אך משלא נחה דעתו מהחלטה שיפוטית מבקש הוא להיסוג... בנסיבות אלה סבורני כי המשיבה מושתקת מלהעלות טענות כלפי סמכות בית הדין' (בע"מ 7593/06 פלונית נ' פלוני (טרם פורסם); בג"ץ 8806/06 פלונית נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים (טרם פורסם)).

מניעות זו מקבלת משנה תוקף שעה שסעיף 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה קובע 'שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה', וסעיף 15(ג) לאותו חוק מתייחס ל-'סעד למען הצדק' (שם, פסקה ז; כן ראו בג"ץ 7341/06 פלוני נ' בית הדין הרבני האזורי אשקלון (טרם פורסם, 14.2.2008)).

11. יש לזכור לעניין זה כי סמכותו של בית משפט זה היא "שיקול-דעתית" (כלשונו של השופט זוסמן ב- בג"ץ 10/59 לוי נ' בית-הדין הרבני האזורי, תל-אביב-יפו, פ"ד יג (2) 1182, 1194 (1959)). כפי שציין השופט ברק "מכוח שיקול-דעת זה עשוי בית המשפט הגבוה לצדק להימנע מדיון בעתירה" (בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988)). ודוק: "לבית-המשפט שיקול-דעת שלא להזדקק לעתירה לגופה, הגם שיש לה יסוד חוקי, אם אינו רואה צורך לתת סעד למען הצדק" (בג"ץ 403/71 אלכודי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 72 (1972)) וכלל ידוע הוא כי גם כאשר בית משפט זה סבור שאין מקום לתת סעד למען הצדק אין בכך היתר למשיב לעתירה שלא לפעול על פי הדין (ראו בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 747-748 (1980)). כפי שציינה חברתי השופטת פרוקצ'יה מקור התערבותנו בהחלטות של בתי דין רבניים נמצא בסעיפים 15(ג) ו- 15(ד)(4) לחוק יסוד: השפיטה וסעיפים אלה נותנים משנה תוקף למסקנה אליה הגעתי. סעיף 15(ג) עניינו במתן סעד למען הצדק וסעיף 15(ד)(4) עניינו במתן צווים לבתי דין דתיים לדון לפי סמכותם ובלבד ששאלת הסמכות עוררה בהזדמנות הראשונה. התנהלות העותר וקבלת טענת ההשתק מובילים לדעתי למסקנה כי אין מקום למתן סעד למען הצדק. יש לבחון בהקשר זה גם האם צודק הוא לחייב את האישה לנהל את ההליכים שוב לאחר שניהלה את תביעתה על בסיס הסכמת העותר לדיון בהרכב חסר. בנוסף יש לזכור כי בית הדין הרבני הגדול עמד על כך שהעותר "אישר בפנינו, כי אמר בעבר שלא יתן גט לאשתו כל חייו. זו אמירה קשה מאוד, המצביעה על אדם שגמר אומר להחזיק באשתו בכוח, ולמנוע ממנה את חירותה, ויהיה מה. הדברים אינם עומדים לזכותו, ולהיפך מצביעים באופן ברור על הכיוון היחיד שהוא גרושין". לדברים אלה יש משקל. כפי שקבע השופט מלצר כשדחה עתירה אחרת בשל כך שלא נתקיים התנאי בדבר סעד הדרוש למען הצדק:

"העותר והמשיבה חיים מספר שנים בנפרד ובית המשפט האזרחי בגואדלופ התיר את נישואיהם האזרחיים. מנתונים אלו ומהתנהלותו של העותר, כפי שהיא משתקפת גם בפרוטוקלים בבית הדין הרבני, מתעורר חשד כבד שמטרתו של העותר היא להותיר את אשתו בעגינותה (על פי דין תורה) וזאת על אף שיש באפשרותו

להשליש לה גט (בכפוף לתוצאות ההתדיינות) ולצאת מן הארץ. שיקול זה של עגינות הוא רלוונטי לצו עיכוב יציאה מן הארץ, בין השאר, מכח האמור בסעיף 7 לחוק בתי דין דתיים (כפיית ציות ודרכי דיון), התשט"ו-1956. בית משפט זה לא ייתן את ידו לתוצאה שכזו של עגינות, שקבלת העתירה עלולה לגרום לה, כאשר בנסיבות העניין – אין הסעד נדרש למען הצדק. (בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית, פסקה 11 לפסק דינו של השופט מלצר (טרם פורסם, 6.7.2008); והשוו בג"ץ 6751/04 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004)).

12. אף אם עסקינן בטענה של סמכות היא לא עוררה בהזדמנות הראשונה ובכל אופן אין לאפשר לדעתי את העלאתה (ראו והשוו גם בג"ץ 8543/04 נגר נ' בית הדין הרבני הגדול, פסקה 4 (טרם פורסם, 5.1.2005); בקשה לדיון נוסף נדחתה (דנג"ץ 641/05)). על כן, לדעתי, יש לדחות את עתירת העותר מבלי שיהיה בכך, כאמור, כדי להתיר על דרך העקרון לקיים דיון בהרכב של שניים. ביתר טענות העותר לא מצאתי ממש ואין הן מסוג הטענות המצדיקות את התערבותנו.

13. התוצאה אליה הגעתי לפיה העותר מושחק בנסיבותיו של עניין זה מלטעון נגד ההרכב החסר מביאה הלכה למעשה לתוצאה זהה לתוצאה אותה עשויה היתה להשיג דוקטרינת הבטלות היחסית. על דוקטרינה זו עמדה חברתי בהרחבה ולא אאריך. אין לי צורך להכריע בשאלה האם יש מקום להחיל את הדוקטרינה בענייננו. ואולם, מבקשת אני להתייחס לאחד מנימוקיה המרכזיים של חברתי אשר הגיעה למסקנה כי אין מקום להחיל בענייננו בטלות יחסית. חברתי מציינת לגבי הסוגיה של הרכב חסר כי "איננו מדברים בסוגיה חדשה הפוקדת לראשונה את מערכת בתי הדין הרבניים" וכי מדובר בתופעה "החוזרת על עצמה חדשות לבקרים, בלא שלקחי המקרים הקודמים נלמדים ומיושמים". על כן, לשיטתה, האינטרס הציבורי ו"טיבה הרחב והכולל של תופעה זו מחייב גישה מחמירה וקפדנית". חברתי מגיעה אפוא למסקנה כי אין מקום להחלת הבטלות היחסית.

14. כשלעצמי ספק בעיני אם אכן בענייננו מדובר בתופעה החוזרת על עצמה חדשות לבקרים בלא שלקחי המקרים הקודמים נלמדים ומיושמים. אבאר: ביום 20.7.1989 נכנס לתוקפו התיקון לחוק הדיונים, התשט"ו-1955 אשר קבע בסעיף 8(ה) לגבי הרכב בית הדין הרבני כי "בית דין רבני אזורי ידון בשלושה; ואולם בענין מהענינים הבאים, שקבע השר לעניני דתות בתקנות בהסכמת נשיא בית-הדין הרבני הגדול ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, הוא ידון בדיין אחד, אם לא

הורה נשיא בית הדין הרבני הגדול הוראה אחרת לענין מסויים". סעיף 8(ה)(3) מונה את אחד מהעניינים: "כל ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד". ואכן, השר לעניני דתות קבע את תקנות הדיינים (עניינים שניתן לדון בהם בדיין אחד), התש"ן-1990 ובהם קבע כי בית דין רבני אזורי ידון בדיין אחד ב"ענין שבעלי הדין הסכימו עליו שיידון בדיין אחד" (תקנה 1(3)). תקנות אלה פורסמו ביום 17.5.1990 (ק"ת 5267). והנה, חלק מהמקרים המוזכרים על ידי חברתי עניינם דיונים שנערכו בבתי הדין הרבניים לפני התקנות האמורות. במקרים אחרים המובאים על ידה לא נטען שהייתה הסכמה מפורשת של הצדדים לדיון בהרכב חסר ולא נדונו סעיף 8(ה)(3) הנזכר והתקנות (ואולם השוו וראו בג"ץ 3520/95 צוברא נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נ(5) 50, 53-54 (1996); בג"ץ 8754/00 רון נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד נו(2) 625, 662-664 (2002)). לאחר תיקון החוק ופרסום התקנות גישת בתי הדין הרבניים כפי שנטען אף לפנינו הייתה שניתן לקיים בהסכמה דיון אף בשניים מקל וחומר מכך שניתן לנהל דיון בהסכמה בדיין אחד ומאחר ש"טובים השניים מהאחד". גישה זו אף "אושרה" בפסיקה של בתי המשפט בערכאות הדיוניות (בש"א (משפחה ת"א) 12150/02 (תמ"ש 66480/01) ל.ר. נ' ל.א. (לא פורסם, 26.1.2005) (השופט ש' שוחט); ע"מ (מחוזי ת"א) 1133/05 א' ל' נ' ר' נ' ל' (טרם פורסם, 18.5.2006) (השופטת י' שטופמן) שעליהם הוגשה בקשת רשות הערעור בעניין פלונית).

15. בעניין פלונית נדונה לראשונה, בבית משפט זה השאלה האם לאחר התיקון האמור והתקנות שהתקין השר ניתן לקיים בהסכמה גם דיון בהרכב חסר של שניים (כפי עמדת בתי הדין הרבניים). השופט רובינשטיין דחה למעשה את הפרשנות כי "טובים השניים מהאחד" וקבע כי "דומני כי צודקת המבקשת בכך שחוק הדיינים לא התכוון לאשר דיון במותב שניים. החוק התייחס להרכב שלושה, ולהרכב של דן יחיד בלבד". השופט רובינשטיין הוסיף כי "המזכירות תביא החלטה זו לידיעת היועץ המשפטי לבתי הדין הרבניים".

16. ההחלטה בעניין פלונית ניתנה, בדין יחיד, ביום 20.10.2006, אך כאמור בסמוך לאחר מכן חזר על הדברים הרכב של בית משפט זה (בג"ץ 8872/06 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 20.12.2006)). פסק הדין ב-בג"ץ 8872/06 הנ"ל בו נדחתה כזכור העתירה נסוב על דיונים שהתקיימו לפני החלטתו של השופט רובינשטיין בעניין פלונית. כך גם הדיונים שלפנינו. על כן לא ניתן לדעת לומר כי בתי הדין הרבניים אינם מיישמים את לקחי המקרים הקודמים. כך ניתן יהיה לומר רק אם יסתבר בעתיד שלקחי ההחלטות בעניין פלונית וב-בג"ץ 8872/06 הנ"ל לא יושמו ולא נלמדו.

17. ב-בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פסקה 28 (טרם פורסם, 6.4.2006) קבעה חברתי השופטת פרוקצ'יה בעניין שהתברר שם כי "הגיעה העת לעבור משלב הבעת הדעה לשלב ההכרעה". במכלול נסיבות העניין שלפנינו ובשים לב גם לכך שבענייננו אין מדובר בדיונים שנערכו לאחר החלטתו האמורה של השופט רובינשטיין בעניין פלונית הרי שטרם הגיעה העת לכך בהליך שלפנינו וניתן להסתמך בענייננו על עקרונות המניעות וההשתק. אם יסתבר לימים כי בתי הדין הרבניים לא שעו לדברי בית משפט זה בעניין פלונית וב-בג"ץ 8872/06 הנ"ל אהיה מוכנה אף אני לשקול בעתיד גישה "מחמירה וקפדנית" כדברי חברתי השופטת פרוקצ'יה. לדידי ניתן להסתפק במקרה שלפנינו בהצבת "תמרור אזהרה" שלא לקיים עוד דיונים בהרכב חסר של שניים.

18. אשר על כן, בנסיבות העניין שלפנינו ואף ששותפה אני לכך שהכלל הוא שאין לקיים דיונים בהרכב חסר של שניים גם לא בהסכמה, יש לדעתי לדחות את העתירה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

לפיכך, הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, כ"ד בתמוז תשס"ט (16.7.09).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת