

## שפה דתית ושפה אזרחית בדיני המשפחה\*

פנחס שיפמן\*\*

מטרתו של מאמר זה היא לערער על החיץ המלאכותי בין השפה הדתית לבין השפה האזרחית בדיני המשפחה. דבר זה מחייב שינוי תפיסה עמוק הן מצד בתי המשפט האזרחיים והן מצד בתי הדין הדתיים. מצד אחד, יש לתבוע מן הפסיקה האזרחית להרחיב את היקף הלגיטימציה שלה על ידי שילוב שפה דתית בשפה האזרחית. על הפסיקה האזרחית לחתור להשענת ערכים ליברליים גם על המסורת הדתית. בכך בתי המשפט עשויים להקטין את החיכוכים החברתיים שפסיקתם עלולה ליצור, ולצמצם את הדימוי של בית המשפט כמזדהה עם המגזר הלא-דתי וכמתנשא מעל הציבור הדתי, שהוא כביכול לא-מתקדם ולא-משכיל. שימוש נרחב במקורות היהודיים עשוי להעשיר את הפסיקה האזרחית ולהעמידה כמי שמסוגלת להפיק השראה מאוצר תרבותי שהוא נחלת כל העם.

מן הצד האחר, יש לתקוף פסיקה דתית בעייתית, כגון פסיקה אשר מנציחה את מצבן של מעוכבות-גט או פוסלת גיורים למפרע על יסוד השפה הדתית עצמה, ואין להיכנע לטענה כי בידי בתי הדין הדתיים יש מונופול על הדין הדתי. יש לתבוע מבתי הדין הדתיים להפנים עקרונות אזרחיים ולהטמיעם בשפה ההלכתית כחלק מנתוני המציאות שההלכה מתחשבת בהם. יש לשים לב שמה שמוצג כ"בעיות אזרחיות" מייצג לעיתים קרובות מתח פנימי בעולם ההלכה עצמה. לפיכך יש לגייס את מנגנוני התיקון של הדין הדתי עצמו כדי לגשר על פערים בין הדין הדתי לבין המציאות. עם זאת, יש להיזהר מפני הסכנה שבית הדין הרבני יתקשט בנוצות של המשפט האזרחי רק כדי לשריין את פסיקתו מפני ביקורתו של בית המשפט הגבוה לצדק, ויש לבדוק יפה מה נאמר מן השפה ולחוץ ומה הופנם באמת ובתמים כחלק מן הפסיקה הדתית.

\* בחלק מן השאלות הנידונות במאמר זה התחלתי לעסוק במאמרי "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" שנתון המשפט העברי יג 371 (1988).

\*\* פרופסור, ראש המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת-גן, ופרופסור-אמריטוס, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תודתי נתונה לחברי המערכת של כתב העת משפט ועסקים אדם דסי אנדרמן, אדם טהרני וחו'ן סדבון על הערותיהם המועילות.

מבוא

- פרק א: דיני המשפחה כמאבק בין דין דתי לבין חוק אזרחי  
 פרק ב: תרומתו של הדין היהודי לעיצוב החוק האזרחי  
 פרק ג: השפה הדתית כמשענת לערכים ליברליים  
 פרק ד: הימנעות מפסיקה לפי הדין הדתי בשירות מטרות לא-ליברליות  
 פרק ה: סיכום

## מבוא

השיח הישראלי לוקה בכך שהוא יוצר הפרדה בין השפה ההלכתית-הדתית לבין השפה האזרחית-המוסרית, ומעמיד אותן כשני זרים הפונים עורף זה לזה, ולעיתים אף רואה אותן כשני יריבים המתגוששים זה עם זה. הרלוונטיות של הדת היהודית לתודעה המוסרית הולכת ופוחתת, וכך גם הרלוונטיות של המוסר לתודעה הדתית.<sup>1</sup> לתופעה זו של נתק בין הלכה למוסר, בין ערכים יהודיים ייחודיים לכאורה לבין ערכים כלל-אנושיים, יש ביטוי כואב גם בתחום המשפטי, ובראש ובראשונה בדיני המשפחה, שבהם מבקש אני להתמקד. דיני המשפחה נתפסים כסובלים ממאבק בלתי-פוסק בין הזרוע הדתית לבין הזרוע האזרחית.<sup>2</sup> במאבק זה כיבוד הדדי הוא סיסמה שבתי-המשפט האזרחיים מרבים להשמיעה, אך ממה שנראה ממבט ראשון ובהסתכלות שטחית ומהירה, זו סיסמה חלולה. אכן, בית-המשפט מבקש מצידו לצמצם את התנגשויות השיפוט בינו לבין בית-הדין. צמצום זה הוא תוצאה של החלטה פוליטית לא להחריף את המאבק בין דת למדינה, דבר העלול לגרום לשלהוב רוחות ולפגיעה במעמדו של בית-המשפט. אך ברור שבית-הדין – אשר שולל את הלגיטימיות של מערכת המשפט האזרחית ואף מדמה אותה לא פעם ל"ערכאות של גויים" – אינו פועל מתוך כיבודה, ואין אנו שומעים כמעט על מקרים שבהם הוא גורס כי העניין אינו בסמכותו, אלא בסמכותם של בתי-המשפט. התמונה המתקבלת – לכאורה – היא שהרבנים בשלהם והשופטים בשלהם: כל אחד

1 ראו על כך פנחס שיפמן "שפה אחת ודברים אחדים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל 715 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998).

2 ראו, למשל, פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב (1989) (להלן: שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב); אריאל רוזן-צבי דיני המשפחה בישראל בין קודש לחול (1990); פנחס שיפמן "ארבעים שנה לדיני המשפחה – מאבק בין דין דתי לבין חוק חילוני" משפטים יט 847 (1989-1990); שלמה דיכובסקי "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט ד 261 (2005).

שר ומזמר בשפתו, מנוכר ומתנכר לשפה האחרת. הדין הדתי אינו מזין את המשפט האזרחי, והמשפט האזרחי אינו מזין את הדין הדתי. הביקורת האזרחית על הדין הדתי יוצאת מתוך הנחות שאינן מקובלות במהותן על הדין הדתי, ולכן אין סיכוי לשיתוף-פעולה בין שתי המערכות. הבעיות האזרחיות הנוצרות עקב השלטת הדין הדתי על כלל האוכלוסייה שונות במהותן מאותן בעיות שההלכה הדתית רואה מחובתה לפתור. בקיצור, קיים לכאורה פער רחב ובלתי-ניתן לגישור בין השפה הדתית לבין השפה האזרחית בדיני המשפחה.

מטרתה של רשימה זו היא לאזן במקצת את הרושם המתקבל מדימוי זה, ולהציג תמונה אחרת, לפחות בחלקה, המייצגת את צידם הבלתי-מואר של יחסי-הגומלין בין דין דתי לחוק אזרחי. אך לא פחות מכך אני מבקש לעמוד על כך שהחיץ המלאכותי בין שפה דתית לבין שפה אזרחית הוא בעוכריהן של שתי המערכות גם-יחד. יש לתקוף את מה שבתי-הדין הרבניים עושים בשפה דתית, כי אסור להתעלם מן הנוק הדתי העצום שפסיקתם יוצרת, כשם שאין לתת בידיהם את המונופול על השימוש בכלים ההלכתיים ובאתוס ההלכתי. יש לדרוש מהם להפנים עקרונות אזרחיים ולהטמיע אותם בתוך השפה ההלכתית כחלק מנתוני המציאות החברתית שההלכה דורשת להתחשב בהם. אך לא פחות מכך יש לתבוע מן הפסיקה האזרחית להרחיב את היקף הלגיטימציה שלה על-ידי שילוב שפה דתית בשפה האזרחית. שגיאה חמורה היא ליצור רושם שבית-המשפט מתנשא מעל חלק מן הציבור, מתנכר לאתוס שלו, ומגדיר אותו – במרומז או במפורש – כציבור לא-נאור ולא-מתקדם.<sup>3</sup> שגיאה זו ניתנת לסלק אם משעינים ערכים ליברליים גם על המסורת הדתית. בהמשך נבקש לפרט טענות אלה.

ברשימה זו תהא דרכנו כדלקמן: בפרק א אציג את המאבקים החוזרים ונשנים בין הדין הדתי לבין החוק האזרחי בזירת דיני המשפחה. אעמוד על הפערים ההולכים ומתרחבים בין שתי הגישות, ועל המחיר שהמערכת המשפטית והמשתמשים בשירותיה משלמים על כך. בפרק ב אדגים הסדרים אחדים שנקבעו בחוק האזרחי בהשראתו ובתרומתו של הדין הדתי. בפרק ג אראה כי לעיתים עצם השימוש במשפט העברי עשוי להיות משותף לאנשים בעלי דעות ערכיות שונות, וכי השפה הדתית עשויה להוות משענת לערכים ליברליים. כמו-כן אראה כי בעיות הנתפסות כ"בעיות הלכתיות" מייצגות למעשה מתח פנימי בעולם ההלכה. בפרק ד אטען כי בתי-המשפט חולקים פעמים רבות כבוד לא-ראוי לבתי-הדין בעצם הימנעותם מפסיקה על-פי הדין העברי כאשר ההודמנות נופלת בחיקם. פסיקה על-פי המשפט העברי שאינה הולכת בתלמו של בית-הדין עשויה לפתור בעיות רבות אשר זה לא השכיל לפתור.

3 המקור הראשון לשימוש במושגים אלה מצוי, כמדומה, בפסק-דינו של השופט ויתקון בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1026 (1963), שם הוא אומר: "כשמתייצבת לפנינו שאלה, שהיא, לאמיתו של דבר, שאלה סוציולוגית ולא משפטית, מצוים אנו, כשופטים, לתת ביטוי ותוקף... למה שנראה לנו כמשקף את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו."

## פרק א: דיני המשפחה כמאבק בין דין דתי לבין חוק אזרחי

ללא ספק, אין להעלים עין מן הקונפליקט הלא-פתור המצריך פשרה מתמדת בין המשפט האזרחי לבין המשפט הדתי. בשעה שביקשו חכמינו להמשיך משל לפשרה שיש למצוא בין שני כוחות המושכים לכיוונים מנוגדים, הם השתמשו בדימוי הציורי של "חֲמֵר־גְּמֵל"<sup>4</sup>. החמר הולך מאחורי החמור ומורו במקל שבידו, ואילו מוליך הגמל הולך לפניו ומושך אותו קדימה. מי שהוטל עליו להוביל חמור וגמל בעת ובעונה אחת צריך ללכת ולקרטע בדרך הליכה המתאימה לשתי הבהמות גם-יחד. משל זה מתבקש לתיאור דרכו של משפט המדינה, שנאלץ לנווט את עצמו בקשיים לא-מעטים בעומדו מול כוחות מנוגדים, כלומר, מול השניות המשפטית שבין דין דתי לבין חוק אזרחי.

אכן, המחקר, ההוראה והפרקטיקה של דיני המשפחה רוויים מאבקים אין-קץ בין הדין הדתי לבין משפט המדינה.<sup>5</sup> תופעה ידועה זו, שדשו בה רבים, כרוכה תדיר בנסיונותיו של משפט המדינה לזנוב בתחולתו של הדין הדתי ולהגיע לפתרונות עצמאיים משלו, כמו-גם בתגובות-נגד של בתי-הדין הרבניים, המבקשים להתמודד עם הכללים שבית-המשפט מעצב.

המשפט האזרחי מפתח פתחי חדירה לדין הדתי, שדרכם מסתננים כללים חילוניים העוקפים את הדין הדתי כאשר הפעלתו נראית בעיניו קשוחה או בלתי-רצויה. השיטות לכך רבות ומגוונות, החל במתן פרשנות מצמצמת לכלליו של הדין הדתי או להוראותיו של המחוקק הנותנות להם תוקף, ועד להרכבת המשפט החוקתי, המעלה על נס עקרונות של כבוד האדם וחירותו, ואת זכותו לשוויון בכלל זה. ההרמוניה הפנימית במערכת המשפטית נזנחה לא פעם לטובת הרצון להשיג תוצאה צודקת והוגנת, והדיסוננסים בין בתי-המשפט לבין בתי-הדין התגברו ככל שהמערכת האזרחית סירבה להיכנע לאילוצים שנובעים כביכול מן הדין הדתי ואשר אינם עולים בקנה אחד עם ההשקפה החילונית.

אך ככל שהדין האזרחי תובע את עלבונם של עקרונות אזרחיים, בית-הדין הרבני מבקש להשיב מלחמה שיערה בדרכים משלו. כך, למשל, בפסיקתו של בית-הדין הרבני משתקפת מגמה של ויסות קפדני של עילות הגירושים במטרה לשמור מכל משמר את המבנה המשפחתי הפטריארכלי. התוצאה המתקבלת היא ריבוי הולך וגובר של נשים המתקשות להשיג גט מן הבעל הסרבן.<sup>6</sup>

מול הקשיים בהשגת גט בבית-הדין הרבני, פיתחה המערכת האזרחית שורה של תחליפי גירושים<sup>7</sup> ותמריצי גירושים תוצרת בית-המשפט האזרחי, כמו-גם מרכיבי גירושים הפועלים

4 משנה, עירובין ג, ד.

5 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 2.

6 ראו פנחס שיפמן "ההלכה היהודית במציאות משתנה: מה מעכב את מעוכבות הגט?" עלי משפט ו 27 (2007).

7 ראו פנחס שיפמן "על תחליפי גירושין תוצרת בית-המשפט האזרחי" ספר לנדוי – מאמרים כרך שלישי 1607-1622 (אהרן ברק ואלניער מזוז עורכים, 1995).

בדיעבד כדי לחלץ את האישה מוויתורים שנכפו עליה בהסכם גירושים שעליו נאלצה לחתום בשל החשש שתישאר מעוכבת-גט. אישה המתקשה להשיג גט נאלצת, לעיתים קרובות, להיזקק למערכת האזרחית כדי לקבל ממנה סעד, אך בבואה לבית-הדין הרבני היא נדרשת להשיל מעליה את שהשיגה בבית-המשפט, כתנאי לכך שבית-הדין ייזקק לתביעתה לחייב את הבעל הסרבן במתן גט.<sup>8</sup> בדומה לכך פיתחה המערכת האזרחית תחליפי נישואים, שניתן להשתמש בהם כאשר אדם מנוע מלהינשא לפי הדין הדתי בשל קיומו של איסור דתי שאינו מקובל על דעת ההשקפה החילונית. אך למעשה הוכרו תחליפי נישואים גם למענו של אדם אשר סולד מטקס דתי, והוכרה זכותו להינשא מחוץ לישראל לפי דין אזרחי או לחיות במסגרת יחסים דמויי-נישואים, אשר משתבצים בגדר המושג "ידועים בציבור כנישואים".<sup>9</sup> בתחום זה קצרה ידו של בית-הדין הרבני מלשנות את המציאות שנוצרה על-ידי ההסדרים האזרחיים, אך מבחינה מסוימת הם הפחיתו את הלחץ המוטל עליו להגמיש או להקל את חומרות הדין הדתי, לנוכח קיומם של הסדרים אזרחיים חלופיים, אשר פותרים את המצוקה המעשית במקרים פרטניים מבלי שאלה זוכים במעמד הסמלי הגבוה המאפיין את הנישואים הדתיים.<sup>10</sup>

להרחבת הפער בין גישתם של בתי-הדין הרבניים לבין גישתו של בית-המשפט האזרחי יש מחיר תודעתי לא-פשוט. על קרקע זה פרוחה התפיסה הגורסת כי קיים חיץ בלתי-עביר בין התפיסה הדתית, הרואה את חזות הכל בכניעה לציוויים דתיים, לבין התפיסה המתגדרת בזכויות אדם, אשר רואה בפגיעה בחופש האישי של אדם בתחומים האינטימיים של חייו משום הפרה חמורה של עיקרון מוסרי, אלא אם כן ניתן להצביע על הצדקה רציונלית כבדת-משקל לפגיעה זו. לנוכח זאת הולכת ומתרחבת ההכרה במה שמכונה דיני משפחה אזרחיים, דהיינו, הסדרים חקיקתיים ופסיקתיים העוקפים את הדין הדתי בדרכים שונות, בין בענייני נישואים וגירושים, כמפורט לעיל, ובין במה שנוגע במערכת החובות והזכויות של בני-הזוג. כך, למשל, עקרון שיווי המינים, המוחל ביחסי ממון בין בני-זוג, משתמש בדיני החוזים והקניין ככלים להרחבת עקרון השוויון. אך משנקבע עיקרון זה במגרש האזרחי, הרחק מהשגת-ידו של הדין הדתי המהותי, אין הוא נעצר בפתחו של בית-הדין הדתי, אלא מבקש ליהפך לגיגית הכפויה על ראשיהם של הרבנים. כאשר הללו מסרבים לכופף את ראשיהם, הצעד המתבקש הוא צמצום סמכותם, שהרי כל הפונה אליהם בתביעה להתכחש לעיקרון האזרחי של שיתוף בין בני-הזוג מנגע בזה את תביעתו בחוסר כנות ובהעדר תום-לב, שיש בהם כדי לקעקע את עצם סמכותו של בית-הדין להיזקק לתביעה.<sup>11</sup>

8 ראו שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 42-45.

9 ראו שחר ליפשיץ הידועים בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005); שחר ליפשיץ "נישואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה (2001-2002).

10 ראו בהרחבה פנחס שיפמן מי מפחד מנישואין אזרחיים? (מהדורה שנייה, 2000).

11 ראו אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה וירושה" ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א 184, 203 (התשנ"ב); רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל - לקראת השלמה: על הכבוד, הצדק, השוויון והכוונה יושתתו מעתה דיני המשפחה" מחקרי משפט יז 105, 145 ואילך (2001-2002).

תהליך דומה מתרחש גם בסוגיות אחרות, כגון ההגנה על זכויות הילד הטבעי, העלולה להתקפח מול גישתו המסתייגת של בית־הדין המוסלמי. התרופה המקדימה היא שלילת סמכותו של בית־הדין לדון בזכויות שהדין הדתי אינו מכיר בהן.<sup>12</sup> אכן, יש שבית־הדין הדתי נחלץ מראש לפרוש את הגנתו גם על זכויות אזרחיות כדי להימנע משלילת סמכותו. כך נהג בית־הדין הרבני בהכריו על נכונותו להכיר בנישואים אזרחיים במסגרת דין "בני נח".<sup>13</sup> אכן, בית־הדין הצליח לשמור על סמכותו לפרק נישואים אלה, אך הסתייגותו מלהכיר בזכויות הממוניות של הצדדים הובילה לאיבוד סמכותו בדיון על זכויות אלה, והסגירה את השיפוט בהן לידי בית־המשפט האזרחי.<sup>14</sup>

### פרק ב: תרומתו של הדין היהודי לעיצוב החוק האזרחי

הדימוי הרווח לגבי הדין הדתי ומשפט המדינה הוא אפוא של שני מוסדות העומדים משני צדי המתרס ומשליכים בליסטראות זה על זה. אך דימוי זה מייצג תמונה חלקית בלבד. תחילה יש להדגיש כי מה שמוצג כקונפליקט בין הדין הדתי לבין משפט המדינה אינו אלא – ברובד העמוק יותר – קונפליקט פנים־הלכתי ותוך־דתי שנבע מהיצמדות מוטעית לגיבוש קדום של כלל דתי, אשר טעון רעיונית במערכת הדתית עצמה לאור עקרונותיה הפנימיים, המחייבים התאמה למציאות משתנה. כך הדבר, למשל, בסוגיה של יחסי ממון בין בני־זוג. בית־הדין לא היה צריך להיגרר אחר בית־המשפט האזרחי ולענות אמן בעל־כורחו על עקרון שיתוף הנכסים האזרחי. הוא היה מיטיב לעשות אילו השכיל ללכת כחלוץ לפני המחנה ולהצדיק את עקרון השוויון כמתחייב ממנהג הבריות, לרבות מנהגם של אנשים שומרי מצוות, וזאת לפי עקרונות ההלכה היהודית עצמה. מחדל זה מעיד על כשלונן הדתי של בית־הדין הרבני.<sup>15</sup>

אבל כשם שלמבקרו של הדין הדתי נוח להציג את הכללים הדתיים ככללים שאינם הולמים את המציאות המודרנית, וזאת כחלק מתעמולה אנטי־דתית, כך גם למצדדים בדין הדתי נוח להציג את הביקורת כהתקפה חילונית מבחוץ שאינה קבילה מראש, כדי שלא יהיה צורך להתמודד עם הבעיות ההלכתיות, העקרוניות והמעשיות, העולות מן הצורך להפעיל את מנגנוני התיקון של הדין הדתי עצמו בשעה של קצֶר בין הדין לבין המציאות.

12 ראו פנחס שיפמן "חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 235, 237-240 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

13 ראו בג"ץ 2232/03 פלונית נ' בית־הדין הרבני האזורי ת"א-יפו (טרם פורסם, 21.11.2006) (להלן: פרשת פלונית). לפסק־הדין המשלים בבית־הדין הרבני בעניין זה ראו גירושין (גדול) 4276/03 (לא פורסם, 11.11.2003).

14 פרשת פלונית, שם, פס' 42 לפסק־הדין.

15 ראו פנחס שיפמן "בתי הדין הרבניים – לאן?" משפט וממשל ב 523 (1994).

עם זאת, אסור להתעלם מתרומתו הבלתי-מבוטלת של הדין היהודי לעיצובו של המשפט האזרחי בדיני המשפחה. אל לנו להיתפס לגישה הפשטנית הרווחת שעל-פיה דיני המשפחה מתנהלים רק במסלול של עימות ומאבק בין השניים. זו חלק מן התמונה, אך לא כל התמונה. מבט מדוקדק יותר מגלה שהדין הדתי-היהודי מזוין, בגלוי או בסמוי, הרבה מן ההסדרים האזרחיים בדיני המשפחה. כך, למשל, עקרון טובת הילד, שבו דגל המשפט העברי מימים ימימה;<sup>16</sup> כך העיקרון שאימוץ אינו מנתק קשרי-דם ולכן, למשל, המאומץ יכול לקבל מידע על מוצאו<sup>17</sup> ולרשת בירושה על-פי דין את משפחת-המוצא שלו;<sup>18</sup> כך ההכרה בזכויות הילד הטבעי, המנוכרת לתפיסה הגורסת אי-לגיטימיות של ילדים שנולדו מחוץ לנישואים;<sup>19</sup> כך העיקרון שאדם יכול להיות מורשע באיננו אשתו החוקית, בניגוד לתפיסתו של המשפט המקובל;<sup>20</sup> וכך גם ההכרה בהסדרי פונדקאות,<sup>21</sup> שהיא חידוש גמור לעומת ההסדרים בארצות אחרות, שרובן אוסרות את הדבר.

דוגמה אופיינית נוספת לשתילת מוסדות משפטיים הלקוחים מן הדין היהודי בתוך המשפט האזרחי היא זכותם של בן-הזוג והילדים למדור. זכות זו עוצבה בחוק כעילה לעיכוב פירוק השיתוף, מבלי שהיא מוגבלת – כמו בדין היהודי – לאישה בלבד.<sup>22</sup> לא זו אף זו: בעוד שהחוק האזרחי הסתפק בהטלת חובה על מבקש הפירוק להמציא דיור חלופי כתנאי למימוש הפירוק, נמנע בית-המשפט הגבוה לצדק מלהתערב בפסיקתו של בית-הדין הרבני אשר האדירה את זכות האישה למדור וקיבעה אותה כזכות הנתונה לאישה בדירת המגורים הספציפית – זכות שיש בה כדי לסכל את ההליך האזרחי של פירוק השיתוף.<sup>23</sup> קשה להשתחרר מן הרושם כי השיקול שהכריע את הכף מאחורי הקלעים היה הרצון לחזק את כוח המיקוח של האישה במערכה על פירוק הקשר בינה לבין בן-זוגה. שיקול זה נשאר מוצנע, מן הסתם משום שהפסיקה האזרחית הקודמת לא הכירה בזכות האישה למדור כזכות

16 כלשונו של רבי דוד בן זמרה, מחכמי מצרים וארץ-ישראל במאה השש-עשרה: "כללא דמלתא, הכל תלוי בראות ב"ד [בית-הדין], באי זה מקום יש תקנה לולד יותר" (שו"ת הרדב"ו, חלק א, סי' קכג). עוד ראו פנחס שיפמן "טובת הילד בבית-הדין הרבני" משפטים ה' 421 (1973); אליאב שוחטמן "למהותם של כללי ההלכה בסוגיית החזקת ילדים" שנתון המשפט העברי ה' 285 (התשל"ח); ע"א 458/79 ניר נ' ניר, פ"ד לה' (1) 518, 523-524 (1980) (להלן: עניין ניר).

17 ס' 30(ב) לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

18 ס' 16 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה).

19 ס' 3(ג) לחוק הירושה; החוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

20 ע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה' (3) 281 (1980); שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 144-146.

21 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996.

22 ס' 40 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, וס' 6 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973.

23 בג"ץ 5969/94 אקנין נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד נ(1) 370 (1996).

ספציפית בדירת המגורים.<sup>24</sup> היא השיקול אשר יהא, הזכות למדור על-פי הדין הדתי נשאבת לתוך המשפט האזרחי, אשר מעצב אותה מחדש בשפה אזרחית, ומשתתפת כשחקן חדש בזירה שבה בני-הזוג המתגרשים נאבקים זה בזה על תנאי הגירושים. זכות זו מתעצמת כאשר בית-המשפט מאשר לבית-הדין הרבני "חופש פעולה" במימוש תפיסתו העצמאית לגבי זכות זו.<sup>25</sup>

זאת ועוד אחרת: באותם תחומים משפחתיים שהמשפט האזרחי הטיל את מרותו עליהם והחליף את הדין הדתי בהסדרים משלו, או שמראש התבקשה תחולתו עליהם באשר הם לא היו נתונים לדין הדתי, הוא נדרש לעצב אותם בהסדר טריטוריאלי החל על בני כל העדות והדתות. עם זאת, מתברר כי לעיתים, גם כאשר נראָה שהוא זונה את הדין הדתי וקובר כביכול את הלכותיו, השקפותיו של דין זה ממשיכות בכל-זאת לשלוט ולהראות נוכחות מקברן. תופעה זו באה לידי ביטוי, למשל, בחוק אימוץ ילדים,<sup>26</sup> אשר מחק את ענייני האימוץ מרשימת ענייני המעמד האישי, ובכך הפנה לכאורה עורף לדין הדתי, אך המשיך בכל-זאת לשמר את השקפתו של הדין היהודי, שעל-פיה אי-אפשר למחוק ולמחות קשרי-דם, כפי שראינו לעיל.<sup>27</sup>

כמובן, יש מקרים שבהם משפט המדינה מבקש להסתתר מאחורי הדין הדתי משום שהוא אינו רוצה להבליט בפה מלא את פגיעתו שלו עצמו בזכויות האזרח. כך, למשל, המחוקק החילוני נרתע מלקבוע איסורים לגבי נישואי-תערובת בספר חוקים אזרחי, ומעדיף שמלאכתו תיעשה על-ידי הדין הדתי. הרצון למנוע נישואי-תערובת, כדי להפחית את סכנת ההתבוללות בארץ ובגולה, נתפס כאחד הטעמים המרכזיים להמשך שליטתו של הדין הדתי בענייני נישואים וגירושים. בלעדיותם של הנישואים הדתיים, על כל האיסורים והחומרות הכרוכים בכך, נחשבת כמחיר שיש לשלמו למען המטרה הלאומית החשובה של מניעת נישואי-תערובת. עם זאת, המחוקק מבקש לרחוץ בנקיון-כפיו, כאילו לא הוא עצמו מונע אותם נישואים, ורק הדין הדתי – שהוא נאלץ כביכול להכיר בו למורת-רוחו – הוא אשר פוסל אותם נישואים.<sup>28</sup>

במקרים אחרים המחוקק מגלה נכונות לאמץ הסדרים שיש להם מקור בדין הדתי,

24 ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 205 (1997); ע"א 803/93 כליפא נ' כליפא (לא פורסם, 2.6.1994).

25 ראו בג"ץ 304/04 יאיר נ' בית הדין הרבני האזורי (לא פורסם, 6.7.2005); בג"ץ 207/04 גולדמברג נ' גולדמברג (לא פורסם, 16.10.2005).

26 ראו ס' 26 ו-27 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981, שהחליפו את ס' 23 ו-24 לחוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960, ס"ח 96.

27 ראוי להזכיר בהקשר זה כי ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981 (שהחליף את ס' 5 לחוק אימוץ ילדים, התש"ך-1960, ס"ח 96), קובע כי אימוץ אפשרי רק אם המאמץ והמאומץ בני אותה דת. עם זאת, לפי ס' 13א(ג) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, ניתן להמיר את דתו של קטין לדת "של אדם שהקטין היה סמוך על שולחנו, מתוך כוונה לאמצו... ובתנאי שבית המשפט שוכנע כי ההמרה דרושה לשם אימוצו של הקטין בידי אותו אדם לפי חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981".

28 בסוגיה זו הרחבתי במקום אחר. ראו שיפמן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 15-19.

וזאת מפני המלעזים הטוענים שכלליו הם נוגדי־דת. כך, למשל, נטענה הטענה כי ההכרה בידועים בציבור באה בהשראתו של דין תורה, המכיר ב"קידושי ביאה"<sup>29</sup>. אך ברור שהכרה זו נוגדת את האתוס המקובל של שומרי מסורת. בדומה לכך, בחוקים שסוטים סטייה חדה מן הדין היהודי ואשר נבנו בכללותם על־פי מגמות חילוניות, כגון חוק הירושה, גילה המחוקק התלהבות בקליטת הסדרים טכניים, מוגבלים, הלקוחים מן הדין הדתי,<sup>30</sup> וזאת כדי להשתיק ביקורת שהחוק מנוכר למקורות היהודיים או נוקט עמדות אנטי־דתיות. שאלה אחרת – שלא כאן המקום לדון בה – היא אם שיבוץ אותם הסדרים טכניים במסגרת החוק החילוני אכן הניב תוצאות טובות וראויות בתנאי המציאות הישראלית.

"טביעות־אצבעותיו" של הדין היהודי ניכרות בבירור גם בסוגיה אשר מראש לא הייתה נתונה בשליטתו, והיא הסדרת יחסיהם של זוגות מעורבים ושל חסרי דין אישי. החוק הישראלי מוכן בנפש חפצה לפרק נישואים ב"מקרים מיוחדים" אלה, אף־על־פי שלעת עתה הוא אינו מציע להם דרך להינשא בישראל. בית־המשפט לענייני משפחה רשאי לפסוק גירושים אזרחיים לבני־זוג כאלה, בהעדר קורת־גג דתית משותפת החלה על שניהם כאחד. עם זאת, הסתפק החוק מצידו בקביעת עילת גירושים אחת ויחידה שעל־פיה "הסכמת בני הזוג תשמש לעולם עילה לגירושין"<sup>31</sup>. גלוי לעין שכלל זה נקבע בהשראתו של הדין היהודי, אשר פותח לרווחה את שערי הגירושים לפני בני־זוג החפצים להתגרש, ואינו כופה עליהם את המשך הנישואים על אפם ועל חמתם. המחוקק לא ראה מניעה לעצמו לאמץ כלל זה ולהשליטו גם על לא־יהודים, לרבות אלה שהמסורת הדתית והתרבותית שלהם שוללת גירושים מכל וכל, כגון הקתולים, שלפי דתם "... מה שחיבר אלוהים אל יפריד אדם"<sup>32</sup>. עדות נוצריות אחרות, כגון מזרחיות ואורתודוקסיות, מסייגות את אפשרות הגירושים בסייגים חמורים, ואינן מתירות גירושים רק על־פי הסכמת הצדדים. אף שהחוק האזרחי אינו חל כאשר שני בני־הזוג משתייכים לאותה עדה דתית, הוא עשוי לחול, בין היתר, כאשר הם חברים בעדות נוצריות שונות. ההגמוניה של עקרונות הדין היהודי נקבעה ללא היסוס, אף שהייתה בה רמיסה של עקרונות הנובעים מדינים דתיים אחרים. היא גשתלה בחוק האזרחי, ששמח לאמצה, אף שהמדיינים, בהיותם בעלי עדות דתיות שונות או חסרי עדה מוכרת, אינם כפופים כלל לדין הדתי היהודי. מצד אחר, נמנע המחוקק מלצעוד צעד נוסף, ולא קבע על־פי אילו עילות גירושים ידון בית־המשפט כאשר לא הושגה הסכמתם

29 להסתמכות על המשפט העברי בהקשר זה ראו, למשל, את דבריו של השופט זוסמן בבג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33, 55 (1972), המביא ראייה מדבריו של חבר־הכנסת יצחק רפאל בכנסת (שהסתמך מצידו על שולחן ערוך אבן העזר) כי "הידועה בציבור כאשתו אשתו היא". על רקע זה אפשר להבין את המאמץ של בתי־הדין הרבניים להימנע ככל האפשר מלייחס תוצאות של "קידושי ביאה" ליחסים בין גבר ואישה שלא נישאו. ראו במיוחד ערעור (גדול) תשכ"ז/78, פד"ר ז 35 (התשכ"ז).

30 כך, למשל, בסוגיית "שניים שמתו כאחד" לפי ס' 9 של חוק הירושה או בסוגיית "יורש אחר יורש" לפי ס' 42 של חוק הירושה.

31 ס' 5(ג) לחוק שיפוט בענייני התרת נישואין (מקרים מיוחדים וסמכות בין־לאומית), התשכ"ט-1969.

32 הבשורה על־פי מרקוס י 9.

של שני הצדדים לגירושים. כך, למשל, היה אפשר להורות בחוק כי כשלון הנישואים ללא תקנה – דבר שניתן להסיקו, למשל, מתקופת פירוד ממושכת ביניהם – ישמש צילה לגירושים על-פי דרישתו של אחד הצדדים. אבל קביעה כזאת היא בבחינת חידוש מנקודת-המבט של הדין היהודי, אם כי ניתן לייחסה – כפי שנראה להלן – להשקפות מסוימות בדין זה. במודע או לא במודע, החשש היה מסחף העלול להיווצר כתוצאה מהרחבת צילות הגירושים מעבר למה שמקובל בדין היהודי, שתוליד דרישה להחיל את הדין שנקבע לגבי מקרים מיוחדים גם על מקרים רגילים. אכן, המשפט ההשוואתי מלמד כי במדינות שבהן נהג בתחילה הדין הדתי בלבד, התפתח המשפט האזרחי בתהליך שבשלביו הראשונים היה משפט זה בגדר דין משני בלבד, אשר חל על יחסים מעורבים ועל זרים, ובשלב מאוחר יותר נהפך הדין המשני לדין הראשי של אותה מדינה.<sup>33</sup>

### פרק ג: השפה הדתית כמשענת לערכים ליברליים

יש לתת את הדעת לתהליך אפשרי אחר שבו רותמים את השפה הדתית עצמה לקידום של ערכים ליברליים שהינם בני-הגנה (גם) לפי הדין הדתי.<sup>34</sup> אפשר לפתוח בכך שהשיח הציבורי בעניין הנהגת נישואים אזרחיים במדינה יוצר במבט ראשון חזית בין מחייבי הדין הדתי לבין שולליו. התובעים להנהיג נישואים אזרחיים, לפחות כמסלול מקביל לנישואים דתיים, נשענים כרגיל על ערכים ליברליים המבקשים להגן על זכותו של אדם לחיי משפחה ללא הגבלה מטעמי דת. לעומת זאת, המצדדים בהמשך ההכרה הבלעדית בדין הדתי בהקשר זה נתפסים כמבקשים לקדם אינטרסים דתיים. אבל מבט מדוקדק יותר מגלה כי הוויכוח חוצה את ההבחנה בין דתיים לחילונים. במיוחד יש להדגיש את טיעוניהם של המצדדים בנישואים אזרחיים מנקודת-מבט דתית, הפוסלת "כפייה דתית" כאשר שכרה יוצא בהפסדה, בכך שהיא מרחיקה אנשים מדת ישראל במקום לקרבה אליה, אך במיוחד בכך שהיא מכשילה אנשים בעברות דתיות חמורות. לעניין זה נחזור בהמשך.

אף הפסיקה האזרחית שהרחיבה לאחרונה את ההכרה בנישואים אזרחיים שנערכו בחוץ-לארץ לא הסתירה את ההנצחה (המוטיווציה) העומדת מאחורי הכרה זו, לאמור – יצירת תחליף לנישואים אזרחיים שנבצר לעורכם בישראל, דבר הפוגע בזכותו של אדם לחיי

33 שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 414.

34 על הפוטנציאל בתחום זה ראו, למשל: Asher Maoz, *Can Judaism Serve as a Source of Human Rights* (2005), available at [www.law.bepress.com/taulwps/fp/art7](http://www.law.bepress.com/taulwps/fp/art7). לא למותר לציין גם את חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, הקובע בס' 1 שבו כי "ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" (ההדגשה הוספה).

משפחה. שוב היה מוטב להוסיף את המוטיב הדתי, הנפגע אף הוא מן המצב הקיים. הוספה זו הייתה לא רק משלימה את הדיון בסוגיה זו ומעמידה אותו על שיח מורכב, ולא חד-ממדי, אלא גם מעמידה את בית-המשפט – אשר לעת עתה חל כרסום חמור בלגיטימציה שלו, בהצטיירו כמנהל מאבק למען ערכים חילוניים ואף אנטי-דתיים – במצב נוח יותר מבחינה ציבורית.

ראינו לעיל דוגמות אחדות לאפשרות לשלב הנמקה דתית בפסיקה האזרחית. אילו חכמו השופטים האזרחיים, הם היו משכילים להאיץ תהליך זה. יש לשים לב שרבים מן העקרונות המוצגים בשפה האזרחית מתנסחים גם בשפה הדתית. כך, למשל, המגמה המצדדת בגירושים ללא אשמה כובשת יותר ויותר את הלבבות בעולם המערבי.<sup>35</sup> היא נשענת על מגוון של שיקולים, ובראשם ההכרה בחופש האישי של אדם לצאת מנישואים כושלים. והנה, לא זו בלבד שהדין היהודי הכיר מאז ומעולם בזכותם של בני-זוג להתגרש בהסכמה הדדית, גם בהעדרה של הסכמה זו קבע הרמב"ם, בהלכה מפורסמת, כי אם האישה טוענת שבעלה מאוס בעיניה, כופים אותו לגרשה "לפי שאינה כשבויה שתבעל לשנוי לה".<sup>36</sup> הדוגלים בכבוד האדם וחירותו לא היו מנסחים רעיון זה בדרך טובה יותר. על הלכה זו קמו אומנם עוררים, במיוחד בטענה שהיא מתמרצת אישה "לתת עיניה" באחר.<sup>37</sup> אך הלכת הרמב"ם מלמדת כי אין מדובר במתח בין מתנגדי הדין הדתי לבין תומכיו, אלא במתח מובנה בתוך ההלכה עצמה. הוא הדין לגבי שיקול מרכזי נוסף התומך בתפיסה של גירושים ללא אשמה, והוא השיקול המציאותי שלפיו שלילת גירושים אינה יעילה, בתמרצה את הצדדים לחיות עם בני-זוג אחרים מחוץ לנישואים. אכן, אחד מחכמי ההלכה נזעק לגנות את סרבני פסיקת הגירושים כפוגעים באינטרס הדתי להרחיק אנשים מן החטא שבחיים משותפים מחוץ לנישואים. לפי תפיסתו, השיקול הקובע הוא הסיכוי לאחות את הקשר בין בני-הזוג, ובהעדר סיכוי כזה – אסור לעכב מתן גט.<sup>38</sup> חוששני שנשבינו בקסמו הכוזב והמתעתע של הניגוד הבלתי-מתפשר בין דת לבין מוסר – ניגוד אשר חביב על כמה הוגי-דעות מודרניים.<sup>39</sup> כאמור, הדבר אולי נוח למבקרו

35 ראו שחר ליפשיץ "ברצוני להתגרש ומייד! על ההסדרה האזרחית של הגירושים" עיוני משפט כח 671 (2004-2005).

36 משנה תורה, אישות, פרק יד, הלכה ח.

37 על הסוגיה כולה ראו אלימלך וסטרייך "עלייתה ושחיקתה של עילת המורדת" שנתון המשפט העברי כא 123 (2000).

38 ראו את דבריו של רבי חיים פאלאג'י, חכם בקהילת איזמיר מן המאה התשע-עשרה, בספרו חיים ושלוש חלק ב, סי' קיב. דבריו אלה מופיעים בערעור (גדול) תשכ"ז/109, פד"ר ז 111, 112-113 (התשכ"ח); וכן בערעור (גדול) תשל"ב/122, פד"ר ט 200, 211-213 (התשל"ד). בפסק-הדין האחרון הסתייג הרב גורן, בדעת הרוב, מן השימוש בדעתו של פוסק זה (ראו ספרי שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך א, לעיל ה"ש 2, בעמ' 419). עם זאת, רוב ההרכבים של בתי-הדין הרבניים מקבלים את דעתו של הרב חיים פאלאג'י, אף שהם אינם מרבים להסתמך עליה כטעם בלעדי.

39 ראו מאמרי פנחס שיפמן "על הפקעת המוסר מן התודעה הדתית: תרומה שלא מדעת ללאומנות, לחילון ולחרדיות" ישעיהו ליבוביץ: בין שמרנות לרדיקליות – דיונים במשנתו 59 (אבי רביצקי עורך, 2007).

של הדין הדתי, אשר בעיניהם הדרך היעילה ביותר להורדתו של הדין הדתי מבמת ההכרה בו על-ידי המדינה היא הצגתו כאנטי-מוסרי. הדבר אולי נוח גם למתקפים, היכולים להדוף מעל עצמם את הביקורת בטענה שהיא התקפה אנטי-דתית שאין צורך להתחשב בה. אבל מה שמוצג כבעיה חילונית הוא במקרים רבים גם בעיה דתית. הקושי המוקדם הרובץ לפתחנו הוא פיתוח רגישות לקיומה של בעיה, בין שזו הבעיה של פסולי-חיתון, הבעיה של מעוכבות-גט או בעיות אחרות דומות להן. לפנינו אפילו קושי של שפה או קצף בתקשורת, מפני שהרבנים עלולים להתכחש לעצם המושג "בעיה הלכתית", ואף להודיע מעצם השמעתו. אבל בית-המשפט אינו צריך להיות שבוי בדרך המחשבה שלהם, ואינו צריך להפקיר את עולם ההלכה לשליטתם. השאלה אם יש בעיה הלכתית פירושה אם לפנינו מקרה שבו שומה עלינו, לפי תחושתנו המוסרית, לחפש אחר אמצעים ושיקולים הלכתיים כדי לפתור מצוקה אנושית הנגרמת לכאורה לפי הכללים הסטנדרטיים. מובן מאליו שדבר זה כורך בחובו גיבוש תחושה ערכית כלפי המציאות. השאלה היא אם בהתייחסות ערכית כזאת למציאות יש להביא בחשבון את כבוד האישה וחירותה. כרגיל מעמידים את כבוד האישה וחירותה כערכים חילוניים העומדים מול ערכים דתיים, כגון איסור אשת איש וקדושת המשפחה. אך דומני שאנו חוטאים בעמדה לעומתית זו, המתכחשת לכך שחכמי ישראל ראו מחובתם "לשקוד על תקנת בנות ישראל". אנחנו חוטאים בכך שאין אנו מדגישים שכבוד האישה וחירותה הם ערכים דתיים בעלי משקל לא פחות מערכים דתיים אחרים.

כך, למשל, אומר המבי"ט - הוא רבי משה מטראני, חכם הלכה שהיה רבה של צפת במאה השש-עשרה - בעת שדן באדם שביקש לסחוט מאישה כספים לאחר שהעליל עליה כי נישאה לו:

"ראוי והגון לכל החכמים הרבנים אשר נראה להם לחוש לקידושין אלו דרך חומרא, שיתנו אל ליבם דהויא חומרא דאיתא לידי קולא - להקל בכבוד בנות ישראל לתת יד לפושעים שיתעללו בהם..."<sup>40</sup>

הדברים מאלפים: החמרה בקידושים הנטענים היא לדעתו החמרה מזויפת. היא מביאה לידי הקלה. זהו מושג הלכתי שמשתמשים בו לעיתים קרובות: הרב רוצה כביכול להחמיר, אך עליו לשים לב שהחמרה עלולה להביא לידי הקלה או אף קלקלה. ומהו האיסור ההלכתי העלול להיפגע? אומר המבי"ט: "להקל בכבוד בנות ישראל". דעות נחרצות כאלה פזורות במרחביה של ספרות השאלות והתשובות, ואסור לשופט אזרחי להתעלם מהן, גם אם הרבנים אינם מעלים אותן על ראש פסיקתם. הנה מובאה

40 שו"ת המבי"ט, חלק ג, סי' קל (חלק מסימני-הפיוסוק הוספו). ראו גם את פסיקתו של רבי יוסף חיים בן אליהו מבגדד, מגדולי פוסקי ההלכה במאה התשע-העשרה ובתחילת המאה העשרים, המצטט דברים אלה בשו"ת רב פעלים, חלק א - אבן העזר, סי' יא. על דברים אלה מסתמך גם הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר, חלק ב - אבן העזר, סי' ה, וכן בחלק ד - אבן העזר, סי' ה.

נוספת מחכם הלכה אחר – רבי שמואל די מודינה, הידוע בשם מהרשד"ם, חכם הלכה בארצות הבלקן במאה השש־עשרה. גם הוא עוסק בעניין דומה, ואסתפק בהבאת משפט אחד מדבריו:

"לא נעלמו ממני אלו החומרות ועכ"ז [עם כל זה] לא נסוגתי אחור לחפש זכות הבחורה זאת, כי כן ראוי לכל בעל נפש כדי שלא... יהנו לרשעים מעשיהם הרעים לבוא על בנות ישראל במרמה ועוולה לעשותם כשבויות חרב."<sup>41</sup>

הוא אשר אמרנו: מה שמוצג כבעיה אזרחית־חיצונית הוא במבט בוחן יותר גם בעיה דתית־פנימית, ורצוי וראוי לגייס את השפה ההלכתית־הדתית, בצד השפה האזרחית, כדי לבנות חזית אחידה מול הבעיה התובעת פתרון.

כך, למשל, שאלת הנהגתם של נישואים אזרחיים בישראל מעוררת מחלוקת במישור הפוליטי והסמלי, ומעלה טענות כבודת־משקל לגבי פגיעה בזכויות אדם. מקובל לחשוב ששינוי כזה מנוגד לתפיסה הדתית, ולא היא. כפי שראינו, המשך הטלתם של נישואים דתיים כחובה על כלל הציבור טומן בחובו חומר־נפץ עצום, בין היתר בשל הריבוי ההולך וגובר של פסולי־חיתון שהם תוצאה של נישואים דתיים דווקא. נישואים דתיים מהווים אבן־נגף לצדדים, מכיוון שהם עלולים ללכוד אותם בעגינות או בממזרות. אין תמה שברוסיה הסובייטית כתב אחד הרבנים כי הנהגת נישואים אזרחיים היא יד ההשגחה העליונה "להציל את הדור הפרוץ מאיסורי עריות"<sup>42</sup>. קטני־אמונה עלולים לשאול: התקצר יד ההשגחה העליונה מלהגיע גם לארצנו?

בדומה לכך, בעייתן של מעוכבות־גט היא בראש ובראשונה בעייתן של נשים דתיות שאמונתן הדתית מונעת מהן את האפשרות להיות חיי אישות עם גבר זר כל עוד לא הותרו נישואיהן כדת. מנקודת־מבטו של אדם דתי, הפיכת הנישואים הדתיים לאבן־נגף היא־היא הבעיה הדתית האמיתית. בעיה זו מתעוררת בכל מקום ומקום שחיים בו יהודים שומרי מסורת. אומנם אין להסיק מכאן שאמונתה הדתית של האישה אינה כלל עניין לחוק האזרחי. גם כאשר משפט מדינה כלשהי אינו מכיר בנישואים דתיים ככאלה, אין הוא יכול להישאר שווה־נפש לעוול העלול להיגרם לאישה שבעלה מעגן אותה בסרבו לתת לה גט. פסיקת פיצויים לטובת האישה שנמנע ממנה להינשא היא אחד הסעדים ששיטות משפט שונות מעניקות.<sup>43</sup> אך יש לדייק בדבר: האישה אינה מנועה מלהינשא על־פי הדין האזרחי

41 שו"ת מהרשד"ם, חלק אבן העזר, סי' כא (חלק מסימני־הפסוק הוספו).

42 הרב זאב טברסקי, ירחון רבני קול תורה, ירושלים, תרצ"ו, שנה ה, חוברת ג-ז, סי' טז, מובא בספרו של אברהם חיים פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד – מחקר היסטורי־דוגמתי בדיני ישראל, שע (1964).

43 ראו את פסק־דינו של בית־המשפט העליון בקנדה המכיל סקירה השוואתית מקיפה בנושא זה: Bruker v. Marcovitz, [2007] 3 S.C.R. 607, paras. 83–91 to the majority opinion from Justice Rosalie Silberman Abella, and paras. 133–155 to the dissenting opinion from Justice Marie Deschamps. פסק־הדין נגיש ב- [scc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc54/2007scc54.html](http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2007/2007scc54/2007scc54.html). בהתאם לדעת הרוב, הבעל שסירב לתת גט לאשתו

באותה מדינה; היא מנועה מלהינשא על-פי הכרתה הדתית משום שקיבלה על עצמה את ההלכות הדתיות המצריכות מתן גט כתנאי ליציאה מנישואים שנערכו כדת משה וישראל. אין צריך לומר שמתן סעד זה אין משמעו מתן גושפנקה אזורית לדין הדתי עצמו. הדין השולט בענייני נישואים וגירושים נותר, כמובן, החוק האזורי של אותה מדינה. אלא שבישראל הזדהותו למראית-עין של משפט המדינה עם הדין הדתי גרמה נזק תודעתי של טשטוש בין הבעיה האזורית לבין הבעיה הדתית. במסגרת טשטוש זה, הבעיות הדתיות-הפנימיות, היכולות להיפתר רק בתוך הדין הדתי גופו, מוסתרות במעטה של בעיות אזוריות-חיצוניות, אף שאלה האחרונות אינן אלא רובד אחד בלבד של הסוגיה כולה.

מבחינה זו שגתה המערכת המשפטית-האזורית קשות בחדדה ללא צורך את הקונפליקט בין הדין הדתי לבין המשפט האזורי. טלו, למשל, את הסוגיה של יחסי ממון בין בני-זוג שנידונה בפרשת בבלי,<sup>44</sup> שם הועמד העיקרון האזורי כנוגד את הדין הדתי. בית-המשפט גרס כי אין די בכך שבית-הדין יגיע לתוצאה הרצויה על-פי הדין הדתי, אלא עליו לאמץ את ההלכה האזורית עצמה. כך אומר השופט אהרן ברק בפרשת בבלי:

"אפילו מוכן בית דין דתי להפעיל את הדין האזורי הכללי באמצעות אחת מהדוקטרינות הפנימיות שלו... התוצאה הינה כי המובן הניתן לדין האזורי הכללי הוא כמובן ששופטי בתי הדין הדתיים מוכנים לתת לו. הדין האזורי הכללי... אינו מחייב מכוח עצמו, אלא מכוח 'הסכמתו' של הדין הדתי. מצב זה אינו תקין כלל ועיקר."<sup>45</sup>

לדעתי, יש לדחות גישה זו. אדרבה, מוטב היה אילו עשה בית-המשפט מאמץ לבצר את ההלכה האזורית תוך שימוש גם בשפה דתית-הלכתית, אשר על-פיה, למשל, יש תוקף מלא למנהגם הרווח של הבריות בענייני ממון. לשון אחר, הייתי מצפה שנתקוף גם בשפה דתית את נוהגם של בתי-דין רבניים להתעלם משיתוף נכסים בין בני-זוג, בהינתן ששיתוף

חויב בפיצויים. לעניין פסיקתם של דמי נזיקין על עיכוב במתן גט, ראו מאמרם של יחיאל קפלן ורון פרי "על אחריותם בנזיקין של סרבני-גט" עיוני משפט כח 773 (2005); יחיאל ש' קפלן "פתרון מצוקת מסורבות הגט באמצעות מזונות עונשיים" המשפט י 381 (2005); בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007); אביעד הכהן "אם תרצו - אין זו עגונה: הטלת סנקציות על סרבן גט ועל משפחתו" פרשת השבוע 358 (התשס"ט) [www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/Parashot/gilyonot.htm](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/Parashot/gilyonot.htm). כן ראו פסקי-דין שניתנו לאחרונה בנושא זה: תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' נ.י. (טרם פורסם, 14.12.2008); תמ"ש (משפחה י"ם) 6743/02 כ' נ' כ' (טרם פורסם, 21.7.2008); בש"א (משפחה י"ם) 56986/07 מ.ט. נ' מ.ט. (טרם פורסם, 6.12.2007); תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלונית נ' עזבון המנוח פלוני ז"ל (טרם פורסם, 30.4.2006).

44 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית-הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994) (להלן: פרשת בבלי).

45 שם, בעמ' 246.

זה הוא מנהגם הרווח גם של אנשים דתיים.<sup>46</sup> השימוש בשפה הדתית ובמקורות הדתיים היה מקטין את החיכוך, מעשיר את הפרספקטיבה האזרחית, ובמיוחד מצמצם את תחושת הניכור התרבותי כלפי המקורות היהודיים שהלכת בבלי מפגינה בבוטות. אכן, אנשים אשר זרים למקורות מגלים לא פעם רתיעה מלפנות לאותם מקורות, מתוך תערובת של משטמה, יהירות ובוז. כביכול הקריאה היא: נתנה ראש ונשובה אל ה"שולחן ערוך". כביכול היו המושגים הדתיים בבחינת חפץ חשוד, מעין מטען ממולכד, אשר שומר נפשו ירחק מהם. אבל אפשר לשים לב שדווקא שופטים אשר ידענותם ובקיאותם במקורות היהודיים לא נפלה מחוכמתם האנושית היו בין אלה שהרחיקו לכת בהתערבות בפסיקתו של בית־הדין הרבני, אך ללא צרימה מיותרת של ניכור תרבותי. כעומק הכבוד למקורות כן עומק ההתערבות האפשרית בפסיקת הרבנים, אשר מתקבלת ללא מחאה רבה.

אכן, אם נזכיר רק פסקי־דין אחדים של בית־המשפט שבהם התעמק זה בדיני משפחה לפי המשפט העברי, יתברר לנו שתפקידה של הפסיקה היה לא פעם חילוני במובהק. כך, למשל, פסק־דינו של השופט זילברג, הבוחר בדקדקנות את טיב זכותו של הבעל לפירות של נכסי מלוג, שימש לצורך פרשנות מרחיבה של העיקרון החילוני של שיווי זכויות האישה;<sup>47</sup> ופסק־דינו המפורסם בעניין כהן־בוסליק,<sup>48</sup> המתעמק בדרכי הקידושים ובשאלת פיסול עדים שעברו על חרם, היה התקדים הראשון להכרה בנישואים פרטיים. לעומת זאת, כאשר ביקש בית־המשפט העליון להציב סכר בפני התפשטות התופעה של נישואים פרטיים, הוא גוקק דווקא למושג החילוני "תקנת הציבור", בעוד פסיקה על־פי המשפט העברי הייתה יכולה להובילו להכרה בתוקפם של הנישואים, כמו בעניין כהן־בוסליק.<sup>49</sup> איני נכנס כאן לבדיקת טיב השיקולים של תקנת הציבור שהופעלו בהקשר זה, ואם הם הופעלו תמיד כהלכה, אך הניגוד בינם לבין דיני המשפט העברי התבלט שוב כאשר נפסק כי מתוך שיקולים של תקנת הציבור אישה שנישאה בנישואים פרטיים מנועה מלהשיג את

46 ראו בסוגיה זו את הוויכוח בין דיינים שונים בבית־הדין הרבני הגדול. מצד אחד ראו את דעתו של הרב שלמה דיכובסקי, המכיר בשיתוף נכסים, במאמריו שלמה דיכובסקי "פירוק השיתוף בדירת בני הזוג" שנתון המשפט העברי טז-יז 501, 508 (1991); שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף" - האם דינא דמלכותא? תחומין יח 18, 31 (1997-1998). ומן הצד האחר ראו את דעתו של הרב אברהם שרמן במאמרים אברהם שרמן "הלכת השיתוף לאור משפטי התורה" תחומין יח 32 (1997-1998); אברהם שרמן "הלכת השיתוף - אינה מעוגנת בדיני ישראל" תחומין יט 205 (1998-1999). ראו גם את תגובתו של הרב דיכובסקי על מאמר זה: שלמה דיכובסקי "נספח: הלכת השיתוף" - תגובת הרב שלמה דיכובסקי" תחומין יט 219 (1998-1999).

47 ראו בג"ץ 202/57 סידיס נ' הנשיא והברי בית־הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958).

48 ראו ע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 4 (1954) (להלן: עניין כהן־בוסליק).

49 ראו בג"ץ 80/63 קלאי נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048 (1963); ובמיוחד בג"ץ 130/66 שגב נ' בית־הדין הרבני האזורי, פ"ד כא(2) 505 (1967).

מזוונותיה, אף אם היא זכאית עקרונית למוזנות אלה לפי המשפט העברי.<sup>50</sup> יש לשים לב לכך שהימנעותו של בית-המשפט מפסיקה על-פי המשפט העברי, תוך היוקקות למושג החילוני "תקנת הציבור", נועדה להגשים מטרה שאפשר לראותה כמטרה דתית-ממסדית, והיא חסימת הנסיונות לעקוף נישואים הנערכים ברבנות.<sup>51</sup>

הצורך בשימוש בשפה דתית כדי לבקר את פסיקתם של בתי-דין רבניים מתבלט בכל תחום ותחום. טלו, למשל, את פסיקתו של בית-הדין מן התקופה האחרונה המתאיימת לבטל למפרע את תוקפם של גיורים.<sup>52</sup> אין די בכך שמותחים ביקורת על חוסר אנושיותה של פסיקה זו. יש לחזור ולהתריע שפסיקה זו סוטה מן ההלכה עצמה, מכלליה ומן הערכים המזינים אותה. היא סוטה מכלליה בכך שמי שהתגייר ונהפך ליהודי, גם אם חזר לסורו ואפילו שב לדתו הקודמת, הוא לכל-היותר בבחינת יהודי מומר, ועדיין ישראל הוא.<sup>53</sup> פסיקה זוהי סוטה גם מערכי ההלכה, המצווים אותנו לאהוב את הגר ולהימנע מפגיעה בכבודו ובמעמדו. אין זו סערה בכוס תה של ההלכה, בבחינת "ישחקו הרבנים לפנינו, שהרי בלאו הכי אין לנו שיח ושיג עם עולמם", כפי שניסו להציג זאת. באותה מידה של תוקף יש לומר כי התלאות המתרבות על מסורבות-גט, תוך שבית-הדין הרבני משתמש כלפיהן במנגנון הגנה של התכחשות לקיומה של הבעיה, מעמידות אותו במצב של סוכן תעמולה אנטי-דתי המזמר בשפה דתית כביכול שיר תהילה לסרבני-גט. מי שבית-הדין ניער את חוצנו ממנו ודחה אותו בהלוך-ושוב נחשף לא פעם לדיסוננס קוגניטיבי: התנהגותם של הרבנים טורפת את השקפותיו הדתיות או המסורתיות, והוא יוצא מבית-הדין כשחמתו בוערת נגד ההלכה עצמה, אשר בית-הדין הוא מייצגה הנאמן כביכול. אולי אין לצפות מבית-המשפט לפתוס דתי בביקורתו על בית-הדין הרבני, אך ניתן לצפות ממנו להתרסה המכילה פתוס תרבותי הנשען על המקורות היהודיים עצמם.<sup>54</sup>

50 ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לו(2) 761 (1983).

51 לסקירה מפורטת על-אודות חדירת המשפט האזרחי לדיני המשפחה והשימוש במושג "תקנת הציבור" ראו שיפמן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 236-242.

52 ראו ערעור (גדול) 1-64-5489 פלוני, פלונית ופלונים (טרם פורסם, 10.2.2008). יצוין כי נגד פסיקה זו הוגשה עתירה לבג"ץ, והוצא צו-ביניים המוציא את העותרים מרשימת פסולי-החיתון. ראו בג"ץ 5079/08 פלוני נ' הדיין הרב אברהם שרמן (טרם פורסם, 18.5.2009).

53 ראו שולחן ערוך, יורה דעה, סי' רסה, ס' ב' ו"ב; ואת פרשנות השולחן ערוך בש"ך, יורה דעה, סי' רסה. ראו גם את פסיקתו של הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל בשו"ת פסקי עוזיאל בשאלות הזמן, סי' שה: "וכיון שטבל הרי הוא כישראל שאם חזר לסורו הרי הוא כישראל מומר שאם קדש קדושו קדושין ואפילו חזר ועבד אלילים הרי הוא כישראל מומר שקדושו קדושין." למעשה, הסוגיה של יהודי מומר נידונה כבר בפסיקת בית-המשפט העליון. בית-המשפט קבע שיהודי מומר הינו מבחינה דתית, אך אינו יהודי לעניין חוק השבות, התש"י-1950, שהינו חוק חילוני. ראו את פסק-דינו של השופט זילברג בבג"ץ 72/62 רופאיון נ' שר-הפנים, פ"ד טז 2428 (1962). השופט אלון, בהערת-אגב, ביקר פסיקה זו בבג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 827-829 (1989).

54 כדברים היוצאים מפיו של השופט מישאל חשין בבג"ץ 1371/96 רפאלי נ' רפאלי, פ"ד נא(1) 198, 213 (1997): "כשש שנים שהאישה היא כשבויה בידי בעלה. שנינו ושיננו: כ' תקנה

לעת עתה אנו עדים לכניעה של בית-המשפט לפרשנות הניתנת למקורות על-ידי בית-הדין הרבני, ולחולשתו בהשמעת קול עצמאי המבוסס על המקורות עצמם. הסיסמה "הבו לנו משפט עברי"<sup>55</sup> מושמעת ברמה בתחומים רבים, אך תחום המשפחה – אשר בו דווקא, לפי מצוות המחוקק, חל הדין הדתי – אינו נמנה עימם. התביעה הפוליטית לבטל פסיקה הנשענת על עקרונות אזרחיים הייתה מאבדת הרבה מעוצמתה אילו נתמכה פסיקה זו ונסמכה גם על השפה הדתית. ובל נטעה: עצם השימוש במשפט העברי, כשהוא לעצמו, עשוי להיות משותף לאנשים בעלי דעות ערכיות שונות. השאלה המכרעת היא מהו התפקיד החברתי והתרבותי שהשימוש במשפט העברי ממלא הלכה למעשה. שימוש גובר במשפט העברי על-ידי בית-המשפט האזרחי משרת לעיתים בפועל – או עשוי לשרת – דווקא מטרות המוחזקות כמטרות לא-דתיות.<sup>56</sup> לעיתים ייתכן גם ההפך: הימנעות מפסיקה על-פי המשפט העברי ושימוש בעקרונות חילוניים עשויים, לעיתים, להגשים דווקא מטרות שניתן לכנותן מטרות דתיות.

### פרק ד: הימנעות מפסיקה לפי הדין הדתי בשירות מטרות לא-ליברליות

את העובדה שהימנעות מפסיקה לפי הדין הדתי עשויה לשרת מטרות לא-ליברליות אפשר להדגים מתחום דיני הגירושים של הדין היהודי. אומנם, פסיקת גירושים מצויה בתחום שיפוטו הייחודי של בית-הדין הרבני, אך בית-המשפט אינו מנוע מלהיזקק לשאלות אלה כאשר הן עולות במסגרת עניינים הנופלים לתחום שיפוטו.<sup>57</sup> אחד ההקשרים החשובים שבהם עלו דיני הגירושים בבית-המשפט האזרחי היה הוצאת צווים האוסרים על בן-זוג, לרוב האישה, כניסה לבית המגורים עקב מעשי אלימות או התנכלות לבן-הזוג האחר. בפסק-

עבד עברי שש שנים יעבד ובשבעת יציא לחפשי חנם' (שמות כא, ב). ולאיש לפנינו נאמר: '... ובשנה השביעית תשלחנו חפשי מעמך' (דברים טו, יב). אם כך בעבד לא-כל-שכן באומללה זו שלפנינו."

55 ראו יצחק שילה "הבו לנו משפט עברי" הפרקליט כד 363, 371 (1968).

56 כך, למשל, בשנים האחרונות ניכרת מגמה של פסיקת מזונות על-פי ערכים ליברליים, המבקשת להתבסס על הדין העברי. פוטנציאל ההשתכרות של נשים מקוזז, וכך, לכאורה, מקודמים ערכים של שוויון וצדק, אך זהו שוויון פורמלי בלבד. מחקרים מוכיחים כי חלה הרעה כלכלית משמעותית במצבה של האישה לאחר הגירושים. פסיקת מזונות על-פי הדין העברי, כפי שהייתה לפני התפנית שחלה בפסיקה זו בשנים האחרונות בבתי-הדין ובבתי-המשפט, הייתה עשויה לתרום להגשמתו של שוויון מגדרי מהותי. על כך ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי)-שוויון" משפט וממשל ז' 767 (2004).

57 ס' 76 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (שהחליף את ס' 35 לחוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, ס"ח 148).

דין מנחה לא היסס השופט מנחם אלון להשתמש בהלכותיו של המשפט העברי כדי לקיים על-פיהן את העילה להוצאת צו האיסור המבוקש לטובת האישה. צו זה ניוון מזכותה של האישה למדור, שהוא חלק מזכותה למוזנות, ויסודו בכך שהאישה זכאית לו "בלי להיות צפויה למעשי אלימות או התגרות בלתי נסבלים מצד הבעל". אבל בית-המשפט היה מוכן להרחיב הלכה זו ולהחילה על שני בני-הזוג, בהיות הצורך במגורים תקינים ושלווים חלק מ"מכלול היחסים ההדדיים שבין בני הזוג".<sup>58</sup> היה אפשר אומנם לתהות אם בית-המשפט אינו גולש אל מחוץ לסמכותו בשעה שהוא נוקק לדיני נישואים וגירושים, להבדיל מדיני המזונות והמדור, כדי לבסס את זכותו המקבילה של האיש למדור שקט ושלוו. מכל מקום, בעוד שהפסיקה המוכנה להפריד בין בני-זוג מחמת מעשי אלימות או מעשי התגרות תמכה את יתדותיה בדין הדתי, חלה נסיגה מצערת בה, ובית-המשפט משך את ידיו משימוש עצמאי מצידו בדין הדתי, והפנה את הסכסוך לבית-הדין הרבני. במיוחד יש לציין שבית-המשפט נרתע משימוש בהוצאת צו כזה כ"תחליף גירושים", המאיים לדעתו על שיפוטו של בית-הדין. אמר על כך השופט אלון בפרשת סדן:

"... מאחר שהאישה גמרה אומר ששוב אין היא תפצה בנישואין – [ראוי] שבני-הזוג יעשו מאמצים משותפים להביא את נישואיהם לסיומם בדרך מוסכמת ותרבותית. אך לא ייתכן כי מאחר שאין לאישה סיכוי לקבל פסק גירושין בערכאה השיפוטית המופקדת על כך, תלך ותשמש בדרכי עקיפין ותנצל את בית המשפט לעניין הוצאת צו איסור כניסה לדירת המגורים – שנועד למטרה שונה ואחרת לגמרי – כדי להשיג באמצעותו, בדרכי התחכמות ותכססנות, את שלא יעלה בידה בדרכי הדין והצדק בבית הדין המופקד על כך."<sup>59</sup>

אבל כיצד ניתן לגשר על הפער בין רצונה של האישה ש"גמרה אומר" להתגרש לבין השלב הבא שבו "בני-הזוג יעשו מאמצים משותפים" להגיע לכך? גישור כזה ייתכן רק על-ידי כניעה לסחטנות הגבר, גם אם מבקשים לייפות זאת כ"דרך מוסכמת ותרבותית". סירוב להרשות לצדדים לעקוף את בית-הדין הרבני פירושו המעשי השלמה עם סחטנות קשה או עם שלילת האפשרות לגירושים ועם עגינותה של האישה. אילו היה בית-המשפט מוכן להיכבד ולהיכנס לעובי הקורה, הוא היה יכול להגיע למסקנה אחרת, אשר מפרידה בין בני-זוג המסוכסכים ללא תקנה, וגם כאן על-פי הלכות המדור בדין הדתי. בדומה לסעד ההפרדה, שהוא אחד מתחליפי הגירושים, חיוב הבעל במוזנות אשתו<sup>60</sup> פועל כאחד מתמריצי הגירושים העיקריים. לשון אחר, המזונות משמשים אחד מאמצעי הלחץ הנתונים בידי אישה הנאבקת למען השגת גט מבעלה. אך אליה וקוץ בה: אם האישה

58 עניין ניר, לעיל ה"ש 16, בעמ' 525.

59 ע"א 192/82 סדן נ' סדן, פ"ד לו(4) 169, 181 (1982).

60 בידי האישה הבררה אם להגיש את תביעתה למוזנות לבית-המשפט או לבית-הדין, זולת אותם מקרים שבהם עניין המזונות כרוך בתביעת גירושים שהוגשה לבית-הדין.

משתכרת מחוץ לביתה, הבעל יכול לזקוף הכנסה זו על חשבון המזונות המגיעים ממנו,<sup>61</sup> כך שתמריץ זה ניטל למעשה מאישה עובדת שהכנסותיה מספיקות לתשלום מזונות, אף אם בעלה, מתוך שרירות־לב וסירוב עקשני, עומד במריו ואינו מוכן לגרשה. דומה כי רווח והצלה יעמוד לאישה כזאת מדין אחר: "מעוכבת מחמתו להינשא". הכלל הוא שמקום שהדין נותן כי על הבעל לתת גט והוא מסרב לעשות כן, הוא חייב במזונותיה.<sup>62</sup> יתר על כן, הבעל לא יוכל להסתמך על הכנסותיה של אשתו מעבודתה כדי לפטור את עצמו ממזונותיה, ויהיה חייב במזונות אלה בהתעלם מהכנסותיה.<sup>63</sup> פשיטא שאם פסק בית־הדין הרבני כי על הבעל לתת גט לאשתו, כ־אז דין האישה כמעוכבת מחמתו להינשא. אך נניח שטרם נפל דבר בבית־הדין או אולי אף שאין מתבררת שם כלל תביעה לגירושים. האם בית־המשפט רשאי למשוך את ידיו מבירור השאלה אם חל חיוב בגט לפי הדין הדתי על־אף חשיבותה המכרעת לעניין מזונות האישה? עד עתה הצטמצם בית־המשפט בבדיקת פסקי גירושים שיצאו מבית־הדין לשאלה אם הם מחייבים בגט או שמא ממליצים עליו בלבד,<sup>64</sup>

61 ראו ס' 2 לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959. כן ראו, לפני תיקון החוק, ע"א 63/69 יוסף נ' סלאמה־יוסף, פ"ד כג(1) 804 (1969); ד"נ 23/69 סלאמה־יוסף נ' יוסף, פ"ד כד(1) 792 (1970).

62 ראוי לציין בהקשר זה את מאבקו של בית־הדין הרבני על סמכותו האוניוורסלית – על כל היהודים באשר הם, אזרחי ישראל ושאינם אזרחי ישראל – במטרה לסייע לנשים עגונות. ראו, למשל, ערעור (גדול) 4485/ס"ג (לא פורסם, 2.3.2003) והעתירה לבג"ץ שהוגשה בעקבותיו – בג"ץ 1796/03 כובאני נ' בית הדין הרבני הגדול (לא פורסם, 17.3.2003); ערעור (גדול) 5156-64-1 (טרם פורסם, 16.9.2008). עוד ראו את דעת הרוב של השופטת אילה פרוקצ'יה ואת דעת המיעוט החשובה של אליקים רובינשטיין בבג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004), ואת ס' 4 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשי"ג-1953, שתוקן בעקבות פסק־הדין הנ"ל בעניין סבג. כן ראו דיכובסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 291-294.

63 ראו את פסק־דינו של בית־הדין הרבני הגדול, שנפסק ברוב דעות, בערעור (גדול) תשל"ג/205, פד"ר י 294 (התשל"ז). הלכה זו מקובלת גם בבתי־המשפט. ראו ע"א 127/80 מילר נ' ברקוביץ (מילר), פ"ד לד(4) 219 (1980); ע"א 664/82 סלומון נ' סלומון, פ"ד לח(4) 365, 371-372 (1984) (להלן: עניין סלומון).

64 ראו ע"א 672/83 גינזבורג נ' גינזבורג, פ"ד לח(2) 637 (1984); ע"א 132/84 קדוש נ' קדוש, פ"ד לח(4) 523 (1985); עניין סלומון, לעיל ה"ש 63. כן ראו ע"א 798/82 נוני נ' נוני, פ"ד מ(3) 744 (1986), שבו לא החליט בית־הדין הרבני בשאלת החיוב בגט, אלא קבע כי "על הצדדים לנהל משא ומתן לגירושים" (שם, בעמ' 745). בית־המשפט פסק כי "ככל שהדבר מצער, אין בידנו להושיע את המשיבה כי הפתרון בענין הגט הוא אך ורק בידי של בית הדין" (שם, בעמ' 751), אך בהעדר הוראה מצידו בעניין הגט, "ממילא לא ניתן לראות את המשיבה כמעוכבת להינשא" (שם). פסיקה זו נראית בעינינו מוטעית. חובתו של בית־המשפט לפסוק בכל השאלות המשפטיות וההלכתיות שההכרעה בהן דרושה לצורך פסיקת המזונות. זכותה המוגדלת של אישה למזונות מכוח היותה מעוכבת להינשא תלויה בדין המהותי שעל־פיו היא זכאית לגט, ואין לראות את הימנעותו של בית־הדין מפסיקה בנושא זה כהחלטה חיובית הקובעת את אי־זכאותה לגט.

אך לדעתי בית המשפט חייב לפסוק, לפי הדין היהודי, אם האישה זכאית לגט, וזאת לצורך המטרה המוגבלת – ואני מדגיש, לצורך מטרה זו בלבד – של פסיקת המזונות.<sup>65</sup> פסיקה זו, שהיא לפחות בגדר סמכותו הנגזרת של בית המשפט,<sup>66</sup> יש בה כדי להגשים מטרה חברתית חיובית, והיא מתן סעד לאישה המבקשת לשחרר את עצמה מכבלי העיגון. "חילוניתה" של מטרה זו מזדקרת לעין מקום שביית המשפט יהיה מוכן לפסוק לצורך המזונות, מכוח הבנתו העצמאית ביחס למקורות, כי חל חיוב בגט על פי הדין, אף אם אין ביטחון שביית הדין, הנוטה לחומרא, יהיה מוכן לגרוס חיוב זה.<sup>67</sup> במקרה זה הימנעותו של בית המשפט מלפסוק בעצמו על פי הדין היהודי חולקת כבוד לא ראויה ליראת ההוראה של בית הדין,<sup>68</sup> והתוצאה היא חשיפת הצד הרוצה בגט לסחטנות של סרבן הגט.

הוא הדין לגבי הסדרים הנקבעים בהסכם גירושם לגבי מזונות הילדים. כידוע, בתי המשפט פסקו כי הסדרים אלה אינם יכולים לפגוע, במישרין או בעקיפין, בזכותו של הילד למזונותיו, אך כוחם יפה עקרונית בין ההורים בינם לבין עצמם. אומנם, אי אפשר לכפות אדם לשפות את האב על חובת מזונות שהוטלה עליו מעבר להסכם אם מילויה של חובה זו יפגע בעקיפין בילד, אך יש תוקף לערבות שצד ג נוטל על עצמו למילוי התחייבותה של האם, אף על פי שהערב אינו יכול לחזור מיידית על האם. זו, בתמצית הדברים, הלכת קוט<sup>69</sup> הידועה. מבחינה אנליטית אין בה אולי פגם, אבל אין להתעלם מכך שלעיתים יש הסדרי גירושם המקפחים קיפוח חמור את האישה, הנאלצת לוותר ויתורים מפליגים רק כדי לקבל את הגט המיוחל.

אכן, נראה שאם הבעל חייב בלאו הכי לפי הדין לתת גט לאישה, אזי אין תוקף לויתוריה, בין מכיוון שהם נגועים בכפייה או בעושה ובין מכיוון שבהיותם ללא תמורה

65 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 422-432.

66 ניתן להרחיק לכת ולטעון כי פסיקה זו היא בעצם חלק מסמכותו הישירה של בית המשפט, כי עניינה תנאי הזכות למזונות. השוו בג"ץ 206/70 שרגאי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד כד(2) 498, 487 (1970).

67 הטענה הנשמעת כי בנסיבות אלה, אם יגרש הבעל כתוצאה מן הלחץ הכספי, יהיה הגט "גט מעושה" לא כדין – אינה נכונה בעיניי. לכל היותר תחול כאן ההלכה המובאת בהגהות הרמ"א על שולחן ערוך, אבן העזר, סי' קנד, ס' כא, כי "מי שגירש אשתו בגט כשר, ויצא קצת לעז על הגט, מותר לכופו לתת גט אחר". ראו גם הגהות רבי עקיבא איגר על שולחן ערוך, אבן העזר, סי' קנד, ס' כא, אות ז: "באשת כהן היכי דיש ספק אם ראוי לכופו אין תקנה לכופו אותו תחלה ליתן גט... זולת היכא דהבית דין לא עשו כן בערמה רק שהיו סבורים תחלה דהדין לכופו אלא דאחר כך נודע ונתגלה איזה ספק שלא היה ראוי לכופו, בזה כיון דנאסרה עליו כופים אותו אחר כך מדינא ליתן גט שנית". ראו עוד דיכובסקי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 294-301; אליאב שוחטמן "'ותדבר מרים ואהרן במשה על אדות האשה' – על אודות גירושיה": על הזכות לגרש ולהתגרש" פרשת השבוע 348 (התשס"ט) www.justice.gov.il/ MOJHeb/MishpatIvri/Parashot/gilyonot.htm.

68 להבדל ב"אקלים הפסיכולוגי" בין השופט לבין הדיין בכל הנוגע בחשש מפני פסיקה מוטעית ראו פנחס שיפמן ספק קידושין במשפט הישראלי 13 ואילך (1975).

69 ד"נ 4/82 קוט נ' קוט (קטין) באמצעות אימו ע' אקנין, פ"ד לח(3) 197 (1984).

– וגם שחייבים לתת אותו אינו בגדר תמורה – האישה יכולה, לפי חוק המתנה, התשכ"ח – 1968, לחזור בה מוויתוריה.<sup>70</sup> הקושי הוא באותם מקרים שבהם לא הוטלה מראש על הבעל חובת גירושם על-ידי בית-הדין. האם קצרה ידו של בית-המשפט מהושיע? האם נבצר ממנו לקבוע בדיעבד, לפי הדין הדתי, כי הבעל היה חייב לתת גט לאישה, ולכן דרישתו לוויתורים לא הייתה אלא בגדר סחטנות פסולה? לדעתי, שוב, רצוי וראוי שבית-המשפט ייכבד וייכנס לעובי הקורה של הדין היהודי כדי לפסוק את פסיקתו בנושא זה, לצורך קביעת תוקפם בדיעבד של ההסדרים הממוניים שבין הצדדים.

בדוגמות אלה יש לדעתי כדי להזמין את בית-המשפט למלא את חובתו ולפסוק בדיני הגירושם של הדין היהודי. אני חוזר ומדגיש: זהו תפקיד שאפשר להציגו כתפקיד חילוני במובהק, במובן זה שבית-המשפט אמור לקבוע עמדה עצמאית, שאינה מזדהה בהכרח עם גישתו של בית-הדין,<sup>71</sup> וזאת כדי לפתור בעיות חמורות הנובעות מן הקשיים שבהם ניצבת אישה התובעת גט – קשיים שבית-הדין הרבני אינו משכיל להתמודד איתם בהצלחה. אבל זה, למעשה, מה שבית-המשפט כבר עשה בשאלות של מורדת וכדומה לה. חרף היסוסו בתחילה להיזקק לשאלות אלה,<sup>72</sup> גרס בית-המשפט, בשלב מאוחר יותר, כי הוא בן-חורין – ואף מצווה – לפסוק אם אישה היא מורדת, ואם האמתלה שבפיה היא אמתלה מבוררת, וזאת לצורך פסיקת מזונותיה.<sup>73</sup> סוד גלוי הוא שהלכות מורדת פורשו והוחלו על-ידי בית-המשפט בדרך עצמאית שאינה הולכת בהכרח בתלם של בית-הדין הרבני.<sup>74</sup> אפשר לחלוק על הלגיטימיות של פרשנות עצמאית של בית-המשפט להלכותיו של הדין הדתי. בעיני מסתכל מן הצד, זו תוצאה בלתי-נמנעת מכך שמלאכת השפיטה נמסרה

- 70 ראו ס' 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968. בע"א 162/72 אמזלג נ' אמזלג, פ"ד כוז (1) 582 (1973). טענה אישה לבטלות של חוזה גירושם עקב "איומים, אילוץ והשפעה בלתי הוגנת" (שם בעמ' 587). בית-המשפט, מפי השופט קיסטר, דחה את הטענה, בצינו, בין היתר, כי "במקרה דנא לא ברור כלל וכלל שהמשיבה... היתה זכאית לדרוש גט ואין טענה שהמערער איים לעגנה, לברוח ממנה או לעשות פעולה בלתי-חוקית או בלתי-מוסרית אחרת כדי לאליץ אותה לקבל גט או כדי לעגנה" (שם, בעמ' 586). מדבריו משתמע שאם האישה זכאית לגט, או אם האיש נקט כלפיה פעולות בלתי-חוקיות או בלתי-מוסריות, היא תוכל לדרוש את ביטולו של הסכם גירושם שנכפה עליה. ביטול זה יוכל להתבסס, כאמור, על ראיית התחייבויותיה כמתנה הניתנת לחזרה, באשר לא ניתנה עליהן תמורה הולמת.
- 71 עמדתו של בית-המשפט עשויה להיות שונה מזו הננקטת על-ידי בית-הדין, לא מפני שבית-המשפט בן-חורין לפסוק בניגוד לדין היהודי, אלא דווקא מפני שבית-הדין נוטה להימנע מפסיקה בסכסוך על-פי הדין תוך הפניית הצדדים למשא-ומתן ביניהם.
- 72 ראו ע"א 211/47 סידוף נ' סידוף, פ"ד ב 555, 558 (1949); ע"א 522/60 גראח נ' גראח, פ"ד טו 1552, 1556 (1961).
- 73 ראו ע"א 634/61 מקיטן נ' מקיטן, פ"ד טו 945, 949 (1962); המ' 628/64 לוי נ' לוי, פ"ד יט (1) 267, 272 (1965); ע"א 54/65 מקיטן נ' מקיטן, פ"ד יט (2) 651, 665 (1965).
- 74 ראו הלפרין-קדרי, לעיל ה"ש 11, וכן רות הלפרין-קדרי "שיקולי מוסר בדיני משפחה וקריאה פמיניסטית של פסיקת המשפחה בישראל" עיונים במשפט מגדר ופמיניזם 654-666 (דפנה ברק-ארו עורכת ראשית, 2007).

לטריבונל חילוני. בכל־זאת, כאשר הרשות האזרחית עצמה מעמידה את פסיקתה העצמאית על שיקולים הלכותיים מן הדין הדתי, היא ננופת לרוב על התערבותה בשאלות דתיות. "מה לו לשופט אזרחי כי יחליט בשאלות של נישואים וגירושים, המסורות לדין הדתי?" נוהגים להטיח בבית־המשפט. אך בביקורת דתית־פוליטית זו טמונה סתירה פנימית עמוקה: הענקת תוצאות משפטיות־אזרחיות לאקטים דתיים חושפת בהכרח את הדין הדתי לסיכון שרשות אזרחית היא אשר תפרש את הדין הדתי. מובן שבמתן פירוש זה טמונה סכנה של סטייה מעמדות דתיות מקובלות, מחמת שילובו בתוך מסגרת אזרחית המעצבת דין זה לאור תפיסה ערכית לא־דתית. אך אי־אפשר להפקיע כליל שיפוט אזרחי בעניינים אלה. אפילו כאשר ניתנת לרשויות הדתיות, קרי לבתי־הדין הרבניים, סמכות ייחודית לדון בענייני נישואים וגירושים, סמכות זו משתרעת רק על דיון ישיר באותם עניינים, ואינה יכולה לחבוק כל נושא שבו הם עולים בעקיפין, כשאלה נגזרת, שהרי אי־אפשר לפרק את מסכת המשפט לגורמים תוך פיזורם בערכאות שונות. מכאן שאין מנוס מן המסקנה שהרצון להביא לידי צמצום התערבותה של הרשות האזרחית בשאלות דתיות מן הדין שיוביל למזעור היקף התופעה של קשירת תוצאות אזרחיות לאקטים דתיים. מי שאינו מוכן לוותר על מתן תוקף אזרחי לאקטים דתיים, דוגמת נישואים וגירושים (וכן גיור), חייב לשלם מחיר יקר של פסיקה מצד רשות חילונית בשאלות דתיות־הלכתיות. לשון אחר, מי שאינו מוכן להשלים עם מה שנראה בעיניו כחשש לסירוסה ולסילופה של ההלכה הדתית על־ידי שופטים אזרחיים אינו יכול לתבוע, באותה נשימה, דווקא את הרחבת השימוש במשפט העברי בבית־המשפט.

דווקא מצד בתי־הדין הרבניים אנו נתקלים לעיתים במאמץ לסגל את פסיקתם לשפה האזרחית כדי לחלץ אותה מביקורת אזרחית. אכן, בפסק מן העת האחרונה הוכרה סמכותו של בית־הדין לפרק נישואים אזרחיים, על יסוד עמדתו של בית־הדין כי בפירוק הנישואים הוא מפעיל אמות־מידה שאינן זרות למגמות המודרניות המפגינות ליברליות בתחום זה.<sup>75</sup> אומנם, אין לכחד שביקורתו של בית־המשפט על בית־הדין היא לעיתים המְעֵטָה שבית־המשפט עוטה כדי לכסות את שמרנותו שלו בתחום זה. מכל מקום, מצד בית־הדין הרבני היה זה מעט מדי ומאוחר מדי: אילו השכיל בית־הדין לגבש בעוד מועד הלכות מטעמו המכירות בזכויות הממוניות של בני־זוג שנישאו בנישואים אזרחיים, הוא לא היה נאלץ, מכוח פסיקת בג"ץ, לוותר על סמכותו בעניינים הכרוכים בהתרתם של נישואים אלה.

## פרק ה: סיכום

אפשר לומר שלאחרונה יצאו בתי־המשפט האזרחיים מן הארון.<sup>76</sup> אך ביציאתם יוטב להם

75 ראו פרשת פלונית, לעיל ה"ש 13, פס' 36 לפסק־הדין והאסמכתות המופיעות שם.

76 ראו מאמרי פנחס שיפמן "דיני משפחה אזרחיים שיצאו מן הארון – על תרומתו של הנשיא

אם ישפרו את הופעתם, כדי שיוכלו לזכות בלגיטימציה חברתית רחבה ככל האפשר. הווה אומר: גם הסדרים אזרחיים צריכים לשאוב השראה תרבותית מהשקפותיו של הציבור כולו, מערכיו החברתיים וממשקעי המסורת השוכנים בקרבו. לכן פנייה אל המקורות היהודיים תסייע בהרחבת האופק התרבותי, בביסוס הלגיטימציה החברתית ובהעמקת תוכנם של אותם הסדרים. אכן, זה חלק מן המחיר שאנו משלמים על החלת ההלכה הדתית על אלה שאינם סרים למרותה מרצונם. היא נהפכת בעיניהם לדבר מאוס שהוא לזרא להם, במקום להיות מקור השראה כאוצר תרבותי שהוא נחלתו של העם כולו. מהלך כזה, שבו המסורת הדתית משתלבת בערכים חברתיים מקובלים, עשוי לשפר בהרבה את דימויו של בית המשפט בציבור, לחזק את הלגיטימציה שלו ולתרום לפתיחת ערוצי שיח חדשים בין חלקים שונים של הציבוריות הישראלית. אכן, עלולות לעלות טענות נגד טיב השימוש שבתי המשפט האזרחיים עושים במקורות. אבל טענות אלה עשויות דווקא להעשיר את הוויכוח הציבורי בענייני דת ומדינה. אוֹ-אז נגיע לכיבוד הדדי – לא כסיסמה חלולה ונבובה, אלא כחלק מן המציאות הממשית.

אכן, כיבוד הדדי דורש שגם בתי־הדין הרבניים יגלו פתיחות להוראות החוק החילוני, ויהיו נכונים לקלוט את תכניו באמצעות דוקטרינות שהדין היהודי מכיר בהן, כגון מנהג או תקנת הקהל. בהקשר זה ראוי לציין כי לאחרונה אנו עדים לפסקי־דין רבניים המתקשטים בנוצות של החוק החילוני, אך כל זאת רק כדי לשריין את החלטותיהם מפני ביטול בבית המשפט הגבוה לצדק.<sup>77</sup> בעבר לא טרחו בתי־הדין הרבניים לייפות תמיד את ההנמקות הכלולות בהחלטותיהם, ולא נעזרו במעט "קוסמטיקה" כדי להסתיר ולהסוות את צרות השיקולים שהדריכו אותם בפועל. העדר תחכומו של בית־הדין חשף אותו להתערבות גוברת של בית המשפט.<sup>78</sup> אך לאחרונה בית־הדין מוכן למרוח שכבה לא־דקה של הוראות דין חילוני על ההנמקה הרבנית, כדי להתבצר בעמדה מחופרת יותר המגינה עליו מפני ביקורת. מהלך זה אינו מקדם כיבוד הדדי אמיתי, אך מחליש את אפשרויות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק על בתי־הדין הרבניים.

ברק לדיני המשפחה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 575 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, 2009).

77 ראו, למשל, בג"ץ 5918/07 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול (טרם פורסם, 23.6.2009); פרשת פלונית, לעיל ה"ש 13.

78 ראו, למשל, את הדיון בשאלת השימוש בשיקולים דתיים במסגרת העיקרון של טובת הילד בספרי שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 251–253.

